

# דיני ראיות

דר' גיא בן דוד

סמסטר א' שנה ג' מסלול ערב  
תש"פ

פ"י רומי שקד



## דיני ראיות

ד"ר גיא בן דוד (יום א' 18:45 - 22:00)

**03/11/2019**

ישנה עבודה של 10% מהציון, הגשת העבודה תהיה ב-22.12.19 יום א', כאשר העבודה תעלה כשלושה שבועות לפני (על חיסיון עו"ד לקוח או על הפללה עצמית)

מאמר חובת קריאה - גיא בן דוד "מבט דסקריפטיבי וביקורתי על מערך התוספות הראייתיות בישראל ומגמותיו", משפט ועסקים כב 1 (2019)

### מבוא לדיני הראיות

משמעותם של דיני הראיות - דיני הראיות הם קובץ של כללים משפטיים הקובעים כיצד ניתן להוכיח עובדות בביהמ"ש, הם קובעים אילו עובדות עו"ד צריכים להוכיח בביהמ"ש וגם כיצד ניתן להוכיח אותם? המשפט מתנהל על אירוע שקרה בעבר, אם הייתה הסכמה לגבי האירוע, אז לא יהיה משפט כי הצדדים מסכימים על הכל ויהיה גזר דין. לעומת זאת כשהעובדות שנויות במחלוקת ננהל משפט, ולכן הראיה נועדה לסייע לכל אחד מהצדדים להוכיח את גרסתו בנוגע לשאלה עובדתית השנויה במחלוקת, ולכן בהליך אזרחי התובע הוא שצריך להוכיח את מה שכתוב בכתב התביעה (לדוג' אם אני טוענת שהשוכר שלי שבר לי את כל החפצים בבית אני צריכה להוכיח את זה), גם בהליך פלילי אותו דבר התובע צריך להוכיח שקרה מה שקרה. הראיה היא מה שביהמ"ש צריך על מנת שהוא יוכל לקבוע ממצאים, אם לא נציג לו ראיות, ביהמ"ש לא יוכל להכריע במשפט. ברגע שיוצגו הראיות ביהמ"ש צריך לקבוע אם כל מה נאמר שקרה אכן מתרחש, מה שהופך את הראיה למפתח של הקביעה.

מיקומם של דיני הראיות במשפט - את המשפט מחלקים לשני ענפים, דין מהותי ודין פרוצדורלי (דיוני). דינים מהותיים הם דינים המהווים מקורות לחובות, זכויות ונשיאה באחריות (לדוג' דיני עונשין, דיני קניין, חוזים, משפחה). אם אנחנו רוצים לנהל משפט לא די בדין המהותי, יש צורך במערכת דינים נוספת שתעזור לנו להפעיל את הדין המהותי, ולצורך זה יש את הדין הפרוצדורלי, כאשר בתוכו יש חלוקה נוספת והיא - סדרי דין ודיני ראיות. סדרי הדין הוא אסופה של כללים שקובעים כיצד להפעיל או לממש את הדין המהותי, אבל עדיין נצטרך מערכת דינים נוספת שתסדיר את שאלת ההוכחה, הרי לא כתוב בדין המהותי איך מוכיחים דבר מסוים, הכל כללים ולשם כך יש לנו את דיני הראיות, ברגע שהנאשם כופר בכתב האישום, מתנהל משפט ובדיני הראיות כתוב מה בדיוק צריך להוכיח ואיך.

התכליות של דיני הראיות - כמעט לכל כלל בדיני הראיות יש חריגים, וכמעט לכל חריג יש סייג לחריג. דיני ראיות נועדו ליצור זירה למשחק הוגן, ודיני הראיות הם כללי המשחק. למה חשוב לדעת דיני ראיות? חשוב לדעת את כללי המשחק, ומטרת הכללים למנוע את קיפוחם של הצדדים להליך המשפטי, ולכן אחת התכליות של דיני הראיות היא ליצור הוגנות מידית. למה חשוב לדיני הראיות ש"התחרות" תהיה הוגנת? כי את התחרות לכאורה אי אפשר לבטל, ולכן חשוב שלפחות היא תהיה הוגנת. בהליך פלילי למדינה יש כוח ומשאבים שאין לנאשם, מה שיוצר את כך שהנאשם הוא הצד החלש, ויש איזון על ידי כך שנטל ההוכחה על המאשימה הוא כבד ובעצם הדרישה היא שהמדינה חייבת להוכיח למעלה מכל ספק סביר שאכן קרה מה שהנאשם הואשם בו. תכלית נוספת של דיני הראיות היא יישומו היעיל של הדין המהותי, הדין המהותי מניח קיומה של מציאות מסוימת שצריך להוכיח אותה, ושאנו באים לביהמ"ש יש אירוע שצריך לשחזר, דיני הראיות כוללים הוראות שנועדו למנוע סטיות מסוימות מהמציאות העובדתית שאותה צריך להוכיח, ז"א שדיני הראיות לא רק בונה מגרש זירה הוגן, אלא חשוב לה גם שהיא תפעל בהתאם לכללים. (עפ"י דיני הראיות כולם כשרים להעיד, אבל האם זה אומר שאפשר לזמן כיתה שלמה לתיק שמתנהל לדוג' מאחר וזה שאני ראויה להעיד לא אומר שהמידה שאעיד הוא רלוונטי, יש בהליך הפלילי מעבר על כל העדים ואומרים מה כל אחד עשה, ולעיתים שופט ישאל למה צריך לדוג' 5 שוטרים מזירה ולא רק 2? ואנו כעו"ד צריכים להכיר את התיק היטב על מנת לשמור את כל מי שרציתי להעיד).

הבחנה בין אמת עובדתית לאמת משפטית – מכך אנו כבר מבינים שיש שני סוגים של אמת, אז מה מבניהן חשובה? המונח אמת עובדתית מתאר את המציאות העובדתית ומתייחסת למצב העובדתי כפי שהתרחש במציאות האובייקטיבית, במילים אחרות זה מה שקרה באירוע. כדי שביהמ"ש יגיע לאמת העובדתית צריך להציג לביהמ"ש את מלוא המידע שיוצר את האמת העובדתית, והאמת המשפטית מתייחסת לתמונה העובדתית המתקבלת בידי ביהמ"ש בעקבות הפעלתן של הוראות דין מדיני הראיות. אמת משפטית זו האמת שאפשר להציג לביהמ"ש במגבלות של דיני הראיות ולכן המצב האידיאלי הוא שהאמת העובדתית תואמת את האמת המשפטית (זוהה), אך לפעמים יש פער ביניהן והאמת העובדתית היא חסרה. דיני הראיות מעדיפים באופן גורף את האמת המשפטית על פני האמת העובדתית, דווקא את האמת שעשויה להיות רחוקה ממה שקרה במציאות, למה? הטעם האחד הוא בשל היעדר נגישות למציאות העובדתית האמיתית (במילים אחרות מה שקרה במציאות לא נגיש, מעין אידיאל בלתי מושג). הטעם השני נעוץ בכך שההגנה על ערכים חברתיים חשובים עשויה להרחיק את ביהמ"ש מהאמת המשפטית, אז בעצם האמת המשפטית חפצה בחקר האמת אבל לא בכל מחיר.

התפתחותם של דיני הראיות במשפט הישראלי - ההיסטוריה של דיני הראיות מתחלקת ל3 תקופות.

1. התקופה העות'מאנית (1517 - 1922) – הטורקים שלטו בארץ, הדין שחל זהו דין מוסלמי שהיה מבוסס על השריע, עם הזמן את הדין הנ"ל החליפו 3 קודקסים עות'מאניים ששיקפו את המשפט המודרני בעיני האימפריה העות'מאנית, הם נכתבו עם זיקה לדין הצרפתי, וביחס לדין המוסלמי שיקפו את הדין המודרני. הקודקס הראשון היה המג'לה, השני היה הקוד הפרוצדורה האזרחית העות'מאנית, והשלישי הקוד הפרוצדורה הפלילית העות'מאנית.
2. התקופה המנדטורית (1922 - 1948) – א"י נכבשה ע"י האימפריה הבריטית ותחילה הנוהגה החקיקה העות'מאנית, רצו ליצור סדר והמשיכו את אותו דבר, ואם היה משהו שלא הוסדר במשפט העות'מאני נהגו לפי המשפט המקובל האנגלי. שלטונות המנדט תקנו מדי פעם את הקודקסים העות'מאניים וזאת עד לשנת 1924, בשנת 1924 חוקקה פקודת העדות, וזו הייתה פקודה בריטית שקבעה כללים חשובים בדיני ראיות, הבעיה הייתה שהיא הייתה חלקית, לקונית ולא ממצה, ולכן בתי המשפט בישראל הופנו לדיני הראיות באנגליה, מבלי שהיו להוראות האלו בכלל עיגון בחוק.
3. התקופה הישראלית (1948 - היום) – ב1948 קמה א"י ודיני הראיות המנדטוריים המשיכו לחול, אלא ששיטת המשפט בישראל שונה משיטת המשפט באנגליה, ולכן מה שקרה זה שעם השנים שדיני הראיות בישראל התחילו לסטות מדיני הראיות באנגליה, המחוקק הישראלי התאים את הדין לאוכלוסייה שלנו בישראל, ב1971 המחוקק הישראלי קיבץ את כל התיקונים הנקודתיים שנעשו משנת 1948 ועד לאותו מועד וכך התקבלה בישראל פקודת הראיות (נוסח חדש) 1971-התשל"א. במהלך השנים הפקודה לא רק תוקנה, אלא גם חוקקו חוק ספציפיים לדוג' "חוק הגנת ילדים", "חוק חקירת עדים", "החוק לתיקון דיני הראיות – אזהרת עדים וביטול השבועה" – תוקן ב1980 משבועה לאזהרה. הפסיקה של ביהמ"ש העליון הרחיבה את כללי הראיות בכל מקרה לגופו ולכן הם נחשבים לבין המפותחים בעולם, ולא בגלל חיקוק החוק אלא בגלל הדוקטרינות שפותחו בפסיקה.

חשוב לציין שיש לנו מערכת אחת של דיני ראיות, הן להליך הפלילי והן להליך האזרחי. פעמים רבות הדין הוא זהה, אבל כללי קבילות לדוג' הוא שונה (פוליגרף בהסכמה קבילה באזרחי אבל בפלילי גם בהסכמה וגם ללא הסכמה אינה קבילה).

שיטת הדין בישראל – שיטה אדברסרית (לעומתית), כלומר כל צד מציג בפני השופט את הראיות, ובסופו של יום השופט צריך לקבל החלטה מי שכנע אותו יותר, כמובן בכפוף לנטל השכנוע (אזרחי 51%, פלילי 95%), בשיטה זו יש תחרות בין הצדדים. השיטה המקובלת ברוב העולם היא השיטה אינקוויזיטורית שם השופט לכאורה עושה הכל מחקירה ועד לקבלת ההחלטה, ויש לו תפקיד פעיל באיתור הראיות. לעומת השיטה האדברסרית שם השופט מקבל במשפט מעין "כריכה", התפקיד שלו הוא פאסיבי יחסית, למעשה השופט נותן לצדדים "לשחק לפניו", והוא רק

מקפיד שהמשחק מנוהל עפ"י הכללים, אבל מלבד זאת מי שאחראי על הניהול הם הצדדים עצמם. גם ארה"ב (חבר מושבעים) נחשבים שיטה אדברסרית. בישראל לעיתים ממנים שופט שיחקור את סבת המוות, זה מקרה חריג. כיום בעולם יש גם שיטות מעורבות בחלק מהמדינות כלומר אדברסרית ואינקוויזיטורית יחדיו.

תחולתם הרטרואקטיבית של דיני הראיות – הלכה פסוקה היא כי לאדם אין זכות קנויה שביהמ"ש ידון בעניינו לפי דיני הראיות שהיו קיימים בעת קרות האירוע נשוא המשפט לא במשפט פלילי ולא במשפט אזרחי (דין נוסף ע"פ 25/80 קטאשווילי נ' מ"י), זה אומר שאם ב01.01.2019 נקבעה הוראה בדיני ראיות, היא תחול גם על תיקים לדוג' מ2018 ומ2008 וכן הלאה. דוג' אמיתית לכך – בעבר כדי להרשיע עברייני בעבירת מין היה צורך בתוספת ראייתית מסוג סיוע, שזו ראייה מאוד חזקה שתקשור את הנאשם למעשה האונס, במהלך השנים ביטלו את הסיוע מאחר ונגרם לעוול לקורבנות כי אין ראיות כאלה בעצם, את מקום הסיוע תפסה חובת הנמקה, מה שאומר שכיום אפשר להרשיע נאשמים על סמך עדות יחידה של נפגעת עבירה בתנאי שהדבר ינומק, מה שאומר שהתחולה היא אחורה, זה שכל עוד אין הכרעת דין ולא ניתן פס"ד חלוט ניתן לשנות הכל.

מונחי מפתח בדיני ראיות – ישנם ארבעה מונחים בסיסיים שנזכיר כמעט בכל שיעור וחייב לדעת.

1. רלוונטיות/שייכות לעניין – מהי ראיה רלוונטית? ראיה תורמת תרומה כלשהיא להסקת מסקנה בדבר קיומה של עובדה השנויה במחלוקת. ז"א כל ראיה שתעזור לביהמ"ש להכריע בשאלה שהיא שנויה במחלוקת היא ראיה רלוונטית, מה שלא יעזור לביהמ"ש להכריע זה אומר שזה לא רלוונטי. ביהמ"ש יאשר לנו להציג אך ורק ראיות רלוונטיות. (לדוג' בתיק אינוס שקו ההגנה של הנאשם הוא שמעולם הוא לא ראה את המתלוננת וזו הפעם הראשונה שהוא פוגש אותה בכלל, הוא מרחיב את חזית המריבה, בהנחה שתגיע כעת השכנה שלה ותעיד שראתה אותם מסתובבים ברחוב יד ביד אזי העדות הזו רלוונטית מאוד והיא מסוגלת למוטט לו את קו ההגנה. נניח שקו ההגנה שלו הוא שהוא מכיר אותה אבל שיחסי המין היו בדירתה בהסכמה מלאה, והשכנה תעיד את אותה עדות, אותה עדות לא תהיה רלוונטית בכלל מאחר והיא לא מחדשת כלום.)

**10/11/2019**

2. קבילות – למעשה כרטיס הקבלה של כל הראיה לביהמ"ש, אם איננה קבילה אסור להכניס אותה לביהמ"ש, לשופט אסור להיחשף לראיה בלתי קבילה. מלכתחילה דיני הראיות קובעים מה קביל ומה לא, ובהתאם לכך אנו יודעים אם ניתן להגיש את הראיה או לא. לדוג' ראיה יכולה להיות מאוד רלוונטית אך לא קבילה (פוליגרף), לדוג' עדות מפי השמועה ניתן להגיש אותן בהסכמה בלבד. מה ההצדקה לכללי פסילה של ראיות? למה לא מגישים כל דבר ושופט מחליט אם להתעלם מהראיה או לא, אבל מראש החוק אוסרת זאת, למה? אחת הסיבות שקשורות לראיה לא קבילה, היא מידת המהימנות של הראיה, שאין ערובה לאמיתות המידע הרי שנשמת הבסיס מתחת לקבילותה של הראיה. סיבה נוספת שדיני הראיות קובעים לנו כללי קבילות, נוצר בהגנה על ערכים חברתיים חשובים – לדוג' פגיעה בחוק כבוד האדם, כיום דוקטרינת הפסילה הפסיקית מאפשרת לנו לפסול ראיה שהושגה שלא כדין, לדוג' אם לא אמרו לאדם שיש לו זכות שתיקה וזאת כדי להגן על זכות הנאשם להליך הוגן. דוג' לכללי פסילה – **עו' 12 לפקודת הראיות**, אומר שאם ישנה הודעה שהוצאה באמצעים פסולים במילים אחרות לא מרצונו החופשי של הנאשם עלולה להיפסל, **עו' 13 לחוק האזנת סתר** קובע שראיות שנקלטו בדרך של האזנת סתר לא חוקית אינן קבילות במשפט, **עו' 32 לחוג הגנת הפרטיות** קובע שאם יש ראיה שהושגה תוך פגיעה בזכות של הנאשם לפרטיות היא בלתי קבילה.

3. משקל הראיה – בשלב הראשון ביהמ"ש צריך לראות שהעד בכלל צריך להיות כשר למסור עדות, שלב הבא צריך לבדוק היא רלוונטית, אם היא רלוונטית יש לבדוק שהיא קבילה, לאחר שהראיה עבר את כל המשוכות האלו, ביהמ"ש צריך לייחס לה משקל מסוים, כל ראיה צריכה לקבל משקל, כאשר הוא נע בין 0-100, משקל הראיה הוא נגזרת של המהימנות שלה (האם התוכן של הוא אמת או לא), ככל שהמהימנות גבוה יותר כך משקל הראיה גבוה יותר וההפך. אנחנו כעו"ד לא מתווכחים לא על קבילות, כשרות או רלוונטיות, כי אם הוא קיבל זימון הוא כשיר והראיה קבילה, ואם הוא עולה על דוכן העדים היא רלוונטית, המטרה שלי זה

שביהמ"ש ייתן משקל גבוה לעדויות שלי ומשקל נמוך לראיות של הצד שכנגד. לכן עיקר הוויכוח שלנו הוא על משקל הראיות. איך ביהמ"ש יודע כמה משקל לייחס לכל ראיה? ביהמ"ש בודק איך הוא מעיד, סותר/לא סותר, התנהגות, שפת הגוף, מדבר על דבר טראומתי ופתאום בוכה או להפך אדיש, כל דבר רלוונטי למשקל, כולל מה שקורה בקהל. **סע' 53 לפק"ר** הוא הסע' שעוסק במשקל הראיה "ערכה של עדות שבעל פה.. על פי התנהגותם של העדים, נסיבות העניין ואותות האמת המתגלים במהלך המשפט", כל המילים מעורפלות על מנת להבהיר לשופט שהכל רלוונטי למשקל. כיום ישנה מגמה דיני ראיות "מגמת מעבר מכללי קבילות לכללי משקל" והיא באה לביטוי בצמצום ככל שניתן בכללי קבילות (כללי פסילה של ראיות), והעברת מרכז הכובד להערכת משקלן, בעבר היו הרבה יותר ראיות פסולות והחל משנות ה-80 דיני ראיות התחילו להכניס לביהמ"ש ראיות שהן פסולות, כאשר ההנחה היא שאם היא לא קבילה ולא רלוונטית יכולה לסייע בהגעה לחקר האמת כשבסופו של יום ההכרעה תהיה על סמך משקל הראיה, קביעת ממצאים עובדתיים תחת יישום טכני של כללים פורמליים נוקשים עשויה לעיתים להרחיק את ביהמ"ש מחקר האמת ולכן הנטייה היום לקבל ראיות שבעבר לא היו קבילות כאשר החשש מהמהימנות שלהם יבואו לידי ביטוי במשקל. מי שקובע את המשקל של הראיה זה השופט בערכאה הדיונית, לשופט בערכאה הדיונית יש המון כוח מאחר ובסופו של יום תיקים מוכרעים ע"י משקל, כי הוא זה שמקבל את הראיות, שומע את העדים והיחידי שיכול לשקול את הראיות.

ההלכה מתייחסת להתערבותה של ערכאת הערעור בקביעות עובדתיות ובמצאי מהימנות של הערכאה הדיונית, ההלכה שנקבעה היא שערכאת הערעור אינה מתערבת בממצאי עובדה ומהימנות שנקבעו ע"י ערכאה דיונית (שהרי יש לה יתרון ברור על ערכאת הערעור – שומעת עדים, הייתה בכל הדיונים), אבל לצד ההלכה הזו נקבעו במהלך השנים 3 חריגים.

- החריג הראשון כאשר ממצאי ערכאה דיונית מתבססים על ראיות בכתב ולא על הופעתם, התנהגותם ודבריהם של העדים, במילים אחרות כשמדובר בראיות בכתב כמו שיקים מזויפים לדוג' לערכאה הדיונית אין יתרון, כי ביהמ"ש יצטרך לייחס משקל.
- החריג השני זה כאשר ממצאי ערכאה דיונית על שיקולים שבהגיון (לדוג' – ראיות נסיבתיות) דוג' – נניח שראובן רצח את שושנה אבל בדיוק שמעון נכנס לדירה של שושנה וראובן יוצא מהדירה בריצה כשבגדיו מגאולים בדם, האם ראובן רצח את שושנה? זו ראיה נסיבתית, לא ראיה ישירה, בעצם מקורה בהסקת מסקנה אבל בפועל שמעון לא ראה את הרצח שזו ראיה ישירה.
- החריג השלישי הוא כאשר נפלו טעויות מהותיות בהערכת המהימנות של העדויות ע"י ערכאה דיונית או כאשר מוצגות לערכאת הערעור עובדות ממשיות לפיהן לא היה באפשרותה של ערכאה דיונית לקבוע את הממצאים שהיא קבעה (בד"כ שמוצגות ראיות חדשות לביהמ"ש).

4. דיות (תוספות ראייתיות) – מושג זה נכון להליך פלילי בלבד. במקרים מסוימים שנקבעו בדיון (חוק ובפסיקה) לא ניתן לבסס הרשעת נאשם על סמך עדות יחידה הגם שביהמ"ש העניק לה את מלוא המשקל הראייתית, אלא יש צורך בראיה נוספת (ממש דרישה כמותית של עוד ראיה) וראיה נוספת זו מכונה תוספת ראייתית. מתי צריך? במקרים שבהם קיים חשש הנוגע למהימנותה של הראיה העיקרית, כלומר יש לי מישהו שמפעיל את הנאשם אבל יש חשש אינהרנטי שהעד הזה לא דובר אמת. דוג' – עד מדינה זה שותף לעבירה שקיבל טובת הנאה מהמדינה כדי להפליל את הנאשמים האחרים.

ישנם 4 סוגים של כללים, כל ראייה צריכה לעבור את 4 המשוכות האלו לפי הסדר כדלקמן, אחרת היא לא תתקבל.

- כשרות – המשוכה הראשונה ומתייחסת לכושר ההעדה של העד, לדוג' קוף לא כשר להעיד, ילד לא כשר להעיד נגד הוריו וההפך, זה בכלל לא משנה מה הוא הולך להגיד, אלא רק אם הוא כשר או לא? לדוג' שופט לא כשר להעיד על דבר שהוא טיפל בו במסגרת סמכותו השיפוטית.
- רלוונטיות – המשוכה השנייה היא שאם העד כשר להעיד, הוא יגיע לביהמ"ש רק אם העדות שלו רלוונטית ויעזור לשופט להחליט במקרה של מחלוקת.
- קבילות – המשוכה השלישית בה בוחנים את התאמתם של הגשת הראיות לכללי הקבילות. דוג' של עדות מפי השמועה, פוליגרף לא קבילים. הראיה כאן היא בינארית או כן או לא.
- משקל – המשוכה הרביעית והאחרונה, רק כאשר ראייה קבילה ורלוונטית תגיע לשלב זה, ואז ייחסו לה משקל, ואת משקל הראיה בוחנים על סמך המשקל הכולל של כל הראיות בתיק. לדוג' - אם יש עד שמעיד שראה את X גונב, נדע אם זה נכון רק לאחר שניקה את כל הראיות שיש בתיק וכולן יתאימו לעדות שלו אז משקל העדות שלו יהיה גבוה ולהפך.

### שאלת ההוכחה

דיני הראיות עוסקים בהוכחה, הוכחה היא שכנוע של ביהמ"ש בדבר קיומה של עובדה באמצעות ראיות. אנחנו צריכים להוכיח רק את מה ששנוי במחלוקת, מה שמוסכם אין צורך להוכיח. פעמים רבות צריך להוכיח רק את היסוד הנפשי כי היסוד העובדתי מוסכם. לפי זה אנחנו תוחמים את עילת המחלוקת, דיני הראיות קובעים לנו מה צריך להוכיח במסגרת זו. בהליך האזרחי מחלוקת נקראת "פלוגתא עובדתית", והיא נקבעת בשלב הקדם משפט, שלב שבו ביהמ"ש קובע את חזית המריבה (העובדות השנויות במחלוקת), דוג' - הגשתי כתב תביעה עם 3 סעיפים, שנכרת חוזה, שהופר החוזה ואחרון שנגרם נזק בסך X כסף - אז התגובה לכך יכולה להיות שאדם מודה בטענה שנכרת החוזה אבל כופר בשאר, או אפילו להכיר בכך שנכרת חוזה, הופר החוזה אבל שלא נגרם נזק של X כסף. בהליך פלילי אין כתב הגנה, אל מול הליך אזרחי בו יש כתב הגנה. בהליך פלילי יש כתב אישום ובמסגרת ההקראה הנאשם צריך להודות או לכפור, הוא יכול להודות בהכל, לכפור בהכל או להודות חלקית. קיימים שלושה אמצעי הוכחה:

- עדים
- מסמכים (לדוג' קלטות)
- חפצים (סכין מגואלת בדם, קליע וכו')

במסגרת הקורס נעסוק אך ורק בעדויות משום שאלו הראיות הכי בעייתיות שיש. כשמדובר בעדות מאוד קשה "לשלוט" על עד. עדים לא זוכרים, שוכחים, אם המשפט ייערך חודשיים אחרי המקרה זה מצוין, אבל אחרי 15 שנה העד לא יזכור טוב, לעדים יש אינטרסים אישיים, עדים מתבלבלים. מבחינת שיטות ההוכחה דיני הראיות מסדירות את שאלת ההוכחה בצורה מודרנית. דיני הראיות משתנים כל הזמן, לאורך תקופות, מדוע הן כל כך משתנות? יש שני גורמים עיקריים; ראשון, טכנולוגיה - שבעקבותיה המשפט מתקדם ולא יכול להישאר מאחור ולכן יש התפתחות בתחום הזה (במיוחד בראיות ממוחשבות). שני, שינויים ערכיים - שינויים של תפיסות חברתיות, כלומר אנו כחברה ותרבות משתנים, ולכן השוני הזה בא לידי ביטוי בדיני הראיות, לדוג' מרגע שנקבע חוק כבוד האדם וחירותו, אזי דיני הראיות חייבים להתאים את עצמם לחוק.

הוכחת הדין - האם צריך להוכיח את הדין? האם כשאני מסתמך על הדין הצד שכנגד יכול לומר "לא, זה שנוי במחלוקת"? **סע' 57 לפק"ר** קובע "כל דין הוא מן המפורסמות שאינם צריכות ראיה..." **סע' 3 לחוק הפרשנות** בא ומסביר מהו דין ראשית חיקוק, זה לא אומר שאנחנו צריכים להגיע לביהמ"ש ללא חקיקה, כי עדיין יש צורך בהצגת הדין לביהמ"ש, ושנית דין דתי, בד"כ שמדובר בדין דתי מביאים מומחים וזאת כדי שכל הצדדים יראו מה המומחה אומר, אבל לא חייב והוא אינו טעון הוכחה. מה לא נכנס בהגדרת הדין? פסיקה. והוא טעון הוכחה, אם לדוג' רוצים

ללכת עם פס"ד לביהמ"ש יש להגיע עם 3 העתקים לביהמ"ש (עבורי, עבור השופט ועבור הצד שכנגד), גם דין זר אינו חלק מהדין, ואם אנו מסתמכים בתיק שלנו על דין זר חובה להוכיח אותו כמו כל עובדה ששנויה במחלוקת, אלא אם המחוקק הישראלי פטר אותנו מלהוכיח את הדין הזר, לדוג' חוק אמנת האג בדבר ילדים חטופים שאומרת שכל אימת שביהמ"ש המקומי עוסק בדין זר והחלטותיהם אין הדברים טעונים הוכחה. על אף שיש דברים שהם לא טעוני הוכחה, כל דבר יכול להיות שנוי במחלוקת והצד שכנגד יכול לעשות חיים קשים ולכן עדיף להוכיח הכל.

### דינה של ראייה בלתי קבילה

1. הליך פלילי – סע' 56, פס"ד אבוטבול
2. הליך אזרחי – פס"ד ביאזי נ' לוי, פס"ד סולפרז נ' עמישי

ראייה בלתי קבילה אסור שתיכנס לביהמ"ש, אבל לפעמים המציאות חזקה מהחוק וראייה בלתי קבילה לפעמים משתרבת לתוך ביהמ"ש. לדוג' אם בטעות נמסר לשופט פס"ד ומתחת היה העבר הפלילי של הנאשם, והוא כבר הספיק לראות אותו, איך ביהמ"ש צריכה להתייחס לדבר כזה? **הפק"ר, סע' 56** מתייחס לראייה בלתי קבילה – "ראייה שאינה קבילה במשפט פלילי ונתקבלה בטעות או בהיסח הדעת, לא תשמש הוכחה לאשמה ואין לבסס עליה שום פסק-דין; אף על פי כן, העובדה שבית המשפט שמע את הראייה לא תפסול את פסק-הדין, אלא אם סבור בית המשפט שהנאשם לא היה מורשע אילולא נמסרה אותה ראייה או שאין ראייה מספקת אחרת זולתה לתמוך בה את ההרשעה." החוק בא ואומר שעל אף שהשופט שמע זאת, זה לא פוסל את פסק הדין, ויש לסמוך על השופט שהוא יודע לנטרל את הדבר. **בפס"ד אבוטבול** אומר ביהמ"ש קיימת חזקה הניתנת לסתירה שביהמ"ש שנחשף לראיות פסולות הוא מתעלם מהם, כלומר הנטל הוא על המערער לסתור את החזקה ולהוכיח שביהמ"ש אשר נחשף לא התעלם מהם, עוד אומר הש' זמיר שהחזקה שביהמ"ש יתעלם מהראייה הפסולה תופסת לא רק אם נשמעה במהלך המשפט, אפילו אם היא הוזכרה בתוך הכרעת הדין ויותר מזה אפילו אם ביהמ"ש לא אמר במפורש שהוא מודע לפסולותה ולכן הוא התעלם. כאשר בלשון החוק מופיע "אלא אם..", מתי בעצם זה עשוי לפסול את פסק הדין? יש 2 דרכים לתקוף פס"ד שהסתמך על ראייה פסולה, שתי חלופות;

- הראשונה המבחן הסובייקטיבי הוא לבדוק מה נפסק, בעצם ללכת ולטעון בערכאת הערעור שהנאשם לא היה מורשע אלמלא הייתה נחשפת הראייה הפסולה, והערכאה צריכה לבחון האם באמת כך הדבר, ואיך העליון יודע האם הוא היה מורשע אלמלא ראייה זו? ביהמ"ש עובר על הפרוטוקול ומכך להבין האם השתמש בראייה להרשיע או לא.
- מבחן אובייקטיבי, ערכאת הערעור קובעת מה כן היה צריך לקבוע, כבימ"ש עצמאי בפני עצמו עובר על כל הראיות ולפי זה מחליט

אין הקבלה לסע' 56 בהליך האזרחי, ביהמ"ש העליון **בפס"ד ביאזי ופס"ד סולפרז** קבע כי בעלי דין במישור האזרחי רשאים להסכים מראש על דיני הראיות ולפטור עצמם בדרך זו ממגבלות הקבילות כולן או מקצתן ככל שימצאו לנכון. ז"א כל כללי הפסילה של הראיות הם רק נותנים ברירה בידי בעלי הדין, אם צד ירצה להתנגד לקבלת הראייה כי יש קלל שאומר שהיא לא קבילה הוא צריך להשמיע את התנגדותו בביהמ"ש והדבר ייפסל, אבל אם הצד שכנגד לא יתנגד ולא יגיד כלום, השופט יכשיר את הראייה כראייה קבילה לכל דבר ועניין, והמשקל יהיה בין 0-100 כרגיל, אבל רק מכוח כך שהוגשה בהסכמה, או ללא התנגדות הצד של הנגד. הש' אילון **בפס"ד ביאזי** אומר במפורש המטרה של ההליך האזרחי הוא פתרון הסכסוך ולא חקר האמת, חקר האמת הוא רק אמצעי לסיים את התיק "כמה שיותר מהר".

### כלל הכשרות והחובה להעיד וחריגין

החובה והכשרות להעיד

זה אחד הנושאים המרכזיים בקורס כי במסגרת הנושא הזה אנחנו נדבר על כשרותם של כל מיני עדים – האם הם כשרים להעיד או לא?

**סע' 2 לפקודת הראיות** זה סע' שקובע את כלל הכשרות בישראל והוא קובע שהכל כשרים להעיד בביהמ"ש בישראל בכפוף לסע' 413 (חריגים לכלל). פקודת הראיות אומרת שגם אם יש אנשים שיש להם אינטרס אישי בתוצאות המשפט הם רשאים להעיד. בעבר, עדים שהיה להם אינטרס אישי בתוצאות המשפט לא היו כשרים להעיד, אבל היום זה לא כך. עם הזמן חל שינוי והיום כולם כשרים להעיד, יתרה מכך מי שכשר להעיד גם חייב להעיד – ז"א שאפשר להוציא לו זימון וברגע שמוציאים לו זימון הוא חייב לבוא ולמסור עדות אמת. החובה למסור עדות אמת חלה גם על נאשמים – לנאשם אין זכות לשקר אבל יש לו זכות שתיתקן (מהחקירה ועד סוף המשפט). השתיקה שלו תהיה ראייה לחובתו אבל עדיין אי אפשר לחייב אותו לדבר. ברגע שהוא עולה על דוכן העדים הוא חייב למסור עדות אמת. יש עבירה על עדות שקר – **סע' 237 לחוק העונשין**. **סע' 1 לפק"ר** אומר את מי באמת מותר להזמין להעיד – מותר לזמן כל אדם בתנאי שהעדויות שלו רלוונטיות וקבילה. **סע' 106 להסד"פ** משלים את **סע' 1 לפק"ר**, הוא למעשה גם מסדיר את הנושא של זימון עדים. סע' 1(ב) קובע שגם השופט יכול לזמן עדים מטעמו (יש כאן פגיעה בשיטה האדברסרית) וזאת כדי להגיע לחקר האמת. היחיד ששולח זימון להעיד הוא ביהמ"ש ולא התובע/הנתבע. הזימון תמיד צריך להיות בכתב. **סע' 106(ב)** קובע שניתן לזמן עד גם בהודעה בע"פ ע"י ביהמ"ש בשעת הדיון.

הבחנה בין הסיבות לאי העדה והסנקציות –

אמרנו שכל מי שהעדויות שלו רלוונטיות וקבילה, והוא קיבל זימון מביהמ"ש חייב להגיע להעיד. יש מקרים שבהם אין לנו באמת עדות:

1. עד שאינו מתייצב בביהמ"ש – ניתן להפעיל 2 סנקציות שקבועות בסע' 73 לחוק בתי המשפט.
  1. קנס – ביהמ"ש יכול לקנוס אותו
  2. צו הבאה – כשמו כן הוא, ביהמ"ש מוציא צו להביא את העד לביהמ"ש. יש כל מיני סוגים של צווי הבאה אבל צו הבאה הכי חמור זה שהשופט שלח שוטר למקום העבודה של העד או לביתו ומביאים אותו לביהמ"ש. צו הבאה הוא הרבה יותר פרקטי מקנס כי זה ממש להביא אותו לביהמ"ש.
2. עד שמתייצב בביהמ"ש אך שותק/מקשקש/לא עונה לעניין – כשעד עולה לדוכן ושותק/לא עונה לעניין צריך לבדוק אם יש טעם לסירוב שלו להעיד לדוג' אולי מישהו איים עליו. אם אין טעם צודק לסירוב אפשר להאשים אותו לפי סע' 5 לפקודת ביזיון ביהמ"ש שקובע עד חודש מאסר (לא עבירה פלילית ואין רישום פלילי) וכן

אן נניח הוא יושב עכשיו יומיים מתוך 30 ומתלונן הוא יכול לומר לסוהר שיגיד לשופט שהוא רוצה להעיד ואז הוא יבוא להעיד וישחרר. סנקציה נוספת – **סע' 241 לחוק העונשין** זה סע' שקובע עבירה של סירוב להעיד. **סע' 241** קובע עונש של עד שנתיים מאסר אבל כאן זה משפט פלילי – צריך לחקור אותו ויש הליך פלילי. לכן הסנקציה לפי **סע' 5** היא הטובה יותר. האם אפשר להפעיל את שתי הסנקציות? כן, סע' 241 אומר שאפשר גם וגם אולם יש לקזז את העונש עפ"י סע' 5 לפקודת ביזיון ביהמ"ש (חודש מאסר). **פס"ד קורקוס – קורקוס** היה עד מדינה כנגד משפחת פשע (זגורי), ובמשפט הסנגורים שאלו אותו מי גרם לו להיקשר בהסכם עד מדינה. הוא למעשה סירב למסור את האיש שגרם לו להיות עד מדינה מחשש שיפגעו בו. ביהמ"ש אמר שזה לא טעם צודק לסירוב ושעליו להעיד. שלחו אתו לחודש מאסר והוא ערער לעליון. ביקשו עיכוב ביצוע והוא הגיע לעליון. שם הש' בייניש קבעה שסע' 5 לפקודת ביזיון ביהמ"ש שמאפשר להטיל עונש נאסר הוא בגדר פס"ד – ז"א שהעד שהטילו עליו חודש מאסר יכול לערער לערכאת הערעור. דבר שני קובעת בייניש שסע' לפקודת ביזיון ביהמ"ש פוגע בזכות של אדם לחירות שמעוגנת בחוק היסוד ולכן היא אומרת שקודם כל יש לבדוק אם יש טעם צודק לסירוב וגם אם אין טעם צודק יש לבדוק האם שאלו אותו שאלה עניינית וחשובה. אם אפשר לקבל את התשובה מעדים אחרים לא צריך ישר לשלוח אותו לכלא. יותר מזה, גם אם ראוי להטיל עליו סנקציית מאסר לא נכון להטיל עליו את כל 30 יום בבת אחת כי יש כאן פגיעה בזכות של העד לחירות ולכן חשוב שהפגיעה הזו תהיה



מידתית. הוא לימים נרצח ואח"כ רצחו גם את אשתו לנגד עיניה של שלושת ילדיה בטענה שהיא דחפה אותו להיות עד מדינה. **פס"ד נבולסי – שני עדי תביעה שנדרשו להעיד כנגד האח שלם שהואשם ברצח.** הם לא רצו להעיד כנגד האח כי האמא שלהם ציוותה עליהם לפני מותה שאסור להם להעיד אחד נגד השני. זה לא טעם צודק. שלחו אותם לכלא ל-30 ימים, הם סיימו את ה-30 ימים והגיעו לשופט ושוב לא הסכימו להעיד. התובע ביקש להפעיל את סע' 5 פעם נוספת. לעומת זאת ההגנה טענה שאסור להם להפעיל אותו שוב פעם. זה הגיע לעליון וביהמ"ש קיבל את עמדת ההגנה – ברגע שהם ריצו את 30 הימים, אי אפשר להפעיל את סע' 5 יותר מפעם אחת. אפשר להפעיל את סע' 241 אבל זה מצריך הגשת כתב אישום וניהול הליך פלילי שלם.

### חריגים לכלל הכשרות

הכלל אומר שכולם כשרים להעיד למעט חריגים –

1. עדות שופט – עפ"י פסיקה. השאלה אם להעיד שופט בתיק מסוים מעוררת לא מעט קשיים משום שעל כפות המאזניים מונחים ערכים שכל אחד מטה את הכף לטובתו. האם באמת יש מקום להעיד שופט בהליך משפטי? לדוג' – באחד המשפטים אחד העדים השליך על הש' בייניש נעל, האם אפשר להעיד את השופטת כעדת תביעה? מצד אחד אף עו"ד לא ירצה לחקור אותה בחקירה נגדית ומצד שני זה יפגע בלקוח שלו. מצד אחד חקר האמת דורש חקירה של שופט, מצד שני זה עלול לגרום לביזוי של השופט ושל מערכת המשפט. פק"ר לא הסדירה את הנושא הזה של עדות שופט אבל הפסיקה מבחינה בין שני מצבים:
  1. עדות שופט על עניין שהיה נתון בסמכותו השיפוטית – הפסיקה קבעה ששופט לא יזמן להעיד על עניין שהוא טיפל בו במסגרת סמכותו כשופט (פס"ד זיימן, בג"ץ לאלו). לדוג' – אחד האנשים שבעולם מעליב את השופט ויש כאן עבירה של העלבת עובד ציבור, השופט לא יוכל להעיד במקרה כזה.
  2. עדות שופט על עניין שלא היה נתון בסמכותו השיפוטית – למשל שופט שהיה עד ראייה לשוד בשכונה. המקרה הזה הוסבר בפס"ד יוסף – חגי יוסף זה מקרה ששם תבעו את המדינה על רשלנות כי היא הגישה כתב אישום רשלני. רצו לזמן את התובעת בתיק שלכאורה התרשלה, רוצים לזמן אותה על משהו שהיא בכלל לא הייתה שופטת בזמנו אבל עכשיו היא שופטת. נקבע שהצדדים יעביר את השאלות לשופט והשופט יעבירם לשופטת והיא תחזיר לו את התשובות. אם הצדדים רוצים לשאול שאלות הבהרה שוב מעבירים אותם לשופט שיעביר לשופטת. אם בכל זאת הצדדים רוצים לחקור את השופטת, השופט יכול לזמן אותה בתנאים מקלים. למשל – דלתיים סגורות, בלשכה שלו/בלשכה שלה. לפני שמזמינים את השופטת לעדות השופט צריך לשלוח שאילתא ליועמ"ש והוא צריך להגיד אם כן או לא.
2. עדויות של קרובי משפחה (בני זוג והורים וילדים) – סע' 4-3 לפק"ר. יש לנו סייגים לחריגים שקבועים בסע' 5-6.

בהליך אזרחי – קרובי משפחה בהליך אזרחי יכולים להעיד לכל דבר ועניין וניתן גם לכפות עליהם להעיד. בהליך פלילי – עדות של קרובי משפחה כפופה לסע' 4-3. בהליך פלילי קרובי משפחה לא כשרים להעיד לחובת קרוביהם וזאת מכיוון שרוצים להגיע לחקר האמת אבל לא במחיר של פירוק התא המשפחתי. הערך של התא המשפחתי יותר חשוב מחקר האמת. אבל, לאינטרס הזה של ההגנה על שלום המשפחה יש סייגים. שלילית כשרותו של העד מתייחסת לעדות שלו בביהמ"ש ולא בתחנת המשטרה. בתחנת המשטרה כן חובה להעיד וזאת כי החקירה בתחנת המשטרה יכולה להוות קצה חוט ולעזור לשוטרים לפתח את החקירה. הפסיקה קבעה שכאשר נאשם טוען כי עד מסוים הוא קרוב משפחה שלו הוא הנושא בנטל הוכחת הטענה.

תיקון 16 שנכנס ב-28.12.15 שינה את הדין בהקשר לעדויות של קרובי משפחה.

**24/11/2019**

עדות של בני זוג - **סע' 3** קובע 2 כללים - במשפט פלילי אין בן זוג כשר להעיד לחובת (נגד) בן זוגו ואין כופים עליו להעיד לחובת אדם המואשם יחד עם בן זוגו בכתב אישום אחד. אם אישה לא רוצה להעיד נגד שותף של בעלה ניתן לפצל את כתב האישום ובכתב האישום נגד השותף היא חייבת להעיד (לא צריך לשאול אותה בכלל כי בעלה לא נמצא באותו כתב אישום).

מי נחשבים בני זוג?

**סע' 8 לפקודה** - "בן זוג" - לרבות הידוע בציבור כבן זוגו, ולמעט מי שחי בנפרד מבן זוגו ואינו מנהל עמו משק בית משותף מתוך כוונה לפרק את חיי המשפחה באופן קבוע, אף אם הם מתגוררים תחת קורת גג אחת;

הפסיקה קבעה כי בני זוג הם אלה שביום מסירת העדות בביהמ"ש הם נשואים זה לזה בנישואים התקפים על פי הדין הישראלי (נישואין על פי הדין הדתי נחשבים לתקפים וכן נישואים אזרחיים שנערכו בחו"ל אשר מוכרים במקום עריכתם). אם לדוגמא קפריסין מכירה בנישואים של זרים שנערכו אצלם אז ישראל חייבת להכיר בהם גם. לקבוצה הזו נוספה קבוצה נוספת ב-2015 והיא הידועים בציבור - כיום גם ידועים בציבור נחשבים בני זוג לצורך דיני הראיות.

מי לא נכנס להגדרה של בני זוג (גם זה חדש מ-2015)? בני זוג פרודים (גם אם הם עוד נשואים), זוגות שנמצאים בהליך גירושין וגם זוגות שנמצאים בהליך גירושין וחיים תחת קורת גג אחת, זוגות שנישאו בישראל בנישואים אזרחיים.

מה קורה במצב שהאישה מסכימה להעיד נגד השותף של בעלה ובזמן העדות היא מפלילה גם את בעלה? הרי העדות נגד בעלה לא כשרה.

**פס"ד מטוסיאן** - וידאל היה קצין אוסטרי ואישתו אריקה היו בישראל.

אריקה לא יכולה להפליל את וידאל בעבירות סמים אך את מטוסיאן היא כן יכולה להפליל. היא הסכימה להעיד נגד מטוסיאן וביהמ"ש מרשיע את שניהם. מטוסיאן מגיש ערעור לעליון ואומר שאריקה בכלל לא כשרה להעיד במשפט הזה בגלל שכל אימרה שמפלילה את מטוסיאן מפלילה גם את וידאל ויש פה עקיפה של סע' 3. ביהמ"ש העליון קובע שס' 3 לא מתנה את העדות של הקרוב משפחה בזה שלא תהיה לכך השפעה על בן הזוג. לכן אומר ביהמ"ש שברגע שהאישה רוצה להעיד נגד השותף העדות שלה קבילה. אבל, החלקים שמפלילים את בעלה (וידאל) לא יהיו קבילים.

עדות הורים וילדים - **סע' 4** קובע 2 כללים - במשפט פלילי אין הורה וילד כשרים להעיד האחד לחובת משנהו, ואין כופים אחד מהם להעיד לחובת אדם המואשם יחד עם משנהו בכתב-אישום אחד. בעצם זה אותו דבר כמו עדות בני זוג - אותם כללים (פס"ד מטוסיאן). מי נחשבים להורים וילדים?

**סע' 8-** "ילד" - לרבות מאומץ.

"הורה" - לרבות מאמץ.

זאת בתנאי שהאימוץ נעשה כדין ובתוקף. משפחות אומנה לא נכנסות תחת ההגדרה הזאת וגם לא ילדים חורגים.

סייגים לחריגים -

אם יש מקרה מסוים שנופל לגדרו של סייג, העד כשר וחייב להעיד.

**סע' 6 -** עדות הגנה. קרובי משפחה כשרים להעיד מטעם ההגנה במשפט של קרוביהם. במקרה זה כל העדות קבילה: הן החלקים שלזכות הנאשם והן החלקים המפלילים ככל שיתגדלו במהלך חקירתו הנגדית של העד על דוכן העדים. אם במהלך העדות לזכות היא פתאום תפליל את בן הזוג שלה הכל קביל.

**פס"ד כרמי -** ביהמ"ש העליון קבע כי במצב בו 2 בני משפחה עומדים יחד לדין באותו כתב אישום ואחד מהם עולה להעיד להגנתו שלו (של עצמו), אין רואים אותו בהקשר הנדון כמי שנקרא להעיד מטעם הנאשם האחר ועל כן לא ניתן יהיה לעשות שימוש בחלקים בעדותו המפלילים את הנאשם האחר.

**סע' 5 -** עדות מותרת. הסעיף עוסק בכל מיני מקרים שלמעשה פוסלים את האיסורים (מסייגים את החריגים). אם יש לנו מקרה מסוים שנפל לס' 5, בני המשפחה כולם יהיו כשרים וחייבים להעיד.

באילו מקרים בני זוג והורים וילדים יהיו חייבים להפליל אחד את השני?

**סע' 5 - (א)** הסייגים שבסעיפים 3 ו-4 לא יחולו במשפט פלילי בשל אחד מאלה:

(1) חבלת גוף או אלימות או איום באחד מאלה;

(2) **עבירה לפי סעיפים 337 או 362 לחוק העונשין**, תשל"ז-1977 (להלן – חוק העונשין), או לפי סימן י' בפרק ח' ולפי סימנים ה' או ו'1 בפרק י' לחוק העונשין, שעבר בן זוג נגד בן זוגו, הורה נגד ילדו או ילד נגד הורהו;

(א2) עבירה לפי **סעיף 287 לחוק העונשין**, לענין הפרת צו הגנה לפי חוק למניעת אלימות במשפחה, תשנ"א-1991, או לענין הפרת צו שיפוטי אחר לפי כל דין, שעניינו הגנת בן זוגו, ילדו או הורהו של המפר, מפניו;

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

(4) (נמחקה).

(ב) הסייגים שבסעיפים 3 ו-4 לא יחולו על עדות של אדם שהגיש תלונה נגד בן זוגו, ילדו או הורהו, לפני העניין, במשפט פלילי בעניין אותה תלונה, בין שהוא הראשון שהגיש תלונה באותו עניין ובין שהוגשה כבר תלונה באותו עניין בידי אדם אחר.

(ג) לענין סעיפים קטנים (א) ו-(ב), אחת היא אם העד הוא נפגע העבירה או אדם אחר.

**סע' 5(א)(1) - הלכת עומרי** אומרת שהסעיף הזה עוסק בכל אלימות שהיא ואין חשיבות לזיהוי הקורבן (לא משנה מי הקורבן). אלימות הכוונה היא לעבירה שבין יסודותיה מצוי יסוד של חבלת גוף או אלימות גופנית או איום באחד מאלה וכן עבירה שעל פי טיבה ניתן לסווג אותה כעבירת אלימות. למשל – עבירת אינוס סווגה בפסיקה כעבירת אינוס. החזקת נשק היא לא עבירת אלימות אלא עבירת החזקה.

**פס"ד פיאקה -** נקבע שאינוס זו עבירת אלימות.

**פ"ד רוקח -** ביהמ"ש העליון קבע שעבירת אלימות כוללת גם עבירות אלימות כלפי רכוש. לדוגמא - אם אני שובר את המחשב של השכנה שלי ובני המשפחה שלי ראו הם חייבים להעיד נגדי.

**סע' 5(א)(2) -** קבוצה זו כוללת קבוצה של עבירות שקרו בתוך המשפחה הגרעינית. רק אם העבירות האלו קרו בתוך התא המשפחתי (בן הזוג כלפי בת הזוג, הורה כלפי ילד ולהפך) אז חייבים וכשרים להעיד. אילו עבירות נכללות בס' זה? עבירה של אלי סיפוק צרכי מחייה, עבירה של הזנחת ילדים, זנות ותועבה (שידול לזנות, סרסרות לזנות, החזקת מקום לזנות), כל עבירות המין למיניהן ועבירות של פגיעה בקטינים ובחסרי ישע. אחים תמיד כשרים וחייבים להעיד אחד נגד השני.

**סע' 5(א2) -** מתייחס לעבירה של הפרת צו הגנה לפי החוק למניעת אלימות במשפחה או הפרת צו שיפוטי אחר שעניינו הגנת בן זוגו, ילדו או הורו של המפר מפניו. כאשר בן משפחה מוציא צו הגנה מביהמ"ש וצו ההגנה הזה אמור להגן עליו מפני בן משפחתו, והוא מפר את הצו, ברגע שהוא יפר את הצו כל בני המשפחה יוכלו להעיד נגדו.

**סע' 5(3) -** מדבר על עבירה שיבוש שנלוות לאחת מהעבירות המפורטות בסע' 5(א). צריך להראות שהעבירה הנלוות קשורה לאחת העבירות שבס' 5(א). אין הכרח שקרוב המשפחה אשר מעיד על עבירת השיבוש יעיד גם על העבירה העיקרית. אין הכרח שיתקיימו הליכים משפטיים כנגד הנאשם הן בעבירה העיקרית והן בעבירה הנלווית. העבירה הנלווית אינה חייבת להיעשות כלפי אותו קורבן שכלפיו בוצעה העבירה העיקרית.

**סע' 5(ב) -** אם קרובי משפחה מגישים ביוזמם תלונה בתחנת המשטרה כנגד הקרוב החשוד בעבירה כלשהי (כל עבירה), ברגע שהם הגישו תלונה ביוזמתם הם יהיו כשרים וחייבים להעיד נגדו גם אם הקרוב לא היה הראשון שהגיש את התלונה.

**סע' 5(ג) -** לא צריך להראות שהקורבן הוא זה שהתלונן.

3. **העד הקטין -** האם קטין כשר להעיד? כן, **סע' 2** אומר שהכל כשרים להעיד. מצד שני, ביהמ"ש צריך להתייחס לכל מיני נתונים שעשויים להשפיע על המשקל של העדות. למשל - צריך לקחת בחשבון שילד לא תמיד יודע להבחין בין מציאות לדמיון, הזיכרון של ילד לא מפותח כמו של אדם בוגר, ההבנה שלו את המציאות מוגבלת, הם נתונים להשפעה בקלות יותר מאשר מבוגרים, הם לא בהכרח מבינים את העדות בביהמ"ש. לכן אנחנו גם רוצים לגונן על הילד. אנחנו צריכים להבחין בין עדות קטין בהליך הפלילי לבין עדות קטין בהליך האזרחי: בהליך הפלילי - דיני העונשין חילקו את הקטינים למתחת לגיל 12 ומעל גיל 12. כל קטין שהוא מתחת לגיל 12 הוא אינו בר אחריות פלילית וכל קטין שהוא מעל גיל 12 ביום מסירת העדות הוא בר אחריות פלילית. קטינים מעל גיל 12 נחשבים לבגירים לצורך מתן עדות, ביהמ"ש מזהיר אותם שעליהם להגיד רק את האמת ואם הם לא יאמרו את האמת הם צפויים לעונשים הקבועים בחוק. קטינים כאלה יכולים להעיד וביהמ"ש יכול להרשיע את הנאשם על סמך עדות יחידה של קטין מעל גיל 12 ללא צורך בתוספת ראייתית. קטינים מתחת לגיל 12 הם כשרים להעיד למרות שהם לא ברי אחריות פלילית אבל את העדות שלהם מסדירה הוראת **סע' 55(א) וס' 55(ב)**. אמנם מזהירים אותם להגיד רק את האמת אך לא ניתן להעמיד אותם לדין על כך. ס' 55(ב) קובע שלא יורשע אדם על סמך עדות יחידה של קטין מתחת לגיל 12 אלא נדרשת תוספת ראייתית מסוג דבר לחיזוק.

כלומר, אם הילד בן 12 ומעלה אין צורך בתוספת ראייתית. לעומת זאת, אם הילד מתחת לגיל 12 צריך תוספת מסוג דבר לחיזוק (צריך שמישהו יאמת את הגרסה של הילד).

בהליך האזרחי - **ס' 54(1) -** ביהמ"ש יכול לפסוק על סמך עדות יחידה של קטין מתחת לגיל 14 אולם קיימת

חובת הנמקה.

אם העד היחיד הוא ילד בן 14, אפשר לפסוק בתובענה על סמך העדות ולא צריך לנמק כלום. אם העד היחיד הוא ילד מתחת לגיל 14 צריך לנמק.

בהליך הפלילי ההסדר הזה קיים על כל העבירות למעט העבירות שחל עליהם החוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים) או בשמו המקוצר "חוק הגנת ילדים".

חוק הגנת ילדים חל בהליך הפלילי בלבד. חוק הגנת ילדים למעשה מסדיר את עדותם של ילדים שהיו מעורבים בעבירות שמנויות בתוספת של החוק (בעיקר עבירות מין ואלימות שהילדים היו חשודים בהם או שהם היו עדי ראיה או קורבנות). החוק הזה הוא פטרנליסטי – הוא אומר שאם הילדים יעידו על העבירות הללו הנזק הנפשי שעלול להיגרם להם יכול לעלות על הנזק שנגרם להם מהעבירה עצמה. החוק הזה נועד להגן על הילדים והוא קובע הסדרים מיוחדים שיחולו בעבירות המנויות בתוספת.

מי שיחקר את הילדים הוא חוקר ילדים שהוא עובד סוציאלי שמקבל את ההסמכה שלו במסגרת העבודה, הוא מתמנה ע"י שר המשפטים וברגע שיש עבירת מין או אלימות המשטרה מזעיקה אותו, הוא הולך לכיתה/לביית ספר וחוקרים את הילד. חוקר הילדים מצלם את הילד, חוקר אותו, מתמלל את הקלטת ובסופו של דבר מחליט אם להעיד את הילד או לא. אם הוא מחליט בסוף לא להעיד את הילד, אי אפשר להפוך את החלטתו. מי שיגיע לאולם זה חוקר הילדים שמעיד במקומו ומספר מה שהילד אמר לו. ההסדר הזה נועד להגן על משולש אינטרסים – אינטרס להעמיד עבריינים לדין, אינטרס להגן על הילד מפני נזקים נפשיים ואינטרס של החברה בקיומו של הליך הוגן.

על מי חל החוק? החוק חל על ילדים בלבד. מיהו ילד? **ס' 1 לחוק** קובע שילד הוא קטין מתחת לגיל 14 ביום מסירת העדות (אם הוא בן 14 החוק לא חל ואז הולכים לפי ההסדר הרגיל).

אם לדוגמה ביצעו בקטינה מעשים מגונים כשהיא הייתה בת 13 וחצי וכשהתחיל המשפט היא הייתה בת 14 וחצי החוק לא יחול וילכו לפי ההסדר הרגיל (היא מעל גיל 12 ולכן ניתן להסתפק בעדות יחידה שלה ללא תוספת ראייתית).

**ס' 2(א)** לחוק קובע כי אין מעידים ילד על עבירה שנעשתה בגופו או בנוכחותו (למשל עד ראיה לאונס) או שהוא חשוד בעשייתם. במצבים האלה יחול חוק הגנת ילדים.

לחוק הזה יש יתרון וחסרונות – החסרונות של החוק הזה היא פגיעה בזכות הנאשם להליך הוגן כי נשללת מהנאשם הזכות לחקור את הילד בחקירה נגדית, הקושי של ביהמ"ש להתרשם מעדים, קשה להעריך את המשקל של העדות של הילד, שיקול הדעת של חוקר הילדים שלא להעיד את הילד הוא סופי. היתרון של החוק זה התכלית שלו – הוא מגן בצורה הרמטית על הקטינים מפני טראומה, חוויות שליליות ונזקים. האם אפשר להתנות על הוראות ס' 2?

**פס"ד פלוני** – שם למעשה יש עבירות נגד המוסר שבוצעו ב-2 קטינות וחוקר הילדים אסר על הקטינות להעיד.

השופט טענה שהחוקר הוא עובד סוציאלי ולא משפטן והציעה לחקור את הקטינות באולם שלה. השופטת סירבה לפסול את עצמה ואז למעשה הפרקליטות ערערה לעליון – השופט שמגר קובע שהוראות ס' 2 ו-4 לחוק הגנת ילדים הם קוגנטיות ואי אפשר להתנות עליהן. השופט לא יכול להתנות עליהן, באי כוח הצדדים לא יכולים להתנות עליהן. השופט שמגר גם אומר שהפרוצדורה שהוצעה ע"י השופטת היא נטולת יסוד. הוא אומר שזה החוק, הוא נועד להגן על הילדים והיחיד שיחקר את הילד הוא חוקר הילדים ואם אותו שופט חושב שהוא לא יכול לנהל משפט בגבולות ובהסדרים שנקבעו בחוק שלא יטפל בתיקים האלה.

**01/12/2019**

חוק הגנת ילדים חל על ילדים – אם ילד מתחת לגיל 14 ביום מסירת העדות אז אחד התנאים התקיימו, החוק חל רק על עבירות שמנויות בתוספת, מה זה אומר חל? שמי שתחקר אותו זו חוקרת ילדים והיא זו גם שתחליט אם הוא יעיד במשפט, אי אפשר לשנות החלטה כזו בשום אופן מאחר והיא רואה לנגד עיניה רק את טובת הקטין.

עבירות שעליהם חל חוק הגנת ילדים –

1. עבירות מין, זנות ותועבה – שידול לזנות, סרסרות לזנות, ניצול קטינים לזנות וכל עבירות המין למיניהם, זה לא משנה אם הילד חשוד בעבירות מין, או שהוא קורבן החוק חל.
  2. עבירות של אחראי על קטין לפי **368א לחוק עונשין** שנעברו כלפי קטין עליו אחראי – תקיפת קטין, התעללות בקטין, הפרת חובה של הורה כלפי קטין (אחראי יכול להיות גם בייביסיטר, גננת וכו').
  3. עבירות של גרימת חבלה, פציעה, הזנחה, חטיפה וכליאה שנעברו בתוך התא המשפחתי הגרעיני כאשר הילד אינו חשוד בביצוע (בשתי הקטגוריות הראשונות החוק חל בכל מקרה, וכולם יחקרו ע"י חוקר ילדים, לעומת זאת בקבוצה הזו אם הילד חשוד בעצמו בביצוע העבירות בקבוצה הזו חוקר רגיל יחקור אותו והילד יעיד מאחר ויש איזון להגיע לחקר האמת לבין נזקים נפשיים ואומרים אם הילד בעצמו הוא זה שעשה אז ההנחה היא שאנחנו רוצים שהילד יגיע כשמדובר בעבירה כל כך חמורה בתוך התא המשפחתי הגרעיני וזה עולה על טובת הקטין).
  4. עבירות של רצח, רצח בנסיבות מחמירות, המתה בנסיבות של אחריות מופחתת, המתה בקלות דעת וניסיון לרצח – כאשר הילד אינו חשוד בעבירות המתה המתוארות לעיל (עבירות המתה + ניסיון לרצח) ובנוסף לכך מתקיים אחד מהתנאים הבאים –
    1. בעת גביית העדות טרם מלאו לילד 12 שנים
    2. בעת גביית העדות מלאו לילד 12 שנים והעבירה בוצעה בתוך התא המשפחתי הגרעיני.
- האם הילד חשוד בעבירה? כן-> החוק אינו חל, לא-> האם הילד נפגע עבירה או עד ראייה? -> לא, החוק אינו חל. כן-> בן כמה הילד? -> מתחת לגיל 12, החוק חל. בן הגילאים 12-14 -> החוק יחול בתנאי שהעבירה בוצעה בתא המשפחתי הגרעיני.
5. עבירות נלוויות – עבירה נלווית לאחת מהעבירות האמורות – **בסע' 1(א)** לתוספת בחוק הגנת ילדים, כאן זה לא רק שיבוש אלא כל עבירה לדוג' מישהו ביצע עבירת מין בקטינה ואיים עליה שאם היא תתלונן במשטרה הוא ירצח אותה, אז יש פה עבירת מין ואיום, חוק הגנת ילדים לא חל על איומים בגדול, אבל כשזה נלווה לעבירת המין אז זה נכלל בתוך זה באותו מקרה.
- אם לא מדובר באחת מהעבירות המנויות מעלה, הילד יחקר באופן רגיל ע"י שוטר כחול ויגיע לביהמ"ש להעיד כרגיל. לחוקר ילדים יש כוח שאין אפילו לשופט בבימ"ש עליון, כי אין אפשרות לערער אחריו, אז איך הוא בעצם עובד חוקר הילדים? ברור לכולם שההחלטה שלו נסמכת על שיקול דעת האם העדות תגרום לילד נזק נפשי או לא, אנחנו למדים על כך גם מסעיפים אחרים בחוק הגנת ילדים, יש **את סע' 2(ג) וסע' 10** לחוק הגנת ילדים ושניהם עוסקים בהפסקת עדות ילדים, כאן אומרים שגם אם הילד מעיד בביהמ"ש החוקר נמצא ומשגיח עליו, ואם הוא רואה שהילד "מתפרק" בדוכן העדים ביהמ"ש שומע לחוקר הילדים האם יש מקום להפסיק את העדות באותו רגע על מנת שלא ייגרם לילד נזק.
- כללי גביית העדות מקטין מחוץ לביהמ"ש:
- סע' 5 לחוק הגנת ילדים** קובע כי לא יהיה אדם נוכח בחקירת ילד ע"י חוקר ילדים אלא ברשות חוקר הילדים. נניח שמי שביצע את עבירת המין זה הדוד, חוקרת הילדים לא באה לבית של הדוד, סביר להניח שתגיע למקום ניטרלי כמו בית הספר, שם היא חוקרת את הקטינה שם אף אחד לא נוכח אלא ברשות החוקר, לדוג' הגנת, מורה, אמא. **סע' 5א לחוק הגנת ילדים** קובע שחוקר ילדים יתעד את כל החקירה לרבות כל חילופי הדברים מול הילד בין אם זה חשוב או לא, הכל חייב להיות בתיעוד בין אם זה רלוונטי או לא. ברירת המחדל לתיעוד זה וידיאו, כלומר תיעוד חזותי שביהמ"ש יישב ויצפה בכל החקירה, זה התיעוד האולטימטיבי, חוקרת הילדים לגמרי קשובה לילד ולא עסוקה בלכתוב הכל אלא כל כולה בילד, אך אם אין אפשרות סבירה לתיעוד חזותי (נגמרו הסוללות, שכחו כרטיס זיכרון וכו'), או אם הילד סירב לענות מול וידיאו וסירבו תועד בווידיאו לאחר שחוקרת הילדים הסבירה לו שהחקירה כולה מוקלטת, עוברים לתיעוד קולי, ואם גם לזה הוא סירב, או שלא היה אפשרות

היא עוברת לאפשרות השלישית של כתיבה, שזה הכי פחות איכותי, זו עדות מפי השמועה, לא משנה כמה מתארים בכתב את המקרה לא עובר באופן מלא לביהמ"ש ההתנהלות של הילד במהלך החקירה שעוזר לשופט להעריך את החקירה, בכתב אנו מאבדים אותות אמת שיכולים לעזור לנאשם/לכתיבה. חוקר ילדים צריך לתמלל את החקירה, יש לו את חומר החקירה הוא כותב גם זיכרון ודברים, תחילה דין וחשבון של איך התנהלו הדברים מהרגע שקראו לחוקר הילדים ועד לחקירה עצמה וכיצד בוצעה, כמה זמן נמשכה, מי היה שם וכו', ולאחר מכן היא כותבת חו"ד לגבי המהימנות של הילד ומה שהוא אומר ובסופו של דבר יש שורה אחת בה היא כותבת אם הילד יעיד או לא יעיד, לאחר מכן היא מגישה את כל החומר לחוקר במשטרה, ובעקבות זאת החוקר חוקר את הנאשם/חשוד. לפעמים חוקר הילדים מאפשר לילד להעיד וגם זה מוסדר בחוק **בסעיף 2(ד) לחוק הגנת ילדים**, אבל גם אם חוקר ילדים מחליט שהילד יעיד היא יכולה להחליט שהעדויות תהיה במקום אחר, או להתנות שהעדויות תהיה בתנאי שהוריו יהיו וכו', במהלך המשפט אם וכאשר הילד מעיד, **סעיף 2(ב)** קובע שבמהלך העדות של הילד יהיו נוכחים רק הצדדים שזה תובע, סניגור, נאשם, חוקר ילדים ומי שביהמ"ש אפשר לו להיות נוכח, הדיון הוא בדלתיים סגורות ויש שיקול דעת של ביהמ"ש (לדוג' יחליטו שהפסיכיאטרית תהיה, הסבתא וכו'). **סעיף 10 לחוק הגנת ילדים** אומר שאם הילד יורד מדוכן העדים ומבקשים מחוקרת הילדים לשאול שאלות נוספות, היא יכולה לסרב לשאול אם היא סבורה שהשאלות יכולות להחמיר את המצב הנפשי שלו. אין אפשרות לקבל קלטות חקירה שחלילה לא ידלוף, צופים בזה רק במשרד התובע, הדבר ביחיד שאפשר לקבל זה את התמליל של הקלטת, חוששים לפרטיות.

#### ערעור על החלטה של חוקר ילדים:

חוק הגנת ילדים תוקן בשנת 2004, שם המחוקק הסדיר את שאלת הערכה המחודשת של החלטת החוקר לא להעיד את הילד. עד 2004 חוקר ילדים חקר את הילד וקבע שהילד לא יעיד לדוג', שעה שהוא לא יודע מתי המשפט יהיה, בזמנו החליטו שאם כשהילד היה בן 9 ונחקר והוחלט שהוא לא יעיד, גם אם המשפט יהיה לאחר שלוש שנים אז לא מעידים אותו. לאחר התיקון הוחלט שחוקר ילדים יחליט מחדש בסמוך למתן העדות, או למועד תחילת המשפט האם להעיד אותו או לא, יכולים להיות שהנסיבות השתנו, עברו מספיק שנים לדוג', הילדים התבגר והתגבר על הטראומה וכו', ולכן המחוקק מחליט שיש להעריך מחדש, המחוקק לא כותב אחר כמה זמן צריך להעריך מחדש, אבל לדוג' שנה זה סמן סביר. בד"כ לא עובר תקופה כזו כי לכולם יש אינטרס שהתיק הזה יתנהל כמה שיותר מהר כשמדובר בקטינים. **סעיף 2(ח) לחוק הגנת ילדים** קובע שאם חוקר ילדים החליט שלא להרשות לילד להעיד אי אפשר לערער על זה, גם אם זה חוקר ילדים של יום וחצי והוא טעה, אבל אם חוקר הילדים החליט דווקא להרשות את עדות הילד, אפשר לבקש מביהמ"ש להעביר את התיק לחוקר בכיר שיבחן האם יש הצדקה להעיד את הילד, החוק מאוד בא להגן על הילד.

האם חוות הדעת של חוקר הילדים מחייבת את ביהמ"ש? חוות הדעת תמיד נחלקת ל2, קודם כל חו"ד מתייחסת לעובדות, ממש תיאור של המצב וממצאים ובחלק השני יש את המסקנות שזו ממש חוות הדעת של מי שמוסר אותה, בסופו של יום מדובר בחוות דעת של מישהו אחר ושופט לא חייב לקבל אותה ולא להסכים עמו. אחד הסיבות העיקריות הם ששופט שומע את כל הצדדים וחווה את כולם, בעוד חוקרת הילדים שומעת רק את הילד, אבל יש משקל מאוד חשוב לחוות הדעת של חוקרת הילדים.

#### קבילותה של חקירת ילד שנעשתה פני חוקר ילדים:

**סעיף 9 לחוק הגנת ילדים** הוא סעיף של קבילות, אם לא היה אותו, כל מה שחוקר הילדים עשתה ואספה לא היה קביל כי אחרת זה הכל עדות מפי השמועה. הסעיף קובע שכל החקירה של הילד שתועדה בין אם זה וידיאו/הקלטה קולית/תמליל/דין וחשבון וכו', בעצם כל החומר שנערך הכל קביל. השאלה היא האם זה קביל או לא יכולה להתעורר בארבעה מצבים שונים:

האם הילד מעיד	האם הילד עבר את גיל 14	
X	X	1
V	X	2
V	V	3
X	V	4

1. בזמן המשפט טרם מלאו לילד 14 שנים והוא אינו מעיד – זה המצב הקלאסי הפשוט, אין חולק שבמצב כזה כל החומר של החקירה מתקבל כראיה קבילה, העדות של החוקר מתקבל, חוקר הילדים יעיד על העובדות, על המצב הנפשי של הקטין, על האמינות של הקטין מההתרשמות שלו. אפשר לשאול את החוקר במצב כזה כל שאלה שרוצים לשאול, האם המשקל של הראיה הזו יהיה גבוה? תלוי בנסיבות העניין, כאשר המסקנה הסופית של שיקול הדעת לעניין אימוץ ההחלטה תהיה של ביהמ"ש.
2. בזמן המשפט טרם מלאו לילד 14 שנים והוא מעיד – מה דינה של חקירת הילדים כראיה במשפט? במצב הזה בשונה מהמצב הראשון הילד מעיד, וכשהילד מעיד במשפט, קודם כל הוא יספר כל מה שהוא אמר בעדות וגם ביהמ"ש יתרשם ממנו, האם **סעי' 9** מאפשר לחוקר הילדים להגיש את החקירה כראיה קבילה למרות שהוא מעיד? כן, נקבע ב**פס"ד מימרן – 1972**, עבירת אינוס מתלוננת בת 13 וחצי שנחקרה ע"י חוקרת ילדים, והיא אסרה עליה להעיד במשפט וכל החומר הוגש לשופט בתחילת המשפט, במהלך הדיון הקטינה בגרה (הגיעה לגיל 14), כשהתחיל המשפט טרם מלאו לה 14 ואז הגישו את כל החומר בתחילת המשפט, ובמהלך המשפט שמלאו לה 14 הסניגור ביקש להעיד את הילדה ושהחוק אינו חל, התביעה סירבה להעיד אותה על סמך זה שאין שום סעיף שמחייב להעיד אותה בכלל והתביעה גם צודקת, מה עשה הסניגור? אם את לא מזמנת אני אזמן את הקטינה כעדת הגנה, הילדה עלתה לדוכן העדים ואמרה ששום דבר לא קרה והיא בדתה את כל האישומים (זה היה מאוד ברור שמישהו השפיע עליה לשנות את הגרסה), נוצר מצב שיש חקירה מלאה שהכל קרה עדות מפי השמיעה וזו ראיה קבילה, לעומת זאת עדות שהיא אומרת ששום דבר לא קרה, השאלה המשפטית הייתה האם החקירה נשאר ראיה קבילה ולא עדות מפי השמיעה אפילו שהילדה בגרה? התשובה היא כן, שתי הראיות היו קבילות לגמרי, וביהמ"ש שהיה צריך להחליט למי להאמין, גם יכל לתת משקל על פי איך שהוא רואה לנכון מי מהן יותר מהימנה ונכונה בעיניו. נקבע שרשאים השופטים להעדיף את החקירה בפני חוקרת הילדים על פני מה שהיא אמרה בעצמה בבית המשפט, למה? בזמן החקירה היא לא השופעה מאף אחד, בנוסף לכך עדות קרובה לאירוע על מול עדות של שנתיים אחרים היא עדיפה, הש' חיים כהן אומר מן המפורסמות הוא שזכרונו של אדם נחלש עם חלוף הזמן וככל שמועד מתן העדות קרובה למועד האירוע אמינה יותר...סיבה שניה ניסיון החיים מלמד שאם העד חוזר בו מעדותו המקורית ומהיפוכה עד כזה אינו עושה זאת בד"כ לתקן טעות בתום לב אלא כדי להשיג מטרה שאין בה קביעת האמת ולא כלום...הלכת מימרן השתרשה וקובעת שחקירה של ילד היא ראיה קבילה בין אם הילד אינו מעיד במשפט ובין אם במועד הגשת המשפט הוא לא היה בן 14 ובגר תוך כדי. כשהילד מעיד, האם חוקרת הילדים יכולה להעיד במשפט? יש בפסיקה תמימות דעים שהחוקר יכול לעלות להעיד ואפשר לשאול אותו כל דבר לגבי החקירה עצמה, לגבי חוות הדעת של חוקר הילדים יש מחלוקת בפסיקה אם חוקר הילדים יכול להעיד במקרה כזה על האמינות של הקטין, ע"פ **פ"ד 337/13 פס"ד פלוני – ביהמ"ש העליון** שאל את עצמו את השאלה הזו והייתה מחלוקת, הש' הנדל סבר כי אין לקבל את עדותה של חוקרת הילדים בכל הנוגע לשאלת המהימנות של הקטין, הוא אומר שעדות של חוקר הילדים היא עדות שאינה רלוונטית, הקטין מעיד וניתן להתרשם ממנו לבד. הש' דנציגר חולק על דעתו של הנדל ואומר שלא מדובר כאן בשאלה של קבילות אלא בשאלה של משקל, עדות של חוקר הילדים מבחינתו היא כלי עזר נוסף כאיש מקצוע, ועדותו יכולה לסייע לביהמ"ש במלאכה המורכבת של עדות הקטין, מלאכה טעונה מקצועית מורכבת וייחודית, הש'



- ברק-ארז הצטרפה לחוות דעתו של הנדל. יש גם פסיקה מאוחרת באמרת אגב שאימצו את דעתו של דנציגר דווקא ולכן גם היום יש מחלוקת בפסיקה, הכל תלוי בשופט נכון להיום.
3. בזמן המשפט מלאו לילד 14 שנים והוא מעיד – בתחילת המשפט לפני הגשת החומר כבר מלאו לו 14 שנים ובאירוע עצמו הילד היה פחות מגיל 14 שנים, שאלת קבילותה של חקירת הילדים במצב הזה הוכרעה לאחרונה בע"פ 3204/17 פס"ד פלוני – ביהמ"ש קבע הלכה כי עדות שנגבתה כדין ע"י חוקר ילדים היא ראייה קבילה בין אם בשלב הגשתה לביהמ"ש הקטין עודנו בבחינת "ילד" כהגדרתו בחוק הגנת ילדים, ובין אם כבר מלאו לו 14 שנים. הש' יצחק עמית קובע שלמעשה חקירת ילד שנגבתה ע"י חוקרת ילדים היא לעולם קבילה כמה סיבות – 1. לשון החוק, **סע' 9** לא מתנה את קבילות חקירת הילד בגיל הילד או באם יעיד או לא, אלא שכל החומר קביל ולכן הוא אומר שברגע שהאימרה נגבתה כדין, הראיה הייתה קבילה ותישאר קבילה גם אם ימלאו ליד 14 שנים במועד ההגשה. 2. הקביעה גם מתיישבת עם ההלכה הפסוקה, פס"ד מימרן קובע שהחקירה נשארת קבילה גם אם מלאו לילד 14. 3. הקביעה הזו משרתת את תכליתו של חוק הגנת ילדים, הוא אומר שכאשר מדובר בילדים חלף הזמן הוא בעל השפעה רבה לעיתים דרמטית, שנתיים ימים בתפיסתו של ילד רך בשנים אינם כשל בוגר, ויש להישמר מהרעיון לעשות גזרה שווה ביניהם.. אומר ביהמ"ש במילים אחרות שלא רק שהיא ראייה קבילה גם יש לה משקל נכבד. לגבי שאלת חקירה של חוקרת הילדים, כלומר עדותה – אותה הלכה כמו במצב 2.
4. בזמן המשפט מלאו לילד 14 שנים והוא אינו מעיד – המצב הזה גם הוכרע בע"פ 3204/17 פס"ד פלוני – שם אומר ביהמ"ש לאור מסקנת ביהמ"ש כי **סע' 9** עומק בתוקפו ללא קשר לגילו של הקטין במועד המשפט ולשאלה האם הוא מעיד במשפט או לא, הרי שעדותו בפני חוקר הילדים היא ראייה קבילה גם במקרה שבו בזמן המשפט מלאו לילד 14 שנים והוא אינו מעיד, ביהמ"ש אומר שזה שהראיה קבילה והילד אינו מעיד עשוי ליצור מצב שבו ביהמ"ש יגרע מהמשקל של העדות של הקטין בפני חוקר הילדים לאור העובדה שהתביעה נמנעה מלהעיד אותה. מצב זה הוא מצב מיוחד, ברגע שהילד כבר בגירה וידוע לנו שיש עד שאפשר להעיד ולא מעידים זה עלול להשפיע על המשקל. דוג' – קטינה שביצעו בה מעשה אינוס חמור בגיל 13.9 והמשפט התחיל בגיל 14.5, החוק כבר לא חל, אפשר להגיש את החקירה שלה, אבל ייתכן שהיא כבר מאושפזת קרוב לשנה בבי"ח פסיכיאטרי, אז הראיה קבילה והמשקל שלה בהתאם לנסיבות העניין, אם התביעה תסתיר את זה שהיא מאושפזת זה יעלה תמיהה ויהיו השלכות, אל מול כך שהתביעה תפרט למה הקטינה אינה מגיעה, הראיה תמשיך לקבל משקל גבוה כי יש מצב מוצדק לחוסר ההעדה.

#### הדרישה לתוספת ראייתית:

**סע' 11 לחוק הגנת ילדים** אומר שניתן לבסס הרשעה של נאשם על סמך חקירה של ילד שנגבתה בידי חוקר ילדים בתנאי שתימצא תוספת ראייתית מסוג סיוע. אם רוצים להרשיע את הנאשם על סמך "עדות מפי השמועה", על סמך מה שנאמר לחוקרת הילדים, צריך תוספת מסוג סיוע, **סע' 162** הימנעות הנאשם מלהעיד יכול להוות סיוע או חיזוק לדברי התביעה. לנאשם יש זכות שתיקה במשפט שלו, התביעה היא זו שצריכה להתאמץ, אבל אומרים לו שמי שבחר בזכות השתיקה זה בד"כ מי שביצע את העבירה, כי מי שלא עשה כלום לא מפחד לדבר, במיוחד שהוא מיוצג ע"י עו"ד, אך בהמשך של **סע' 162 לחוק הגנת ילדים** נקבע שהשתיקה של הנאשם לא תהווה סיוע לצורכי **סע' 11** בעצם לחקירה שנגבתה ע"י חוקרת ילדים ואינו מעיד. אם הילד לא מעיד תמיד צריך סיוע, אבל אם הילד מעיד, האם גם אז צריך תוספת ראייתית? התשובה היא שהשאלה היא מה הגיל שלו? אם הוא מעל 12 לא צריך כלום, אבל אם הוא מתחת לגיל 12 צריך דבר לחיזוק. הפסיקה קבעה ששתי עדויות שהובאו ע"י חוקר ילדים יכולים לסייע זו לזו בע"פ 3204/17 פס"ד פלוני – לדוג' שתי בנות שבאחת ביצעו עבירת מין והשנייה עדת ראייה, וחוקרות הילדים מחליטות שאף אחת מהן לא מעידה, הקלטת האחת של השנייה תומכת בגרסה של השנייה ואז אפשר להרשיע ללא עדים בכלל.

עדות ילד בבית המשפט שהופסקה ע"י חוקר ילדים:

**סע' 2(ג) לחוק הגנת ילדים** אפשר להפסיק עדות של ילד שחוקרת הילדים התירה את העדות שלו אם ביהמ"ש סבור שהמשך העדות יכולה לגרום לו נזק נפשי. סוגייה מעניינת עלתה בפס"ד מזרחי בשנת 97 – מזרחי היה בן 37 בעת האירוע והוא היה שכנו של המתלונן בן ה-10 וחצי והואשם בכך שיום אחד בשעות הצהריים הזמין את הקטין לדירה, הוא הושיב אותו על המיטה, קשר לו את העיניים עם סמרטוט, קירב את איבר המין שלו לשפתיו של הקטין וביקש שיבצע בו מין אוראלי, והקטין הוריד את הסמרטוט וברח, העמידו אותו לדין על מעשה מגונה, עדות הקטין נלקחה ע"י חוקרת ילדים והיא אישרה להעיד אותו, הקלטת הגושה, בעת המשפט מלאו לילד 11 שנים, הוא סיפר מה שמזרחי עשה לו, ובחקירה נגדית שברו את הילד על דוכן העדים, הוא לא רצה וגם לא יכול היה להמשיך את העדות, ביהמ"ש הפסיק את עדותו לאחר ששמע את חוקרת הילדים. נוצר מצב של חקירת הילד שהוגשה בתחילת המשפט, וגם את העדות החצויה של הילד על דוכן העדים. גם הוריו של הילד העידו במשפט על מצבו הנפשי של הילד, ביהמ"ש אמר שהילד שטף את השיניים שלו במשך תקופה ארוכה, כפי שקורבן אינוס מתקלחת ושוטפת את גופה שעות זה מעיד על משהו, הם העידו על בכיו ופחדיו, וזו ראייה עצמאית שמעידה על מצבו והתנהגות יכולה להוות ראיה מסייעת, מרשיעים את מזרחי, הוא מערער לעליון, והוא אומר שברגע שהקטין העיד נגדי אי אפשר להגיש את החקירה שלו בידי חוקרת הילדים, והטענה השנייה שברגע שהילד מסר עדות חצויה ביהמ"ש צריך להתעלם מהעדויות שלו. ביהמ"ש העליון דוחה את שתי הטענות ומביא את פס"ד מימרן שגם הילד מעיד עדיין הראיה שהוגשה קבילה נשאר קבילה אם הילד בגר קל וחומר במקרה הזה שהוא עוד קטין, ובנוסף ביהמ"ש אומר שהוא רשאי לקבל את עדות בפני חוקרת הילדים ויקבע את משקלה, ז"א שהעליון קיבל את שתי הראיות וששתי הראיות משלימות זו את זו, ולא שהן חלופיות, אלא שיש להתייחס לשתייהן, מדובר במעין כפות מאזניים שעל כפיהן מונחת שתי ראיות.. ביהמ"ש אומר שהוא יוכל לקבוע ממצאים על סמך כל אחת מהראיות. ביהמ"ש אומר במקרה כזה את התמיכה הראייתית הנדרש יש לקבוע על פי רף גמיש שנקבע בין הסיוע בגבול העליון לבין החיזוק בגבול התחתון, גובהו של הרף ייקבע בהתאם לשלב שבו הופסקה העדות של הילד בביהמ"ש, במידת הפגיעה בהגנה של הנאשם עקב הפסקת העדות ובמשקל העדות לאור מכלול הראיות.

4. **העד הלוקה בנפשו ובשכלו** – האם הוא כשר להעיד? כולם כשרים להעיד, לכן האם ניתן להזמין עד פסיכטי לבימ"ש? כן. עלה לדיון בפס"ד ברדה, עדים שלוקים בנפשם ובשכלם הם כשרים להעיד לחלוטין, יחד עם זאת העובדה שיש להם לקות שכלית או נפשית עשויה להשפיע על משקל הראיה ואז זה תלוי כמובן בדרגת הפיגור/סוג מחלת הנפש(לדוג' סובל מבלבול והוא מעיד על דברים שקרו אתמול שהוא בכלל היה מאושפז). הפסיקה פיתחה מבחן שנועד לסייע לשופטים להעריך את עדותם של אנשים שלוקים בנפשם/בשכלם, העליון בברדה אמר שיש אדם כזה כאשר מעריכים את המשקל יש לפעול לפי מבחן ברדה/המבחן המשולש שיש לבחון במצטבר.

**08/12/2019**

בפס"ד ברדה ביהמ"ש פיתח מבחן שנועד לסייע לשופטים להעריך את משקל עדותם של מי שלקוי בנפשו ובשכלו. המבחן הזה נקרא מבחן משולש כי הוא מורכב מ-3 מבחנים שצריך לבחון אותם במצטבר:

1. מבחן ההתרשמות הבלתי אמצעית של ביהמ"ש מן העד ומן האופן בו הוא מעיד – ביהמ"ש צריך להתחשב בחוות הדעת הרפואית.
2. מבחן ההיגיון הפנימי של העדות – ביהמ"ש צריך לבדוק את העדות עפ"י סימני אמת העולים ממנה. ביהמ"ש צריך לבדוק את העדות כמו שהוא בודק כל עדות – האם היא סבירה, האם אדם בעל שכל ישר יכול לתת אמון בגרסה הזאת. ביהמ"ש אומר שצריך לבחון את התוכן של העדות בהתאם לליקוי הנפשי או השכלי שממנו סובל העד.
3. המבחן של העדות על פי סימני אמת חיצוניים אשר יש בהם לפי מבחני השכל הישר כדי להשליך אור על אמיתותה – זאת אומרת, גם אם התרשמת לחיוב מהעד וגם אם המשקל של העדות שלו גבוה עדיין קיים חשש להטעיה שלא יוסר אלא אם כן ביהמ"ש ימצא ראיה נוספת. ביהמ"ש צריך למצוא ראיה נוספת שיש בה כדי לאמת את הגרסה של העד. האם יש תוספת ראייתית? יש על זה מחלוקת, נכון להיום ביהמ"ש קבע שלא מדובר בתוספת ראייתית. הדרישה לאיזו ראיה נוספת היא כמובן בהתאם לחשש של ביהמ"ש להרשיע על סמך עדות יחידה.

יש חוק שנקרא "חוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית) 2005". החוק הזה למעשה בא להסדיר הליכי חקירה בתחנת המשטרה והליכי העדה בביהמ"ש של אנשים עם מוגבלויות נפשיות או שכליות. רשויות אכיפת החוק לא באמת

ערוכות להתמודד עם אנשים שהם מוגבלים בנפשם או בשכלם. לכן חוקקו את החוק הזה. אם יש אדם שלוקה בשכלו צריך לחקור אותו חוקר מיוחד. ביהמ"ש יכול לפטור את העד מלהעיד בביהמ"ש אך פה מי שיחליט זאת זה השופט. במקרה כזה לוקחים את החקירה שלו שגם היא כמו חקירת ילדים מצולמת.

## 5. עד מדינה - סעיף 54א-

- (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 - טעונה 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 בהכרעת הדין 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.

יש מדינות שמתוחות ביקורת על זה שלא יעלה על הדעת שהמדינה תשחד עברייני זוטר בתמורה לטובת הנאה כדי לתפוס את העברייני הבכיר.

בישראל מתייחסים לזה כדבר הכרחי - לוקחים אדם זוטר ודרכו מגיעים לעברייני הבכיר. כדי שנוכל לתת מעמד של עד מדינה צריכים להתקיים 3 תנאים מצטברים:

1. **שותף לאותה עבירה** - שותף זה מי שנחשב צד לעשיית העבירה (מבצע עיקרי, מסייע, משדל וכו'..).
2. **קבלת טובה הנאה מהתביעה** - טובת הנאה היא דבר המיטיב את מצבו של העד השותף אשר אין הוא זכאי לו במהלכם הרגיל של הדברים (פס"ד גומז קרדוסו). זאת אומרת שטובת הנאה היא כל דבר שניתן לעד השותף ומעבר לזכויות שלו. למשל - המרת אישומים קשים באישומים קלים, הבטחה לסיוע ביציאה מהארץ, הבטחת חנינה, הבטחה שלא יעמידו לדין באותה פרשה, בניית חיים חדשים בחו"ל.
3. **קשר סיבתי בין 2 התנאים הקודמים** - צריך להוכיח קש"ס בין טובת הנאה או בין ההבטחה לקבל טובת הנאה לבין מתן העדות. זאת אומרת, צריך להראות שאותו עד הפליל אדם אחר לאחר שניתנה לו טובת הנאה. קודם כל נתנו לו טובת הנאה ובעקבות כך הוא מסר עדות. אם אין קש"ס הוא לא עד מדינה.

עד מדינה כזה צריך סיוע. למעשה המחוקק אומר לשופטים שאי אפשר להרשיע נאשם על סמך עדות יחידה של עד מדינה. דורשים תוספת ראייתית כי יש חשש שהוא יעוות את האמת ויפליל חפים מפשע רק בשביל לזכות בטובת הנאה.

מי שרשאי לאשר ולתת מעמד של עד מדינה זה היועץ המשפטי לממשלה ועושי דברו הבכירים (פרקליט המדינה, המשנה ליועמ"ש, סגנים ופרקליטי המחוז). לשוטר בשטח אין סמכות לתת מעמד של עד מדינה.

מלבד הס' הזה ישנן הנחיות של היועמ"ש ובהנחיות האלה למעשה מוסדרים בין היתר השיקולים להפוך עד לעד מדינה, מה אפשר ומה אסור להציע, האם אפשר לקחת יותר מעד מדינה אחד באותו תיק, מה קורה אם העד מפר את ההסכם של עד מדינה וכו'.

ההסכם הוא בין העד לבין המדינה.

הש' קדמי בפס"ד שמרלינג אומר שהסכמה כזו יכולה להיות בכתב (זו דרך המלך), היא יכולה להיות גם בעל פה והיא יכולה להיות גם מכללאל. אם ביהמ"ש הגיע למסקנה שהעד הזה הפליל שותף אחר לאחר שמישהו הבטיח לו משהו ובעקבות זאת הוא הפליל היא יכולה לקבוע שהוא עד מדינה. אומר הש' קדמי - מקום בו מעניקה הרשות טובת הנאה לעד וזה מקבלה, היא נותנת לו טובת הנאה והוא לוקח את הטובה, נוצר בסיס לחזקה שבעובדה כי קיים קשר בין טובת הנאה לבין תוכן עדותו המפלילה של העד. אולם, אומר ביהמ"ש, אין זו ראייה ניצחת בדבר היותו של העד עד מדינה ומעמדו יקבע בסופו של דבר ע"י ביהמ"ש.

המשמעות היא שצריך תוספת מסוג סיוע כדי להרשיע נאשם על מסך עדות כזו.

**פס"ד קרדוסו** - ניתן בשנת 1997. ביהמ"ש אומר מה קורה כאשר העד השותף לא קיבל טובת הנאה אבל הוא חושב בטעות שמה שניתן לו זה בגדר טובת הנאה? האם אדם כזה נחשב עד מדינה? החשש שעד מדינה יפליל חפים מפשע קיים לא רק כאשר מבטיחים לו טובת הנאה במובן האובייקטיבי, זה קיים גם כאשר הוא חושב בטעות שמה שהובטח לו זה טובת הנאה. חשין אומר בקרדוסו שלצד המבחן האובייקטיבי (מה שהוא לא זכאי לקבל) יש

להעמיד גם מבחן סובייקטיבי (האם הוא סבר בטעות שמה שהובטח לו הוא בגדר טובת הנאה) ורק כאשר העד השותף עובר את 2 המבחנים האלה יחד ניתן לקבוע שהוא לא קיבל טובת הנאה. אם הוא לא קיבל ולא חשב אז הוא לא עד מדינה. אבל, אם הוא לא קיבל אבל הוא חושב בטעות שהוא קיבל טובת הנאה ובתמורה לזה הוא מפליל – במקרה כזה אנחנו נקרא לו עד מדינה לפי ס' 54א(א) ונדרש סיוע. חשין מוסיף לכלל הזה סייג – מה קורה כאשר שוללים מהנחקר זכות שמגיעה לו עפ"י הדין ואחר כך אומרים לו שאם הוא רוצה לקבל את אותה זכות הוא צריך להפיל את השותף הבכיר והוא מפליל? לא מדובר בטובת הנאה כי שללו ממנו זכות שמגיעה לו עפ"י החוק. הוא גם לא טעה וחשב שזו טובת הנאה, הוא יודע שזו זכות שמגיעה לו עפ"י החוק. לכן זה מצב שבו אדם לא קיבל טובת הנאה ולא חשב בטעות שזו טובת הנאה ובמצב כזה גם אז חושב חשין שניתן לתת לו מעמד של עד מדינה. חשין מנסח את הסייג כך – במקום בו שוללת המדינה שלא כדין זכות הקנויה לעד השותף, החזרתה של אותה זכות אפשר שתהיה בה הענקת טובת הנאה הגם שהעד השותף היה זכאי ממילא להחזרתה של הזכות.

**פס"ד אבו ליטאב** שניתן בשנת 2007 השופטת ברלינר עומדת על הקשיים שבבסיס קבלת גישתו של חשין והיא אומרת שהגישה של חשין מעוררת 3 קשיים מרכזיים:

1. הקושי הראשון נעוץ בלשון החוק – המילים "ניתנה לו או הובטחה לו" מחייבות שמישהו יתן או לא יבטיח לו וזאת בשונה מאמונה סובייקטיבית.
2. גם הפרשנות התכליתית לא תומכת בתיאוריה של חשין כי חשין מרחיב את המעגל של עדי המדינה. ככל שנרחיב את המעגל של עדי המדינה ככה אנחנו מקשים על התביעה להעמיד לדין נאשמים. גישה כזו עלולה להוביל לנזק תוצאתי ברור כשמדובר במלחמה בפשיעה.
3. וודאות משפטית – אפשר להגיד לשוטר אל תבטיח לעד משהו שהוא לא זכאי לו. אם אתה תבטיח לו משהו שהוא לא זכאי לו לפי הדין זו טובת הנאה וביהמ"ש יגיד שהוא עד מדינה. אבל אי אפשר להגיד לשוטר שהעד לא יפתח אצלו ציפיות שיהפוך לעד מדינה כאשר לציפיות אין על מה להישען.

ברלינר מציעה הסדר אחר – היא יוצרת מעמד/סטטוס חדש של "עד מדינה לשיטתו". עד מדינה לשיטתו זה למעשה עד מדינה אחר (פסיקתי). זה הסדר חדש. ברלינר אומרת שעד מדינה לשיטתו זה עד שעדותו יצאה מכלל עדות שותף ולא הגיעה לכדי עדות של עד מדינה. עד מדינה לשיטתו זה עד שותף שמעיד עקב אמונה סובייקטיבית שניתנה לו טובת הנאה. לעד כזה, היא אומרת, לא תוגדר תוספת ראייתית קשיחה אלא שהיא תנוע בין דבר לחיזוק בגבול התחתון לבין סיוע בגבול העליון תוך שביהמ"ש יבחן את תוכן האמונה ונסיבות נוספות לצורך כך. זה איזשהו יצור כלאיים שנמצא בטווח שבין העד השותף לבין העד מדינה.

עד מדינה – סיוע  
עד מדינה לשיטתו – בין דבר לחיזוק לבין סיוע.  
הקביעה של ברלינר זו ההלכה (ההסדר שהציע חשין הוא באמרת אגב).

**פס"ד סטואר-2014**. ביהמ"ש מתייחס לגישה של ברלינר של עד מדינה לשיטתו כהלכה. מה קורה כאשר עד מדינה מפליל את השותף שלו אבל הוא גם מפליל את הנאשם בעבירה אחרת שהוא לא היה שותף לה?

נניח לוקחים את שולה זקן ואומרים לה תפלילי את אולמרט בעבירת שוחד ותקבלי גם מיליון ₪ והיא גם מפלילה אותו בעבירה של הטרדה מינית. זאת אומרת שהיא מפלילה אותו בעבירה שבזכותה היא קיבלה טובת הנאה ובנוסף הפלילה אותו בעבירה אחרת. לגבי העבירה שהיא הפלילה אותו מבלי שהובטחה לה טובת הנאה – האם צריך תוספת ראייתית? ביהמ"ש קבע שנדרשת תוספת ראייתית מסוג "דבר לחיזוק" (**פס"ד אגבאריה ווהאבי**).

חריגים לדרישת הסיוע:  
בעבירות הבאות ניתן להרשיע נאשם על סמך עדות יחידה של עד מדינה או עדות יחידה של שותף לעבירה שאינו עד מדינה גם אם אין בצידה תוספת ראייתית כלשהי:

1. עבירות שוחד – לקיחת שוחד, מתן שוחד, מתן שוחד לעובד ציבור, שוחד בתחרויות, תיווך בשוחד (ס' 296 לחוק העונשין). בעבירות שוחד לא צריך בכלל תוספת ראייתית.
2. עבירות של הימורים, משחקים אסורים והגרלות – ס' 232 לחוק העונשין. איסור על השתתפות במשחקים

אסורים, איסור מכירת כרטיסי הגרלה לקטינים וכו'.. לא צריך תוספת ראייתית.

6. עדות שותף לדבר עבירה - יש לנו למעשה 4 מצבים:

\* **עד שותף מטעם התביעה בכתב אישום אחד -** שותפים שהאשמו בכתב אישום אחד. הכלל הוא ששותפים לכתב האישום אינם כשרים להעיד כעדי תביעה כנגד חבריהם המואשמים איתם באותו כתב אישום. זה כלל פסיקתי וביהמ"ש חוזר על זה בקינזי, בג"ץ זאנו וכו'. אבל, לכלל הזה יש חריג - התביעה (או הסנגוריה) רשאית להעיד מטעמה נאשם אחד כנגד נאשם אחר המואשם איתו באותו כתב אישום רק לאחר שהנאשם שנדרש להעיד הודה בביצוע העבירות, ביהמ"ש הכריע את דינו וגם גזר את דינו בטרם מסירת העדות - ס' 155(א)(1) לחסד"פ.

\* **עד שותף מטעם התביעה בכתב אישום נפרדים -** הכלל הוא כזה - כאשר 2 שותפים לעבירה הועמדו לדין במסגרתם של כתבי אישום נפרדים, רשאית התביעה לזמן את האחד אשר משפטו טרם הסתיים כעד מטעמה במשפט המתנהל נגד שותפו (בג"ץ זאנו). החריג הוא - ביהמ"ש רשאי להחליט בנסיבות חריגות וקיצוניות ביותר ומטעמים שיירשמו לדחות שמיעת עדותו של עד שותף עד לסיום משפטו. התפתחות הפסיקה:

בעבר חלה **הלכת קינזי** - 1976. ההלכה אמרה שכאשר ישנם 2 נאשמים שהאשמו בכתב אישום נפרדים, התביעה אינה יכולה להעיד את שותף א' כנגד שותף ב' כל עוד משפטו של שותף א' תלוי ועומד. הרציונאל בבסיס הלכת קינזי - היה קיים חשש שאם התביעה תעיד שותף א' כנגד שותף ב' כשהמשפט נגד שותף א' מתנהל אז העד ישחיר את פניו של השותף האחר כדי שיקלו עליו. ההנחה הייתה שהעד הזה עלול לסלף את האמת. מעבר לכך היה חשש שהעד הזה יצפה לטובת הנאה והציפייה הזאת תגרום לו לסלף את האמת. כמו כן, היה חשש שהוא יפיל את עצמו על דוכן העדים במשפט של השותף השני כי אין לו זכות שתיקה בתור עד (לעומת נאשם במשפטו). ההלכה הזו יצרה לא מעט בעיות וקשיים ולא סתם ביטלו אותה. הקושי הכי גדול שההלכה יצרה - היא יצרה פשוט מעגל שוטה כי היו מצבים ש2 המשפטים תקועים (צריך לחכות שאחד יסתיים). כמו כן, הלכת קינזי גרמה לעיכוב אדיר בהתנהלות של משפטים. מעבר לכך, את הלכת קינזי לקחנו מהאנגלים (הלכת PIP) אבל באנגליה יש חבר מושבעים ואצלנו אין - לכן הלכת קינזי מלכתחילה נתפסה כמיותרת.

הביקורת הזו על הלכת קינזי הביאה לכרסום במעמדה. ניצני הכרסום הופיעו בפס"ד **שעשוע** שניתן בשנת 1985. בפס"ד שעשוע היו 2 נאשמים (שעשוע וללו) שהאשמו בעבירות סמים. בסוף פרשת ההגנה שעשוע רוצה להעיד את ללו כעד הגנה לטובתו. התביעה מסרבת. ביהמ"ש המחוזי מקבל את ההתנגדות של התביעה בהתבסס על הלכת קינזי ומרשיע את שעשוע. שעשוע מערער לעליון וטוען שהמחוזי טעה והטעות הזאת גרמה לעיוות דין. בעליון, השופט באך מסכים עם הסנגור ואומר שהלכת קינזי חלה על עדי תביעה ולא על עדי הגנה. השופט באך אומר שהלכת קינזי לא חלה על עדי הגנה אך זו לא הלכה כי הוא היה בדעת מיעוט. פס"ד **חכמי** - ניתן בשנת 1997. הכרסום המהותי בהלכת קינזי היה בפס"ד **חכמי** ע"י השופט שטרסברג כהן אליה הצטרפו ברק וחשין. ההלכה קבעה כי הלכת קינזי אינה חלה על שותפים שהם עדי הגנה. זאת אומרת, אם נאשם א' רוצה לזמן את נאשם ב' שמואשם בכתב אישום נפרד שיעיד להגנתו הוא יכול בכל שלב של המשפט. ביהמ"ש בחכמי קבע כי בהלכת קינזי נפסק כי נאשם יכול למנוע מהתביעה להעיד נגדו שותף שמשפטו תלוי ועומד. מן הראוי לשקול מחדש את ההלכה כך שהיא תחול על עדותו של שותף כעד הגנה אשר יש בידו כלים מספיקים כדי להגן על זכויותיו.

**בג"ץ זאנו** - 2006 ביטל בג"ץ בהרכב של 7 שופטים את הלכת קינזי (30 שנה אחרי ששופטים לא סטו ממנה). ביהמ"ש העליון בבג"ץ זאנו ביטל את הלכת קינזי ולכן אפשר להעיד את שותף א' נגד שותף ב' בכל שלב של ההליך אולם במקרים מיוחדים ביהמ"ש רשאי לבחון כל מקרה לגופו והוא רשאי להתנות שמיעה של עד תביעה רק לאחר שהמשפט שלו הסתיים. ביהמ"ש בזאנו אומר שמדובר במקרה קיצוני ונדיר. בבג"ץ זאנו ביהמ"ש קיבל ברוב דעות - ברק, ריבלין, ביניש, לוי ונאור מול דעת המיעוט של השופטת פרוקצ'יה. השופטים לוי וגרוניס היו בדעת רוב אבל בתוך דעת הרוב הם אחזו בדעת רוב קיצונית כי הם למעשה אומרים שיש לבטל את הלכת קינזי נקודה. אין להשאיר פתח למקרים קיצוניים. לעומתם, הייתה בתוך דעת הרוב את השופטת ביניש שלמעשה אחזה בדעה מתונה יותר ויתר השופטים הצטרפו אליה. השופטת פרוקצ'יה בדעת מיעוט הייתה יחידה שאמרה שאין לבטל את הלכת קינזי כי יש לה גם יתרונות. לכן פרוקצ'יה מציעה ביטול סלקטיבי של הלכת

קינזי. נכון להיום בג"ץ זאנו מבטל באופן גורף את הלכת קינזי.

\* **עד שותף מטעם ההגנה בכתב אישום אחד** – הכלל הפסיקתי שנקבע בפס"ד גוטמן – נאשם משותף המעיד להגנתו הוא עד כשר לחובת הנאשמים האחרים. כלומר, עדותו בחקירה הראשית וכן בחקירה שכנגד ע"י התביעה מהווה ראיה כשרה לא רק לחובתו אלא גם לחובתם של נאשמים אחרים באותו כתב אישום. לכן, נכון שהתביעה לא יכולה להעיד את ראובן כנגד שמעון אבל אם ראובן עולה להעיד לזכותו אפשר לשאול אותו שאלות שיפילו את שמעון.

\* **עד שותף מטעם ההגנה בכתב אישום נפרדים** – בפס"ד חכמי ביהמ"ש קובע כי כאשר נגד שותף הוגש כתב אישום נפרד הוא אינו פטור מחובתו להעיד כעד מטעם ההגנה במשפט של שותפו אפילו אם עדיין טרם הסתיים משפטו.

**15/12/2019**

תוספת ראייתית – החריגים לדרישת הסיוע שדיברנו עליהם בשיעור הקודם יש 2 קטגוריות שלא צריך בכלל תוספת – הימורים ועבירות שוחד וזה נכון גם לגבי עד שותף. אפשר להרשיע על סמך עדות שותף ב2 הקבוצות החריגות, החריגים לדרישת הסיוע זה אותם חריגים שחלים גם על עדות שותף.

פס"ד פחימה – פחימה קובע הלכה לגבי שותפים שהמשפט שלהם הופרד, אחד הנאשמים מעיד מטעם התביעה במשפט של השותף שלו, עלתה השאלה איזה תוספת ראייתית תידרש במקרה כזה? פס"ד פחימה קובע הלכה שנדרשת תוספת ראייתית גמישה שתנוע בין דבר לחיזוק בגבול התחתון לבין סיוע בגבול העליון, הסיבות לכך אומר ביהמ"ש. השופט הנדל אומר שעל ציר השותפים יש בצד אחד את העד השותף לפי 155א(1) – כאן צריך דבר לחיזוק, ומהצד השני יש עד מדינה שקיבל טובת הנאה להפיל את הצד האחר – כאן צריך סיוע. השופט הנדל בג"ץ ז'אנו החזיר את החששות שהיו לנו בפס"ד קינזי. ביהמ"ש חופשי לקבוע שבמקרה מסוים צריך דבר לסיוע ובמקרה אחר דבר לחיזוק.

חקירת עדיםחקירת עדים בבימ"ש

עדים מקבלים זימון מביהמ"ש ע"י השופט והם חייבים להגיע, יכולים להיקנס, בהנחה שהעד מתייצב על דוכן העדים, זו הדרך האופטימאלית ובעלי הדין חוקרים אותו, כל עד נחקר בשלושה שלבים עוקבים, ראשית נגדית וחוזרת.

1. טרם העדת העד ביהמ"ש מזהיר את העד, עד 1980 היו משביעים את העד והחל משנה זו אנו רק מזהירים עדים, בחוק לתיקון דיני ראיות אזהרת עדים וביטול השבועה 1980 **ע' 2** לחוק קובע שביהמ"ש חייב להזהיר את העד. שואלים לשם העד, השופט מזהיר אותו ומסביר לו שהוא צפוי לעונשים הצפויים בחוק ואז מתחילים לחקור. **ע' 5 לחוק ביטול השבועה** קובע שבמקרים מסוימים לביהמ"ש עדיין שמורה הזכות להשביע עדים, זאת כאשר לביהמ"ש יש יסוד להניח כי השבעת העד עשויה לסייע לגילוי האמת, אם ביהמ"ש מגיע למסקנה שדווקא שבועה ולא אזהרה (נניח אדם דתי) עשויה כן לסייע בחקר האמת אז הוא יכול לעשות את זה, אבל גם אז העד יכול לומר שמטעמי מצפון הוא מסרב והשופט עדיין יכול לדרוש ממנו להישבע, אלא להצהיר בהן צדק (הלכה למעשה זה לא קורה).

2. לאחר אזהרת העד יש את חקירת העד:

1. חקירה ראשית - הצד שזימן את העד

2. חקירה נגדית - הצד הנגדי

3. חקירה חוזרת - הצד שזימן את העד

3. אחת ההוראות החשובות היא זו שעוסקת בנוכחותם של עדים בביהמ"ש, בהליך פלילי, עד שמעיד בביהמ"ש כל העדים שטרם העידו יושבים מחוץ לאולם, ברגע שהעד סיים להעיד הוא יכול לשבת באולם ולהקשיב לכולם מאחר והוא כבר העיד, אבל טרם העדתו חשוב שיהיה בחוץ. **ע' 172 לחסד"פ** אומר שעד שטרם העיד פרט לנאשם לא יהיה בגביית עדותו של עד אחר, אולם עד ששמע עדותו של עד אחר אינו נפסל לעדות בשל כך בלבד. נניח שפספסנו עד, והוא היה באולם ביהמ"ש והסע' בא ואומר שהוא לא נפסל, אבל יש להתחשב בכך במסגרת הערכת משקלה של העדות, אם לדוג' יש 40 עדים שאומרים אותו דבר אז זה שהעד היה בביהמ"ש זה לא כל כך ישפיע, אבל אם זה עד ייחודי לדוג' אז זה יכול להיות קריטי, הכל משתנה בהתאם לנסיבות. יש לשים לב שההוראה של **ע' 172 לחסד"פ** לא מתייחסת לנאשם, **ע' 161 (ג) לחסד"פ** קובע שאם נאשם בוחר להעיד הוא צריך להיות העד הראשון כדי שהוא לא ימסור בסופו של דבר עדות שמתיישבת עם הגרסה של כולם.

הגינות החקירה

צורת החקירה להבדיל מהתוכן שלה כפופה לחוק לתיקון סדרי הדין (חוק חקירת עדים), **ע' 2** קובע שביהמ"ש לא יתיר חקירה של עד שאינה לעניין הנדון, שאינה רלוונטית, ובפרט חקירה שיש בה משום עלבון, הפחדה, הטעיה או ביוש שאינם לעניין הנדון. תמיד צריך לשמור על העד שלנו מול הצד השני, חלק מעורכי הדין זה הטקטיקה שלהם, אבל עדיין יש לרשום לפרוטוקול שצעקו והפחידו על העד לדוג' וזה יכול לעזור להחלטה בסוף.

חקירה בדבר עברו המיני של הנפגע העבירה

חוקרים נפגע עבירת מין ב2 מקרים, ע"י גוף חוקר ובביהמ"ש.

גוף חוקר (משטרה) - **ע' 13 (א) לחוק זכויות נפגעי עבירה 2001** קובע כלל וחריג, במהלך חקירת תלונה ע"י גוף חוקר לא יחקר נפגע עבירת מין על עברו המיני למעט חקירה הנדרשת בנסיבות העניין בדבר קשר מיני קודם עם החשוד. ז"א נניח שמתלוננת טוענת שראובן אנס אותה אסור לשאול על העבר שלה (עם כמה אנשים היית, האם את מקיימת יחסי מין וכו') אלא אם זה קשור לחשוד עצמו, לדוג' באיננו בין בני זוג או בבן זוג לשעבר. החריג לכלל קובע שאם קצין ממונה (קצין משטרה) קבע מטעמים שיירשמו שחקירה זו חיונית להגיע לחקר האמת, אם אותו קצין חושב שדווקא החקירה על העבר שלה חשובה להגיע לחקר האמת אז אפשר לחקור.

ביהמ"ש - בביהמ"ש האם ניתן לשאול שאלות לגבי העבר? **ע' 2(א)** החוק לחקירת עדים קובע כלל שביהמ"ש לא יתיר חקירה בדבר עברו המיני של נפגע עבירת מין ועבירות מין מצויות בסימן ה חלק י של חוק העונשין, אם אין שום סיבה לחקור את הנפגע אז אין טעם לעשות את זה, אבל לעיתים זה מוביל לחקר האמת אז אפשר להילחם על זה ולהצדיק מדוע יש טעם לעשות זאת.

### פיקוח של ביהמ"ש על חקירת עדים

הכלל - בשיטה האדברסרית חקירה של עדים מסורה לשיקול דעתם של בעלי הדין, וביהמ"ש אינו מתערב במהלך החקירה אלא במקום בו אין מנוס מכך, כלומר אין ברירה.

החריג - נקבע בפסיקה, אין למסור לבעלי הדין שיקול דעת בלעדי בעניין היקף החקירה ואורך הזמן הדרוש לה, אלא השופט מוסמך וחייב שלא להתיר חקירה החורגת מעבר לגבולות הסבירים בשים לב לנסיבות העניין ומבלי לפגוע באינטרסים של בעלי הדין - נקבע בפס"ד גרינוולד (מדובר בעבירות מין ואב בית הדין התערב בחקירה של המתלוננת, ז"א שהתביעה חקרה את המתלוננת נתנו לה לשאול מה שהיא רצתה ושהסניגור הגיע ביהמ"ש הטיל מגבלות ולא נתן לשאול שאלות ועצר, והסניגור ביקש מביהמ"ש לפסול את עצמו מאחר ולא נותנים לי לנהל את התיק, וביהמ"ש סירב, זה הגיע לעליון, וביהמ"ש אומר שגם אם הגבילו את החקירה שלכם בפסילת שופט ערכאת הערעור לא תתערב, אם נגמר עיוות דין תגיש אח"כ ערעור אבל אין מה להגיש פסילה על דבר כזה כי אב בית דין לא מתערב - זו הלכה).

### סדר חקירת עדים (ע' 172 - 181 לחס"פ)

במישור הפלילי:

1. עד תביעה -  
ראשית - תביעה  
נגדית - הגנה  
חוזרת - תביעה  
מה קורה עם יש לי כמה נאשמים? חוקרים את הנאשמים לפי סדר הופעתם בכתב האישום (נאשם 1, נאשם 2, נאשם 3).

2. עד הגנה -  
ראשית - הגנה  
נגדית - תביעה  
חוזרת - הגנה  
מה קורה שיש כמה נאשמים? חוקרים לפי סדר הופעתם בכתב האישום, הצד שמביא את העד חוקר ראשון. (לדוג' עם ראובן שמעון ולוי נאשמים על פי סדר זה, ראובן מוותר על זכות השתיקה אז הראשון שיחקר אותו יהיה סנגורו, לאחר מכן הסניגור של שמעון ולאחר מכן הסניגור של לוי. דוג' אחרת, אם יש עדה מטעמו של שמעון סנגורו יהיה הראשון לחקור אותה ולכן מכן יתר הנאשמים על פי סדר הופעתם כלומר ראובן ואז לוי, ואז בחקירה נגדית התביעה, ולאחר מכן בחקירה החוזרת זה יהיה לפי סדר הפוך של החקירה הראשית, כלומר בדוג' הזו סנגורו של לוי ואז של ראובן ואז של שמעון, מעין "מי שהיה ראשון יהיה אחרון").  
באזרחי אין חקירה ראשית יש תצהירים - נלמד בהמשך.

### שלבי החקירה ומאפייניהם



חקירה ראשית – בעל הדין שזימן את העד קורא לו לדוכן העדים ושואל שאלות (בפלילי בד"כ), מטרת החקירה היא שהעד יחזור בע"פ על האמרה/הודאה שמסר בתחנת המשטרה. מזמינים את העדים למסור עדות, העד ישאל למה הוא צריך לבוא, אני לא זוכר כלום וכו' אבל העד חייב להגיע לביהמ"ש, כל מה שהוא אמר בתחנת המשטרה מדובר בעדות מפי השמועה, ולכן כל מה שהוא לא יגיד בביהמ"ש בעייתי והוא חייב לחזור על כל מה שאמר בתחנת המשטרה.

מותר להציג שאלות פתוחות, אסור להציג שאלות סגורות או מדריכות או מנחות. שאלה פתוחה היא שאלה שמאפשרת לנשאל להרחיב את היריעה, שאלה סגורה זו שאלה שמגבילה את הנשאל לתשובה אחת או תשובה מסוימת כלשהיא, שאלה מדריכה זו שאלה שטומנת בחובה במישרין או בעקיפין את התשובה הרצויה לשואל ושאלה מנחה היא שאלה של כן ולא. מה מותר לשאול? נניח שאנחנו רוצים שהוא יתייחס לתיאור הנאשם (גובה, משקל, בהיר/כהה וכו') אז ננסח את זה באופן הבא "תתאר את אותו אדם שעשה כך וכך..." , אבל אסור לי לשאול "נכון שהאנס היה 1.80 מ'?" (מדובר פה בסוג של תחרות בין הצדדים ולפעמים השופטים מתערבים ולפעמים לא, ואם הצד שכנגד שואל שאלות סגורות אנחנו צריכים לקום ולבקש שינסח את השאלה מחדש). יש לשים לב שלביהמ"ש שמורה הזכות להציג לעד שאלה מדריכה (לדוג' אם הנאשם הולך סחור סחור השופט שאלה מכוונת ובודקת "ומסיים את הסיפור").

**ע"פ 3250/10 פס"ד פלוני –** השופט גרוניס אומר שהצגת שאלות מדריכות לעד תביעה מרכזי בחקירה ראשית גם כשהדבר נעשה באישור ביהמ"ש מהווה פגיעה מסוימת בהגנת הנאשם. הצגת שאלות מדריכות מעוררת חשש שמא מכניסים דברים לפיו של העד והש' גרוניס אומר שכדי לאזן בין השיקול בדבר חשיפת האמת לבין הפגיעה בנאשם שנובעת מהצגת שאלות מדריכות לעד יש לדרוש כתנאי להרשעה ראיות במשקל כולל גבוה מן המקרה הרגיל בו לא מוצגות לעד תביעה מרכזי שאלות מדריכות העוסקות בסוגיה השנויה במחלוקת בליבת האישום. כלל נוסף הוא שאסור להדריך את העד, או העד את עצמו באמצעות כל מיני דפים עזרים שהוא מביא איתו מהבית אלא ברשות ביהמ"ש, ז"א שדוכן העדים ריק כשהעד שם. אסור להביא את תוכנם של דברים שאמר העד מחוץ לביהמ"ש לרבות חקירתו במשטרה, אלא במסגרת חריגים, ז"א אסור לנו לומר מה שהוא עדים אחרים אמרו אלא במסגרת חקירה במשטרה.

בהליך אזרחי **סעיפים 15-17 לפקודת הראיות** נקבע שניתן להחליף את החקירה הראשית בתצהיר, אם הצד שכנגד מוותר על החקירה הנגדית שלו אז התצהיר בא במקום העדות כולה.

ריענון זיכרון של עד – אמרנו שבחקירה ראשית אסור לנו להדריך את העד, לעד אסור להדריך עצמו אך יחד עם זאת ישנן נסיבות בהם מותר לרענן את זיכרון העד במהלך חקירה ראשית בעזרת קטעים מתוך החקירה שמסר בחקירה. מתי זה קורה?

- \* כאשר העד טוען שהוא אינו זוכר את פרטי הדבר נשוא השאלה שהוצגה לו.
  - \* כאשר העד מתחמק מלהשיב והצד שזימן את העד מתכוון להכריז עליו כעד עוין.
- אם הזיכרון של העד רוענן אז מביאים את זה בחשבון במסגרת המשקל של העד.

חקירה ראשית על דרך חקירה שכנגד- הצד שזימן את העד חוקר אותו בחקירה ראשית, ישנם מקרים שהצד שהזמין את העד יחקור אותו בחקירה נגדית, אופי השאלות הם השאלות של חקירה נגדית. שלושה מצבים של חקירה ראשית על דרך חקירה שכנגד :

1. במישור הפלילי והאזרחי – **סעיף 179 לחס"פ** - עד עוין – כשמדובר בעד עוין בית המשפט רשאי להתיר לבעל הדין שזימן את העד לחקור אותו חקירה ראשית על דרך חקירה שכנגד.
2. במישור הפלילי בלבד **סעיף 178 לחס"פ** – כאשר עד מופיע ברשימת עדי התביעה בכתב האישום אך התביעה ויתרה על עדותו וההגנה קוראת לעד מטעמה בית המשפט רשאי להתיר לנאשם לחקור את העד שלו בחקירה ראשית על דרך חקירה שכנגד.

3. במישור פלילי בלבד **סעיף 180** – כאשר ישנם מספר נאשמים בכתב אישום אחד ויש לבית המשפט יסוד להניח שעדו של אחד הנאשמים יעיד לחובת נאשם אחר יוכל הנאשם האחר לחקרו חקירה שכנגד בפני התובע אם לא חקר את העד חקירה ראשית.

חקירה נגדית – חקירה צולבת, בעל הדין היריב חוקר את העד ושואל אותו שאלות, התכלית של החקירה הנגדית היא למעשה לדלות מהעד פרטים שהוא לא מסר בחקירה הראשית, טעם נוסף הוא לפגוע במהימנות שלו. מאפייני החקירה: מה שאסור בראשית מותר בנגדית. מותר להציג שאלות מנחות, מותר להציג שאלות סגורות, מותר להציג תזה (תקציר של מה שקרה), מותר לאמת את העד עם דברים שאמר בהזדמנויות אחרות או עם דברים שעדים אחרים אמרו, מותר לי לאמת אותו עם דברים שאמר במשטרה. מותר ורצוי לתקוף את המהימנות האישית שלו.

חקירה נגדית נחשבת לאמצעי מס' 1 לחשיפת האמת, היא מאפשרת לנו לחשוף פרטים חדשים שהעד לא מסר בחקירה הראשית, חקירה נגדית מאפשרת לחשוף ליקויים או פגמים בעדות. באמצעות החקירה הנגדית אפשר לברר בדרך עקיפה את האמת- לדוגמה לחשוף מניע נסתר, לחשוף אינטרס אישי בתוצאות המשפט. אסור להציג עבר פלילי של נאשם, אך מותר להציג את עברו הפלילי של העד.

לא חייב לחקור בחקירה נגדית, מה קורה אם לא חוקרים אותו? כאשר בעל דין מוותר מרצונו על חקירה נגדית רואים אותו כמי שאינו חולק על גרסת העד בחקירה הראשית, אלא אם כן הומצא הסבר סביר לכך- כך זה בהליך פלילי ואזרחי. גם כאשר בעל דין נמנע מחקירה נגדית של עד עדיין אין הדבר מחייב את בית המשפט לקבל את גרסתו של אותו עד כמהימנה, כי הערכת מהימנות של עד ומשקלה של עדות נתונים לשיקול דעתו של בית המשפט לאחר ששומע את כל הראיות בתיק.

הפסיקה קבעה עוד כי לנאשם עומדת זכות לחקור את עדי התביעה בחקירה נגדית, זכות זו הוכרה כזכות דיונית ראשונה במעלה יחד עם זאת כפי שהבהירה השופטת ברק ארז בפס"ד גדבאן זכותו של הנאשם לחקירה נגדית את עדי התביעה אינה זוכה להגנה חוקתית.

שאלה שעלתה בפסיקה היא האם לנאשם במשפט פלילי עומדת הזכות להיחקר על גרסתו בחקירה נגדית ע"י התביעה או במילים אחרות, האם התביעה מחויבת לחקור נאשמים בחקירה נגדית או שזו זכותה? פס"ד יצחק 1962 למעשה חשוב לציין מבחינה עובדתית שנאשם הואשם במספר עבירות, מבין השירות מה שעולה בפס"ד שאחת העבירות שלו זה תיווך בשוחד, הגיעה אליו מוכרת פרחים שהעבירה לו 500 לירות להעביר לפקיד שיסדר לה רישיון רוכלות קבוע, יצחק לוקח את הכסף, מחזיר לה 300 ואומר שהוא לקח חלק וחלק שני לקח הפקיד בערייה. מי שהפליל אותו זה הרוכלת, הוא נחקר בחקירה ראשית ואומר שהוא החזיר לה את כל הכסף, התביעה לא חקרה אותו בחקירה נגדית, השופט אגרנט אומר שבמצב דברים שבו מחד גיסא יש עדת תביעה יחידה שנחקרה ע"י הצדדים ומאידך מולה יש נאשם שלא נחקר בחקירה נגדית ולא נרמז לו על הכוונה לשלול את גרסתו בחקירה נגדית רשאי בית המשפט ואפילו חייב להביא בחשבון את התנהגות התביעה ולקבוע שעל אף נטייתו להאמין לעדת התביעה במקרה הזה מן הדין לזכות את הנאשם מן הספק הסביר, חשוב לציין שהנדל בגדבאן אומר שיש 2 גישות בפסיקה – של אגרנט ביצחק (אם עד לא נחקר בנגדית צריך לזכות) ויש גישה שאומרת שלא צריך לזכות והכל עניין של משקל, זה לא נאמר!! אגרנט אומר שיש פה מקרה מיוחד של עדות מול עדות, ברגע שנאשם לא נחקר בחקירה נגדית הוא מייחס משקל גבוה לחקירה הראשית כי אף אחד לא ניסה לערער אותו- זה הספק הסביר, המשקל גבוה. פסיקה מאוחרת סייגה את ההלכה שחלה ביצחק ואמרו שההלכה לא חלה כשיש מספר עדי תביעה וראיות נוספות שסותרות את הגרסה שלו בחקירה הראשית.

פס"ד אפללו 1980 – מקרה של עברייני סמים שהורשעו, אחד מהנאשמים גולדשטיין לא נחקר בגלל שביתת פרקליטים, גולדשטיין היה צריך להיחקר, הסתיימה השביתה, הפרקליט חזר ורצה לחקור אותו- הסנגור אמר שהוא לא יוכל לחקור אותו, התובע מצהיר שזה שהוא לא חקר את גולדשטיין זה לא אומר שהוא מסכים עם מה שהוא אמר בחקירה הראשית אלא בגלל שביתה, בית המשפט מרשיע אותו, גולדשטיין בא לעליון, מערער כי התביעה לא

חקרה בחקירה נגדית ולכן יש לזכות אותו. השופט ברק אומר שלנאשם פלילי אין זכות להיחקר על גרסתו בחקירה נגדית, על התביעה אינה מוטלת החובה שסנקציה על הפרתה היא קבלת גרסת הנאשם כאמת. אומר ברק, חקירה נגדית של נאשם היא דבר שנתון לשיקול דעתה של התביעה והמסקנות שיש להסיק מכך הן עניין שנתון לשיקול דעתו של בית המשפט. ברק אומר שהתפקיד של בית המשפט לחשוף את האמת ולא יעלה על הדעת שבית המשפט יהיה מחויב לאמת כלשהי רק כי לא נחקר לגביה בחקירה, עם זאת הימנעות מחקירה נגדית היא שיקול לעניין המשקל, בית המשפט צריך להתחשב בה ברגע שצריך להעריך את משקלן של כל הראיות. לעיתים הוא יתן משקל ניכר (פס"ד יצחק), אך לפעמים יש מצבים שהתביעה לא תחקור ואנחנו כשופטים לא נייחס לכך שום משקל.

השאלה עלתה שוב לדיון ב-1990 אלפאר – נאשמים גבר ואישה, לא היה לו רישיון ושהמשטרה עצרה אותם הם החליפו מקומות במושב, התביעה אמרה שיש לה עדי תביעה – שוטרים שראו אותם מחליפים מקומות, התביעה אמרה שאין לה מה לשאול בחקירה נגדית, יש לה עדי ראיה שוטרים ולכן ויתרה על החקירה- הרשיעו אותם וזה הגיע לעליון, עלתה השאלה האם בית המשפט יכול להאשים נאשמים שלא נחקרו בחקירה נגדית? השופט מנץ ממשיך בקו החשיבה של ברק, הוא אומר שכאשר התביעה נמנעת מחקירה היא לא יוצרת חזקה לפיה הדברים של הנאשם נכונים, הוא אומר שאין בהכרח להעדיף עדות נאשם על עדות אחרת שעושה רושם נאמן על השופט, לעיתים נייחס לכך משמעות לפעמים לא, במקרים בהם התרשם השופט שהגנת הנאשם נפגעה מכך שלא נחקר נוכל לייחס לכך משקל רב.

השאלה עלתה לדיון שוב לאחרונה בפס"ד גדבאן 2017 לאחר חוק יסוד כבוד האדם – בית המשפט העליון דן ב-2 שאלות:

1. מה ההשלכה של הימנעות של חקירה נגדית של נאשם?
2. האם חקירה נגדית של נאשם זוכה להגנה חוקתית? ניתן לומר שפגעו לו בזכות להליך הוגן וכך לזכות אותו? בדעת רוב נקבע כי הימנעות התביעה מחקירה נגדית של נאשם ביחס למעשה אינה עולה כדי פגיעה בזכות חוקתית (הנדל בדעת מיעוט אומר שכן מדובר בפגיעה בזכות חוקתית, נראה בהמשך) פה אחד נקבע כי חקירה נגדית של נאשם צריכה להיעשות באופן הוגן, בדעת רוב נקבע כי המשקל שיש לתת לחריגה מחקירה נגדית כזו תקבע לפי מכלול הנסיבות ובכלל זה הראיות האחרות בשאלה האם ניתנה לנאשם הזדמנות הוגנת להתגונן מפני האישומים נגדו כך שהמשקל יוותר בתחום שיקול דעתו של בית המשפט. פס"ד גדבאן למעשה מדבר על עו"ד שנשדד, באו למשרד שלו, אזקו אותו ותקפו אותו, גנבו ממנו רכוש וכסף. החקירה נקלעה למבוי סתום ובזכות DNA הגיעו לאחד הנאשמים, התביעה לא חקרה אותו לגבי הגניבה בעבירת השוד, חקרו אותו על האלימות ולא חקרו אותו על גניבה, הוא הורשע בשוד והוא מערער לעליון, הוא אומר שברגע שהתביעה לא חקרה אותו בחקירה נגדית בנוגע לרכיב הרכושי בעבירת השוד הרי שלא ניתן להרשיע אותו. המדינה לא הכחישה שהיא לא חקרה אותו על הרכיב הרכושי כי הוא הכחיש כל הזמן והמתלונן השאיר רושם טוב. בית המשפט בעליון נחלק.

הנדל בדעת מיעוט אומר שכל פסקי הדין קבעו שהימנעות מחקירה נגדית היא שיקול של משקל, אך כל אלה ניתנו לפני חקיקת חוק יסוד כבוד האדם. הוא אומר שחקירה נגדית היא זכות חוקתית שלו במובן זה שהיא חלק מהזכות להליך הוגן, ולכן הוא אומר שאי חקירה נגדית של נאשם פוגעת בזכות החוקתית שלו להליך הוגן, כאשר לא חוקרים נאשם בחקירה נגדית למעשה לא מדובר רק בחסר ראייתי נקודתי אלא יש פגיעה יסודית בזכות חוקתית. אם כך מה הסעד? הנדל אומר שהכלל הוא שהימנעות מחקירה נגדית של הנאשם או ביחס לעבירה מסוימת מובילה באופן ישיר לקבלת גרסתו- במילים אחרות, זיכוי. הכלל יחול רק כאשר לא חלה חקירה נגדית בכלל או בסוגיה מרכזית, הוא אומר שרק אז מתקיימת פגיעה חוקתית. אם כך מהי סוגיה מרכזית? סוגיה העומדת בליבת ההרשעה בעבירה על מרכיביה, מדובר בסוגיה מרכזית וחיונית לשם הרשעת הנאשם ואם לא חקרו אותו על אותה נקודה מרכזית צריך לקבל את הגרסא שלו. החריג הוא מצב שבו ניתן מענה אמיתי לפגיעה בזכות הנאשם להליך הוגן באופן שיכולתו של הנאשם להתגונן במשפט ולהשמיע את קולו בנוגע לאותה סוגיה מרכזית שנחקר עליה לא נפגעה, רכיב האקטוס ראוס הוא סוגיה מרכזית, הוא לא נחקר – צריך לקבל את הגרסא שלו ולכן לזכות אותו.

ברק ארז מתנגדת, היא אומרת שלא נפגעה זכותו ולכן יש לדחות את הערעור. היא הולכת ללשון החוק **סעיף 161**, שאומר שנאשם הבוחר להעיד כעד הגנה עשוי להיחקר חקירה נגדית – עשוי מצביע על כך שלא חייב לחקור אותו,

אין שום חובה לחקור אותו. היא אומרת שהגישה של הנדל סוטה מפסקי הדין שניתנו כי כולם אומרים שזו שאלה של משקל. מעבר לכך היא אומרת שכשלא חוקרים נגדית נאשם לא פוגעים בזכותו החוקתית, היא אומרת שהזכות שלו להליך הוגן בדר"כ באה לידי ביטוי בחקירה ראשית, הרי שלא מנעו ממנו להעיד, הוא העיד בחקירה ראשית, היא אומרת שזה שלא חקרו אותו בנגדית לא בהכרח אומר שפגעו בזכותו להליך הוגן. היא ממשיכה בקו המעשי שעולה מהפסיקה במובן זה שהימנעות מחקירה נגדית תשפיע על משקל עד כדי מתן משקל משמעותי לגרסתו במקרים המתאימים. היא אומרת שחקירה נגדית צריכה להיעשות באופן הוגן, צריך לתת לו אפשרות להתעמת עם כל רכיבי החקירה. היא אומרת שגישתו של הנדל לא מתיישבת עם כלל קבילות והמשקל. השופט זילברטל מצטרף לדעתה של ברק ארז ולכן הניסיון להפוך את הלכת יצחק, אפללו ואלפאר לא צלח.

לסיכום, לנאשם אין זכות להיחקר בחקירה נגדית. בית המשפט צריך ללמוד על הנסיבות מדוע לא חקרו אותו ולשקלל זאת במשקל ראוי.

מה קורה כאשר העד מסרב לסרב בחקירה נגדית?

בפס"ד אביטן בית המשפט קובע הלכה ואומר שעד שמסרב להיחקר בחקירה נגדית צריך לעשות הבחנה בין 3 מצבים :

1. כאשר הסירוב אינו נעוץ במעשה של בעל הדין היריב – לדוגמא כאשר העד לא רוצה להיחקר, כאשר הוא מסרב להיחקר ואין בסיס להנחה שהיריב הביאו לכך (איים עליו/תקף אותו) עדותו בחקירה הראשית תמחק כאילו לא ניתנה מעולם. חקירה ראשית ללא חקירה שכנגד נפסלת.
2. כאשר העד מסרב להיחקר בחקירה נגדית והסירוב הוא כתוצאה ממעשה של היריב- לדוגמא היריב איים עליו, סחט אותו, הפעיל עליו לחצים. כאשר עד מסרב להיחקר חקירה נגדית במקרה כזה יינתן לעדותו בחקירה הראשית מלוא המשקל הראייתי כאילו עמד במבחן של חקירה נגדית.
3. כאשר עד לא נחקר בחקירה נגדית מסיבה אובייקטיבית (מת, איבד הכרה) במקרה כזה העדות שנמסרה בחקירה ראשית לא תמחק ומשקלה הראייתי יקבע ע"י בית המשפט בנסיבות המיוחדות של כל מקרה.

**22/12/2019**

חקירה חוזרת – בעל הדין שזימן את העד רשאי להעלות אותו פעם נוספת ולהשלים תשובות שניתנו ע"י העד בחקירה הנגדית. חקירה חוזרת אינה מהווה מקצה שיפורים לחקירה הראשית, אלא להבהיר תשובות או להשלים בחקירה הנגדית. הכללים לחקירה חוזרת זהים לחקירה הראשית כולל עד עוין והכל. זה עד שלי ולכן הכללים של החקירה הראשית זהים.

### מעורבותו של ביהמ"ש בהבאת ראיות

ביהמ"ש יכול להתערב בחקירת עדים בשתי דרכים:

1. שאלות שביהמ"ש מציג לעדים שעה שהם נחקרים בידי הצדדים (עו' 175,176 לחסד"פ) –  
**עו' 175** קובע שהמחוקק מעניק סמכות לשופט לחקור אותו, ואף לשאול שאלה במהלך החקירה שלנו ולשאול את העד שאלת הבהרה (אם החקירה שלנו טובה ביהמ"ש ככל הנראה לא יצטרך להתערב, זה גם תלוי בשופטים עצמם – אפשר לומר שזה מעין פגיעה בשיטה האדברסרית).  
**עו' 176** קובע שאם השופט שאל את העד שאלה מסוימת, שאלה חדשה, קמה לכל אחד מהצדדים הזכות לחקור את העד פעם נוספת וזו רק כדי להבהיר את הסוגייה שעלתה מול השופט, ביהמ"ש יקבע את הסדר של החקירה של הצדדים.

2. קריאת עדים/זימון עדים והבאת ראיות מטעם ביהמ"ש וזאת לאחר שבעלים הדין סיימו להביא את הראיות שלהם (ע' 167,168,181 לחסד"פ) -
- ע' 167 קובע שאם הסתיים חלק הבאת הראיות, כלומר הסתיימה פרשת התביעה וההגנה, ביהמ"ש יכול לזמן עד מטעמו או לבקשת אחד מהצדדים שהוא רואה לנכון שלא זומן, אפילו אם כבר שמעו את עדותו של אותו העד כבר בעבר.
- ע' 168 קובע שאפשר לבקש רשות מביהמ"ש להביא עד שימסור ראיות סותרות. ברגע שעד מגיע לביהמ"ש כעד מטעם ביהמ"ש, לא משנה לבקשת מי הוא הגיע, מי שחוקר אותו ראשית זה ביהמ"ש ומי שחוקר נגדית זה שני הצדדים, כי הוא לא עד תביעה ולא הגנה, והחקירה תיעשה לפי הסדר שיקבע ביהמ"ש לפי ע' 181. יש כאן פגיעה בשיטה האדברסרית, אבל היא מוצדקת. למה מאפשרים לשופטים? כדי למנוע עיוות דין. פס"ד קניר אומר שאפשר לעשות שימוש בסמכות הזו גם לאחר הכרעת הדין כדי למנוע עיוות דין. (לדוג' הגיע עד אליבי לאחר הכרעת הדין). לא בכל מצב ביהמ"ש יאפשר לכם להעיד עד שאף אחד מהצדדים לא זימן, חייב לבקש מביהמ"ש כי ביהמ"ש בודק האם הראיה הזו הייתה קיימת, אם לדוג' זה מחדל שלנו סביר להניח שלא יתנו לנו, האם מדובר בסתם עוד עדות שתמשוך את הזמן או כזו שיכולה לשנות את תוצאות המשפט?.

### הכנת עדים

- לפני שאנחנו מעידים עדים בביהמ"ש "חובה" להכין אותו, כי אחרת העדות שלו תשמע נורא, הרי לא נדע מה התשובות לשאלות שלו, בהכנת עדות המטרה היא להכין אותם, לשמוע את התשובות לשאלות שלהם, זו אמנם זכות אבל זכות שהיא חובה. ברמה העקרונית אין להן שום אינטרס להגיע אלינו, עדים מתחמקים מלהגיע וזו חובה שלנו לדאוג להכין אותם.
- בהליך אזרחי – קוראים לו את התצהיר שהוא מסר  
בהליך פלילי – קוראים לו את ההודאה שמסר בתחנת המשטרה  
אסור להוביל את העד, אנו רשאים להתייחס רק לאמרה שהוא מסר, ולפעמים היא לקונית אז אפשר לנסות להרחיב אותה. אסור בשום אופן לשאול מה אמרו עדים אחרים, אסור "לאלף" את העד (כלומר ממש להנחות מה הוא יענה לי בהכנת העדות, אבל הכנה טובה זה לחזור על הפרטים).
- יש לשים לב לא להציג לו הודאות של עדים אחרים, לא לחשוף אותו לראיות חסויות, לא להכין עדים יחד – כל עד מכינים בנפרד!
- האם מותר להכין עד במהלך העדות שלו? לפעמים עדים נחקרים וביהמ"ש אומר צריך ללכת הבייתה תבואו בעוד שבועיים.. בפס"ד גבריאלי ביהמ"ש אומר שעד שהוכן במהלך העדות (בהפסקה שבין העדויות כלומר השבועיים), העדות שלו לא נפסלת אבל משקל של התשובות שלו עלול להיות מאוד נמוך.
- עד עוין

ע' 179 לחסד"פ עוסק בעד עוין, מאמצים את הסע' הזה גם בהליך אזרחי וגם בפלילי.

מיהו? עד שבמסגרת העדות שלו גילה עיונות לצד שזימן אותו לעדות, לדוג' עד הגנה עוין לסניגור, עד תביעה עוין לתובע.

מה זה עוין? שתי דרכים:

1. עד סותר את הגרסה שמסר בחקירה במשטרה (לדוג' אישה מוכה אומרת שלא עשה לה כלום בסה"כ נתן סטירה, כשכל מסיכת האישום גוללת סיפור שלם של מכות).
  2. עד שמגלה עיונות מהתגובות שלו – מהמימיקות לדוג', הטון או ההתנהגות.
- מה עושים איתם? מי שיכול להכריז על עד כעוין הוא אך ורק מי שזימן אותו,

1. בשלב הראשון ראשית אם ישנה סתירה בין ההודאה בכתה לבין העדות בביהמ"ש נבקש לרענן את זכרונו של העד, לדוג' נותנת לעד לקרוא את ההודאה שהיא מסרה בחקירה. נניח והיא חוזרת על מה שמסרה בביהמ"ש וזיכרונה "לא מתרענן"
2. בשלב השני מגישים את האמרה של העד לביהמ"ש כראיה לרישום בלבד, ולא כראיה לאמיתות תוכן הדברים. כל חומר החקירה הוא עדות מפי השמיעה, וכשאני רוצה להגיד לשופט שיש סתירה אני חייבת להראות לו אותה, ואז אני מראה לשופט את מה שהיא קראה אל מול מה שהיא אומרת על דוכן העדים, ואז הוא רואה שיש סתירה והוא מקבלת את הראיה לעצם הרישום בלבד, כלומר שהיא אמרה את זה.
3. בשלב השלישי ביהמ"ש נותן אפשרות לצד שכנגד להגיב, ושואל אם יש משהו להגיד על הכרזת העד כעוין מטעם הצד השני.
4. בשלב האחרון ביהמ"ש מכריז על העד כעד עוין, וברגע שהוא מוכרז כעד עוין, הצד שזימן אותו יכול לחקור אותו חקירה נגדית על דרך של חקירה ראשית (מותר לעשות הכל בחקירה כזו ולכן זו פריבילגיה).  
יש עדים שמגיעים לביהמ"ש ומתהפכים בלי סיבה, אבל יש הרבה מצבים שמאיימים עליהם, סוחטים אותו וכו', אפשר לנסות לברר את הסיבה ולנסות לגרום לעד לומר את האמת.  
(לרוב עדים עוינים מרגישים בהכנה לעדות שהעד עומד להיות עד עוין).

### הכלל הפוסל עדות מפי השמועה וחריגיו (פלילי+אזרחי)

חשוב לציין שכלל הפסילה הוא אחד הכללים החשובים שיש בדיני הראיות, בכלל במשפט האנגלו האמריקני, והוא חל במישור האזרחי והפלילי. הכלל אינו מעוגן בפקודת הראיות, אבל היא כוללת חריגים לכלל מה שמעיד על ההכרה בכלל.

החריגים שבפקודת הראיות מתווספים לחריגים שנקבעו בפקודה.  
כללים כולל כללים וחריגים.

עד רשאי להעיד בביהמ"ש על עובדות שהוא קלט בחושים שלו, והוא אינו רשאי למסור בעדותו עובדות שנקלט בחושו של אדם אחר והגיעו לידיעתו של העד מפי השמועה. דוג' – נניח שראובן רוצח את לוי, שמעון ראה את הרצח והוא זה שקלט את הרצח בחושים שלו, נניח ושמעון סיפר את זה לאשתו צילה כעבור יומיים, צילה לא קלטה את הרצח בחושים שלה – כלומר היא אפילו לא יודעת אם זה נכון, היא רק יודעת מה בעלה אמר לה, יכול להיות שהוא הטעה אותה/לא ראה טוב וכו', עדותה של צילה על תוכן הדברים ששמעון אומר לה היא עדות מפי השמועה מאחר וזה מידע שהגיע לידיעתה מפיו של אדם אחר. למה באים דיני הראיות ואומרים צילה לא יכולה להעיד על אמיתות תוכן הדברים של ראובן? ביהמ"ש לא יכול לקבוע על סמך עדותה של צילה כי לא קלטה זאת בחושיה והכלל הוא שעדות מפי השמועה היא עדות פסולה, העדות של שמעון היא עדות מקור.  
עדות מפי השמועה יכול להיות בע"פ, בכתב, בהתנהגות (התנהגות לדוג' צילה אומרת "אני אומרת לכם שבעלי היה עד לרצח והוא הגיע כולו רועד, אז אני מניחה שהוא היה עד ראייה").

מה הם הצידוקים לכלל הפסילה?

-עד מפי השמיעה לא יכול לערוב/להתחייב לאמיתות תוכן הדברים, הוא לא יודע אם מה שהוא שמע באמת נכון, וברגע שהעד אינו יכול לערוב על אמיתות המידע אז נשמט הבסיס מתחת הקבילות של המידע כראיה.  
-לביהמ"ש אין את היכולת להתרשם ישירות מעד שקלט את המידע בחושים שלו ועד ששמע מעד המקור באותה מידה.

-טעם נוסף זה נושא דילול האמת, למה אנחנו פוסלים עדויות מפי השמועה? ככל שהאמת עוברת דרך מקורות רבים יותר, הפילטרים האנושיים משפיעים על האמת במלואה.

טענות ביקורת כנגד הכלל שפוסל עדות מפי הפסילה:

-כלל הפסילה מקשה על ביהמ"ש לברר את האמת משום שהוא מונע ממנו לקבל מידע רלוונטי.  
-מגמת המעבר מכללי קבילות לכללי המשקל באים ואומרים שאם יש לי בעיה עם ראיה מסוימת בוא נוריד מהמשקל שלה אבל כן נחשוף את השופט לראיה – אומרים ברוח המגמה יש מקום לברר את הכלל.

יש החוששים מעדויות מפי השמיעה כי הן אינן מהימנות, אבל האם אפשר בהכרח לומר שהעדויות מפי השמועה הן בהכרח שקריות/מפוקפקות או לא מהימנות? הבעיה האמיתית היא שלביהמ"ש לא תמיד יש דרכים לבדוק אם המידע נכון או לא, אבל לביהמ"ש יש דרך לבדוק אם זה נכון או לא אז למה לא לקבל את זה?

הנימוקים בעד ונגד מייצגים שני זרמים:

1. זרם אחד אומר שעדויות מפוקפקות, פגומות לא צריכות להתקבל בביהמ"ש, כדאי שביהמ"ש לא יקבע ממצאים על סמך מידע שאינו בהכרח נכון.
  2. זרם אחר אומר שחשוב שביהמ"ש יקבל את כל תמונה כולה ובמידה ויש בעיה אם חלק מהמידע אז ביהמ"ש ידע איזה משקל לתת לו, אבל למה מראש למנוע?
- האיסור על עדות מפי השמועה מתייחס אך ורק כראיה לאמיתות תוכן הדברים, להבדיל מעדות לעצם אמירת הדברים לעד וזאת בתנאי שאמירת הדברים היא רלוונטית.
- אי התנגדות לקבילות של עדות מפי השמועה:

הלכה היא שעדות מפי השמועה שהתקבלה בהסכמת הצדדים או אפילו ללא התנגדות של הצד שכנגד היא ראייה קבילה באותו הליך משפטי ומשקלה ההוכחתי ייקבע ע"י ביהמ"ש עפ"י הנסיבות ויתר הראיות. יתר על כן הכלל הוא שכאשר צד אינו מתנגד לקבלתה של עדות מפי השמועה, אי התנגדותו תיחשב הסכמתו לעדות ולא ייפתח פתח בשנית להעלות טענה כנגד קבלתה של העדות בערכאת הערעור (מפי השופטת ארבל בפס"ד סוויסה 4204/07).

הכלל הזה הוא מאוד גורף, לפני שנות ה-80 הוא היה הרבה יותר גורף, לאור המגמה של מעבר לכבודות המשקל, אז הכלל הוא פחות גורף והוא לא פוסל הכל כולל הכל.

### חריגים לכלל:

1. **סע' 10 לפק"ר** – עדות על אמרה של קורבן מעשה אלימות – הוא חריג כי הוא מאפשר לנו להכשיר אמרה שמסר קורבן סמוך למעשה אלימות לאדם אחר, ומי שיעיד בביהמ"ש זה למעשה האדם האחר. לדוג' עוולת התקיפה בפקודת הנזיקין. לדוג' – ראובן ביצע מעשה אלימות בלאה, לאה ברחה לשכנתה צילה וסיפרה לה על כך, אז במקרה הזה עדות המקור היא של לאה, והעדויות מפי השמועה לעניין התוכן היא צילה, האם ניתן להעיד את צילה לאמיתות תוכן הדברים? האם ביהמ"ש יכול לקבוע שראובן תקף את לאה על סמך עדותה? ככלל התשובה היא לא, אבל לצורך זה יש את סע' 10 שאומר שאם לאה היא קורבן למעשה אלימות ותוך כדי מעשה האלימות או לאחר המעשה היא רצה לשכנתה צילה כפי שקרה פה אז למעשה יש כן אמרה של קורבן למעשה אלימות ואז ביהמ"ש יכול לקבוע שראובן תקף את לאה על סמך העדות של צילה אפילו שזו עדות מפי השמועה. מה הרציונל בסע'?
2. הטעם הראשון הוא ההנחה היא שקורבן למעשה אלימות לא ישקר ביחס לאמרה שלו סמוך או תוך כדי מעשה האלימות, והטעם השני נעוץ בצורך בשימור האמרה – במקרה כזה יש אינטרס לשמר כל שריד של הוכחה, משום שמדובר בקורבנות אלימות לא תמיד הם שורדים את מעשה האלימות כדי לספר בביהמ"ש מי תקף אותם ועשה להם את מה שהוא עשה. סע' 10 כולל מס' תנאים שחייבים להתקיים במצטבר:
  1. מדובר באמרה של מעשה אלימות בלבד (כל הפעלה של כוח פיזי), דוג' – פס"ד רחמימוב.
  2. האמרה מתייחסת במישרין למעשה האלימות או לנסיבות הלוואי שלו, ז"א מה שמוכשר במסגרת החריג זה רק מה שנוגע למעשה האלימות (אם לדוג' לאה מספרת לצילה על הדרך על מעשה האלימות על זיוף שיקים לא רלוונטי)
  3. האמרה קבילה אם אומרה מעיד וגם אם אינו מעיד, אבל אם רוצים להעיד את המעיד מפי השמועה זה כאשר נבצר מהקורבן להתייצב משום שהוא תשוש, חולה, עזב את הארץ או נפטרה.
2. **ס' 9 לפק"ר** – אמרת עד בעת ביצוע עבירה – פלילי + אזרחי. חריג לכלל הפוסל לעדות מפי השמיעה. אם נעברה עבירה ויש לנו עד שהיה עד ראייה לביצוע העבירה ובסמוך למעשה העבירה הוא מספר למישהו אחר את הפרטים על אותה העבירה, העדות מפי השמועה תתקבל כראיה קבילה לאמיתות התוכן בתנאי שהמקור יעיד. הפסיקה קבעה שיש 3 תנאים שצריכים להתקיים:
  1. תנאי עיתוי – האמרה נאמרה בסמוך למעשה העבירה. פס"ד פלוני- ע"י עדנה ארבל אומרת שהדרישה לסמיכות זמנים לפי ס' 9 צריכה להתפרש בדווקנות ובצמצום דווקא בשל היותו חריג לכלל, גם עניין זה

מטבע הדברים נקבע בנסיבות העניין ולשכל הישר. פס"ד יחזקאל באשה- קטטה במסעדה, היה רצח ולרצח היה עד ראייה שהוא דוד של הקורבן, סבאח, הוא רואה את השכנה- לא מספר כלום, רואה עוד 3 אנשים ולא מספר כלום, מספרים לו שהוא מת ואז הוא מספר על המקרה, עד למסירת העדות עובר 2-3 שעות וביהמ"ש אומר שמדובר בזמן גבולי, בס' 9 אין הזדמנות ראשונה- רק בסמוך לעבירה. השופט הנדל אומר שצריך לפרש את הסעיף בצמצום אך אומר שיש במצבים של מקרי גבול שבהם קשה לקבוע אם מדובר באמרה ספונטנית, השופט הנדל אומר שהאמרה לסבח עונה לס' 9. בעליון טענו שזה לא קביל כי עברו 3 שעות, הנדל מציע לבחון את מקרי הגבול בעזרת 3 מבחנים עזר:

\***מבחן סמיכות המקום**- היכן נמסרה האמרה, ככל שמקום מסירתה קרוב יותר לזירת ביצוע העבירה הנטייה תהייה לקבל. זה לא עניין רק של גיאוגרפיה, אלא זה עניין של לאן הלך העד?

\***מבחן סמיכות עניינית**- האם ישנה זיקה מהותית בין העבירה לבין מסירת האמרה כך ששניהם נמצאים על אותו רצף? לדוגמא האם המצב הפיזי או הנפשי של מוסר האמרה מושפע באופן ישיר מהאירוע? האם ישנם אירועים שקטעו את הזיקה בין האירוע לבין המסירה?

\***מבחן האינטראקציה בין מוסר העדות לשומע**- האם יש ביניהם יחסי מרות? האם מדובר בתחקור פולשני? האם יש תשאול פורמאלי?

בסופו של דבר ביהמ"ש מכשיר את האמרה, הוא היה תחת טראומה ונקיפות מצפון על כך שלא עזר לאחיין שלו.

השופט עמית וגובראן לא מסכימים עם המבחנים.

1. תנאי התוכן – האמרה נוגעת למעשה העבירה.

2. תנאי הזהות – מוסר האמרה הוא עד במשפט.

2. פס"ד סעד- עלתה השאלה האם תשאול של שוטר פוגע בספונטניות של אמרת העד. ביהמ"ש אומר שלעניין ס' 9 לפק"ר אין לקבל את הטענה כי אמרה שניתנה במסגרת תשאול של איש מרות תסווג כבלתי קבילה ולא תבוא בגדר ס' זה. זאת אומרת, כל עניין צריך להיבחן בהתאם לנסיבותיו כאשר זהות האדם שכלפיו הופנתה האמרה ואופן אמירתה הם רק חלק מהשיקולים שצריך להביא בחשבון לשם בחינת קבילותה.

3. רס גסטא - **RES GESTA** - חלק מהסיפור. למעשה חריגי הרס גסטא כוללים קבוצה של אמרות המוכרות במשפט האנגלי כחריגים לכלל הפסילה. החריגים של הרס גסטא חלים גם בהליך הפלילי וגם בהליך האזרחי. המכנה המשותף לכל חריגי הרס גסטא הוא שמדובר באמרות ספונטניות שנתפסות בעיני ביהמ"ש כחלק בלתי נפרד מהאירוע נשוא המשפט ועל כן אין יסוד להניח שהתוכן שלהן הוא שקרי. ס' 9 ו10 הם חריגי רס גסטא סטטוטוריים.

בפס"ד ג'פר אמר- אפשר להשתמש בחריגי הגסט רסטה החריגים הפסיקטיים בנוסף לחריגים הסטטוטוריים.

חריגי ה**RES GESTA** הפסיקטיים:

א. אמרה ספונטנית תוך כדי התרחשותו של אירוע מרגש – מה ההבדל בין הרס גסטא הזה לבין ס' 9? רס גסטא זה אומר שאפשר להכשיר אמרה ספונטנית תוך כדי התרחשותו של אירוע מרגש. למשל – אני עד ראייה לעבירה מסוים ואני מתקשר למשטרה ומספר. השוטר שמקבל את השיחה זה עדות מפי השמועה. ס' 9 מצריך שהמקור יעיד בביהמ"ש. ההבדל הוא שכל קבוצת חריגי הרס גסטא מאפשרים לנו להכשיר עדויות מפי השמועה מבלי שמוסר האמרה שקלט בחושי יעיד במשפט (פס"ד ג'פר).

הש' דורנר אומרת שס' 9 חל רק במקרים שניתן להעיד את המקור בביהמ"ש. במקום שלא קיימת האפשרות להעיד את המקור בביהמ"ש, להבדיל ממצב שבו הוא זמין ולא מזמנים אותו, אין ס' 9 מונע את קבלת האמרה הספונטנית כראיה. אם העד ישנו והוא יכול להעיד אי אפשר להשתמש ב**RES GESTA**.

ב. אמרה ספונטנית הנלווית למעשה ומסבירה אותו- הכלל הוא שאמרה ספונטנית בכתב ובעל פה המלווה מעשה שעושה האומר ואשר יש בה כדי להאיר את המעשה ולהסדיר אותו תתקבל כראיה קבילה לאמיתות תוכנה על אף שמוסר האמרה איננו עד ולא ניתן להעיד אותו.

למשל – יומן אישי שבו מסבירה תלמידה על מעשים מגונים שביצע בה המורה.



ג. אמרה ספונטנית המבטאת הלך נפש של האומר בשעת האמירה – הכלל הוא שאמרה ספונטנית שמתייחסת למצבו הנפשי של מוסר האמרה בדבר כוונותיו, רצונותיו ואפילו רגשותיו כלפי הזולת תהיה קבילה מפיו של השומע גם אם האומר אינו מעיד ובלבד שהאמרה הייתה ספונטנית ונאמרה במהלכם הרגיל של הדברים.

ד. אמרה ספונטנית המשקפת את מצבו הבריאותי של האומר בשעת האמירה – ראייה כזו תתקבל כראיה קבילה גם אם אומר האמרה לא מעיד.

הפסיקה באנגליה אמרה שאמירות לרופאים יתקבלו רק כאשר הן נאמרו במטרה לקבל טיפול רפואי. אמרות נפטרים – גם בפלילי וגם באזרחי. קבוצה נוספת שמהווה חריג לכלל הפוסל עדות מפי שמועה. קבוצה זו מרכזת את המקרים בהם מתקבלת אמרה של אדם שלימים הוא נפטר. על אף אי האפשרות לחקור את מוסר האמרה בביהמ"ש כי הוא נפטר הרי שאנחנו יכולים לקבל עדות של אדם על אותה אמרה שמסר הנפטר. למה? כי אם לא נקבל את אותה אמרה אז אין ראייה. יש 2 סוגים של אמרות:

(א) אמרת נפטר בניגוד לאינטרס הרכושי שלו –

פס"ד ביידר נ' לוי – ביהמ"ש אומר שהודעת נפטר בניגוד לאינטרס הרכושי שלו תהיה קבילה בהתמלא התנאים המצטברים הבאים:

1 – שבשעת האמירה האמרה או ההודעה נוגדת את האינטרס הרכושי שלו (של המוסר).

2 – בעת מסירת האמרה ידע המנוח כי האמרה הזאת יכולה לפגוע באינטרס הרכושי שלו.

3 – למנוח הייתה ידיעה אישית על העובדות הכלולות באמרתו – הוא יודע ממקור ראשון על המידע הזה.

4 – נסיבות האמרה אינן מקימות חשש לאמיתות תוכנה.

2 דגשים לגבי חריג זה:

\* האמרה שמתקבלת מכוחו של חריג זה מהווה ראייה לכל האמור בה ולא רק לחלק הנוגד את האינטרס הרכושי (קירשנבאום נ' קרויניק).

\* החריג הנ"ל הורחב גם למקרים שבהם מוסר האמרה לא נפטר אולם לא ניתן להעיד אותו בשקידה סבירה (לא ניתן להעיד אותו על אף שננקטו אמצעים נאותים להבטחת עדותו – פס"ד בלנשטיין נ' היועמ"ש). נכון להיום זה קבוצה של אמרות נפקדים, לא רק נפטרים.

(ב) אמרת נפטר במילוי תפקידו –

החריג הזה אומר שמקום שאדם מוסר אמרה תוך כדי מילוי תפקידו והוא נפטר לאחר מכן, אמרתו תהיה קבילה להוכחת העובדות המפורטות בה. הטעם לכך הוא שמי שמוסר אמרה במילוי תפקידו, ההנחה היא שהדיווח הוא דיווח אמת.

לדוגמא – פתולוג שניתח גופה כתב חוות דעת ואז הוא נפטר. אני רוצה להגיש את הדוח, יבוא הצד שכנגד ויגיד שזה עדות מפי השמועה. החריג הזה אומר שאם הרופא מילא את הדוח תוך כדי מילוי תפקידו אין לו שום אינטרס לשקר.

אם אדם עורך מסמך תוך כדי מילוי תפקידו ההנחה היא שהדיווח הוא נכון. גם כאן הפסיקה קבעה תנאים להכשרת אמרה מכוח החריג הזה (ביידר נ' לוי, שטוציק):

1 – שממלא התפקיד מוסר האמרה נפטר (היום גם נפקד) – די בכך שלא ניתן להעיד אותו בשקידה סבירה.

2 – האמרה נאמרה או נעשתה במסגרת מילוי התפקיד.

3 – הפרטים שבאמרה מתייחסים לפעילות שכבר בוצעה ע"י ממלא התפקיד בעבר – למשל אם בעל המכולת כותב "כנראה שאהובה תבוא גם מחר ומחר החוב יגדל" זה לא מוכשר. מה שמוכשר זה רק מה שהיה.

4 – נסיבות האמרה אינן מקימות חשש באשר לאמיתות תוכנה.

לדוגמא בפס"ד ברנשטיין נ' היועמ"ש היה רישום בכרטיס חולה שרשמה הרופאה שהיגרה לחו"ל ומה שהיה כתוב בכרטיס בעצם משקף את הממצאים שלה וזה הוכשר. פס"ד עווד – היה שם דוח של רופא במכון

הפתולוגי שהרופא לימים נפטר והגישו את הדוח שהוא רשם כראיה קבילה.

2 דגשים:

\* גם כאן הורחב החריג לגבי ממלא תפקיד שלא ניתן להעיד אותו בשקידה סבירה - כלומר גם נפקד ולא רק נפטר.

\* רק הממצאים העובדתיים שבחוות הדעת קבילים כראיה במסגרת החריג ואילו חוות הדעת (המסקנות) של מוסר האמרה הן פסולות (עווד נ' מדינת ישראל).

**פס"ד חליפה** - ילד שנולד עם מומים וההורים חליפה תבעו את משרד הבריאות ואת המרכז לבריאות הילד. הציעו לאישה לעבור בדיקה של חלבון עוברי והיא סירבה והאחות רשמה בכרטיס של האמא "חלבון עוברי 17.06.90 לא בוצע לא מעוניינת". האחות שכתבה את זה נפטרה. לימים חליפה מגישה תביעה נגד משרד הבריאות כי עדיף שהילד לא היה נולד. מה שהאחות כתבה זה אמרת נפטר במילוי תפקידו ולכן זה כשר וזה הפיל את התביעה. אמרו לחליפה - הציעו לך לעשות את הבדיקה ולא רצית.

#### הודאת חוץ של נאשם:

כשנאשם מודה על דוכן העדים מרשיעים אותו באותו רגע ללא תוספת ראייתית. בכל מצב אחר בו ההודאה לא נמסרת בפני השופט על דוכן העדים קוראים להודאה הזאת הודאת חוץ. הודאת חוץ יכולה להימסר בתחנת המשטרה. הודאת חוץ היא עדות מפי השמועה ולכן זו ראייה בלתי קבילה. ביהמ"ש לא יכול להרשיע נאשם על סמך הודאה שהוא מסר לשוטר מחוץ לביהמ"ש אלא אם כן נמצא חריג לכלל הפוסל עדות מפי שמועה שמאפשר להכשיר את ההודאה כראיה לאמיתות התוכן. הפקודה קובעת שההודאה תהיה קבילה אם היא הייתה חופשית ומרצון. זאת אומרת, אני מעיד את מי ששמע אותי מודה (מדובב, שוטר וכו'..). תמיד מעידים את מי ששמע את הנאשם מודה. האם זה מספיק? לא, דורשים תוספת ראייתית מסוג דבר מה (תוספת פסיקתית).

#### מהי הודאה?

בישראל אימצנו גישה מרחיבה לפיה הודאה היא כל אמרה שיש בה כדי להפיל את החשוד או הנאשם בעבירה המיוחסת לו. נהוג לדבר על הודאות בעל פה, בכתב וגם בשפת גוף (תנועות וסימנים מוסכמים שמדברים בעד עצמם). **פס"ד חביו** - חביו מודה בפני צד ג' בביצוע רצח ואומר שגם עופר היה שותף. עופר היה לידו והנהן. ניתן לראות בהנהון שלו הודאת חוץ. הפסיקה מבחינה בין 2 סוגים של התבטאות מפלילה: א - הודאה - התבטאות ישירה של הנאשם לפיה הוא מודה בעובדה מפלילה כלשהי. למשל - "אני רצחתי".

ב - "ראשית הודאה" - התבטאות מקרית של נאשם/חשוד המבטאת תחושה של אשמה או התבטאות במסגרת חקירה המציגה משאלה, הלך נפש או הנמקת מהלך שממנה ביהמ"ש יכול להסיק בעקיפין שהנאשם מודה בעובדה מפלילה כלשהי. למשל - השוטר בא, רואה אותי בזירת הפשע ואני אומר "אכלתי אותה אני בצרות", זו ראשית הודאה.

גם הודאה וגם ראשית הודאה שתיהן תהינה קבילות בתנאי שתעמודנה במבחן הקבילות של ס' 12 - בתנאי שהתביעה תוכיח שהן היו חופשיות ומרצון.

השוני ביניהן נעוץ בכוח הראייתי שיש לכל אחת מהן. הודאת חוץ יכולה לשמש בסיס להרשעה בתנאי שתימצא לצידה תוספת מסוג דבר מה. לעומת זאת, ראשית הודאה אינה יכולה להוות בסיס להרשעה אלא שהיא יכולה להצטרף לראיות מפלילות אחרות ולתמוך בהן ולהכריע את הכף לחובת הנאשם ובכלל זה היא עשויה לשמש גם תוספת ראייתית. הפסיקה קבעה שראשית הודאה מהווה תוספת ראייתית מסוג דבר לחיזוק וגם סיוע אולם היא אינה יכולה לשמש כתוספת ראייתית מסוג דבר מה (דיון נוסף קוזלי). זאת משום

ששתיהן נובעות מאותו מקור (הודאת החוץ וראשית ההודאה). דבר מה צריך להיות משהו חיצוני.

### תנאי הקבילות של הודאת חוץ של נאשם לפי ס' 12:

נטל הקבילות מונח על כתבי התביעה. ברגע שהתביעה רוצה להגיש הודאת חוץ של נאשם כראיה היא צריכה להוכיח שהראיה הזאת קבילה מעבר לכל ספק סביר. תנאי הקבילות מצויים בס' 11 וס' 12:

\* ס' 11 אומר לנו שהתביעה צריכה להוכיח שהנאשם אכן מסר את ההודאה.

יש הבדל בין הודאה בפני איש מרות לבין הודאה שלא בפני איש מרות. איש מרות זה אדם שמוסמך על פי חוק לחקור חשודים ולגבות הודאות כאשר לצד הסמכות הזאת עומדת החובה של הנחקר להשיב תשובות אמת למעט תשובות שיש בהם כדי להפיל אותו בעבירה כלשהי. ברגע שחוקר חוקר חשוד הוא צריך להזהיר אותו וליידע אותו בזכות השתיקה ולגבי זכות היועצות בעו"ד. אם החשוד לא הוזהר ולא יידעו אותו לגבי אותן זכויות ייתכן שההודאה שהוא מסר תיפסל בהמשך ע"י ביהמ"ש לאחר שיקבע שהיא הוצאה תוך פגיעה בזכות שלו להליך הוגן.

אדם יכול להודות בביצוע העבירה בפני כל אדם (מדובב, חבר וכו'..). דינה של הודאה בפני איש מרות דינה כדין הודאה בפני כל אדם. 2 סוגי ההודאות צריכות להיות חופשיות ומרצון. 2 המקרים צריך גם תוספת ראייתית מסוג דבר מה כדי להרשיע. ההבדל הוא שכאשר אני מודה בפני כל אדם לא צריך ליידע אותי שיש לי זכות שתיקה, זכות היועצות בעו"ד וכו'.

חשוב לציין שס' 11 לא מדבר רק על הודאה, הוא מדבר על כל אמרה בתחנת המשטרה. במידה שהאמרה שלו כוללת הודאה אז עוברים גם לתנאי השני.

\* ס' 12 אומר לנו שההודאה צריכה להיות חופשית ומרצון. המבחן של חופשית ומרצון למעשה מבטא את יכולתו של הנאשם לבחור בין מסירת ההודאה לבין ההימנעות ממסירתה. ברגע ששוללים מהנחקר את היכולת לבחור בין להודות לבין לשתוק אז ההודאה היא לא חופשית ומרצון.

**פס"ד מסיקה** – מסיקה מסר הודאה בין 2 אשפוזים פסיכיאטריים. הוא היה מאושפז, לאחר 10 ימים הוא הודה ולאחר 7 ימים שוב אושפז. האמרות העיקריות נגדו היו אמרות שהוא מסר בתחנת המשטרה והודה בביצוע העבירות. התביעה ביקשה מביהמ"ש שיקבל את ההודאות כיוון שהיו חופשיות ומרצון. ביהמ"ש המחוזי קבע שההודאה לא קבילה כי ברגע שהצליחו להוכיח שהוא מסר את ההודאה שלו בין 2 אשפוזים פסיכיאטרים זה אומר שזה לא היה חופשי ומרצון. כלומר, כנראה שהוא היה תחת לחץ נפשי שגרם לו להודות בעבירה מבלי לחשוב על ההשלכות. התביעה מערערת לעליון ומבקשת מביהמ"ש שיקבע שהראיה קבילה. העליון מקבל את הערעור. הודאה של חולה נפש היא קבילה אם היא ניתנה בהיעדר לחץ חיצוני כאמור בס' 12. אומר ביהמ"ש שהשאלה שביהמ"ש צריך לבדוק במצב שמדובר בחולה נפש זה שאלת המשקל.

לא כל אמצעי הוא פסול ולא כל אמצעי יש בו כדי להביא לפסילתה של ההודאה. איזה אמצעים פסולים קיימים?

קדמי מחלק אותם 5 קבוצות והפסיקה באמת אימצה את החלוקה הזו:

1. אלימות ואיום באלימות – אלימות ואיום באלימות הם פסולים אבל לא כל אלימות באשר היא תביא לפסילת ההודאה. לא בטוח שסטירה תביא לפסילת ההודאה.
2. נקיטה בשיטת תחקור בלתי הוגנת – התחקור הזה לא באמת נועד לגלות את האמת אלא לטמטם את חושינו של הנחקר. למשל – חקירה נמשכת 8 שעות.
3. יצירת לחצים נפשיים בלתי הוגנים – המטרה למעשה היא לשבור את הנפש של הנחקר. למשל – לקלל את הנחקר, לגדף אותו, להכניס אותו לצינוק כשהוא לא צריך, תנאי מעצר קשים וכו'..
4. שימוש בתחבולה בלתי הוגנת – תחבולה כשמה כן היא זה אקט של מרמה. למשל – מדובב. מתי

התחבולה הופכת להיות פסולה? ברגע שהיא שומטת את יכולת הבחירה אם להודות או לשתוק. למשל – מציגים לו דוח טביעות אצבע מפוברק ואומרים לו שזה שלו אך זה לא שלו, זו תחבולה אסורה. תחבולות מותרות זה תחבולות שלא שוללות מהנחקר את יכולת הבחירה.

5. שימוש באמצעי פיתוי והשאה (שליטה ברצון של הזולת) שעשויה לכוון את המחשבות שלו בצורה מסוימת – למשל אני אומר לנחקר "אני רוצה לקחת אותך כעד מדינה בתמורה לזה שתפליל את האחרים" כשאין שום בסיס לכך.

כאשר הופעל אמצעי פסול ייתכן שההודאה אינה חופשית ומרצון. בעניין זה יש הבחנה בפסיקה בין 2 סוגים של אמצעים פסולים וזאת בהתאם להלכה שנקבעה בפס"ד מועדי משנות מ'80. הלכת מועדי מאבחנת בין 2 סוגים של אמצעים פסולים:

1 – אמצעי פסול שאינו קיצוני – הלכת מועדי קובעת כי ההודאה לא תיפסל באופן אוטומטי אלא ביהמ"ש יבחן האם היה באמצעי הפסול כדי לשלול את חופשיות הרצון של מי שמסר אותה. נניח שלתת סטירה זה לא אמצעי פסול קיצוני, ביהמ"ש יצטרך לבדוק האם הסטירה שללה את יכולת הבחירה של הנחקר. אם ביהמ"ש יגיע למסקנה שהסטירה כן השפיעה על מסירת ההודאה הוא יפסול אותה.

2 – אמצעי פסול קיצוני – לגבי זה הייתה מחלוקת בפס"ד מועדי בין הגישה של הש' גולדברג לבין הש' יצחק כהן.

גישתו של גולדברג – היא ההלכה. כאשר הופעלו אמצעים פסולים באופן קיצוני כך שהפעלתם מגיעה כדי פגיעה בצלם דמות האדם תיפסל ההודאה מבלי לבחון את ההשפעה של האמצעי החקירה הפסול על חופשיות הרצון. זאת אומרת, ביהמ"ש נותן את משקל הבכורה להגנה של הזכויות של הנאשם. אם ביהמ"ש יגיע למסקנה נניח שלמנוע ממנו לקבל אינסולין במשך יום שלם זה אמצעי פסול קיצוני, פוסלים את ההודאה לא משנה אם היא הושפעה מזה או לא.

גישתו של יצחק כהן – אם יתברר כי על אף השימוש באמצעי הפסול נותרה לנחקר יכולת הבחירה החופשית למסור את הודאתו אזי ההודאה תתקבל והדיון יתמקד במשקל הראייתי. אבל זו לא הגישה שהתקבלה בפסיקה.

### נטל הוכחת קבילות ההודאה:

מבחינה דיונית, ברגע שהתביעה רוצה להגיש את ההודאה של הנאשם והוא לא מתנגד אז ההודאה תהיה קבילה. אם הנאשם מתנגד לקבילות של ההודאה שלו, הוא למעשה צריך להגיד לביהמ"ש שהוא מתנגד לקבילות שלה, כלומר שהיא לא ניתנה באופן חופשי ומרצון. במקרה כזה, ביהמ"ש עשוי לפתוח הליך שנקרא משפט זוטא (משפט קטן). פותחים משפט קטן בתוך משפט גדול. משפט זוטא זה הליך שבמסגרתו ביהמ"ש צריך לקבוע אם הודאת החוץ שלו היא קבילה או לא. בסוף הליך הזוטא ביהמ"ש קובע אם ההודאה היא קבילה או לא והוא לא חייב לנמק את החלטה. אי אפשר לערער על החלטה כזו כי היא החלטת ביניים. לכן אם רוצים לערער צריך לחכות לפסק הדין ולערער על כולו.

ברגע שהודאה מתקבלת כראיה קבילה, בין אם נפתח הליך זוטא ובין אם לא, בשלב הבא ביהמ"ש צריך להעריך את המשקל שלה. כשמדובר בהודאות חוץ של נאשמים התפתחה בפסיקה שיטה להערכת משקלן של הודאות חוץ. זאת משום שאנחנו חוששים שאנשים יודו בעבירות שהם לא ביצעו. על פניו נראה שהודאת שווא היא לא התנהגות רציונאלית – למה שאדם יודה בעבירה שהוא לא ביצע? יחד עם זאת, ציבור הנחקרים אינו עשוי מקשה אחת, לא כל הנחקרים מגיבים באותה צורה לחקירה שהיא מאיימת ולוחצת. לכן כל אחד עשוי להגיב בצורה שונה. כדי להפיג את החשש שנאשמים יגישו הודאת שווא, ביהמ"ש פיתח שיטה להערכת משקלה של הודאת חוץ. למעשה הוא קבע 2 מבחנים:

1. המבחן הפנימי – מתייחס לתוכן ההודאה והוא בודק את סימני האמת העולים מתוכה. זאת אומרת,

ביהמ"ש צריך לבדוק האם ההודאה היא הגיונית, סדורה, האם יש בה כל מיני פרטים שגורמים לנו לתת בה אמון וכו'.

2. המבחן החיצוני – מבחן הדבר מה נוסף. הוא בוחן את ההודאה על פי סימני אמת החיצוניים לה אשר יש בהם עפ"י מבחני השכל הישר כדי לשפוך אור על אמיתותה.

מה היחס בין 2 המבחנים? הפסיקה אומרת שהיחס בין 2 המבחנים הוא יחס הפוך. ככל שקטן המשקל הפנימי של ההודאה כך גדל המשקל הנדרש לדבר מה הנוסף ויש שדרגתו המתחייבת תגיע לכדי ראייה מסייעת ולהפך (פס"ד סטקלר).

בפס"ד אדריס ובולקוב ביהמ"ש העליון קבע כי לשם יישום המבחן החיצוני והפנימי נדרשת בדיקה משולשת – מי אמר, מה אמר ודבר מה נוסף.

מי אמר – המבחן הזה בודק את זהות הנאשם שהודה. מיהו הנאשם? האם הוא משתייך לאחת מהקבוצות שנשקף מהן סיכון מוגבר להודאות שווא. למשל – חולי נפש, אנשים שנתונים ללחץ חברתי, נרקומנים, אלכוהוליסטים וכו'.

מה אמר – בודק את תוכן ההודאה תוך שביהמ"ש צריך להיכנס בעובי הקורה של סיפור ההודאה הן מבחינת הפרטים שלה והן מבחינת עיתוי מסירתה. כאן ממש צריך לבוא ולנתח את ההודאה מבפנים.

דבר מה נוסף – צריך למצוא ראייה נוספת שתאמת את ההודאה. מבחן זה הוא לא רק למצוא דבר מה נוסף, כאן ביהמ"ש צריך לתת את דעתו האם די בדבר מה הנוסף הזה כדי להרשיע או לא. ביהמ"ש אומר שזה לא רק דבר מה נוסף, יכול להיות שיש דבר מה סותר, דבר מה חסר.. צריך לבדוק.

בפס"ד איתל קבע הש' הנדל כי כאשר עצם מתן הודאת החוץ מוכחש ע"י הנאשם מתווספת בדיקה רביעית במספר שמכנים אותה "בפני מי". המבחן הזה עניינו מהימנותו של האדם שבפניו נמסרה ההודאה. הנדל אומר שהמבחן הזה מאוד חשוב כאשר האדם שמעיד כי הנאשם התוודה בפניו אינו איש מרות או כאשר אותו אדם הוא עד מעוניין בעל אינטרס. במקרה כזה, כאשר ההודאה ניתנת שלא בפני איש מרות ואותו אדם מכחיש את מסירת ההודאה אז בודקים בפני מי אמר. זה אומר שהתכלית של הדבר מה הנוסף צריכה להיות כפולה ולשרת 2 תכליות – הדבר מה הנוסף צריך לאשר את תוכנה של ההודאה ולהפיג את החשש הרגיל שמא מדובר בהודאת שווא. התכלית השנייה היא שהדבר מה צריך לחזק את האמון בטענתו של העד כי הנאשם התוודה בפניו.

שאלה נוספת שנשאלה בפסיקה היא האם שתיקת נאשם במשפט יכולה לשמש דבר מה נוסף להודאת החוץ שלו.

ס' 162 לחסד"פ אומר ששתיקת נאשם במשפטו יכולה להוות חיזוק או סיוע למשקל הראיות של התביעה. עלתה השאלה בפס"ד מילשטיין – אם שתיקה יכולה להוות חיזוק או סיוע למה שהיא לא תהווה דבר מה? ס' 162 נועד להעניק לשתיקה של הנאשם ערך פוזיטיבי. אנחנו לא רוצים שנאשמים ישתקו. עדנה ארבל במילשטיין אומרת שמשיקולים של מדיניות משפטית שתיקה של נאשם במשפט שלו לא יכולה להוות תוספת מסוג דבר מה נוסף להודאת החוץ שלו כי זה נובע מאותו מקור. לכן, על דרך הכלל שתיקה של נאשם לא תהווה דבר מה נוסף אלא במקרים חריגים. באותו פס"ד למעשה הש' ארבל קובעת 3 אמות מידה שביהמ"ש צריך לשקול אם הוא באמת רוצה להכיר בשתיקה של הנאשם כדבר מה נוסף (3 מבחנים מצטברים):

1. על ההודאה להיות בעלת משקל פנימי גבוה במיוחד כך שמדובר בהודאה שעומדת בפני עצמה.
2. על ביהמ"ש לשלול במידת האפשר את האפשרות שמא הנאשם פעל מתוך לחץ פנימי שהביא אותו לידי מסירת הודאת שווא.
3. על ביהמ"ש להשתכנע ממכלול הנסיבות ששתיקתו של הנאשם אינה נובעת ממניע תמים ועל כן המסקנה המתבקשת היא שאין לו תשובה נגד האשמות המופנות כלפיו אשר ביחס אליהן הוא הודה בחקירתו.

מה מהווה דבר מה נוסף?

שחזור, הודאה בפרטים מהותיים במהלך הדיון, ידיעת פרטים מוכמנים, אמרת חוץ בכתב של עד, מניע, ראיות נסיבתיות.

גורמים שלא מהווים דבר מה – הודאות נוספות של הנאשם, אי התכחשות למסירת ההודאה, שתיקת נאשם במשפט, יש מקרים בהם ביהמ"ש מראש דורש דבר מה מוגבר.

12/01/2020

קבילותן של ראיות + משקלן של ראיות

פסילת ראיות שהושגו בניגוד לדין

משמעות ראייה זו היא שהן תחשבנה כראיות בלתי קבילות ולא תתקבלנה בבית המשפט. המונח ראייה שהושגה בניגוד לדין, למעשה משמעותו בפס"ד יששכרוב הוא למעשה ראייה שהושג באמצעי חקירה בלתי חוקיים, כלומר מנוגדים להוראה קבועה בחוק, בתקנה או בנוהל מחייב, באמצעים בלתי הוגנים או באמצעים הפוגעים שלא כדין בזכות יסוד מוגנת.

נשאלת השאלה האם לפסול את הראיות הללו כן או לא?

התאוריות שעומדות מאחורי הכלל שמאפשר לפסול ראיות בניגוד לדין:

1. תאוריית הגנה על הזכויות – עפ"י גישה זו כלל הפסילה של ראיות נועד להגן על זכויותיו של הנאשם והוא חלק בלתי נפרד מזכויותיהם החוקיות של חשודים ונאשמים. כאשר משיגים ראייה בניגוד לדין בעצם השיגו אותה תוך כדי פגיעה ולכן לא ניתן להשתמש בה נגדו במשפט. לא די בלומר שהזכות היא מאוד חשובה ולכן בעצם פוסלים את הראייה כדי להגדיל את הזכות.
2. תאוריה הרתעתית חינוכית – תאוריה שעומדת מאחורי תורת פרי העץ המורעל, לפי הכלל הזה, כלל הפסילה נועד לחנך את רשויות אכיפת החוק, ובעצם להרתיען מפני פגיעה עתידית בזכויות חשודים. ז"א שהגישה הזו מניחה שאם נפסול את הראייה שהושגה בניגוד לדין כך ניטול את התמריץ מהחוקרים להשיג ראיות בדרכים לא חוקיות, החוקר יגיע למסקנה שלא כדאי לו להשיג ראייה בניגוד לדין כי הוא יידע שכל ראייה כזו תיפסל. (בארה"ב לשופטים אין שיקול דעת, כל ראייה שהושגה שלא כדין פסולה!).
3. תאוריית היושרה המוסרית – מאחורי הלכת יששכרוב תאוריה זו, שם דובר שלבית המשפט אסור לתת יד למה שהשוטרים עושים כי זה יפגע באמון הציבור. כלל הפסילה באנגליה, קנדה, אוסטרליה ובישראל, גישה זו מדגישה את הממד המוסרי של ההליך הפלילי, והיא נשענת על התפיסה שלפיה נטילת חלק בהפרת זכויות פוגעת ביושרה ובמוניטין של בתי המשפט ובשל מערכת עשיית הצדק בכללותה. ז"א, שאומרים שברגע שביהמ"ש מתבסס על ראייה שהושגה בניגוד לדין זה מכתים את בית המשפט בכתם השותפות ופוגע בלגיטימיות המוסריות של הכרעותיו, ולכן פסילת הראייה נועדה לשמור על אמון הציבור במערכת המשפט.

מצד שני לתאוריות המגבות את הפסילה, חייב להבין שבכך שפוסלים את הראייה אנחנו מונעים הגעה לחקר האמת וכו'. מצד אחד השיקול בדבר מיגור הפשיעה, חקר האמת ומהצד השני בדבר הגינותו של ההליך הפלילי אשר שם את הדגש על זכויות האדם ועל היחס ההוגן כלפי חשודים ונאשמים – יש לאזן בין השניים. בארה"ב נהוגה תורת פרי העץ המורעל, אם העץ מורעל גם הפירות מורעלים ואז בעצם אי אפשר לעשות אף שימוש בעץ וכלום ממנו, לכן

בביהמ"ש בארה"ב חייב לפסול כל ראיה שהושגה בעקבות אותה ראיה מורעלת לכאורה אם הושגה שלא כדין. בישראל תאוריה זו לא התקבלה.

בישראל חשוב לחלק את המצב המשפטי עד 2006, ומשנת 2006 אז היה את פס"ד יששכרוב. עד שנת 2006 היו כללי פסילה ספציפיים, כלומר כליים שפסלו ראיות ספציפיות:

לדוג' **סע' 13 להאזנת סתר** – שקבע שדברים שנקלטו בדרך של האזנת סתר (בלתי חוקית) לא יתקבלו כראיה במשפט.

**סע' 32 לחוק הגנת הפרטיות** – שנועד להגן על הפרטיות ואמר שאם זה חומר שהושג תוך פגיעה בפרטיות אז אי אפשר להגיש את זה לביהמ"ש ללא הסכמת הנפגע. למה? הגנו על הזכות שלנו לפרטיות.

**סע' 12 לפק"ר** – פסל הודאת חוץ של נאשם, שהיא אינה חופשית ומרצון אזי אפשר לפסול אותה. גם סע' זה פסל ראיה ספציפית.

בעצם דובר בראיות ספציפיות, בחוקים ספציפיים. בשנת 2006 התקבל כלל פסילה גורף שמאפשר לפסול כל ראיה שהושגה בניגוד לדין, לא רק האזנת סתר, שיחת חוץ וכו' אלא כל ראיה.

**הכלל נקרא דוקטרינה הפסילה הפסיקתית, שנקבע בפס"ד יששכרוב** - למרות שהדוקטרינה מדברת על כל ראיה, למעשה למרות זאת רוב הפסיקה באמת עוסקת בפסילת הודאות מכוח דוקטרינה הפסילה הפסיקתית, אבל חשוב לא להתבלבל, על אף שרוב הפסיקה עוסקת בהודאות חוץ אפשר לפסול כל ראיה. לצידו של המבחן של הודאה חופשית ומרצון, חי כיום הסבר נוסף הקרוי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית – פס"ד יששכרוב היה שם חייל מילואים שהודה בעבירות שימוש של סמים, השוטר הצבאי לא ידע אותו שהוא רשאי לשתוק, והוא הודה לא רק בסמים עליו אלא בהחזקת סמים במקרים אחרים, ואם הוא לא היה מודה לא היו בכלל ראיות. ההודאה שלו לא נפסלה מכוח סע' 12 מאחר והיא הייתה חופשית ומרצון, אבל היא נפסלה לאחר מכן מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, ההנחה היא שהסכות להליך הוגן היא זכות יסוד חוקתית שנובעת מהזכות לחירות/כבוד, ולכן פגיעה בזכות להליך הוגן צריכה להיעשות בהתאם לתנאים של פסקת ההגבלה, ז"א שהדוקטרינה אומרת שאפשר יהיה לפסול ראיה שהושגה בניגוד לדין אם היא תפגע בזכות של החשוד משמעותית להליך הוגן לתכלית שאינה ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש. בעצם יש מסלול נוסף משנת 2006 לפסול הודאות חוץ של נאשם מעבר **לסע' 12 לפק"ר**. סע' 12 מגן על יכולתו של נאשם, לעומת זאת הדוקטרינה לא מגנה על האוטונומיה של הנחקר אלא על הזכות שלו להליך הוגן. יכול להיווצר מצב שהוא מוסר את ההודאה באופן חופשי ומרצון אבל לא נתנו לו להיוועץ בעו"ד – ולכן ייתכנו מקרים שההודאה תהיה קבילה כי הייתה חופשית ומרצון וביהמ"ש יפסול אותה כי נפגעה הזכות שלו להליך הוגן. למה זכות ההיוועצות היא חשובה? היא תורמת להבנת מצבו של הנחקר. ההנחה היא שברגע שיש עו"ד, אז הנחקר הבין את הזכויות שלו ושהוא הסביר לו מה יהיה לטובתו ולרעתו, מה מותר לנצל נגדו ומה אסור, לדוג' אין לנצל מצב רפואי שלו נגדו, ולכן אומר ביהמ"ש שזו זכות חוקתית, בעצם מדובר בצד חזק של המדינה וצד חלש של האזרח, והמדינה יכולה לנצל את כוחה על האזרח הקטן. הטענה הייתה בפס"ד יששכרוב שחקיקת חוקי היסוד חייבה חשיבה מחודשת, התבקשה נקודת איזון גמישה יותר, שמצד אחד מתחשבת בחשיפת האמת ובהגנה על שלום הציבור, על נפגעי עבירה, בלחימה על עבריינות, ומאידך גיסא גם צריך להתחשב בהגנה על זכויות הנאשם ועל טוהר ההליך הפלילי.

בישראל כיום לבתי משפט בניגוד לארה"ב יש שיקול דעת לפסול ראיות שהושגו בניגוד לדין. ביהמ"ש יכול לקבל את הראיה ויכול לסרב לקבל אותה. ביששכרוב נקבעו 3 אמות מידה שביהמ"ש צריך לשיקול כשהוא דן בשאלה אם לפסול/להכשיר ראיה שהושגה בניגוד לדין:

1. שיקול הנוגע לאופייה וחומריתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה – כאן ביהמ"ש צריך להתמקד בהתנהגות הפסולה של רשויות החקירה. לדוג' – נכנסו לדירה ללא צו, צוטטו ללא צו. ביהמ"ש צריך לבדוק האם מדובר בהפרה טכנית של כללי חקירה תקינים או בהפרה חמורה? האם הפגיעה להליך הוגן נעשתה

- בזדון או בתום לב? האם ישנם נסיבות מקלות שבכוחן להפחית מאי החוקיות של הראיות...? האם היה ניתן להשיג בדרכים כשרות את הראיה?
2. מתייחסת למידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה – כאן למעשה יש לבדוק האם אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה עשויה הייתה להשפיע על מהימנותה וערכה ההוכחתי של הראיה, לדוג' – אם נכנסו לדירה ללא צו פגעו בהליך הוגן, נניח בשיקול הראשון זה היה בתום לב, אבל בשיקול השני בודקים האם הייתה השפעה בכך שהוא נכנס ללא צו על לדוג' סכין מגועלת בדם שנמצאה? אם אין השפעה הנטייה תהיה לקבל.
3. נזק מול התועלת החברתית הכרוכים בפסילת הראיה – כאן ביהמ"ש צריך לשאול את עצמו האם המחיר החברתי הכרוך בפסילת הראיה כמו המחיר שהציבור יצטרך לשלם גבוה מהתועלת האפשרית שתצמח מכך, ז"א ממש נזק מול תועלת. ביהמ"ש שואל מה יקרה אם נפסול או נקבל? ביהמ"ש אומר שהפרמטרים העיקריים הם חשיבות הראיה להוכחת האשמה, כלומר כמה באמת הראיה חשובה לתביעה? זו ראיה יחידה או לא? וכן מהות העבירה המיוחסת לנאשם ומידת חומרתה – מדובר בעבירת רצח או עבירת תכנון ובנייה. ביהמ"ש אומר שכאשר מדובר בראיה שחשובה לתביעה וכאשר הראיות חמורות מאוד הרי שפסילת הראיה במקרה כזה עשויה לפגוע באופן בלתי מידתי באינטרס הציבורי, בלחימה בפשיעה, בהגנה על שלום הציבור וכו', ולכן אומר ביהמ"ש בנסיבות האלו פסילת הראיה תביא לידי כך שמי שאשם בנסיבות חמורות לא ייתן את הדין על מעשיו, ותוצאה כזו עשויה לפגוע באמון הציבור במערכת בתי המשפט.
- בפס"ד יששכרוב מצד אחד אומרים שהחוקר פעל בזדון, מצד שני אומרים שבכך שלא נתן לו להיוועץ לא השפיע על ההודאה שלו, ובשיקול של נזק מול תועלת לא תהיה פגיעה בציבור ולכן החליטו לפסול את הראיות. על אמת המידה השלישית נמתחו ביקורת, בעצם ביהמ"ש אומר שם שכלל שהעבירה חמורה יותר, אז ניטה להבליג על פגיעה בזכויות אדם של הנחקר, אנחנו אומרים שהוא עבר עבירה חמורה ואם לתביעה אין ראיות נוספות הנטייה תהיה לקבל, ובד"כ משיגים ראיות בניגוד לדין דווקא בעבירות קשות, ואז בא ביהמ"ש ואומר שדווקא בעבירות חמורות צריך את הלכת יששכרוב.
- הביקורת על אמת המידה השלישית נקלטה בפס"ד אלזם – ניתן בשנת 2009, ביהמ"ש העליון פוסל הודאות חוץ של הנאשם, אלזם, בעבירת הרצח לאור פגיעה בזכות ההיוועצות בעו"ד וכן פגיעה בזכות השתיקה, ולמעשה ביהמ"ש אומר שהודאותיו של אלזם פסולות מכוח סע' 12 לפק"ר, לא היו חופשיות ומרצון, ומוסיף שגם מכוח הלכת יששכרוב. איך זה מסתדר? הרי ביששכרוב אמרו שכלל שהעבירה חמורה יותר אל תפסלו, כאן לא רק שביהמ"ש פוסל הוא גם זיכה, בעצם מה שהיה עם יוני אלזם זה שרצחו אותו, הוא היה צריך להעיד כנגד השותף שלו ורצחו אותו בכלא לפני שהוא יעיד, מי שהגיש את הערעור הייתה המשפחה של יוני אלזם, וכשביהמ"ש עושה נזק מול תועלת במקרה הזה כאשר מדובר באדם שנרצח בלאו הכי וזה לא עברין ששוחרר לחופשי? כלום שהרי הוא כבר נפטר. עד יששכרוב בעצם דובר בעבירות קלות ופס"ד אלזם בא ואמר שדווקא גם בעבירות קשות.
- פס"ד אל עוקה – ניתן בשנת 2011, ביצע רצח כנקמה על רצח אחיו, תחילה מסר הודעות והכחיש, הכניסו לו מדובב ולו הוא מסר פתקים, בשלב מסוים הוא הבין שהוא מדובב, וכל הפתקים אצל החוקרים, זימנו אותו לחקירה ואמרו לו שכל הפתקים אצלם ותתחילו לדבר, הוא ביקש לשוחח עם עו"ד, אמרו לו שאי אפשר כי היא כנראה תשבש את הראיות. הוא הסכים בתנאי שישחררו את בני המשפחה האחרים והוא יודה ברצח, לאחר שהוא הודה ברצח הפגישו אותו עם עו"ד שלו ואז חלה תפנית, כי אז הוא טעם שההודאות שהוצאו אינן קבילות תחת איומי החוקרים, זה התחיל במחוזי, המחוזי דחה את הטענה, ואמר שהיה מוטב שלא היו אומרים לו זאת אבל זה מרצון טוב וחופשי, זה הגיע לעליון, העליון אומר שההודעה בפני המדובב היא חופשית ומרצון וקבילה, יחד עם זאת הוא אומר שההודאה שלו בפני החוקרים לא קבילה מכוח הלכת יששכרוב. החידוש באל עוקה הוא שביהמ"ש הסתייג מהגישה שהעניקה משקל ממשי לחומרת העבירה כשיקול נגד פסילת ההודאה מכוח הדוקטרינה הפסילה הפסיקתית, באל עוקה ביהמ"ש אומר שכאשר מדובר בהפרה חמורה של הזכות להליך הוגן, הרי שעצם חומרת העבירה אינה יכולה להצדיק את הכשרת הראיה שהושגה באופן הסותר את הזכות להליך הוגן. ז"א פעם ראשונה ביהמ"ש אומר שכאשר פוגעים בצורה קשה בזכות להליך הוגן חומרת העבירה לא יכולה להיות שיקול נגד פסילת הראיה. יששכרוב דובר



בסמים, אלזם רוצח שנפטר וזוכה, ואל עוקה פסלו את הראיה מול השוטרים אבל לא זיכו כי הראיה מול המדובב נשארה עומדת.

**דיון נוסף פס"ד שמש –** ניתן בשנת 2012, לא עוסק בחומרת העבירה, עוסק בשתי תאונות רכבות קטלניות בצמידות של כמה חודשים שקרו ביוני ויולי 2005 ומשטרת ישראל פתחה בחקירה, למה? היו אנשים שמתו. במקביל רשות הרכבות עשתה ועדות בדיקה פנימיות, ועדות אלו זה לא משטרה, מטרתן להפיק לקחים, הם לא יעמידו לדין מישהו, אלא למנוע שהתקלה לא תחזור. בוועדות הבדיקה העובדים העידו, הבטיחו להם שהעדויות יישארו חסויות וזאת על מנת להפיק לקחים, הם לא מיוצגים ע"י עו"ד, אין להם זכות שתיקה, וברגע שהבינו שלא יעבירו את העדויות הם דיברו, מה שקרה לימים, התיק הועבר לפרקליטות, וביקשו את עדויות העובדים מועדות הבדיקה, המשטרה הלכה לביהמ"ש וביקשה צו לפי **ע"פ 43 לפסד"פ**, להמציא מסמכים שהם העדויות הללו, הרכבת אמרה שאין לה בעיה לוותר על חיסיון שלי כגוף, אבל לא יכולה לוותר על חיסיון מפני הפללה עצמית של העובדים, הולכים לביהמ"ש, וביהמ"ש לתעבורה מוציא את הצו, ואומר שאם יש טענות כלשהן שיגישו אותם לביהמ"ש. הרכבת מערערת, המחוזי לא התערב וזה הגיע לעליון, בקשת רשות הערעור התקבלה ברוב דעות של דנצינגר ורובינשטיין, וביהמ"ש אומר שיש למנוע את העברת הודאות העובדים למשטרה בשל הפגיעה הפוטנציאלית שתיגרם לעובדים בזכותם להליך הוגן, אומר ביהמ"ש שהעובדים האלו לא היו מיוצגים, לא הוזהרו שיכול להיות שהחומר יועבר למשטרה, לא הייתה באפשרותם לא לדבר, והבטיחו להם חיסיון, ואז רשות הרכבות באה ומעבירה, יש כאן פגיעה קשה בהגינות כלפי העובדים האלה, בציפייה הסבירה שלא להעביר את החומר, אומר ביהמ"ש אם באמת החומר יעבור זה ייצור אפקט מצנן ולא ישתפו פעולה יותר עם הוועדות בדיקה האלו, יעדיפו שיפטרו אותם מאשר לשתף פעולה וחלילה לשבת בכלא ואז ייפגע האינטרס הציבורי, ולכן ביהמ"ש אמר שאפשר למנוע את העברת החומר למשטרה, הוגש ערעור במסגרת דיון נוסף והתוצאה שההליך התהפך, וביהמ"ש היה צריך להכריע מה השלב המשפטי שצריך להכריע קבילות הראיה בשלב המקדמי או אולי ביהמ"ש אמור לעשות את זה? בדיון הנוסף רובינשטיין ודנצינגר הפכו להיות מיעוט, ואדמונד לוי הפך לדעת רוב וביהמ"ש קבע בהלכת שמש שהכרעה בשאלת קבילותה של ראיה בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית ככלל, אינה צריכה להיעשות בהליך משפטי מקדמי, בשלב בו מתנהלת חקירה משטרתית, אלא בנסיבות מסוימות בנוסף החקירה, בשלב בחינת אפשרות העמדה לדין של החשוד, או בנסיבות מתאימות שזו דרך המלך ע"י ביהמ"ש במסגרת ההליך העיקרי, אומר ביהמ"ש השאלה האם הראיה תהיה קבילה או לא זו לא דיון למשטרה אלא לביהמ"ש, כי בפני ביהמ"ש מוצגת התמונה המלאה, שהרי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית היא חלקית, כי אומרים להעביר אותה דרך אמות המידה של יששכרוב, ומי שצריך לעשות זאת זה ביהמ"ש ששומר על האינטרס הציבורי ומנגד על ההליך ההוגן של חשוד/נאשם. דעת המיעוט אמרה שהוא לא רוצה שביהמ"ש יקבל חומר שיכול להשפיע על שיקול הדעת שלו לפני ההליך המשפטי, בא ביהמ"ש ואומר שהמשטרה שמה ידיים על חומר חסוי וגם אז התביעה לא יכולה להגיש, וביהמ"ש מבקש להפריד בין חומר שיסתבר כבלתי קביל לבין מידע שמשמש את החוקרים לצורך החקירה עצמה.

**פס"ד חייבטוב –** ניתן בשנת 2018, ביהמ"ש זיכה את חייבטוב שהואשם והורשע ברצח ונידון למאסר עולם, רצח, קשירת קשר, שוד, וזאת מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. המערער הורשע בביהמ"ש המחוזי, והעליון קיבל את הערעור של הנאשם וקובע שאמנם ההודאה שלו צולחת את מבחני הקבילות של סע' 12 והייתה חופשית ומרצון ועם זאת נפסק שהפרת זכויות המערער ובראשה הפגיעה החמורה בזכות ההיוועצות מובילה לפסילת הודאתו מכוח הדוקטרינה, ביהמ"ש אומר כי מניעת האפשרות להיוועץ בעו"ד במשך למעלה משלושה שבועות עולה כדי פגיעה מהותית וחרפה בזכות ההיוועצות. וביהמ"ש בעצם "פורע את השטר" מפס"ד על עוקה, ובא ואומר כפי שנקבע באל עוקה שברגע שהפגיעה קשה, אי אפשר להשתמש בחומרת העבירה כשיקול נגד הפסילה, הפגיעה הייתה בעוצמה גבוהה ביותר וגורמי החקירה עשו הכל כדי שהוא לא ייוועץ בעו"ד, והפגיעה השליכה על תוכנה ומהימנותה של ההודאה, כאשר בחקירות אחרות הנאשם הכחיש בתוקף כל מה שיוחס לו. אומר ביהמ"ש שבמקרה כזה יש לפסול את הראיה, ומאחר שההרשעה הייתה מבוססת על ההודאה זיכו אותו בעצם פה אחד. ביהמ"ש אומר לעצמו לא ייתכן שמונעים ממנו עו"ד במשך שלושה שבועות, המדובב מעשן איתו סמים, שזה קווים אדומים, לא ייתכן

שביהמ"ש יאשר את הראיה, ומאחורי זה בעצם עמד היושרה של ביהמ"ש ולא יכל להפוך להיות שותף של טעויות החקירה.

### קבילותן של ראיות נגזרות

ראיה נגזרת זו ראיה שהושגה באופן חוקי בעקבות ראיה שהושגה שלא כדין (בעצם הפרי בעץ המורעל). מה דינה של ראיה הנגזרת מראיה ראשית לאחר שהראיה הראשית נפסלה לאחר שהושגה בניגוד לדין? לדוג' אם נכנסו שוטרים לדירה ללא צו ומצאו סכין עם טביעות אצבע, אז ביהמ"ש לדוג' פוסל אותה ולאחר מכן חוקרים אותו מזהירים אותו והוא נותן הודאה חופשית ומרצון, הראיה הראשית שהיא הסכין נפסלה, אבל הראיה הנגזרת שהושגה בעקבותיה היא ההודאה – אז בארה"ב הראיה הזו פסולה ללא שום שיקול דעת, כל מה שהושג בעקבות הראיה הראשית לא תקף כי הפגם שנפלה בראיה הראשית מכתים את כל השאר, במשפט שלנו תורת פרי העץ לא התקבלה, פס"ד המנחה הוא פס"ד ע"פ פרחי – זו ההלכה לגבי ראיות נגזרות. בוצעו עבירות מין בשלוש נשים, אחת מהן הייתה בת 15 שנאנסה בדרך הבייתה, על גופה היו שארי זרע, הפיקו DNA מהזרע וראו בן אדם מסוים – X, בשני מקרים אחרים בוצעו עבירות מין נוספות, שם נשאר זרע במקום והפיקו DNA ועלה שזה אותו X. מה שהמטרה לא ידעה זה מיהו אותו X? יום אחד הציעו לאדון פרחי להשתתף במאגר מסוים של קבוצת ביקורת לבדוק שהוא לא קשור לשום רצח, הבטיחו לו שזה קשור רק לפרשיית הרצח, הוא נתן את DNA ובאופן מקרי הבחורה מהמעבדה מזהה את הרצף הגנטי, היא הכניסה אותו למאגר ועלה שX זה מר פרחי. עצרו את פרחי, נותנים לו לעשן בתא המעצר, לקחו את בדל הסיגריה והפיקו DNA, ואז מבינים שזה אותו אחד, מפיקים איכונז טלפון, אומרים לחברת הסלולר לבדוק איפה הוא היה בשעות של עבירות המין, הוא מוסר ראשית הודאה שהוא קושר את עצמו, יש אי שיתוף פעולה בחקירה. ואז פרחי אומר שמה שעשתה המשטרה זה מעשה שלא יעשה, הבטיחו לי שלא יצליבו את הDNA שלי ולאחר מכן פעלו בניגוד להבטחה, הוא הורשע במחוזי וקיבל 25 שנות מאסר, הוא ערער לעליון ואמר שכל הראיות פסולות, וטען שהכל התחיל מהדגימה שהוא נתן בהסכמה, ואם לא הייתי נותן את זה לא היה אפשר לעצור אותי, כל הראיות הגיעו בעקבות ההסכמה למדגם שזו הראיה הראשית וכל השאר נגזרות, ולכן קודם כל הוא אומר לפגוע את הראיה הראשית, וזו דוג' קלאסית לפגיעה בזכות להליך הוגן. התביעה מגיעה לעליון ואמרה שהיא מוכנה לפסול את הראיה הנ"ל במשפט, כי הרי היא הושגה באמת בניגוד לדין תוך פגיעה קשה והסכימה לוותר עליה ואין מה לדון בה, וביהמ"ש דן בה ואומר שהיא הושגה תוך פגיעה קשה בזכות להליך הוגן. ביהמ"ש דן בשאלה מה דינן של הראיות הנגזרות? בארה"ב ברור שהכל נפסל, הייתה פה הזדמנות לאמץ את תורת פרי העץ המורעל, והוא החליט שלא, וככלל ראיה נגזרת תהיה קבילה במשפט, ראיה נגזרת לא תהיה חסינה לעולם מפני פסילה. פסילתה של ראיה נגזרת שמורה למקרים חריגים שבהם הפסול שנפל בראיה הראשית מכתים גם את הראיה הנגזרת ממנה באופן היורד לשורשו של עניין, אומר ביהמ"ש רוצה לבדוק את הקבילות של הראיות הנגזרות, הוא אומר בוא נבדוק לפי אמות המידה של יששכרוב, אבל ביהמ"ש אומר שראיות נגזרות הן בד"כ ראיות שנלקחו לא בניגוד לחוק, לכן אומר ביהמ"ש בנוסף לאמות המידה לש יששכרוב צריך לבדוק את הזיקה בין הראיה הראשית לנגזרת, ככל שהזיקה ביניהן היא חזקה יותר, כך עשויה אי החוקיות שדבקה בראיה ראשית להכתים גם את הראיה הנגזרת, וכך תגבר הנטייה לפסול אותה, בעצם ביהמ"ש מבקש לבדוק סיבתיות כפולה – סיבתיות עובדתית (בין הראיה הנגזרת לראשית, אלמלא תפסו את הראיה הראשית היו מגיעים לראיה הנגזרת? במקרה דנן לא!), וסיבתיות משפטית – אומר ביהמ"ש בהתאם למבחן המשפטי נדרשת זיקה מהותית בין הפסול שנפל בראיה הראשית לנגזרת, כאשר חרף קיומה של סיבתיות עובדתית, התקיים נתק מהותי בין הפסול שנפל בראיה הראשית ובין הראיה הנגזרת כך תקטן הנטייה לפסול את הראיה הנגזרת. ואילו במקרים אחרים בהם הפסול שנפל בראיה הראשית מכתים גם את הראיה הנגזרת ממנה באופן היורד לשורש העניין, יהיה זה צודק אומר ביהמ"ש לפסול אותה. במקרה דנן האם יש סיבתיות עובדתית? לא! ואז אומרים האם הפסול שנפל בראיה הראשית השפיע על הראיות הנגזרות? DNA הסיגריה זה תקין, איכונז הטלפון תקין, ראשית ההודאה ניתנה מרצון. ביהמ"ש אומר שאין הבדל בין הDNA בהסכמה לDNA בסיגריה, פשוט "הלבינו" את הראיה, בעצם הפסול שנפל בראיה הראשית כן הכתים את הסיגריה אז הוא פסל אותה. ממשיך ביהמ"ש ובדק את איכונז הטלפון ושואל האם הDNA

השפיע באופן כלשהו על האיכון? ואומר שלא, מאחר והנתונים היו בחברת הסלולר ברגע שבוצע העבירה, פשוט אף אחד לא ביקש ולכן ראייה זו לא מוכתמת ומשאיר את איכוני הטלפון קבילה, וגם את ראשית ההודאה ואי שיתוף הפעולה השאירו קביל כי אין קשר בין DNA בהסכמה לראיות אלו, אין בעצם זיקה.

אמרת חוץ בכתב של עד בהליך הפלילי – סע' 10א(א) עד שנוכח בביהמ"ש [קבילות]

הסע' חל רק בהליך הפלילי. עד בד"כ נחקר בתחנת המשטרה ומוסר גרסה מסוימת, ועל סמך הגרסה התביעה מחליטה אם להגיש כתב אישום, ואם מוגש מזמנים את העדים שהיו בתחנת המשטרה על מנת שיחזרו על ההודאה שהיא "עדות מפי השמועה" בפני השופט ואז אם הוא חוזר על הגרסה, אין צורך בגרסה שלו במשטרה. לעיתים העדים לא חוזרים על הגרסה, לפעמים הם משנים, לא זוכרים, מקשקשים, לא עונים לעניין. נשאלת השאלה מה עושים במצב כזה? לכאורה נשמע פשוט. אבל כדי להגיש את הגרסה שנאמרה בחקירה במשטרה צריך חריג, החריג הוא 10א.

השימושים שאנחנו עושים בהליך הפלילי באמרת חוץ של עד:

1. במישור הדיוני – אמרת החוץ של העד מוגשת כראיה לעצם אמירתה, ז"א מגישים זאת לשופט כדי שהוא יראה שבתאריך מסוים הוא הגיע למשטרה ומסר מה שהוא מסר, בעצם לצורך העמדת עדותו של העד למהימנות, בין אם לקעקע את העדות או לחזק את העדות.
  1. במסגרת חקירה נגדית של עד – אני רוצה להראות שהוא שקרן (אז אני מגישה את הגרסה הקודמת בה הוא אומר X, אל מול כעת שהוא אומר Y).
  2. במסגרת בקשה להכריז על העד כעד עוין (דוג' של אישה מוכה שמגיעה למשפט ופתאום אומרת שבעלה רק דחף אותה ולא שבר לה את הצלעות כמו שטענה בגרסה הראשונית, אז אני מגישה לשופט את הגרסה הקודמת).
  3. בתגובה לריענון זיכרון של עד (אני מגישה לביהמ"ש ולעד ומראה לו את הגרסה הקודמת כדי שיראו שבאמת הייתה התייחסות למשהו מסוים במעמד אותה גרסה).
2. במישור המהותי – אמרת החוץ של העד מוגשת כראיה לאמיתות התוכן שלה, ולצורך זה צריך חריג, שהוא 10א, שמאפשר לי להגיש אמרת חוץ של עד כראיית אמיתות התוכן שלה שהוא חריג לכלל הפסילה. יש שתי סיבות לחקיקתו של סע' 10א בשנות ה-80 – הסיבה העיקרית לחקיקתו היה לתת מענה לתופעה פסולה שהלכה ופשטה של הפעלת לחצים פסולים על עדים, נאשמים היו לומדים דיני ראיות בזמנו, והיה אומר לעצמו שאם אני עכשיו מועמד לדין רצח, יש עד ראייה אחד, אם הוא יבוא ויפיל אותי אני אעמוד לרצח, אז שווה לי להעלים אותו כי אז העדות שלו תישאר רק עדות מפי השמועה, ובעצם החלו להפעיל אמצעים פסולים על עדים, חלקם נעלמו, חלקם נרצחו, חלקם נכלאו, חלקם אושפזו, וחלקם עלו לדוכן העדים ושתקו ודרשו מהמחוקק לתת מענה לדבר, כי יש יותר מדי נאשמים מזוכים. הועמדה ועדה לנושא והיא המליצה על חקיקתו של סע' 10א, הסע' הזה חולל מהפכה, למה? כי מאותו רגע שנחקק לא משתלם להפעיל אמצעים פסולים כי אז תימסר ההודאה שנמסרה בחקירת המשטרה כפי שהיא, כאשר תחולתה של דיני הראיות היא רטרו-אקטיבית, מה שאומר שהיא אפשר להרשיע אותם אם העד מסר גרסה ונעלם. הסע' הזה הוא חריג, למה? הוא לא דומה לחריגים האחרים, כל החריגים שדיברנו עליהם, הייתה ערובה לאמיתות התוכן, היה משהו שנתן לו ביטחון באמיתות ההודאה, לעומת זאת בסע' 10א אין שום ערובה לאמיתות המידע (לדוג' אישה מוכה יכולה להגיע למשטרה ולמסור עדות שקר על מנת לקבל גט בכלל, כשמגיע המשפט היא טוענת שהוא רק דחף אותה, למה בכל זאת מקבלים את האמרה? לתת מענה להפעלת אמצעים פסולים, אבל אף אחד לא מבטיח לי את אמיתות התוכן אבל יש צורך ברור להילחם בתופעה).

סע' 10א מובנה מארבעה סעיפי משנה.

10א(א) – עד שנוכח בביהמ"ש.

10א(ב) – קבילות.

10א(ג) + 10א(ד) – משקל.

נדבר כעת על התנאים בכללי שצריכים להתקיים על מנת להשתמש בסעי' 10א:

1. אמרה בכתב – אמרה לפי ההלכה/פסיקה היא כל התבטאות בכל מקום ובכל הנסיבות שבאמצעותה אדם מביע את עצמו. אמרה בכתב לפי הפסיקה למילה כתב פרשנות רחבה – כל אמצעי המקפיא את האמרה ושומר עליהם במצב אמין, כל אמרה שתונצח באמצעי תיעוד אובייקטיבי המשקף במדויק את מה שנאמר זו אמרה בכתב (פס"ד דיון נוסף טובול). שאלה שעלתה בפסיקה היא האם זיכרון דברין הוא אמרה בכתב? זיכרון דברים היא אמרת חוץ של עד בע"פ שעלתה בשלב מאוחר יותר על כתב, ז"א שמועד מסירת האמרה ומועד העלתה על כתב אינם חופפים, ובפסיקה כל הזמן דיברו על כך שיש להנציח את האמרה, אז מה קורה שמעלים את האמרה על כתב במועד אחר? אז בעצם יכולים לשכוח או להוסיף דברים ואז מי יכול להבטיח לי שכל מה שנטען באמת העלו על כתב? דיון נוסף פס"ד טובול – הייתה עדה שהפלילה אותו, מסרה 3 אמרות שהועלו על זיכרון דברים בשלב מאוחר יותר, הסניגור טען בסוף פרשת התביעה שאין להשיב לאשמה, כי בעצם אין שום ראיה שמפלילה את הנאשם, כל מה שהוצג זה זיכרון דברים ולא אמרת חוץ בכתב ולכן אין מה להתייחס, זיכו את טובול. הוגש ערעור לעליון ושם עלתה השאלה האם זיכרון דברים זה אמרת חוץ בכתב? שם אמרו שזה לא, זה עלה לדיון נוסף, ושם נקבעה ההלכה, ביהמ"ש העליון קובע בדעת רוב כי זיכרון דברים הוא אמרת חוץ בכתב של עד לפי סעי' 10א, אומר ביהמ"ש יש לשאוף לבצע רישום בו זמנית של העד מתי שהוא מסר אותה, יחד עם זאת ניתן להכיר גם ברישומים שלא נערכו בו זמנית, במילים אחרות ניתן להכיר בזיכרון דברים. באילו מקרים תהיה בעיה להעלות על כתב? לדוג' שוטר הוזעק לפיגוע ויש הפסקת חשמל והוא בדיוק אצל מישהי שנגנב לה הארנק, אז לאותו רגע יש דבר יותר דחוף, אז הוא מסביר לה שהוא יעלה את זה על כתב שהוא יגיע לתחנה. מדובר לדוג' הוא מקרה קלאסי של סעי' 10א. הייתה מחלוקת בעליון בין שמגר לברק ששניהם היו בדעת רוב, האם באמת אי סמיכות הדברים היא תנאי של קבילות או שיקול עניין המשקל? שניהם הסכימו שאפשר לקבל זיכרון דברים, אבל בוא נניח שהראיה עלתה על כתב חצי שנה ממועד מסירת האמרה, ביהמ"ש שואל האם כשעובר יותר מדי זמן היא לא קבילה או שהמשקל שלה פשוט יורד? הש' שמגר אומר שסמיכות זמנים היא תנאי לקבילות האמרה, הוא אומר שכאשר שחולף יותר מדי זמן זה פשוט תרשומת של שוטר ולכן במקרה כזה יש לפסול, לעומת זאת הש' ברק קובע שסמיכות זמנים היא שיקול לעניין המשקל וזו הגישה שהתפתחה בפסיקה, ואומר שכל שהרישום סמוך למועד מסירת האמרה המשקל יעלה, ככל שיתרחק ממועד מסירת האמרה ירד משקלה, מן המפורסמות הוא שזכרונו של אדם נחלש בחלוף הזמן. אז נקבע בעצם שזו שאלה של משקל ולא שאלה של קבילות.

מה קורה עם העד מעביר את הגרסה שלו לשוטר, והשוטר מעביר את זה לגורם ב' שמעלה את זה הוא בכתב? פס"ד יעקובוביץ – פיצלו את דורון ויצחק, אב ובנו לשני תאים, לאב הכניסו מדובר וגם לבן, האב חשד ושתק, לא הפליל, הבן זימר – הפליל את עצמו וגם את אביו. דורון היה העד בעצם לצורך הדוג', הוא סיפר למדובר שהוא גורם א', למדובר היה מכשיר הקלטה, חלק מהדברים שמעו וחלק לא שמעו בהקלטה כי הוא לחש, המדובר לא העלה את הדברים על כתב, אלא אמר זאת למפעיל שלו, והמפעיל שלו העלה את זה על כתב, ואז בעצם יש לנו עדות מפי השמועה כפולה, באה התביעה ואומרת מה זה משנה מי מעלה את זה על כתב? משנה שזה משקף את מה שהוא אמר, זה מגיע לעליון, וביהמ"ש העליון צריך לקבוע האם אפשר לקבל אמרת חוץ בכתב של עד שהועברה לגורם שלישי? קדמי בדעת מיעוט אומר שאין בעיה ואפשר לקבל, הוא אומר שאם יש משמעות היא טכנית, מה שחשוב זה שבאמת המפעיל כתב כמו שצריך את מה שאמר לו הגורם, הוא בא והרחיב את הלכת טובול בעצם, ואת סעי' 10א, אבל דעת הרוב לא הסכימו עם קדמי, שזה הש' מצא ושטרסברג-כהן שאמרו שאין לקבל אמרה בכתב שנתקבלה מכלי שלישי, וזו הלכת יעקובוביץ, את האמרה של דורון למדובר נקבל בתנאי שהמדובר יעלה זאת על כתב, אבל ברגע שהוא העביר את זה לגורם אחר לא נקבל זאת, כי זאת עדות מפי השמועה כפולה, בעצם אין קשר בין מה שהעד אמר למה שהשוטר העשירי אמר, וצריך גבולות מינימליים למגמה הזו, מי יבטיח לנו שהגורם השלישי יהיה הגורם האחרון? כי אם כך נמשיך וניתן גם לגורם רביעי וחמישי לכתוב.

2. שנתן עד – עד הוא כל מי שזומן להעיד בהליך הפלילי ובמסגרת עדותו מתבקשת הצגת האמרה שלו כראיה מכוח סע' 10א, שאלה שעלתה לדיון בפסיקה היא האם נאשמים הם עדים? לדוג' ראובן הפלילי את שמעון במשטרה, אם ראובן הוא עד ראיה והוא אומר כן שמעון ביצע את רצח, אז אין בעיה בכלל, ואם הוא סותר אז 10א, אבל נניח ושניהם שותפים לביצוע העבירה ובמשטרה ראובן הפלילי את מעון, וראובן עולה לדוכן העדים ומעיד, נשאלת השאלה האם אפשר להגיש את אמרת החוץ במשטרה שהוא הפליל את שמעון? בתנאי שהוא מוותר על זכות השתיקה ומעיד. התשובה היא כן אם הוא מוותר על זכות השתיקה ועולה לדוכן העדים, רק אז הוא הופך להיות עד, ואז אפשר להגיש כל מיני אמרות שהוא מסר נגד אחרים. פס"ד חזן + פס"ד אבוחצירה – נאשם משותף המעיד בפרשת ההגנה כעד לעצמו יהיה עד במשפט כמשמעותו של סע' 10א וניתן להגיש את אמרת החוץ שלו כראיה נגד נאשמים משותפים לאותו כתב אישום, לרבות הודאת חוץ שמסר בחקירתו, יתר על כן נקבע כי גם הודאת החוץ של הנאשם נפסלה כראיה לחובתו בשל כך שלא הייתה חופשית ומרצון, אין בכך כדי לפסול אותה כאמרת חוץ בכתב של עד, שכן זו משמשת ראיה כנגד האחרים ונסיבות נתינתה אינן מעלות או מורידות לעניין קבילותה. לאחרונה אנחנו רואים שינוי בקו החשיבה של ביהמ"ש העליון, ביהמ"ש העליון למעשה מתבונן על ההודאה הכוללת הפללה של השותף האחר כמקשה אחת ועל כן לא אחת ביהמ"ש העליון בחן קבילות של אמרת חוץ של עד שהוגשה לפי סע' 10א עפ"י מבחני הקבילות של סע' 12 ואפילו לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית – פס"ד ע"פ 6932/17 מ"י נ' יוסף פורסם ב11.10.18, שם ביהמ"ש פסל אמרת חוץ של עד שלא ניתן באופן חופשי ומרצון, שזה בניגוד להלכה שנקבעה, מוקדם להאריך אם מדובר בהלכה מחייבת ונראה שהסוגייה הזו טרם זכתה לדיון בפסיקה ולכן לא בטוח שהלכת חזן ואבוחצירה התהפכו. בפסיקה נקבע כדי שנוכל להגיש אמרה של נאשם אחד כנגד נאשם אחר, הנאשם חייב להעיד. פס"ד ע"פ מירלשוילי – ביהמ"ש עשה טעות, לקח חלקים מאמרות של נאשמים שהפלילו אחרים מבלי שהם העידו, והעליון אמר שכל עוד הנאשם לא עלה להעיד לא ניתן לקחת את הקטעים המפלילים שלו כנגד אחרים.
3. מחוץ לביהמ"ש – אפשר לקבל אמרות חוץ שנמסרו גם בביהמ"ש, הכוונה היא לאמרה שנאמרה מחוץ לדיון הנוכחי שבמסגרתו נדרש העד להעיד. ז"א שאפשר לקבל אמרת חוץ בכתב של עד שנמסרה בביהמ"ש, פשוט באולם אחר, לדוג' באולם המעצרים.
- לא די להראות שיש אמרת חוץ בכתב של עד כראיה לאמיתות התוכן, כעת יש להקפיד על התוכן של סע' 10א(א) וסע' 10א(ב), יש 3 תנאי קבילות לפי סע' 10א(א):
1. מתן האמרה הוכח במשפט – מי שרוצה להגיש אמרה מכוח סע' 10א צריך להוכיח שהאמרה ניתנה ע"י אותו עד שמייחסים לו אותה. לדוג' עדות של אישה מוכה יש להוכיח שהיא הייתה בתחנת המשטרה ומסרה אותה.
  2. נותן האמרה הוא עד במשפט וניתנה לצדדים הזדמנות לחקור אותו – צריך להראות שהעד ראובן לדוג' עולה לדוכן העדים ויש הזדמנות לחקור אותם ואז הם סותרים את העד, אפשר לומר שהתנאי מתקיים. עלתה בפסיקה השאלה מה דינו של העד השותף? נניח שהאישה המוכה עולה ולא סותרת את הגרסה היא פשוט לא עונה. האם זה מאפשר לי להגיש את האמרה מכוח סע' 10א? התשובה היא כן, כי הייתה הזדמנות לחקור אותו, הוא בחר לשתוק אבל הייתה הזדמנות על אף שלא הניבה דבר. הלכה זו התהפכה 4 פעמים בביהמ"ש העליון. האם נתייחס לעד שותף כמו לעד שסותר את עצמו או שנתייחס אליו כמו לפי סע' 10א(ב) עד שלא נמצא על דוכן העדים? אם היינו עונים שכן נאלץ להוכיח שהופעל עליו אמצעי פסול כי בלי זה אי אפשר להגיש את האמרה! הלכה ראשונה היא הלכת פס"ד אשכנזי – בשלב הראשון 1986 חלה הלכה זו שם קבעו שעד שותף נכנס לסע' 10א(ב), שם אומרים שהיכולת לחקור את העד על דוכן העדים היא דרישה מהותית, לא מספיק שהוא שותף, צריך שהוא יענה לשאלות, אומרים שהזדמנות לחקור אותו היא דרישה מהותית ואז בעצם אם רוצים להגיד את האמרה שלו חייב להוכיח שאמצעי פסול גרם לו לשתוק כי זה נכנס לסע' 10א(ב). ההלכה התהפכה בהלכת פס"ד לוי – עשר שנים לאחר מכן 1996, במסגרת פס"ד זה ביהמ"ש קבעה שלמעשה מבחן היכולת לחקור את העד הוא מבחן נוכחותו של העד על דוכן העדים, בין

מרצון ובין מכפיה, כלומר סע' 10א(א), ברגע שהוא נמצא על דוכן העדים הוא עד במשפט וניתנה לצדדים הזדמנות לחקור אותו. שנה לאחר מכן בשנת 1997 התהפכה ההלכה שוב בע"פ חאג' יחיא – הושב על קנה הלכת אשכנזי. שנתיים לאחר מכן שוב התהפכה ההלכה בדיון נוסף ע"פ חאג' יחיא – במסגרת ההלכה הזו ביהמ"ש קבע מקום שהעד נוכח על דוכן העדים בים אם מקשקש, שותק או מסרב להעיד הרי הוא עד בגדר סע' 10א(א) וזו ההלכה עד היום, ואז אפשר להגיש את האמרה שלו!

3. העדות שונה, לדעת ביהמ"ש, מן האמרה בפרט מהותי, או העד מכחיש את תוכן האמרה או טוען כי אינו זוכר את תכנה – צריך להראות שהעד שינה את גרסתו, לא חייב שכל הגרסה תשתנה מספיק שביהמ"ש יתרשם שהעד לא חזר על האמרה שלו בפרט מהותי, לדוג' נותן תשובות מתחמקות, או סותר וכו'. חשוב לציין שלא מבררים מה הסיבה לשתיקה, בין אם לגונן על הנאשם או אם הופעל עליו אמצעי פסול, ברגע שיש סתירה ניתן להגיש את האמרה מכוח סע' 10א(א).

**19/01/20**

אמרת חוץ בכתב של עד בהליך הפלילי – סע' 10א(ב) עד שאינו נוכח + אמצעי פסול [קבילות]

הסע' הזה נחקק כי הייתה תופעה פסולה של העלמת עדים, עדים שנכלאו, גופות שנמצאו וכו', ומשתמשים בו ובלבד שאמצעי פסול הוא הגורם להיעדרו. ההבדל בין סע' 10א(א) לסע' 10א(ב) הוא שבסע' 10א(ב) הוא לא התייצב לביהמ"ש. צריך לשכנע את ביהמ"ש שאמצעי פסול מנע מהעד להעיד, זה תלוי כמובן בנסיבות ומס' כללים שקבעה הפסיקה לגבי אמצעי פסול:

1. מי שנקט באמצעי הפסול יכול להיות כל אדם ולא דווקא הנאשם. **פס"ד הרצל אביטן ופס"ד קלבוני.**
2. תחושת פחד של העד שאינה תולדה של נקיטה באמצעי פסול אלא פרי תחושתו של העד מן הצפוי לו אם יעיד, אינה בגדר אמצעי פסול. לדוג' אם העד אומר שאינו יעיד מאחר וחושש שירצחו אותו לדוג' זה לא אמצעי פסול, ולכן במקרה כזה ניתן לומר לו תעלה לדוכן העדים ותשתוק כי אתה לא רוצה להפליל. לעניין הוכחת האמצעי הפסול השכנוע אינו צריך להיות מעבר לכל ספק סביר ודי לו מסקנה מוסקת במידת סבירות גבוהה מהנסיבות.

אמרת חוץ בכתב של עד בהליך הפלילי – סע' 10א(ג) סעיף העדפה [משקל]

גם אם הוא מגיש את אמרת החוץ כאמרה קבילה הוא לא חייב להעדיף אותה, הוא יכול להגיש גם חלקים מהאמרה, והשופט יכול חלק לקבל וחלק לא, הוא יכול להעדיף את הגרסה שנאמרה בביהמ"ש ולא את אמרת החוץ וההפך. אם אתה רוצה להעדיף את אמרת החוץ על פני ביהמ"ש, בכל זאת בביהמ"ש שם הוא מוזהר, אז ביהמ"ש צריך לנמק את ההחלטה כי אמרת החוץ לא נמסרה תחת אזהרה או שבועה או משהו שגורם לנו לחשוב שהיא נכונה, אם אני לדוג' לא ארצה שביהמ"ש יאמץ את כל הגרסה, אז אני מגיש לו את מה שנראה לי רלוונטי והשופט בוחר למה להתייחס.

אמרת חוץ בכתב של עד בהליך הפלילי – סע' 10א(ד) תוספת ראייתית [משקל]

הדבר לחיזוק הוא תוספת מאמתת, המטרה היא לאמת את גרסת העד.

כללים חשובים:

- הפסיקה אומרת מקום שעדות העד טעונה תוספת ראייתית גם אמרת החוץ אשר באה בנעלי העדות טעונה אותה תוספת. לדוג' נניח שיש לנו עד מדינה שמעיד יש צורך בתוספת סיוע לפי **סע' 54(א)**, נניח שעד המדינה נרצה, מה נצטרך? מה נדרוש סיוע או חיזוק? במקרה הזה נדרוש סיוע, ואז יש כאן למעה שתי תוספות, הראשונה מכוח זה שהוא עד מדינה, והשנייה מכוח זה שמגישים את אמרת החוץ שלו מכוח סע' 10א.
- כאשר האמרה מצריכה דבר לחיזוק מכוח הוראת דין אחרת, הרי שיש צורך בחיזוק אחד אלא שהוא צריך להיות מוגבר/מחוזק. לדוג' עדות של ילד מתחת לגיל 12, ילד בן 8 רואה מישהו גונב רכב בחניון האם ניתן להרשיע

על סמך זה? לא כי הוא לא בר אחריות פלילית, נניח שהוא עולה ושותק אפשר להגיש מכוח סע' 10א(א), אם הוא היה מעיד היה צריך חיזוק, אם הוא לא היה מעיד והוא היה עד רגיל אז גם היה צריך חיזוק, במקרה דנן הוא קטין ולא מעיד ולכן צריך חיזוק "כפול", הפסיקה קוראת לזה "חיזוק מחוזק"/"חיזוק בריבוע". אמרת חוץ בכתב של עד לפי 10א עשויה כשלעצמה לשמש תוספת ראייתית מסוג סיוע/דבר לחיזוק/ודבר מה נוסף. לדו' נניח יש לנו עד מדינה עם עדות מצוינת ועדיין צריך סיוע, והסיוע שלי זה עד ראייה נוסף שרצחו אותו, אז ניתן להגיש את אמרת החוץ של העד כתוספת מסוג סיוע של עד מדינה. לא כל אמרת חוץ בכתב היא תוספת לא משנה מה כתוב בה, אלא חשוב לדעת מה כתוב, כלומר מאמתת, מסבכת, מחזקת וכו'. אמרת חוץ בכתב של עד אחד עשויה לשמש דבר מה לחיזוק לאמרת חוץ בכתב של עד אחר. אמרה אחת תהיה הבסיס להרשעה והאמרה השנייה תהיה התוספת ועל סמך זה אפשר להרשיע. כמובן שזה צריך באמת לחזק, אם כתוב שם "שומר על זכות השתיקה" אין לכך שום משמעות".

### אמרת חוץ בכתב של עד בהליך הפלילי - סע' 10ב - הגשת אמרת חוץ בהסכמת הצדדים.

סע' זה עוסק בקבלת אמרות חוץ בכתב של עדים בהסכמה. שלושה תנאים בסע' זה:

1. הצדדים הסכימו להגיש את האמרה בביהמ"ש כקבילה.
2. צריך להצהיר בביהמ"ש שהתוכן באמרה אינו שנוי במחלוקת.
3. בלבד שהנאשם היה מיוצג ע"י עורך דין - באותו דיון הוא חייב להיות מיוצג על מנת להגיש אמרת חוץ בהסכמה.

יש לקחת בחשבון שיש "תחרות", אם הצד שכנגד רוצה להציע לנו להגיש אמרה בהסכמה צריך לחשוב כמה פעמים ולבדוק האם באמת זה נכון לנו. לפעמים לדוג' מציעים להגיש בהסכמה כי לא מאתרים את העד, ואז העדות הלכה ולכן רוצים להגיש בהסכמה.

### אמרת חוץ בכתב של עד בהליך הפלילי - סע' 10ג - שמירת דינים

סע' זה בא ואומר לנו שאין בהוראות סע' 10א ו10ב כדי להכשיר ראיות שהן פסולות מכוחו של דין אחר או לפסול ראיות שהן קבילות מכוחו של דין אחר. אם יש לנו ראיה קבילה ניתן להגיש אותה מכוח סע' 10א(א) ו10א(ב) ו10ב, אם הראיה פסולה מכוח דין אחר אבל לא ניתן להגיש אותה דרך סע' אלו, לדוג' אישה שאינה יכולה להעיד נגד בעלה מכוח הפללה אז לא ניתן לעקוף את זה דרך סע' אלו.

### כלל הקפאת הזכירה שבעבר

**פס"ד שניר - הכלל** אומר שכאשר עד מעלה על כתב פרטים של התרחשות שהוא עד לה, סמוך להתרחשותה ולאחר מכן העד נקרא להעיד בביהמ"ש על אותה התרחשות, ועפ"י עדותו בביהמ"ש ניתן לקבוע כי זכרונו של העד ביחס לאותו אירוע נפגע באופן משמעותי, רשאי ביהמ"ש לקבל את הרישום העצמי של העד כראיה לאמיתות התוכן שלה וגם לתת לה משקל מועדף על פני עדותו של העד בביהמ"ש. (לרוב מדובר בדוחות פעולה של שוטרים, שוטר צריך בסמוך לאירוע למלא דוח פעולה שממש מתאר כל מה שהיה באירוע בו הוא נכח לפרטי פרטים, את הדוח הזה הוא ממלא שהוא מגיע לתחנת המשטרה וזאת מאחר כי לימים יוגש כתב אישום והוא הרי לא יזכור כל כך הרבה מקרים לבד, אז אם השוטר עולה כעד לביהמ"ש ואומר שהוא לא זוכר דבר מהאירוע אז בשלב הראשון "מרעננים" את הזיכרון, מנסים להקריא לו את הדו"ח והוא עדיין לא זוכר, הוא מאמת שהחתימה שלו וכתב היד שלו אבל הוא לא זוכר את המאורע, והכלל בא ואומר שאם העד בא ומאשר את מה שהוא כתב וביהמ"ש מתרשם שהוא באמת לא זוכר את אותם פרטים אז אפשר להגיש את האמרה שלו כאמרת חוץ בלבד, וזה מוגש מכוח "כלל הקפאת הזכירה שבעבר" ולא מכוח סע' 10א(א)).

על מנת להשתמש בכלל יש להוכיח 2 תנאים מצטברים:

1. עורך הרישום עצמו (זה שכתב) מעיד בבימ"ש על נסיבות עריכת הרישום (מתי זה קרה? איפה ערך את 1 הרישום?) תוך הדגשת אמונתו כי תוכנו הוא אמת.
  2. עפ"י עדותו ניתן לקבוע שהוא אינו מסוגל לזכור את הפרטים שברישום או שיש להעדיף את הרישום על פני מה שנותר חרוט בזיכרונו. יכול להיות שהוא יזכור חלק, ועל זה אפשר לבקש לבסס ממצאים, ומה שאינו זוכר להעדיף את העדות כלומר ניתן לשלב.
- לעניין המשקל זה בין 0-100, זה שהראיה קבילה לא הופך את משקלה לגבוה - יכול להיות שיגיעו שוטרים אחרים שכתבו באותה זירה דברים אחרים לגמרי.  
כלל זה נקבע בהליך פלילי, קדמי בספרו אומר שאין בעיה להחיל את זה גם בהליך אזרחי.

ראיה נסיבתית, מעשים דומים, שיטת ביצוע וידיעה שיפוטית ופרטית.

### ראיות נסיבתיות

עוסק במישור פלילי+אזרחי

דוג' - מקרה ראשון זה ראובן נכנס לדירה של צילה, ורואה את שמעון דוקר אותה והסכין מגואלת בדם, העדות של ראובן היא ישירה כי באמצעותה ביהמ"ש יכול להכריע לגבי שאלה שנויה במחלוקת, נניח שראובן הגיע 10 ד' לאחר מכן והוא לא רואה את שמעון דוקר את צילה, אלא בורח משם כשבגדיו מגואלים בדם וסכין בידו מגואלת בדם. האם ביהמ"ש יכול לקבוע על סמך עדות כזו ששמעון רצח את צילה? יש לנו תזה אחת שהיא מפלילה, והיא ששמעון הרוצח שהרי יצא בסמוך לרצח עם בגדיו וסכין מגואלים בדם, תזה נוספת יכול להיות שזה רוצח אחר, תזה נוספת שצילה התאבדה וכו', התביעה תבקש להרשיע על סמך הראיה של ראובן כראיה יחידה בתנאי שהמסקנה ההגיונית היחידה ששמעון יצא עם בגדיו מגואלים בדם זה רק המחשבה שהוא רצח אותה, כלומר בשביל להרשיע עם התזה המפלילה ביהמ"ש צריך לבטל/לשלול את כל התזות האחרות. ואז אפשר להרשיע על סמך הראיה הזו בתנאי שזה מעבר לכל ספק סביר.

ראיה ישירה - ראיה שמוכיחה במישרין עובדה הטעונה הוכחה באמצעות הצגת חפץ/מסמך/עדות של אדם שקלט את המידע/עובדות בחושים שלו.

ראיה נסיבתית - ראיה שאינה מוכיחה במישרים עובדה טעונה הוכחה אלא היא מוכיחה על קיומה של נסיבה שממנה על דרך של היסק הגיוני/מסקנה הגיונית ניתן להסיק את דבר קיומה של עובדה טעונה הוכחה. כשמסתמכים על ראיות נסיבתיות יש לנו שני קשיים:

1. קושי שמסתמך על שקריות הראיה, אבל זה נכון לגבי כל עדים.
2. הקושי המרכזי הוא שביהמ"ש יטעה במסקנה המפלילה, ויאמר שמעבר לכל ספק סביר המסקנה המפלילה היא כך וכך והיא לא נכונה.

בעצם קושי כפול - גם שהעד ישקר וגם שביהמ"ש יסיק את המסקנה המפלילה הלא נכונה. בגלל החשש שביהמ"ש יטעה בפסיקה שלו התפתחה מתודה/שיטה להערכת ראיות נסיבתיות כדי להתמודד עם הקושי הזה: בחירתן של ראיות נסיבתיות - מבחן תלת שלבי, כל ראיה נסיבתית שרוצים לקבוע עליה כללים ביהמ"ש ילך לפי זה (פס"ד בן שלוש, פס"ד קריאף).

1. שלב ראשון, נבחנת כל ראיה נסיבתית בפני עצמה כדי לקבוע אם ניתן להשתית עליה ממצא עובדתי. בשלב הזה ביהמ"ש בודק את מהימנותן של הראיות הנסיבתיות, את דיותן, כדי לבדוק אם ניתן לבסס עליהן ממצא עובדתי מסוים.
2. שלב שני, נבחנת מסכת הראיות כולה. בודקים את כל הראיות לצורך קביעה אם היא מערבת לכאורה את הנאשם בביצוע העבירה, כאשר הסקת המסקנה המפלילה היא תולדה של הערכה מושכלת של הראיות המבוססת על ניסיון החיים ועל השכל הישר. ז"א המסקנה המפלילה יכולה להתקבל מצירוף של ראיות נסיבתיות. בפס"ד קריאף - ביהמ"ש קובע שעל מנת שהתביעה תצלח את השלב השני אין צורך שהמסקנה



המפלילה שתועלה בשלב זה תהיה מעבר לכל ספק סביר, אלא בשלב השני די בכך שכלל הראיות יסבכו את הנאשם באופן המקיים מסקנה המסתברת המסבכת לכאורה את הנאשם בביצוע עבירות שיוחסו לו.  
3. בשלב השלישי, מועבר הנטל אל הנאשם, למה? ביהמ"ש אומר שהוא צריך לתת הסבר שיסדר עם כל הראיות. הנטל עובר כדי להציע הסבר אחר אשר עשוי לשלול את ההנחה המפלילה נגדו. כאן הפסיקה אומרת שהסבר חלופי למערכת הראיות הנסיבתית אשר עשוי להותיר ספק סביר באשר להנחה המפלילה די בו כדי לזכות את הנאשם, ז"א ברגע שביהמ"ש לאחר השלב השלישי יש לו ספק סביר, המשמעות היא שניתן להסיק מהראיות הנסיבתיות גם מסקנה אחרת שהיא לא בהכרח מפלילה. בתי המשפט חזרו והדגישו שההסבר הזה שהנאשם מעלה למערכת הראיות הנסיבתיות צריך להיות הגיוני, סביר, מתקבל על הדעת ולא הסבר מאולץ או תאורטי, ביהמ"ש אומר שעל ההסתברות להתקיימותה של האפשרות האחרת, המזכה, עליה להיות מהותית ולא זניחה וצריך שתהיה לה אחיזה סבירה בחומר הראיות ועליה לעמוד במבחני השכל הישר וההגיון. הפסיקה אומרת שגם אם הנאשם לא מעלה תזה מזכה מצידו ביהמ"ש צריך לבדוק מיוזמתו הסברים כאלו.

רק לאחר השלב האחרון ביהמ"ש צריך להכריע האם צלחה התביעה את הרף הנדרש כדי לקבוע שהנאשם ביצע את העבירה מעבר לכל ספק סביר, המסקנה הזו חייבת להיות המסקנה ההגיונית היחידה והיא גוברת על כל אפשרות רציונלית אחרת.

כמה דגשים חשובים:

- ראיה נסיבתית כמו ראיה ישירה יכולה להוות בסיס להרשעה ויכולה לשמש תוספת ראייתית.
- כוחה הראייתי של ראיה נסיבתית כאשר נותנים לה את מלוא המשקל זהה לכוחה של ראיה ישירה, אם ביהמ"ש אומר שהוא מאמין לראובן והמסקנה היחידה היא ששמעון רצח את צילה, אז זה כאילו שמעון רצח את צילה.
- ראיה נסיבתית תתקבל בתנאי שמדובר בראיה קבילה שעברה את שלב הכשרות, שלב הרלוונטיות ושלב הקבילות, כי אם היא לא קבילה יש פה בעיה.

**פס"ד חרמון –** לא נקבעה בו הלכה אבל יש בו יישום של כל ראיות נסיבתיות. עו"ד חרמון הורשע ברצח אישה שהייתה אחות במקצועה, כרמלה בלאס, הוא הכניס אותה להריון, היא ביקשה ממנו להכיר בעובר והוא סירב, היא הגיעה לביתו והתווכחה איתו על העניין הזה, הוא נתן לה מכות עם מנעול הגה ורצח אותה, הוא הסתיר את הגופה מתחת למיטה, הלך לבלות וחזר הבייתה הכניס אותה למחצלת ולקח אותה בתא מטען לכפר ברזט, זורק אותה שם בתוך מכולה ושורף אותה. לא היו ראיות ישירות ואף אחד לא באמת ראה אותו עושה את כל זה, אבל היו לא מעט ראיות נסיבתיות, אחת הראיות הייתה שהוא ניקה למחרת הרצח את הרכב רחצה יסודית כולל עקירת המושבים וזה ב06:00 בבוקר, דבר שמעיד על ניסיון להעלמת ראיות שהיו ברכב, ראיה נוספת היא עדות של בעל מוסך שהחליף את כל הגלגלים, ובעל המוסך העיד שהיו שם שניים חדשים לגמרי והוא גם שילם במזומן, ראיה נוספת היא שמצאו כתם דם מסוג O בתא המטען שזה סוג הדם של המנוחה, כשמצאו את הגופה מצאו 5 שיערות, מתוכן 4 שיערות של כלב מסוג דוברמן שזה הכלב שהיה לו, דבר נוסף זה שהוא התנער מטענת האבהות זו גם ראיה נסיבתית, בעצם המניע הוא ראיה נסיבתית במקרה הזה, הייתה גם עדות של השכן שאמר ששמע אותו בוודאות מתווכח עם אישה, ואמר ששמע משהו מתכתי נופל על הרצפה ונהיה שקט והדבר תאם את הסיטואציה.

#### מעשים דומים

עוסק במישור פלילי + אזרחי

עברו הפלילי של הנאשם עשוי להיות ראיה נסיבתית להסבר על התנהגותו בהליכים פליליים והליכים אזרחיים כאחד, אם אדם מואשם בעבירת אינוס, אז זה יכול להיות ראיה נסיבתית שהוא אנס גם את הבחורה הזו שהוא עומד לדין כלפיה. יחד עם זאת אם אני אציג את העבר הפלילי של הנאשם ביהמ"ש עלול להיות בעל דעה קדומה ולהרשיע על סמך העבר ולא על סמך הראיות שהוצגו במשרד, ולכן בהליך הפלילי התפתח כלל שקבוע **בסע' 163 לחס"ד פ –** נאשם שבחר להעיד לא יישאל בחקירה שכנגד שאלות בנוגע לעבירותיו הקודמות, מלבד החריג הראשון אם העיד על אופיו הטוב. והחריג נוסף, במקרים בהם ביהמ"ש השתכנע כי להוכחת מעשים דומים של הנאשם או שיטת ביצוע בה

נקט הנאשם בעבר יש משקל הוכחתי ממש לגבי העבירה בה הוא עומד לדין כעת, ביהמ"ש יאפשר לתביעה להוכיח או להציג מעשים דומים או שיטת ביצוע תוך שהוא מזהיר את עצמו מפני יצירת דעה קדומה.  
מתי יתנו לנו להשתמש בחריג?

כאשר יש בכוחם של המעשים הדומים להפריך טענה של מקריות המוצאת את ביטויה בהיעדר יסוד נפשי הדרוש במישור הפלילי או האזרחי. דוג' – נניח שהנאשם הואשם בגניבה ממעביד, וכל מקום הוא גונב ומפטרים אותו וכו', ויש כתב אישום, עכשיו אצל המעסיק השלישי הוא נכנס לחדרו וגנב את הנייד של המעסיק, והוא אומר שזה הוא, הוא מודה באקטוס ריאוס אבל טוען שהתבלבל, בעצם טוען טענה לגבי היעדר יסוד נפשי, ואז אפשר להציג את ההרשעות הקודמות שלו כדי להראות שהוא לא באמת התבלבל והוא לא באמת תכנן להחזיר.  
דוג' נוספת – מעביד שנתבע על כך שהוא נוטה לפטר את העובדים שלו לאחר חצי שנה כדי לא לשלם להם תנאים סוציאליים, והוא טוען שהוא פיטר את מי שתבע אותו כי הוא עובד לא טוב, ואז מציגים את כל הפיטורים האלו אחרי 6 חודשים כדי לשמור על שמו הטוב.

**פס"ד בן אברהם** – נהג ליצור קשרים עם נשים ועבד עליהם, לכל אחד הוא אמר משהו אחר, טייס, עובד בשב"כ וכו' וגרם להם להתאהב בו ואמר שיתחתן איתם, בתיק הנ"ל הוא הציג את עצמו מול גננת כבן של אלוף צה"ל לשעבר ואמר שעובד בשב"כ יום אחד כלא אותה ואנס אותה, והוא למעשה אומר זה אני, אני באמת לקחת כספים אבל לא בכוונה להונות אותה, אני הסתרת את עברי כדי לפתוח דף חדש ולא כדי לקבל דבר במרמה, התביעה הציגה את עברו הפלילי כדי להראות שגם את האישה הזו הוא ניסה לעשוק, ועובדה שגם קיבל, כדי לשלול את טענת תום הלב התביעה הציגה את הראיה הזו.  
מעשים דומים מהעבר אפשר להציג רק אם הוא אומר שזה הוא, הוא מודה בעובדות שמקימות את עילת התביעה, אבל הוא טוען טענה ששומטת את הבסיס מתחת ליסוד הנפשי.

### שיטת ביצוע/עדות שיטה

ראיה לשיטת ביצוע מצביע על הנאשם כמבצע העבירה. בשיטת ביצוע מדובר במעין טביעת אצבע/חותמת שהשאיר הנאשם בזירת העבירה. אם העבירה נעשתה בצורה ייחודית לנאשם אז ניתן להציג את אותה שיטה ממקרים אחרים כדי להוכיח שהנאשם ביצע את העבירה במקרה הנוכחי. אם העדות שיטה הייתה עדות יחידה ביהמ"ש ידרוש ראיות נוספות, אבל בד"כ תהיינה ראיות נוספות וברגע שיש אותן כאן ביהמ"ש מוריד את הרף של הייחוד של אותה שיטה, אם יש רק אותה זאת צריכה להיות שיטת ביצוע מאוד מאוד מיוחדת. בעדות שיטה ביהמ"ש יאפשר לנו להציג שיטת ביצוע אם התקיימו 2 התנאים הבאים:

1. שיטת ביצוע מיוחדת במינה אשר על פי טבעה שמורה לאדם אחד.
  2. שקיימת זהות מוחלטת בין שיטת הביצוע בעבר לבין שיטת הביצוע ההווה.
- משקלה של ראיה בדבר מעשים דומים או שיטת ביצוע כדין ראיה נסיבתית, ומשקלה ייקבע בכל מקרה ומקרה עפ"י נסיבות העניין, ראיה על מעשים דומים ושיטת ביצוע יכולה להוות סיוע לתוספת טעונת סיוע.
- פס"ד קריב** – אדון שהיה נוהג לאנוס פרוצות. יום אחד בת"א הוא עצר ליד פרוצה בשם ז'קלין הביא לה 500 לירות ואמר לה שאם יהיה מרוצה יוסיף לה 200 לירות, לוקח אותה לבית קברות בבני ברק, קושר אותה לעץ, מבצע בה מעשה סדום, אונס אותה, לוקח לה את התכשיטים ועוזב אותה ומאיים עליה שאם תתנגד יעשה לה אותה צלקת שעשה לפרוצות אחרות. אחרי חודשיים מקרה זהה עם פרוצה בשם אדלה רק שבמקום לבית קברות לקח אותה לביתו, אזק אותה, איים עליה שיצלק אותה, מבצע מעשה סדום, אונס אותה, לוקח את התכשיטים ומשחרר אותה. היו ראיות טובות באיננו המאוחר יותר של אדלה, אבל בראשון לא היה, ואז אומר ביהמ"ש המחוזי ששיטת הביצוע אצל אדלה וז'קלין היא זהה, זה הגיע לביהמ"ש העליון ושם הש' שמגר בדעת מיעוט מאמץ את קביעת המחוזי, ודעת הרוב אמרה שלא מדובר באמת בשיטת ביצוע ייחודית, אי אפשר להסיק מהאיננו של אדלה שהוא אנס את ז'קלין, אילו הוא היה לוקח גם את אדלה לבית קברות אז היה ניתן לומר שזה דבר נדיר כי זה לא משהו שרואים,

ביהמ"ש בסופו של יום אומר שקשה מהמקרים האלה לקבוע או לומר שהוא השאיר את חותמו בשיטת העבירה כי אינה כזו מיוחדת.

**פס"ד טטרו –** נאשמים שרצו לייבא כדורי אקסטזי, הם היו קונים מכונות תעשייתיות לקילוף תפוזים ומכונה תעשייתית ללישת בצק, הם היו מוציאים את המנועים והיו מכניסים 768 אלף כדורי אקסטזי, וביהמ"ש אומר שמדובר כאן בשיטת ביצוע, אין להם קשר לאפיייה או לישה, אין להם מפעל ואין להם כלום, הולכים מייבאים סמים בשיטה הזו, זו בהחלט שיטת ביצוע.

### ידיעה שיפוטית וידיעה פרטית עוסק במישור הפלילי + אזרחי

שופט הוא אדם בעל מטען בלתי מבוטל של ידע, השאלה אם הוא יכול לעשות שימוש בידע שרכש במסגרת הניסיון שלו? האם שופט שלמד גרפולוגיה יכול להכריע לגבי שאלה ששנויה במחלוקת, לדוג' שיקים מזויפים, ולומר אל תביאו מומחה אני בעצמי מומחה? האם לדוג' תיק רצח במסעדה ואני אביא איזה מומחה שיעיד על פתחי המילוט, האם השופט יכול לומר שהוא מכיר את המסעדה היטב ושהוא יודע כבר היטב?

הכלל הוא שכל מה שמצוי בתחום ידיעתו האישית של אדם משכיל ממוצע, מהווה את תחום ידיעתו השיפוטית של השופט והוא רשאי לעשות בו שימוש לשם הכרעה בשאלות שנויות במחלוקת, ז"א ידיעה שיפוטית היא מן המפורסמות שאינן צריכות ראייה ולכן גם אם יש מידע מסוים שהוא שנוי במחלוקת ביהמ"ש יכול להכריע על סמך הניסיון שלו, לעומת זאת כל המידע שמחוץ לתחום האמור, כל מה שידוע לשופט ולא ידוע לאדם משכיל בר דעת נחשב לידיעה פרטית והוא טעון הוכחה, ז"א ידיעה פרטית היא למעשה עדות מפי השמועה, ואם לא יודע מומחה לגבי אותה ידיעה, ביהמ"ש לא יכול לקבוע ממצאים לגביה, זו ראייה בלתי קבילה וביהמ"ש לא יכול להסתמך עליה. ידיעה שיפוטית זה מה שידוע לנו ולשופט – לדוג' שהשמש זורחת במזרח ושוקעת במערב, זו ידיעה עובדתית שידועה לכל ולכן ניתן להשתמש בה ככזאת. לעומת זאת אם יש משהו שלא נכנס לתחום הזה מדובר בידיעה פרטית.

### סוגי עובדות שיפוטיות:

1. עובדות הברורות הידועות לכל אדם סביר גם ללא עיון במקורות כלשהן.
  2. עובדות הניתנו. לבירור או לקביעה מדויקת ע"י היזקקות מהירה ונוחה אל מקורות שאינם שנויים במחלוקת. לדוג' – כאן נעזרים במקור מסוים, אבל הגישה היא מאוד פשוטה. לדוג' – אם יש מחלוקת לגבי מונח מסוים ניתן להשתמש במילונית.
  3. עניינים הכלולים במסגרת הדין שדין הוא מן המפורסמות שאינן טעון הוכחה. (חוק ישראלי, פסיקה ישראלית והלכה יהודית).
- אמת המידה ביהמ"ש אומר זה הניסיון והשכל הישר.
- אסור לעשות שימוש בידיעה פרטית אלא בשני מקרים:
1. במקרים שהם כפות המאזניים מאוינות, ואז לביהמ"ש אין דרך אחרת להכריע, ואז הוא יכול להשתמש במידע האישי שצבר במהלך השנים כדי להכריע.
  2. כשמדובר בהליכים בטריונליים שהוקמו לדיון בנושאים שדורשים מומחיות, יש כל מיני בתי דין מקצועיים, כמו לדוג' בית דין למים (יש בחיפה) והשופטים שנמצאים שם הם מומחים בתחום – שם לדוג' יש מחלוקת הקשורות במים, יש שם שופט ונציגי ציבור, הוא יושב כבימ"ש מחוזי, מערערים שם על החלטות של משרד האנרגיה ורשות המים.

26/01/20

נטל השכנוע, נטל הבאת הראיה ומידת ההוכחה בהליך הפלילי ובהליך האזרחינטל השכנוע –

הכלל הוא שנטל השכנוע מונח על התביעה מתחילת המשפט ועד סופו, התביעה צריכה לשכנע מעבר לכל ספק סביר שהנאשם ביצע את העבירה, היא צריכה להוכיח את היסוד העובדתי והנפשי ואם בסוף המשפט ייוותר ספק סביר צריך לזכות את הנאשם. פקודת הראיות לא מדברת על נטל ההוכחה, והסע' 34כב(א) ו(ב) נמצא בחוק העונשין שאומר שיש להוכיח את יסודות העבירה מעבר לכל ספק סביר. יש שתי סיבות לכך שהנטל על התביעה:

1. הצדדים בהליך הפלילי אינם שווים, קיים חוסר שוויון דיוני בהליך, המדינה נמצאת בצד החזק היא בעלת עורכי דין סמכויות אכיפה מעצר וכו' ומאחר שהצדדים לא שווים אז למעשה מטילים את נטל השכנוע על התביעה ולא רק שמטילים הוא גם מאוד כבד, כלומר מעבר לכל ספק סביר. מי שיש לו משאבים, כסף וסמכויות הוא זה שצריך להוכיח.
2. התוצאות של ההליך הפלילי – בהליך הפלילי התוצאות הרבה יותר קשות מאשר בהליך האזרחי, שמו הטוב הענישה וכו'. ומאחר והן קשות אנחנו אומרים שחשוב שמי שיישא בתוצאות האלו זה רק אדם שאשמתו הוכחה במידה גבוהה של הסתברות.

מתי ביהמ"ש בודק אם התביעה עמדה בנטל השכנוע? לפני הכרעת הדין, אין מה לבדוק זאת לפני. למה זה לדוג' לא נעשה בסוף פרשת התביעה? כי לפעמים לא רק התביעה מציגה ראיות שיעזרו לה לעמוד בנטל השכנוע, לפעמים גם הנאשם עוזר לתביעה לעמוד בנטל השכנוע ולפעמים אפילו ביהמ"ש. לדוג' – אם הנאשם שותק אז השתיקה שלו שווה סיוע וזו ראייה לחובתו. נטל השכנוע מונח כמעט תמיד על כתבי התביעה, אבל ישנם שני מקרים במשפט הפלילי שבהם נטל השכנוע עובר לנאשם, מה ז"א? עד עכשיו למדנו שהנאשם צריך לעורר ספק סביר, כלומר משהו קטן מגובה בראיות, אבל יש 2 מקרים שבהם הוא צריך "להתאמץ", לשכנע שהטיעון שלו שעליו הוא מתבסס נכונה, במידת הסתברות כזו הנהוגה בהליך אזרחי (51%). שני המקרים הם:

1. כאשר קיימת לחובתו של הנאשם חזקה שבדין/בחוק/סטטוטורית. אם יש שנה חזקה כזו, שעובדת לחובתו של הנאשם והוא רוצה לסתור אותה, נטל השכנוע עובר אליו. זה אומר שהוא צריך לשכנע את ביהמ"ש במידה של 51% בהיפוכה של החזקה. (לדוג' – בעבירה של סרסרות לזנות, יש את חזקת הסרסרות לזנות שקבועה בסע' 200 לחוק העונשין שאומרת שגבר הגם עם זונה או שרגיל להילות אליה דרך קבע, חזקה שהוא הסרסור שלה, זולת אם הוכח היפוכו של דבר. אז במקרה כזה נטל השכנוע עובר אליו, למה? כי ככה המחוקק קובע והוא צריך להוכיח בהסתברות של 51% שהוא אינו הסרסור שלה.)
2. כאשר עומדת לזכותו של הנאשם טענה הגנה ונקבע לגביה בין אם בחוק או בפסיקה שהנאשם נושא בנטל השכנוע לגבי אותה טענה של טענת הגנה. עד כה למדנו שנאשם יכול להתגונן באמצעות סייגים לאחריית הפלילית (לדוג' – קטינות, אי שפיות, כורח, צורך וכו'), אלו נקראים סייגים וכך קרואים בחוק העונשין, אבל הם אינם מקיפים את כל טענות ההגנה במשפט הפלילי, אז אם לדוג' נרצה להתגונן בחוק איסור לשון הרע אז נלך לחוק איסור לשון הרע, ז"א שהסייגים שנמצאים בחוק העונשין לא עונות על כל התחומים. שמדובר בסייג מהו נטל ההוכחה שמוטל על הנאשם? סע' 34כב(ב) "התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריית הפלילית והספק לא הוסר, יחול הסייג", בא חוק העונשין ואומר שהנאשם סה"כ צריך לעורר ספק סביר, ז"א 51%. סע' 34 לחוק העונשין קובע "מלבד אם נאמר בחיקוק אחרת חזקה שנעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריית הפלילית" והוא בעצם אומר שכאשר מנהלים משפט פלילי, חזקה שהעבירה לא נעברה בתנאים של סייג לאחריית הפלילית, ז"א ההלכה היא שהוא שפוי בדעתו, שהוא מעל גיל 12 וכו', כלומר המעשה לא נעשה בתנאים של סייג. הסייגים במשפט הפלילי אם הרדומים אלא אם "מעירים אותם", אז למה בעצם זה כך? כי אם זה לא היה רדום אז התביעה הייתה צריכה לעבור את כל הסייגים שיש (כמובן דרישה לא הגיונית ולכן הם רדומים).

האם אפשר לטעון טענה של סייג שנמצאת בחוק העונשין לא בחוק העונשין? כן, עפ"י סעי' 34, כלל הצמידות, הוא מאפשר לנו להחיל את החלק המקדמי והכללי על כל המשפט הפלילי.

הכלל הוא שברגע שיש לנו סייג - מספיק לנו ספק סביר (סעי' 34 כב(ב)), 34ה, 34כג מה לגבי טענת הגנה? מהו הנטל שהנאשם צריך לעמוד בו אם הוא רוצה להשתמש בהגנה שלא נמצאת בחוק העונשין? שאלה זו עלתה לדיון בפס"ד רזוב - משפ' רזוב הייתה בעלים של חברת גיבור סברינא, וזו הייתה חברה משפחתית והם היו בעליה, היא הייתה גם חברה ציבורית שנסחרה בבורסה, וברגע שהם ידעו שהחברה צוברת הפסדים, לפני שהעבירה את המידע לבורסה, היא מכרה את המניות שלה, כי היא הבינה שברגע שההפסדים יועברו לציבור אף אחד לא ירצה להחזיק את המניה ואז המניה קורסת ואז הציבור הפסיד המון כסף והם לא, הם בעצם השתמשו במידע שלהם לטובתם ולרעת המשקיעים האחרים - זו עבירה פלילית מאוד חמורה (שימוש במידע פנים על ידי איש פנים). ישראל רזוב אחד מבני המשפחה הועמד לדין עפ"י החוק לניירות ערך, ביהמ"ש המחוזי זיכה כי אמר שישראל רזוב הצליח לעורר ספק סביר שעומדת לזכותו הגנה בחוק לניירות ערך, כלומר יש שורה של הגנות לאנשי פנים שעושים שימוש במידע פנים. זה הגיע לעליון כי רזוב אומר שדי היה לעורר ספק סביר בקיומה של הגנה בניירות ערך, המדינה לא הסכימה כי היא טענה שהוא עשה שימוש בטענת הגנה ואז לא די לו בספק סביר, הוא צריך להתאמץ ולשכנע במאזן ההסתברויות ב-51%, הוא אומר "מה זה משנה איך קוראים לטענה? בסופו של דבר פועלה של הטענה הזו היא זהה בין אם זו הגנה או סייג, ואם התוצאה היא זיכוי מספיק לי לעורר ספק סביר", הוא מנסה לומר שמה שחשוב זו התוצאה, בעליון, הש' חשין מוצר דרך ביניים, קודם כל הוא לא מקבל את דרכה של המדינה שאומרת שכל הסייגים במשפט הפלילי מרוכזים בפרק של הסייגים בחוק העונשין, הוא אומר שהמילה סייג זה כמו צופן, ואם הנאשם יצליח להראות לנו שיש טענת הגנה שעונה על המאפיינים של סייג ומתנהגת כמו סייג, נקרא לה סייג ואז די לנאשם בספק סביר, לעומת זאת אומר חשין שאם התביעה תראה לנו שאם מדובר בטענת הגנה, נטל השכנוע עובר לנאשם שזה אומר הטיית מאזן ההסתברויות לטובתו (51%). אך כל זה לא ההלכה, ההלכה היא לפי הש' בייניש שאומרת שהמונח סייג הוא באמת מונח עקרוני, היא מסכימה עם חשין ואומרת שנון שיש פרק בחוק העונשין שזו הכותרת שלו, אבל זה לא אומר שאין סייגים מחוץ לחוק העונשין, היא אומרת שאם תשכנעו אותי שעם יש טענה שיש לה אותם מאפיינים של סייג נקרא לה כך ובזאת חשין והיא מתואמים, אבל היא חולקת על חשין כשהוא אומר שכל פעם שתראו לנו שמדובר בטענת הגנה תמיד הוא יצטרך להתאמץ ולהוכיח 51%, ובייניש לעומת זאת אומרת שגם אם יש טענת הגנה יהיו מקרים שיצטרך הנאשם לשכנע בספק סביר ולפעמים במאזן ההסתברויות, זה תלוי בכך שביאו את טענת ההגנה לביהמ"ש וביהמ"ש הוא יהיה זה שיקבע היכן מוטל הנטל בכל מקרה. אם כך יש הבדל גדול בין טענת הגנה לסייג, חשין אומר שההבחנה בין סייג לטענת ההגנה היא נגזרת מלשון החוק, אופי העבירה, מיקום העבירה, תכלית החוק, שיקולי מדיניות, דפוסי התנהגות מקובלים, השקפת עולם כלכלית ודברים נוספים רבים או במילים אחרות, הכל. כלומר כל דבר רלוונטי לקביעה האם מדובר בטענת הגנה או סייג. רזוב עבר עבירות כלכליות, אלו עבירות שמלאכת האכיפה שלהן מאוד קשה, איך אפשר לעלות על מישהו שעשה שימוש במידע פנים? ביהמ"ש אומר שאדם עושה עבירה כזו, המידע נמצא אצל הנאשם, הוא רוצה לטעון שעומדת לו טענת הגנה, שיעלה על דוכן העדים ויטען לטובתו וביהמ"ש יפסוק בהתאם, מאוד קשה להעמיד לדין כי מלאכת האכיפה קשה, וכדי למנוע את זה צריך שידעו שלא יוכלו לשמור על זכות השתיקה במשפט שלהם אלא לעמוד ולשכנע שעומדת לזכותם טענת הגנה כזו. ישנה תשומת לב ללשון החוק - ספק סביר "מעוררים", לעומת זאת הוכיח מדבר על מאזן ההסתברויות, כי ספק סביר מבחינה לשונית לא מוכיחים אלא מעוררים.

נטל הבאת הראיה

החובה שמוטלת על בעל דין להביא את ראיותיו. בהליך הפלילי התביעה נושאת בנטל השכנוע ולכן היא הראשונה שנושאת בנטל הבאת הראיה. חובת הראיה נבדקת בסוף פרשת התביעה, ז"א שבסוף פרשת התביעה למעשה התביעה צריכה להציג ראיות לכאורה בלבד להוכחת האשמה בסוף פרשת התביעה. ראיות לכאורה הן ראיות מפלילות שעל פניהם מסבכות את הנאשם בביצוע העבירה, ז"א בסוף פרשת התביעה ביהמ"ש צריך לשאול את עצמו את השאלה הבאה, "בהנחה שאני אתן אמון מלא לכל העדויות שמעתי, הן קבילות ומשקלן גבוה במיוחד ובהנחה שנמצא תוספת ראייתית האם נוכל להרשיע את הנאשם מעבר לכל ספק סביר בסוף המשפט?" אם ביהמ"ש משיב לשאלה זו חיוב מה שיקרה זה שנטל הבאת הראיה, שהוא נטל טקטי בלבד עובר להגנה, ז"א כאשר אשמת הנאשם נלמדת לכאורה מראיות התביעה, עובר הנטל הטקטי לנאשם, להציג תרחיש חלופי סביר המתיישב עם הראיות והשכל הישר. אם ביהמ"ש משיב בשלילה על השאלה, ואומר שהעידו 3 עדי תביעה וגם אם ניתן נטל גבוה לעדויות לא נוכל להרשיע כי אף אחד לא ראה באמת את הנאשם וזיהה אותו ואי אפשר להרשיע אותו, ולכן אם ביהמ"ש באמת משיב בשלילה אז הוא צריך לזכות את הנאשם כבר בשלב הזה. ואופציה נוספת זה הנאשם יטען "אין להשיב לאשמה" **מכוח סעי' 158 לחסד** (no case to answer), מנגד התביעה צריכה להשיב על כך, לפעמים זה בכתב ולפעמים בע"פ, כל עוד יש "עננה" מעל ראשו של הנאשם הוא יצטרך לנהל פרשת הגנה.

מידת ההוכחה

הקביעה של "מעבר לכל ספק סביר" מדובר במידה גבוהה של הסתברות הגובלת בוודאות אך אינה מגיעה לוודאות מוחלטת באחוזים – 95%.

חזקות

חזקה היא מסקנה המתחייבת לכאורה לחובתו של הנאשם מהוכחת עובדות יסוד, או מניסיון החיים שאינו טעון הוכחה, ישנם שלושה סוגים של חזקות:

1. חזקה עובדתית (או חזקה שבעובדה) – די לו לנאשם לעורר ספק סביר כדי להיחלץ מאחיזתה של החזקה. חזקה שכוחה הראייתי נעוץ בניסיון החיים, חזקה עובדתית נקבעת בפסיקה, כלומר ביהמ"ש ולא המחוקק. משקלה הראייתי של חזקה עובדתית הוא כמשקלה של ראיה נסיבתית, לאמור היא מהווה ראיה לכאורה להוכחת האשמה ודי בהקמת ספק סביר כדאי להיחלץ מאחיזתה, ז"א אם הנאשם הצליח לעורר ספק סביר אז למעשה החזקה לא חלה עליו. לדוג' – חזקת הכוונה שאומרת חזקה על אדם שהתכוון לתוצאה הטבעית שצומחת ממעשיו היא חזקה עובדתית (לדוג' אם ירית 3 קליעים מטווח אפס שהמית את שמעון, חזקה שהתכוונת להמיתו). חזקת המודעות – אדם מחוזק כמי שהיא מודע לאקטוס ריאוס בעת ביצוע העבירה גם היא חזקה עובדתית. חזקת החזקה התכופה גם היא חזקה עובדתית (לדוג' אישה שגנבו לה מחשב בעת פריצה מדירתה והיא נותנת סממן, והשוטר הולך ברחוב ורואה אדם מסתובב עם המחשב הזה יועמד לדין כאילו עבר את עבירת הפריצה, כי מי שמסתובב עם רכוש שחשוד כגנוב כאילו עשה את העבירה), חזקת הנוכחות המסבכת גם היא חזקה עובדתית – אם נוכחות השותף או אדם בזירה היא אינה תמימה חזקה שהוא לפחות מסייע אם לא מבצע בצוותא.
2. חזקה שבדין (או חזקה שבחוק או חזקה סטטוטורית) – נטל השכנוע עובר אל הנאשם, הוא צריך לשכנע את ביהמ"ש בהיפוכה של החזקה. חזקה זו נקבעת ע"י המחוקק, והיא ניתנת לסתירה אך היא מעבירה את נטל השכנוע לנאשם, על הנאשם לסתור את החזקה ברמה של עמידה במאזן ההסתברויות. דוג' לחזקות סטטוטוריות – סעי' 200 לחוק העונשין חזקת הסרסרות, חזקת הנישואים סעי' 177 לחוק העונשין – מי שהיה נשוי הוא בחזקת נשוי כל עוד לא הוכיח שהנישואים הקודמים בוטלו או הופקעו. חזקת ההחזקה בסם שלא לשימוש עצמי סעי' 31(3) לחוק העונשין – בפקודת הסמים יש תוספת ובתוספת יש את כל הסמים האסורים, נניח שמצאו אצל אדם סמים מסוג הרואין בכמות של למעלה מכמות מסוימת חזקה שזו לא לצריכה עצמית, כי אם זה לצריכה עצמית זה ל 3 שנים ואם לא זה 20 שנה לכן קריטי הכמות.

3. חזקה חלוטה – חזקה שאינה ניתנת לסתירה, לפי מצוות המחוקק יש להעדיף את החזקה על פני המציאות. דוג' – הלכת הצפיות שבסע' 20(ב) לחוק העונשין, חזקת הדין (לא ניתן לטעון שלא מכירים את החוק, חזקה שברגע שחוק פורסם לא צריך להוכיח אותו). ההבדל בין חזקה 1-2 ל-3 הוא שאת 1-2 אפשר לסתור את החזקה ה-3 אי אפשר לסתור, מקבלים אותה כפי שהיא.

\* ההבדל בין חזקה עובדתית לחזקה שבדין- בחזקה עובדתית די לנאשם לעורר ספק סביר כדי להיחלץ מהחזקה, לעומת זאת כשמדובר בחזקה שבדין נטל השכנוע עובר אל הנאשם והוא צריך לשכנע את בית המשפט בהיפוכה של החזקה. חזקה עובדתית – ספק סביר (6%), חזקה שבדין ( מאזן הסתברויות, 51%).

#### נטל השכנוע, נטל הבאת הראיה ומידת ההוכחה בהליך אזרחי

גם בהליך אזרחי אנחנו עושים הבחנה בין הנטלים הללו.

נטל השכנוע מבטא את החובה העיקרית המוטלת על בעל דין (תובע או נתבע) להוכיח את טענותיו כלפי יריבו. אי עמודה בנטל השכנוע תוביל לדחיית הטענה.

חובת הראיה מבטאת חובה נלווית, חובה להביא ראיות לשם עמידה בנטל השכנוע. לגבי היריב, המשמעות של חובת הראיה היא להביא ראיות להשמטת הבסיס מתחת לכוחן של הראיות שהובאו ע"י התובע או ע"י הצד שכנגד לצורך עמידה בנטל השכנוע.

מידת ההוכחה – מאזן הסתברויות, כל צד שנטל השכנוע מוטל עליו צריך לשכנע את בית המשפט במאזן הסתברויות שהצדק עימו, אם הוא לא ישכנע את בית המשפט הוא יפסיד.

נטל השכנוע – יכול להיות על התובע או על הנתבע, נטל השכנוע מונח על כל מי שרוצה לטעון טענה מסוימת. בגלל שנטל השכנוע עובר – אומרים שהקביעה מי נושא בו נעשית על בסיסם של 2 כללים:

1. המוציא מחברו עליו הראיה- נטל השכנוע מוטל על מי שמוצא מחברו, על מי שמעוניין לשנות את הסטטוס קוו. על מי שמעוניין להפך את המצב הקיים, זהותו של בעל הדין כמי שמוציא מחברו נקבעת ע"י הדין המהותי, ודיני הראיות משמשים אמצעי ליישום דין זה. ולכן, התובע נושא בנטל השכנוע של כל היסודות העובדתיים של עילת התביעה, והנתבע נושא בנטל השכנוע של יסודות עילת ההגנה. כשמדובר בנטל השכנוע נצמדים לכלל מי זה שמוציא מחברו.

2. דיני הראיות הולכים אחר הדין המהותי- כדי להוכיח את הטענה שלי או כדי לדעת מה אני צריך להוכיח אני צריך לפנות לדין המהותי שמקים לי את עילת התביעה ומקים להגנה את עילת ההגנה. לדוגמא, במשפט על רשלנות מזיקית צריך לפנות לפקודת הנזיקין שקובעת מה צריך להוכיח בהליך כזה. ואם אני רוצה לתבוע לפי שטר הולכים לפקודת השטרות שאומרת מה צריך להוכיח. הולכים תמיד למקור שמעלה עילת תביעה. ברגע שצד רוצה לטעון טענה מסוימת נטל השכנוע עליו.

לפעמים יש טענה שנקראת הודאה והדחה – הנתבע מודה ביסודות העובדתיים של עילת התביעה אך הוא מוסיף מטעמו טענות נוספות שמפקיעות את זכות התובע להוציא מחברו או להוציא מהנתבע. לדוגמא – ראובן יתבע את יצחק על כך שהלווה לו כספים והוא לא החזיר לו, יצחק יכול לטעון שהוא מעולם לא הלווה לו כסף, יצחק יכול לטעון שכל מה שכתוב נכון אבל להוסיף טענה שמפקיעה את הזכות שלו- להגיד שהחזרתי את הכסף. התובע לא צריך להוכיח את מתן ההלוואה אלא נטל השכנוע יעבור אל הנתבע להוכיח שהחזיר את הכסף.

נטל הבאת הראיה זה נטל משני, אומרים שמי שנושא בנטל השכנוע מוטלת עליו חובת הראיה, הוא צריך להציג ראיות כדי לעמוד בנטל השכנוע. גם כאן יש הבדל בין הליך פלילי לאזרחי,

בהליך פלילי בסוף פרשת התביעה אפשר לעלות תביעה של נו קייס – בהליך אזרחי אין טענה כזו, בסוף פרשת התביעה אפשר להגיד שאין לי מה לנהל פרשת הגנה כי הצד השני לא הוכיח כלום, במקרה כזה לנתבע יש 2 אפשרויות:

1. לא לנהל פרשת הגנה ולהגיד בסוף פרשת התובע שהוא לא הביא ראיות לכאורה או הוכיח במאזן הסתברויות.
2. לנהל פרשת הגנה שלמה כאילו התובע עמד בנטל הבאת הראייה.

לא נעבור על החזקות כי בהליך אזרחי תמיד צריך להוכיח את היפוכה של החזקה ב- 51%. אם אני מפעיל חזקה בהליך אזרחי מספיק להוכיח שהחזקה מתקיימת במקרה שלנו, בית המשפט יכול להסיק מסקנה על סמך אותה חזקה, אם אני רוצה לטעון נגדה אני צריך לערער את מסקנות בית המשפט – זה תמיד מאזן הסתברויות!!

### תשובות לדף שאלות:

1. ד – זכרון דברים אמרת חוץ בכתב של עד - טובול
2. ב
3. א
4. ב
5. ג
6. ד
7. א
8. ד
9. ג
10. ג
11. ג
12. ד
13. ד – פס"ד לגזיאל
14. ג
15. א
16. א
17. א
18. ב
19. ד
20. ג
21. ב
22. א
23. ג
24. ג
25. א



המבחן הוא שעתיים וחצי, השנה יהיה 30 שאלות אמריקאיות – כל שאלה 2.5 נקודות, ו-25 היגדים של נכון או לא נכון ללא נימוק- נקודה לכל היגד.  
הבחינה אמריקאית, הבחינה על כל החומר שנלמד עם גיא ואושרת, כולל גם את המאמר שנשלח של גיא.  
יכול להיות שמדובר בהבחנה בין תוספות, אילו תוספות נדרשות באילו מקרים.  
צריך לדעת שמות של פסקי דין מרכזיים (מה הלכת קנזי, מה היחס בין הלכת קנזי לגאנו), הלכת יששכרוב, השאלות עצמן הן קייסים וכותבים מה הדין, איזו טענה הסנגור אפשר לטעון – זו צריכה להיות התשובה הנכונה ביותר.  
מבחן עם חומר סגור