

דיני ראיות

תוכן עניינים

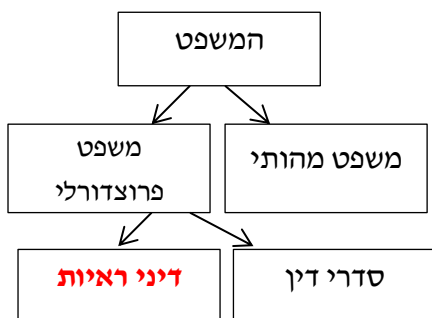
2	מבוא
7	התניה על דיני הראיות
8	הכשרות והחובה להעיד
14	העד הקטין
20	העד הלוקה בנפשו או הלוקה בשכלו
21	עד מדינה
24	עדות שותף לדבר עבירה
28	הכנת עדים וחקירתם בבית המשפט
30	1. חקירה ראשית
31	2. חקירה ראשית על דרך חקירה שכנגד
32	3. חקירה נגדית (פלילי+אזרחי)
34	4. חקירה חוזרת
36	הכלל הפוסל עדות מפי השמועה וחריגיו
37	החריגים לכלל הפוסל עדות מפי השמועה
37	10' - אמירה של קורבן – הליך פלילי ואזרחי
40	9' - אמרת עד בעת ביצוע העבירה – הליך פלילי ואזרחי
41	RES GESTA (רס גסטה)
42	אמרות נפטרים
43	אמרת חוץ בכתב של עד בפלילים (פלילי בלבד)
48	הודאת חוץ של נאשם
55	כלל הקפאת הזכירה שבעבר
56	ראיות נסיבתיות
58	מעשים דומים ושיטת ביצוע
60	ידיעה שיפוטית וידיעה פרטית
61	נטל השכנוע, נטל הבאת הראיה ומידת ההוכחה במשפט הפלילי
64	חזקות במשפט הפלילי
67	נטל השכנוע, נטל הבאת הראיה ומידת ההוכחה בהליך האזרחי

מבוסס על המחברות בחינה של מיטל הרוש וגלית אהרון

◆ השימוש על אחריות המשתמש ◆

מבוא

קובץ של כללים משפטיים הקובעים כיצד יש להוכיח עובדות בביהמ"ש. נדרש להוכיח רק את העובדות השנויות במחלוקת.



□ מיקומם של דיני הראיות במשפט

❖ משפט מהותי – דינים המהווים מקורות לחיובים וזכויות (עונשין, חברות, קניין וכו')

❖ משפט פרוצדורלי – כללים העוזרים להפעיל את החובות והזכויות של המשפט המהותי

- א. סדרי דין – כללים משפטיים הקובעים כיצד יש להפעיל את המשפט המהותי
 ב. דיני ראיות – מערכת דינים המסדירה את עניין שאלת ההוכחה.

□ תכלית דיני הראיות

א. הוגנות דיונית

למנוע מצב של קיפוח הצדדים בהליך המשפטי. יצירת 'זירת משחק' הוגן. שיטת המשפט היא אדברסרית, כל צד רוצה לנצח.

ב. יישומו היעיל של הדין המהותי

הדין המהותי מניח מציאות מסוימת וקובע עובדות מסוימות. דיני הראיות קובעים כללים שיש בהם כדי למנוע סטיות מסוימות מאותה מציאות עובדתית אותה יש להוכיח.

□ הבחנה בין אמת עובדתית לאמת משפטית

❖ אמת עובדתית

המציאות העובדתית האמתית – תיאור המצב כפי שהתרחש במציאות האובייקטיבית.

❖ אמת משפטית

התמונה העובדתית המתקבלת בפני ביהמ"ש בעקבות החלת דיני הראיות. כלומר, האמת הזו חסרה יותר או לכל היותר זהה לאמת העובדתית.

ישנם מקרים בהם האמת המשפטית תהיה חסרה בשל מגבלות דיני הראיות.

❖ האמת המשפטית עדיפה על פני האמת העובדתית:

א. הגנה על ערכי היסוד של הדין המהותי המצויים בבסיס האמת המשפטית.

רוצים להגיע לאמת העובדתית, אבל לא בכל מחיר. דיני הראיות מעדיפים לא לפגוע בזכויות של אדם. האמת היא ערך חשוב במשפט אבל לא עליון, אלא יחסי.

ב. העדר נגישות למציאות העובדתית האמתית – אי אפשר להבטיח שמה שנקלט בחושי העד הוא נכון.

□ התפתחותם של דיני הראיות במשפט הישראלי

1. התקופה העות'מאנית 1517-1922

לאחר שהתורכים כבשו את הארץ, חל הדין המוסלמי. לאחר מכן, הדין הוחלף ב-3 קודקסים שהיו מבוססים על המשפט הצרפתי. הקודקס הראשון היה מגילה (חוקי ראיות), השני קוד הפרוצדורה האזרחית העות'מנית והשלישי קוד הפרוצדורה הפלילית.

2. התקופה המנדטורית 1922-1948

שלטונות המנדט תיקנו את הקודקסים העות'מאניים כדי להתאימם לא"י ולמשפט האנגלי עד 1924. ב-1924 הבריטים חוקקו את פקודת העדות. הפקודה קבעה כמה כללים חשובים, אבל הפקודה הייתה חלקית.

3. התקופה הישראלית 1948- היום :

השיטה האנגלית התבססה על מושבעים (אקוויזטורית/חוקרת) ובישראל השיטה היא אדברסרית. במהלך השנים תוקנה פקודת הראיות ובשנת 1971 כונסו כל התיקונים **לפקודת הראיות [נוסח חדש] התשל"א - 1971**. במהלך השנים תוקנה הפקודה 18 פעמים ובנוסף חוקקו חוקים חדשים המסדירים את דיני הראיות.

✓ דיני הראיות מוסדרים גם בהלכה הפסוקה

✓ מערכת דיני הראיות היא גם למשפט האזרחי וגם למשפט הפלילי

□ שיטת הדין

❖ אדברסרית – לעומתית ← **בישראל**

שיטה אנגלו- אמריקאית. כל צד מציד את הצד שלו בפני השופט והוא מחליט מי שכנע אותו יותר. השופט הוא פסיבי, הוא לא מאתר עובדות או עדים.

❖ אקוויזטורית – חוקרת

נהוגה במשפט הקונטנטי (אירופה). השופט הוא שופט חוקר, הוא מאוד פעיל. השופט אוסף ראיות ומבקש לראות עדים.

✓ בישראל- השופט לא מקבל את תיק החקירה (באירופה- השופט מכיר את התיק)

□ תחולת דיני הראיות

תחולה רטרואקטיבית: "כלל דיני הראיות בישראל 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" - **ד"נ 25/80 קטאשווילי**. ביהמ"ש ידון לפי דיני הראיות כפי שהם היום.

בדין המהותי התחולה היא רטרואקטיבית (לא ניתן להעניש למפרע אלא מהיום שהתקבל החוק ואילך) **לעומת זאת**, **בדיני הראיות** יש תחולה לא רק רטרואקטיבית, אלא גם רטרואקטיבית.



א. רלוונטיות (שייכות לעניין)

ראיה התורמת תרומה כלשהי להסקת מסקנה בדבר קיומה של עובדה השנויה במחלוקת. **רק** ראיה העוזרת להכריע בעובדות השנויות במחלוקת. ראיה שלא רלוונטית, לא נכנסת לביהמ"ש.

ב. קבילות

דיני הראיות קובעים מתי ראיה קבילה ומתי לא. ראיה יכולה להיות רלוונטית וקבילה, אבל רלוונטית ולא קבילה. **דוגמא**: פוליגרף יכול להיות רלוונטי, אבל הוא פסול במשפט הפלילי. מה הופך ראיה לבלתי קבילה?

- 1) פגיעה בערכים חברתיים – פגיעה בזכות הפרטיות, שלמות הגוף של הנחקר, האנטומיה שלו וכו'
- 2) מידת מהימנות הראיה - כאשר אין ערובה לאמינות המידע ומהימנותו מוטלת בספק נשמט הבסיס מתחת לקבילות הראיה.

ג. משקל הראיה

משקל הראיה הוא נגזרת של מידת הנאמנות שלה. ככל שהראיה נאמנה יותר, היא תקבל משקל גבוה יותר ולהפך. אם משקל הראיה גבוה, ביהמ"ש יטה לבסס עליה ממצאים. **דוגמא**: אישה המעידה כי בעלה הכה אותה. הראיה תהיה רלוונטית וקבילה, אך אם ביהמ"ש לא יאמין לה, מהימנות הראיה תהיה נמוכה. אם ביהמ"ש יאמין לה, משקל הראיה יהיה חזק. **משקל הראיה נתון לשיקול דעת מוחלט של הערכאה הדיונית**. איך מחליט ביהמ"ש על משקל הראיה? התרשמות, נסיבות, שפת גוף וכו'. **סעיף 53 לפקודת הראיות**:

משקלה של עדות

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

החל משנות ה-80 המגמה בדיני הראיות היא מעבר מכללי קבילות לכללי משקל. בעבר, היו כללי פסילה רבים, אך ביהמ"ש עבר לכללי משקל. קשה לפסול ראיה ע"פ משקל וזאת משום שהערכאה הדיונית רואה את העדים, הנסיבות הרלוונטיות. בערעור, ביהמ"ש נסמך על פרוטוקולים בלבד, ולכן לא מתערב במשקל הראיה.

ההלכה הפסוקה היא כי ערכאת הערעור אינה מתערבת בממצאי עובדה ומהימנות של הערכאה הדיונית מאחר ולה יש יתרון על ערכאת הערעור. לכך יש 3 חריגים חלופיים :

1. כאשר ממצאי הערכאה הדיונית מתבססים על ראיות בכתב ולא על הופעתם, התנהגותם או דבריהם של העדים. במקרה כזה, אין לערכאה הדיונית יתרון על ערכאת הערעור. **דוגמא**: קלטת, מסמך.
2. הערכאה הדיונית מתבססת על שיקולים שבהיגיון. **דוגמא**: בעל הואשם ברצח אישה כשאין ראיות. השכן ראה את הבעל יוצא מהדירה עם ידיים מגואלות בדם ושמע את האישה צועקת 'הצילו'. ביהמ"ש יכול להרשיע ע"ס עדות השכן על סמך שיקולים שבהיגיון.
3. נפלו טעויות מהותיות בהערכת המהימנות של העדויות ע"י הערכאה הדיונית **א** כאשר מוצגות בפני ערכאת הערעור עובדות ממשיות לפיהן לא היה בפני הערכאה הדיונית לקבוע את הממצאים שקבעה.

דיות (תוספת ראייתית) – **רלוונטי רק במקרה שיש עדות יחידה. רק בפלילי** במקרים מסוימים הקבועים בחוק ובפסיקה, לא ניתן להרשיע נאשם על סמך עדות יחידה אלא נדרשת **ראיה נוספת = תוספת ראייתית**. לא מדובר בשיקול דעת של ביהמ"ש אלא בדרישה של החוק.

דוגמא: עדות שקר, עד מדינה או עדות ילד מתחת לגיל 12.

סוגי התוספות הראייתיות:

- 1) סיוע – מסבכת. ראיה שמסבכת את הנאשם
- 2) דבר לחיזוק – מאמתת. לא חייבת לסבך
- 3) דבר מה נוסף – מאמתת. נדרש רק בהודאת חוץ של נאשם.

✓ יש מקרים בהם לא צריך תוספת, אך ביהמ"ש נדרש לנמק (כמו בעבירות מין).

✓ במרבית המקרים לא צריך תוספת ראייתית ולא הנמקה

□ המבנה הכללי של דיני הראיות

כל ראיה צריכה לעבור 3 משוכות:

א. כשרות

כושר ההעדה של העד. האם העד יכול להעיד בפני ביהמ"ש. למשל, הורה לא יכול להעיד נגד ילד.

ב. קבילות

בוחנים את התאמתן של הראיות לכללי הגשתן לביהמ"ש. בדיקה אובייקטיבית.

ג. משקל

מהימנות הראיות והשפעתן על המסכת העובדתית הכוללת במשפט. נתון לשק"ד שופט.

□ שאלת ההוכחה

דיני הראיות עוסקים בהוכחת עדויות. **הוכחה היא שכנוע של ביהמ"ש בדבר קיומה של עובדה באמצעות ראיה.** מוכיחים רק את הראיות השנויות במחלוקת.

בהליך אזרחי ← מה ששנוי במחלוקת נקרא 'פלוגתא עובדתית'. ביהמ"ש קובע בקדם המשפט את יריעת המחלוקת.

בהליך פלילי ← ביהמ"ש מקריא את כתב האישום, הנאשם מגיב לאישום (מודה/כופר) לפי **152(א) לחדס"פ**.

דוגמא: מואשם בהעברת ידיעה סודית בכוונה לפגוע במדינה. הנאשם יכול לטעון כי העביר ידיעה

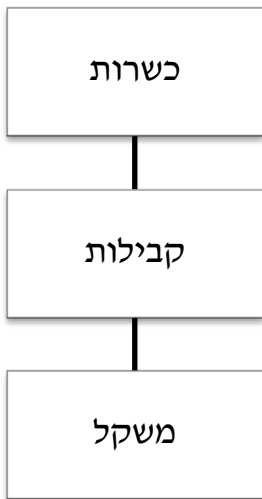
שהיא לא סודית / העביר ידיעה סודית ולא התכוון לפגוע במדינה וכו'.

□ אמצעי ההוכחה

1. עדים – האמצעי הכי בעייתי. עדים יכולים לשכוח, להתבגר, בעלי מניעים וכו'.

2. חפצים

3. מסמכים



□ שיטת ההוכחה

דיני הראיות המודרניים מסדירים את אמצעי ההוכחה. בעבר היו שיטות שהיום לא מקובלות כמו מבחן האש או מבחן שלמה. **דיני הראיות מסדירים את אמצעי ההוכחה בדרכים מודרניות.**

2 תהליכים עיקריים שעלולים לגרום לשינויים בהתפתחותם של דיני הראיות:

1) שינויים טכנולוגיים - DNA בעבר לא היה קביל ובהמשך הטכנולוגיה קבע ש DNA כן קביל.

2) שינויים ערכיים ושינויים של תפיסות חברתיות – גם החברה משתנה. חוק יסוד כבוד האדם, הזכות להליך הוגן, האוטונומיה של הילד וכו'.

□ הוכחת הדין

נדרש לבצע הבחנה בין 2:

א. הוכחת הדין הישראלי - סעיף 57 לפקודת הראיות:

הדין הוא כמפורסמות (תיקון מס' 6) תשמ"א-1981

57. כל דין הוא מן המפורסמות שאינן צריכות ראיה, אם אין הוראה אחרת משתמעת.

מפורסמות = כולם מכירים את הדין || ס' 3 לחוק הפרשנות: דין הוא חקיקה ישראלית, דין דתי, פסיקה הנשענת על דין ישראלי. לכן, אין צורך להוכיח

למבחן: דין דתי הוא חלק מן הדין שאינו טעון הוכחה!

ב. הוכחת הדין הזר

נדרש להוכיח את הדין הזר כיוון שהוא אינו מהמפורסמות. ישנם מקרים ספציפיים בהם הצדדים פטורים מהוכחת הדין הזר. **דוגמא:** חוק אמנת האג בדבר ילדים חטופים.

התניה על דיני הראיות

□ דינה של ראיה בלתי קבילה

בפלילי:

סעיף 56 לפקודת הראיות

ראיה שנתקבלה שלא כדין

56. ראיה 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 הראיה לא תפסול את פסק-הדין, אלא אם סבור בית המשפט שהנאשם לא היה מורשע אילולא נמסרה אותה ראיה או שאין ראיה מספקת אחרת זולתה לתמוך בה את ההרשעה.

דינה ראיה שאינה קבילה היא פסולה ולא קבילה, לא ניתן להכניס אותה לביהמ"ש והשופט אינו יכול לקבלה. אם השופט קיבל ראיה שאינה קבילה בטעות או בהיסח דעת, השופט אינו יכול להשתמש בראיה.

שני חריגים המכוונים לערכאת ערעור. ערכאה זו יכול לפסול את פס"ד אם מתקיים אחת מן החלופות:

א. הנאשם לא היה מורשע אילולא נמסרה אותה ראיה – שאלה עובדתית סובייקטיבית, מבחן בדיעבד, מה נפסק.

ב. שאין ראיה מספקת אחרת זולתה לתמוך בה את ההרשעה – מבחן אובייקטיבי, מה היה צריך לפסוק.

ע"פ 993/93 אבוטבול נ' מדינת ישראל נקבעו 2 חזקות:

1) חזקה הניתנת לסתירה – כאשר ביהמ"ש נחשף לראיות פסולות הוא מתעלם מהן. הנטל הוא על המערער לסתור את החזקה ולהראות שביהמ"ש לא התעלם מהן והן השפיעו על ההחלטה. השופטים הם מיומנים ויודעים להתעלם מראיות לא קבילות.

2) החזקה לפיה ביהמ"ש התעלם מראיות פסולות מתייחסת גם אם הראיה הפסולות לא רק נשמעה/ נראתה במהלך המשפט, אלא אם גם הופיע בפס"ד. השי' זמיר טוען כי החזקה קיימת גם אם הראיה הפסולה רק הוזכרה בפס"ד.

רמת ההוכחה שצריך הנאשם לעורר כדי להביא לערכאת ערעור ← ספק סביר

באזרחי:

ע"א 61/84 ביאזי נ' לוי – נקבע בין הצדדים שביהמ"ש יתן תוקף לפוליגרף באשר לסכסוך בין הצדדים. נקבע כי בדין אזרחי ניתן להתנות על דיני הראיות ולהכשיר ראיה פסולה במידה והצדדים הבינו את משמעות ההסכמה ואף אחד מהצדדים לא הוטעה. במקרה כזה, ביהמ"ש יבדוק את החוזה כמו כל חוזה. השי' אילון: לא רק שראוי שביהמ"ש יכשיר הסכם כזה, הוא גם חייב לעשות זאת.

ע"א 4027/97 סולפרד נ' עמישי - הסכימו על פוליגרף, סולפרד יצא דובר שקר. ביהמ"ש אומר כי כל עוד לא נפל פגם בהחלטה ללכת לפוליגרף, הראיה קבילה. חוזרים על הפסיקה **בביאזי**.

הכשרות והחובה להעיד

הכלל: הכל כשרים להעיד סעיף 2 לפקודת הראיות:

הכל כשרים להעיד

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

נדרש לשים לב כי לכלל יש חריגים. החריגים מנויים בסעיף 3 + 4 לפקודת הראיות.

זימון לעדות

את מי ניתן לזמן לעדות? סעיף 1 לפקודת הראיות:

סמכות להזמין עדים

1. (א) מותר להזמין כל אדם ליתן עדות שהיא קבילה ושייכת לענין; והוא, כשאין הוראה אחרת בפקודה זו. **ניתן לזמן עדים בתנאי שעדותם חשובה.**
(ב) בית המשפט רשאי, לפי שיקול דעתו, לסרב להוציא הזמנה אם אין בה צורך או אם ראה שנתבקשה למטרה שאיננה גילוי האמת. **שק"ד ביהמ"ש**

סעיף 106 לחוק סדר הדין הפלילי: משלים את סעיף 1 לפק"ר:

הזמנת עד [95, 96]

106. (א) בית המשפט יזמין, לבקשת בעל דין, כל אדם להעיד במשפט, זולת אם היה סבור שאין בהזמנת אותו אדם להועיל לברור שאלה הנוגעת למשפט, וכן רשאי בית המשפט להזמין עד מטעמו.
(ב) הזמנת עד תהיה בהמצאת הזמנה בכתב לעד או בהודעה בעל-פה לעד על ידי בית המשפט בשעת דיון. **פרוצדורה לזימון עדים**

הבחנה בין הסיבות לאי העדה

הסיבות לאי העדה:

א. העדים לא מתייצבים בביהמ"ש. איך ניתן להביא אותם לביהמ"ש? **ס' 73 לחוק בתי המשפט:**

1. צו הבאה – דומה לצו מעצר, השוטרים יביאו את העד.

2. קנס – ניתן להטיל עד 2,800 ₪

ב. העדים מתייצבים בביהמ"ש אך לא מוכנים להעיד

נדרש לבחון האם יש טעם לכך שהעד לא מוכן להעיד כמו הפללה עצמית וכו'. אם **אין** הצדקה לאי העדה:

1. **סעיף 5 לפקודת ביזיון ביהמ"ש**

ביהמ"ש רשאי בשיקול דעתו להפעיל מאסר עד חודש מאסר. המאסר נועד לכפות את ההעדה. מאסר כפייתי ולא עונשי.

2. **סעיף 241 לחוק העונשין**

סנקציה בדמות עבירה. ניתן להשית עונש מאסר של שנתיים. הסעיף מפנה לסעיף 5 לפקודת ביזיון ביהמ"ש כדי לבצע ניכוי של העונש שהוטל קודם לכן, אם הוטל, מכח סעיף 5 לפקודת ביהמ"ש.

▪ ע"פ 10317/08 **קורקוס נ' מדינת ישראל ואח'** (פורסם בנבו, 11.12.2008)
הש' בייניש קבעה כי החלטה באשר למאסרו של אדם לפי סעיף 5 לפקודת ביזיון בית המשפט, מהווה פסק דין לגבי אותו עד (המשפט ממשיך להתנהל ולא עצרו אותו) וכזו, היא מאפשרת לעד הסרבן לערער בזכות. **בייניש** גם קובעת כי זו פגיעה בחירות ולכן **נדרש לפרש את סעיף 5 בצמצום**. השופט נדרש להתחשב גם בנסיבות הסירוב להעיד ולמצבו של העד (נניח עדה שהיא אם יחדנית)

▪ ע"פ 217/59 **היוה"מ נ' נבולסי**, פ"ד יד 73, עמ 73-75 (1960)
היחס בין סעיף 5 לפקודת ביזיון **ביהמ"ש לסעיף 241 לחוק העונשין** ← **ביהמ"ש הורה על מאסר שני אחים שסירבו להעיד מטעם התביעה כנגד אח שלהם שהואשם ברצח**. בית המשפט העליון קובע **שניתן להפעיל את עונש המאסר של עד 30 ימים במצטבר**. אם יפעיל זאת שוב ושוב, יבזה את עצמו. אפשר במנות קצובות, אבל בלבד שלא יעבור 30 ימים.

□ **החריגים לחובה להעיד**

כאמור סעיף 2 לפקודת הראיות קובע כי הכלל הוא שכולם חייבים להעיד. למעט, החריגים המנויים בסעיף 3+4 לפקודה.

להלן כלל החריגים לחובה להעיד:

(1) **עדות שופט**

(2) **בני זוג**

(3) **הורה וילד**

1) **עדות שופט – חריג פסיקתי שלא מופיע בפקודת הראיות**

הפסיקה מבחינה בין שני מצבים:

א. עדות שופט על עניין הנתון לסמכותו השיפוטית

עניין שטיפל בו במסגרתו שופט. הלכה פסוקה כי שופט לא יזומן להעיד על דבר שטיפל בו בסמכותו כשופט.

ע"פ 364/73 **זיידמן נ. מדינת ישראל** – הפרוטוקול משקף את מה שנאמר בדיון והינו ראייה.

ב. עדות שופט על עניין שלא נתון בסמכותו השיפוטית

למשל: השופט הוא עד ראייה לעבירה. רע"א 3202/03 **מדינת ישראל נ' יוסף** – **הש' טירקל** נותן כללים לגבי העדת

שופט בעניין שלא היה נתון לסמכותו השיפוטית:

❖ ביהמ"ש יחליט לפי החומר שלפניו ולפי טיעוני הצדדים

❖ אם יוחלט לזמן את השופט לעדות

בעל הדין יגיש את השאלות לשופטת המנהל את התיק, השופטת המנהלת תסנן את השאלות לפי שיקול

דעתה, השופט העד ישיב לשאלות בכתב והשופטת המנהלת תחזיר את התשובות לצדדים. הצדדים

יכולים לשאול שאלות הבהרה.

❖ אם אחד מהצדדים רוצה להעיד את השופט בחקירה נגדית הוא צריך לבקש מהשופטת המנהלת להוציא

זימון והיא תחליט איך החקירה תבוצע (לשכה, אולם, דלתיים פתוחות/ סגורות)

סעיף 8 לפקודת הראיות – הגדרת בני זוג + משפחה

הגדרות (תיקון מס' 16) תשע"ו-2015

8. בסימן זה –

"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;
"ילד" – לרבות מאומץ;
"הורה" – לרבות מאמץ.

(2) עדות בני זוג – סעיף 3 לפקודת הראיות | רלוונטי רק לפילי! באזרחי – יכולים להעיד

סייג לעדותם של בני-זוג

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

❖ מה ההגדרה של בני זוג?

1. ע"פ 78/62 דרשני נ' היועמ"ש – נקבע כי בני זוג הם אלו שביום מסירת העדות לביהמ"ש נשואים זה לזה בנישואים התקפים לדין הישראלי.
2. **תיקון 16 לפקודת הראיות** שינה את הדין לגבי בני זוג. התיקון מוסיף גם את היודעים בציבור.

❖ מי לא נחשב בני זוג?

1. לפני התיקון זוג פרוד היה צריך להעיד. בשנת 2005 עם תיקון 16, נקבע כי בני זוג פרודים אינם נחשבים לבני זוג.
2. זוג נשוי החי תחת קורת גג משותפת אך מצוי בהליכי גירושין
3. זוג נשוי שנישא נישואים אזרחיים בישראל שאינו תקף לפי הדין הישראלי, ובלבד שאינם ידועים בציבור

❖ אין כופים אותו להעיד לחובת אדם המואשם יחד עם בן זוגו בכתב אישום אחד

הכלל: לבן הזוג יש שיקול דעת האם להעיד כנגד שותף לבן הזוג.

ע"פ 611/80 **מטוסיאן נ' מדינת ישראל** – אריקה נשואה לוידל. וידל היה שותף לעבירת החזקת סמים יחד עם מטוסיאן. אריקה העידה נגד מטוסיאן. מטוסיאן טען כי אריקה אינה יכולה להעיד נגדו, כי היא למעשה מעידה כנגד הבעל. **הש' שמגר** קובע כי עדות זו קבילה כנגד השותף, אחרת הסיפא של סעיף 3 ריקה. **הש' לוי** אומר כי עדותה כשירה כנגד השותף אך לא נגד הבעל.

הפתרון האפשרי: פיצול המשפט. סעיף 88 לחסד"פ – הפרדת משפט. סעיף 89 לחסד"פ- כתב אישום חדש

בהפרדת משפט. ביהמ"ש רשאי לסרב לפצל משפטים בשל עלויות ומשאבים.

סייג לעדותם של הורה וילד

4. במשפט פלילי אין הורה וילד כשרים להעיד האחד לחובת משנהו, ואין כופים אחד מהם להעיד לחובת אדם המואשם יחד עם משנהו בכתב-אישום אחד.

הורה אינו כשיר להעיד נגד ילד <<>> ילד אינו כשיר להעיד כנגד הורה

הילד רשאי להעיד נגד השותף, אם הוא לא רוצה < לא ניתן לכפות עליו

הלכת מטוסיאן חלה גם על חריג עדות הורה וילד ← מה שמפליל את השותף **קביל**, מה שמפליל ילד/הורה **לא קביל**.

❖ מי נחשבים להורה וילד?

סעיף 8 לפקודת הראיות קובע ילד ביולוגי, לרבות ילד מאומץ והורה לרבות הורה מאמץ והורות פסיקתית בתנאי שהאימוץ תקף ביום מתן העדות.

✓ אין הכרח כי הילד יהיה קטין

✓ החריג לא חל על ילדים והורים חורגים

✓ החריג לא חל על אחים – אחים יכולים להעיד אחד כנגד השני

□ **הסייגים לחריגים** ← הסייגים לחריגים למעשה מבטלים את החריגים ומחזירים למצב שבו חייב להעיד.

1. עדות לזכות בן משפחה – **סעיף 6 לפקודת הראיות**

עדות לזכות בן משפחה – ראייה לחובתו

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

עדות מטעם ההגנה היא כשרה. אם הורה/בן זוג בוחר להעיד כל העדות תהיה קבילה ← גם העדות המזכה וגם העדות לחובת הנאשם. ע"פ 228/87 **כרמי נ' מדינת ישראל**- ביהמ"ש העליון קבע כי במצב בו בני משפחה (הורה-ילד, בני זוג) מעידים מטעם ההגנה, אין רואים אותו כמי שנקרא להעיד מטעם הנאשם האחר ועל כן לא ניתן יהיה לעשות שימוש בחלקים בעדותו המפלילה את הנאשם האחר. במקרה המדובר, המחוזי טעה, אורנה אשר עלתה להעיד עלתה להעיד לזכותה ולא לזכות אביה ולכן סעיף 6 לא חל. לכן, אם אמרו דברים המפלילים את האב, זה לא קביל.

2. עדות מותרת - **סעיף 5 לפקודת הראיות**

עדות מותרת (תיקון מס' 9) תשנ"א-1991 (תיקון מס' 16) תשע"ו-2015

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

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

(תיקון מס' 14) תש"ס-2000

(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' ו'1

בפרק י' לחוק העונשין, שעבר בן זוג נגד בן זוגו, הורה נגד ילדו או ילד נגד הורה;

(תיקון מס' 13) תשנ"ח-1997

(א2) עבירה לפי סעיף 287 לחוק העונשין, לעניין הפרת צו הגנה לפי חוק למניעת אלימות במשפחה, תשנ"א-1991, או לעניין 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;

(תיקון מס' 16) תשע"ו-2015

(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.

(תיקון מס' 16) תשע"ו-2015

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

הסעיף עבר שינוי במסגרת תיקון 16. הסעיף קובע כי במקרים המפורטים, **לא יחול האיסור על עדות בין בני זוג או**

הורה- ילד. סעיף 5 גובר על סעיפים 3+4.

❖ 5(א)(1) – חבלת גוף או אלימות או איום באחד מאלה

ע"פ 500/77 עומרי נ' מדינת ישראל – לא מדובר רק על אלימות במשפחה באופן כללי ואין חשיבות לזהות הקורבן. משמעות הדבר שיכול להיות שהתקיפה הייתה לשכנה או אדם זר ולא דווקא בן משפחה.
מהי עבירת אלימות? עבירת אלימות היא עבירה שבין יסודותיה מצוי יסוד של חבלת גוף או אלימות גופנית או איום (מילולי) באחד מאלה, או עבירה שלפי טיבה ניתן לסווג אותה כעבירת אלימות. איום שמתייחס לחבלת גוף או אלימות.
 ע"פ 95/50 אריכה נ' היועמ"ש – ביהמ"ש מעניק למונח 'חבלת גוף' פרשנות רחבה וקובע כי מדובר בכל פגיעה בגוף הקורבן ולא דווקא כזאת שמותירה סימנים. למשל: עבירת האינוס.
 ע"פ 396/84 פיאקה נ' מדינת ישראל – אב אנס את בתו והיא נכנסה להיריון, ביהמ"ש קובע כי עבירת האינוס היא עבירת אלימות ולכן הבת כשירה להעיד כנגד האב וגם חייבת להעיד. ביהמ"ש אומר כי אינוס זו עבירה שאפשר לסווג אותה כעבירת אלימות גם אם אין בה אלימות.
 ע"פ 49/88 רוקח נ' מדינת ישראל – ביהמ"ש העליון הקובע כי עבירת אלימות היא גם כלפי רכוש ולא רק בני אדם. למשל: היזק לרכוש, שוד, פריצה.
פס"ד וולפוביץ' – עבירת אלימות זו גם כזאת שבוצעה ברשלנות כמו גרם מוות ברשלנות וכו'.

❖ 5(א)(2) – עבירות שנעברו בתוך המשפחה הגרעינית

על מנת שהסייג יחול צריך שבן הזוג ביצע עבירה כלפי בן הזוג/ הורה ביצע עבירה כלפי הילד(בניגוד לסי' 5(א)(1)) באילו עבירות מדובר?
 - אי סיפוק צרכי מחייה
 - הזנחת ילדים
 - עבירות זנות ותועבה – כל העבירות (סימן י' לפרק ח' לחוק העונשין)
 - עבירות מין
 - עבירות של פגיעה

יישום:

אם אב שידל את בתו לזנות (לא עבירת אלימות) ← כולם יכולים להעיד כי חל הסייג.
 אם אב שידל לזנות את בת השכן ← הסייג לא מתקיים, החריג חל.
 אם אח משדל את אחותו ← האחים יוכלו להעיד, אבל ההורים לא כי הסייג 5(א)(2) לא חל, החריג וסי' 4 חל!
 עבירת מין שאין בה את היחס של 5(א)(2) ← ניתן לטעון שיש יסוד אלים לפי 5(א)(1)

❖ 5(א)(3) – עבירה על שיבוש מהלכי משפט, הדחה בחקירה, הדחת עדות והטרדת עד שנעברה בקשר לעבירות המנויות בסעיף. מדובר על עבירות **נלוות** לעבירה הראשית. צריך להראות כי העבירה הנלוות נצמד לראשית.

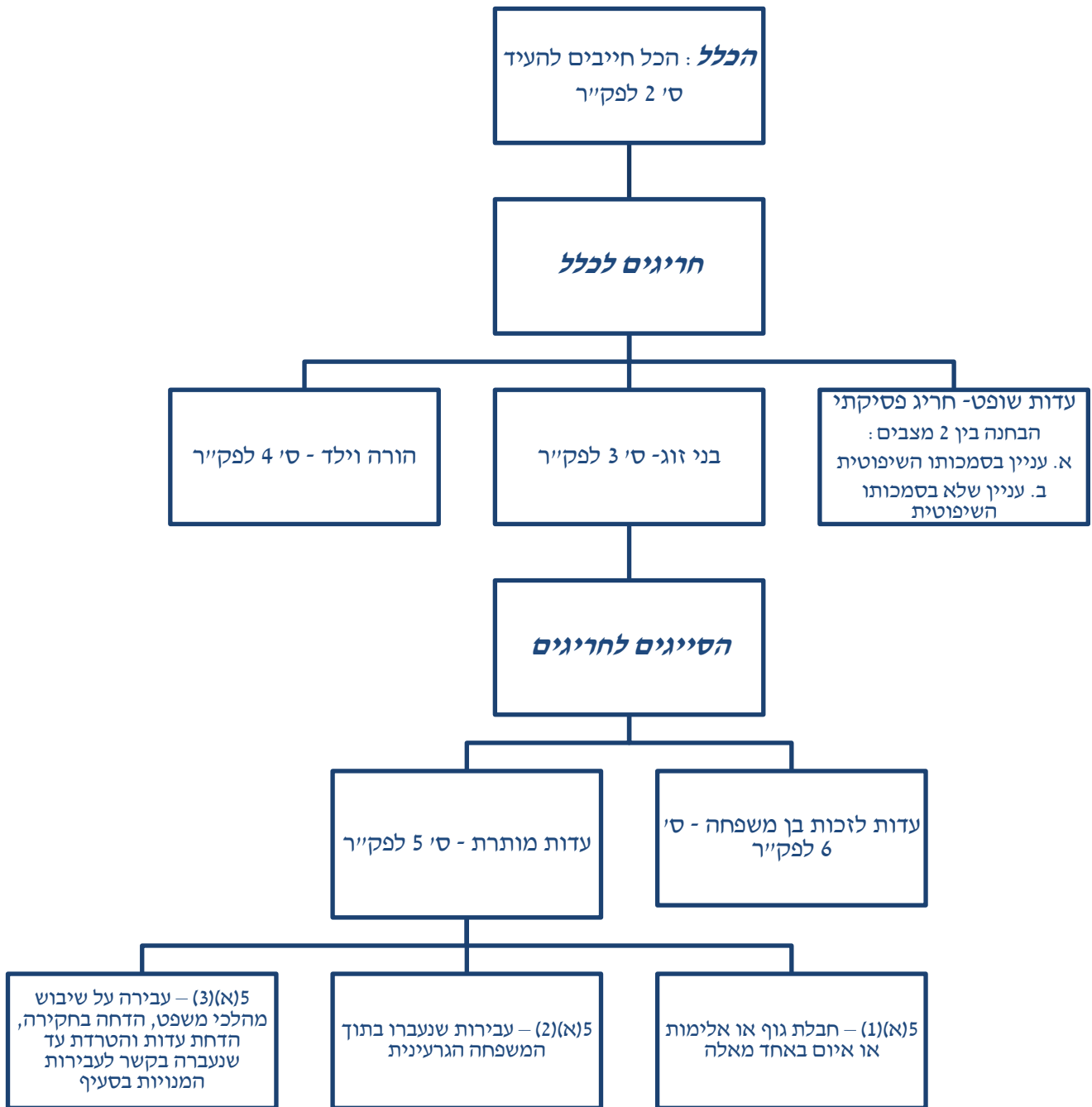
- ✓ אין הכרח שקרוב המשפחה יעיד על עבירת השיבוש יעיד גם על העבירה העיקרית 5(א)(1)-(2)
- ✓ אין הכרח שיתקיימו הליכים משפטיים כנגד הנאשם הן בעבירה העיקרית והן בעבירה הנלוות
- ✓ העבירה הנלוות לא חייבת להיעשות כנגד הקורבן

נדרש להוכיח כעובדות את סעיפים 5(א)(1) עד 5(א)(2) מתקיימות, אך לא צריך להוכיח את העבירה מעל לכל ספק

❖ 5(ב) – כאשר בני המשפחה מגישים מיוזמתם תלונה כנגד קרוב הם כשירים וחייבים להעיד נגדו

❖ 5(ג) – לא משנה אם מדובר על קורבן או על עד

סיכום הנושא



דגשים:

- ✓ אחים תמיד כשרים להעיד אחד כנגד השני
- ✓ כשמדובר על הורה - ילד - ילד ← לא חייב שיהיה קטין
- ✓ כאשר אנו רואים תובע/נתבע ← כולם כשרים להעיד כי זה אזרחי.

העד הקטין

□ עדות קטין

שאלת ההעדה של הקטין הייתה מוטלת בספק שנים רבות. יש שינוי תפיסתי לגבי מעמדו של הילד במשפט. כיום רואים בקטין כבגיר בעל זכויות וחובות וככשיר להעיד בכל הליך, אך יש לשמור עליו. ישראל אשררה את אמנת זכויות הילד – ס' 12 קובע כי מדינות החתומות על האמנה יבטיחו לילד זכות להביע את דעותיו בחופשיות. בפסיקה הישראלית ניתן לראות את זכויות הילד להעיד. להעדת קטין יש חסרונות והשפעות ולמרות זאת, ילד עדיין כשיר להעיד.

□ עדות קטין בהליך הפלילי

דיני הראיות אימצו את החלוקה של דיני העונשין - גיל האחריות הפלילית באשר לתפקידו הראייתי של הקטין בעדות ביהמ"ש. לכן, בהליך הפלילי יש חלוקה ל-2 קבוצות של קטינים:

1. קטינים שהם ברי אחריות פלילית (ביום מסירת העדות)

ביום מסירת העדות מלאו להם 12 שנים ומעלה (ס' 134 לחוק העונשין קובע את גיל האחריות הפלילית) דיני הראיות מתייחסים לקטינים בקבוצה זו כאל בגירים. הסעיף של אזהרת עדים ואיום בסנקציה חל רק על קטינים שהם בני 12 ומעלה כי הם ברי אחריות פלילית.

2. קטינים שאינם ברי אחריות פלילית (ביום מסירת העדות)

טרם מלאו להם 12 שנים ביום מסירת העדות. לא ניתן להטיל אחריות פלילית על קטינים כאלה.

סעיף 55 לפקודת הראיות:

עדות קטין שאינו בר-אחריות פלילית (תיקון מס' 9) תשנ"א-1991

55. (א) בית המשפט השומע עדותו של קטין, שאינו בר-אחריות פלילית בשל גילו, יזהירו תחילה בלשון המובנת לקטין, שעליו להעיד את האמת, את כל האמת ואת האמת בלבד.
(ב) לא יורשע אדם על סמך עדות יחידה של קטין שאינו בר-אחריות פלילית בשל גילו, אלא אם כן יש בחומר הראיות דבר לחיזוקה.

❖ 55 (א) - אזהרה ללא איום סנקציה. יש ערך מוסרי לאזהרה ויש נוסח מיוחד עבור קטינים

❖ 55 (ב) – נדרשת **תוספת ראייתית מסוג דבר לחיזוק** כאשר העד המפליל הוא קטין מתחת לגיל 12.

□ עדות קטין בהליך האזרחי

סעיף 54(1) לפקודת הראיות:

הכרעה על פי עדות יחידה במשפט אזרחי

54. פסק בית משפט במשפט אזרחי באחד המקרים שלהלן על פי עדות יחידה שאין לה סיוע, והעדות אינה הודיית בעל דין, יפרט בהחלטתו מה הניע אותו להסתפק בעדות זו; ואלה המקרים:
(1) העדות היא של קטין למטה מגיל 14;

אם הקטין הוא מתחת לגיל 14 ביום מסירת העדות, ישנה חובת הנמקה לפי החוק. ביהמ"ש חייב לנמק איך הוא פסק בתביעה האזרחית ע"ס עדות יחידה של ילד מתחת לגיל 14.

□ עדות קטין במשפט פלילי: הסדר ספציפי

החוק לתיקון דיני ראיות (הגנת ילדים) ← מסדיר את עדותם של ילדים בעבירות הספציפיות הקבועות בתוספת של החוק.

החוק לתיקון דיני ראיות (הגנת ילדים):

1. בחוק זה –
 "אח" – לרבות אח חורג;
 "בן משפחה" – הורה, הורה של הורה, אח, גיס, דוד, או צאצא של כל אחד מאלה;
 "הורה" – לרבות בן זוגו של הורה, מי שידוע בציבור כבן זוגו של הורה, הורה מאמץ או אפוטרופוס;
 "ילד" – מי שלא מלאו לו ארבע עשרה שנה; - **ביום מתן העדות**

העדת ילד
 2. (א) אין מעידים ילד על עבירה המנויה בתוספת, שנעשתה בגופו (**קורבן**) או בנוכחותו (**עד ראיה**) או שהוא חשוד בעשייתה (**הילד חשוד**) ואין מקבלים כראיה הודעתו של ילד על עבירה כאמור, אלא ברשות חוקר ילדים ובנוכחותו.

- אם יש עבירה של כתובה בתוספת יחול עליה ההסדר הכללי.
- מדובר בעיקר על עבירות מין או אלימות, כאשר הילדים הם קורבנות העבירה, עדים או חשודים באותה עבירה.
- החוק יוצא מנק' הנחה כי העדת ילד בעבירות אלו עלולה לגרום לו למצב נפשי חמור.
- החוק מאפשר לחוקר/ת ילדים שהוא עו"ס לחקור את הילד כשהחקירה מצולמת ומתועדת. **החוקר/ת ילדים יקבעו האם הילד יעיד במשפט ← השופט לא יכול להחליט אחרת.**
- אם הילד לא העיד, כדי להרשיע את הנאשם על סמך קלטת החקירה של הילד נדרשת תוספת ראייתית מסוג סיוע

החוק נועדת לאזן משולש אינטרסים:

1. אינטרס ציבורי: הבאת עבריינים לדין והענשתם
2. אינטרס חברתי: להגן על הילד מפני נזקים נפשיים כתוצאה מחשיפתו בעדות בביהמ"ש
3. הליך הוגן: להבטיח את זכות הנאשם להליך הוגן ולהגנה.

חקירה על ידי חוקר ילדים בלבד
 4. פרט לחקירה בעדות שחוקר הילדים הרשה אותה לפי סעיף 2, אין חוקרים ילד בעבירה המנויה בתוספת, אלא על ידי חוקר ילדים; אולם הוראה זו לא תחול –
 (1) על שאלות הנשאלות בשעת מעשה העבירה או תיכף לאחריה, או משהתעורר חשש סביר שנעברה עבירה כזאת;
 (2) על שאלות ששאל האב, האם, האפוטרופוס, האדם שהילד נמצא בפיקוחו או ברשותו, או רופא.

היתרון: שמירה על בריאותו הנפשית של הילד. || חיסרון: אין אפשרות לחקירה נגדית.
 לא ניתן לערער על החלטת חוקר/ת הילדים!

ע"פ 1880/91 מדינת ישראל נ' פלוני – פלוני הואשם בעבירת מין כנגד 2 קטינות. חוקר הילדים אסר את העדת הקטינות. השופט הציע לחקור את הילדות בלשכתה בטענה שחוקר ילדים אינו משפטן. התביעה ביקשה מהשופטת לפסול את עצמה. בעליון, **הש' שמגר** קבע כי הוראות סעיפים 2 + 4 הינן קוגנטיות ולא ניתן לעקוף אותן ע"י הסכמת הצדדים או ע"י החלטה של בעלי הדין או השופט.

העבירות שחל עליהן חוק הגנת ילדים

כל העבירות המנויות בתוספת לחוק, כל הזמן מתעדכנות.

1. עבירות מין, זנות ותועבה ← 199-214, 351 לחוק העונשין
2. עבירות של אחראי לקטין ← ס' 368 א לחוק העונשין. זניחת/נטישת קטין וכו'
3. עבירות של גרימת חבלה בתא המשפטי כאשר הילד אינו חשוד בביצוען ← 333-334 לחוק העונשין. החשוד הוא ההורה/אח של הילד והקורבן הוא ההורה/אח/הילד עצמו. הילד לא **החשוד**
4. רצח, ניסיון לרצח והריגה כאשר הילד לא חשוב בביצוען ומתקיים אחד מהבאים:
 - א. בעת גביית העדות טרם מלאו לילד 12 שנים
 - ב. בעת גביית העדות מלאו לו 12 שנים (עד 14). החוק יחול בתנאי שהעבירה בוצעה בתא המשפחתי הגרעיני
5. עבירה נלווית – כל העבירות הנלוות לקטגוריות הללו, בד"כ עבירות שימוש. עבירת נלווית נצמדת לעבירה הפלילית. החוק לא חלק על איומים. התפקיד החוקר/ת הוא לזהות ולאחר עבירות נלוות לעבירה הכלולה בתוספת לחוק הגנת הילדים.

ס' 1 חוק הגנת הילדים:

עבירה נלווית

א1. (א) בסעיף זה, "עבירה נלווית" – עבירה נוספת לעבירה **המנויה בתוספת**, שנעברה במהלך ביצוע העבירה המנויה בתוספת או בקשר אליה, בין אם על ידי האדם החשוד בביצוע העבירה המנויה בתוספת ובין אם על ידי אדם אחר, ובלבד שהילד נחקר לפי חוק זה על העבירה המנויה בתוספת.

(ב) לענין חוק זה, דין עבירה נלווית כדין עבירה המנויה בתוספת.

□ אופן וכללי גביית העדות

נוכחות בחקירה

5. לא יהיה אדם נוכח בחקירת ילד על ידי חוקר ילדים, אלא ברשות חוקר הילדים.

- חוקר הילדים יחליט אם הילד יעיד בביהמ"ש או לא.
- אין קריטריונים בחוק לפיהם מחליט החוקר, ניתן להניח כי יש כללים פנימיים כאשר טובת הילד ובראיותו הנפשית עומדים לנגד החוקר
- החוקר/ת כותב חו"ד ומעביר למשטרה ולפרקליטות כחלק מהראיות
- נדרש היתר של חוקר ילדים לנוכחות הורה בחקירה
- ברירת המחדל היא כי החקירה תוקלט בוידאו. אם מסרב לצילום, אז הקלטה קולית ואם מסרב להקלטה קולית אז תיעוד בכתב. סביר שמשקל הראיה יפחת במקרה של תיעוד בכתב.

תיעוד חקירה

א5. (א) חוקר ילדים יתעד חקירת ילד הנעשית על ידו, במלואה, לרבות כל חילופי הדברים עם הילד הנחקר או בנוכחותו, כדלקמן –

- (1) באמצעות וידאו;
- (2) בהקלטה קולית - אם אין אפשרות סבירה לתיעוד באמצעות וידאו, או אם סירב הילד להשיב לשאלות חוקר הילדים בשל השימוש בוידאו וסירובו תועד באמצעות וידאו;
- (3) בכתב - אם אין אפשרות סבירה לתיעוד בהקלטה קולית, או אם סירב הילד להשיב לשאלות חוקר הילדים בשל ההקלטה הקולית וסירובו תועד בהקלטה כאמור.

(ב) לא ייעשה כל שינוי בקלטת חקירה.

(ג) תמליל מודפס של חקירת ילד, שתיעד חוקר ילדים באמצעות וידאו או בהקלטה קולית (להלן - תמליל), יוכן בכל אחד מאלה:

- (1) משהוגש כתב אישום בעבירה נושא החקירה;
- (2) לפי דרישת תובע, לצורך מילוי תפקידו.
- (ד) חוקר הילדים אחראי להכנתו של התמליל במקרים האמורים בסעיף קטן (ג).
- (ה) בסעיף זה, "חקירת ילד" - לרבות חקירה נוספת של ילד בהתאם להוראות סעיף 10.
- (ו) מיד בפתיחת החקירה, יבהיר חוקר הילדים לילד הנחקר את חשיבות תיעוד החקירה בוידאו, ויפרט את דרכי התיעוד האחרות.

- חוקר ילדים יכול להתיר את חקירת הילד בביהמ"ש ויכול להתנות תנאים למתן העדות. **סי' 2(ד) לחוק:**

העדת ילד

2. (ד) חוקר ילדים רשאי להתנות את עדותו של ילד על עבירה המנויה בתוספת בתנאים אלה, כולם או מקצתם:

(1) גביית העדות שלא בנוכחות הנאשם, אלא בנוכחות סניגורו, באמצעות מערכת טלוויזיה במעגל סגור או בדרך אחרת; על עדות לפי פסקה זו יחולו הוראות סעיף 2ב(ב) עד (ד) והתקנות שהותקנו לפי הוראות סעיף קטן (ו) לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), התשי"ח-1957;

(2) גביית העדות בתוך תקופה מסוימת או לאחר תום תקופה מסוימת, שיקבע;

(3) גביית העדות שלא על דוכן העדים;

(4) גביית העדות כשהשופט ועורכי הדין אינם לבושים מדי משפט;

(5) גביית העדות בלשכת השופט;

(6) גביית העדות שלא במקום מושבו של בית המשפט; מקום העדות ייקבע על ידי בית המשפט, לאחר ששמע את עמדת חוקר הילדים;

(7) גביית העדות בנוכחות אדם המלווה את הילד לצדו במהלך עדותו, לפי בחירת הילד, אף אם הוא מעיד בדלתיים סגורות לפי כל דין.

- נוכחות בעת גביית העדות. **סי' 2(ב) לחוק:**

העדת ילד

2. (ב) הרשה חוקר ילדים עדותו של ילד, לא יהיו נוכחים בשעת גביית העדות אלא התובע, הנאשם, עורך דינו, חוקר הילדים ומי שבית המשפט הרשה להיות נוכח; אין בהוראות סעיף קטן זה כדי לגרוע מהוראות סעיף 2ב, או מהוראות סעיף 15 לחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001.

- הפסקת העדות. **סי' 2(ג) לחוק:**

העדת ילד

2. (ג) בית המשפט רשאי, ביוזמתו או לבקשת חוקר הילדים, לצוות על הפסקת גבייתה של עדות או קבלתה של הודעה כאמור בסעיף קטן (א) אם הוא סבור, לאחר ששמע את חוקר הילדים, שהמשכן עלול לגרום נזק נפשי לילד.

- ערעור על החלטת חוקר ילדים

לא ניתן לערער על החלטה של חוקר ילדים. החלטתו חלוטה. תיקון 10 לחוק, התקבל ב-2014 מסדיר את שאלת ההערכה המחודשת של החלטת החוקר האם להעיד או לא להעיד ילד.

העדת ילד

2. (ז) (1) החליט חוקר ילדים להרשות עדותו של ילד, עם או בלי תנאים כאמור בסעיף קטן (ד), יעריך מחדש את החלטתו סמוך לפני מתן העדות בבית המשפט.

(2) החליט חוקר ילדים שלא להרשות עדותו של ילד לפי חוק זה והחלטתו לא ניתנה סמוך לפני המשפט, יעריך מחדש את החלטתו סמוך לפני המשפט.

(ח) החליט חוקר ילדים להרשות עדותו של ילד לפי חוק זה, עם או בלי תנאים, רשאי בית המשפט, מיזמתו או לבקשת הילד או הורהו שאינו נאשם במשפט, מנימוקים מיוחדים שיירשמו, להורות כי ההחלטה תיבחן מחדש בידי חוקר ילדים בכיר. **אם חוקר החליט שהילד יעיד, שופט יכול להחליט בנסיבות מיוחדות כי החלטת החוקר תוערך ע"י חוקר בכיר. זה חד כיווני, אם החוקר יחליט שהילד לא יעיד, לא ניתן להעביר להחלטת חוקר בכיר.**

חוו"ד של חוקר אינה מחייבת את ביהמ"ש, כמו כל חוו"ד. המסקנה הסופית על אמינות ומשקל הראיה תהא תלויה בביהמ"ש, כמו כל ראיה. ||| למבחן ← לעבור על כל החוק (דגש על 2, 2ב, 2ג).

□ קבילות של עדות ילד שנגבתה ע"י חוקר ילדים

ס' 9 מתייחס לקבילות. כל החומר שנתקבל ע"י חוקר הילדים: חו"ד, קלטות וכו' הן קבילות. הסעיף חשוב מאחר ומדובר על עדות מפי השמועה, שבד"כ אינן קבילות. **ס' 9 לחוק:**

ראיות כשרות

9. (א) עדות בעבירה המנויה בתוספת, שתועדה בידי חוקר ילדים בהתאם להוראות חוק זה, וכן זכרון דברים או דין וחשבון לענין חקירה שתועדה כאמור, שנרשמו בידי חוקר ילדים בשעת החקירה או אחריה – **כשרים להתקבל כראיה בבית משפט.**
 (ב) שוכנע בית המשפט כי נקטו כל האמצעים הסבירים לתיעוד החקירה באמצעות וידאו או הקלטה קולית בהתאם להוראות סעיף 5א, אולם הקלטת החקירה לא צלחה בשל תקלה טכנית, רשאי בית המשפט לקבל כראיה, תיעוד בכתב של החקירה שנעשה בידי חוקר הילדים, במקום קלטת חקירה.

ס' 11 מתייחס למשקל/תוספת ראייתית.

ניתן לבסס הרשעת נאשם ע"ס עדות חוקר ילדים על הדברים שמסר הילד במהלך החקירה ועדות ילד שתועדה בידי החוקרים רק אם תמצא תוספת ראייתית מסוג סיוע. יש פגיעה בזכות להליך הוגן.

עדות מסייעת

11. לא יורשע אדם על סמך ראיה לפי סעיף 9, אלא אם יש לה **סייע** בראיה אחרת.

ס' 162 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב]

שתיקת הנאשם [145א] (תיקון מס' 47) תשס"ו-2005

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

במצב רגיל, לנאשם יש זכות שתיקה מוחלטת. השתיקה יכול לספק תוספת ראייתית של סיוע/חיזוק. לגבי החוק לתיקון ראיות (הגנת ילדים), השתיקה של הנאשם לא תהווה סיוע לצורך סעיף 11. מדובר באיזון לטובת הנאשם. רוצים ראיה נוספת. כאמור, איזון בין אי היכולת לחקירה נגדית של הילד.

במבחן: כשכתוב בשאלה ← חוק הגנת ילדים ... והנאשם שמר על השתיקה במשפט – התשובה תמיד תהיה שצריך סיוע. לשים לב לא ליפול ולרשום שלא צריך כלום! חוק הגנת ילדים ושתיקה = עדיין צריך סיוע.

□ סוגיות מהפסיקה

1. הפסיקה קבעה כי 2 עדויות שהובאו ע"י חוקר ילדים יכולות לסייע זו לזו (**קטשוואילי + כליפא**) כלומר, אם עדות אחת צריכה סיוע, כל אחת מהעדויות יכולה לסייע לשניה.

2. חוקר ילדים גובה עדות מילד מתחת לגיל 14, במהלך המשפט הילד בוגר ועובר את גיל 14 – **דנ"פ 3750/94 פלוני נ' מדינת ישראל** – מורה לצירור בביה"ס לבעלי מוגבלויות ביצע עבירת מין בקטינה. במהלך המשפט, הקטינה עברה את גיל 14. התביעה טענה כי אין הוראת חוק המחייבת להעיד ילד שבגר במהלך המשפט. העליון מסכים עם טענת התביעה. הסניגוריה טענה כי מה שנגבה מהילדה לפני גיל 14 אינו קביל ואין נפקות לס' 9. **הש' קדמי** שולל טענה זו. משעמדה בתנאי הקבילות במועד הגשת הראיה, הראיה קבילה גם אם בגרה במהלך הדיון. בדנ"פ אומר ביהמ"ש כי אפשר להרשיע נאשם ע"ס ראיות שנגבו לפני היותה בגיל 14 והיא לא העידה. השאלה היא האם אי העדתה גורע ממשקל העדות בפני חוקר הילדים ← מחלוקת בין שמגר וקדמי. **קדמי** – אומר כי יש בכך על מנת להמעיט במשקל הראיה, הימנעות מהעדה עלולה לעלות ספקות ותהיות. **שמגר** - חולק ואומר כי זה תלוי בנסיבות.

3. ביום מסירת העדות מלאו לילד 14 (חוק הגנת ילדים לא חל, גם אם חוקרת ילדים אסרה עדות, אפשר כעת להעיד את הילד). האם ניתן להגיש את החומר שנאסף לפני שהילד היה בן 14 אך לא הוגש לביהמ"ש?

ע"פ 421/71 מימרון נ' מדינת ישראל – חקירת חוקר הילדים קבילה משום שהחקירה הייתה קרוב לאירוע והזיכרון היה טרי יותר. בנוסף, עד תחילת המשפט אנשים יכלו להשפיע על הילד שישנה גרסתו. לא רק שחקירת הילדים קבילה, אלא שביהמ"ש יכול להדיף אותו על העדות של הילד. בהלכה זו נקבע כי למרות שהקטין בגר, ניתן להגיש את חקירת הילדים כי ס' 9 לא הגביל את קבילות של ראייה.

רע"פ 6533/93 בן אברהם נ' מדינת ישראל – הלכת מימרון חזרה על עצמה אחרי 20 שנים. ביהמ"ש אמר כי אלו ראיות המשלימות זו את זו. החקירה והעדות לא סותרות אחת את השנייה.

4. האם כשהילד מעיד, ניתן לחקור את חוקר/ת הילדים?

דנ"פ 2881/02 – נקבע כי כשהילד עולה לדוכן העדיון, ניתן לשאול את חוקרת הילדים על חקירת הילד, פרטים טכניים. כשהילד מעיד על דוכן הילדים, אסור לשאול שאלות על אמינות הילד ומהימנות גרסתו.

ע"פ 890/13, 337/13 פלוני נ' מדינת ישראל – דעת הרוב של **הנדל וברק ארז** השאירה את ההלכה על כנה. **הש' דפנה ברק ארז** אומרת כי עדות ילד מתבשלת כדי כתב אישום כשברור שחוקרת הילדים מאמינה לו. אם לא הייתה מאמינה, לא היה מוגש גתב אישום.

5. עדות ילד שהופסקה ע"י חוקר הילדים

החוק מאפשר לשופט להפסיק חקירת ילד. **רע"פ 3904/96 מזרחי נ' מדינת ישראל** – הואשם במעשה מגונה בילד בן 10.5.

חוקרת הילדים מחליטה להעיד את הילד במשפט. ביהמ"ש אישר את הבאת עדותו בפני חוקרת הילדים לפי **הלכת מימרון**. במהלך החקירה הנגדית, הילד נשבר. מזרחי הורשע. בערעור הסינגור טוען כי הילד הפסיק את עדותו ולכן יש למחוק אותה. בנוסף, טען כי לא ניתן להגיש את חקירת הילד ע"י החוקר כי יש עדות של הילד עצמו. הטענה נפלה בשל הלכת מימרון ובן אברהם ← יש לאפשר לקבל גם את העדות וגם את החקירה. לגבי החקירה הנגדית, מתייחסים לעדות הילד ולחקירתו ע"י חוקרת הילדים כמשלימות. ככל שעדות הילד שלמה, כך החקירה תהיה בעלת משקל קטן יותר.

לגבי התוספת הראייתית: אם ילד אינו מעיד, צריך סיוע (ס' 11 לחוק)

במקרה המדובר, הילד העיד. אם היה מסיים את החקירה, היה נדרש חיזוק (ס' 55 (ב) לפק"ר).

ביהמ"ש אומר כי התוספת הראייתית הנדרש היא גמישה. היא תנוע בין דבר לחיזוק ברף התחתון (בן 11) לבין סיוע ברף העליון.

העד הלוקה בנפשו או הלוקה בשכלו

במסגרת המשפט הפלילי המהותי (דיני העונשין) ס' 34 לחוק העונשין קבוע סייג לאחריותם הפלילית של הלוקים בנפשם או בשכלם. **ס' 34 לחוק העונשין:**

אי שפיות הדעת (תיקון מס' 39) תשנ"ד-1994

34. לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה אם, בשעת המעשה, בשל מחלה שפגעה ברוחו או בשל ליקוי בכושרו השכלי, היה חסר יכולת של ממש –
(1) להבין את אשר הוא עושה או את הפסול שבמעשהו; או
(2) להימנע מעשיית המעשה.

הפטור לא ניתן בגין כל מחלת נפש, אלא מחלות נפש שמעידות על ניתוק מהמציאות כמו פסיכוזה וכו'.

□ האם אנשים הלוקים בנפשם או בשכלם כשרים להעיד?

ס' 2 לפק"ר קובע כי הכל כשרים להעיד. יחד עם זאת, לא מעידים אנשים פסיכוטיים.

ע"פ 800/85 ברדה נ' מדינת ישראל- העליון קבע **מבחן משלוש מצטבר** המסייע לביהמ"ש להעריך את משקל עדותם של הלוקים בנפשם. ברדה הורשע בכל מיני עבירות לאחר שהוכיחו את מעורבותו בניסיון לפגוע במסגדי הר הבית. הרשעתו התבססה על עדות שותפו, מחסיה. מחסיה עצמו לא עמד לדין מאחר ונקבע כי הוא חולה נפש. ברדה טען כי לא ייתכן שמצד אחד מחסיה לא עמד לדין כי הוא פסיכוטי ומצד שני התביעה תעיד את מחסיה כנגד ברדה.

המבחן המשולש והמצטבר נקבע ע"י הש' גולדברג. מדובר במבחן הלכתי ומצטבר:

1. מבחן ההתרשמות הבלתי אמצעית של ביהמ"ש מן העד ומן האופי בו הוא מעיד, תוך נתינת הדעת לחו"ד רפואית. יחקרו את רופאיו של העד על מנת להתרשם מעדותו.
2. מבחן ההיגיון הפנימי של העדות.
בחירת העדות לפי סימני האמת העולים ממנה כמו הגיונה או חוסר הגיונה הפנימה, סימני שכל הישר המביאים אדם בר דעת להתייחס לדברי זולתו באמון. בחונים זאת באספקלריה של המחלה ממנה הוא סובל. אם הרופא טוען כי חוסר הסדירות היא חלק מהמחלה, הדבר לא יוריד ממשקל הראיה.
3. מבחנה של העדות ע"פ סימני אמת חיצוניים אשר יש בהם לפי מבחני השכל הישר כדי להשליך אור על אמתיותם שסתום ביטחון לשני המבחנים הראשונים. דהיינו, גם אם ביהמ"ש התרשם לחיוב מהעד ויעניק משקל גבוה לעדות, עדיין קיים חשש להטעיה שמא העד מוסר דברים מטעים. לכן, צריך למצוא ראיה נוספת, תוספת ראייתית המאמתת את גרסת העד. ביהמ"ש נמנע משימוש במונחת 'תוספת ראייתית'. לדעת המרצה, ההימנעות מהשימוש במונח היא מכוונת.
יש מחלוקת בפסיקה, אבל נכון להיום, אין דרישה לתוספת ראייתית קונקרטיית שמדובר באדם הלוקה בשכלו.

למבחן: גם לוקים בנפשם כשירים להעיד וביהמ"ש נדרש להעריך את משקל עדותם בהתאם למבחן המשולש.

עד מדינה

□ מיהו עד מדינה?

עד מדינה הוא עבריין. בתמורה לכך שיפליל את העבריין הראשי, קיבל טובת הנאה. בתיקים בהם יש קושי ראייתי מהותי, התביעה מציעה לאחד העבריינים (שותף לעבירה) מעמד של עד מדינה. הסמכות להציע מעמד של עד מדינה היא של היועמ"ש ושליחיו, תובעת המחוז. מדינה נותנת טובת הנאה לעבריין – עונש מקל, הסדר טיעון, תגמול כספי.

סעיף 54 (א) לפקודת הראיות:**הכרעה על-פי עדות יחידה במשפט פלילי (תיקון מס' 7) תשמ"ב-1982 ת"ט תשמ"ב-1982**

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

עד מדינה:

1. שותף לאותה העבירה (שותף-מסייע, משדל, מבצע בצוותא, קושר קשר)
 2. קבלת טובת הנאה או הבטחה לקבלת טובת הנאה מהתביעה
ע"פ 4998/95 מדינת ישראל נ' גומז קרדוסו – חשין אמר כי טובת הנאה היא דבר המטיב את מצבו של העד השותף אשר אין הוא זכאי לו במהלך הרגיל של העניינים. מה שניתן לעד הוא מעבר לזכויות.
טובת הנאה; תמורה כספית, המלצה לחנינה, ניכוי שליש, המרת כתב אישום כבד בקל וכו'.
 3. קיומה של זיקה בין מסירת העדות לטובת ההנאה שהובטחה לו
 נדרש שיהיה קשר בין מסירת העדות לטובת ההנאה באופן שתוכן העדות יהיה קשור סיבתית לקבלת טובת ההנאה. מסירת העדות היא התמורה לטובת ההנאה. כלומר, העד קודם קיבל את טובת הנאה ורק לאחר מכן הפליל את השותף.
- ❖ לא ניתן להרשיע אדם על סמך עדות יחידה של עד מדינה ללא סיוע. (קיימים חריגים)
 - ❖ בד"כ, יש הסכם חתום בין הצדדים, ואם לא יתקיים ייחשב כהפרת חוזה
 - ❖ קיימת הנחיית היועמ"ש לעד מדינה, מספר הנחיה | 4.2201.
 - ❖ בעבירות שותפים אין צורך בחובת הנמקה
 - ❖ **למבחן**: בשאלות של עד מדינה, לא ייקבעו שהוא עד מדינה (צריך להבין לבד)

□ הסכם עד מדינה

העד השותף הופך לעד מדינה במקום בו קיימת הסכמה בינו לבין הרשות. הרשות מבטיחה לתת לו טובת הנאה ובתמורה הוא יפליל את אחד השותפים. **ע"פ 4938/94 שמרלינג נ' מדינת ישראל** - נקבע כי ההסכמה יכולה לבוא בע"פ או בכתב. | דרך המלך היא כי ההסכם בין הפרקליטות/יועמ"ש לבין העד יהיה חתום. **הש' קדמי** אומר כי גם הסכם בע"פ יכולה לחייב את המדינה ובנוסף, יכול שתהיה מכללא בין הצדדים ובלבד שתעשה במודע בקשר לאותה העדות.

מה קורה כעד חושב שהוא קיבל טובת הנאה והוא עד מדינה, אך לא קיבל כלל טובת הנאה בצורה אובייקטיבית. כלומר, העד חושב שזו טובת הנאה באופן סובייקטיבי – החשש מעדות שקר בשל טובת ההנאה נותרת גם במקרה זה.

חשין באוביטר בגומז קרדסו- גם אמונה סובייקטיבית של העד השותף כי עתיד לקבל טובת הנאה יכול ותהפוך אותו לעד מדינה לפי ס' 54א(א). היינו, יש להעמיד לצד המבחן האובייקטיבי, מבחן סובייקטיבי. לפי חשין באוביטר, אם העד חשב בטעות שהוא מקבל טובת הנאה והוא לא קיבלת טובת הנאה ומסר עדות מפלילה, יינתן לו מעמד של עד מדינה ותידרש תוספת של סיוע במקרה כזה, למרות שהוא לא קיבל טובת הנאה. המבחן של חשין הוא כפול, אבל נותר באוביטר!

לכלל הזה, חשין קבע חריג: במקום בו שוללת המדינה שלא כדין זכות קנויה לעד השותף, החזרתה ושיקומה של אותה זכות אפשר שתהיה בהן הענקת טובת הנאה, הגם שהעד השותף היה זכאי ממילא להחזרת הזכות ולשיקומה. הסייג הוא יוצא מן הכלל הקובע כי טובת הנאה שאין העד השותף זכאי לו במהלך העניינים הרגיל. פס"ד חשוב למבחן!

ע"פ 7450/01 אבו ליטאף נ' מדינת ישראל- הש' ברלינר מצביעה על קשיים מהותיים לגבי גישתו של חשין על טובת הנאה סובייקטיבית:

1. לשון החוק
 2. לשון החוק מתייחסת לכך שמישהו צריך לתת ולהעניק, מנגנון של תמורה.
 3. תכלית החקיקה
- גם בפרשנות תכליתית אין בה כדי לתמוך בתיאוריה של חשין. הפסיקה של חשין מרחיבה את המקרה של עד מדינה למקרים סובייקטיביים. דבר כזה יכול לפגוע ביכולת להרשיע פושעים. בנוסף, נדרשת ראייה מסייעת.
3. אמונה סובייקטיבית מכניסה ממד של אי וודאות למשפט
- אפשר לבקש מחוקרים שלא להבטיח הבטחות ללא כיסוי. אי אפשר לבקש מהחוקרים שימנעו מהנחקר לפתח ציפיות.

'עד מדינה לשיטתו' – הש' ברלינר מסכימה שאנשים המאמינים שיקבלו טובת הנאה למרות שאובייקטיבית לא הובטחה להם, עלולים לשקר. השופטת יוצרת הסדר מדיני חדש בדיני הראיות שנקרא 'עד מדינה לשיטתו', **עד מדינה פסיקתי**. = **עד שעדותו יצאה מכלל עדות שותף ולא הגיעה כדי מעמד של עדות עד מדינה**. העד העיד עקב אמונה סובייקטיבית שהוא עד מדינה. ביהמ"ש ייבחן את תוכן האמונה ונסיבות נוספות ויקבע תוספת ראייתית שהיא בין חיזוק ברף התחתון לסיוע ברף העליון.

ההבדל בין גישת ברלינר לחשין:

1. חשין הרחיב את מעמד עד המדינה, ברלינר לא.
2. ברלינר מבקשת תוספת ראייתית גמישה – מקסימום סיוע. ההסדר של ברלינר אומץ בפסיקה מאוחרת.
3. בניגוד לחשין, ברלינר לא מקבלת את העמדה שכל עד שהאמין שהוא עד מדינה, יהיה עד מדינה. צריך לבדוק את תוכן האמונה ויש לשופטים שק"ד. ביהמ"ש העליון יוצא מהפלטפורמה הקשיחה של תוספות ראייתיות (כמו במזרחי) כדי להגיע לחקר האמת.

□ ע"פ 3197/07 וואהבי עיאט נ' מדינת ישראל - עלתה השאלה מה קורה כאשר עד מדינה המפליל את שותפו לאחר שקיבל טובת הנאה מפליל בנוסף בעבירה נוספת שלא היה שותף לה. העליון קבע הלכה כי במקרה כזה דרושה תוספת ראייתית מסוג חיזוק – פתרון ביניים. ביהמ"ש קובע תוספת ראייתית פסיקתית. במקרה כזה הוא לא עד מדינה, אבל גם לא עד רגיל.

□ חריגים לדרישת הסיוע

בעבירות הבאות ניתן להרשיע ע"ס עדות של עד מדינה או שותף לעבירה, שאינו עד מדינה, ללא סיוע:
א. עבירות שוחד – מכוח ס' 296 לחוק העונשין. תוך בשוחד, שוחד, מתן שוחד לעובד ציבור וכו'.
ב. עבירות הימורים, משחקים אסורים והגרלות- ס' 232 לחוק העונשין.

✓ החריגים נכונים גם לעד שותף וגם לעד מדינה

✓ חשוב בעד מדינה להראות ששלושת התנאים מתקיימים

✓ פלילי בלבד

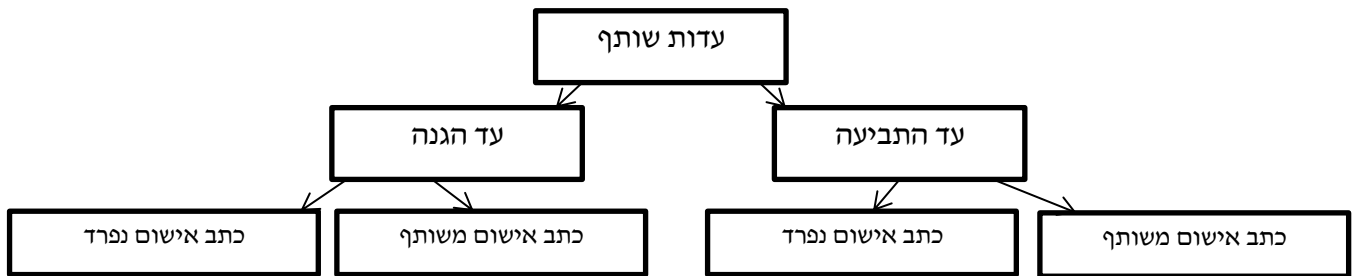
✓ לדעת טוב את התוספות – עד מדינה = סיוע. "עד מדינה לשיטתנו" = גמיש ← בין חיזוק לסיוע.

✓ אם זה נופל לחריגים לא צריך תוספת ראייתית בכלל.

✓ אם עד מדינה מפליל בעבירה שהוא לא היה שותף לה צריך תוספת ראייתית מסוג דבר לחיזוק

עדות שותף לדבר עבירה

□ עדות שותף



המצבים האפשריים:

1. עד תביעה

א. כתב אישום משותף

הכלל: שותפים לכתב אישום אחד אינם כשרים להעיד כעדי תביעה נגד חבריהם המואשמים באותו כתב אישום. **פס"ד ז'נו + עובדיה + כדורי.** הכלל חל על שותפים הנקראים להעיד רק לטובת התביעה. אם הנאשם עולה להעיד כנגד הגנה, ברגע שהנאשם מוותר על זכות השתיקה, עדותו בחקירה נגדית קבילה גם נגד שותפיו האחרים. **החריג:** התביעה רשאית להעיד מטעמה כנגד נאשם המואשם עמו באותו כתב אישום בתנאי שהנאשם שנדרש להעיד הודה, דינו הוכרע וביהמ"ש גזר את הדין וזאת לפני מסירת העדות. החריג קבוע בס' **155(א)(1) לחסד"פ.**

פסק דין של נאשם שהודה [139]

155. (א) נאשמו כמה נאשמים בכתב אישום אחד ומהם הודו בעובדות שיש בהן כדי הרשעתם ומהם שלא הודו בכך, לא יגזור בית המשפט את דינם של הנאשמים שהודו לפני שנסתיים בירור המשפט של הנאשמים שלא הודו; ואולם –
 (1) נאשם שהודה כך, והתובע או הסניגור מודיעים שהוא ייקרא להעיד במשפטם של יתר הנאשמים, לא יעיד אלא לאחר שנגזר דינו;

התנאים:

- (1) הנאשם הודה
- (2) יודיעו כי עדותו נדרש במשפטם של יתר הנאשמים
- (3) ביהמ"ש הכריע את דינו

ב. כתבי אישום נפרדים

הכלל: שני שותפים לעבירה הועמדו לדין במסגרת של כתבי אישום נפרדים, התביעה רשאית לזמן את האחד אשר משפטו טרם הסתיים כעד מטעמה במשפט המתנהל כנגד שותפו. בג"צ 11339/05 בית המשפט המחוזי בבאר שבע/ בג"צ ז'אנו (8/10/06)

החריג: ביהמ"ש רשאי להחליט בנסיבות חריגות וקיצוניות ביותר ומטעמים שירשמו לדחות שמיעת עדותו של עד שותף עד לסיום משפטו.

בעיקרון התביעה יכולה לזמן כל אחד מהשותפים שיעידו נגד שותפו ברגע שכתבי האישום נפרדים בכל רגע ברגע שכתבי האישום נפרדים בכל רגע. מדובר במקרים קיצוניים וזו ההלכה.

פסק הדין ביטל את **הלכת קינזי משנת 1976.**

קינזי –

הלכת קינזי שלטה 30 שנה, היא דנה במשפטים של שותפים שמשפטם הופרד. ההלכה קבעה כי קיימת מניעה להעיד את השותף כנגד השותף האחר (כעד תביעה) כל עוד משפטו של השותף תלוי ועומד. צריך לחכות שהמשפט של העד יסתיים ואם מסתיים בהרשעה- שיהיה גם גזר דין.

המקור להלכת קינזי ← פס"ד PIPE (1966) – ההנחה היא כי המושבעים הם הדיוטות. קשה לנטרל את ההשפעה של העד על המושבעים. הטעמים שעמדו בבסיס הלכת קינזי היה חשש להשחרת פניו של השותף אחר, כדי שהשותף השני יגדיל את סיכויו במשפטו, או להקטין את חלקו של השותף כי כך בעקיפין הוא מקטין את החלק שלו או לחילופין, שיפליל את שותפו תוך ציפייה לטובת הנאה ומציאת חן בעייני התביעה. **ההלכה יצרה קושי ומעגל שוטה = כל אחד מהשותפים חיכה לסיום משפטו של האחר.** לכן, התביעה הייתה צריכה לסיים את המשפט של אחד, כדי להעיד את אותו אחד כנגד שותפו.

הפסיקה הביאה לכרוסום בהלכת קינזי:

ע"פ 330/84 שעשוע נ' מדינת ישראל (1985) – בשנת 1978 נקבעה קינזי ובשנת 1985 היה כבר כרוסום. שעשוע רצה לזמן את ללו שיעיד לזכותו, התביעה התנגדה ואמרה שלא ניתן לזמן אותו. **הש' בך** בדעת מיעוט טוען כי ביהמ"ש המחוזי טעה בהחלטתו שלא אפשר לשעשוע לזמן את ללו כי הלכת קינזי לא הוחלה על עדי ההגנה. הרציונל בקינזי היה להגן על הנאשם, אם הנאשם מזמן את העד לטובתו הרי שההלכה לא קיימת. השופטים **שטרסברג-כהן וברק** משאירים את החלת הלכת קינזי על עדי הגנה בצריך עיון.

בג"צ 6319/95 חכמי נ' שופטת בימ"ש השלום – שטרסברג כהן וברק קבעו כי הלכת קינזי אינה חלה על עדי ההגנה. לוי רצה לזמן את חכמי שיעיד כעד הגנה לטובתו אבל מי שסירב זה חכמי, הוא סירב כי הוא לא רצה לחשוף את קו ההגנה שלו, כי אין לו זכות שתיקה במשפט של לוי ויכול לחשוף ראיות מפלילות. חכמי מסרב, בית משפט השלום קובע שחכמי צריך להעיד. חכמי עולה לביהמ"ש המחוזי, שם נדחה הערעור של חכמי והוצא לו זימון שהוא חייב להעיד. על ההחלטה הזאת הוגש בג"צ, שם הוחלט כי **אין להרחיב את הלכת קינזי כך שתחול על עדי ההגנה.**

בג"צ ז'אנו (2006) = ביהמ"ש העליון בשבתו כבג"צ מבטל את הלכת קינזי, לאחר שבתי המשפט ראו בה הלכה מחייבת במשך 30 שנים.

בייניש הציעה עמדת בייניים לבטל את הלכת קינזי למעט במקרים חריגים. אליה הצטרפו 3 שופטים. **גרונים ולוי** בדעת רוב- יש לבטל את הלכת קינזי באופן גורף ללא חריגים. **פורקצ'ה** בדעת מיעוט- ביטול סלקטיבי של הלכת קינזי לאחר סקירת ההיסטוריה. בייניש חוששת שעם הזמן החריגים שפורקצ'ה מנתה יהפכו לכלל.

בג"צ ז'אנו מבטל את הלכת קינזי, משאיר שיקול דעת מאוד מצומצם לבית המשפט- במקרים חריגים וקיצוניים ביותר, כמעט ואין שיקול דעת.

פס"ד חשוב למבחן!

במבחן: יכול להיות שתהיה שאלה על פס"ד קינזי

בבחינת הלשכה: יש שאלות על הדין הקיים ולא הישן

2. עד הגנה

א. כתב אישום משותף

הכלל: הכלל הכתוב בעד תביעה לא חל על עד ההגנה.

ע"פ 570/68 גוטסמן - נאשם משותף המעיד להגנתו הוא עד כשר להעיד לחובת עדים אחרים. כלומר, עדותו בחקירה ראשית או חקירה שכנגד ע"י התביעה מהווה ראיה כשירה לא רק כנגדו אלא גם כנגד נאשמים אחרים.

ב. כתב אישום נפרדים

בפס"ד חכמי נקבע שבמקרה והוגש כתב אישום נפרד, הוא אינו פטור מחובתו להעיד כעד מטעם במשפט של שותפו, אפילו אם עדיין לא הסתיים משפטו שלו.

- בכתבי אישום נפרדים – אין הגבלה, אפשר לזמן אותם כדי תביעה וכעדי הגנה
- בכתב אישום אחד – התביעה לא יכולה לזמן כנגד. רק אם א' הודה, יש לו הכרעה וגזר דין, רק אז אפשר יהיה להעיד אותו כנגד ב'.
- להעיד לזכות- אין שום מניעה. אם מוותרים על זכות השתיקה, אפשר לחקור על הכל, גם על חלקיו וגם על חלקיו של השותף
- התביעה לא יכולה לגעת בנאשמים שלא הודו.

□ תוספת ראייתית

ס' 54א(א) לפקודת הראיות

הכרעה על-פי עדות יחידה במשפט פלילי (תיקון מס' 7) תשמ"ב-1982 ת"ט תשמ"ב-1982

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.

לא ניתן להרשיע נאשם ע"י עדות יחידה של שותפו לעבירה, אלא אם קיימת תוספת ראייתית מסוג דבר לחיזוק. זה לא משנה אם העד הוא מטעם ההגנה או התביעה.

ס' 162 לחסד"פ – שתיקת הנאשם:

שתיקת הנאשם [145א] (תיקון מס' 47) תשס"ו-2005

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

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

הימנעות הנאשם מלהעיד עשויות להוות חיזוק או סיוע במקום בו נזקקות. החריגים של שוחד, משחקים אסורים חלים גם כן ולא נזקקים כלל לתוספת ראייתית.

עדות שותף לדבר עבירה (פלילי)

□ תוספת ראייתית שנדרשת לעדות שותף שמשפטו לא הסתיים והוא עד תביעה

לאחר ביטול הלכת קינזי ובעקבות בג"צ ז'אנו יש חשש לעדות שקר של השותף המצפה לטובת הנאה, כלומר מדובר בעד תביעה.

עפ"א 6325/11 שלמה פחימה נגד מדינת ישראל – חלה על נאשמים שמשפטם הופרד. עובר לפס"ד פחימה, דרשו גם דבר לחיזוק. בפס"ד פחימה ביהמ"ש מכריע לגבי התוספת הראייתית כי העדות היחידה שתידרש היא העדות של השותף לעבירה שמשפטו הופרד. **הש' הנדל** קובע הלכה לפיה כאשר שותף שמשפטו טרם הסתיים מעיד נגד שותפו לעבירה, התוספת הראייתית הנדרשת היא בין חיזוק ברף התחתון לסיוע ברף העליון. המרצה יוצא במאמרו כנגד ביהמ"ש העליון שאומר שככל שהראיה מהימנה יותר נדרוש תוספת ראייתית ולהפך. הטענה של המרצה היא שאם הראיה לא מהימנה ולכן, אם הראיה לא מהימנה צריך לזכות ולא לחפש ראיות אחרות.

הכנת עדים וחקירתם בבית המשפט

הדרך להעיד עד בביהמ"ש היא לזמנו ושני הצדדים יחקרו אותו. עם זאת, ישנן דרכים נוספות לגביית עדות מהעד כמו עדות מוקדמת, עדות של עדים בחו"ל וכד'.

□ השלבים במתן עדות

(1) אזהרת העד ע"י השופט

עד שנת 1980 עדים בישראל היו מעידים תחת שבועה. בשנת 1980 ביטל המחוקק הישראלי את השבועה והחליף אותה באזהרה. **סעיף 2 לחוק לתיקון דיני הראיות (אזהרת עדים וביטול שבועה), תש"ס-1980**

אזהרת עד (תיקון מס' 1) תשמ"ד-1984

2. עד העומד להעיד, בכל הליך שיפוטי או מעין שיפוטי, מזהירים אותו תחילה, בלשון המובנת לו, כי עליו להעיד את האמת בלבד ואת האמת כולה, וכי יהיה צפוי לענשים הקבועים בחוק אם לא יעשה כן. העד ישיב כי הבין את האזהרה וכי הוא מתחייב לעשות כן.

סעיף 5 לחוק – ביטול השבועה

השבועה על פי החלטת בית-המשפט

5. היה לבית-המשפט יסוד להניח כי השבעת העד עשויה לסייע לגילוי האמת, רשאי בית המשפט, ביוזמתו או לפי בקשת בעל דין, להשביעו, אולם רשאי העד, משהודיע שהוא עושה כן מטעמי דת או מצפון, שלא להישבע אלא להצהיר בהן צדק, זולת אם היה בית המשפט משוכנע שטעמי העד ניתנו שלא בתום לב; החליט בית המשפט להשביעו, יהא לשון השבועה כך:
"אני נשבע באלוהים, כי עדותי בבית משפט זה היא עדות אמת, האמת כולה, והאמת בלבד".

(2) חקירת העד ע"י בעלי הדין ב- 3 שלבים:

- חקירה ראשית – הצד שזימן את העד
- חקירה נגדית – הצד שכנגד
- חקירה חוזרת – הצד שזימן את העד

סדר חקירת העדים מצוי בסעיפים 172-181 לחסד"פ (נכון לגבי אזרחי ופלילי)

□ נוכחות עדים באולם ביהמ"ש בעת חקירתם של עדים אחרים

קיים חשש כי גרסאות העדים תהיינה מושפעות משמיעת עדויות אחרות. לכן, העדים צריכים להיות מחוץ לאולם ביהמ"ש. לאחר שנמסרה העדות, העד יכול לשבת בביהמ"ש. – **סעיף 172 לחסד"פ:**

עדים יעידו זה שלא בפני זה

172. עד שטרם העיד – פרט לנאשם – לא יהא נוכח בגביית עדותו של עד אחר, אולם עד ששמע עדותו של עד אחר, אינו נפסל לעדות בשל כך בלבד.

הנאשם הוא היחיד שיכול לשמוע את עדויות עדי התביעה. אם הנאשם בוחר להעיד, הוא יעיד ראשון כעד הגנה. הסעיף אומר כי אם עד שמע עדות של עד אחר, העדות לא נפסלת, אך משקלה יהא נמוך.

סעיף 161(ג) לחסד"פ – נאשם המוותר על זכות השתיקה יעיד ראשון לפני כולם.

דבר הנאשם

161. (ג) נאשם שבחר להעיד, יעיד בתחילת ראיותיה של ההגנה; אולם רשאי בית המשפט, לבקשתו, להתיר לו להעיד בשלב אחר של פרשת ההגנה.

הכנת עדים וחקירתם בבית המשפט (אזרחי ופלילי)

□ הגינות החקירה

צורת החקירה כפופה להוראות חוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), תשי"ח-1957

סעיף 2 לחוק - המחוקק מאפשר לשופט להפסיק את החקירה אם היא אינה הוגנת.

חקירת עדים

2. בחקירת עד בבית משפט, לא ירשה בית המשפט חקירה אשר, לדעת בית המשפט, אינה לענין הנידון ואינה הוגנת; ובפרט לא ירשה בית המשפט חקירה שיש בה משום עלבון, הפחדה, התעיה או ביוש, שאינם לענין הנידון ואינם הוגנים.

□ חקירה בדבר עברו המיני של הנפגע

נדרש לבצע הבחנה בין 2 מצבים: חקירה ע"י גוף חוקר לבין חקירה על דוכן העדים בביהמ"ש.

1) נפגע העבירה נחקר בתחנת המשטרה

ס' 13(א) לחוק זכויות נפגעי עבירה 2929

חקירה של גוף חוקר בדבר עבר מיני

13. (א) במהלך חקירת תלונה בגוף החוקר בדבר עבירת מין או אלימות לא ייחקר נפגע העבירה על עברו המיני, למעט חקירה הנדרשת בנסיבות הענין בדבר קשר מיני קודם עם החשוד, אלא אם כן קבע הקצין הממונה מטעמים שיירשמו, כי חקירה זו חיונית כדי להגיע לחקר האמת.

נפגע העבירה לא ייחקר על עברו המיני למעט חקירה הנדרשת מנסיבות העניין בדבר קשר מיני קודם עם החשוד.

חריג – קצין ממונה יכול להחליט שניתן לחקור על עבר מיני מנימוקים שיירשמו ונדרשים לחקר האמת.

2) חקירה על דוכן העדים בביהמ"ש

סעיף 2א לחוק חקירת עדים

חקירת נפגע בעבירת מין

2א. בית המשפט לא ירשה חקירה בדבר עברו המיני של הנפגע בעבירה לפי סימן ה' של פרק י' לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (בחוק זה – חוק העונשין), אלא אם כן ראה, מטעמים שיירשמו, כי איסור החקירה עלול לגרום לנאשם עיוות דין.

ביהמ"ש לא יתיר חקירה בדבר העבר המיני של נפגע בכל עבירות המין למיניהן (פרק י' סימן ה' לחוק העונשין)

חריג- טעמים מיוחדים בכדי למנוע עיוות דין וחובת הנמקה.

□ פיקוח בית המשפט על חקירת עדים

תוכן החקירה- לשופטים יש סמכות להגביל את החקירה.

ע"פ 5329/98 דגיאני נ' מדינת ישראל (פלילי) + רע"א 2993/97 עובדיה נ' ברדה (אזרחי) ← לביהמ"ש יש סמכות

להוראות לא רק על הגבלת החקירה, אלא גם על הפסקת החקירה. במקרים שהחקירה אינה אפקטיבית, קנטרנית, מוצתה, פוגענית, מבישה, מטעה, מעליבה או מבזבזת את זמנו השיפוטי של ביהמ"ש.

ע"פ 371/83 גרינוולד נ' מדינת ישראל – מותב של 3 שופטים. אב בית הדין הפריע לסניגור לשאול את השאלות, הפסיק

את החקירה, עצר אותה, העיר למתלוננת. ההגנה ביקשה לפסול את השופט. **העליון** קבע כי במסגרת הדיון לפסילת שופט, שופט לא יפסל כל עוד אין חשש אמתי למשוא פנים.

נדרש לשים לב כי ביהמ"ש יכול להגביל את תוכן החקירה ולא רק את היקף החקירה.

הכנת עדים וחקירתם בבית המשפט (אזרחי ופלילי) □
סדר חקירת העדים – סעיפים 172-181 לחסד"פ

סוג חקירה	עד תביעה	סוג חקירה	עד הגנה
חקירה ראשית	תביעה	חקירה ראשית	ההגנה
חקירה נגדית	ההגנה	חקירה נגדית	תביעה
חקירה חוזרת	תביעה	חקירה חוזרת	הגנה

אם יש כמה נאשמים באותו כתב אישום:

סוג חקירה	עד תביעה	סוג חקירה	עד הגנה
חקירה ראשית	תביעה	חקירה ראשית	הצד שזימן את העד ואח"כ לפי סדר הופעתם בכתב האישום
חקירה נגדית	לפי סדר הופעת הנאשמים בכתב האישום: נ' 1, נ' 2, נ' 3 וכו'	חקירה נגדית	תביעה
		חקירה חוזרת	עדי הגנה או נאשמים בחקירה חוזרת זה כמו החקירה הראשית רק בסדר הפוך כדי לתת הזדמנות שווה

במבחן: באין הוראה אחרת מביהמ"ש. אם לא כתבו כלום, ללכת לפי הכללים מסד"פ.

□ **שלבי החקירה ומאפייניהם**

1. חקירה ראשית

בעל הדין שזימן את העד קורא לו לדוכן ושואל אותו שאלות. העד מספר לביהמ"ש את מה שקרה. נדרש שהשאלות תהיינה שאלות פתוחות ואסור לשאול שאלות מנחות מדריכות. ע"פ 3250/10 פלוני נ' מדינת ישראל – הש' גרוניס אומר כי הצגת שאלות מדריכות לעד תביעה מרכזי בחקירה ראשית, גם שנעשה באישור ביהמ"ש יכול לפגוע בהגנת הנאשם. לכן, יש לדרוש ראיות אחרות במשקל גבוה על מנת להרשיע את הנאשם.

- העד לא רשאי להדריך את עצמו באמצעות דפים או עזרים, אלא ברשות ביהמ"ש ופיקוחו.
- כאשר עד מעיד על הדוכן, העדות שלו מתחנת המשטרה לא נמצאת מולו. הוא מעיד מהזיכרון בלבד (אלא אם יש אישור מביהמ"ש או מדובר בעד מומחה)

במשפט אזרחי:

סעיפים 15-17 לפקודת הראיות קובעים כי בהליך אזרחי ניתן להחליף את החקירה הראשית של העד בביהמ"ש בתצהיר. התצהיר הוא התחליף לחקירה הראשית. אם הצד שכנגד מוותר על הזכות לחקירה נגדית, התצהיר יכול להחליף את כל העדות. התצהיר מוכן ע"י עוה"ד שחקר את העד במשרדו.

רענון זיכרון של עד:

- כאמור, אסור להדריך עד. עם זאת, ישנן נסיבות בהן אפשר לרענן זכרונו של עד מתוך עדותו במשטרה.
- א. כאשר העד לא זוכר את פריטי הדבר עליו העיד במשטרה
 - ב. כאשר העד זוכר, אך הוא מתחמק מלהשיב הצד שקרא לו להעיד יכריז עליו כעד עוין. כצעד מקדים להכרזה על העד כעוין, מרעננים את זיכרונו. משקל הראיה נמוך במקרה כזה.

2. חקירה ראשית על דרך חקירה שכנגד

ישנם 3 מקרים בהם העד 'שלנו' ייחקר בחקירה ראשית על דרך חקירה שכנגד. חקירה ראשית על דרך חקירה שכנגד = עד של הצד שלי, השאלות שאציג לו יהיה שאלות של חקירה נגדית.

ישנם 3 מקרים בהם החוק מתיר לחקור עד בחקירה נגדית:

(1) כאשר העד מוכרז כעד עויין (פלילי + אזרחי)

סעיף 179 לחסד"פ:

עד עויין

179. קבע בית המשפט כי עד שקרא לו בעל דין הוא עד עויין לאותו בעל דין - בין מפני שמסר בבית המשפט עדות הסותרת את עדותו בחקירת המשטרה ובין מטעם אחר - רשאי הוא להרשות לבעל הדין לחקור את העד בחקירה ראשית כאילו היתה חקירה שכנגד ולקבוע סדר חקירתו בידי בעלי הדין האחרים.

מקרה קלאסי- אישה מוכה אינה מספרת את מה שסיפרה על בן זוגה בתחנת המשטרה.

(2) כאשר עד מופיע ברשימת עדי התביעה (פלילי בלבד)

עד מופיע ברשימת עדי התביעה בכתב האישום אך התביעה וויתרה על עדותו וההגנה קוראת לעד להעיד מטעמה. במצב זה, רשאי ביהמ"ש להתיר לנאשם לחקור את העד בחקירה ראשית על דרך חקירה שכנגד.

סעיף 178 לחסד"פ:

עד תביעה שלא נקרא להעיד

178. לא קרא התובע לעד שצויין כעד התביעה בכתב האישום, והנאשם קרא לעד להעיד, רשאי בית המשפט להרשות לנאשם לחקור את העד בחקירה ראשית כאילו היתה חקירה שכנגד ולקבוע סדר חקירתו בידי בעלי הדין האחרים.

הרציונל- בפלילי אין כתב הגנה. הזכות הראשונית של התביעה לקבוע מיהם העדים שתזמן. התביעה יכולה למנות את כל שמות המעורבים כעדי הגנה. לכן, אם מצוין ברשימת העדים עד שברור שהתביעה לא תעיד אותו ניתן לחקור אותו חקירה ראשית בדרך של חקירה נגדית.

(3) מספר נאשמים בכתב אישום אחד ויש לביהמ"ש יסוד להניח שעדו של אחד הנאשמים יעיד לחובת נאשם אחר,

יוכל הנאשם האחר לחקור בחקירה שכנגד בתנאי שלא חקר אותו חקירה ראשית (פלילי בלבד)

סעיף 180 לחסד"פ:

זכות חקירה שכנגד במקרים מסויימים

180. היה לבית המשפט יסוד להניח כי עדו של אחד הנאשמים יעיד לרעת נאשם אחר, רשאי הוא להרשות לנאשם האחר, אם לא חקר את העד חקירה ראשית, לחקרו חקירה שכנגד לפני התובע.

הכנת עדים וחקירתם בבית המשפט (אזרחי ופלילי)

3. חקירה נגדית (פלילי+אזרחי)

במסגרת החקירה הנגדית, בעל הדין שואל את העד שלו שאלות. תכלית החקירה הנגדית היא לדלות מהעד פרטים חדשים שהוא לא מסר במסגרת החקירה הראשית, אלא מידע נוסף. טעם נוסף הוא פגיעה במהימנות העד. בחקירה נגדית זה תמיד העד של הצד השני, למעט החריגים שאוזכרו. התפקיד הוא לערער את מהימנות העד. ← **נלחמים על משקל הראיה.**

- במהלך החקירה הנגדית מותר להציג שאלות מדריכות ומנחות (לעומת החקירה הראשית)
- מותר לאמת את העד עם דברים שמסר מחוץ לביהמ"ש כמו מסמכים אחרים
- מותר לאמת את העד מול עדויות שנמסרו כבר בבית המשפט (לעומת חקירה ראשית)
- מותר לתקוף את מהימנותו האישית של העד

חשיבות החקירה הנגדית

1. החקירה הנגדית נחשבת לאמצעי מספר אחד לחשיפת האמת
דוגמא: הצלבת פרטים מהחקירה הראשית לחקירה הנגדית
2. חשיפת ליקויים בעדות/ חשיפת האמת
נדרש להראות כי יש ליקויים ביכולת הזיכרון של העד.

ההשלכה של אי חקירה שכנגד ע"י הצד היריב

ע"פ 7653/11 ידען נ' מדינת ישראל – הפסיקה קבעה כי כאשר בעל הדין מוותר מרצונו על החקירה הנגדית של העד היריב, רואים אותו כמי שאינו חולק על העד בחקירה הראשית אלא אם הוציא הסבר סביר לכך. **רלוונטי להליך פלילי + אזרחי (פס"ד שטלקר מתייחס לפן האזרחי)**

האם התביעה מחויבת לחקור נאשם בחקירה נגדית?

ע"פ 38/61 יצחק נגד היועמ"ש – הלכת יצחק נקבעה בשנת 1962. **השופט אגרנט** קבע כי במצב שיש עד תביעה יחיד אך יש גם עדות נאשם שלא נחקר חקירה נגדית, ביהמ"ש יהיה חייב לקחת בחשבון את העובדה כי הנאשם לא נחקר בחקירה נגדית ע"י התביעה. היינו, יש מצב מול עדות ועד התביעה לא חקרה אותו בתביעה נגדית – יש לזכות מחמת הספק. הספק הוא מדוע התביעה לא ניסתה לקעקע את גרסת הנאשם.
לטענת המרצה – הלכת יצחק היא מקרה מיוחד משום שהיא לא חלה במקרים שיש מספר עדויות תביעה שאחת מחזק את השנייה.

הלכת יצחק רוככה בפס"ד אפללו. ע"פ 639/79 אפללו נ' מדינת ישראל – הייתה שביתה גדולה של פרקליטים ומשום כך לא חקרו חקירה נגדית את אחד הנאשמים במשפט. השופט ברק קבע כי קיום חקירה שכנגד ע"י התביעה היא רשות ולא חובה. אין כלל נוקשה כי העדר חקירה שכנגד מהווה הסכמה לדברי העדות של הנאשם. מדובר על עניין של משקל- בהלכת יצחק הרי שיש עדות מול עדות ולכן יש לתת משקל גבוה לעדות הנאשם משום שלא נחקר בחקירה נגדית. בניגוד למצב בו יש שביתה פרקליטים והסיבה היא טכנית. ← משקל של העדר חקירה נגדית הוא נמוך כשהסיבה טכנית.

ע"פ 2603/90 אלפאר נ' מדינת ישראל – הנאשמים שיקרו בחקירה הראשית ולא נחקרו בחקירה הנגדית ע"י התביעה. ביהמ"ש יכול לקבוע כי הגרסה שקרית למרות שלא הייתה חקירה נגדית, והכל תלוי בנסיבות העניין.

זכות הנאשם לחקור את עדי התביעה בחקירה נגדית

ע"פ 7915/15 גדבאן נ' מדינת ישראל – פס"ד משנת 2017!

לנאשם הזכות לחקור עדי תביעה בחקירה הנגדית. **זפנה ברק ארז** - עם זאת, זכות זו אינה זוכה להגנה חוקתית. משמעות הדבר כי לנאשם יש זכות לחקור את עד התביעה בחקירה נגדית אבל זו לא זכות חוקתית, אך אם לא נתנו לנאשם לחקור בחקירה נגדית לא מדובר בפגיעה בהליך הוגן כזכות חוקתית וזה לא יביא לפסילת פסק הדין.

בפסק דין זה העליון דן בשאלה מה המשמעות של אי חקירה נגדית של נאשם ע"י התביעה. נקבעו 3 קביעות חשובות:

1. דעת רוב: הימנעות התביעה מלחקור נאשם בחקירה נגדית ביחס למעשה שביצע אינה עולה כדי פגיעה בזכות חוקתית
2. פה אחד: חקירה נגדית של נאשם צריכה להיעשות באופן הוגן
3. דעת רוב: המשקל שיינתן לחריגה מחקירה נגדית, יקבע לפי מכלול הנסיבות והראיות האחרות והשאלה האם ניתנה לנאשם הזדמנות הוגנת להתגונן מפני האישומים נגדו, כך שהמשקל יוותר בתחום שיקול הדעת השיפוטי.

דעת המיעוט של הנדל - הנדל סוקר את המגמות בפסיקה (**יצחק, אפללו ואלפאר**) ומגיע למסקנה כי עיקר הכובד מושם על המשמעות הראייתית לכך שהתביעה לא חקרה בחקירה הנגדית. הפסיקה ניתנה עובר לחקיקת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. לשיטתו חקירת הנאשם היא זכות חוקתית הנמצאת בתחום ההליך ההוגן. לא רק שזה חסר ראייתי, אלא פגיעה בהליך ההוגן. הכלל הוא כי יש לזכות את הנאשם. עמדתו של הנאשם מתקבלת כאשר לא נחקר כלל בחקירה נגדית ולגבי סוגיה מרכזית. החריג הוא כאשר קיים הסבר המצדיק סטייה מן הכלל.

דעת הרוב של זפנה ברק-ארז - לא מסכימה עם הנדל. הרשעת נאשמים יכולה להתקבל גם ללא העדות של הנאשם. **סי' 161 לחסד"פ** אומר כי עד **עשוי** להיחקר. כלומר, התביעה לא חייב לחקור. לטעמה, דעתו של הנדל לא מתיישבת עם החוק.

לסיכום: אין מדובר על זכות חוקתית להיחקר בחקירה נגדית של הנאשם ע"י התביעה. מדובר על משקל ויש להרשיע ע"י כלל הראיות.

עד המסרב להיחקר בחקירה נגדית

הפסיקה מבחינה בין 2 מצבים:

1. כאשר העד המסרב להיחקר בחקירה נגדית והסירוב אינו נעוץ בהתנהגות של בעל הדין היריב **ע"פ 631/76 אביטן נ' מדינת ישראל** – נקבע כי עדותו תימחק לחלוטין כאילו לא ניתנה כלל, על ביהמ"ש להתעלם ממנה. לא ניתן היה לקעקע את מהימנותו של העד.
2. העד מסרב להיחקר כאשר הסירוב נובע ממעשה של בעל הדין היריב או מי מטעמו (טעם צודק) **בפס"ד אביטן** נקבע כי יינתן לעדות מלוא המשקל הראייתי כאילו עמד בחקירה שכנגד. מדוע? כי אם לא יעיד, הרי שהדבר יבוא לטובתו של מי שהפעיל את הלחץ או האיום. לכן, יש לקבל את העדות במלואה למרות שלא הייתה חקירה נגדית.

מצב בייניים: לא ניתן לחקור את העד בחקירה נגדית מסיבה אובייקטיבית (העד מת)

ע"פ 406/78 בשירי נ' מדינת ישראל – ביהמ"ש העליון קבע כי במצב בו העד לא נחקר בעקבות סיבה אובייקטיבית, העדות שנמסרה בחקירה הראשית לא תימחק ומשקלה הראייתי ייקבע ע"י ביהמ"ש בנסיבות מיוחדות של כל מקרה לגופו.

4. חקירה חוזרת

חקירה חוזרת נתונה למי שזימן את העד, לזמן את העד פעם נוספת ולשאל שאלות להבהרת או השלמת תשובות שניתנו ע"י העד בחקירה הנגדית. חקירה חוזרת אינה מהווה מקצה שיפורים! לכן, לא ניתן לשאול דבר שאינו דורש הבהרה ולא נאמר בחקירה הנגדית. מדובר על שאלות פתוחות ולא מכוונות/מדריכות. גם בחקירה החוזרת ניתן להכריז על עד כעוין.

□ מעורבות ביהמ"ש בהבאת ראיות

מעורבותו של ביהמ"ש בהבאת ראיות יכולה להיות ב-2 דרכים:

1) שאלות שביהמ"ש מפנה לעדים כאשר הם נחקרים ע"י בעלי הדין

ס' 175-176 לחסד"פ:

חקירה בידי בית המשפט

175. סיימו בעלי הדין את חקירתם, רשאי בית המשפט לחקור את העד; ורשאי הוא לשאול עד שאלה גם במהלך חקירתו בידי בעלי הדין להבהרת ענין שנתעורר בה. – **יכול לשאול גם במהלך החקירה**

חקירה נוספת בידי בעלי הדין

176. חקר בית המשפט עד, רשאים בעלי הדין לחקור את העד חקירה נוספת להבהרת ענין שנתעורר בחקירתו של בית המשפט. – **אם ביהמ"ש שאל את העד שאלות, כל אחד מהצדדים רשאי לשאול את העד שאלות נוספות לשאלה שנשאל ע"י השופט**

ביהמ"ש יכול לשאול שאלות בכלל ושאלות הבהר. תפקיד ביהמ"ש להגיע לחקר האמת. ביהמ"ש לא מוגבל לאופי החקירה- יכול לשאול כל סוג שאלות שרוצה.

2) זימון עדים מטעמו של ביהמ"ש

ביהמ"ש יכול לקרוא לעדים ולהביא ראיות אחרות, לאחר שבעלי הדין הביאו ראיות.

סעיפים 167, 168 ו-181 לחסד"פ:

ראיות מטעם בית המשפט

167. סיימו בעלי הדין הבאת ראיותיהם, רשאי בית המשפט, אם ראה צורך בכך, להורות על הזמנת עד – ואפילו כבר נשמעה עדותו בפני בית המשפט – ועל הבאת ראיות אחרות, אם לבקשת בעלי דין ואם מיזמת בית המשפט.

סתירת ראיות מטעם בית המשפט

168. הובאו ראיות לפי סעיף 167, רשאים בעלי הדין, ברשות בית המשפט, להביא ראיות לסתור אותן. **עדי הזמה**

עדות מטעם בית המשפט

181. נקרא עד להעיד מיזמת בית המשפט לפי סעיף 167 יתן בית המשפט לבעלי הדין הזדמנות לחקור חקירה שכנגד בסדר שיקבע.

כאשר מסתיימת פרשת התביעה וההגנה, אם ביוזמתו ואם לפי בקשה של בעלי הדין. ביהמ"ש יכול להחזיר עד שכבר סיים להעיד. אם סניגור או תובע שכח להזמין עד, ביהמ"ש יכול לזמן אותו.

ע"פ 951/80 קניר נ' מדינת ישראל - ביהמ"ש יכול לעשות שימוש בסמכות זו גם לאחר שלב הסיכומים וגם לאחר הכרעת הדין ובלבד שלא ניתן גזר דין. ככל שהבקשה להבאת ראיות נוספות מתעכבת, כך הסיכוי יותר נמוך שביהמ"ש יעשה שימוש בסמכות זו וכאשר זה נעשה בכדי לעשות צדק ולמנוע את עיוות הדין.

□ הכנת עדים

לפני שמעידים עד בביהמ"ש מקובל לזמן את העדים להכנת עדות. לדעת המרצה, מדובר בזכות שהיא למעשה חובה כי חייבים להכין את העד לקראת עדותו.

בהליך אזרחי – עוברים על התצהיר שלו, שואלים שאלות שיכול להיות שישאל בחקירה

בהליך פלילי - עוברים אתו על ההודעה שמסר בתחנת המשטרה

▪ אסור להכין עדים ביחד כדי שלא יהיה תאום גרסאות

▪ יש הפרדה מוחלטת בין העדים, הם אפילו יושבים בנפרד בביהמ"ש

פס"ד גבריאל - הכינו את העד במהלך ההפסקה בעדות. העדות לא נפסלה, אך משקל העדות ירד. אם יש הפסקה בין עדות אחת לשנייה של אותו העד, ניתן לבקש פרוטוקול מביהמ"ש כדי שהעד יזכר מה אמר בעדות הראשונה.

הכנת עדים וחקירתם בבית המשפט (אזרחי ופלילי)

□ **עד עוין (רלוונטי לאזרחי + פלילי)**

עד עוין = עד שגילה עוינות לצד שזימן אותו. **דוגמא:** אישה מוכה

היום די להראות סתירה בין המידע שנמסר בתחנת המשטרה לבין מה שנאמר בעדות בביהמ"ש.

סעיף 179 לחסד"פ: (למרות שהסעיף הוא בחסד"פ זה רלוונטי גם לאזרחי)

עד עויין

179. קבע בית המשפט כי עד שקרא לו בעל דין הוא עד עויין לאותו בעל דין - בין מפני שמסר בבית המשפט עדות הסותרת את עדותו בחקירת המשטרה ובין מטעם אחר - רשאי הוא להרשות לבעל הדין לחקור את העד בחקירה הראשית כאילו היתה חקירה שכנגד ולקבוע סדר חקירתו בידי בעלי הדין האחרים.

מדוע להכריז על עד כעוין? כי ניתן לחקור אותו בחקירה נגדית.

קיימים מספר שלבים עד שביהמ"ש מכריז על עד כעוין:

1. אם קיימת סתירה, ביהמ"ש יתיר את ריענון זיכרונו של העד **דוגמא:** בעל הדין יאמר לעדה 'את אומרת שהוא דחף ולא זרק? שימי לב להודעה שנמסרה במשטרה שבה אמרת אחרת'.
2. אם העד עוין מגישים את אמרת החוץ (מה שנאמר במשטרה) לביהמ"ש והוא מפנה לאותן הפסקאות בהן התוכן סותר את מה שנאמר בעדות. ביהמ"ש לא יכול לראות את מה שנאמר במשטרה כי זו עדות מפי השמועה. ביהמ"ש לא יסתמך על כך כראיה, אלא יירשם שקיימת סתירה.
3. ביהמ"ש נותן הזדמנות לצד שכנגד להגיב.
4. ביהמ"ש מכריז על העד כעוין ומאפשר לבא הדין שקודם היה יכול לחקור חקירה ראשית, לחקור חקירה נגדית

הכלל הפוסל עדות מפי השמועה וחריגיו

- הכלל חל גם במשפט הפלילי וגם באזרחי
- אחד הכללים המרכזיים בדיני הראיות. יחד עם זאת, לא מופיע בפקודת הראיות
- הפקודה כוללת חריגים, מהם ניתן ללמוד על הכלל

הכלל: עד מעיד בביהמ"ש על עובדות שקלט בחושיו, אינו רשאי למסור לבית המשפט עובדות שנקלטו על ידי האחר והגיעו לידיעת האחר מפי שמועה.

כל דבר שעד אומר ולא אומר זאת על דוכן העדים זו עדות מפי השמועה – גם אם זו הקלטה של העד מדבר במקום אחר או כתוב ביומן אישי. אם אדם מדבר וסימולטנית רואים אותו מדבר בבית המשפט, זו לא עדות מפי השמועה.

דוגמא: לוי הוא עד מקור. הוא ראה את ראובן רוצח את שמעון. לוי מספר לאשתו צילה. צילה לא יכולה להתחייב שמה ששמעה מלוי אכן קרה. צילה לא קלטה את העובדות בחושים שלה. לכן, יש את כלל העדות מפי השמועה. צילה לא יכולה למסור עדות בביהמ"ש על הרצח.

עדות מפי השמועה יכולה להתבצע ב-3 דרכים:

1. בעל פה – לוי מספר לצילה
 2. בכתב – לוי כותב מכתב לצילה
 3. התנהגות – ניתן לפרש את ההתנהגות לכך שבוצע רצח (פנטומימה)
- דיני הראיות אוסרים על העדתה של צילה || **עדות מפי השמועה – עדות בלתי קבילה. אין חשיבות לכלל לעניין המשקל.**

□ **הנימוקים לאיסור העדת עד מפי השמועה** – מקובל בשיטה האנגלו-אמריקאית

1. עד מפי השמועה אינו יכול להתחייב על אמיתות תוכן הדברים
2. לביהמ"ש אין יכולת להתרשם מהעד שקלט את העובדות בחושיו, להתרשם מסימני האמת ולהעריך את משקל העדות.
3. דילול האמת- ככל שהאמת עוברת דרך חוליות רבות יותר, כך גובר הסיכוי לסילוף האמת

□ **הנימוקים בעד שימוש בעדות על פי השמועה** – מקובל במשפט באירופה

1. הכלל מונע מבית המשפט לקבל מידע רלוונטי העשוי לעזור להגיע לחקר האמת
2. מגמה למעבר מכללי קבילות לכללי משקל ← העדות תיבחן ע"פ משקל וביחד עם ראיות אחרות
3. לעיתים עדות מפי השמועה היא יותר מהימנה מעדות המקור. ההנחה שזו עדות נחותה ובלתי מהימנה, היא טעות ביסודה.

האיסור של העדות מפי השמועה מתייחס לאמיתות הדברים, להבדיל מעצם אמירת הדברים לעד ובתנאי שהיא רלוונטית. אם תכלית העדות של העד היא להוכיח את אמיתות הדברים, חל כלל הפסילה והוא לא יכול להעיד. אם רוצים להעיד את העד על עצם מסירת הדברים לעד בהנחה שהיא רלוונטית, כלל הפסילה לא חל.

אי התנגדות לקבילות עדות מפי שמועה

ההלכה היא כעדות מפי השמועה שהתקבלה בהסכמה או ללא התנגדות של הצד שכנגד היא קבילה, אך משקלה ייקבע ע"י ביהמ"ש לפי יתר הראיות או הנסיבות. אי התנגדות מהווה הסכמה לקבלת העדות ולא יפתח צוהר בשנית לדון בקבילות העדות. **פס"ד סויסה ופלוני** – אם לא מתנגדים יקבלו את הראיה מפי שמועה על אמיתות הדברים ולא רק לעצם מסירת העדות. הראיה קבילה, אך כנראה זו ראיה פחות חזקה. היא יכולה לאמת או להפריך ראיות אחרות.

הכלל הפוסל עדות מפי השמועה וחריגיו (אזרחי +פלילי) החריגים לכלל הפוסל עדות מפי השמועה

לאורך השנים עם המעבר לכללי משקל המחוקק והפסיקה פיתחו חריגים לעדויות מפי השמועה. ניתן להכניס עדות מפי השמועה כראיה לאמיתות התוכן. בסמכות ביהמ"ש יכול בעתיד לקבוע חריגים נוספים.

□ חריגים סטטוטוריים – סעיפים 9+10 לפקודת הראיות

אמרת עד בעת ביצוע עבירה

9. עדות על אמרה שנאמרה בשעה שנעשה, לפי הטענה, מעשה עבירה, או בסמוך לפניו או לאחריו, והאמרה נוגעת במישרין לעובדה השייכת לענין, תהא קבילה אם אמר אותה אדם שהוא עצמו עד במשפט.

אמרה של קרבן אלימות

10. עדות על אמרה שאמר אדם שנעשה בו, לפי הטענה, מעשה אלימות, והאמרה נוגעת לאותו מעשה או לנסיבות-לואי שלו, תהא קבילה אף אם האדם שאמר אותה אינו נוכח כעד ואף אין להביאו למשפט משום שהוא נפטר או תשוש או חולה או נעדר מן הארץ, ובלבד שנתקיימה באותה אמרה אחת מאלה:
- (1) היא נאמרה בשעת מעשה האלימות, או בסמוך לאחריו, או לאחר שהיתה לו ההזדמנות הראשונה להתאונן עליו;
 - (2) היא נוגעת למעשה האלימות לפי סדר האירועים עד כדי היותה חוליה בשלשלת הנסיבות הקשורות במישרין לביצוע העבירה;
 - (3) היא נאמרה בשעה שהוא היה גוסס, או האמין שהוא גוסס, בעקבו של מעשה האלימות.

החריגים הללו מדברים על עדות לגבי אמרות/אמרה ספונטנית שנאמרו בד"כ בסמוך לקרות האירוע הנדון במשפט. חזקה שמי שאמר את האמרה אמר אמת.

□ ס' 10-אמירה של קורבן – הליך פלילי ואזרחי

ס' 10 – עדות על אמרה שאמר אדם שנעשה בו לפי הטענה מעשה אלימות והאמרה נוגעת לאותו מעשה אלימות תהיה קבילה אף אם האדם שאמר אותה לא נוכח כעד. הסבר: סעיף 10 אומר שכשמדובר באמרת קורבן מעשה אלימות והאמרה נאמרה סוך למעשה האלימות, האמרה תהיה קבילה בין אם צילה תעיד במשפט או לא תעיד בשל סיבה אובייקטיבית. להתקיימות הסעיף יש תנאים מצטברים + 3 חלופות אפשריות.

הטעמים לחריג:

- א. מהימנות האמרה- הנחת המוצא שקורבן מעשה אלימות לא ישקר לגבי עובדות הנוגעות למעשה אלימות
 - ב. הצורך בשימור האמרה – לא אחת הקורבנות לא מסוגלים למסור עדות בביהמ"ש מטעמים שונים (חולי/מות)
- אין דרישה לתוספת ראייתית בסעיף זה. אם לא תהינה ראיות נוספות למעט עדות על אמירת קורבן אלימות, סביר שתק כזה לא יגיע לביהמ"ש ואם כן אפשר להרשיע כי אין דרישה כזו. בפועל לא בטוח שזה יקרה.

התנאים המצטברים בסעיף:

1. עדות על אמרה של קורבן מעשה אלימות – כל מעשה שיש בו אלימות פיזית **בש"פ 2366/00 מדינת ישראל נ' רחמימוב** – תקיפת עובד זר. רצו להעיד את השוטר שהעובד הזר סיפר לו על האירוע וחזר לארצו. לא מדובר באלימות קשה. לפי **חשין**, היה מדובר באלימות.
2. האמרה מתייחסת במישרין למעשה האלימות או לנסיבות הלוואי שלו
3. אמרה קבילה אם נאמרה- הקורבן מעיד ואף אם אינו מעיד מסיבה אובייקטיבית. אם עד המקור לא מעיד בביהמ"ש מסיבה אובייקטיבית: תשוש, חולה, עזב את הארץ וכו'.

לתנאים הללו יש להוסיף את אחד מ-3 החלופות:

(1) " (1) היא נאמרה בשעת מעשה האלימות, או בסמוך לאחריו, או לאחר שהיתה לו ההזדמנות הראשונה להתאונן עליו; "

גם אם חלף זמן וזו הייתה ההזדמנות הראשונה. אם נאמר לאחר מכן, זו לא אמרה ספונטנית.

ע"פ 3737/91 חיר נ' מדינת ישראל – אדם שנדקר בגבו הגיע לביה"ח עם סכין בגב. ביקש עזרה רפואית וציין את שם

הדוקר בפני שני שוטרים. המונח 'סמוך' הפסיקה קבעה שהמונח בסמוך/ לאחריו אינו מתייחס רק לעניין של דקות אלא יכולה לחפוף גם משך זמן ארוך יותר.

ע"פ 257/74 אמקייס נ' מדינת ישראל – בן הזוג הצית את הקורבן, היא נמלטה מהדירה והוא לקח אותה לביה"ח עם

מונית. היא סיפרה לאנשים בדרך כי הוא הצית אותה. נקבע כי 'בהזדמנות הראשונה' יכול להיות זמן קצר לאחר

האירוע וגם שעות ארוכות לאחר האירוע עצמו. היא אמרה שהציתה את עצמה ולכן זה עורר ספק סביר. הפסיקה

הדגישה שהאמרה צריכה להיות ספונטנית ולא פרי חקירה, דרישה או השתדלות. אם האמרה נאמרה בתגובה לשאלה סתמית, היא תתקבל.

ע"פ 436/80 עמוסי נ' מדינת ישראל – עמוסי וחבריו ניגשו לביה"ח פסיכיאטרי ולקחו חולה ליער בירושלים ואנסו

אותה. לאחר מכן, זרקו אותה בצד הדרך ושוטרים שאיתרו אותה לקחו אותה לביה"ח. היא לא סיפרה לאף אחד

אודות המקרה עד שהפגישו אותה עם הרופאה שלה מביה"ח הפסיכיאטרי. העליון קבע כי כיוון שלא סיפרה לשוטרים

או לאחות בביה"ח אלא רק לרופאה שלה היא דיברה בהזדמנות השלישית ולא הראשונה.

הפרשנות בפס"ד היא פרשנות מצמצמת וזה מראה כי השופטים חוששים מעדות מפי השמועה.

(2) " (2) היא נוגעת למעשה האלימות לפי סדר האירועים עד כדי היותה חוליה בשלשלת הנסיבות הקשורות במישרין

לביצוע העבירה; "

דוגמא: הקורבן עומד להירצח והוא לא יודע זאת. הוא מספר לאן הולך ומה עושה ולאחר מכן נרצח. האמרה צריכה

להיות משובצת בסדר האירועים.

ע"פ 4004/93 יעקובוביץ נ' מדינת ישראל - השופט קבע 2 תנאים על מנת להכשיר את הסעיף:

א. דרישת המועד- האמרה נאמרה במועד בו התרחש האירוע. מדובר בתנאי גמיש וכולל אמרות תוך כדי האירוע,

בסמוך להתרחשות או אחר ההתרחשות.

ב. דרישת הנגיעה למעשה אלימות – אמרה במישרין למעשה האלימות. תנאי זה אינו סובל גמישות. אמרה צריכה

להתייחס במישרין לאירוע האלימות.

ע"פ 158/66 בולקין נ' היועץ המשפטי לממשלה - בולקין סרסר בחורה בת 15.5, רצח אותה ונידון למאסר עולם. היא

אמרה למכרים שלה כי היא חוששת לחיה, והוא אכן רצח אותה. הדברים מלמדים על הפחדים שלה, אך הם אינם

נוגעים למעשה האלימות ולא יכולים להכשיר עדות קבילה בשרשרת האירועים, הרי היא לא אמרה לחברים שנסעה

לעכו.

ע"פ 4004/93 יעקובוביץ נ' מדינת ישראל – אמר לבני המשפחה כי הלך לגבות חוב במגרש המכוניות. הוא נרצח ע"י מי

שהיו חייבים לו כספים. ביהמ"ש הכשיר את האמרה שלו כי אמר לקורבים מכח ס' 10 (2). המועד ספונטני- נאמר בשלב

התפר בין נסיעתו והיעלמותו הנוגעת למעשה האלימות.

ע"פ 4297/98 הרשטיק נ' מדינת ישראל – יעקב סלע, לוכד נחשים קיבל טלפון ברכב והוא מספר לחברתו שהוא נוסע

לצפון. היו חייבים לו כסף. הרשטיק רצח אותו בדרך. הוא ניסה לתת אליבי אבל במהלך המשפט 2 עדים העידו לחובתו.

ביהמ"ש הכשיר את הדברים של העדים לאמיתות התוכן. ביהמ"ש אומר כי הדברים נאמרו ע"י המנוח במהלך הדרך

ומכשיר את עדותו לפי חלופה זו. עדויות אלו מוטטו את גרסת האליבי. כשהראיה הופכת להיות קבילה, זה כאילו היה

מדובר בעדי ראיה.

3) " (3) היא נאמרה בשעה שהוא היה גוסס, או האמין שהוא גוסס, בעקבו של מעשה האלימות. "

אמרת שכיב מרע – אמרת מעשה אלימות כאשר היה גוסס או האמין שהוא גוסס עקב מעשה האלימות.

מדובר בגסיסה אובייקטיבית (דוחות רפואיים) **א** שהוא האמין שהוא גוסס מבחינה סובייקטיבית.

מדובר בחלופה של קבילות, כלומר אם התנאי מתקיימים, האמרה תתקבל. זה לא אומר שמשקלה יהיה גבוה.

הפסיקה קבעה שגוסס הוא מי שנמצא ברגעיו האחרונים ואפסו סיכויים לחיות.

ע"פ 571/86 אדרי נ' מדינת ישראל – אדרי רצח את הקורבן. הגיע למקום עבודתו של הקורבן, ירה לעברו 3 כדורים,

הקורבן התמוטט. העובדת הכירה את הקורבן והוא צעק לה 'ראית? זה עמרם!' הכשירו את האמרה של קורבן מעשה

האלימות כי אמרו שלא רק שהוא גוסס אובייקטיבית, אלא גם עמד למות. – ראה לאמיתות התוכן.

ע"פ 2506/96 מורלי נ' מדינת ישראל – הקורבן היה ערבי מוסלמי. הוא ירד להתפלל בצד הדרך. מורלי ירד מרכבו עם

תת מקלע עוזי וירה בו למוות. מורלי טען כי הוא בא אליו עם סכין וצעק 'אללה הוא אכבר' וגרסתו הופרכה. כשהנאשם

עזב את הזירה, הגיעו 3 עוברי אורח שהם היו קרובי משפחה של הקורבן. סופר כי מישו עם רכב מסוג מזדה בא עם

אקדח וירה בקורבן ואף זכרו חלק ממספר לוחית הרישוי. הקורבן נפטר. האמרה שמסר הקורבן לאותם שלושה עוברי

אורח היא אמירת קורבן מעשי אלימות מכח סעיף 10(3). מכשירים את האמרה כראיה לאמיתות התוכן.

ע"פ 257/74 אמקייס נ' מדינת ישראל – כאשר אמרת הגוסס נעשתה בתגובה לחקירה ודרישה נקבעו תנאים

המבטיחים את משקל האמרה (שכן היא קבילה):

א. האמרה תרשם בעת אמירתה ובסמוך לאחר האירוע

ב. האמרה צריכה להירשם במלואה גם אם נאמרו דברים לא רלוונטיים, ויש להגישה במלואה לביהמ"ש

ג. במידה האפשר, צריך שתהא ספונטנית. לא תמיד מתאפשר כי יש חשש שהגוסס ימות. בלשון הדובר ובשפתו ולא

בתגובה לשאלות מדריכות. כלומר, בניגוד לסעיף 10(2) אפשר לחקור את אדם שהוא גוסס יותר משאלות סתמיות

ולעניין המשקל הגבוהה יש להקפיד על תנאים אלו. אז המשקל יהיה גבוה ולא רק שהאמרה תהיה קבילה.

ניתן להכשיר אמרה לפי כל החלופות:

ע"פ 1424/02 טוטמן נ' מדינת ישראל – הנאשם הצית את אשתו שבדיוק סיימה להתקלח. היא הלכה מחדר המקלחת

לכיוון חדר השינה כדי להתלבש. הנאשם שפך עליה בנוזל כשהיא הייתה עירומה, הצית אותה והיא נמלטה מהבית. היא

התיישבה בחדר המדרגות, השכנים שאלו מה קרה והיא סיפרה שבעלה הצית אותה. הזמינו לה פרמדיקים, וגם

באמבולנס היא חזרה על כך שהבעל הצית אותה. לאחר מכן, היא איבדה הכרה ונפטרה. אפשר להכשיר את האמרה לפי

ס' 10(1), אבל ביהמ"ש עבר על כל החלופות. העליון אמר כי המנוחה סיפרה גם לשכנים, לעוברי האורח ולאנשי העזרה

הראשונה כי המערער הצית אותה.

ס' 10(2) – האמרה הייתה חלק מהמסכת העובדתית

ס' 10(3) – מתקיימת החלופה האובייקטיבית וגם החלופה הסובייקטיבית.

האם יש צורך בתוספת ראייתית כדי להרשיע נאשם על סמך עדות שמועה שהוכשרה מכח ס' 10 לפק"ר?

לפי החוק אין דרישה לתוספת ראייתית. כלומר, בתיאוריה, ביהמ"ש יכול להרשיע את ראובן בתקיפה של צילה על סמך

העדות של אהובה כעדה יחידה כי לפי החוק לא צריך תוספת ראייתית.

בפרקטיקה, אין פס"ד על סמך עדות שמועה של עדה יחידה.

□ ס' 9 - אמרת עד בעת ביצוע העבירה – **הליך פלילי ואזרחי**

מדובר על כל עבירה ולא רק מעשה אלימות. אם רוצים להכשיר אמרה שאמר עדם לאחר לאמיתות התוכן נדרש שמי שאמר את האמרה הוא עד במשפט. כלומר, מדובר על 2 עדויות, לאו דווקא באותו המקרה.

דוגמא: ראובן עד ראיה לעבירת שוחד. ראובן מתקשר לצילה ומספר לה שהוא היה במשרד וראה את הבוס שלו (ראש העיר) מקבל שוחד. צילה היא עדות מפי השמועה. האמרה של ראובן צריכה להיות ספונטנית והאמרה קשורה למשהו שקשור לעבירת השוחד. העדות של צילה על מה שראובן אמרה לה תהא קבילה אם מי שמסר את האמרה זה עד השוחד. כלומר, אם רוצים להעיד את צילה כראיה קבילה על אמיתות התוכן, צריך שראובן יהיה במשפט.

העדות מפי השמועה תהיה קבילה, רק אם עד המקור עולה להעיד.

ע"פ 8704/09 יחזקאל באשה נ' מדינת ישראל – ביהמ"ש קובע כי סעיף 9 דורש 3 תנאים מצטברים:

1. תנאי העיתוי

אמרה שנאמרה בסמוך לעבירה או לאחר או בשעה שנעשתה העבירה. סמיכות זמנים, אמירה ספונטנית.

אם האמרה אינה ספונטנית, יש חשש שמישהו השפיע על האומר או שהיא נאמרה מתוך תכנון. תנאי זה יקבע בנסיבות העניין והשכל הישר.

ע"פ 1645/08 פלוני נ' מדינת ישראל – יש לעשות את הפירוש בדווקנות וצמצום. ההנחה היא שלא צריך לקבל אמרות מפי השמועה והן לא תמיד מהימנות.

2. תנאי תוכן - האמרה נוגעת במישרין לעובדה הקשורה בעבירה

3. תנאי הזהות - אומר האמרה הוא עד בביהמ"ש

בפס"ד באשה דובר על קטטה במסעדה שהתפתחה לרצח. הנאשם אמר 'היום אני ארצח אותך' ולאחר מכן חיפש את

הקורבן ורצח אותו. מי שהיה עד ראייה לתקיפה של הקורבן היה דודו, סבאח. סבאח פגש את שכנתו, לא סיפר לה כלום אודות הרצח. כנ"ל בפגישה עם בתו רונית ועם מכר שלו בשם סמי. הוא לא מספר כלום. לאחר מכן, הוא מקבל טלפון בו מודיעים לו כי האחייך נפטר מפצעי הדקירה. לאחר מכן הוא מספר. **האם מדובר בסמיכות זמנים?**

בסעיף 9 אין סמיכות זמנים, אלא הזדמנות ראשונה. שלושת השופטים אומרים כי בנסיבות אלו יש סמיכות זמנים. **הנדל** אומר כי סבאח היה תחת השפעת הדקירה. הוא סיפר מרצונו כאמרה ספונטנית ובאופן חופשי וזו לא חקירת משטרה. לפי הפרשנות הממצמת של ארבל מדובר בסמיכות זמנים. **הנדל** מציע מבחני עזר:

א. מבחן סמיכות המקום לפיו נשאל היכן נמסרה האמרה וככל שהאמרה נאמרה בסמוך למקום בו בוצעה העבירה כך יש יותר סיכוי לקבל את האמרה.

ב. סמיכות עניינית – מצב נפשי ופיזי של העד מושפע ישירות מן האירוע. האם הוא שרוי בטרואומה, נסער ומבוהל.

ג. מבחן האינטראקציה בין מוסר האמרה לשומע- האם האמרה נשאה אופי של עדות או בפני חבר או לחליפין יחסי מרות. האם הדברים נאמרו בחופשיות או במסגרת חקירה.

השופט עמית קובע שיש לפרש את דרישת העיתוי לפני הנסיבות ובאופן גמיש. **מכאן מסיקים שלא מקבלים את מבחני העזר של הנדל** מאחר והם יכולים ליצור מצב של חוסר וודאות. התנאים לא חד משמעיים. מגיעים לאותה מסקנה כמו **הנדל**, אך לא באותה הדרך.

תשאול במשטרה ← מה קורה אם העד מוסר את גרסתו למשטרה? האם התשאול פוגע בספונטניות האמירה?

ס' 10 - **לפי פס"ד חיר ואלפסי** - לא. אם השוטר לא מתחקר והעד מוסר את גרסתו שלו- אין בעיה.

ס' 9 - **פס"ד סעד (משנת 2013)** - כל עניין צריך להיבחן לפי נסיבותיו, כאשר זהות האדם שכלפיו הופנתה האמרה ואופן אמירתה הן רק חלק מהשיקולים שיש לקחת בחשבון.

חריג פסיקתי, משמעו 'רכיב הסיפור'. – כולל קבוצת אמרות המוכרות במשפט האנגלי כחריג לאי קבילות אמרה מפי השמועה. מדובר על אמירות ספונטניות הנתפשות ע"י המשפט כחלק האירוע ולכן אין יסוד להניח שהתוכן הוא שקרי. כלומר, סעיפים 9-10 הם חריגים של רס גסטא שנקבעו בחוק. האם מדובר על הסדר שלילי? כיום קיים קונצנזוס שקבוצת החריגים הפסיקתיים מצטרפים לרס גסטא החקוקים ולא מדובר על הסדר שלילי.

קבוצת האמרות של RES GESTA:

1. אמרה ספונטנית תוך כדי התרחשות של אירוע מרגש

מאפשר להכשיר תוך כדי או בסמוך לקרות אירוע מרגש.

ע"פ 7293/97 ז'אפר עאמר נ' מדינת ישראל – דן בהבדל בין ס' 9 לאמרה זו. במקרה דנן היה מדובר על אישה שסיפרה לשוטר מה היא ראתה והוא העלה הכל על הכתב. הרישום עלה כראיה בביהמ"ש והסניגור טוען כי האישה לא עלתה להעיד. לכן, לא ניתן לקבל את האמרה כקבילה לפי סעיף 9. ניתן להכשיר את האמרה כרס-גסטא כאמרה ספונטנית תוך כדי אירוע מרגש. **הש' דורנר** אומרת כי עדות לפי השמועה טובה יותר מהמקור כי האישה הכתיבה את מספר הרכב, ואם הייתה עולה להעיד, סביר שלא הייתה זוכרת את המספר. אם יש מקור ← נלך לס' 9. אם אין את עד המקור ← אפשר להכשיר את האמרה לפי רס-גסטא.

2. אמרה הנלוות למעשה ומסבירה אותו

אמרה בכתב (כמו יומן) או בע"פ המלווה מעשה שעושה האומר ואשר יש בה להאיר את המעשה ולהסביר אותו, תתקבל כראיה לאמיתות תוכנה. האמרה היא חלק מהמעשה.

ע"א 6/51 קירשבאום נ' קרויניק – הליך אזרחי. אדם מעביר כסף בבנק תוך כדי שיחה עם אדם והוא מספר לו על כך. האמרה היא חלק ממעשה העברה. לכן, אם אדם מכחיש את העברת הכסף ניתן להשתמש באמרה כראיה לאמיתות התוכן. **פס"ד חרמון** – כתיבה ביומן אישי על עבירה תתקבל כראיה לאמיתות התוכן שלה. גם כאן זה צריך להיות כתוב או נאמר בסמוך למעשה או תוך כדי התרחשותו.

3. אמרה המבטאת הלך נפשי של האומר

נאמר לאדם על המצב הנפשי שלו- ציפיותיו, רגשותיו, כוונתו של האומר, גם אם האומר אינו מעיד ובלבד שנאמר בצורה ספונטנית. כמובן כאשר המצב הנפשי רלוונטי למשפט – לכן רלוונטי בהליכים אזרחיים, כראיה לאמיתות התוכן

4. אמרה ספונטנית המשקפת את המצב הבריאותי

שיתוף האחר בהווה על מצב רפואי כראיה על אמיתות התוכן גם אם האומר לא מעיד ובלבד שהיא ספונטנית. **דוגמא:** אדם אומר לרופא שלו ובלבד שיוותר על החיסיון שלו. **דוגמא:** ילד מבקש אוכל מהשכנים. השכנים יכולים להעיד כי הילד אמר שלא אכל כבר יומיים.

הפסיקה האנגלית מבחינה בין 2 מצבים שפונים לרופא:

א. אדם שפנה לרופא כדי לקבל טיפול רפואי – ההנחה היא כי האמרה ספונטנית ואמתית.

ב. אדם פנה לרופא כדי לקבל תעודה רפואית – אין ערובה למהימנות

אמרות שמסרו אנשים ולימים אותם אנשים נפטרו. אין אפשרות לחקור אותו כי אותו האדם נפטר. לכן, בנסיבות מסוימות ניתן להכשיר אמרות מסוימות שאינן ספונטניות והאדם נפטר. כמובן שלא מדובר בכל אמרה, אלא בנסיבות מסוימות. הפסיקה הישראלית הרחיבה זאת לאנשים נפקדים – כאלו שלא ניתן לאתר אותם בשקידה סבירה.

אמרת נפטר בניגוד לאינטרס רכושי

ע"א 601/68 ביידר נ' לוי - אמרה כזאת תתקבל בתנאים הבאים :

1. בשעת אמירתה ההודעה נוגדת את האינטרס הרכושי או הממוני של האומר המנוח
2. בעת האמירה ידע המנוח שהדבר יכול לפגוע באינטרס הרכושי שלו. ההנחה היא שאדם לא שם את עצמו סתם רשע. כשאדם אומר לאחר דבר שפוגע באינטרס הרכושי שלו חזקה היא שהוא אומר אמת
3. ידיעה אישית של האומר כי העובדות עליהן מעיד אכן קרו
4. נסיבות האמרת אינן מקימות חשש על אמיתות תוכנה

דגשים:

- א. כדי להכשיר אמרה לפי חריג זה, ראיה מהווה על כל האמור בה ולא רק לחלק הנוגע לאינטרס הרכושי.
- ב. החריג הורחב גם במקרים בהם לא ניתן לאתר את העדים אל אף שנקטו אמצעים נאותים לאתרם (ברנשטיין)

אמרת נפטר במילוי תפקידו

מקום בו אדם מוסר אמרה בכתב או בע"פ תוך מילוי תפקידו ונפטר לאחר מכן, אמרתו כשירה כראיה להוכחות העובדות הנאמרות בה. ההנחה היא שכל מה שנאמר תוך מילוי תפקיד הוא ראיה לאמיתות התוכן. ע"א 601/68 ביידר נ' לוי, ע"פ 416/71 עווד נ' מדינת ישראל, המ' 79/55 שטוצינר ואח' נ' פומרנצ'יק – נקבע כי יש לעמוד בתנאים הבאים :

1. מי שנשא בתפקיד נפטר או נפקד ולא ניתן לאתר בשקידה סבירה
 2. האמרה נאמרה במהלך מילוי תפקיד. לא חייב שזה יהיה מילוי תפקיד פורמלי
 3. **דוגמא:** בעל מכולת שכותב פנקס חובות. אם נפטר אפשר להגיש את הפנקס החובות כראיה לאמיתות התוכן. כמובן שניתן לסתור כמו כל ראיה. למעשה, מדובר בכל תפקיד.
 3. הפרטים מתייחסים לפעילות שכבר נעשתה ולא פעילות עתידית
 4. נסיבות מסירת האמרה אינן מקימות ספק באשר לאמיתות תוכנה
- פומרנצ'יק** – דוח של בוחן משטרה שמת. | **עווד** – חו"ד של רופא שניתח גופה כאשר הרופא נפטר. אם היה רופא היה מעיד

דגשים:

- א. ע"א 703/86 ברנשטיין נ' יו"מ - החריג הורחב לנפקדים (ולא רק נפטרים)
- ב. ע"פ 416/71 עווד נ' מדינת ישראל - מה שקביל במסגרת חו"ד הוא עובדות ולא מסקנות. הרי לא ניתן לחקור את הרופא על המסקנות. אפשר לקחת את העובדות, להכשיר אותן ואז להעביר למומחה אחר שיסיק מסקנות.

ע"א 119/05 חליפה נ' מדינת ישראל – הליך אזרחי. הולדה בעוולה. ביה"ח נתבע לאחר שלא אותרו מומים בעובר. בדיקת החלבון העוברי הייתה אמורה לגלות את המום, ביה"ח לא הציע ליולדת את הבדיקה. האחות במרכז הרפואי נפטרה. בכרטיס המעקב במרכז ההתפתחות היה כתוב 'חלבון עוברי, 17/6/90 - לא בוצע, לא מעוניינת'. התביעה נפלה. אם האחות הייתה מעידה היא הייתה אומרת כי הציעה והיולדת לא רצתה. יש אמרה של אדם בעת מילוי תפקידו על מה שקרה. מדובר בעובדות ולא חו"ד. זה מה שהפיל את התביעה, קיבלו את מה שהאחות כתבה כראיה לאמיתות התוכן וביהמ"ש העניק משקל גבוה.

סעיף 10א לפקודת הראיות:

אמרת עד מחוץ לבית המשפט (תיקון מס' 5) תש"ס-1979

10א. (א) אמרה בכתב שנתן עד מחוץ לבית המשפט תהיה קבילה כראיה בהליך פלילי אם נתקיימו אלה:

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

בהליך פלילי עד מוסר גרסה בתחנת משטרה ומוסר הודעה. הודעה זו נקראת הודעת חוץ בכתב משום שהיא מחוץ להליך המשפטי, לביהמ"ש. אם יוגש כתב אישום נגד הנאשם מצפים מהעד שיעלה לדוכן העדים ויחזור על מה שאמר. במקרים בהם העד סותר את גרסתו חל כלל הפוסל עדות מפי השמועה, ס' 10א לפק"ר מאפשר לתת את אמרת החוץ שניתנה בתחנת המשטרה כראיה לאמיתות התוכן.

במישור הדיוני – מגישים את אמרת החוץ רק כראיה לעצם מסירת ההודעה בלבד. השופט לא יכול לבסס הרשעה על בסיס בחינת ההודעה, אלא על בסיס בחינת העדות. מראים לביהמ"ש שהעד מסר הודעה אחרת במקום אחר. המקרים בשימוש במישור הדיוני

1. במסגרת חקירה נגדית של העד- הסניגור רוצה להראות שהמיומנות של העד מוטלת הספק כי מסר 2 גרסאות שונות בזמנים שונים. לוקחים את ההודעה במשטרה ומגישים לשופט ומראים את הסתירות. זה משפיע על מהימנות העד
2. במסגרת הבקשה להכרזת עד כעד עוין
3. כתגובה לריענון זיכרון של עד. מביאים את ההודעה במשטרה ומרעננים את זיכרונו.

במישור המהותי – אמרת החוץ של העד מוגשת כראיה לאמיתות התוכן של אותה הראיה. לא אומרים שרק שבמקום אחר נאמר משהו אחר, אלא שרוצים להרשיע אותו על סמך מה שאמר בהודעתו במשטרה. במקרה כזה, מדובר על עדות מפי השמועה ולכן יש להכשירה לפי ס' 10א.

חשיבות חקירתו של סעיף 10א והרקע לחקירתו

הסעיף נחקק בשנת 1980 והיו לכך 2 סיבות:

- א. טעם כללי – מגמת המעבר מכללי קבילות לכללי משקל
 - ב. טעם ספציפי- מתן מענה לתופעה מדאיגה של הפעלת לחצים פסולים על עדים. אם העד לא יעיד, המשטרה לא תוכל להביא את אמרת החוץ שלו.
- החקיקה אפשרה לתביעה להגיש אמרות חוץ של עדים ויכולה גם לבקש מביהמ"ש להרשיע את אדם ע"ס אמרת החוץ.

ההבדל בין החריגים של ס' 9 + 10 res gestae לאמרת החוץ - בחריגים היה בסיס לקבלת האמרה ואמתותה. בסעיף

זה אין בסיס לאמיתות האמרה. אפשר להתייעץ עם עו"ד לפני. כלומר, אין ערובה לאמיתות האמרה.

1. אמרה בכתב

כל התבטאות בכל מקום ובכל הנסיבות שבאמצעותן מביע האדם את עצמו. הפסיקה נתנה למונח 'אמרה בכתב' פרשנות רחבה והכוונה היא לכל אמצעי המקפיא את הדברים ושומר עליהם במצב אמין. הכוונה באמרה בכתב היא לכל אמרה שהונצחה בכל אמצעי תיעוד אובייקטיבי המשקף את הנאמר.

האם זיכרון דברים הוא 'אמרה בכתב'?

זיכרון דברים- אמרת חוץ של עד בעל פה שהועלתה בשלב מאוחר יותר על הכתב, כלומר, לא בשעת אמירתה.
ד"ר 23/85 מדינת ישראל נ' טובול – טובול הועמד לדין על עבירות סמים והמדינה ביקשה להגיש במשפט שלו 3 זיכרונות דברים שערכו העדים בעקבות שיחה שעשו לאחר העדות. הם לא העלו את השיחה תוך כדי שהעדה מסרה את העדות אלא ימים אחר כך. התביעה ביקשה להגיש את זיכרון הדברים כאמרת חוץ בכתב. המחוזי קבע כי זיכרון דברים אינו אמרה בכתב ולכן הוא זיכה את טובול. **העליון** – בדעת רוב נקבע כי זיכרון דברים הוא לא אמרה בכתב לפי 10 איולכן טובול זוכה. **השופט נתניהו בדעת מיעוט** – החליטה שזיכרון דברים הוא אמרת חוץ בכתב.
בדיון נוסף בעליון השופטים ברק ושמגר מצטרפים לדעת המיעוט של נתניהו. שמגר טען כי אמרת בכתב כוללת כל דבר המתעד את האמרה, יכול שיהיה בכתב יד, הקלטות וידאו וכו'. אין צורך שהאמרה בכתב תינתן דווקא לשוטר אלא לכל אדם.

ברגע שביהמ"ש מכיר בזיכרון דברים כאמרת חוץ ←

האם הדרישה לסמיכות זמנים היא תנאי לקבילותה של האמרה או לעניין המשקל שלה?

השופט ברק בדעת רוב: סמיכות זמנים אינה תנאי של קבילות אלא שיקול לעניין המשקל.

השופט שמגר בדעת רוב: סמיכות זמנים היא תנאי של קבילות ולא שיקול לעניין המשקל.

הדעה של ברק היא הגישה שהתקבלה בפסיקה כיוון שהיא פרוקטית.

ע"פ 4004/93 יעקובוביץ נ' מדינת ישראל – יצחק האב ודורון הבן רצחו את הקורבן. פיצלו אותם למעצרים נפרדים. לתאים הכניסו מדובבים. האב היה חשדן ולא דיבר עם המדובב. הבן, דורון, סיפר הכל למדובב. המדובב נכנס עם מכשיר הקלטה כך ששמעו את רוב הדברים. הדברים שנאמרו בקלטת – אמרה בכתב. העניין הוא שלא כל הדברים שדורון אמר הוקלטו. היו דברים שהוא לחש באזני המדובב ולא שמעו אותם. אמרו למדובב להעלות את מה שהוא זכר שדורון סיפר לו על כתב. אם המדובב היה מעלה על כתב, זו אמרת חוץ בכתב – זכרון דברים הוא אמרת חוץ בכתב. המדובב מוסר את מה ששמע לשוטר, והוא זה שמעלה את הדברים על הכתב. בעליון- דעת המיעוט של קדמי קבעה שגם זו אמרת חוץ של עד. אין משמעות לכך שהאמרה של המדובב נמסרה לגורם שלישי. המשמעות היא טכנית ולא מהותית.
דעת הרוב של מצא ושטרסברג-כהן – אין לקבל אמרת חוץ בכתב מכלי שלישי.
כלומר, הלכת יעקובוביץ אומרת שמי שמע את אמרת החוץ היה צריך להעלותה בכתב – העברה לגורם שלישי אינו דבר של משקל אלא של קבילות.

פס"ד חשוב למבחן! טובול + יעקובוביץ'

אמרה בכתב שניתנה על ידי עד (כל מי שמזומן בהליך פלילי) ובמסגרת עדותו מבקשים להגיש ראייה לאמיתות התוכן את ההודעה מכוח סעיף 10א.

האם הנאשמים הם עדים? לא. סעיף 10א לפק"ר הוא סעיף של עדים ולא נאשמים. אמרת חוץ מכוח סעיף 10א מאפשרת להגיש אמרות של אדם המפליל אדם אחר.

ע"פ 5249/98 מירלשוילי נ' מדינת ישראל + ע"פ 242/85 חזן נ' מדינת ישראל - ההלכה הפסוקה היא כי נאשם משותף המעיד בפרשת ההגנה כעד לעצמו, יהיה עד במשפט כמשמעותו של סעיף 10א וניתן יהיה להגיש את אמרת החוץ שלו כראיה נגד נאשמים משותפים לאותו כתב אישום, לרבות, הודאת חוץ שמסר במסגרת החקירה. בנוסף, גם הודאת החוץ שלו נפסלה משום שלא הייתה 'חופשית ומרצון' לפי סעיף 12, אין בכך על מנת לפסול אותה כאמרת חוץ בפלילים שכן זו משמשת ראייה כנגד האחרים (ולא כנגד האומר) ונסיבות נתינה אינן מעלות ומורידות לעניין קבילותה, אך משקלה יהיה נמוך. בסעיף 10א לא כתוב כי הודעת חוץ לגבי אחרים צריכה להיות חופשית ומרצון. אם הנאשם לא עולה להעיד ושומר על זכות השתיקה- לא ניתן להביא אמרת חוץ שנתן, כי אם הוא לא עולה להעיד, הוא לא עד וסעיף 10א נוגע לעדות.

אם הנאשם מפליל את שותפו, אין צורך באמרת החוץ כי אין סתירה, אבל אם הוא מעיד וסותר את אמרת החוץ שלו בהפלתו של שותפו, אפשר להביא את אמרת החוץ והוא נחשב כעד. **בעניין מירלשוילי** ביהמ"ש המחוזי עשה טעות כי הוגשו אמרות של נאשמים שלא עלו להעיד. אם נאשם לא עולה להעיד, הרי שאינו עד ואינו יכול להעיד.

3. האמרה ניתנה מחוץ לביהמ"ש

לא בהכרח נמסרה מחוץ לביהמ"ש, אלא שלא נמסרה במסגרת הדיון בה מתבררת אשמת הנאשם. כלומר, לא בפני השופט הדין בעניינו. ניתן להביא פרוטוקולים ממשפט אחר כאמרת חוץ.

סעיף 10א (א) אמרת עד מחוץ לביהמ"ש

3 תנאים שצריך להוכיח:

(1) מתן האמרה הוכח בביהמ"ש

מי שרוצה להגיש את אמרת החוץ הוא זה שנושא בנטל ההוכחה כי האמרה ניתנה ע"י העד שלו מייחסים אותה. העד צריך לאשר שמסר את העדות, למי מסר את העדות ובאיזה אופן.

(2) נותן האמרה הוא עד במשפט וניתנה לצדדים הזדמנות לחקור אותו (ההבדל בין 10ב)

משתמשים בסעיף רק אם העד שעולה להעיד סותר את אמרת החוץ שלו ורק אז אפשר להגיש את אמרת החוץ.

עד שותק זה 10א(א) לפק"ר – צריך להראות למה הוא שותק ולהראות שיש סתירה. אם עד שותק, אין הזדמנות לחקור אותו וזה כאילו הוא לא נמצא בדוכן. צריך להוכיח שהעד שותק כי משהו איים עליו או כי הופעל אמצעי פסול(10א(ב))

מה דינו של העד השותק? הוא נכנס לסעיף 10א(א) או 10א(ב)? ← ההלכה התהפכה 4 פעמים:

- ע"פ 722/85 מדינת ישראל נ' אשכנזי – היכולת לחקור את העד היא דרישה מהותית ולכן, עד שותק או עד שמסר להעיד או מקשקש יבוא בגדר מי שאיננו עד ויחול על קבילות אמרתו סעיף 10א(ב) לפק"ר.
- ע"פ 254/88 מדינת ישראל נ' לוי ואח' – המבחן עם העד השותק יבוא באחד מהסעיפים הללו הוא מבחן נוכחותו של העד על דוכן העדים. אם העד נוכח על הדוכן, מדובר בסעיף 10א(א)
- ע"פ יחיא – ביטלה את הלכת לוי. הלכת אשכנזי רלוונטית. מדובר במבחן מהותי ואם עד שותק ולא רוצה להשיב זה כאילו הוא לא נמצא בביהמ"ש צריך להוכיח אמצעי פסול.
- דנ"פ 4390/91 מדינת ישראל נ' חג' יחיא – במסגרת הדיון הנוסף הלכת לוי חזרה להיות רלוונטית וזו ההלכה היום. מבחן פורמלי- אם העד נוכח על הדוכן, גם אם שותק ומקשקש הוא עד לפי 10א(א) לפק"ר.

הכלל הפוסל עדות מפי השמועה וחריגיו (אזרחי + פלילי)

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 כי הוא שינה את טעמו. כלומר, העד לא חוזר בדוכן העדים על דברים שהוא אמר בתחנת המשטרה, מכחיש את נתינת האמרה וכו'.

יכול להיות שהעד לא רצה להפליל את הנאשם, זה יכנס לסעיף 10א(א) לפק"ר – מספיק שהוא שינה את טעמו ולא צריך להוכיח כי אמצעי פסול גרם לו לשכוח את הדברים.

סעיף 10א (ב) אמרת עד מחוץ לביהמ"ש

הסעיף מדבר על מי שלא נמצא על דוכן העדים. צריך להראות כי העד לא נמצא בגלל שהופעל עליו אמצעי פסול. הדרישה הבסיסית של הסעיף זהה לדרישות של סעיף 10א(א) – צריך להוכיח את עצם מתן האמרה, במקרה הזה צריך להוכיח כי נותן האמרה אינו עד בביהמ"ש בעקבות כך שהפעילו עליו אמצעי פסול.

סעיף 10א(ב) לפק"ר מונה 4 תנאים לכך שהעד לא הגיע לתת עדות וניתן יהיה לתת אמרת חוץ בכתב של העד :

- | | | |
|--|---|--|
| חייב להוכיח כי התנאי המדובר התקיים כיוון שהופעל אמצעי פסול | } | 1. העד מסרב להעיד |
| | | 2. אינו מסוגל להעיד |
| | | 3. לא ניתן להביאו לביהמ"ש כיוון שאיננו בחיים |
| | | 4. לא מוצאים אותו |

הפסיקה קבעה מספר כללים לגבי הפעלת אמצעי פסול :

- א. מי שנקט באמצעי פסול יכול כל אדם ולא רק הנאשם (פס"ד הרצל אביטן)
- ב. תחושת הפחד של העד אינה תולדה של נקיטת אמצעי פסול, אלא פרי תחושתו מהצפוי לו אם יעיד אינו אמצעי פסול.

(פס"ד הרצל אביטן וכלבוני)

- ג. השכנוע לא חייב להיות מעבר לכל ספק סביר ודי במסקנה המוסקת במידת סבירות גבוהה מהנסיבות. עדיין, אין להסתפק בהשערה בלבד (פס"ד סבן)

גם סניגור יכול לבקש את אמרת החוץ שלו, זה לא נוגע רק לתביעה.

סעיף 10א (ג) אמרת עד מחוץ לביהמ"ש

ביהמ"ש יכול להעדיף את האמרה של העדות ויכול להעדיף חלק ממנה, ועליו לנמק את ההעדפה וזאת בשביל ערכאת הערעור.

הכלל הפוסל עדות מפי השמועה וחריגיו (אזרחי + פלילי)

סעיף 10א (ד) אמרת עד מחוץ לביהמ"ש

לא ניתן להרשיע כאמרת חוץ ראיה יחידה לפי סעיף 10א(א) או 10א(ב) אם אין דבר מה לחיזוק.

דוגמא: הגשת אמרה כראיה ובפרשת ההגנה הנאשם שותק – שתיקתו מהווה חיזוק. יש יחס הפוך בין המשקל של הראיה

הטעונה תוספת לתוספת עצמה. כלומר, במקרה של אמרת חוץ חזקה לא צריך תוספת חזקה.

דגשים:

1. מקום שעדות העד טעונה תוספת ראייתית גם אמרת החוץ הבאה במקום העדות טעונה אותה תוספת.
דוגמא: רצח עד מדינה – לאמרה דרושה תוספת של סיוע כי עד מדינה דורש תוספת כזו למרות שבסעיף כתוב חיזוק.
2. אם הראיה הטעונה תוספת דורשת דבר לחיזוק מכוח הוראה אחרת, יש צורך בחיזוק אחד, אך מוגבר, חיזוק ברף העליון. **דוגמא:** שותף לעביר או ילד מתחת לגיל 12. ע"פ 4400/13 עבאס נ' מדינת ישראל – דבר חיזוק מהותי ולא שולי. משקל ראייתי גבוה של החיזוק.
3. אמרת חוץ לפי סעיף 10א עשויה כשלעצמה להוות תוספת ראייתית מסוג חיזוק, סיוע ואפילו דבר מה **(מירלשוילי)**
4. אמרת חוץ של עד אחד עשויה להוות חיזוק לאמרת חוץ של עד שני – כלומר, ניתן להרשיע אדם על סמך שתי אמרות לפי סעיף 10א. ע"פ 400/81 מחגינה נ' מדינת ישראל + פס"ד יונס .
דוגמא: הנאשם רצח את שני העדים. מגישים את עדות אחד העדים שנרצח והעדות השנייה תהיה כתוספת ראייתית של הראשון. כלומר, אפשר להרשיע אדם ללא עדים או עדים ששותקים.

סעיף 10ב קבלת אמרה בהסכמה

קבלת אמרה בהסכמה (תיקון מס' 5) תש"ס-1979

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

מאפשר להגיש אמרות חוץ בכתב של עד כראיה לאמיתות התוכן, אם נותן העדות לא מעיד בביהמ"ש.

התנאים:

- א. הראיה הוגשה בהסכמת הצדדים
- ב. תוכן האמרה אינו נתון במחלוקת
- ג. הנאשם יוצג ע"י עו"ד בדיון בו רוצים להגיש את אמרות החוץ בהסכמה

חשוב! הסעיף הוא חריג נוסף לאי קבילות עדות מפי השמועה. תהיה קבילות בהסכמה, המשקל ייבחן ע"י ביהמ"ש למרות שהצדדים הסכימו.

סעיף 10ג קבלת אמרה בהסכמה

שמירת דינים (תיקון מס' 5) תש"ס-1979

10ג. אין האמור בסעיפים 10א ו-10ב כדי להכשיר ראיה שאינה קבילה מסיבה אחרת שבדין או לפסול ראיה שהיא כשרה לפי דין אחר.

חל על סעיף 10א וסעיף 10ב. נועד להבהיר כי אין בהוראות אלו כדי להכשיר ראיות שהן פסולות מכוח דין אחר או לפסול ראיות קבילות מדין אחר. כלומר, מה שקביל יישאר קביל ומה שלא קביל- יישאר לא קביל מכוח סעיפים אלו.
דוגמא: אישה לא יכולה להפליל את בעלה בעבירת הגניבה, גם אם בהסכמה של 10ב.

הודאת חוץ של נאשם

תחילת המשפט הוא עם הקראת כתב האישום ע"י הסניגור. אם הנאשם מודה בעבירה, ביהמ"ש מרשיע את הנאשם על סמך הודאתו. ביהמ"ש לא בודק את תיק החקירה במקרה של הודאה. הנאשם מורשע ונגזר דינו. אם הנאשם מודה על דוכן העדים, הוא מורשע ואין צורך בתוספת ראייתית ויכול להיות מורשע בכל עבירה.

כאשר נאשם מודה מחוץ למסגרת הדיון שבו מבררים את אשמתו – **מדובר בהודאת חוץ**. זו עדות מפי השמיעה מאחר וכל מה שנאמר מחוץ לדיון בביהמ"ש בעניינו הוא עדות מפי השמועה. היה ורוצים ראייה לאמיתות התוכן, נדרש חריג.

סעיפים 11-12 לפקודת הראיות:

הוכחת אמרה של נאשם (תיקון מס' 5) תש"ס-1979 ת"ט תש"ס-1980

11. אמרתו של נאשם מותר להוכיח בעדותו של אדם ששמע אותה; נרשמה האמרה בכתב והנאשם חתם עליה או קיים אותה באופן אחר, מותר להוכיחה בעדות על כך ממי שהיה נוכח באותו מעמד. אמרה שנרשמה כאמור מותר להוכיחה אף בתצהיר בכתב של מי שהיה נוכח באותו מעמד, אם הנאשם מיוצג וסניגורו הסכים לכך או - כאשר האמרה נוגעת לאישום בעוון או בחטא - אם הנאשם, במענה לשאלת בית המשפט ולאחר שבית המשפט הסביר לו את זכותו לחקור את נותן התצהיר, אישר שקרא את האמרה או שהיא הוקראה לו, אינו כופר בכך שהאמרה היא אמרתו וויתר על חקירת מקבל האמרה.

הודיה

12. (א) עדות על הודיית הנאשם כי עבר עבירה, תהא קבילה רק אם הביא התובע עדות בדבר הנסיבות שבהן ניתנה ההודיה ובית המשפט ראה שההודיה היתה חפשית ומרצון.

הסעיפים מאפשרים להכשיר הודאת חוץ כראיה לאמיתות התוכן. לא רק שהדברים נאמרו, אלא שהם נכונים. ביהמ"ש יכול להרשיע על סמך מה שנמסר לחוקר/שוטר/ מדובב וכו'.

אם התביעה רוצה להרשיע נאשם על סמך הודאת חוץ יחידה, הפסיקה קבעה שיש צורך בתוספת ראייתית מסוג דבר מה – הראיה היחידה שתוספת מסוג דבר מה נדבקת אליה. ע"פ 4790/94 חביו נ' מדינת ישראל – סיפר על הרצח לחבר והשותף הנהן בראש. סימן מוסכם כ-כ"ן. כלומר, אימוץ דבריו של חביו באופן שמהווה הודאת חוץ של נאשם.

□ ההבחנה בפסיקה בין התבטאות של אדם המפליל עצמו

א. הודאה

התבטאות ישירה של נאשם לפיה הוא מודה בעובדה מפלילה

ב. ראשית הודאה

התבטאות מקרית של הנאשם המבטאת תחושה של אשמה או התבטאות במסגרת חקירה המציגה משאלה, הלך נפש, הנמקת מהלך שממנה ביהמ"ש יכול להסיק כי הנאשם הודה או מודה בעובדה מפלילה כלשהי.

דוגמא: 'אכלתי אותה' 'תפסתם אותי!' **דוגמא להלך רוח:** כאשר החשוד מציע להיות עד מדינה מיוזמתו.

הודאת חוץ של נאשם (פלילי בלבד)

□ הדמיון בין הודאה לראשית הודאה

גם הודאה וגם ראשית הודאה קבילות בתנאי שייקבע כי הן נמסרו מחופשיות ומרצון. סעיף 12 מתנה את קבילות הודאת החוץ של הנאשם בכך שהייתה חופשית ומרצון.

□ השוני בין הודאה לראשית הודאה

ההבדל הוא בכוח הראייתי שיש לכל אחת מהן. שתיהן עשויות להיות ראיות קבילות אם יעברו את מבחן 'חופשי ומרצון'. **יש הבדל לגבי המשקל!**

הודאה ← יכולה לשמש בסיס להרשעה בתנאי שתמצא לצידה תוספת ראייתית מסוג דבר מה נוסף.

ראשית הודאה ← מתווספת לראיות אחרות ולשמש להן תוספת ראייתית או שהיא יכולה לתמוך בראיות אחרות. הפסיקה קבעה כי ראשית הודאה יכולה לשמש תוספת ראייתית מסוג סיוע, דבר לחיזוק, תמיכה בראיה אחרת. ראשית הודעה לא יכולה לשמש דבר מה נוסף להודאת החוץ!

□ תנאי הקבילות להודאת החוץ של נאשם

תנאי הקבילות נמצאים **בסעיפים 11-12 לפק"ר**. הנטל מוטל על התביעה.

ס' 11- התביעה צריכה להוכיח את הודאת הנאשם, שהנאשם הוא זה שמסר את הודאתו.

ס' 12- ההודאה נמסרה באופן חופשי ומרצון.

התנאים לקבילות:

1. הוכחת הודאת הנאשם

לא חייב לכתוב את ההודאה (בניגוד לאמרת חוץ של עד). מותר להוכיחה בעדות של מי שהיה נוכח באותו מעמד. לא חייב שהנאשם יחתום על ההודאה. כשמדובר על הודאה יש להבחין בין 2 מקרים:

א. איש מרות

אדם שיש לו סמכות לתחקר ולתשאל נחקרים ולגבות אמרות והודאות. על הנחקר עומדת החובה להעיד אמת, למעט פרטים העלולים להעמידו סכנה של הפללה עצמית בחקירה לפי ס' 2 לפקודת העדות. השתיקה עלולה לחזק את הראיות נגדו אם הוא מחליט לשתוק.

מה קורה אם לא מזהירים את הנחקר שהוא חשוד בביצוע העבירה?

ע"פ 6613/99 סטיבן סמירק נ' מדינת ישראל – טען כי לא הוזהר בחקירה בנתבי"ג ובשב"כ, ולכן ההודאה פסולה כראיה.

משפט זוטא – משפט קטן, נועד רק לצורך ההכרעה אם הודאת נאשם קבילה או לא.

הש' ביניש חזרה על פסיקה ישנה ואמרה כי אין בהעדר אזהרת חשוד לפסול הודאתו כל עוד ההודאה הייתה חופשית ומרצון. היא מוסיפה כי לאחר חקיקת חוק כבוד האדם וחירותו, ביהמ"ש צריך לבחון את הנסיבות ובין היתר פגיעה בזכויות הנאשם מול הפגיעה בציבור והצורך להילחם בפשיעה. זכויות האדם עלו לרמה חוקתית ולכן צריך לתת משקל לזכויות הנאשם, לכן ייתכנו נסיבות בהן ההודאה תיפסל כאשר החשוד לא הוזהר.

הפסיקה בעניין סמירק ניתנה לפני פס"ד יששכרוב (2006) – דובר על הפגיעה של הנאשם בזכות להליך הוגן. גם אם לא הוזהר, זה לא אומר כי ההודאה תיפסל. מדובר במקרה תלוי נסיבות ואין ביטול אוטומטי. ניתן לפסול הודאה, אם יש פגיעה חמורה בזכות להליך הוגן. צריך להגיד לחשוד שיש לו זכות לשתוק, להיוועץ בעו"ד וכו'.

ב. כל אדם

מדובר, צד ג', קורבן. כלומר, כל אדם. דינה של הודאה בפני כל אדם כדין הודאה בפני איש מרות. היינו, צריכה להיות קבילה. כלומר, נמסרה בנסיבות שההודאה הייתה חופשית ומרצון.

בשני המקרים (איש מרות + כל אדם) נדרש דבר מה נוסף.

2. ההודאה נמסרה מרצונו הטוב והחופשי של הנאשם

התביעה צריכה להוכיח מעל כל ספק סביר כי ההודאה נמסרה בצורה חופשית ומרצון. הנסיבות בהן נמסרה למוסר ההודאה, יכולת הבחירה אם להודות בביצוע העבירה ואם לא. ברגע שיכולת הבחירה נשללה, זו הודאה שלא מרצון חופשי. **דוגמא:** שבירת שיניים, מניעת הזרקת אינסולין או תרופה, התניית קבלת תרופה בהודאה.

מה קורה אם הנאשם מודה מתוך לחץ נפשי-פנימי?

ע"פ 5614/92 מדינת ישראל נ' מסיקה - הואשם בהצתה, גניבת רכב וכו'. הראיות המפלילות הן 2 הודאות שנמסרו במשטרה. מתברר כי ההודאות נמסרו לפני אשפוז ואחרי אשפוז. הסניגור טען כי ההודאות אינן נמסרו באופן חופשי ומרצון משום שהוא חולה נפש. ביהמ"ש המחוזי ערך משפט זוטא. בשוטרים טענו כי הנאשם נראה אדם רגיל. המחוזי קבע כי מדובר בהודאה שאיננה קבילה. לעניין רצון נפשי – יש לקרוא מעבר לחץ החיצוני גם לחץ פנימי. המחוזי סטה **מהלכת מיזאן ע"פ 186/55 מיזאן נ' היועמ"ש**. ההחלטה התהפכה בערעור המדינה לעליון. **השופט אור** קבע בהתאם להלכת מיזאן (1957) כי הודאת חולה נפש קבילה כראיה אם ניתנה בהעדר לחץ חיצוני בהתאם לסעיף 12. עוד נקבע במיזאן כי הלחץ הנפשי לא ישלול את קבילות ההודאה, אבל אולי ישפיע על המשקל.

□ אמצעים פסולים

הודאה שהוצאה באמצעים פסולים, ניתן לקבוע שאינה ניתנה בצורה חופשית. **השופט קדמי** דיבר על 5 סוגים של אמצעים פסולים:

1. אלימות או איום באלימות

ע"פ 168/82 מועדי נ' מדינת ישראל – לא כל אלימות או איום באלימות מובילים לפסלות ההודאה. הושבת אדם בכוח לא יביא לפסילת ההודאה.

2. נקיטה בשיטת תחקור בלתי הוגנת

שעות חקירה – משך חקירה ארוך או חקירה בשעות הלילה המאוחרות, תחקור דורסני.

3. יצירת לחצים נפשיים לא הוגנים

מיעוד לשבור את הנפש, בניגוד ל2 הקבוצות הקודמות. השפלה, ביזוי כבוד החשוד, כליאה בצינוק, מעצר ממושך ו/או בתנאים קשים.

4. שימוש בתחבולה בלתי הוגנת

מותר להשתמש בתחבולה, כמו מדובב, אך לא כאשר אינה הוגנת. מותר להגיד לא' כי השותף השני מפליל אותו.

מותר לשתול ידיעות מפוברקות באינטרנט. פברוק חקירה- מותר.

תחבולה אסורה – הצגת ראיית מז"פ מפוברקת. שוללים את יכולת הבחירה. הנאשם מבין שאפשר להרשיע אותו, גם ללא הודאתו.

5. שימוש באמצעי פיתוי והשאה בלתי הוגנים

השאה – שליטה בהתנהגות הזולת הכוונתו למחשבה והתנהגות מסוימת. **דוגמא:** הבטחות העלולות לשבש את החלטת הנאשם. כמו הבטחת עד מדינה כשאין כוונה כזו בכלל

הודאת חוץ של נאשם (פלילי בלבד)
המבחנים שקבעו כי על ההודאה להיות 'חופשית ומרצון':

כאשר הופעל אמצעי פסול, ייתכן כי ההודאה אינה חופשית ומרצון. בעניין זה, הפסיקה מבחינה בין שני סוגים של אמצעים פסולים בהתאם להלכה שנקבעה ב- ע"פ 168/82 מועדי נ' מדינת ישראל.

פס"ד מועדי מחלק אמצעים פסולים ל-2 קבוצות:

א. אמצעים פסולים שאינם קיצוניים

ההודאה לא תפסל באופן אוטומטי, אלא תבחן אם היה באמצעי הפסול כדי לשול את החופשיות הרצון של הנאשם ויכולת הבחירה שלו. מדובר במבחן סובייקטיבי

ב. אמצעים פסולים קיצוניים

הייתה מחלוקת בין דעת הרוב לדעת המיעוט.

דעת הרוב: גולדברג ואלון – יש לפסול את ההודאה. מדובר במבחן אובייקטיבי טהור. זו ההלכה גם היום.

גם אם אמצעי הקיצוני לא גרם לו להודעות, עדיין ההודאה פסולה. אין בהכרח קש"ס בין הפעלת האמצעי הפסול והקיצוני למתן ההודאה. אם נקבע כי האמצעי פסול באופן קיצוני, ההודאה אוטומטית נפסלת גם אם לא גרמה להודאה.

דעת מיעוט: השופט יצחק כהן – גם במקרה של אמצעי פסול קיצוני, צריך להיות מבחן סובייקטיבי. כלומר, רק אם האמצעי גרם לכך שהודאה תפסל. מבחן כזה לא היה עובר את המבחן החוקתי. מועדי ניתן לפני המהפכה החוקתית.

ד"נ 3081/91 קוזלי ואח' נ' מדינת ישראל – השופט שמגר מאמץ את דעת הרוב בפס"ד מועדי לאחר 7 שנים. עמדתו של שמגר מתקבלת בוועדת גולדברג.

ע"פ 11331/03 קיס נ' מדינת ישראל – יש לבדוק כי ההודאה השנייה ניתנה באופן חופשי ומרצון.

□ נטל הוכחת קבילות ההודאה

התביעה צריכה לעמוד בנטל להוכיח את קבילות דבר ההודאה מעבר לספק סביר. כאשר הסניגור מתנגד לקבילות ההודאה, ביהמ"ש ינהל משפט זוטא. לא ניתן לערער על החלטת משפט זוטא כי זו החלטת ביניים, אלא רק במסגרת ערעור על כל פסק הדין. ביהמ"ש לא חייב לנמק כי מדובר בהחלטת ביניים, אלא בהכרעת דין כוללת.

□ משקלה של הודאת חוץ

ברגע שביהמ"ש החליט לקבל את ההודאה, והיא קבילה, ביהמ"ש צריך לייחס לה משקל. ד"נ 3081/91 קוזלי ואח' נ' מדינת ישראל – יש 2 מבחנים מצטברים:

א. מבחן פנימי – המשקל הפנימי של ההודאה. האם העדות סדורה, קוהרנטית.

ב. מבחן חיצוני – דבר מה נוסף. בודק את ההודאה ע"פ סימני אמת חיצוניים שיש לה

ע"פ 6679/04 סטקלר נ' מדינת ישראל – השי' ארבל אומרת שיש יחס הפוך בין המבחן הפנימי והחיצוני. לפיה, ככל שמשקל ההודאה גבוה – המבחן הפנימי, כך אפשר להסתפק בתוספת קלה של דבר מה- מבחן חיצוני. זו ראייה שאמורה לאמת את הודאת הנאשם, תפקידה להסביר חשש להודאת שווא. זה תפקיד הפונקציונלי. ההפך- אם המשקל הראייתי הפנימי של ההודאה נמוך. צריך שהתוספת תהיה חזקה – ברמת סיוע. המרצה טוען כי יש לזכות את הנאשם ולא להסתמך על תוספת ראייתית של סיוע.

השופט הנדל קבע כי לצורך יישום המבחן הפנימי החיצוני נדרשת בדיקה משולשת: מי אמר, מה אמר ודבר מה נוסף.

1. מי אמר – זהות הנאשם שהודה

נועד לבדוק אם הנאשם משתייך לאחת הקבוצות שמיועדות לתת הודאת שווא, כגון חולה, נפש, קטין, נרקומן, אישיות ומבחינה בין מציאות ודמיון

2. מה אמר – תוכן ההודאה

יש לבדוק את פרטי ההודאה, עיתוי מסירתה וההקשר

3. דבר מה נוסף

ביהמ"ש מדגיש שלא מדובר רק בעצם מציאת תוספת ראייתית, אלא שיש פה שיקול דעת. ביהמ"ש צריך לבדוק האם יש בראיות על מנת להרשיע את הנאשם, האם יש דבר מה שותר או חסר.

יש להסתכל על התמונה בכללותה. זו לא הלכה, אלא מבחני ביניים שנועדו לסייע לשופטים והסתכלות על דבר מה בצורה אחרת והסתכלות על מי אמר.

האם שתיקת נאשם הנקרא להעיד במשפטו עשויה לשמש דבר מה נוסף להודאת חוץ של נאשם?

שתיקה בחקירה יכולה לחזק את הראיות כלפי החשוד. לשתיקה יש מחיר ראייתי. (גרציאני)

סי' 162 לחסד"פ = שתיקה של נאשם במשפטו שווה לסיוע או לדבר לחיזוק.

רע"פ 4142/04 מילשטיין נ' התובע הצבאי – הואשם בעבירת סמים. שתק במשפט שלו, אפשר להרשיע על סמך

הראיות האלו. ה'ש' עדנה ארבל אומרת כי סי' 162 מקנה ערך פוזיטיבי לשתיקה. מצד שני, היא אומרת כי במקרים חריגים שתיקת נאשם במשפטו לא תהווה דבר מה נוסף.

ביהמ"ש קובע 3 דרישות שבהתקיימותן ניתן לראות בשתיקת הנאשם כדבר מה נוסף להודאת החוץ שלו:

1. על ההודאה להיות בעלת משקל פנימי גבוה במיוחד באופן שישכנע את ביהמ"ש כי מדובר בהודאה העומדת בפני עצמה לאור משקלה העצמי

2. על ביהמ"ש לשלול במידה האפשר את האפשרות שמא הנאשם פעל מתוך לחץ פנימי

3. על ביהמ"ש להשתכנע על בסיס נסיבות העניין כי שתיקו של הנאשם אינה נובעת ממניע תמים ולכן המסקנה המתבקשת היא שאין לנאשם תשובות.

דוגמאות לדבר מה: ידיעת פרטים מוכמנים מתיישבים עם המציאות, שחזור, מניע (למשל, על כבוד המשפחה),

ראיות מחזקות ומסייעות אם יש להן אותה הפונקציה, הודעת חוץ של עד שנעלם, זהות גרסאות של מספר נאשמים.

דוגמאות לראיות שאינן דבר מה: הודאות שונות של אותו נאשם לא יהוו דבר מה, העדר התכחות למסירת

ההודאה, ראיות שלא עומדות בתנאים החריגים **במלשטיין**

דבר מה מוגבר: אנשים מקבוצות שונות: נרקומן ואלכוהוליסט. אדם מודה, ואין גופה.

תוספת ראייתית הקבועה בחוק היא מנמלית וניתן לדרוש תוספת חזקה מהנדרש בחוק.

אדם המפליל אחר בחקירת משטרה ומודה במעשה, חייב לפי 10א לעלות ולהעיד בביהמ"ש ולא יכול לשמור על זכות השתיקה- אחרת, לא ניתן להשתמש בה שאמר במשטרה.

הודאת חוץ של נאשם (פלילי בלבד)

□ פסילת ראיות שהושגו שלא כדין

לא ניתן להציג ראיות פסולות בפני ביהמ"ש כראיות לא קבילות. הדעות חלוקות.

מצד אחד, צריך לפסול משום שיש פגיעה בערכים חברתיים חשובים. מצד שני, אם יקבלו ראיה ימריצו את השוטרים לעשות 'קיצורי דרך'.

בארה"ב התקבלה דוקטרינת 'העץ המורעלי' ← כל מה שהושג תוך פגיעה בערכים חברתיים הוא פסול.

בישראל ← לפני 2006, היו בישראל חוקים ספציפיים לפסילת ראיות, כמו ס' 13 לחוק האזנת סתר פוסל ראיות שהתקבלו בהאזנת סתר לא חוקית. כך גם בחוק הגנת הפרטיות.

2006 התקבל כלל פסילה גורף שמכוחו ניתן לפסול ראיה שהושגה שלא כדין, אם תביא לפגיעה משמעותית בזכות

להליך הוגן (פס"ד יששכרוב)

יש 2 דרכים לפסילת הודאת נאשם:

1. סעיף 12

2. דוקטרינת הפסילה הפסיקתית – ההנחה היא שזכות הנאשם להליך הוגן היא חוקתית ונגזרת מחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. לכן, הפגיעה בזכות להליך הוגן צריכה לעבור את פסקת ההגבלה.

ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי - ביהמ"ש קובע 3 אמות מידה להחליט על פסילת ראיה :

1. אופיייה וחומרת של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה

2. אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה

3. הנזק החברתי מול התועלת שבפסילה

□ דוקטרינת הפסילה הפסיקתית

יששכרוב (2006) – קובע לראשונה כי אפשר לפסול ראיות שהתקבלו תוך פגיעה בהליך הוגן.

ע"פ 1301/06 **עזבון המנורח יוני אלזם ז"ל נ' מדינת ישראל** (2009) – אלזם נרצח בכלא. ביהמ"ש פוסל הודאות של אלזם כי התקבלו בתחבולה לפי ס' 12 משום שהייתה פגיעה ברצון החופשי וגם מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. איך יושמה הדוק' דווקא ברצח? ככל שהעברה חמורה יותר, כך ביהמ"ש יטה שלא לפסול את הראיה תוך פגיעה בהליך הוגן.

ביששכרוב – אם מדובר בעבירות חמורות הנטייה לא לפסול את הראיות. באלזם – ביהמ"ש העליון מכשיר את הערכאות הדיוניות לכך שניתן לפסול ראיה שהושגה תוך פגיעה בהליך הוגן, גם בעבירת רצח.

ע"פ 5956/08 **סלימאן אל עוקה נ' מדינת ישראל (2011)** – הואשם ברצח. מסר 4 גרסאות והכחיש את ביצוע העבירה. הודה בפני מדובב. כאשר מבין שמדובר במדובב הוא מבקש עו"ד. ביהמ"ש מסתייג מהגישה שהעניקה משקל ממשי לחומרת העבירה כשיקול פסילת הראייה מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית.

דני"פ 5852/10 מדינת ישראל נ' שמש- ועדת בדיקת פנימית בנושא של 2 תאונות רכבת. המטרה היא להסיק מסקנות שתאונות כאלו לא יישנו. לא אפשרו לעובדים להגיע לוועדת הבדיקה עם עו"ד, לא יידעו אותם על היכולת לשמור על זכות השתיקה ושאפשר יהיה להעביר את עדותיהם למשטרה. הוציאו צו לפי **ס' 43 לפסד"פ**.

ברע"פ שמש – דעת הרוב (דנציגר ורובינשטיין) אומרת כי מכוח דוק' הפסילה הפסיקתית ניתן למנוע את העברת ההודעות למשטרה בשל פגיעה העלולה להיגרם לעובדים בזכות להליך הוגן. דעת המיעוט (אדמונד לוי) אומרת כי דוקטרינה זו לא חלה על ראיות במשטרה, אלא על פסילת ראיות במהלך המשפט.

דני"פ שמש- עמדתו של אדמונד לוי הפכה לרוב. הלכת שמש קובעת כי הכרעה בשאלת קבילות ראיה בהתאם לדוקטרינה הפסילה הפסיקתית כלל אינה צריכה להיעשות בהליך משפטי מקדמי, אלא בנסיבות מסוימות בסוף החקירה, בשלב ההעמדה לדין, או בנסיבות אחרות במהלך המשפט. העברת ראיות לא אומר כי הן יהיו קבילות.

□ דוקטרינת הפסילה הפסיקתית – קבילות ראיות נגזרות

פס"ד פרחי – דן בראיה נגזרת (נגזרת מהראיה הראשית). הראיה האחרונה נפסלה (הושגה שלא כדין).

הייתה הרשעה ב-4 עבירות מין חמורות שבוצעו בארבע מתלוננות במועדים שונים. הוא נתפס עושה מעשה מגונה בפומבי והיו ראיות. בנוסף, היו 3 זירות של אינוס שבכולן מצאו שרידי זרע. למשטרה היה ידוע כי מדובר באותו אנס בשל בדיקת DNA, רק הזהות לא הייתה ידועה.

לפרחי הוצעה להשתתף במדגם רצח, בתנאי שלא יכניסו את ה DNA למאגר, ולכן הוא הסכים.

המשטרה ידעה כי לא תוכל להשתמש ב DNA בשל פגיעה בהליך ההגון ולכן עשתה

תרגיל חקירה. הציעו לו סיגריה וממנה הפיקו את ה-DNA. כלומר יש DNA

בהסכמה, DNA מהסיגריה והיו ראיות נוספות- סירוב לשתף פעולה בחקירה,

איכוני טלפון, ראשית הודיה שלא היו מגיעים אילולא הראיה הראשית-DNA

בהסכמה שפסולה. אלו ראיות נגזרות.

במשפט האמריקאי – תורת העץ המורעל' - לא רק שהראיה פסולה, אלא כל

הראיות שהושגו באמצעותה, הנגזרות, גם פסולות.

ביהמ"ש פוסל את הראיה הראשית ומותח ביקורת על המשטרה. לגבי הראיות הנגזרות-

ביהמ"ש אומר כי יש לבדוק אותן כפי שבדקים ראיה ראשית. אם היא הושגה תוך פגיעה

בהליך ההגון, יש לבדוק את אמות המידה שהושגו ביששכרוב.

אם יבחנו את החוקיות של כל ראיה נגזרת בנפרד, רוב הסיכויים שהן יהיו קבילות, משום שרובן הושגו ללא פגיעה

בהליך ההגון. לכן, יש לתת משקל לאופי הזיקה הקיימת בין הראיה הראשית לנגזרות וככל שהזיקה תהיה חזקה יותר,

עשויה אי החוקיות שדבקה בראיה הראשית להכתים גם את הראיה הנגזרת ובכך תגבר הנטייה לפסול את הראיות

הנגזרות.

בפרשת פרחי ביהמ"ש קובע 2 מבחנים של קשר סיבתי:

1. קש"ס עובדתי

נדרש קשר של סיבתיות בין קיומה של הראיה הראשית לאפשרות השגתן של הראיה הנגזרת ממנה. מקום שאין

קש"ס הרי אין זו ראיה נגזרת. מבחן האלמלא. אם היינו נשארים בקש"ס העובדתי, כל הראיות היו נפסלות –

תורת העץ המורעל.

2. קש"ס משפטי

מבחן הנתון לשיקול דעתו של השופט לגבי הנסיבות שיש לפסול ראיה נגזרת. במקרים בהם הפסול בראיה הראשית

מכתים את הראיה הנגזרת במובן המגיע לשורש העניין מוצדק לפסול את הראיה הנגזרת.

דוגמא: חיפוש ללא צו. אקדח ← ראיה ראשית פסולה. הודאה ← ראיה נגזרת. האם מציאת האקדח מכתים את

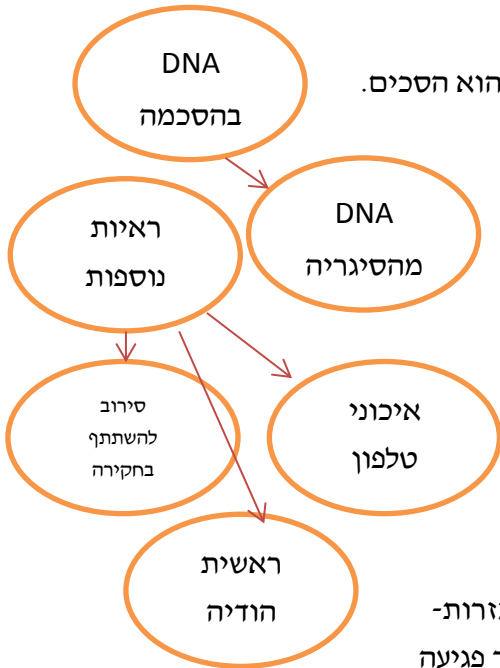
ההודאה? לא. יש נתק בין האקדח ובין ההודאה. בזמן החקירה הודיעו לחשוד על זכויותיו והוא עדיין הודה.

דוגמא: חיפוש ללא צו. ציקים מזויפים ← ראיה ראשית פסולה.

בפס"ד פרחי - ה DNA של הסגריה פסול כי הוא לא היה מושג אם לא היה ניתן DNA בהסכמה. זו ראיה שנפסלת

בשל המבחן המשפטי. לגבי איכון הטלפון וראשית ההודאה: יש נתק במבחן המשפטי והן לא פסולות. גם אם

הראיה הנגזרת עברה את המשוכה של יששכרוב והיא כביכול קבילה, לביהמ"ש יש שיקול דעת וניתן לפסול אותה



כלל הקפאת הזכירה שבעבר

סייג נוסף לעדות מפי השמועה, יציר הפסיקה.

ע"פ 869/81 שניר נ' מדינת ישראל – כאשר עד מעלה על כתב פרטים של התרחשות שהיה עד לה (קלט בחושיו) סמוך להתרחשותה, ולאחר מכן הוא נקרא להעיד בביהמ"ש בדבר אותה התרחשות וע"פ עדותו ניתן לקבוע כי זכרונו של העד ביחס לאירוע נפגע משמעותית, רשאי ביהמ"ש לקבל את הרישום שנעשה בשעתו כראייה לאמיתות התוכן ואף לתת לו משקל מועדף על פני העדות של העד בביהמ"ש.

הפסיקה קובעת כי הרישום שערך אותו העד תתקבל 'כראייה לאמיתות התוכן' ולא רק 'לעצם הרישום' (שהשוטר היה בזירת העבירה). כל מה שכתב במסגרת 'זיכרון הדברים' יהיה קביל, והפסיקה קבעה תנאים לקבלת 'רישום עצמי' מכוח כלל הקפאת הזכירה שבעבר.

התנאים המצטברים:

1. עורך הרישום מעיד בבימ"ש על נסיבות עריכת הרישום תוך הדגשת אמונתו כי תוכנו הוא אמת
2. ע"פ עדותו ניתן לקבוע שאין הוא מסוגל לזכור את הפרטים שברישום או שיש להעדיף את הרישום על פני מה שנותר חרוט בזיכרונו של העד.

□ ההבדל בין כלל הקפאת הזכירה ובין סעיף 10א לפק"ר (זיכרון דברים)

סעיף 10א ←

העד עולה לדוכן העדים אבל סותר את מה שאמר.

נדרשת תוספת ראייתית- דבר לחיזוק

דוגמא: השוטר מספר כי בזירה עצמה הקורבן היה במצב טוב ובדוח הפעולה כתוב כי הקורבן בכלל לא נכח בזירה. ניתן להגיש את דוח הפעולה כראייה לאמיתות התוכן

כלל הקפאת הזכירה ←

העד לא סותר, אבל הוא גם לא זוכר מה היה. בעיקר רלוונטי לדוחות פעולה.

לא נדרשת תוספת ראייתית

דוגמא: רישום עצמי של העד שחלה במחלה. הוא מזהה שזה כתב היד שלו, אבל הזיכרון שלו פגוע.

ראיות נסיבתיות

ראיה נסיבתית - circumstantial evidence

ראיה עקיפה להוכחת עובדה. ראיה נסיבתית אינה מוכיחה במישרין עובדה הטעונה הוכחה, אלא מוכיחה את קיומה של הנסיקה, שממנה, על דרך היסק הגיוני (לוגי) ניתן להסיק את דבר קיומה של עובדה הטעונה הוכחה.

דוגמא: ראיה נסיבתית לא תוכיח מי רצח את שושנה, אלא תוכיח כי שמעון נמלט עם סכין מדממת. ניתן להסיק כי הוא רצח.

פסי"ד זדורוב – היו המון ראיות נסיבתיות. מצאו טביעת נעל, התביעה טענה שאם מצאו את טביעות הנעל והנעל המיוחדת שייכת רק לו, אז המסקנה המתבקשת היא כי הנעל שלו.

גם ראיה ישירה וגם ראיה נסיבתית הן דרכים קבילות להוכחת עובדה. העליונות של הראיה הישירה על פני הראיה הנסיבתית בכך שלראיה הישירה יש קושי אחד, חשש מפני שקריות הראיה. לגבי ראיה נסיבתית יש חשש כפול:

1. שקריות הראיה

דוגמא: ראובן שיקר שראה את שמעון נמלט עם דם על בגדיו

2. הטעות אפשרית במסקנה של ביהמ"ש, בהיסק הגיוני, בראיה הנסיבתית בעובדה שרוצים להוכיח.

דוגמא: ביהמ"ש חושש לטעון כי ירשיע את שמעון ברצח למרות שהוא לא הרוצח, שושנה הייתה אובדנית

למרות הקושי הכפול, ביהמ"ש קובע כי ניתן לקבוע ממצאים עובדתיים על סמך ראיה נסיבתית בתנאי שהמסקנה העולה מאותן עובדות או נסיבות היא המסקנה ההגיונית היחידה בנסיבות העניין.

□ סוגים של ראיות נסיבתיות

1. DNA

2. טביעת אצבע

העליון קובע שאם רוצים ממצאים על סמך ראיות נסיבתיות נדרש לבדוק אותן ע"י המבחן התלת שלבי:

1. כל ראיה נסיבתית נבחנת בפני עצמה כדי לבדוק אם ניתן להשית עליה ממצא עובדתי

2. נבחנת מסכת הראיות בכללותה כדי לקבוע אם היא מערערת את הנאשם בביצוע העבירה

3. הנטל מועבר אל הנאשם להציע לו הסבר עשוי לשלול את ההנחה המפלילה נגדו

על הנאשם להציע הסבר סביר.

בתי המשפט טענו כי כשמדובר על יצירת ספק סביר, כשיש ראיות נסיבתיות, ההסבר צריך להתקבל על הדעת ולהיות מגובה בראיות ולא הסבר מאולץ. על ההסתברות להתקיימותה של תזה אחרת להיות מהותית ולא זניחה ונדרש שתהיה לה אחיזה בחומר ראיתי ולעמוד במבחני השכל הישר וניסיון החיים. יתר על כן, הצגת הסבר תמים לכל ראיה נסיבתית לא מספק, משום שהמסקנה המרשיעה מושתתת על כלל הראיות.

4. על השופט להכריע האם התביעה עמדה ברף הנדרש כדי לקבוע האם הנאשם אשם מעבר לכל ספק סביר

ראיה נסיבתית יכולה להיות בסיס להרשעה, ניתן להרשיע ע"ס ראיה נסיבתית כמו DNA או טביעת אצבע. ראיות מדעיות הן ראיות נסיבתיות.

הכוח הראייתי של 'ראיות נסיבתיות' הוא בעל משקל. אם ביהמ"ש נותן לראיה משקל משמעותי הכוח שלה הוא כמו עדות ישירה. כמובן שעל הראיה הנסיבתית להיות קבילה.

ע"פ 728/84 חרמון נ' מדינת ישראל – חרמון היה עו"ד שרצח את כרמלה בלס. היא הייתה בהריון ממנו, בחודש

הרביעי. בדוח הנתיחה נקבע כי המוות שלה נגרם בעקבות שברים בגולגולת, תוצאה של מכה ישירה עם חפץ כבד.

ההרשעה התבססה על 'ראיות נסיבתיות' מאחר ולא היו עדים לרצח. היא הייתה בהריון, הוא רצה שהיא תפיל, היא סירבה ורצתה שהוא יכיר בילד.

מבחינה עובדתית – ביהמ"ש קבע כי הוא חבט בה, לקח מנעול הגה לרכב שלה, חבט בראשה והמית אותה. הוא החביא את הגופה מתחת למיטה שלו, יצא לבילוי עם חברתו, חזר ושם את הגופה בתא המועון, שרף את הגופה. לאחר כמה זמן המשטרה מצאה את הגופה השרופה והגיעה אליו באמצעות ראיות נסיבתיות.

ביהמ"ש העליון הרשיע אותו על סמך הראיות הנסיבתיות:

1. ראיה נסיבתית – שטיפת רכב

הייתה עדות מזכה של שכן, למחרת הרצח הוא שטף את הרכב רחיצה יסודית תוך עקירת ספסלי הרכב.

2. ראיה נסיבתית - גלגלי הרכב

הוא נסע למוסד להחליף את כל ארבעת הגלגלים, למרות שחלקם היו חדשים. הוא הציג את עצמו כעו"ד וביקש הנחה. התביעה טענה שהוא רצה להעלים עקבות של הגלגלים הישנים

3. תא המטען

בתא המטען התגלה דם של הנרצחת

התזה המזכה הייתה כי היא הייתה אתו ונפצעה וכי לאבא שלו יש את אותו סוג הדם.

4. הגופה

הגופה השרופה הייתה במחצלת. על המחצלת זיהו 5 שיערות של כלב דוברמן, הכלב שלו

5. ויכוח

שכן שמע ויכוח בין עוה"ד לכרמלה, הכיר את הקול שלו. הוא שמע את הוויכוח ואז פתאום היה שקט. זה הסתדר עם התזה של התביעה – הכה אותה עם מנעול ההגה והיא נפלה. מדובר בראיה נסיבתית!! השכן לא ראה את הרצח, אבל שמע את הקולות וזה כמו שמישהו רואה נמלט עם בגדים מגואלים בדם

6. מניע

הריון לא רצוי. כמו רצח על כבוד המשפחה.

הש' בן פורת – נחה דעתי כי כל הראיות הנסיבתיות המצטבר מובילות למסקנה ההגיונית היחידה כי המערער הוא זה שהביא למות המנוחה.

באזרחי – לא צריך מעבר לכל ספק סביר, כי אין רף כזה.

מעשים דומים ושיטת ביצוע

מעשים דומים ושיטת ביצוע הם שני דברים שונים. (סוג של ראייה נסיבתית) אסור להציג את העבר הפלילי של הנאשם במסגרת שלב בירור האשמה (הוכחות) אלא רק בשלב הטיעונים.

הכלל במשפט הפלילי

אסור להציג את העבר הפלילי של הנאשם בשלב בירור האשמה כדי שזה לא יצור דעה קדומה אצל השופט. יחד עם זאת, עבר פלילי של נאשם עשוי להוות או להיות ראייה נסיבתית להסבר על התנהגות בהליכים פלילים או אפילו אזרחיים.

עבר פלילי

האם מותר או אסור להציג עבר פלילי, ובאיזה שלב?

פלילי

בישראל אומץ הכלל שבמקור מהמשפט האנגלי, לפיו ראיות בדבר עברו הפלילי של נאשם הן ראיות בלתי קבילות/פסולות במסגרת שלב בירור האשמה. לתביעה אסור להציג לביהמ"ש בשלב בירור האשמה את העבר הפלילי של הנאשם.

סעיף 163 לחסד"פ

סייג לחקירת נאשם

163. נאשם שבחר להעיד, לא יישאל בחקירה שכנגד שאלות בענין הנוגע להרשעותיו הקודמות, מלבד אם העיד על אופיו הטוב או הביא ראייה אחרת לכך, בין בראיותיו ובין בחקירה שכנגד של עדי התביעה.

הסייג: אם הוא העיד בעצמו על האופי שלו

חשוב! אם הנאשם פותח את הנושא לדיון ומעיד על האופי הטוב שלו, התביעה יכולה להציג את העבר הפלילי שלו.

אזרחי

בהליך אזרחי אפשר להציג עבר פלילי רלוונטי של התובע או הנתבע.

החריגים לכלל

מעשים דומים ושיטת ביצוע ← במקרים בהם ביהמ"ש משתכנע כי להוכחת 'מעשים דומים' של הנאשם או שיטת ביצוע בה נקט הנאשם בעבר, יש משקל הוכחתי ממשי לגבי העבירה בה הוא עומד לדין. ביהמ"ש יתיר לתביעה להוכיח את המעשים הדומים או את שיטת הביצוע תוך שהוא מזהיר את עצמו מפני יצירת דעה קודמת

□ מעשים דומים

מותר להציג מעשים דומים של הנאשם כאשר יש בכוחם של מעשים דומים כדי להפריך טענה של מקריות המוצאת את ביטויה בהעדר יסוד נפשי הדרוש במישור הפלילי או במישורים אחרים. ז"א, ניתן להציג מעשים דומים שביצע הנאשם כדי לשמוט את הטענה שלו מתחת לטענה של העדר יסוד נפשי

מותר להציג מעשים דומים כאשר המעשה עצמו וזהות הנאשם אינם שנויים במחלוקת, אלא אם הנאשם טוען כי לא היה לו יסוד נפשי, פעולה בתום לב, חוסר התרשלות.

ע"פ 10586/05 בן אברהם נ' מדינת ישראל – נהג להציג את עצמו בפני נשים בזהויות שונות והונה אותן. הוא נחשד בעבירה של קבלת דבר במרמה תוך הצגת מצג שווא. ביהמ"ש אישר לתביעה להציג עבירות קודמות שלו באותם מקרים כדי להוכיח דפוס התנהגות. כדי לסתור את הטענה של העדר מחשבה פלילית ויסוד נפשי, התביעה הציגה את ההרשעות הקודמות שלו. **כשמדובר במעשים דומים זה כדי לשמוט טענה של יסוד נפשי**

□ שיטת ביצוע

עדות על שיטת ביצוע מצביעה על הנאשם כמי שביצע את העבירה. למעשה, בשיטת ביצוע מדובר במעין טביעת אצבע או חותמת ייחודית שאותה השאיר הנאשם בזירת העבירה. אותה חותמת שייכת לאדם אחד ← הנאשם. ביהמ"ש יקבע כי שיטת ביצוע צריכה להיות חריגה בקרב ציבור העבריינים, דבר שייחד את הנאשם וישקל בסך הראיות.

שאלת ההוכחה בשיטת הביצוע היא זהות הנאשם. הנאשם יטען שזה לא הוא.

אם העדות שיטה היא הראיה היחידה ביהמ"ש ידרוש מידה גדולה של ייחודיות לגבי דרך ביצוע העבירות.

התנאים להוכחת השיטה:

1. נדרש להוכיח כי מדובר בשיטת ביצוע מיוחדת במינה אשר ע"פ טבעה שמורה לאדם אחד
2. קיימות זהות מוחלטת בין שיטת הביצוע בעבר לבין שיטת הביצוע של העבירה הנוכחית

♥ דין ראיה בדבר מעשים דומים או שיטת ביצוע כדין ראיה נסיבתית

♥ משקלה הנסיבתי ייקבע בהתאם לנסיבות העניין

♥ הראיה יכולה לשמש סיוע בעדות הטעונה סיוע **(דנינו)**

ע"פ 648/77 קריב נ' מדינת ישראל – הורשע במחוזי ב-2 עבירות אינוס בנסיבות מחמירות. במקרה אחד, נסע לת"א לזונה בשם זיקלין והציע לזונה תמורת מין. הוא מציע לה 500 ל"י ואמר לה שאם יהיה מרוצה ממנה יוסיף לה 200 ל"י. הוא לקח אותה לבית קברות, איים עליה בסכין, ביצע מעשה סדום ואינוס. אחרי חמישה חודשים, הוא הסתובב עם הרכב, אסף זונה בשם אדלה והציע לה 500 ל"י ולאחר מכן לקח אותה הביתה וקשר אותה, ביצע מעשה סדום ואינוס. מידת הייחודיות של השיטה היא נגזרת של שאר הראיות. מעשים דומים ושיטת ביצוע היא ראיה נסיבתית.

ע"פ 363/83 אלחי נ' מדינת ישראל – הורשע בביהמ"ש בשני מעשי שוד של תחנות דלק: ברמלה וראש העין. בראש העין הוא שדד את המתדלק, והיו ראיות שזה היה אלחי. ברמלה, לא הצליחו לתפוס אותו אבל זיהו את לוחית הרישוי שלו. ביהמ"ש אומר כי לעניין השוד בראש העין יש ראיות. לגבי השוד ברמלה, אין ספק שמדובר בשוד שנהג באותו רכב אבל אין זיהוי ולכן לא ניתן להתבסס על שיטת ביצוע.

ידיעה שיפוטית וידיעה פרטית

האם השופט רשאי לעשות שימוש בידע הרחב שלו כדי להכריע בשאלות שנויות במחלוקת?

הכלל הוא: כי המידע הבסיסי המצוי בתחום ידיעתו האישית של כל אדם משכיל ממוצע מהווה את תחום "ידיעתו השיפוטית" והוא רשאי לעשות בו שימוש לצורך הכרעה בשאלות שנויות במחלוקת. כלומר, ידיעה שיפוטית היא מן המפורסמות שאינן טעונות הוכחה או שאינן צריכות ראיה ועל כן, אין צורך להוכיח אותה. גם אם הידיעה שיפוטית אינה שנויה במחלוקת, לא צריך להוכיח אותה. לעומת זאת, כל מה שלא נמצא בתחום שיפוטו של השופט, נחשב לידיעה פרטית והשופט אינו רשאי לעשות שימוש באותה ידיעה פרטית על אף שהוא אישית מודע לאותו מידע. **חומר שאינו מצוי בגדר ידיעה שיפוטית ושאינו מוכח בדרכי ההוכחה המקובלות, הוא בגדר עדות מפי השמועה, וככזה, מדובר בראיה בלתי קבילה.** ידיעה שיפוטית – מותר לו, ידיעה פרטית – אסור לו.

ידיעה שיפוטית

ידיעה שיפוטית משתרעת בעיקרה על 3 קטגוריות:

1. עובדות הברורות וידועות לכל אדם סביר גם ללא עיון במקורות כלשהן
2. עובדות הניתנות לבידור לקביעה מדויקת ע"י היזקקות מהירה ונוחה על מקורות אשר אינם שנויים במחלוקת
3. עניינים הכוללים במסגרת הדין משום שדין הוא מן המפורסמות שאינן טעון הוכחה (57(ב) לפק"ר)

ידיעה פרטית

- הכלל הוא שלשופט אסור לעשות שימוש בידיעה הפרטית שלו בנושא כלשהו לצורך קביעת עובדות שנויות במחלוקת. ידיעה פרטית היא כל מה שאינה ידיעה שיפוטית.
- ישנם שני מקרים שבהם שופט כן רשאי לעשות שימוש בידע האישי שלו:
1. שופט רשאי לעשות שימוש בידיעה אישית לצורך קביעת מהימנות עדים
 2. הליכים טריבונלים מיוחדים אשר הוקמו לדין בנושאים הדורשים מומחיות

נטל השכנוע, נטל הבאת הראיה ומידת ההוכחה במשפט הפלילי

□ מבוא

דיני הראיות עוסקים בראיות עצמן ובדרכי הוכחתן וחלק בלתי נפרד מדרך ההוכחה של הראיות הוא נטל ההוכחה. נטל ההוכחה מתייחס גם לזהות הגורם שנדרש להוכיח את מה ששנוי במחלוקת.

בנוסף, יש להתייחס לרמת השכנוע הנדרשת מצד להליך להוכחת טענותיו. לכן, נהוג לאבחן בין 2 נטלים:

1. נטל השכנוע

2. נטל הבאת הראיה

□ נטל השכנוע

הכלל: במשפט הפלילי נטל השכנוע מוטל על התביעה. כלומר, התביעה היא זאת שצריכה להוכיח את יסודות העבירה- את היסוד העובדתי והיסוד הנפשי, מעבר לכל ספק סביר. הדרישה ל'מעבר לספק סביר' אינה מצויה בפקודת הראיות, אפילו שהיא קודמת לחוק העונשין ← סעיף 34כב(א).

נטל השכנוע אינו אמור לעבור לנאשם, הוא מונח על כתפי התביעה מתחילת המשפט ועד סופו. מאחר והיא זו שנושאת בנטל השכנוע היא גם הראשונה שנושאת בנטל הבאת הראיה- היא משכנעת את בית המשפט בכך שהיא מביאה ראיות.

מדוע נטל השכנוע מוטל על התביעה?

1. העדר התקיימותה של הנחת השוויון בין הצדדים

יחסי הכוחות בהליך הפלילי אינם שווים – המדינה מול האזרח הקטן

2. תוצאות ההליך הפלילי מאוד קשות – פגיעה בחירות, קלון וכו'

התביעה מרימה את נטל השכנוע באמצעות ראיות. מי שמספק ראיות מפלילות היא התביעה. גם הנאשם יכול לתרום בראיות מפלילות אם הוא מסרב לשתף פעולה בחקירת המשטרה, שתיקה יכולה להיחשב תוספת ראייתית. ביהמ"ש בודק האם התביעה עמדה בנטל השכנוע לפני הכרעת הדין.

ישנם מקרים חריגים שנטל השכנוע מועבר לנאשם. הנאשם צריך לשכנע את ביהמ"ש בהטיית מאזן ההסתברויות כפי שנהוג במשפט האזרחי והוא צריך לשכנע שהגרסה שלו תואמת יותר מזו של התביעה. המקרים:

1. כאשר עומדת לחובתו של הנאשם חזקה שבחוק והוא נושא בנטל סתירתה. צריך לסתור את החזקה במאזן ההסתברויות. כמו חזקת הסרסרות לזנות ס' 199 לחני"ש.

2. כאשר עומדת לזכותו של הנאשם הגנה כשהדין מטיל עליו את נטל ההוכחה של אותה ההגנה

סייג: כשהתביעה מנהלת הליך פלילי היא מניחה שאין סייגים – שלא מדובר בקטין, שאין טענת הגנה עצמית, מחלת נפש, כורח וכו'. הנאשם הוא זה שצריך להעלות את הסייגים. הנאשם הוא שמעורר את הסייגים – ס' 34כב(ב) לחני"ש.

הגנה: לעיתים נקבע כי הנאשם צריך להוכיח אותה במאזן ההסתברויות. בשונה מסייג, ששם מספיק להעלות ספק סביר.

נטל השכנוע, נטל הבאת הראיה ומידת ההוכחה במשפט הפלילי

איך נקראת טענה הפוטרת נאשם מאחריות פלילית?

ע"פ 4675/97 רוזוב נ' מדינת ישראל - משנת 1999. בעלים של חברה להלבשה תחתונה, חברה ציבורית. הבעלים ידעו על הקשיים של החברה ומכרו את המניות לפני שמצבה הפיננסי פורסם ברבים ובכך מנעו הפסדים רבים. הבעלים הועמדו לדין על שימוש במידע פנים. חוק ניירות ערך אוסר על אנשי פנים לעשות שימוש במידע פנים. לחוק ניירות ערך יש הגנות. ההגנות רלוונטיות רק לעבירות לפי חוק ניירות ערך. **הש' חשין** אומר כי סעיף 34 כג לחוק העונשין חלה על כל ההוראות וכל העבירות. כלומר, אם יש סייג שלא בחוק העונשין – נטל ההוכחה הוא ספק סביר. חשין דוחה את הפרשנות כי המילה 'סייג' היא 'מילת צופף'. לפי חשין כאשר מדובר על ההגנה – תמיד צריך להוכיח ע"פ המאזן ההסתברויות (51%). צריך להוכיח שעומדת לזכותו אותה הגנה במאזן ההסתברויות וכאשר יש סייג יש לעורר ספק סביר.

בייניש מסתייגת מחשין והיא ההלכה ← ההגנה צריכה להוכיח המאזן ההסתברויות, אך יש מקרים שדי לנאשם לעורר ספק סביר, גם כשמדובר בהגנה. בייניש לא מסכימה עם חשין. לגישתה, אין לשלול מראש מקרים בהם נפרש הוראת חוק מסוימת בהגנה (שאיננה סייג) ולמרות זאת נסתפק בכך שהנאשם יעורר ספק סביר ביחס אליה. גישה זו עוגנה ע"י **מרים נאור** בפס"ד פלוני.

בעליון הרשיעו את רוזוב, כי בחוק ניירות ערך לא מספיק לעורר ספק סביר. זה הגינוי כי השתמש במידע פנימי – עבירה כלכלית. לכן לא מספיק לעורר ספק סביר, אלא מאזן הסתברויות.

מה הופך טענה לסייג או הגנה?

הש' בייניש: ההבחנה אינה קלה ובסופו של דבר הקביעה אם מדובר בסייג או הגנה נגזרת מהתנאים הבאים: לשון החוק, אופי העבירה, מבנה העבירה, מיקומה, תכלית החוק, שיקולי מדיניות, דפוסי התנהגות מקובלים וכו'.

מה לגבי ההגנות בחוק ניירות ערך? האם מדובר בהגנה או בסייג?

ביהמ"ש קובע כי מדובר בהגנה ולא סייג ובנוסף, ביהמ"ש קובע שצריך להוכיח את אותן ההגנות בחוק ניירות ערך במאזן ההסתברויות.

♥ **נטל השכנוע תמיד נבדק לפני הכרעת הדין**

□ נטל הבאת הראיה

הכלל: החובה המוטלת על בעלי הדין להביא ראיותיו. התביעה היא הראשונה שצריכה לעמוד בנטל הבאת הראיה. חובת הראיה נבדקת בסוף פרשת התביעה. התביעה צריכה להוכיח ראיות לכאורה להוכחת האשמה. ביהמ"ש אינו בוחן את מהימנות הראיה או את משקלן. אינו בודק אם יש תוספת ראייתית או לא. בהנחה שכל מה ששמע קביל, לראיות יש משקל מקסימלי וישנן תוספות ראייתיות קיימות – האם יש בכל הראיות לבסס את הרשעת הנאשם ← ראיות לכאורה, ראיות גולמיות.

אם ביהמ"ש מגיע למסקנה חיובית, הרי שנטל הבאת הראיה עובר לנאשם.

ע"פ 3914/05 אלחרר נ' מדינת ישראל - נקבע כי מדובר בנטל טקסטי, הנאשם לא חייב לעמוד בנטל הזה, אלא הוא יכול. כדאי לנהל פרשת ההגנה. גם אם הנאשם לא ינהל פרשת הגנה, הוא ישתוק ולא יעלה עדים, ביהמ"ש צריך לשאול האם הוא מרשיע את הנאשם. במקרה הזה, כבר לא מדובר בראיות גולמיות, בשלב הסיכומים ביהמ"ש צריך לבחון את הראיות בפועל ולעמוד בנטל השכנוע, שהינו גבוה יותר ולא קל.

אם אין ראיות לכאורה, ולא הוכחה אשמה לכאורה, הנאשם טוען טענה שאין להשיב לאשמה מכוח סעיף 158 לחסד"פ:

זיכוי בשל העדר הוכחה לכאורה

158. נסתיימה פרשת התביעה ולא הוכחה האשמה אף לכאורה, יזכה בית המשפט את הנאשם – בין על פי טענת הנאשם ובין מיזמתו – לאחר שנתן לתובע להשמיע את דברו בענין; הוראות סעיפים 182 ו-183 יחולו גם על זיכוי לפי סעיף זה.

אין להשיב לאשמה / NO CASE TO ANSWER

ביהמ"ש יזכה את הנאשם מיוזמת הנאשם או אפילו יוזמתו של ביהמ"ש. וזאת, משום שאין טעם לנהל הליך סרק להגן על זכויות הנאשם (אם עוה"ד לא עושה זאת), ולצמצמם זמן שיפוטי.

□ מידת ההוכחה בהליך הפלילי

מעבר לכל ספק סביר. אם התביעה תעמוד בנטל זה, הרי שהנאשם יורשע. מהו אותו ספק סביר? קביעה הסתברותית. מידה גבוהה של הסתברות ובוודאות כמעט מוחלטת שהנאשם ביצע את המעשה (שביצע את העבירה 95%-97%) ספק סביר- אפשרות ממשית שמתקבל על הדעת ושיש לה אחיזה סבירה בחומר הראיות. ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל – זהו מבחן השכל הישר וניסיון החיים. יש לגבות טענה זו בראיות שיש ספיק סביר. יכול להיות ספק, אבל צריך לעורר ספק סביר. כאשר יש פס"ד פלילי מרשיע, אין צורך להוכיח זאת בהליך אזרחי כי צריך 51%. אפשר לעשות זאת גם אם פס"ד הוא מזכה בפלילי.

חזקות במשפט הפלילי

החזקה משמשת אמצעי הוכחה, היא גם ראיה, להוכחת יסוד רלוונטי לאשמה. החזקה היא המסקנה המתחייבת מהוכחת עובדות יסוד.

□ סוגי החזקות

1. חזקה שבעובדה

חזקה שהכוח הראייתי שלה נעוץ בניסיון החיים. כאשר ע"פ ניסיון החיים מתחייבת מסקנה ממסכת עובדות נתונה, הופכת אותה מסקנה מכוח של ההלכה הפסוקה לחזקה שבעובדה. משקלה הראייתי של חזקה עובדתית הוא כמשקלה של ראיה נסיבתית. אם יש חזקה עובדתית לחובה, די לנאשם לעורר ספק סביר להיחלץ מאותה חזקה.

דוגמאות לחזקה שבעובדה:

▪ חזקת הכוונה

חזקה על אדם שהתכוון לתוצאות עתידיות הצומחות ממעשיו.

דוגמא: הנאשם הכניס סכין עם אורך להב 20 ס"מ ללב הקורבן. חזקה שהוא רצה להמית אותו = חזקת הכוונה. על הנאשם לסתור את החזקה ולעורר ספק סביר.

▪ חזקת המודעות

חזקה שנקבעה בפסיקה. עבירות של מחשבה פלילית דורשת מודעות. את הוכחת המודעות מוכיחים באמצעות חזקת המודעות ← חזקה על אדם שמודע לטיב המעשה שלו ולקיומן של הנסיבות המפלילות אותו ולאפשרות גרימת התוצאה הטבעית הצומחת מהמעשה.

דוגמא: תייר עומד לדין על תקיפת שוטר. חזקה שהוא מודע לזה שהוא לובש מדים ולכן הוא שוטר. די לעורר ספק סביר כדי להיחלץ מאחזתן.

▪ חזקת תכופה

ע"פ 15/78 ביבס נ' מדינת ישראל – מכוח החזקה התכופה, ביהמ"ש רשאי לקבוע כי מי שהחזיק ברכוש גנוב, סמוך לאחר גניבתו, הוא מעורב בגניבת הרכוש או לפחות יודע כי הרכוש ברשותו נגנב ובאיזה אופן.

דוגמא: פרצו לאישה לדירה וגנבו לה טלוויזיה בגודל 60 אינץ' ויש סימן מזהה לטלוויזיה. המשטרה מוצאת ברחוב מישהו עם אותה הטלוויזיה בדיוק. האם יש ראיה שהוא גנב? לא. החזקה התכופה אומרת שמי שהלך עם הטלוויזיה בסמוך למועד הפריצה הוא גנב או שידע מי גנב.

▪ חזקת הנוכחות המסבכת

פס"ד ירחי – 3 רצו להצית בית כנסת במוצ"ש. חבריו של ירחי נכנסו לבית הכנסת, הוא היה בחוץ ונטען שהוא מסייע. הוא טען כי עמד בחוץ להטיל את מימו. החזקה אומרת כי נוכחותו של אדם בזירת העבירה, נבעה משותפותו לעבירה של המבצע.

2. חזקה שבדין/חזקה סטטוטורית

חזקה שנקבעה ע"י המחוקק ולא ביהמ"ש

נטל סתירת החזקה : החזקה שבחוק ניתנת לסתירה אך היא מעבירה את נטל השכנוע אל הנאשם. על הנאשם לסתור את החזקה ברמה של עמידה במאזן ההסתברויות (51%). חזקה שבדין יכולה להיות גם חלוטה. איך יודעים שהחזקה לא חלוטה? כתוב בחוק 'ואם הוכיח היפוכו של דבר'. יש חזקה אבל המחוקק מאפשר לסתור אותה. אם בחוק לא כתוב כלום – אין אפשרות לסתור, החזקה חלוטה.

דוגמאות לחזקות שבדין:

▪ חזקת הסרסרות

סעיף 200 לחוק העונשין – אדם יכול להיות עם זונה והוא לא הסרסור שלה. יכול להיות שהוא השותף שלה. הוא צריך לסתור את החזקה – לא די לו לעורר ספק סביר. הוא צריך לשכנע את ביהמ"ש ב-51% שהוא לא חי מרווחי הזונה. ניתן לאמר כי אם יש זונה נשואה, באופן אוטומטי הבעל הוא הסרסור שלה.

▪ חזקת הנישואים

עבירת הביגמיה – **סעיף 177 לחוק העונשין** קובע כי "מי שהיה נשוי ובחזקת נשוי, כל עוד לא הוכח כי נישואיו הקודמים הופקעו..." כל עוד לא הוכח – ניתן לסתור.

▪ חזקת ההחזקה בסם שלא לשימוש עצמי

סעיף 31(3) לפקודת הסמים המסוכנים – חזקת ההחזקה בסם שלא לשימוש עצמי. מי שהחזיק בסם בכמות שעולה על הכמות המצויה בתוספת של הפקודה, חזקה שהוא מחזיק בסם שלא לצריכה עצמית. אם אדם נתפס עם כמות שמעל למותר בחוק, חזקה שזה לא לצריכה עצמית. החזקה ניתנת לסתירה, הנאשם יצטרך לשכנע את ביהמ"ש במאזן ההסתברויות (51%) שמדובר בצריכה עצמית.

▪ חזקה המתייחסת למשחקים אסורים

ס' 233 לחוק העונשין – הנמצא במקום בו משחקים משחקים אסורים והיה לקצין המשטרה יסוד סביר להניח שמדובר במשחקים אסורים, רואים אותו כמי ששיחק משחק אסור כל עוד לא הוכיח אחרת.

כל חזקה שנמצאת בחוק היא חזקה שבדין וצריך להוכיח אותה במאזן ההסתברויות.

3. חזקה חלוטה

אם יש חזקה בחוק שהמחוקק לא מאפשר לסתור אותה, היא חזקה חלוטה שאינה ניתנת לסתירה. יש להעדיף את החזקה על פני המציאות. החזקה החלוטה קובעת הוראת דין מהותית. ניתן להבין כי חזקה היא חלוטה מלשון החוק: "מי שעשה X יראו אותו כאילו..."

דוגמאות לחזקות חלוטות:

▪ הלכת הצפיות

סעיף 20(ב) לחוק העונשין - בעבירות תוצאתיות צריך להוכיח חזקה על אדם שביצע את העבירה. חזקת הצפיות היא חזקה ראייתית – מי שידע ברמה גבוהה של הסתברות שהתוצאה תקרה, שקול לכוונה שלו לגרום את אותה התוצאה. מדובר בידיעה ברמה גבוהה של הסתברות השקולה ואי אפשר לסתור אותה.

▪ חזקת ידיעת הדין

סעיף 57(ב) לפק"ר – כל דין הוא מהמפורסמות שאינן צריכות ראייה אם אין הוראה אחרת. ז"א כי לפי החוק, עורכי דין ושופטים מחויבים להכיר את הדין.

□ ההבדלים בין החזקות

חזקה שבעבודה + חזקה שבדין ← חזקות הניתנות לסתירה.

חזקה חלוטה ← אינה ניתנת לסתירה

ההבדל בין החזקות הניתנות לסתירה:

חזקה שבעבודה ← די לנאשם לעורר ספק סביר כדי לסתור את החזקה

חזקה שבדין ← לנאשם לא מספיק לעורר ספק סביר, הוא צריך להוכיח את היפוכה של הראייה במאזן ההסתברויות (51%)

נטל השכנוע, נטל הבאת הראיה ומידת ההוכחה בהליך האזרחי

□ נטל השכנוע

מבטא את החובה העיקרית המוטלת על בעל דין (תובע/נתבע), להוכיח את טענותיו כלפי יריבו. אי עמידה בנטל השכנוע תוביל לדחיית הטענה.

הקביעה של מי נושא בנטל השכנוע נעשית בעזרת 2 כללים בדיני הראיות:

1. המוציא מחברו עליו הראיה

יכול להיות התובע/נתבע. נטל השכנוע מונח על המוציא מחברו, כלומר, נטל השכנוע רובץ על בעל הדין אשר חפץ לשנות את המצב הקיים. זהותו של בעל דין נקבעת ע"י הדין המהותי ודיני הראיות משמשים כאמצעי ליישומו של דין זה. לכן, התובע נושא בנטל השכנוע לגבי היסודות העובדתיים של עילת התביעה שלו. בכתב התביעה יש עובדות שצריך להוכיח ואז הוא נושא בנטל השכנוע. לעומת זאת, הנתבע נושא בטל השכנוע לגבי יסודותיה העובדתיים של עילת ההגנה. דוגמא: ראובן תובע את שמעון על נזק שנגרם לו מהפרת החוזה. ראובן רוצה כסף משמעון, והוא המוציא מחברו, לכן הוא צריך להוכיח את יסודות התביעה.

דוגמא: אם הנתבע טוען כי מדובר בתנאי מקפח בחוזה אחיד, הנטל הוא על הנתבע להוכיח שיש חוזה אחיד, כי התובע אומר שלא מדובר בחוזה אחיד, הנתבע צריך להוכיח את זה. ברגע שיש טענה משפטית, כל צד שנושא את הטענה הוא זה שיצטרך להוכיח.

2. דיני הראיות הולכים אחר הדין המהותי הן לעניין הוכחת יסודות התביעה והן לעניין הוכחות טענת ההגנה

על מנת להוכיח טענה בביהמ"ש צריך לפנות למשפט המהותי כדי לדעת מהם היסודות המרכיבים את עילת התביעה ומה היסודות המקנות הגנה. לכן, דיני הראיות הולכים אחר הדין המהותי.

דוגמא: תביעת רופא בגין רשלנות רפואית. צריך לבחון בדיני הנזיקין מה צריך להוכיח. צריך להוכיח כי הרופא חב חובת זהירות, שהוא הפר את אותה החובה, שיש קש"ס ונגרם נזק. נטל השכנוע עובר באזרחי, לעומת פלילי – למעט בשני המקרים החריגים.

□ נטל הבאת הראיה

מהווה חובה נלווית, הטפלה במהותה לחובה העיקרית.

חובת הראיה לגבי מי שנושא בנטל השכנוע- החובה משמעותה להביא ראיות כדי לעמוד בנטל השכנוע.

חובת הראיה לגבי היריב – משמעותה היא החובה להביא ראיות להשמטת הבסיס מתחת לכוחן של הראיות שהובאו לחובתו ע"י היריב. חובת הראיה חלה על התובע אם הוא זה שנושא בנטל השכנוע, ואם הנתבע רוצה להביא טענת הגנה, מן הסתם חובת הראיה מוטלת עליו.

חשוב: בהליך הפלילי יש תביעה, הגנה ובסוף פרשת התביעה אם הנאשם רוצה לטעון כי התביעה לא הציגה ראיות לכאורה, הוא יכול לטעון כי אין להשיב לאשמה. בהליך אזרחי, אין טענת אין להשיב לאשמה. בהליך האזרחי, יש אפשרות לציין בפני ביהמ"ש כי לא מנהלים פרשת הגנה כי התובע לא עמד בנטל הראיה.

□ מידת ההוכחה

הטיית מאזן ההסתברויות. מידת ההוכחה בה חייב לעמוד בעל בדין בהליך האזרחי היא ההוכחה במידה של הטיית מאזן ההסתברויות. כלומר, מי שמוטל עליו נטל השכנוע, עליו להוכיח כי גרסתו סבירה יותר ומתקבלת יותר על הדעת מן הגרסה שכנגד. באזרחי, שכנוע של כ-51% יגרום לבעל הדין לקבל פס"ד לטובתו.

מדוע זה קורה?

בהליך אזרחי אין הבחנה בין תובע לנתבע. הנחת המוצא היא כי שני הצדדים שווים, יש שוויון בין הצדדים. ברגע שהצדדים שווים, אין הצדקה להטיל על התובע יותר אחוזים מהנתבע. בעל הדין שלא הרים את נטל השכנוע יפסיד. דוגמא: אם הנתבע הוכיח שיש לו טענה של אמת דיברתי, התובע יפסיד בתביעת לשון הרע. מי שלא יעמוד בנטל השכנוע, יקבל פס"ד כנגדו.