

דיני הראיות הם למעשה אותו ענף משפטי שעוסק בדיני ההוכחה במוסדות השיפוטיים שלנו לאמור הם אותם דברים המסדירים איך מוכיחים את הטעון הוכחה, מה טעון הוכחה? כלומר כאשר באים להישמ מה אנחנו נדרשים להוכיח? את העובדות הגם שבעצם כל תובענה או כל הליך שיפוטי מורכב משני נטבחים שבעלדיו העין העובדות והדין. לדוג' תובענה אזרחית כאשר אדם מבקש לתבוע את זולתו מבקש סעד מביהמ"ש למשל בהפרת חוזה אז הוא מגיש תביעה אזרחית בשל הפרת החוזה כך הוא טוען ואז הוא בכתב התביעה צריך להציג ראשית לכל את העובדות איזה חוזה מדובר איך, מיהם האנשים שהתקשרו בחוזה, מה נאמר בחוזה ולמה לדעתו החוזה הזה שהיה צריך להתקיים לא התקיים כלומר הופר, מי גרם להפרה הזאת וכו', אבל זה לא מססיק מפני שגם אם יש לך חוזה מבחינה עובדתית אכן זה חוזה אתה צריך להוכיח שהדין מכיר בחוזה הזה, מכיר בזכויות שלך על פי החוזה ואם אכס תצליח להוכיח את מה שאתה טוען בכתב התביעה שלך את העובדות האלה על יסוד אותו דין אתה גם תזכה לקבל את הסעד המבוקש בין שמדובר בצו עשה, לכפות על ביצועו, אבל כדי להגיע לשלב הזה של לזכות בתובענה אתה צריך לדעת איך עושים את זה במובן איך מוכיחים את העובדות- אלו דיני הראיות הם באים לסייע לנו להפגיש אותנו עם אותם דינים בביהמ"ש איך אני מוכיח את העובדות שנאי צריך להוכיח.

מה באשר לדין? הדין לא טעון הוכחה, הדין הוא מן המפורסמות שאינו טעון ראיה אז מה הוא כן טעון? הוא טעון טיעון, מכוונים את בית המשפט באמצעות כתיב הטענות מכוונים את בית המשפט אל אותו דין שעל יסודו אני טוען שאני זכאי לקבל את הסעד שאני מבקש אותו דין שחל על העובדות. אנחנו צריכים להציע לשופט מהו הדין הוא לא יעשה את העבודה עבורנו. הצד השני יכול להציע דין אחר לגבמרי כאן השופט צריך להכריע בפלוגתא מהו הדין בין הצדדים הרלוונטי השופט לא יחפש את הדין עבורנו אנחנו נצטרך להציג אותו. אם אף אחד מהצדדים לא טוען נכון את הדין אז הוא יעשה כן אבל לומר שמשום שהדין הוא מן המפורסמות והוא לא טעון הוכחה לכן לא אתייחס אליו- זו טעות גדולה מאוד מה גם שאין דבר כזה!

צריך לזכרו שבצד דיני הראיות יש כללים נוספים, כללי הטיעון של הדין כללי הטיעון הנכון.

נבחן איך מוכיחים עובדות בבית המשפט.

מהם המקורות של דיני הראיות בארץ?

שלא כמו דינים אחרים זכו להתייחסות רצינית במשפט האזרחי, בעונשין יש לנו קובץ גדול שהוא חוק העונשים שמאגד בתוכו את עיקר הכללים במסגרת דיני העונשין אבל כשבאים לחפש איפה הדינים בדיני ראיות אנחנו נמצא חקיקה דומה שמאגדת באמצעות חוק אחד את כל דיני הראיות ולא משום שלא רצינו שיהיה, על הכנסת הונחו לא מעט הצעות לחוקי הראיות שיחליפו את הקיים, הקיים הוא למעשה החוק הבסיסי שמתייחס לדיני ראיות אבל לא פורס עליהם את כנפיו כולו זה כמובן פקודת הראיות (נוסח חדש) תשל"א-1970, פקודה זה אותו שם שמייחד את עצמו לחקיקה מנדטורית כלומר במקור אנו מבינים שפקודת הראיות הייתה מסמך חקיקתי מנדטורי אבל נוסח חדש כלומר ב-1971 קיבלה נוסח חדש תורגמה לעברית עם תוספת כזו או אחרת והפכה להיות חוק ישראלי ולא מנדטורי. במקור פקודת הראיות נקראה בתקופת המנדט פקודת העדות והיא מקבלת את הנוסח העברי אבל כשאנחנו נפתח את פקודת הראיות שכאמור הוא המסמך כמעט היחיד שיש לנו בנושא דיני הראיות ונעייין בו אנחנו נראה שאכן יש בו הוראות המנחות אותנו בתחום דיני הראיות אבל הוא לא התיימר לכלול בתוכו הקבצה של כל דיני הראיות הוא בעצם בחר מסיבה היסטורית להתמקד בנושאים כאלה ואחרים כמו למשל אנחנו נראה שיש לנו שם הכוונה לנושא של מה זה ראיות חסויות או הכוונה של מי כשר או לא כשר לשמש כעד או כיוצא באלה. אבל אין שום דבר בפקודה הזו שיכול להשלים לנו דברים שנראה בהמשך שמשום שהם חסרים שם אנחנו השלמנו אותם דרך המשפט המקובל האנגלי שחדר אלינו דרך סימן 46 הידוע נקלט בארץ ועבר בירושה כחלק מהפסיקה המשלימה ואז למעשה נראה כי חלקים גדולים של דיני הראיות גם כיום משלימים את פקודת הראיות בכך שאנחנו מסתמכים על פסיקה אנגלית ישנה ואחר כך כאשר התנתקנו ב-1980 התנתקנו מהזיקה למשפט האנגלי לא מחפשים את הפסיקה החסרה באנגליה ובמקומה יצרנו משפט מקובל בישראל ובכך יש לנו איפוא פסיקה עד 1980 שהיא הפסיקה האנגלית ומ-1980 ועד היום אנחנו ממשיכים לפתח את דיני הראיות באמצעות

המשפט המקובל בישראל. כדי לדעת דיני ראיות צריך לשלב מבחינת ידע בין המעט שיש לנו בפקודת הראיות והרבה ממה שיש לנו בפסיקה האנגלית הישראלית. (מחכים להסדרה חוקית). גם הוראות דין הנוגעות לדיני ראיות בחוקים ספציפיים כלומר אם ניפגש בסוגיה ספציפית כמו דיני מיסים אז תצפו לגלות בפקודת מס הכנסה נראה הוראות הנוגעות לדיני ראיות בתחום הזה אז גם זה יש.

92 נחקקו שני חוקי יסוד חוק יסוד כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד חופש העיסוק שמאוחר יותר יכריזו בית המשפט העליון שחוקים אלו מהווים מהפיכה חוקתית מפני שלראשונה בתולדות המדינה זכויות האדם שהוכרו עד אז ע"י ביהמש העליון באופן הלכתי נכנסו פנימה לטרקלין באמצעות שני החוקים הללו. ומשום כך זכויות האדם שלנו מקבלים מימד חוקתי לא עוד פסיקתי הלכתי אלא חוקתי ומה זה אומר? אם עד אז זכויות האדם הם היו מן שארית פליטה שהשלטון נטל לעצמו את הסמכויות שהוא צריך מה שנשאר היו זכויות אדם כך למשל קול העם. כיום היסוכו של דבר, הרוצה לפגוע בזכויות אדם חוקתיות צריך לעבור דרך אותה מנסרה של חוק היסוד. – ס' 8 לפסקת ההגבלה. איך אני לוקח את המהפיכה החוקתית ומקשר לדיני ראיות? דיני ראיות בעצם כמו תחומים אחרים עוסקים בזכויות אדם לדוג' התביעה צריכה להוכיח מעבר לכל ספק סביר במשפט הפלילי, נניח שהכנסת רוצה להוריד את רמת ההוכחה בואו נוריד את זה ונעשה את זה בהוראת שעה וכו' בתחום עבירות הטרור אין צורך בשנה הקרובה שנתייגע ברמת הוכחה של מעבר לכל ספק סביר יבוא מי שמייצג את הנאשם ויבקש מביהמש לפסוק ולהצהיר שהחוק הזה ששינה את עול הראיה הוא בלתי חוקתי ודינו להתבטל. אפשר ללכת לבגץ ואפשר לעשות את זה במשפט האישי שלך. המושג הזה של מה זה חירות נאמר גם באופן מפורש בס' 7 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו אפשר לעשות זאת באמצעות עמידה בפסקת ההגבלה, אחד מהזכויות שיש לאדם היא הזכות להליך הוגן יבוא הנאשם ויאמר עד כאן נהייתי בזכות שלא יקחו את החירות שלי אלא אם באמת הוכחו הדברים כלפיי ברמה הזאת של מעבר לכל ספק סביר ולמה? כי אנחנו נוטלים חירותיו של אדם אנחנו עוסקים בדיני נפשות אנחנו אומרים שאם אנחנו טועים בואו נסכים על כך שמוטב שנטעה לטובתו של האדם ולא לרעתו.

אין ערעור במדינת ישראל על עובדות אלא הערעור הם על טעויות בדין. גרוס מבקר זאת במאמר!! לא מעט נאשמים עלולים למצוא את עצמם ללא מענה. בשנות ה-50 לא היה את הדרך לבדוק את העובדות כמו שצריך אבל כיום מאז שנות ה-80 יש וידאו, ולכן כיום האביזר הזה של וידאו יכול להחליף את הפרוטוקול של המשפט שהיום הוא מוקלט אם היינו מחליפים בצילום הרי ביהמ"ש לערעור לא יכול להגיד לא ראיתי את העדים לא יכולתי להתרשם מהעדים. אבל היום לא ניתן לטעון זאת. האם ניתן באמצעות חוק יסוד כבוד האדם וחירותו לכפות על המדינה לבחון ערעור על העובדות? לא ידוע. אם המדינה לא מקנה לנו זכויות שנגזרות מאותו חוק.

הדינים שאנו נלמד צריכים להיות תחת ההקרנה החוקתית של אותה מהפכה מ1992 אנחנו צריכים לבדוק האם אותם דיני ראיות יש להם השלכה חוקתית ומה זה אומר? אחד מפסקי הדין שיכול להדגים את ההיבט החוקתי הוא: בהמשך.

אחד הדברים המאפיינים את דיני הראיות זה שניתן להתנות עליהם כלומר אפשר להסכים, הצדדים למחלוקת יכולים להסכים שבמקום דין ראיות מסוים נסכים על דין ראיות אחר וזה אפשרי בתנאי שהוא לא גורם לעיוות דין. וכך למשל הדוגמא של פס"ד יוסף ביעזי ושלמה ביעזי נ' אברהם לוי- מדובר היה כאן במחלוקת בין בעלי דין ביחס למושכר מסוים וכדי לפטור את המחלוקת העובדתית במקום להביא את העדים שיגיעו לביהמ"ש ויעידו הציעו הצדדים ואמרו אתם יודעים מה, בואו נלך לפולגרף נפסוק בפני בודק אהפולגרף את המחלוקת והוא יגיד מי דובר אמת ומי שקר ואכן כך היה, אחד הצדדים יצא לא דובר אמת זה שהתאכזב והפסיד חזר לביהמש והתכוונו להציג לו את אותה הסכמה, המפסיד פונה לביהמש ואומר כי למרות הסכמתו אני טוען שהבידקה הזאת לא יכולה להוות ראיה קבילה במשפט. השופט שואל מדוע? הוא טען כי יש הלכה פסוקה שממצאי פולגרף לא יכולה להוות ראיה קבילה במשפט קובע השופט כי אכן יש הלכה כזאת אך יש לה סייג, אלא אם כן מדובר בהליך אזרחי ואלא אם כן הצדדים הסכימו על כך שזה יהווה ראיה וזה בדיוק מה שקרה כאן. **חשוב לדעת שכאשר מדובר בהליך פלילי הפולגרף לא יכול להוות ראיה קבילה גם בהסכמת הצדדים! יתרה מזאת אסור לחשוף בפני ביהמ"ש את העובדה שמישהו עבר בדיקת פולגרף וכמובן מה היו הממצאים!**

סייג נוסף- בהליכים שלפני הגשת כתב אישום ולצורך המעצר עצמו מותר להשתמש בפוליגרף כדי להחליטהאם יש יסוד, בסיס לחשד נגד אותו אדם אבל לא במשפט עצמו. רק לעניין החקירה והמעצר ניתן להשתמש בפוליגרף.

ביהמש קובע כי הצדדים לא יכולים להחליט על החלפת דיני הראיות כאשר מדובר על החלפה שנוגדת את תפיסת הצדק שלנו, כך למשל לא ניתן להחליט על העובדות על ידי הטלת קוביה. אומר ביהמש כי אם מדובר בדרך כזו של החלטה שהיא לא הגיונית ונוגדת את תקנת הציבור לא אקבל את הדרך הזו.

בשיעור הבא : מושגי יסוד של דיני הראיות ונעבור לכללי הפסילה של דיני הראיות והכלל הראשון הוא גם הגדול ביותר הוא הכלל האוסר עדות שמיעה ובמסגרתו יש לקרוא את החרוג לחרוג הנוגע לאמרות נפטרים. בנוגע לעדות שמיעה.

דיני הראיות מתמקדים בשאלה איך מוכיחים את מה שטעון הוכחה בבית המשפט:

המונחים המרכזיים בדיני הראיות:

המונח המרכזי- **רלוונטיות**, יש האומרים שאם אנחנו מכירים אותו נכון למעשה הוא תמצית דיני הראיות ולכן הנושא של רלוונטיות בא לומר לנו שאנחנו עוסקים בשאלה מה טעון הוכחה בבית המשפט התשובה היא העובדות הרלוונטיות ומהן אותן עובדות רלוונטיות? אלו אותן עובדות שבאמצעותן אתה יכול להוכיח את הטעון הוכחה לאמור את הזכויות שלך, את הסעד המבוקש על פי הדין כלומר אלו העובדות שאם תוכיח אותן הדין אכן תומך בהן לכן יש לבדוק רלוונטיות בהקשר בקונטקסט כלומר היא נמדדת בהקשר של אותן עובדות הטענות הוכחה כלומר אם אתה טועה במה העובדות אז גם המנוח רלוונטיות לא יקדם אותך אבל אם אתה צודק שרלוונטי הן אותן עובדות כאמור אני אמצע אותן או ליתר דיוק הוכיח אותן בראיות קבילות בביהמש הן יאפשרו לי קבלת הסעד על פי הדין ולכן המנוח רלוונטיות משקף מצב שבו אתה מבקש למצוא את העובדות הנכונות השייכות לעניין. לאותו עניין שטעון הוכחה כלומר אותן עובדות שאם אני יוכיח אותן ביהמש אכן ייעתר לבקשה שלי בתובענה שהגשתי. הוא הדין גם בצד השני של המטריה כלומר הנתבע אם יוכיח מצידו את העובדות שההגנה צריכה להוכיח יכול להיות שבעצם או כתוצאה מכך תידחה התובענה. המושג רלוונטיות בהקשר של הליך פלילי הן מהן בעצם העובדות שאם התביעה תוכיח אותן הרי היא למעשה תצליח לשכנע את ביהמש שהאדם העומד לדין המואשם על ידה על פי אותן עובדות אכן ביצע את העבירה שמיוחסת לו מפני שעל פי הדין העובדות הללו שהוכחו יוצרות את העבירה המתוארת בכתב כלומר אחת הטענות האפשריות בהליך הפלילי זה שבעצם כאשר מתבצע ההליך הראשון בביהמש – הליך ההקראה בסוד ההקראה לאחר שמקריאים לנאשם את כתב האישום השופט יפנה לנאשם או לסנגור וישאל מה תשובת הנאשם לכתב האישום, בעבר היה מקובל לקבל את התשובה: מודה, או לא מודה כיום מזה שנים אנחנו תיקנו את התפיסה המוטעית הזאת – נאשם לא צריך להודות באשמה מה שבעצם הוא אמור לדעת ולהתייחס זה לעובדות הוא לא משפטן והוא לא צריך להחליט האם העובדות שוא מודה בהן אכן מוכיחות את האשמה ולכן השאלה היא האם אני מודה בעובדות בכולן או בחלקן לכן מונח הרלוונטיות אכן הטענות האפשריות המקדמיות עוד לפני שנפתח משפט זה שבעצם העובדות הללו המתוארות בכתב האישום גם אם אני מודה בהן לא יוצרות שום עבירה. הן לא קלוונטיות כלומר טענת הגנה שהיא נדירה בדרכ לייחס לאדם עובדות שהן בהן משום עבירה בכלל אבל לפני כחודש ביהמש העליון בפס"ד שהוא ערעור לעליון על החלטה של בית הדין הצבאי לערעורים, המקרה הזה מדבר על חייל שהואשם בהחזקה של סם מסוכן בפיצוצות הסם נקרא נייס גיי והערכאה הטיעונית הראשונה בית הדין המחוזי בהסתמך על הודאתו של החייל שהוא קנה נייס גיי הרשיע אותו, הגיש ערעור הסנגור שלו שבעצם ההרשעה היא לא כדין שבעצם לא הוכח שהנייס גיי הוא אסור לשימוש כפי שאמור להיות מפורט בסמים המסוכנים בנספח כל סם מסוכן חייב להיות מנוסח בחוק על פי עיקרון החוקיות אומר הסנגור לא מצאנו שוב עכבות בית הדין הצבאי קבע שלא כך ואם חייל הודה שמדובר בסם מסוכן זה מספיק. **אדם לא יכול להימצא אשם רק בגלל שהוא חושב שהוא אשם זה בניגוד לעיקרון החוקיות כלומר הנושא של ניסיון לעשות פעולה שהיא בעצם לא עבירה פלילית לא יכולה להיחשב כעבירה. גם אם הוא חושב שזה אסור אתה לא יכול להרשיע אותו. אדם בעוול פיו או במחשבות שלו לא יכול להרשיע את עצמו אם העובדות שהוא מסתמך עליהן אינן מהוות עבירה, רלוונטיות היא בהקשר שלנו אותן עובדות שכן יוצרות עבירה שאם תוכיח אותן אכן הדין אומר לגבי אותן עובדות שמדובר בעבירה. באמצעות מונח זה אנחנו מסננים את אותן עובדות שטענות הוכחה שאם נצליח להוכיח אותן הרי גם נצליח להוכיח את הסעד שאנחנו מבקשים (אזרחי) או את העבירה שאותו אדם מואשם (פלילי).**

בהקשר הזה של רלוונטיות עלתה שאלה – עד כמה העובדה שאתה צריך להוכיח צריכה להיות רלוונטית? ברור שכשאנחנו מדברים על אותן עובדות שהחוק קובע שצריך להוכיח אותן לגביהן אין שום בעיה אבל מה עם עובדות יותר רחוקות שהן בפני עצמן לא יכולות להוכיח אבל הן יכולות להשליך על עובדות אחרות שאם אותן נוכיח אז זה יהיה תקין והשאלה היא עד כמה אותן עובדות צריכות להיות קרובות? גם עובדה רחוקה שיש לה כוח משכנע כוח הוכחתי גם אם הכוח

המשכנע באותו שלב לא נראה גדול מותר להוכיח ואפשר להוכיח וזה רלוונטי וזה צריך להיכנס אל תוך תיק ביהמ"ש כלומר אי אפשר לסנן לעצור עובדות רלוונטיות רק משום שהן רחוקות הן לא אותן עובדות ישירות שאני צריך אותן בכדי להוכיח את התיק גם עובדות רחוקות יותר שהן בפני עצמן לא מוכיחות אבל יחד עם עובדות אחרות יכולות להוכיח הן רלוונטיות. כלומר המבחן הוא האם עד כמה באמת העובדה שאתה צריך להוכיח יכולה להשפיע על אותו סעד שאתה מבקש מביהמ"ש.

רלוונטיות לבד למרות שהיא מרכזית מתברר שההתפתחות ההיסטורית של דיני הראיות קבעה שרלוונטיות לבדה לא מספקת. מפני שכדי שהראיה הזאת שנאי מבקש כעת להוכיח תצליח להשפיע על ביהמ"ש והנה השתמשתי כעת במונח שחזרתנו עליו מספר פעמים וזו **הראיה**. כאשר אנו מדברים על ראיות אנחנו מאבחנים מבחינים בין שלושה סוגים לפחות של ראיות, העיקרית שבהם והמקובלת יותר בבתי המשפט בהליך המשפטי בישראל זה ראיה מפי עדים באמת הוכחת העובדות בבתי המשפט נלמדת ונעשית על ידי עדים אז היינו יכולים להגיד דיני העדים כי בעצם **המרכז והמסה הגדולה ביותר מהראיות המובאות בפני ביהמ"ש היא מפי עדים והכוונה לאותם עדים רלוונטים וכשרים. שני הסוגים האחרים זה ראיות בכתב – דיני הראיות דורשות שלגבי סוג מסוים של עניינים ההוכחה לגביהם תהיה רק לגבי כתב(ס' 80 – 82 לחוק הפרוצדורה האזרחית העותומאני) ס' אלו יוצרים את חובת הכתב, והסוג השלישי זה הראיות החפציות לאמור אותם ראיות שבעצם באות מתוך החפץ – החפץ עצמו משמש לנו כראיה כהוכחה(בהמשך).** כאשר אדם נדקר למוות באמצעות חפץ חד החפץ הזה אמור להיות הוכחה למשפט אכן לטענה שהוא נדקר, גם טביעת אצבעות בוודאי שכן. אבל גם אם לא זה ולא זה אלא רק צריך להוכיח איך בוצע הרצח או התקיפה ואותו חפץ אמור לשמש כראיה. לענין ראיה בכתב לא ניתן להביא את אותו מכתב אלא אם הוא הראיה הטובה ביותר שניתן להביא, היום בעידן הדיגיטאלי זה יותר מסובך(בהמשך) כלל הראיה הטובה ביותר – מתפתח מאוד בעידן הדיגיטלי וביהמ"ש נותן את דעתו.

על הראיה לא רק להיות רלוונטית אלא גם קבילה – הנה מושג נוסף שבא לצמצם כעת את נושא הרלוונטיות כלומר יש לנו פתאום מה שקרוי דיני קבילות למעשה המשפט החליט באיזושהו שלב התפתחותי שלא די בכל שהראיה שייכת לעניין אלא אותה ראיה צריכה שלא ליפול שלא להיכנס לאחד מכללי הפסילה של דיני הראיות, כלומר קבילות מתקשר עם כללי פסילה אלו הם כללים שהמשפט פיתח על מנת למנוע בידועין הכנסתן של ראיות רלוונטיות אל ביהמ"ש. **אם הראיה היא לא רלוונטית היא נעצרת בתחנה הראשונה אבל אם הראיה רלוונטית צריך לבחון האם היא לא נפסלת על ידי אחד מכללי הפסילה המוכרים לנו.** יש לנו את פקודת הראיות ובצידה המון כללים ששאבנו מהמשפט האנגלי שניתן היה לשאוב אותם עד 1980 שעצר את השאיבה הזאת חוק יסודות המשפט לא ניתן לשאוב מהמשפט האנגלי כדי להשלים את הדין. ובמקום זה יש לפנות לחוקים הישראליים ואו בפסיקה ואו בדרך של היקש ואם עברת את כל תחנות אלו לך למורשת ישראל. הנשיא ברק טוען כי לא רק שיש מחשבת ישראל אלא הוא יגיד לנו שאת הקומון לו האנגלי החליף משפט מקובל ישראלי כלומר ברק מסביר כי גם בתקופה שאבנו את הקומון לו שאבנו כלל מאוד מאוד ברור שכמו שבאנגליה בשופטים מורשים להשלים את הדין באמצעות המשפט המקובל כך השופטים הישראליים על אותו היגיון מוסמכים להשלים את הדין כאשר הוא חסר. כלומר המשכנו את הסמכות לשופטי ישראל יש סמכות לייצר משפט מקובל ישראלי בעיקר אנחנו מוצאים את פס הייצור הזה בדיני הראיות. משפט מקובל הוא מקרו חשוב להמשך הפיתוח של דיני הראיות ובהקשר שלנו גם של דיני הפסילה כי כאמור את דיני הפסילה שאבנו מהקומון לו, את רובם לא כולם חלק עדיין קיימים בדיני הראיות, אחת הראיות שנדון בהם בהרחבה היא הנושא של הראיות החסויות.

כלל פסילה ראשון שנשען על הקומון לו – כלל הפוסל עדות שמיעה – נראה שהמשפט המקובל הישראלי הרחיב את הכלל הזה על מה הוא מתפשט ונגיע אליו.

כדי שראיה תוכל לשמש בבית המשפט לא די לה להיות רלוונטית היא גם צריכה להיות כבילה לא להיפסל על ידי אחד מכללי הפסילה של דיני הראיות. **המשפט המקובל הישראלי משלים את הדין הישראלי.** לדוגמא: היועמש נ' ברנשטיין, מקרה שבו בעצם מדובר באישה מבוגרת שאושפזה בבית אבות ליד גדרה מצבה היה קשה מאוד היא טופלה שם בתרופות כדי לחסוך לה את הכאבים

שהיא סבלה מהם ובאיזשהו שלב היא הלכה לעולמה וכת מבקשים להכשיר את צוואתה ואז כאן חלק מהיורשים מתנגדים בטענה שבעצם הצוואה שלכאורה נחתמה על ידי טביעת אצבע של המנוחה הוצאה ממנה תחת השפעה לא הוגנת ולפי חוק הירושה זו צוואה פגומה כדי להוכיח את זה את ההשפעה הלא הוגנת ביקשו להביא את אותה רופאה שהייתה מופקדת בטיפול היומיומי ושאותה רופאה תביא לדין את התיק הרפואי שאותה נפטרת הייתה צלולה, הרופאה הזאת זמן מה לפני כן עזבה את המוסד לחו"ל ידעו היכן היא נמצאת אבל לא ניתן היה לכפות על אותה רופאה להגיע כי לא היה הסכם משפטי בין ישראל לאותה רופאה ולכן ביקשו את הממונה על האגף הזה ואכן היא הגיע לביהמ"ש ואמרה אני אומנם לא טיפלתי אבל אני יכולה מעיון בתיק הרפואי יכולה לומר מהו מצבה וקמה התנגדות ולמה? כי הממונה הזאת מה היא עושה? עדות שמיעה, היא לא אומרת את זה מתוך ידיעה שהיא טיפלה אלא מתוך מה שאחר טיפל וזו עדות שמיעה ושואלים על סמך מה אתה מבקש שאני אקבל את זה? אומר על סמך החרגי לעדות שמיעה – אמרתו של בעל תפקיד במילוי תפקיד של נפטר, הרופאה הנמצאת היא לא נפטר זה לא מישוה שהלך מן העולם ואתה לא יכול לשמוע את זה כאן הרופאה נמצאת רק במקום אחר, פסד זה אומר כי נכון שלפי המשפט האנגלי זה לא אמרת נפטר אבל אנחנו לא כפופים למשפט האנגלי אנחנו לפי המשפט המקובל מוכנים לומר כי כאשר לא ניתן להביא את אותו אדם בין שהוא נפטר ובין שהוא נמצא ולא ניתן להביאו אפשר להרחיב את החרגי של אמרתו של ממלא תפקיד לא רק שהוא נפטר אלא שלא ניתן להביא אותו. ביהמ"ש הישראלי יוצר יש מעיין הרחבה של אותו כלל אנגלי.

למעשה ראייה כדי שהיא תשמש בבית משפט לצורך הוכחת העובדות הטעונות הוכחה לא רק שהיא צריכה להיות רלוונטית אלא גם כבילה בעניין זה שהיא לא נפסלת במובן של אחד מכללי הפסילה של דיני הראיות. היכן אותם כללים? יש אי סדר מסוים מכיוון שאין לנו אוגדן אחד שבו אנחנו מוצאים את הדברים אלא מתוך מחקר הדברים לדעת מהם כללי הפסילה, הכללים מפוזרים חלקם בחוק החרוט ומרביתם בהלכה הפסוקה.

בהנחה שהראיה עוברת את המבחנים הללו והיא מוצגת לביהמ"ש ובכך יש עוד שני דברים שהראיה הזאת עוברת זה הנושא של **משקל** הראיה כלומר לא די בכך שאתה הצגת את הראיה הכבילה בבית המשפט אלא היא צריכה לקבל את המשקל הראוי לה מביהמ"ש. מה זאת אומרת משקל? אותו כוח שיש פנימה בתוך אותה ראייה על מנת לשכנע את ביהמ"ש באמיתותה ובהצטרפה אל ראיות אחרות לשכנע את ביהמ"ש שהעובדות הטעונות הוכחה אכן הוכחו. הנושא של משקל עולה כאשר ביהמ"ש נדרש להחליט בין ראיות כלומר המשפט דן בראיות של כל צד אשר מביא אותן ולא אחת קורה שביהמ"ש מתייצב בראיות מפי עדים פתאום עדים מגיעים משני הצדדים של המתרס וטוענים הפוך כלומר כל צד טוען לעובדות אחרות מזה שהצד האחר טוען או מכחיש אותם. ביהמ"ש צריך להחליט מה המבין הגרסאות שהשמיעו לו מה מייצג את האמת איך הוא יעשה זאת? כאן אנחנו מגיעים למושג נוסף וזה הנושא של **המהימנות**, משקל ומהימנות מגיעים יחדיו בדרכי, ביהמש צריך להחליט על פי מבחן המהימנות מי אמין יותר. לדוגמה תיקי עבירות המין: היא אומרת ... הוא אומר ... אדם מואשם באונס המקרה קורה בחדרי חדרים כלומר הוא מתרחש כאשר אין עדים למעשים הללו ובכל זאת התביעה בהסתמך על גרסת המתלוננת ובמצורף אליה גם אם כמה דברים אחרים שיכולים להקנות לה למתלוננת מהימנות גדולה טוענים שהצד השני ביצע בה אונס והוא טוען נכון ששכבתי איתה – בהסכמה. המקרה העוד יותר קשה מדובר נניח בבעל ואישה, שהאישה טוענת בעלי אנס אותי או חברים מכרים שאין מחלוקת שהיו יחסים אינטימיים ביניהם ואז היא מאסה בו ואמרה די והוא לא רצה את הדי הזה וכאן הסוגיה שמונחת בפני ביהמ"ש מי באמת דובר אמת. כך או כך ביהמ"ש ניצב אל מול שתי עדויות אפשריות למי הוא נותן את האמון? כי אי אפשר לתת אמון בשניהם אלא רק באחד. למי הוא מעניק את המהימנות שבגינה בעצם יוכרע המשפט? וכאן נכנס הנושא של המשקל מפני שבכדי להכריע מי מהימן אז כמובן שיש את הנושא של **התרשמות ביהמ"ש באופן ישיר מהעד**.

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.

מה אומר המחוקק כאן? מה זה התנהגותם של העדים?

ביהמ"ש מסתכל על העד בוחן את אופן הצגת העדות, לביהמ"ש יש מה שלנו אין יש את מוסד החקירה הנגדית שבעצם נועד למצוא אצל העד את השקרים שלו, לחשוף את השקרים שלו ולאפשר לביהמ"ש שכאן העד הנמצא לא דובר אמת ואנחנו באמת נראה שעבודת הפרקליטות חלק ניכר ממנה זה לא דבר שניתן ללמוד אותו אלא זה עניין של יותר אומנות מאשר מקצוע. בהרבה מקרים הפרקליט עושה מאמץ ענק כדי לתפוס את העד הזה באיזשהו שקר כדי להראות שהאיש לא מהימן כלומר מוסד החקירה הנגדית משמש ככלי עבודה חשוב בניסיון לחקר האמת. אבל גם כאן אין לשגות ולחשוב שכל סתירה צריכה להוביל למסקנה שהאיש הזה משקר לאורך כל הדרך. אחד הדברים שבעבר חשבנו שיעזור לנו לגלות את האמת זה מה שנקרא: בתנאי שהעד הוא לא כבושה מה הכוונה? אותה עדות שסופרה מיד כלומר אם קרה לך משהו טראומטי הרי הלכת מיד וסיפרת את זה לאותם אנשים שצריכים לדעת את זה ובאמת מתלוננות שלא מיהרו לחשוף את מה שקרה בתוך המשפחה ולאחר מכן במשפט התגלה שהפעם הראשונה שהדברים יצאו ממנה החוצה זה כעבור זמן ניכר ואמרו כי אם היא החליטה לכבוש את האמת שלה משך תקופה כל כך ארוכה כנראה זה סיפור לא אמיתי, בתי המשפט למדו כי בתחום הזה של עבירות מין בגלל מצבים טראומטיים שהאנשים עוברים שם בדרכי נשים עוברות הרי לא יימרו הנשים בדרי"כ לשתף גורמים חיצוניים בדבר ומכל מקום זו תופעה שבעצם מוכרת כי אם אכן היא תוכח במשפט שרק בשלב יותר מאוחר המתלוננת החליטה לפתוח את סגור ליבה אין לומר כי זה פוגע במהימנותה כי זו דרכה בדרי"כ של קורבן עבירת מין.

מהי אותה התנהגות? התנהגות של למשל כאשר האדם מדבר תחת חקירה לא רק לא מתחמק מלהשיב לשאלות אלא גם אם שאלות אלה לא נעימות, בהרבה פסקי דין ביהמ"ש אומר כי הוא מאמץ את העדות הזאת בין היתר כי האיש הזה לא הסתיר מביהמ"ש גם עובדות מביכות. אבל הנושא של התנהגות על דוכן העדים יכולה להיות מבלבלת, בני אדם לא מעידים אותו דבר כל אדם ואופיו מעיד בצורה שונה. זהו מעמד שאם אתה לא רגיל אליו בוודאי זה מעמד לוחץ ולא נעים במיוחד כאשר את הנחקר בדברים אישיים שבדרי"כ אתה מצניע אותם ואתה מתבקש לפרוס אותם בפומבי. אז יש עד אחד שיגמגם, יהסס מהלשיב מיד את התשובה ואם גם ישיב אז הוא יתחיל לגמגם וכו'. אז מה יחשוב השופט כאשר העד הזה לא ישיב מיד ואו מהסס או מגמגם יגיד לו הצד השני כי העד המגמגם והמהסס הוא לא דובר אמת, התשובה היא לא ובתי המשפט יודעים את זה מניסיון, התנהגות במובן של גמגום או הססנות לא בהכרח מבטאת חוסר אמת אלא מבוכה של האדם אם יש הסבר לגבר הזה לא צריך להיתלות על אותה חוסר מהימנות של האדם. אם אדם מזיע מה נגיד? ובכן הזעה של עדין לא בהכרח משקפים את מה שאנחנו חושבים כלומר זה לא בהכרח סימן רע אבל עורכי הדין הם אלופי המציאות ויקפצו על זה! התנהגות העדים זה אותם סממנים חיצוניים שביהמ"ש יכול להיתלות עליהם בדבר אמירת אמת ואו אי האמת שלהם.

סימני האמת = אותות האמת המתגלים במשך המשפט.

אם עד מצביע על התרחשותה של אותה עובדה מחוץ לחדר ואכן יש הוכחה לאותה עובדה שהתרחשה אז הדבר יכול להעיד על סימני האמת. מאוד קשה לשופט להחליט שאכן אותות האמת משתקפים נכון בעדויות של העד ואין לשופט את הפריבלגיה לא להחליט, הוא חייב להחליט אין כזה דבר אני לא יודע להחליט מבחינה משפטית המושג הזה של אני לא יודע להחליט מי דובר אמת יש בזה פתרון שמי שצריך היה להוכיח, נכשל בין באזרחי ובין בפלילי!!!

ס' 53 אמור לתת הנחיה לשופט לגבי משקלה של עדות ומהימנותה אלו כאמור מונחים שלובים כי כדי להכריע בעובדות השופט צריך לקבוע ממצאי מהימנות, ממצאי אמון בלעדי זה אי אפשר לדעת מהן העובדות, הוא צריך להחליט מי מהעדים אמר אמת ומי לא ומה המשקל שהוא נותן

לדבריהם. הרושם הראשון הוא לא בהכרח הרושם האחרון והנכון ולכן כשהשופט צריך להכריע בנושא מהימנות הוא צריך לראות איך העדויות משתלבות זו בזו לא בודקים כל עדות בפני עצמה אלא בודקים את העדויות המשתלבות זו בזו האם הן מחזקות זו את זו או מפריכות ולכן הנושא של משקל ומהימנות נגזרים מיכולת השופט לבדוק נכון את אותן עדויות.

כשרות העדים:

ס' 2 לפקודת הראיות:

עד יכול להיות בהחלט רלוונטי אבל הוא ייפסל מבחינת הדין בגלל טעמים שהשמשפט חושב שהם עולים על ערך גילוי האמת כך למשל אם אנחנו לוקחים את פקודת הראיות בסעיפיה הראשונים:

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.

הסעיף הזה מייצג עמדה חדשנית יחסית, מודרנית וליבראלית מפני שאם מסתכלים על דיני הכשרות בסוף המאה ה-19 באנגליה אנחנו נראה תפיסות ישנות, שלפיהן יש סוג מסוים של אנשים שלא הייתה להם זכות להגיע לבית המשפט, לא כשרים אנשים נחותים. המשפט האנגלי פסל את הנשים מלהגיע וגם יהודים היו פסולי עדות והיו עבריינים שלא יעלה על הדעת שמי שהוא עבריין יכול לשמש כעד במשפט, להיות עד במשפט האנגלי זו פרורוגטיבה כלומר פריביליגיה.

עברנו שינוי בעניין זה- אין לפסול אנשים רק בגלל מגדרם דתם מינם או עברם ס' 2 מכשיר עניין זה כולם כשרים! גם האנשים הלוקים במחלת הנפש או לקות שכלית כשירים להעיד! אלא מה – יש להבדיל בין הכשרות לבין המשקל! ויש מבחנים לגבי סוג מסוים של אנשים למשל הנושא של לקויים בנפשם או בשכלם יש מבחנים שהפסיקה יצרה על מנת לעזור לך לדעת איך לשקול את הדברים שלהם אבל לא כמו פעם הדברים שלהם לא אסורים עוד. פעם גילו קבע את כשרותו של האדם כיום לא – כל אדם כגון ילד וזה לעניין כשרות, לעניין משקל זה עניין אחר. ס' 2 מפנה אותנו לס' 4 ו-5 – נראה בסעיפים אלו כי יש פסילה מסוימת של הורים וילדים ובעל ואישה. המחוקק מחריג את אותם מערכות יחסים למרות ס' 2. הסיבה לכך היא המחוקק אומר כי יש ערך חשוב יותר מחקר האמת וזה קדושת התא המשפחתי! כיום בתי המשפט כאשר מדובר בבעל ואישה צריכים לתת את הדעת כמובן לתא המשפחתי החדש. גם כאן המחוקק שרוצה לשמור על ערך התא המשפחתי עם הזמן מבין שהוא לא יכול להחזיק את זה בצורה הזאת כי כאשר בעל תוקף את אשתו ומכה את ילדיו הרי למעשה אין מה להחזיק אין תא משפחתי התא המשפחתי מתפורר ומבחינת האינטרס הציבורי בעל המפעיל אלימות כלפי בני משפחתו יבוא על עונשו חרף הקדושה של התא המשפחתי ולכן נראה בסעיפים הללו שבעצם יש חריג לחריג כלומר אסור לבעל להעיד נגד אשתו אבל אם מדובר בעבירות של אלימות בין כלפי בן הזוג או כלפי צד ג' אז למעשה אותו אדם שלא היה כשר להעיד עכשיו הוא יכול להיות בעל חובה להעיד. בגדול הכול כשרים להעיד והיום הדגש המושם מושם אל המשקל, לא אל המשפט אלא אל המשקל!

מתחילת שנות ה-80 באופן יותר בולט מאז נכנס השופט ברק מסתמנת מגמה בתחום דיני הראיות של מעבר מכללי פסילה אל כללי משקל כלומר ניסיון של ביהמ"ש הישראלי לצמצם ככל האפשר את כללי הפסילה הקיימים ובמקומם של הכללים הללו להפוך אותם לכללים של משקל. הרעיון אומר כי אנחנו שופטים מקצועיים תנו לנו את הראיה ואנחנו נדע איך להסתכל עליה איך לבחון אותה ואיזה משקל לתת לזה. כלומר אך תחששו מזה שאני הושפע אלא להפך אני רוצה להיות מושפע השאלה באיזה רמה וכדי שאני אדע את זה אני צריך ללמוד את הראיה הזאת ואיך היא משתלבת במארג הראיות. עד אז פשוט פסלו. חלק גדול של כללי הפסילה שיש לנו ושירשנו אותם מהמשפט המקובל נוצרו שם באנגליה כדי להגן על המושבעים מפני השפעה לא הוגנת שהכוח

ההוכחתי שלהם לא גדול אבל הכוח המשחד שלהם הוא גדול ומכיוון שמדובר במושבעים באנשים לא מקצועיים אזי המערכת יצרה את כללי הפסילה על מנת שלא ייחשפו מראש לאותם ראיות הדוגמא הטובה ביותר זה הכלל הפוסל עדות שמיעה, השופטים בישראל אומר כי אנחנו המושבעים ואנחנו שופטים מקצועיים ולכן אל תכילו עלינו את מה שאתם מכילים על המושבעים כי אנחנו לא טעונו הגנה כמו המושבעים. מהנימוק הזה ומתחילת שנות ה-80 ועד היום יש מגמה ברורה לצמצם את מספר כללי הפסילה ואם אי אפשר לבטל כללי פסילה לפחות בואו נצמצם את ההיקף שלהם ואיך? נפתח יותר ויותר חריגים לכלל הפסילה היקף תחולתו מצטמצם.

אנחנו מגיעים כעת לפתחו של כלל הפסילה הראשון - הכלל הפוסל עדות שמיעה:

יש בשם הזה משהו מטעה ולמרות שמו הכלל הפוסל שמיעה לא מתכוון באמת לומר לנו שכל עדות שבעצם אנחנו לומדים אודותיה דרך חוש השמיעה שלנו היא פסולה, לא! בעצם עדות שמיעה היא אותה עדות שהמעיד אותה הוא לא יכול לאשר מידיעתו שלו את אמיתות הדברים שהוא מדבר עליהם לדוגמא: 'א' מסתבך באיזשהי תקרית עם ב' שבמהלכה הוא פוגע בב' באופן פיזי ובתום התקרית ב' פוגש את ג' חברו הטוב ב' מספר לג' תשמע מה א' עשה לי לפני מס' דק' מראה לו את תוצאות הפגיעה הפיזית שסימני הפגיעה ניכרים עליו, הוא גם מספר מה הרקע לכך למה זה קרה ואיך זה קרה ואיפה זה קרה לימים ייקרא ג' אל בית המשפט על מנת להעיד על אותה תקרית שבין א' לב' כאשר הוא יתחיל להעיד יעצור אותו סגור של א' ויגיד מיד (וזה מה שצריך לקרות תמיד כאשר צד למשפט מתנגד לשאלה שהוא שומע אותה) התנגדות! (לא רק שזו הדרך להתנגד לאותה שאלה אלא אין דרך אחרת המוכרת במשפט למנוע אינפורמציה לא כבילה מבית המשפט אלא באופן הזה של העלאת ההתנגדות ואם אתה לא עושה את זה כלומר גם אם צדקת ואכן מדובר בעדות פסולה וחשפת את זה מאוחר יותר הפסדת! מה הכוונה? על דיני הראיות ניתן להתנות כלומר להסכים, כלומר המשפט מפרש את מחדלו של האדם את שתיקתו של האדם כהסכמה כאילו הסכים להכשיר את אותה עדות פסולה ומותר באמת לאדם להסכים למרות שעדות שמיעה היא לא כבילה אבל אם אני לא מתנגד אני מסכים שעדות שמיעה זו תיכנס כעדות כבילה. לא רק שלשופט אין תפקיד בעניין הזה מצפים מהשופט שהוא לא יתערב זה לא מעניינו של השופט להתערב באשר לראיות שהצדדים מביאים בפניו גם אם הוא מבין שבעצם הראיה המוצגת היא פסולה ולו היה מתנגד הצד השני הוא היה מקבל את ההתנגדות ופוסל אותה אבל היות ואין התנגדות אזי השופט צריך להסכים לכך שחוסר ההתנגדות המשמעות שלה היא הסכמה של הצד השני לכך שהראיה תוכשר! תהיה קבילה. והנה כאמור הסגור של א' פונה אל ג' או פונה לביהמ"ש ואומר כי אני מתנגד להמשך העדות הזאת או בכלל למתן העדות כי אני מבין שמה שהעד עומד לומר כעת היא עדות שמיעה השופט ישמע למה? מפני שהעד עמד לומר כי בעצם כל מה שהוא מספר לנו כעת זה לא בגלל שהוא ראה את זה ולא בגלל שהוא שמע את זה באותו זמן שהדברים התרחשו אלא בעצם נודע לו על זה אחרי שזה הסתיים אחרי שהוא לא היה שם וסיפרו לו מה היה שם זו עדות שמיעה מפני שעל פי ההגדרה כאמור אותו אדם המעיד לא יכול לאשר את אמיתות הדברים כפי שהוא מבטא אותם. **כל עדות הנאמרת בבית המשפט והמעיד לא יכול לאשר את אמיתותן מתוך ידיעה אישית זו עדות שמיעה.** כיום כתבי הטענות בהליכים אזרחיים אמורים להיות מלוים בתצהירים ואז אתה יכול לראות מה העד עומד לומר ואתה יכול להבין מתוך הסיפור שהוא לא יודע מתוך ידיעתו האישית ואז אתה יכול להתנגד לאותו חלק בעדות שהוא עדות שמיעה או לעדות כולה. אין פסול בכך שאדם אומר עדות שמיעה יש אפשרות להתנגד לכך אבל אם הסכמת הכשרת. אי אפשר בדיעבד לתקן דברים! **הזמן להתנגד לקבלת ראיה מכל סיבה שהיא כולל עדות שמיעה עובר לנתינתה ולא לאחר מכן!** הנה כי כן עדות שמיעה כאמור היא אותה עדות שהמעיד אותה לא מסוגל לאמץ ולאשר את אמיתותה מתוך ידיעה שלו.

הכל תלוי כמובן בהקשר כלומר אם באמת במשפט רלוונטי לשמוע את האמת בדבר אותן עובדות שהעד מדבר עליהם אם העובדות העומדות במרכז העדות שלו הן הרלוונטיות אז בוודאי שאם הוא לא יודע לאשר מתוך ידיעה שלו את אמיתות הדברים אז למעשה הוא לא יכול לעזור לבית המשפט כי כל מה שהוא אומר זה שמעתי ש... אני לא יודע אם זה נכון או לא אבל זה מה שמעתי. אבל אם בעצם מה שאנחנו מחפשים זה לא את האמת של אותן עובדות שהעד מדבר עליהם אלא רק את עצם השמעתן! כמו למשל אני יושב במסעדה במקום כלשהו ולידי בשולחן סמוך אני שומע ויכוח מתלהט והאחד אומר לשני אתה אביל משריש בהמשך הדברים נמצא אותו אדם שנפגע בדבר הכינוי שכינו אותו ואת אימו והוא יתבע את דיבתו בבית משפט זה לא חשוב

לצורך תביעת הדיבה מה שחשוב זה האם אמרת את זה אני לא יכול להעיד על אמיתות הדבר שהוא ידיוט אבל אני כן יודע שזה מה שהוא אמר. "אמת דברתי" הוא לא צריך להוכיח אלא שהוא אידיוט, במשפטי דיבה גם אם האדם לא מסוגל לאשר את אמיתות הדברים שהוא שמע זה יהיה קביל כי שם כאמור לא מחפשים את אמיתות הדברים אלא רק את השמעתן ולכן זה לא ייחשב כעדות שמיעה! מה שחשוב זה לא מה שהוא אמר את זה אלא האם יש אמת בעניין הזה ועל שאלה זו יכול לענות רק אדם שהיה שם ונוכח!

הפסילה לעדות שמיעה היא שלא ניתן לחקור בחקירה נגדית את אומר הדברים כי הוא לא יודע לאשר את הדברים בחקירה נגדית ולכן בעצם למרות שלא ניתן לומר על עדות שמיעה שהיא פסולה בגלל שהיא לא רלוונטית בהרבה מקרים אנחנו יכולים בהחלט לומר שיש כן רלוונטיות בעדות השמיעה למשל: יגיד הצד במשפט כל הסיפור ששמעת מהחבר שלך שכך וכך זה סיפור שהומצא על ידי החבר שלך הוא המציא את זה כדי להתנקם בי וכו' ואני לא מתווכח על זה ששמעת אבל אני אומר לך שזה סיפור בדים אם אכן בא אותו אדם ואומר כי שמעתי את זה דק' אחרי שזה קרה אז במקרה הזה כך: העובדה שמישהו שמעורב בדברים מספר לחברו 10 דק' אחרי שזה קורה מלמדת שזה לא הומצא לא היה מספיק זמן לפברק את הדברים כלומר כדי לסתור טענת פיברוק עדות שמיעה יכולה לעשות את העבודה הזאת ולכן שימו לב יבוא הצד השני ויגיד אני רוצה להשמיע את העדות הזאת אלא אם כן אין טענה שהדברים הם בדיוניים שזה סיפור מומצא אם הצד השני מוכן לאשר שאין טענה כזו שהסיפור הושמע אז למעשה מדובר בעדות שמיעה שאין טעם בה, אבל אם הטענה שהסיפור הומצא אני כן יכול להשתמש בה כי הוא שמע את זה בתכופ למקרה עצמו, ככל שעדות השמיעה יותר קרובה מבחינת זמן לזמן ההתרחשות כך יש לה כוח יותר משכנע שזה לא סיפור בדים. הטענה היא כי זה סיפור בדים ועכשיו יש לבית המשפט עדות שמיעה שיכולה לסייע באותו צד שכך טען! אתה מצפה מאדם שנפגע שישתף(עדות כבושה) וברגע שהוא משתף אדם שמתלונן מיד יכול ללמד שהדברים שהוא מדבר עליהם הם נכונים ולכן עדות שמיעה היא תלוית קונטקסט כלומר אם אתה צריך את העדות כדי ללמוד את האמת של העובדות מה קרה אזי למעשה עדות שמיעה היא אותה עדות שאין בכוחו של אותו אדם לאשר את אמיתות הדברים עליהם הוא מעיד ואם המשפט נסוב רק על השאלה האם נאמר או לא נאמר, ולא על השאלה האם יש אמת בדברים שלי הרי בן אדם ששמע את הדברים לא יכול לאשר את האמיתות למרות זאת לא תיחשב עדותו כעדות שמיעה.

זעקות אדם, שמיעת כל ירי זו לא עדות שמיעה זו עדות נסיבתית זה חלק מהעדות הישירות כי למעשה ברגע ששמעת ירייה ואתה יכול לקשור לאירוע שהתרחש שניה לפני זה, זה לא עדות שמיעה אני יכול לאשר מתוך ידיעתי את אמיתות הדברים אני לא יכול להגיד מי ירה אבל אני יודע שאני בשעה כך שמעתי ירי. זה לא משהו בחלום. ואז באמת הירי הזה מצטרף לעובדות אחרות כי ירי לבדו לא יכול לקשור כל אחד שהיה בסביבה אבל בוודאי מה שאתה שומע באמצעות האוזניים זה לא עדות שמיעה זה עדות שמיעה אם בעצם מה שמחפשים זה לא מה ששמעת באוזניים אלא האם זה אמת!

אדם המובא לעדות הפגש את חברו ושמע מחברו מובא כעת לעדות כדי שיספר מה קרה באותו אירוע ואני קם ואומר כי אני מתנגד ולמה? כי הוא לא היה שם והוא לא יודע מידיעתו האישית אלא כל מה שהוא עומד לומר הוא שמע עד כאן זה עדות שמיעה ובכל זאת אני רוצה להשמיע אותו ישאל השופט למה? ולמה? כי חברי עומד לטעון כי הדברים לא היו ולא נבראו וכדי לסתור את הטענה הזאת שלא היה ולא נברא אני רוצה שהוא בכל זאת יספר לכן מה הוא שמע דקה אחרי המקרה עצמו לא כדי ללמד אתכם מה קרה שם אלא כדי ללמד אתכם שזה לא סיפור מומצא למרות שזו עדות שמיעה.

בהרבה מקרים נראה כי גם עדויות פסולות כמו כלל זה נראה כי בפרקטיקה בתי המשפט לפעמים עשויים לאשר השמעת עדות פסולה בכפוף לכך שבהמשך המשפט אפשר יהיה להסביר מדוע העדות הפסולה היא בכל זאת רלוונטית בדרי"כ זה לא יקרה אבל ישנם מקרים שבתי המשפט מוכנים לתת קרדיט לצד שרוצה לתת עדות פסולה בתנאי שיתן סיבה לכך שהביא עדות זו. שופט נחשף במקרה או לא במקרה לעדות פסולה מה קורה במקרה כזה? יש הוראה בפקודת הראיות ששופט שנחשף לראיה פסולה לא בהכרח צריך לפסול את עצמו או את תוצאות המשפט:

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.

שימו לב כי תחולת סעיף זה היא רק לגבי משפט פלילי!

העובדה שבית המשפט נחשף לראייה פסולה לא בהכרח מבטלת את תוצאות המשפט לא את השופט ולא את תוצאותיו וההסבר לכך שהעליון נתן לכך הוא שאנחנו במדינת ישראל עובדים עם שופטים מקצועיים וחזקה על שופט מקצועי שידע להתעלם מראיות פסולות שהוא נחשף אליהן. נניח השופט מקבל ממצאי פוליגרף שהנאשם יוצא דובר שקר הדבר הזה עולה מתוך הודאת נאשם שהוצגה לביהמ"ש ובמשטרה הוא נחקר גם איך הוא מסביר את ממצאי הפוליגרף השליליים נגדו – אבל אסור להציג לביהמ"ש את השורות האלה של ממצאי הפוליגרף ובכל זאת עשו זאת בלי לשים לב, האם יש בכך כדי לפסול את השופט מלהמשיך או שיש לבטל את ההודאה? התשובה היא לא! ינזפו בתביעה אבל יפנו לס' 56! לעיתים אתה יודע שהשאלה שאתה תשאל עכשיו את העד היא פסולה ובכל זאת תשאל אותה כי בתוך השאלה אתה מבליע את מה שאתה רוצה שהשופט ישמע. בינתיים השופט שמע את זה למרות שאתה מתנצל אי אפשר לעקור את הידיעה הזאת ממוחו של השופט ששמע את זה והוא הצליח להטמיע בתודעתו של השופט שהאיש הזה עבר בדיקת פוליגרף שלילית תרגיל עקום שהשופט יכול בגינו לשלוח את האיש הזה ללשכת עורכי הדין לוועדת האתיקה על הפרה גסה של כלל אתיקה.

לאחר שאנחנו מבינים מהי עדות שמיעה אזי כעת היינו צריכים להסתפק בכך ולהגיד זה כלל הפסילה הקיים ובכל סיימנו אך לא כך מפני שבעצם בפרקטיקה הוא נועד כדי להגן על המושבעים שלא יישמעו ראיות שיש בהן כוח השפעה לא הוגן אלא אמרו כי המושבעים לא ידעו בעצם להבחין בין אמת ולא אמת לכן למרות שזה רלוונטי מוטב לפסול את זה ולא להסתכן בהשפעה שלילית אבל האנגלים שיצרו את הכלל מבינים במהלך השנים שלפעמים אם לא תשמע את העדות שמיעה הזאת אין שום דבר אחר אין אפשרות להוכיח עובדות אם לא תרשה לאותה עדות שמיעה להיכנס ואז מתחילים את המסכת הזאת של חריגים.

חריגים לכלל: מתי כן אפשר לשמוע עדות שמיעה?

לא ניתן לדעת כמה חריגים יש לכלל זה במשפט האנגלי האמריקאי ובמשפט הישראלי.

אנחנו פותחים חריגים לכלל הפוסל עדות שמיעה שחלקם קלטנו מהמשפט המקובל האנגלי וזה נמצא בהלכות הפסקות נלמד את החריגים בהלכות הפסקות וחלקם בפקודת הראיות עצמה כלומר חריגים סטוטוריים.

חריגים הלכתיים:

1. **אמרות נפטרים** - הנפטר היה בחייו העד היחיד שיכול היה להעיד על אותו נושא ששנוי במחלוקת במשפט והוא נפטר ואין אף אחד אחר, האנגלים למרות שמדובר בעדות שמיעה אם יתמלאו התנאים הבאים לגבי הנפטר, הצהרתו אז אולי נאשר לקבל את העדות רק במישור קבילות כלומר נאפשר להביא זאת במישור הקבילות אבל לעניין המשקל ביהמ"ש יבדוק זאת. זה משתלב במשפט הישראלי לצמצם את כללי הפסילה והיקפן. במסגרת חריג זה יש שני סוגי של אמרות כאלה:
א. אמרת נפטר הנוגדת את האינטרס הרכושי שלו- כאן מדובר באמרה שאומר אדם בחייו ומישהו שמע את אמרתו שהוא אמר זאת ויש באמרה הזאת שהוא אומר דבר הנוגד את האינטרס הכספי הרכושי שלו ברור שאמרה כזו בעצם נוגדת את האינטרס הרכושי ואם אדם אומר דבר כזה ומתוך ידעה אישית אז חזקה על אותו אדם שאמר את הדברים

שאינו לו סיבה לשקר ואפשר לגבי אמרת נפטר הנוגדת את האינטרס הרכושי לקבל את האמרה כחריג לכלל הפוסל עדות שמיעה כי מי שבא להעיד זה מי ששמע את האמרה בחייו של אותו אדם הוא יודע שהוא שמע אותה והוא לא יודע אם זה אמת או לא אבל נקבל אותה בגלל שכאמור יש את הדברים הבאים: 1. מוסר האמרה נפטר 2. האמרה הייתה בניגוד לאינטרס הכספי או הרכושי של נותן האמרה בשעה שהאמרה ניתנה 3. האומר צריך היה לדעת שמה שהוא אומר זה באמת בניגוד לאינטרס הרכושי 4. לאומר האמרה הייתה ידיעה אישית שבאמת הדברים שהוא אומר יש בהם ניגוד לאינטרס הרכושי. ביידר נ' לוי – סכסוך בין קרובי משפחה כאשר מה שקרה כאן זה שאדם מסויים בזמן השואה בתחילת שנות ה-40 היה לפני פלישת הנאצים לצי'כוסלובקיה והוא רוצה לשלוח כסף לאחיו שמזה שנתיים נמצא בפלשתינה ואז הוא שולח מכתב לעם שלו ואומר לו בשפת קוד שלחתי עבורך כסף לקרוב המשפחה שלנו ויש לאחים הללו בן דוד שגר בארץ בסמוך לאותו אח שלחתי אליו כסף מחשבון המתנהל באנגליה תוודא שאכן הוא קיבל את הכסף ותוודא שהוא מבין שהכסף הוא עבורך (הכל ספשת קוד) כמובן שאותו אדם שמקבל סכום כסף גדול יגיד זה שייך לי ומיועד לי ולא לך ואיך נדע מה מטרת המשלוח אז כאן יש שני מכתבים שכאמור שלח האח הזה לצי'כוסלובקיה שכעת התובע מבקש להציג אותם לבית המשפט קם הנתבע ואומר אני מתנגד זה עדות שמיעה אתה לא היית שם ואתה לא יודע מה הנסיבות של כתיבת המכתב ואז ביהמש נזקק למספר חריגים: אמרת הנפטר הנוגדת את האינטרס הרכושי, האח נפטר הוא נוגד את האינטרס הרכושי במכתבו וכמובן מתוך ידיעה אישית עומד בתנאים אנחנו נלמד על פסק דין זה המלווה חריג נוסף הנקרא רז גסטא ושם נראה כי אחד החריגים מדבר על אמרה המלווה את המעשה עצמו שימו לב שכאשר מדובר בעדות שמיעה במכתב שאני לא יכול להזמין את מי שכתב אותו אבל המכתב מסביר מעשה מסויים כמו במקרה שלנו הוא מסביר את סיבת הנתנה, הכסף הזה יכול להיות מתורץ כהחזרת הלוואה כמתנה וכו' והאח אומר זה מתנה תראו מה כתוב.

ב. אמרת נפטר בזמן מילוי תפקיד - מדובר על מקרה בעצם שבו אדם בחייו מילא תפקיד בין שהתפקיד הזה הוא מילא אותו על פי חוזה שהוא היה חתום ובין שהתפקיד הזה היה חלק מהדין כלומר הסמכה בדין שהסמיך אותו למלא את התפקיד, אוצו אדם בעצם על ספי התפקיד עשה דברים מסוימים ובדרך רגילה לולא הנפטר היה מגיע לביהמ"ש על הדברים שהוא עשה בזמן מילוי התפקיד אז כדי להכשיר את אמרתו של הנפטר בעל התפקיד יצרו את החריג הבא שאלו הם תנאיו: 1. קיומה של חובה לפעול ולדווח בין שכאמור מקור החובה הוא בחוזה או בדין 2. שמדובר בפעולה שכבר בוצעה לא על מה אני צריך לעשות אלא על פעולה שכבר עשיתי בעבר 3. האמרה נמסרה בו זמנית לפעולה או בסמוך לה כלומר מדובר באמרה שאני נוצר אותה בעקבות הדבר שעשיתי לאחר שעשיתי אותו ובסמוך לאחר שעשיתי אותו כי ככל שעובר זמן בין מה שעשיתי לבין הדיווח כך יש חשש שהזיכרון לא יעמוד לך 4. המשפט דורש לסלק מראש כל מניע אפשרי למוסר האמרה - אנחנו צריכים שלא יהיה לנו חשד מראש שבעצם הוא משקר בדברים 5. הוא נפטר ולכן אי אפשר להביאו. פס"ד ברנשטיין - כאשר אותה אחראית על בעלת התפקיד הרופאה שטיפלה במנוחה וכאמור היא לא נפטרה היא פשוט איננה היא נמצאת בחו"ל ובכך הייתה התנגדות אין כאן אמרת נפטר יש בעל תפקיד אבל הוא לא נפטר, שנית בעל התפקיד איננו לכן זו עדות שמיעה, ביהמ"ש מתוך ההסתכלות הזו שאנחנו לא צריכים לדבוק בכללי פסילה אלא לאפשר לביהמ"ש גמישות להגיע לראיות והוא ביהמ"ש אחרי שיגיע לראיות ייתן את המשקל שהוא ירצה במקרה שלנו אומר העליון אנחנו מודעים לכך שהרופאה איננה אבל מי שנמצא זה בעצם המנהלת מחלקה שלה שמחזיקה את התיק הרפואי היא לא פחות טובה להבין ברפואה ולהתמצא מה כתוב בתיק הרפואי מאשר הרופאה עצמה וכאשר השאלה היא מה היה מצבה בתאריך מסויים של המנוחה יש לנו כאן אדם מסויים שקורא בתיק ולהגיד לנו מה קרה והנה ביהמש מגיע למסקנה שנכון שלפי המשפט האנגלי החריג מתייחס לנפטר ולא למצב אחר ואז הולכים למשפט האנגלי אם לא תמצאו תשובה וסביר להניח שלא נמצא במשפט האנגלי נלך לאמריקאי מפני שהמשפט האמריקאי ירש כמונו את המשפט האנגלי אבל פיתח אותו מעבר לגבולותיו ואז העליון מסתכל בהקשר של אמרת ממלא תפקיד בחוק הראיות הפדראלי האמריקאי ורואה שם שאפשר לקבל אמרתו של בעל תפקיד אם אי אפשר להביא אותו לביהמ"ש מכל סיבה שהיא אומר ביהמש הישראלי מדוע לא? גם אנחנו נעשה כך. בעליון מרחיב את החריג של אמרת בעל תפקיד גם מעבר לתנאי של נפטר גם לגבי מצב שהאדם לא נפטר אבל לא ניתן להביאו לדין.

ג. אמרה על זכויות הציבור או על זכויות הכלל- כאן מדובר שוב על נפטר, מדובר על מצב שבו אותו אדם שכן ליד מקרקעין, ולפי הוותק שלו יודע שהציבור משך 30 או 40 שנה נהג לעבור באותו מקום כלומר כשעולה השאלה האם יש כאן זיקת הנאה או זכויות דרך ואתה צריך להוכיח שהחוק מאפשר זיקת הנאה באדם שיכול לאשר את זה, אבל הוא נפטר אז אתה מאפשר לאדם ששמע ממנו לבוא לביהמ"ש ולספר מה הוא שמע מאותו אדם ששכן ליד אותם מקרקעין.

ד. אמרה על ייחוס משפחה- כאן הכוונה היא לפעמים עולה השאלה איך אני מוכיח את אילן היוחסין שלי או קרבתו של אדם או זיקתו של אדם לקשר שלו עם המשפחה המשפט האנגלי בא ואמר כי אפשר להוכיח קשר כזה על ידי אדם הקשור בקשרי דם, אנחנו מדברים על אמרת נפטר והמשפט האנגלי מאפשר לשמוע מה הוא אמר בחייו על הקשר שהיה עם אותו אדם ובלבד שכאמור הזיקה היא קשרי דם אחר כך ירחיבו את הקשר הזה לא רק לקשר דם אלא גם קשרי נישואים כלומר גם בן זוג של אותו נפטר המשפט יכול ומתיר לו לבוא ולומר מי היה בעלי וכו'.

לשבוע הבא: חריגים הלכתיים- רז גסטא, חריגים סטטוטריים- אמרת עד בזמן ביצוע עבירה סי' 9 לפקודה- מדובר בסיטואציה שבא אדם נקלע לאזור שבו מתבצעת עבירה והוא בעודו נמצא שם שומע וקולט דברים באוזניו ובעיניו ומה קורה אם הוא איננו האם אפשר להביא את אמרתו, גם לחריג הזה ולבאים אם הוא היה שם אז למה צריך לשמוע דברים שהוא אמר שם למה צריך להביא עד שישמיע מה הוא אמר אבל מה קרה? העובדה שעד אמר כבר במעמד העבירה דבר מסוים יכולה לחזק או לא לחזק את דבריו בביהמ"ש הסיטואציה השנייה זה שבעצם הוא איננו הוא היה שם מישהו שמע מה הוא אמר ועכשיו בשל החשיבות של הדברים מישהו ששמע יבוא וישמיע.

ראינו איך ביהמש העליון מרחיב את תחולת החריגים ובאמצעות זה המשפט הישראלי מאפשר לביהמש ליצור יש מעיין/להבדיל מהשלמת חסר שכיום זה נעשה על פי האמות בחוק יסודות המשפט כאן יש יציר השופטים כמו במשפט המקובל האנגלי אנחנו משתמשים בסמכות הזו כדי למלא ולייצר משפט החסר בדין הישראלי) אחד התחומים שהוא עושה את זה כאמור במשפט המקובל הישראלי זה דיני הראיות- עד אשר המחוקק הישראלי ירים את הכפפה ויערב בחקיקה סטטוטורית של חוק הראיות השלם עד אז ההשלמה הזאת נעשית על ידי ביהמש העליון באמצעות הסמכות של המשפט המקובל הישראלי. המופקדות על דיני הראיות זה לא מיוחד לישראל אלא גם בארהב אך ששם מדובר בהסמכה חקיקתית מפורשת וכאם אנחנו עושים זאת על ידי פרשנות במשפט(ברק כתב על כך המון) הוא אמר כי בצד חוק יסודות המשפט יש השלמה או למעשה תוספת של הדין יש מעין והסמכות הזאת שאבנו אותה מהמשפט המקובל האנגלי וחוק יסודות המשפט לא יבטל זאת אלא את המשך הפרשנות של המשפט המקובל אבל הוא לא ביטל את מה שנקלט כבר.

כל החריגים נוגעים למישור הכבילות אשר למשקל נפתר על ידי כללים אחרים, ביהמש יצטרך באמצעים אחרים להשתכנע שהדברים העולים המוסברים מתוך אותה אמרה הם אכן גם אמניים שלא מדובר בפברוק של דברים.

החריג הראשון הוא **אמרות נפטרים**- חולש לא רק על החלק של המשפט המקובל אלא גם יש לו עקבות והוא הותמע בדין הסטטוטורי הכוונה היא לרסט גסטא- כך הוא גם מוכר בפסיקה, נבחן מהו הרס גסטא במשפט האנגלי שאותו קלטנו כחריג אלינו – ס' 9 101 מבטאים את הרס גסטא אבל ראשית נפנה לרס גסטא ההלכתי הפסיקתי:

כלל ראשון של הרס גסטא- אמרה שמלווה ומסבירה מעשה רלוונטי – ראינו את ההדגמה הזאת **בפרשת קירשנבוים ע"א 6/51**- מדובר באותה פרשה שבמסגרתה ביהמש נתבקש לברר תביעה של אדם אשר לטענתו קרוב משפחה שלו הנתבע מחזיק את הכסף שנשלח על ידי אחי התובע נשלח אליו לנתבע על מנת שהנתבע יעביר אותו לאח והנה הוא לא מסר אותו והתביעה הזאת היא תביעה להשבת הכסף על יד הנתבע, הנתבע לא מכחיש שהוא קיבל כסף אבל הוא טוען שמטרתו היא דבר אחר. במקרה הזה קניין שמוחזק או כסף שמוחזק על ידי צד מסוים והשאלה איך הגיע אותו כסף אל המחזיק בו? **בא הכלל הזה כדי לעזור ואומר כי אם אתה לא יודע מה סיבת ההחזקה של אותו כסף אתה יכול להיעזר באמרה שליותה את מעשה המסירה הזה הקניין יכול להיות מוסבר בכמה אופנים החזרת חוב לדוגמ' או ניתן למחזיק בו כמתנה וכו', יש כמובן את התובע הטוען כי הכסף הוא מתנה עבורי וכדי לדעת מי צודק האם מדובר בהחזר הלוואה או במתנה הניתנת בא הכלל הזה שאומר: **מעשה שמלווה על ידי הצהרה של יוצר המעשה יכולה לשמש מאוחר יותר כלומר ההצהרה הזאת כראיה לסיבת המעשה, להבנת המעשה ולתיאורו הכלל מדבר על אמרה שמלווה ומסבירה מעשה רלוונטי** במקרה שלנו המדובר הוא בשני מכתבים ששלח האח של התובע ששלח אותם אל אחיו ואמר אני שלחתי בעבורך סכום כסף מחשבון בנק מאנגליה, ביהמש קיבל את הטענה כי ניתן להשתמש במכתבים(המכתבים זה עדות שמיעה) הרי למעשה כותב המכתבים מי שיצר את המכתבים ומי שיצר את האמרות הללו לא נמצא ומה שאתה מבקש מביהמש זה ללמוד מתוך הכתוב מה הייתה האמרה מה אמר כותב המכתב עדות שמיעה יכולה לעלות הן במצב של אמרה בעל פה והן מתוך אמרה בכתב ופה יש לנו אמרה בכתב שהיא בצעם עדות שמיעה כי נותן האמרה לא נמצא בבית המשפט ולא יכול להיחקר על זה ואז מצאו את החריג של הרס גסטא נכון מדובר בעדות שמיעה אבל ניתן להחריג אותה כאשר מדובר באמרה שמלווה מעשה רלוונטי במקרה שלנו בעצם שיגור הכסף- המכתב מסביר למה הוא נשלח מאיזה סיבה ולמי הוא נשלח.**

הכלל השני במסגרת הרס גסטא מדבר על אמרה שנאמרה בו זמנית עם האירוע שנבחן כעת כשאנחנו בוחנים את קיומו בביהמש, לא רק אנחנו קלטנו את המשפט המקובל אלא גם מדינות אחרות(ארה"ב-היא שיכללה אותו מעבר לרעיון המקורי שלו במשפט האנגלי), נראה בדרך של הצגת מקרים איך בתי המשפט באנגליה השתמשו בכלל הזה מתי בעצם הם התירו את זה מתי סירבו :

מקרה ראשון מ-1834- המלך ארורסוס פורסטר- דובר על אדם שהועמד לדין ונאשם בדריסתו של אחר למוות או מבינים כי מהאישום ומהשנה כי הדריסה הזאת נעשתה על ידי כרכרה, האדם נהג בכרכרה בכך שנהיגתו הייתה פזיזה ורשלנית וגרן למוותו של אחר. מתברר שמישהו חש לעזרת הקורבן כאשר הוא נפגע על ידי הכרכרה והוא הספיק לשמוע מפיו את התיאור של אותה כרכרה שפגעה בו כאמור הדרישה היא שמדובר **באמרתו של אדם בו זמנית לאירוע** אנחנו השאלה שהאנגלים דנו בה מה זה בו זמנית? האמריקאים פירשו זאת כי מדובר באמרה ספונטנית ומרגשת. אמרה שניתנת בו זמנית לאירוע מפי העד ששמע מפיו של הקורבן שלא יכול להגיע לביהמש כי הוא נפטר. אם העד היה רואה בעצמו את התאונה אז הנושא של מי פגע היה מתייטר אבל אם הוא לא ראה את התאונה אבל הוא שמע את הרעש ומיד הגיע למקום התאונה ושומע ממי שנפגע מהתאונה אז בעצם הגם שהוא לא יכול לאשר איך הייתה התאונה אבל הוא יכול לאשר אמרתו של אדם שנפגע באותו אירוע ואמרתו היא בו זמנית של מה שקרה זה מקרה של פסק דין שביהמש קיבל את זה. האם זה שניגש ושמע מהקורבן מי פגע בו? מדובר באמרה שניתנת בו זמנית לאירוע הנימוק שהמשפט האנגלי קיבל את זה **משני טעמים עיקריים**: א. פרקטית- אם לא נקבל את זה אין שום ראיה אחרת. ב. הראיה שאנחנו מוכנים לקבל מתוכה מטיבה היא לא חשודה אלא אפילו מקרינה מהימנות כלומר למעשה כאשר מתרחש אירוע והוא דרמטי ולא שגרת, תאונה קטלנית זה משהו יוצא דופן שנתקלנו בו ומשום שהחריגות שלו ומשום שמדובר במעמד דרמטי האמריקאים יגידו כי מדובר באירוע ספונטני מרגש. האמרה הזאת: תראה את המשוגע הזה הוא עומד להרוג אותנו גם אם האדם שאמר את זה איננו ומובא אדם שהספיק לשמוע את הדבר הזה ואתה רוצה להביא את זה לידי ביהמש כדי להוכיח כי הנהג הוא נהג משוגע שטס על הכביש זו דוגמא לכך שמדובר באמרה ספונטנית ואירוע מרגש אדם שפולט דברים בנוכח מציאות כזו מרגשת ודרמטית שהוא לא התכוון אליה חזקה שמה שהוא אומר כעת משקף לכאורה את מה שקרה אנחנו מדברים במישור הכבילות בלבד! לא לעניין המשקל! . פה לא הייתה בעיה כי ברור שמדובר בזמן קצר בין הפגיעה לבין אותו אדם המגיע אל הפגיעה וראו כי האמרה הזאת כאילו היא בו זמנית לאירוע. אין זה תנאי שבעצם אותו אדם יאשר שהדברים היו כאלה, אלא יאשר את מה שמע. נניח אדם היה רואה את העד מתכופף אל הקורבן ומנסה לשמוע מה הוא אומר אבל הוא לא שומע מה אמר לו, אם אותו עד הוא היחיד שישנו לא ניתן לפסוח על זה. אתה צריך אמרה בו זמנית אדם שמאשר שאכן יש משהו. מצב אחר הוא שהוא אישר זאת ואז הוא מנסה לסגת.

*****הערה:** בתי המשפט מאז ומתמיד נהגו לחשוך באנשים אשר מלאו פיהם מיהם ואז בהגיעם לביהמש פעם ראשונה אנחנו שומעים את הגרסה שלהם בתי המשפט אומרים להם אחר כך אל תתפלאו למה בעצם כשאנחנו בוחנים את העדות שלכם אנחנו לא נותנים בדיוק אמון בדברים לעומת אדם שמשמיע סמוך לאירוע את מה שהיה לו לומר בתי המשפט בדל כלל מתייחסים לאמרה כזאת במהימנות כלומר אצל אלאור אזריה ברגע שהוא ניסה לסגת מהאמרה הזאת בחקירותיו היותר מאוחרות בתי המשפט ברגע שיש בידיהם מספר אמרות של אותו אדם מוקדמת או מאוחרת יותר המוקדמת מועדפת. כי המאוחרות לאדם יש זמן לחשוב ולקבל ייעוץ ואז המשקל של המאוחרות יורד. זולת אם האמרה המאוחרת יש לה הסבר מתקבל על הדעת ואז ביהמש יכול להשתכנע בעדותו.

***** הערה:** במשפט הפלילי להבדיל מהמשפט האזרחי די בעדות אחת כדי לבסס את האישום החמור ביותר כמו רצח במשפט האזרחי אנחנו דורשים יותר מעד אחד או תוספות ראייתיות אבל במשפט הפלילי במשפט הישראלי די בעדות אחת שאכן זה מה שהוא שמע ! אבל תלוי מי הוא אותו אדם, יש סוגי בני אדם שעדותם לבדם לא מספקת וכך למשל נראה את זה. למשל עד מדינה: שותף לעבירה שהפך לעד מדינה והוא מובא לעדות על ידי המדינה הרי סי' 54 קובע במפורש שלא די בעדות של עד המדינה אלא היא טעונה סיוע כלומר היא צריכה בעצם בתוספת ראייתית חזקה והוא הדין למשל כשמדובר בעדותו של קטיין בן פחות מגיל 14 שלא ניתן להעיד אותו בביהמש

אלא במקרים חריגים עדותו מובאת לביהמש דרך חוקר הילדים החוקר או החוקרת הם שבאים לביהמש ומציגים את העדות החוק מתיר זאת(זוהי עדות שמיעה של החוקרת) אך החוק מתיר זאת ובלבד שיש סיוע.

****הערה:** לא בהכרח מי ששיקר ממשיך לשקר כמובן שביהמש כאשר יבדוק את העדות יזכור כי מדובר בשקרן וינסה למצוא תמיכות לעדות.

המקרה השני- פס"ד 1879-1 אותה גברת עם גרון חתוך זועקת יוצאת החוצה שכנה שומעת את הזעקות ופוגשת בה והיא מצליחה לומר לשכנה "תראי מה הוא עשה" ונוקפת בשמו של האדם שעשה לה את זה, הביאו את השכנה כדי לקשור את הנאשם אל מעשה הרצח ביהמש התנגד לקבל את האמרה הזאת ולמה? כי האמרה לא נאמרה תוך כדי שיסוף גרונה! אמרו כי אין כאן בו זמניות.

המקרה השלישי מ-1952 טפר ורסוס הר- מדובר על משפט הצתה, אדם שמואשם בכך שהצית את העסק של עצמו לצורך כספי ביטוח ואז מבקשים להעיד שוטר שהוזעק למקום ראה את השריפה ובסמוך למקום השריפה השוטר פוגש באישה שמצביעה תוך כדי צעקות על רכב שעוזב את מקום השריפה והוא שומע אותה אומרת "העסק של עולה באש ואתה מסתלק מכאן" והתביעה מבקשת באמצעות העדות הזאת לקשור את הנאשם שהוא זה שהצית אחרת מדוע הוא מסתלק מכאן, הייתה התנגדות מפני שיש כאן אמרה אבל היא לא בו זמנית כי האישה שאומרת את זה לא ראתה איך הוא מצית את המקום אלא רק לאחר מכן. הייתה ביקורת גדולה כי היה מצופה שבשנים אלו יקשו עם הדברים.

המקרה הרביעי מ-1887 מדובר בשימוש באבנים – פצעו אדם על ידי יידי אבנים ומבקשים להביא גברת שראתה אדם נמלט היא ראתה את הנפגע אומרת לו תשמע הפוגע בך נכנס עכשיו רץ למקום מסוים שכאמור אכן שם תפסו אותו, מתנגדים לאמרה כי היא לא ראתה את היידי עצמו ואין סיבה לקבל את האמרה, הביקורת מוצדקת גם כאן היום במשפט המודרני היינו מקבלים את העדות הזאת לא כחריג תחת הרס גסטא אלא כראיה נסיבתית כלומר זו לא ראייה ישירה שניתן ללמוד מה קרה אלא באופן עקיף אתה יכול להבין מה קרה. אם אישה אומרת מי שתקף אותך נכנס למקום מסוים ושם הוא אכן נעצר ואתה הנפגע יכול לומר לנו שדקה לפני כן אותו אדם תקף אותך העדות הזאת מחזקת את הנסיבות.

המשפט האמריקאי כאמור קלט את הרס גסטא של אמרה בו זמנית לאירוע ובעצם שינה אותו מבחינתו מה שיותר חשוב מהבו זמניות – המשפט האמריקאי מדגיש את העניין כי האמרה צריכה להיות ספונטנית ומרגשת כדי להבטיח כי האמרה ניתנה על ידי אדם שלא תכנן את הדברים, הדרישה האמריקאית מוצאת ביטוי בחוק הפדראלי, בחוק הראיות הפדראלי כל אמרה שניתנת על ידי אדם באופן ספונטני על רקע אירוע מרגש אומר המשפט האמריקאי תם צריכים לאפשר קבלת אמרה כזאת שבדרך צריכה לייצג אמת מסוים במובן הכבילות אחר כך ביהמש יתייחס למשקל. יש פחות דגש במשפט האמריקאי על הבו זמניות אלא על אמרה ספונטנית שניתנת על רקע מרגש.

הרס גסטא עוסק בעוד שני מצבים שגם בהם המשפט המקובל האנגלי טיפל כלומר **אמרתו של אדם המבקש לתאר את מצבו הנפשי** אם מצב נפשי רלוונטי למשפט שאנחנו בוחנים אותו למשל עניין של מניע מה היה המניע או למשל תכנון, מה היה התכנון לגבי דבר מסוים ובכך המשפט המקובל האנגלי מאפשר הבאת עדות למה שקרה בעבר, בפלילי אין דרישה להוכיח מניע אפשר להרשיע אדם בלי הוכחת מניע, יש לך מצלמה שמתעדת אדם מסוים שיורה באדם אחר גם אם אתה לא יודע למה אבל אתה יודע שזה האדם שירה באותו אדם אתה יכול לייחס לו את תוצאת המוות בלי לדעת את המניע. ברוב רובם של המקרים כדי להרשיע אדם אתה צריך להסביר לביהמש מה היה המניע, כי המניע זה בדרכ אותו הסבר למה הנאשם הזה ולא אף אחד אחר יכול היה בעצם לעשות זאת אם יש לך עדות של אדם אשר שמע את הנאשם מסביר מניע אפשרי אני שונא את האדם הזה הוא עשה לי כך וכך ואז באמת אותו אדם נמצא מת כעבור זמן לא רב יכול להיות שההסבר הזה שהוא נקם בו יתווסף בעצם כדי להסביר את המניע ולמה בעצם צריך לחשוב שזה האדם שקשור בכך. עדות בדבר מניע בדבר מצב נפשי האיש שמואשם לביהמש אומר שמעתי מאותו נאשם שהיה לו סכסוך כספי והיה שם רומן בינו ובין אשתו וכו' אני עצמי ששמעתי את זה

אני לא יודע אם זה אמת או לא אמת אבל אני כן יודע ששמעתי את האמרה הזאת אמרה זו היא עדות על מצב נפשי של המשמיע והיא מותרת בבחינת הרס גסטא כי כאמור עדות על מצב נפשי בעבר יש בה כדי לקדם את בירור האמת במקום שהמניע חשוב צריך להיות מוכח.

אשר למצב הפיזי- מה היה מצב פיזי של אדם יכולה להיות עובדה שנויה במחלוקת המשפט האנגלי מאפשר למי שהיה עד לאמרה בדבר מה אמר אדם ביחס למצבו הפיזי וכאשר המצב הפיזי הוא שנוי במחלוקת אם שמעת מפי אותו אדם מה היה מצבו הפיזי המשפט האנגלי מאפשר הבאת הדברים בתנאי שמדובר באמרה המתייחסת למצב פיזי בעבר ולא למצב פיזי היום, לגבי היום ועכשיו המשפט האנגלי אפשר גם זאת כשמדובר באדם ההולך לרופא בעדותו של רופא אשר לצורך אבחון הבעיה הרפואית מבקש לשמוע מאותו אדם מה כואב לו מה מציק לו פיזית כעת ועכשיו ובכן המשפט האנגלי מאפשר לרופא להשמיע עדות בדבר מצב פיזי עכשווי אם יש לכך רלוונטיות למשפט יש כאן בעיה נוספת וזה הנושא של חיסיון שבין המטופל והרופא אבל אם חשוב למטופל להראות לביהמש הנה כבר בתאריך מסוים השמעתי לרופא תלונה על מיחושים כאלה ואחרים זה יהי רלוונטי אז כמובן כי החיסיון הוא של המטופל הוא יכול לוותר על החיסיון ולומר לרופא שלו תגלה. אבל לא תתקבל עדותו של רופא על תלונה ששמע מפי החולה על מצב פיזי עכשווי אם המטופל הגיע אליו כדי לקבל חוו"ד על מקרה שהוא צריך אותו לביהמש כלומר אם מדובר על תלונה לצורך הכנת חוו"ד לביהמ"ש לא תתקבל עדותו של הרופא אלא בדרך שהחוק מחייב קבלת חוו"ד רפואית ולא באמצעות הרס גסטא.

עד כאן לחריגים ההלכתיים, פסיקתיים.

חריגים סטטוטוריים:

ס' 9 לפק' 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.

נתחיל ברישא- עדות על אמרה: יש הראו בפתיח הזה כדי לומר לנו שבעצם הסעיף הזה מבחינת תחולתו חל רק על משפטים פליליים ולא אזרחיים מפני שמדובר על עדות על אמרה יחד עם זאת גרוס לא מקבל את הסייג הזה כי גם במשפטים אזרחיים אנחנו נזקקים לאמרה שאמר אדם בשעה שהיה עד למעשה עבירה ואז אנחנו צריכים לשאול את עצמנו האם ניתן במשפט האזרחי להביא אמרתו של עד שהיה עד למעשה עבירה. ולכן למרות מה שמקובל לחשוב שהסעיף הזה חל רק במשפט הפלילי לדעת גרוס זה לא נכון. אשר לגוף הדברים- מדובר באמרה שנאמרה בשעה שנעשה לפי הטענה מעשה עבירה – גם הנוסח הזה "אמרה שנאמרה בשעה שנעשה, לפי הטענה" למה? מפני שבאותו שלב לא בהכרח הוכחנו שהיה מעשה עבירה אשר לטענתו היה עד למעשה עבירה זה לא שהוכחנו הייתה עבירה ועכשיו אנחנו מביאים לצורך הוכחת הדברים אדם שהיה עד, העד על פי טענתו הוא עד גם למה שקרה שם. להביא עדותו של אדם בדבר אמרה שנאמרה בשעה שעל פי הטענה הייתה עבירה לכאורה- אנחנו צריכים להסביר את ההיגיון של ס' 9 שכאמור הוא עוד חריג הפעם סטטוטורי מפני שבא אדם ואומר כי היה עד למעשה עבירה וכאשר זה קרה שמעתי כך וכך וכו'. נעבור לסיפא- ובלבד שהוא בעצמו עד במשפט כלומר שנותן האמרה הוא בעצמו עד במשפט אם ככה, אם הוא עד במשפט והוא בא לספר לנו מה הוא שמע או מה הוא אמר בשעה שנעברה העבירה דבריו שנאמרו שם בזירה ולא בביהמש ולא תחת חקירה נגדית הם נחשבו תמיד לעדות שמיעה כלומר גם שאומר אותם אדם שאחר כך הופך להיות עד במשפט במסגרת איסור סיוע עצמי של העד כלומר בא אדם במשפט ומספר מה קרה בזמן ביצוע העבירה וכדי לסייע לעצמו הוא מנסה כעת לומר לא רק שאני אמרתי את זה עכשיו על דוכן העדים גם אז אני שם אמרתי את הדברים אז קודם כל מה שאמר אדם מחוץ לכותלי ביהמש תמיד נחשב לעדות שמיעה ולמה? כי הוא אמר את זה לא תחת חקירה נגדית וזה שוב במסגרת הכלל האוסר על עד לסייע לעצמו והנה אנחנו אומרים אוקיי יש כלל האוסר על סיוע עצמי אבל אם אותו אדם היה עד למעשה העבירה ושמע מה נאמר בשעה שנעשתה עבירה ותשימו לב כי הוא עצמו עד במשפט לא

צריכה להיות בעיה אנחנו נקבל את הדברים שהוא אמר שם כי אתה יכול לחקור אותו מפני שההיגיון אומר שאדם שהיה עד למעשה עבירה היה עד למעשה לא שגרתי כלומר מדובר באמרתו של אדם לאירוע מרגש או ספונטני כלומר בעצם בעדות של אדם שלא תכנן את הדברים האלה הוא נקלע לזירת עבירה. קודם כל צריך לקבל את דבריו זה חלק מהרס גסטא אירוע בו זמנית או מרגש אלא מה שכאן אנחנו ממקדים את זה במעשה עבירה! ושנית שימו לב אבל כאן המחוקק בס' 9 עושה משהו שהרס גסטא לא דרש את זה במקור הוא דורש כדי להביא את העדות בפני ביהמש כי העד האומר את הדברים יבוא בעצמו ויהיה עד אין דרישה כזאת ברס גסטא המקורי. בעצם כאשר ביהמש הישראלי נתקל בחסם שבעצם העד איננו אי אפשר להביא אותו לביהמש הרי הוא יצר את ההרחבה מעבר לסעיף 9 **כלומר יש לנו את ס' 9 אבל בצידו(פס"ד ג'אפר) ביהמש העליון אומר כי יש את ס' 9 אבל אם אי אפשר להביא את העד מסיבה אובייקטיבית אנחנו נקבל את האמרה הזאת גם כשנותן האמרה הוא לא עד.** זו דוגמא להרחבה של המשפט המקובל הישראלי.

ס' 9 הוא בעצם חלק נוסף של הרס גסטא אלא שבחרו לעשות אותו באופן סטטוטורי והוא נגזרת של הכלל הקודם של אירוע בו זמני או אמרה הניתנת בו זמנית לאירוע או אמרה הניתנת באופן ספונטני על רקע אירוע מרגש לקחו את הספונטניות ואת האירוע המרגש או את הבוז זמניות והרכיבו את זה על סיטואציה מיוחדת לאמור על עבירה כלומר מה דינה של אמרה אשר נאמרה בזמן ביצוע העבירה שהנחת העבודה היא שמשום שמדובר בעבירה הרי מדובר באירוע מרגש ועל רקע העובדה הזאת לאמור על רקע האירוע המרגש יש להניח שנותן האמרה אמר דברים לכאורה על פניהם דברי אמת בשל שוב אופי האירוע. ולכן יש לקבלה אלא שהוסבר שלהבדיל מהכללים הללו במשפט המקובל שמשם הם באו, במשפט המקובל לא הייתה דרישה שנותן האמרה יהיה עד בעצמו במשפט שבו אנחנו מדברים על אותה עבירה שהאמרה ניתנה וכעת מוצגת בבית המשפט. ס' 9 במובן זה צמצם את התחולה של הרס גסטא בכך שהוא הכניס את הדרישה הזאת שנותן האמרה בכל מקרה יהיה עד במשפט. ביהמש הרחיב זאת בפסיקה.

נמשיך לנתח את הסעיף על פי יסודותיו: ראשית מדובר על עדות על אמרה, בס' 11 ו10א שכשהמחוקק רוצה להגביל ולצמצם את האמרה לסוג מסוים של אמרה לאמור אמרה בעל פה או על אמרה בכתב כאן בסעיף 9 הוא מדבר על אמרה בלי לסייג אותה או להגביל אותה מבחינת הצורה שלה כלומר כאן האמרה יכולה להיות בעל פה, העדות יכולה להיות בדבר אמרה שנאמרה בעל פה. אמרה בעל פה היא פחות בטוחה מפני שבעצם אתה יכול לגבי אמרה בעל פה להכניס משהו שלא היה כי אין את המקור אבל כאן ס' 9 לא מגביל את סוג האמרה דווקא לכתב אלא היא גם יכולה להיות אמרה בעל פה שנאמרה אותה אמרה בשעה שנעשה אותה שעה מעשה עבירה כלומר "נעשה מעשה עבירה או בסמוך לכך" כלומר יש כאן שני לוחות זמנים או שמדובר באמרה שניתנה בזמן אמיתי בזמן שעבירה מבוצעת או בסמוך לאחר מכן, ס' 10 יוצר לוח זמנים נוסף – אמרה שנאמרת גם בסמוך לפני שהעבירה מתבצעת כאן לא(ס' 9) או שהיא בזמן או בסמוך לאחר מכן, כמובן שכאשר המחוקק מדבר בלוחות זמנים אין הגדרת מחוקק מה זה בזמן העבירה ובעיקר לא כשמדובר בסמוך לאחריו אז כמובן הפסיקה נדרשת לפרש את המונחים האלה וכך למשל כדוג' ניקח את ע"פ 1645/08 פלוני נ' מ"י- עבירה של ניסיון לרצח, פסק הדין נכתב על ידי השופטה עדנה ארבל, ס' 9 לפסק הדין היא אומרת את הדבר הבא: "מקריאת פרוטוקול הדיון מבחינת מסכת הראיות אינני סבורה כי קיימת במקרה דנן הצדקת להתערבות בקיבועות ביהמש המחוזי... " היא מפרטת למה לדעתה לא ראוי להתערב בהן ובס' 21-16 לפסק הדין ומכאן היא מדברת על מה זה סמיכות- מדובר היה באדם שניסו לרצוח אותו פגעו בו בקליעי אקדח והוא מובהל אל בית החולים כדי לנסות להצילו ושם בבית החולים הוא מטופל על ידי רופא ששמו ד"ר ישראליט שבעצם הוא שואל אותו או שומע מפיו של הפצוע איך קרה שפגעו בו ומי פגע, בס' 16 אומרת השופטת ארבל: " ד"ר ישראליט העיד... חשף בפניו המתלונן כי המניע לירי היה רומנטי וכי היורה הינו קרוב משפחה של הבחורה עימה הייתה לו מערכת יחסים" מכאן ניתן לשער כי העומד לדין הוא היה האח של אותה גברת שהנפגע היה לו איתה קשרים רומנטיים והוא נתבקש על ידי האח לנתק מגע ממנה והוא לא עשה זאת ואז כדי לסלקו מהזירה הוא ירה בו, עורך דינו של המערער טען כי העדות לא קבילה כי היא התקבלה על בסיס פרשנות מרחיבה של ס' 9 לפקודת הראיות השופטת מביאה את ס' 9 מצטטת מדבריו של השופט המנוח קדמי והיא אומרת מתוך ספרו כי הוראת ס' 9 לפקודה פותחת את שערי ביהמש כדי לקבל כראיה כאמיתות תוכנה של עדות שנאמרה באופן ספונטני ובתגובה לאירוע מרגש(ביצוע של עבירה). ס' 9 לא מגדיר מה זה

אמרה שנאמרה בסמוך לעבירה, כלומר היא אומרת כי הכוונה לאותו מקרה שבו אדם באופן ספונטני מגיב על מעשה מרגש על רקע אותה עבירה שהוא עד, ס' 19 לחווד של השופטת – ס' 09 דורש כי האמרה תהיה ספונטנית ובמסיכות זמנים לעבירה ושתיגע במישרין לעובדה השייכת לעניין המתלונן הגיע לבית החולים זמן קצר בלבד לאחר שנורה את האמרה מסר ביוזמתו(בפס"ד אחר פטוסי כאשר דובר על מעשה עבירה ועל עד למעשה עבירה נתקל בשוטר כשעה לאחר המקרה ונדרש על ידי השוטר בחקירה מה קרה ולא מיוזמתו כלומר לא באופן ספונטני אלא באופן יזום שם האמרה לא התקבלה משני טעמים: שעה אחרי זה זמן ארוך מידי כי זה לא בסמוך לאחריו למרות שביהמש לא נוטים להקשות במונח של בסמוך לאחריו אלא מדברים במונחים יותר גמישים ויחד עם זאת שעה זה כבר לא בסמוך לאחריו והטעם השני גם אם היית אומר שזה עדיין יכול להיקרא בסמוך לאחריו הרי היא לא ספונטנית כי האדם לא בא ואמר תראה מה קרה אלא השוטר שאב זאת ממנו באמצעות חקירה) במקרה שלנו מבחינת לוח זמנים מדובר בכ30 דק עד שד"ר ישראליט פוגש בו. וזה נאמר לפני שהוא קיבל תרופה מטשטשת והעדויות מדברת על זהות המבצע שזהו דבר חשוב וקריטי לאירוע. אחד המבחנים אם לקבל או לא לקבל את האמרה מבחינת ריחוקה או אי ריחוקה ממעשה העבירה היא האם עדיין נותן האמרה נמצא תחת הרושם תחת האפקט, תחת ההשפעה של אותו אירוע מרגש כלומר באופן עיוני יכול להיות מקרה שבו אדם נפגע על ידי מתנקש נכנס לקומה וזה יכול לקחת זמן ממושך אם בכלל יוצא אדם ממצב זה ואז לפתע הוא מדבר על דבר שקרה לו לפני הקומה, הואיל והוא עדיין תחת השפעת האירוע המרגש – זה המבחן. מצד שני נפגוש פס"ד שהעליון לא מקבל את הקביעה שמדובר בהזדמנות הראשונה שהייתה, מבחן ההזדמנות הראשונה לא מקובל על ביהמש, זה כן שייך האם כשאתה אומר את הדברים אתה עדיין תחת ההשפעה האמוציונאלית של הדברים. גם חצי שעה הייתה התלבטות לביהמש מה עושים עם זה כי זה לא דק מעטות אחרי המקרה אבל כאן מדגישה ארבל את המוטיב הזה של ספונטניות של אירוע מרגש הוא עדיין שלושים דק' אחרי זה הוא עדיין בהשפעה אמוציונאלית של האירוע. ביהמש תמיד קובע בנסיבות של אותן מקרה שעה בנסיבות האלה וכן הלאה.

*****הערה:** כשמדובר בעבירות מין כאשר מדובר בעדות כבושה אין בה כדי לבטל את העדות. עד 1980 מועד בו בוטלה הדרישה לתוספת ראיינית למתלונן בעבירת מין כלומר עד שנה זו לא ניתן היה להרשיע אד בעבירת מין רק על יסוד עדותו היחודה של מתלונן שכן עדותו הייתה טעונה סיוע וב1980 זה בוטל(כיום ס' 54 קובע כי במקום סיוע צריך ביהמש אם הוא מחליט להסתמך רק על העדות היחודה של המתלונן הוא צריך חובת הנמקה) אבל באותן ימים שהיה צריך סיוע תלונה מיידית של המתלונן נחשבה לסיוע. גם היום כשאין צורך בסיוע אם נוכיח שבסמוך לאחר האירוע ניגשה אותה גברת למשטרה או המשטרה הגיעה אליה והיא מסרה תלונה מיידית אזי התלונה הזאת יש בה כוח ממשי לתמוך בתלונה שלה.

ע"פ 9969/01 פלוני נ' מ"י – ס' 9 לפס"ד מדובר בעבירות מין בתוך המשפחה והעדויות המרכזיות במשפט הובאה על ידי הנפגעת עצמה על ידי מי שלטענתה המערער פגע בה וביהמש קמא קבע כי עדותה של המתלוננת לא עומדת לבדה ונתמכת בשורת ראיות אובייקטיביות ראשית המתלוננת נמנעה מלהתלונן על המערער אומנם סיפרה זאת לאנשי מקצוע, כלומר זה לא חייב להיות תלונה פורמאלית למשטרה אלא גם תלונה לאדם קרוב לאדם בסביבה שאתה בוטח בו יכולה להיחשב כסיוע, השופטת בייניש אומרת כי יומניה ומכתביה של המתלוננת אינם מהווים רישומים ספונטניים אשר נכתבו בסמוך לביצוע מעשה העבירה והן מאחר שלא ניתן לדעת מה היו נסיבות או מועד כתיבתן על כך אומרת בייניש כי דין טענה זו להידחות שכן ביהמש קמא לא הסתמך על רישומיה של המתלוננת כאל ראיה עצמאית כלומר לא מדובר על אמרה שנאמרה מחות לכותלי ביהמש בסמוך לעבירה אלא הגיע אדם לדוכן העדים אומרים לה זה היומן שלך? כן את יצרת אותו? כן, אבל צריך לפסול אותו ולמה? כי מדובר באמרה מחוץ לכותלי ביהמש ואם אתה רוצה לקבל את זה זה צריך ליפול בגדר ס' 9 אומרת בייניש שזה לא קשור לס' 9 אלא מדובר על אדם שמאשר שלפני שהוא הגיע למשפט הוא תיעד את מה שקרה לו והוא דיבר אל יומנו הפרטי, ואז כשהם מדברים על אותה התכתבות עצמית עם היומן ומפנים אל היומן ותחת שבוע/אזרה הם מאמצים את היומן אומר ביהמש זה בעצם כאילו על דוכן העדים היא חזרה ואמרה את כל מה שיש ביומן. בנסיבות אלה הופך תוכן לחלק מעדותה של המתלוננת ביהמש זה כבר קבע כי כאשר עד נושא תוך כדי עדותו בביהמש כי אכן אמר או כתב דברים מסוימים במועד כלשהו בעבר וכי דברים אלו הם דברי אמת הדברים הללו הופכים כחלק מהעדויות בפני ביהמ"ש. מפנה לפס"ד

טובל- שם נאמר כי יש מקום להתייחס לעניין מעמדו ומהותו של אישור אשר מוענק על ידי עד לדברים אותם אמר במועד קודם כלשהו מחוץ לביהמש, כאשר עד מוסר תוך כדי עדותו בביהמש כי אכן אמר או כתב דברים פלוניים במועד כלשהו וכי דברים אלו הם דברי אמת יש מכך משום אימוץ בדרך האזכור של הדברים הללו שנמצאו או נרשמו במועד כלשהו והם הופכים בכך לחלק מהעדות עצמה. (בהמשך נראה איך בתי המשפט מצאו דרך לעקוף את הכלל הפוסל עדות שמיעה מפניש כאשר התרחשה עבירה והיו עדים לה אנשים תמימי דרך ואותם אנשים מסרו עדות במשטרה על מה ראו עיניהם ואת מה ראו וכשהתקרב מועד המשפט העדים המאוימים הללו פתאום שכחו את הדברים וחזרו את הדברים ואחד האופנים המוקדמים לפני ס' 10א פס"ד מרהלי למשל שבא עד לדוכן העדים ואומר אני לא זוכר את מה שקרה למרות שבמשטרה הוא זכר טוב מאוד מה שהוא כן מוכן לומר זה מראים לו את העדות במשטרה והוא מאשר זוהי עדותי והאם אתה מאשר שמה שאמרת זה אמת אבל אני לא מוכן לחזור על הדברים שאמרתני אני לא זוכר אותם אומר שמגר בפס"ד זה כי ברגע שעד על דוכן העדים מאשר תחת אזהרה שהוא אמר דברים מסוימים מחוץ לכותלי ביהמש זה כאילו בעצם את אותה אמרה הוא חזר והשמיע אותם כלומר זה חוסך מהעד להשמיע את האמרה שהוא מפחד בגלל שהנאשם עומד מולו) **אותו דבר ביחס ליומנים - אם אדם מאשר שהוא אמר אמרה והדברים מתועדים ביומן שלו ובביהמש הוא מאשר שאכן זה היומן שלו אפשר לקבל את זה וצריך לקבל את זה כחלק מהעדות שלו ולא לפי ס' 9. ביניש אומרת כי ניתן לקבל את הרישומים או לכל הפחות את מרביתם גם מכוח ס' 9 לפקודה כך ביחס לחלק מן הרישומים שנכתבו בסמוך לאחר בתרחשות מעשה העבירה המתוארים ואכן אינו מעורר כל קושי. כלל מיוחד שיצר ביהמש ביחס ליומני מתלוננת בעבירות מין כי סמיכות הזמנים אינה תנאי לקבילותה של הראיה והיא משפיעה רק על המשקל של ביהמש. כשמדובר בעבירות מין אזי חלק מהיומנים שאנשים מתעדים אותו חלק שהוא גם סמוך לאירוע ממילא אפשר היה לקבל דרך ס' 9 אבל גם אותו חלק שמתועד באיחור רב מתקבל בכל מקרה מבחינת הקבילות כי מדובר ביומן של נפגע עבירה. אלה באיחור רב לא יכולים להתקבל לפי ס' 9 אבל גם אלה שנכתבו אחרי זמן רב יתקבלו מכוח כלל הלכתי אחר כשמדובר בעבירות מין גם אם האמרות באיחור נקבל אותן ונבדוק אותן מבחינת המשקל.**

ע"פ 7293/97 ג'עפר עמר ואח' נ' מ"י- כאן מדובר במקרה של שוד בנק, התרחש בכפר סבא ביום 9.10.96 בסניף בנק הפועלים בשעה 10:30 גמיעה מכונית שחלק מלוחית הרישוי נקלטה על ידי אדם שהזדמן למקום יורדים מהרכב שלושה רעולי פנים ונכנסים במהירות לתוך הבנק ומבצעים שוד, נוטלים את הכסף חוזרים לרכב ועוזבים במנוסה את המקום, את הגעת הרכב וכניסת השוודדים יציאתם והימלטותם קולטת בעיניה אישה תושבת המקום שהזדמנה כנראה לבנק והיא לא מאמינה למה שענינה רואות ומתוך התרגשות גדולה היא הלכת לטלפון הציבורי מחייגת למשטרה ובהתרגשות ענקית תשמע מה קרה קרה שוד שוד, ואז היא מספרת מה קרה אלא מי שקולט כאמור את הדיווח הזה הוא בעצמו מתברר מתנדב ששימש ביומן באותו זמן גם הוא מתרגש והוא רושם את תמצית הדברים ביומן כיש שלו ומתוך התרגשות גדולה מאוד הוא שוכח לשאול אותה גברת מי את איך קוראים לך והטלפון נטרק, נשלחת ניידת ולא תופסים במקום את השוודדים אך לאחר מכן מצאו את המכונית ליד כפר קאסם ובתוך הרכב בדל סיגריה וחומרים נוספים שעזרו לזהות את המבצעים, העליון יכל לאשר את הרשעת השוודדים על יסוד הבדיקות הפורנזיות טביעת אצבע וכו' אבל דליה דורנר מנצלת את התיק לדבר על כך: הסנגור מתנגד להשמעת העדות של היומנאי מפני שלא רק שמדובר בעדות שמיעה אלא שלפי ס' 9 כדי לקבל את העדות שמיעה צריך שנותן האמרה יהיה עד במשפט והנה נותן האמרה (האשה) היא לא עד במשפט כי אנחנו לא יודעים מי זאת בכלל לא ניתן להשיג אותה, השופטת דורנר ערה לקושי הזה והיא אכן בעצם אומרת כך: **ע"פ ס' 9 ככתבו לא ניתן לקבל באמת את האמרה הזאת כי כאמור נותן האמרה לא נמצא אבל נבחן מה קורה במשפט המקובל ובארהב, בשני המקרים האלה מקום שנותן האמרה לא ניתן להבאה לביהמש מכל סיבה שהיא(בארהב הוא יכול להיות במידנה אחרת או משום שלא נודע כלומר הוא נעלם) וגם על פי הרס גסטא לא הייתה דרישה לצורך כבילות האמרה שנותן האמרה יהיה עד במשפט אבל אם הוא לא ניתן להבאה ניתן לקבל את האמרה גם אם הוא לא עד במשפט אומרת דורנר כי אם כך ניתן לפתח את הכלל מעבר לכתוב בס' 9 בצד ס' 9 יש עכשיו גם כלל נוסף פיתוח המשפט המקובל הישראלי שאומר שאמרה בדרך כלל תתקבל אם אתה רוצה דרך ס' 9 בתנאי שנותן האמרה עד אבל אם נותן האמרה אינו עד משום שעקבותיו לא אותרו או מכל סיבה אחרת(למשל נמצא בחו"ל אבל אין לנו הסכם עם אותה מדינה אחרת לכפות**

את הופעתו) אזי במקרה כזה נקבל את האמרה כקבילה ואת עניין ערך המשקל נשאיר לביהמש לבדוק. הנה כי כן בעצם ביהמש מנסה ודורנר מדגישה זאת מס' פעמים אנחנו בעידן של מעבר מפסילה למשקל ובעידן הזה נחפש כל דרך אפשרית להכשיר את העדות ולא לפסול אותה. לא מדובר במקרים שהעד מסרב להגיע ואנחנו יודעים איפה הוא – פשוט מוציאים צו הבאה.

יש לקרוא את החומרים הקשורים לס' 10- ס' ארוך מסורבל ומורכב.

ס' 10:

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.

נגזרת של הרס גסטא, כאן מדובר באמרתו של אדם שהוא קורבן למעשה אלימות. זהו סעיף שמבקש להכשיר אמרות של עד שהיה או בעצמו או כלפי מישהו אחר היה עד למעשה אלימות. בכל מקרה נראה שהסעיף הזה בוחן מס' מצבים אפשריים של אלימות וגם מבחינת סוגי אלימות וגם מבחינת לוחות הזמנים. אמרה שמתייחסת למעשה אלימות עוד לפני שהיא נוצרה, אמרה שהיא חלק מנסיבות המקרה, אמרה שמתייחסת למעשה אלימות בזמן שהאלימות מתרחשת ואמרה שמתייחסת לאמרתו של שכיב מרע כלומר אותו אדם שבעצם בעטיה של האלימות הוא מוצא את עצמו גוסס. ולמצבים האלה ס' 10 בעצם מבקש לפתוח חריג לכלל הפוסל עדות שמיעה ונראה שבעצם המחוקק הישראלי חרג במה שהוא קבע בס' 10 ממה שנמצא ברס גסטא המקביל במשפט המקובל. נבחן למה ומה עושים אם החריגה הזאת?

20.11.17

2 חריגים סטטוטוריים (ס' 9 ו-10) המופיעים בפק' הראיות הם למעשה הושאלו מהרס גסטא האנגלי, אף אחד לא יודע להסביר למה אלה ולא אחרים נכנסו לפק' הראיות.

ס' 9 ו-10:

ס' 9 התחלנו לעיין בו. נבדוק איך העליון פירש אותו.

פס"דו של הש' עמית בע"פ 8704/09 יחזקאל באשה נ' מד"י: הורשע בעבירת רצח. בין היתר, הועלתה שאלת השימוש שנעשה בס' 9 לפק'.

בעמ' 36 לפסה"ד, אומר הש' עמית כי הוא שותף למסקנותיו של הש' הנדל, לגבי הקביעות וממצאי העובדה של בימ"ש קמא ועם זאת, איני שותף למסקנתו הסופית לפיה יש לזכות את המערער מעבירת הרצ ולהרשיעו בעבירת תקיפה וחבלה חמורה ויש להותיר את ההרשעה.

הוא מעיר בנוגע לכלל הרס גסטה המעוגן בס' 9 לפק הראיות כחריג לכלל הפוסל עדות שמיעה.
הוא מצטרף למסקנה של קבילות עמדתו .
רס גסטה הוא חריג לכלל הפוסל עדות שמיעה. הכלל נובע מכך שעדות שמיעה הנוגעת לאימרה
שנאמרה מחוץ לכתלי ביהמש ולא ניתן להעמיד את האימרה עצמה במבחנה של חקירה נגדית ולקון
הוא מוסיף, קיימים 3 סוגים של חששות לגבי עדות שמיעה :
(1) מוסר האימרה עצמו לא מהימן .
(2) כי תוכנה של האימרה אינו חד משמעי וללא חקירה נגדית, לא ניתן להבהירה.
(3) כי זכרוננו של מוסר האימרה בגד בו / שתפיסת המציאות שלו מעוותת.

#בס' 9 יש התייחסות לאימרה שנאמרת בזמן העבירה או בסמוך לה, על כך אומר הש' עמית (פסקה
3): לטעמי אין לקבוע מסמרות לגבי מימד הזמן של המונח "בסמוך למעשה העבירה. כל מקרה צריך
להיבחן עפי נסיבותיו" והוא מפנה לע"פ 1645/08 פלוני נ' מד"י , שם – הש' ארבל לא קבעה כי יש
לפרש את הדרישה לסמיכות הזמן והוא מצטט אותה "בדווקנות ובצמצום" , אלא היא התבטאה כי
היא נכונה להניח שכך יש לפרש את דרישת סמיכות הזמנים . לא למוותר לציין, כי אף על פי כן
באותו מקרה (של פלוני) התקבלה אמרה שנאמרה כחצי שעה עד שעה לאחר האירוע ומכל מקום,
בעניין ז'אפר , פרש ביהמש את ס' 9 באופן גמיש , אף בניגוד ללשון הסעיף לפיה נדרש שמוסר
האימרה יעיד במשפט, וזאת נוכח המגמה הכללית של דיני הראיות בישראל – שבמסגרתה מועבר
הדגש מכללים פורמליים של קבילות לכללים גמישים של משקל.
ואכן, פרשנות דווקנית ומצמצמת של ס' 9 לפק' הראיות , אינה עולה בקנה אחד עם המגמה הכללית
בפסיקה לעבור בהדרגה מכללי קבילות פורמליים לכללים גמישים של משקל.
ניתן לומר שהמגמה לעבור מקבילות למהימנות => מסכנת את כסאם של המרצים שמלמדים דיני
ראיות . כאשר המגמה המסתמנת היא לא לחסום את דרכה של הראיה לביהמש אלא לבחון את
מהימנותה ומשקלה לגופה .
כדי לסכם הוא אומר כך :

השאלה אם יש לפרש את החריג של רס גסטה הקבוע בס' 9 לפק' הראיות בדווקנות ובצמצום או
ברוח המגמה לעבור מכללי קבילות לכללים של משקל – משקפת מחלוקת עמוקה יותר , הכרוכה
בשאלה האם ראוי להגביל את שיקול הדעת השיפוטי בקביעת העובדות עי הצבה של כללים או
הנחיות באשר לדרך שבה יקבעו העובדות והיא נוגעת למעשה לתפיסה של כושר השיפוט האנושי.

כלומר, הש' עמית נמנה על השופטים הליברליים שהולכים עם הזמן , עם המגמה הזו של הגמשת
דיני הראיות והעברת הדגש מדיני הראיות ששמו את הדגש על כללי פורמליים וחסמים של איזו ראיה
קבילה ואיזו לא (-) < לעבר הרחבת הדגש על המשקל, הרחבת שק"ד השופטים שלא ימנעו עוד
מלקבל ראיות שבעבר נפסלו , יקבלו , יבחנו וישקלו אותם.

**בגלל שהשופטים שלנו הם לא הדיוטות הם לא מושבעים אלא מקצועיים ומשום כך, אין זה נכון
להדריך ולהנחות אותם ולהגן עליהם מפני ראיות שעלולות "לשחד את דעתם" כמו שעלול
לקרות למושבעים !**

הוא נתן כדוגמא את פסד ז'אפר בו גברת שהיתה עדה לשוד והזעיקה את המשטרה , לא ניתן היה
לאתר את עקבותיה ולכן לא ניתן היה להעידה.

לכן, בעצם, לכאורה לפי ס' 9 , התנאי הזה שמוסר האימרה יעיד במשפט לא מתקיים!
בדר"כ אם תנאי לא מתקיים לא ניתן לקבל את הראיה ! אבלללל – ס' זה נגזר מהמשפט המקובל שם
זה לא היה תנאי שמוסר האמרה חייב להיות עד.. מה גם שביהמש העליון הסתכל מה עשו
האמריקאים שקיבלו כמונו את המשפט המקובל ושם לב ששם מזמן לא מתנים קבלת אמרה בנוכחות
קיומו של העד. ההגמשה באה לביטוי בכך שאם לא ניתן להביא את העד מכל סיבה שהיא – ניתן
להציג את האמרה במישור הפעילות ולהשאיר לביהמש את העיסוק אחכ במה נעשה עם האימרה
איזה משקל ניתן לה.. למשל : הנאשם לא יכול לחקור נגדית את מוסר האימרה כי הוא איננו. אם אני
צריכה לקחת את האימרה הזו נגדו, אתחשב בכך שלא יכול היה לבדוק את אמיתותה כי מוסר
האימרה איננו . (אבל זה לעניין המשקל ולא לעניין הקבילות).

פרשת 1645/08 פלוני נ' מד"י: עמ" 9 לפסה"ד תחת הכותרת של קבילות עדותו של ד"ר

ישראלית: זהו פס"דה של עדנה ארבל. ד"ר ישראלית העיד כי לאחר שהחל את הטיפול במתלונן עם הגיעו לביה"ח, חשף בפניו המתלונן את זה שהמניע לירי היה רומנטי, וכי היורה הינו קרוב משפחה של בחורה עמה היתה לו מע' יחסים. המקרה הזה בעצם דן בשאלת זהות היורה במתלונן, כאשר טענתו של המתלונן היתה שבשל סירובו לנתק מגע מאחות המערער הוא נקם בו וביקש לפגוע בו בירי הזה.

עובדה היא שכאשר מובא לביה"ח, אמנם זה לוקח קצת יותר מ30 דק', אך הוא מספר לד"ר ישראלית על נסיבות הפגיעה.

הוא היה תחת השפעת האירוע.

בא כוח המערער טען שהעדויות לא קבילה כי לשיטתו היא התקבלה ע"ב פרשנות מרחיבה של ס' 9 לפק' הראיות. הטענה היא שההרשעה נסמכת על אותה אימרה של המתלונן שלגרסתו בא כוח המערער התקבלה בניגוד לס' 9 כי בין היתר היא לא יכולה להיחשב כאימרה שאמר אדם בסמוך לאחר שאירוע קרה. (30 דק' אחר כך זה כבר לא בסמוך). לדבריה,

ס' 9 דורש שהאימרה תהיה ספונטנית בסמיכות זמנים לעבירה ושתיגע במישרין לעובדה השייכת לעניין.

המתלונן הגיע זמן קצר בלבד לאחר שנורה, את האימרה לד"ר ישראלית מסר מיוזמתו, זמן קצר בלבד לאחר הגעתו לביה"ח ובטרם קיבל את התרופה המטשטשת. האימרה נוגעת לסוגיה מרכזית ביחס למעשה העבירה – זהות המבצע, ומעדויותיהם של המתלונן ד"ר ישראלית, עולה שבעת הגעתו לביה"ח נתון תחת רישומו של האירוע הקשה שחוה.

אין ספק, לדבריה של ארבל, שמדובר באימרה שלה קשר הדוק לאירוע, ואשר נוגעת במישרין לעובדות השייכות לעניין.

הקושי המשמעותי הוא ביחס לפער הזמנים שבין 30 – 60 דק' בין אירוע הירי לבין מועד מתן האימרה.

האם ניתן לומר, כי במצב דברים זה מדובר באימרה ספונטנית שנאמרה בסמיכות זמנים של ממש למעשה העבירה?

אז היא מפנה לפרשת פיטוסי בה לא היתה ספונטניות אלא מתן תשובות לתשואול בפני חוקר משטרה.

היא מבחינה בין הפרשות: האימרה בפיטוסי נמסרה בתשובה לתשואול כאמור מצד השוטר ואילו בענייננו אין מדובר באימרה שניתנה בפני איש רשות במסגרת תשואול שמטרתו איסוף מידע. מדובר באימרה שניתנה ביוזמת המתלונן לגורם שאין לו השפעה על מהלך החקירה (ד"ר ישראלית).

עתה באה האימרה שציטט הש' עמית (לעיל): נכונה אני לקבל כי ככלל, הדרישה לסמיכות בין מועד ביצוע העבירה למועד מתן האימרה לפי ס' 9 – צריכה להתפרש בדווקנות ובצמצום כי היא חריג לכלל האוסר עדות מפי השמועה.

ככלל, מכון ס' 9 לפק' לסמיכות הדוקה בזמן בין מועד ביצוע העבירה לבין מועד מתן האמרה, זו ליבתה של דרישת הספונטניות. יחד עם זאת, גם עניין זה, מטבע הדברים, נקבע בהתאם לנסיבות.

מעבר לכך, מציינת: לא הספקתי ...

הסבר: האימרה יכולה היתה לשמש ראיה לגופה, לתוכנה (על ס' 9 מדבר, קבלת הראיה לתוכנה), אך לעיתים אפשר לקבל את האימרה לא לצורך הוכחת הדברים לגופם אלא עצם כך שנאמרו, האם הם נאמרו! מתי זסה חשוב?! כאשר יש לנו ראיה אחרת, שמלמדת על מה קרה שם וכדי לשלול טענה שבעצם הראיה שכבר קיימת היא לא נכונה – עצם העובדה שהמתלונן אמר את הדברים – יכולים לחזק את הרושם של ביהמש באשר לנכונות הראיה האחרת. אזהיא אומר: מה שהמתלונן אמר לדר כשזה מצטרף ליתר הראיות שיש בפני ביהמש בנוגע לנסיבות הירי, זה מחזק את המשקל שביהמש יתן לעובדה שבאמתתת היורה היה המערער והסיבה היא רומנטית.

- אם אתה מקבל את האימרה רק כדי ללמוד שהיא נאמרה – זו לא עדות שמיעה והיא לא צריכה להיכנס לכל תנאי ס' 9.

בדרך כלל הנסיון יהיה לקבל את הראיה כדי ללמוד על אמיתות התוכן שלה ואז נכנסים לס' 9, כי כשהאימרה מושמעת מחוץ לכותלי ביהמש, בביח שלא תחת חקירה נגדית – היא עדות שמיעה שלא ניתן להכניסה אלא כחריג ואז צריך לעמוד בתנאי ס' 9.

בפס"ד ע"פ 7555/11 פלוני נ' מד"י: כאן מדובר על איך נפרק את ס' 9, הש' שוהם הוא שכתב את פסה"ד המרכזי. ס' 19 לפס"דו מסביר:

ביהמש קמא קבע כעובדה כי תקיפת המתלונן התרחשה לפני השעה 01:59, מבלי לקבוע את השעה המדויקת. המתלונן פונה לביהח בנהריה, כעולה ממזכר של שוטר הרי שבשעה 03:20 הוא היה חסר יכולת לתקשר ולמסור פרטים על נסיבות תקיפתו וזהות התוקפים. לפי קביעתו של בימש קמא, המתלונן ייעד שיחה טלפונית עם רעייתו בין השעות 03:30 ל-04:00 ובה מסר לה את זהות התוקפים ובגדר כך את שם המערער. ביהמש קמא, שקיבל את האימרה, נימק זאת, בין היתר, (כנראה בצורה שגויה) התמקד בשיחה עם הרעיה וקבע שחל במקרה ס' 9 – אמרת עד בשעת ביצוע עבירה. ציין שהתנאי הרלוונטי לענייננו – שתימסר בסמיכות זמנים לעבירה. על משמעותה של דרישה זו למד מלשון ס' 10 לפק' הראיות (קורבן למעשה אלימות) שבגדרו מופיע מבחן ההזדמנות הראשונה.

הנמקה זו של מעבר לס' 10 – שגויה. קובע שאין קשר בין הסעיפים. מבחן זה לא קשור לס' 9 ולא תוכל להחיל על ס' 9 את מבחן ההזדמנות הראשונה של ס' 10.

פסה"ד מלמד אותנו שכשמדובר באימרה שנאמרה כשעה וחצי לאחר מכן, אי אפשר להגמיש את הדברים, אי אפשר להגיד שאימרה כזו זה בסמוך לאחריו. כלומר – יש גבול כמה תוכל בנסיבותיו של מקרה להגיד "בסמוך לאחריו".

"הפטנט" לפי גרוס למתי ביהמש יפסול אימרה כזו? ביהמש לפי גרוס יכולים להרשות לעצמם לפסול אימרה חשובה כשיש להם חומרים אחרים שיכולים לאשר את ההרשעה בלאו הכי. לא ימהרו לזכות אדם בתיק של רצח בגלל אותה שעה וחצי.... כפי שנראה: במקרים נדירים של פסילת הראיה, ממילא יש ראיות אחרות.. במקרים אלה, אמירה זו תהיה תוספת, תמיכה אך לא ראיה יחידה עליה יתלו ע"מ להרשיע.

מה קורה אם אין ראיה? אם מדובר במקרה לא של עבירה מסוכנת וחמורה כמו רצח אלא בתיקי סמים, אז הנזק לציבור הוא לא רב מדי.. רוב פסה"ד החשובים, הגדולים, נבנו על תיקי סמים, בעיקר בצבא.

אחד החריגים של הרס גסטה – היכולת לקבל אימרה שנוגעת למצב הנפשי של האדם: איך אדם מרגיש ביחס לאירוע שעתידי להתרחש:

ע"פ 1688/99 עמירם הוכברג נ' מד"י: מדען שנטען שחטף את ילדו ואשתו, הועמד לדין באשמת רצח. שלומית היא הנרצחת אמרה לחברותיה שנפחדת מהמערער. התביעה טענה כי ניתן היה להכשיר עדויות אלה מכוח החריגים לכלל הפוסל עדות שמיעה. מקובלת עלי עמדתו של ביהמש המחוזי, לפיה, בכל הנוגע להלך רוח של שלומית, העדויות קבילות כראיה לאמיתות תוכנם כי יש בעדויות אלה לבטא בביהמש את הלך רוחה של שלומית ואת פחדה מהנאשם ובכך, לחזק את הטענה לפיה אין זה סביר ששלומית שפחדה כל כך מהמערער היתה מגבשת דווקא עימו תכנית בריחה כפי שטענה ההגנה.

אמירותיה של שלומית בפני חברותיה שהיא פוחדת מאוד מהמערער, מעידות על הלך רוחה באותו הזמן וזה קשור ורלוונטי כדי לדחות את טענת ההגנה של המערער שבעצם ההפך הוא הנכון: הם רקמו תוכנית ביחד, לברוח ביחד... אפשר לקבל את האמירות האלה דרך החריג של הרס גסטה .

ע"פ 9969/01 פלוני נ' מד"י : מדובר באדם שהורשע בעבירות מין בתוך המשפחה .. ביהמש העליון קובע מפי בייניש שאת הכרעת דינו ביסס ביהמש קמא, בעיקר על האמון שנתן בעדותה של המתלוננת . ביהמש קמא ציין בהקשר זה, כי היתה עקבית בגרסתה ונמנעה מניפוח האירוע. דיברה באופן מבויש, נבוך ... את הפירוט החסר בעדותה השלים ביהמש מתוך יומנים ומכתבים שרשמה המתלוננת אשר חלקם נשלחו וחלקם נמצאו בחדרה.

ביהמש קבע: חלק ניכר מהרישומים הללו נעשה בסמוך לביצוע העבירות, ולפיכך ניתן לקבלם בהתאם לס' 9 לפק' הראיות . אבל, לחילופין, קבע שניתן לקבלם מכוח כללי הרס גסטה , כהוכחה עלללל הלך המחשבה והתחושות של המתלוננת ביחס לאירועים שעברו עליה.

בהמשך אומרת הנשיאה בייניש , באשר ליומנים שהיה בהם תיעוד מה אב המשפחה עולל לה : המכתבים הם מכתבים ששלחה המתלוננת לעו"ס היחידה שהיא סמכה עליה והיתה נכונה להסגיר בפניה את הסוד שלה. בייניש קובעת: ככל שהם נכתבו בבסמוך לאירוע אין בעיה. אבל, היא מוסיפה , **כשמדובר בעבירות מין ובמתלונן בעבירות מין אינן להחיל על האימרות שלהם את דרישת הסמיכות!!! רקקקק בעבירות מין.** ניתן לקבל את האימרות גם שלא דרך ס' 9, גם לא דרך הדרישה של סמיכות זמנים. **דברי מתלונן בעבירות מין לא משנה מתי נאמרו => הם קבילים תמיד!! גם אם ניתנו לא בסמוך לאירוע!!!**

דבר נוסף, כאשר המתלוננת עולה לדוכן העדים ונחקרת בנוגע ליומנים האלה, "אלה יומנים שלי ואני כתבתי, אני מאשרת את זה ואני אומת לכם שמה שכתבתי שם משקף את האמת של מה שהתרחשבאותו הזמן, אני לא מוכנה לחזור על זה שוב זה כתוב שם" , **ביהמש אומר: ברגע שאדם על דוכן העדים מאשר אימרה שאמר מחוץ לכותלי ביהמש, מאשר את אמיתות הדברים שאמר, זה כאילו הוא אומר את הדברים באותה האימרה, וחוזר עליהם לביהמש. כשאתה מציג את האימרה לעד וזו אומרת אלה יומני אלה אימרותיי מה שכתוב שם זה אמת – זה כאילו אמרה את הדברים בעדות . ביהמש יתייחס לכך כאילו הושמעו בפניו.**

יש משופטי העליון שמצמצמים את ס' 9 – החריג לעדות השמיעה, ויש את שופטי העליון שהולכים ברוח הזמן, שמוכנים לתת לס' 9 פרשנות מרחיבה כדי להיות תואם את המגמה של צמצום כללי הפסילה ומעבר לנושא המשקל (כמו הש' עמית).

החריג המורכב יותר – ס' 10 לפק' הראיות :

אמרה של קרבן אלימות

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

ס' 9 דורש שהאומר יהיה עד במשפט, ס' 10 לא דורש את זה " אף אח האדם שאמר אותה לא נוכח כעד", אך המחוקק לא סיים כאן, יש המשך: המחוקק לא אומר לא עד מכל סיבה שהיא אלא מכתוב לנו למה הוא לא עד – נפטר / תשוש / חולה / נעדר מהארץ...

נתחיל לפרק את הריישא:

מדובר באימרה של אדם שהוא קורבן מעשה אלימות ובעצם אימרתו תתקבל אם היא קשורה באמת לאותו מעשה אלימות או בנסיבות לוואי שקדמו למעשה האלימות. האימרה הזו תתקבל גם אם .

ברור שאם בעל האימרה נמצא צריך להביא אותו ולהשמיעו ואימרתו תתקבל במנותק מהשאלה בעצם של יתר הראיות, אבל עיקר הכובד הוא באותו מצב בו בעל האימרה לא נמצא.
ס' 9 מעלה את השאלה "מה עושים?!" המחוקק קבע שמשסם שהמחוקק חייב להיות...
פה יש אמירה הפוכה (ס' 10) - שאי אפשר להביא אותו ולכן הוא לא עד כייייי קרה הדבר הבא - אחת הסיבות המנויות.

מה הכוונה "תשוש"?

המונח "תשישות" יש לו 2 היבטים : 1) תשוש פיזית. 2) תשישות נפשית (יותר קריטית).
תשישות נפשית: מדובר במצב שאותה התשישות מנתקת את האדם מהמציאות, מפסיקה אותו מלהיות מחובר אל המציאות, כלומר גם אם תביא אותו לביהמש או שביהמש יגיע אליו באותו מוסד / אותו ב"ח – הוא לא מתקשר, הוא לא בר העדה.
אם מדובר במצב של תשישות זמנית והרופא יאשר שיש סיכוי שתוך X חודשים הוא ייצא מהמצב הזה, אז ימתינו וידחו את הדיון לשלב זה.

אבל לרוב תשישות היא לא מצב זמני. . . . במקרה בו האדם לא ייצא מהמצב בעתיד הנראה בעין ואז אין מנוס מלקבל את אימרתו של אותו האדם כי אין בעצם שום ראייה אחרת תחליפית למה שהוא דיבר בזמנו לגבי מה שנעשה האלימות שנעשתה .

תנא ינוסף "חולה":

אין הכוונה כפשוטו של דבר. לא כל חולה מקבל פטור מלהעיד. ברור שלא, אלא הכוונה היא שמי שחולה בשל מחלתו לא בר העדה. נפצע בלאימות למשל שנכנס למצב של קומה. הרופאים לא יודעים מתי ישוב אליו ולכן המחלה שלו לא מאפשרת את העדתו! ואם זה מצב קבוע – מחלה קבועה – אז ורק אז הסעיף הזה יכנס לתוקף: נקבל את העובדה בשל העובדה שלא ניתן להביאו כעד. לא מדובר במחלות אם כן שהן חולפות ... כשמדובר במחלה קשה, אם היא חולפת, אז הפסיקה אומרת: זו לא המחלה שס' 10 מדבר בה, יש להמתין שהאדם יחלים ואז לשמוע את עדותו.

האדם לא בארץ:

לא מדובר במי שעזב את הארץ ואנו יודעים איפה הוא ויש לנו עם אותה המדינה יש לנו הסכם לסיוע משפטי. אם יש דבר כזה – יודעים איפה הוא ויש סיוע משפטי – אז אפשר לחייבו לבוא ולמסור עדות: שם לרוב, או פה .

כאן הכוונה היא לאחד משניים:

או שלא יודעים איפה הוא: אבדו עקבותיו.

או שאנו יודעים איפה הוא נמצא (כמו בברנשטיין) ואין לנו הסכם עם אותה המדינה לסיוע משפטי. לא ניתן במצב זה לכפות על האדם במקום הימצאו למסור עדות.

אלה המצבים אליהם מתכוון המחוקק .

מה קורה עם אדם שנמצא בארץ, ולמרות זאת עקבותיו נעלמו! מנסים כולם לחפש אותו אך הוא איננו. הסעיף לא מדבר על מצב בו העד נמצא בארץ ונעלמו עקבותיו מה עושים!?!?1!
העליון עוד לא נדרש לזה, אך גרוס משער שכמו בז'אפר תהיה הרחבה של הסעיף מתוך היתלות על

סמכותו: פיתוח דיני הראיות וכן לפי משפט משווה (לאנגלים ולאמריקאים יש חריג דומה).

אם כן כל מצב שלא נופל לתוך המקרים שמונה המחוקק, יזכה למענה, לפיתוח הלכתי של העליון מתוך אותה מגמה של מעבר מכללי פסילה לכללי משקל.

המחוקק אומר שאותה אימרה של הקורבן אלימות יכולה להתקבל גם אם הוא לא עד .
לכאורה רשימה סגורה, בפועל מקשה עלינו מבחינת הפרשנות . . .
העליון כנראה ירחיב את המצבים, גם את אלה שלא מנויות עי המחוקק .

3 קטגוריות ללמה האימרה צריכה להתייחס, למה צריכה האימרה להיות קשורה:
קטגוריה 1) אותה אימרת אלימות נאמרה בשעת מעשה האלימות. כשמדובר באימרה שנאמרת באופן ספונטני תוך כדי מעשה האלימות, לא צריכה להיות בעיה – לא בקבלתה ולא בהבנה מדוע אנו מקבלים אותה: מי שעובר מעשה טראומטי של אלימות ובספונטניות מתבטא מה קורה / מה עושים לו – אמרה זו אמורה על פני הדברים, מעל הספונטניות והמעמד המיוחד – אמורה לשקף לכאורה את האמת ויש לקבלה .

או בסמוך לאחריו – מהו מבחינת מידד הזמן? אפשר למדוד/ לשער אותו?!
גם כאן, הכוונה היא מעבר לאמרה הנאמרת בשעת המעשה, גם אימרה שנאמרת מיד לאחר מכן, ההנחה היא שעדיין אותו אדם תחת הרושם של אותו אירוע דרמטי וטראומטי. ולכן אם זה באמת נאמר בסמיכות זמן אל אותו אירוע, יש להניח שהאימרה גם ספונטנית וגם קשורה בזיקת זמן ועניין אל האירוע עצמו.

אלא שכאן כאמור אפשר לשוב ולשאל את מה ששאלנו בס' 9 : מה זה בסממון?!

התשובה שניתנה בס' 9 תינתן גם כאן כשבסוגריים גם כאן תהיה מגמת הגמשה שלא לתחום את מימד הזמן באופן קשיח מדי, ולנסות להתאים את הזמן אל אותה מגמה כללית של אי פסילה של ראייה ונסיון להכשיר את אותה הראייה על מנת שביהמש ישקול אותה ... שתהיה בפניו.
שוב, עד גבולות אפשריים המתקבלים על הדעת (אם האימרה כבר חורגת לאחר שעה, כנראה לא יהיה ביהמש שיהיה נכון להכשיר אימרה רחוקה מדי).

יחד עם זאת, בהחלט יתכן מקרה שגם אחרי שעה נראה נסער ומדבר באופן מרוגש עדיין, יחתכן שביהמש מתוך רצון להכשיר את האימרה יגיד יש לנו עדויות טובות שהאדם היה תחת הרושם של האירוע .

ההנחה היא שאין זמן טכני מוגבל, אולי גם לאחר שעה לא תיפסל ראייה .. בהחלט יתכן מצב, גם היום אחרי שעה, שאם יבואו עדויות שעדיין האדם תחת רושם האירוע – לא יפסל אך הסיכויים גם בכיוון השני.

גם אם יפסלו את הראייה, יקבלו את עצם אמירתה כדי לחזק את הראיות האחרות שבפני ביהמש..

מה שאין בס' 9 – בהזדמנות הראשונה שניתנה: גם כשבעצם ברור לך שמדובר בשעתיים/שלוש אחרי, זה כבר לא יכול להיקרא "בסמוך לאחריו" אבל מבחינתנו של נותן האימרה זו ההזדמנות הראשונה שנקרתה בפניי, שניצבה בפניו – לשתף מישהו .

כלומר: **מבחן ההזדמנות הראשונה**, גם כאן המטרה היא להכשיר אימרה שבעצם לאותו אדם לא היתה יכולת לשתף לפני כן. ניצב בפני סיטואציה למשל שהגיע ליישוב אחרי 3 שעות בריחה מיער ואזזז הוא פותח את פיו.

מספר את הדברים מתוך רושם והשפעה שהוא חווה באירוע של אלימות..

ההכשרה של האימרה היא במישור הקבילות, רק כדי לקבל את האימרה.

מי שמעורב במעשה אלימות ובהזדמנות הראשונה מספר עליה – ההנחה (ניתנת לסתירה) היא שהאדם לא בודה דברים מליבו.

פס"דו של שוהם – לגבי ס' 9 אין את מבחן ההזדמנות הראשונה. ס' 10 – עבירת אלימות ולכן המחוקק מתייחס באופן שונה.

ס' 10 – רקקקק קורבן למעשה אלימות .

ס' 10 לא מוגבל ולא מסייג את הכשרת האימרה רקקקק למשפט פלילי. הוא אמנם מדבר על אלימות ... איזו אלימות זו? מכון או רשלנית?!

פס"ד וולפוביץ', בו היתה ת"ד, בה התביעה היא תביעה אזרחית. ביקשו לעשות שימוש בס' 10 , באימרתו של מי שנפגע עי אותה תאונה, כאשר הטענה היתה: האלימות שהרכב הפעיל על הקורבן היא עולה כדי רשלנות!
ביהמש פירש אלימות גם כהתנהגות רשלנית שיש עימה אלימות.

ס' 10 מתפשט גם על הליכים אזרחיים וכמו כן מושג האלימות חובק בחוקו גם אלימות רשלנית ולא דווקא מכוונת .
קטגוריה 2) של ס' 10 – נוגעת למעשה האלימות לפי סדר האירועים עד כדי היותה חולה בשלשלת הנסיבות השקורות במישרין לביצוע העבירה:
האמרה לא דווקא צריכה לדבר על הליבה על האלימות עצמה אלא יכולה לדבר על עובדות שאם יצטרפו אל עובדות אחרות – העובדות הללו יכולות להסביר איך האלימות בכלל מתרחשת.

פרשת בן חיים: מדובר היה במקרה בו נהג מונית כדי להתקיים מעבר לפרנסתו , הוא נהג לסחור בסחורה גנובה : סיגריות וכו' שסיפקו לו עבריינים שנהג להיפגש עימם בפרדס לא רחוק מביתו. במקרה זה, מדובר על אותו נהג ואותו ספק המבקש לקבוע איתו פגישה לצורך מכירת הסחורה הגנובה. הם קובעים את השעה, את המפגש באותו פרדס. לפני כן , הוא מספר על מה שעתידי להתרחש , לאשתו! לא רק שהוא מספר לאשתו שעומד להיפגש לשם כך ומבקש ממנה שתגייס מבני משפחתה את הכסף. בדרךך הוא יפגוש חבר ויספר על מטרת הנסיעה שלו .

הוא לא חוזר מאותה הפגישה, גופתו נמצאת במונית שלו , בתא המטען. המונית – בתוך הפרדס. המשטרה לבסוף מגיעה אל העבריין, עוצרת, חוקרת ומייחסת לו את הרצח .

התביעה מבקשת להעיד את האישה על מה שהיא שמעה מקורבן האלימות קודם צאתו לפגישה:
עם מי נפגש ומטרת הפגישה.

מעבר לכך שמדובר בעדות שמיעה, אי אפשר להכשירה - לפי הסנגור – לפי ס' 10 כי היא לא חוליה בשלשלת הנסיבות שהובילה ...

העליון דוחה את הטענה הזו ופוסק: האמירה הזו אולי לבדה לא יכולה היתה לשכנע, אולי באמירה "עם מי הולך להיפגש" אין בה כדי להפליל או להרשיע את המערער. אך בשים לב ליתר הראיות שהתביעה מחזיקה ביד ו"סוגרות" עליו על הנאשם, האמירה של אשתו שהוא הולך להיפגש עם האדם הזה ואז בחלוף כמה שעות מוצאים גופה – יש בה כדי להעיד. ..

ישנו כלל משפטי שלרוב עושה בו שימוש: האחרון שנפגש עם הקורבן – כנראה קשור באירוע שגרם במותו . העבריין פגש בבן חיים, יש להניח שקשור לרצח. אם מצרפים לכך את אמרת האישה: "אני הולך לפגוש את האישה הזו ולקבל סחורה גנובה" וגופתו נמצאת במקום המפגש- מה עוד צריך כדי להשתכנע שיש לעבריין הזה קשר?!

פס"ד בולקי: מועמד אדם לרצח על כך שהוא הסרסור רצח את הפרוצה. גופתה נמצאה בחולות עכו.

התביעה מבקשת להביא לעדות חברתה של הנרצחת שפגשה בה יום לפני שנעלמה / שגופתה נמצאה. שתבוא לספר מה שמעה ממנה לפני הרצח : שהיא **פוחדת פחד רב מהמערער.**
ביהמש המחוזי התיר את הבאת הראיה הזו, היא היתה חשובה בעיניו של המחוזי מתוך כלל מי היה האחרון שראה אותה . הוהא לא הכחיש שפגש בה אך מכחיש שעשה משהו.

ביהמש בהסתמך על כך שהיא הביעה חשש מהפגישה עמו ומתוך כך שהוא היה האחרון שפגש בה – הרשיעו.

עוה"ד שלו הגיש ערעור בעליון. בתיק ישב הש' לנדוי שקיבל את טענת הסנגור: זו היתה טעות לקבל את אימרת המנוחה, גם אם תוכל לומר שזו חוליה במסגרת השרשרת, החוליה לא מספיק קשורה לאירוע. אם היא היתה אומרת משהו ממוקד של למה היא מפחדת דווקא עכשיו – מילא, אך זו אמירה כללית מדי שלא יכולה להיחשב כחוליה שאפשר לקבלה בצד דברים אחרים. היתה ביקורת גדולה מאוד על הזיכוי הזה. גרוס בטוח שאם היה נדון המקרה היום בעליון התוצאה לא היתה חוזרת על עצמה. "בוודאי שזו חוליה, למחרת היא איננה והיא מדברת על האחרון שראה אותה! גם אם לא ציינה במפורש הוא ממה שהוא עומד לעשות!", המגמה היא כמה שיותר להכשיר אימרות גם במחיר שזה חשש שזו אימרה שהיא עדות שמיעה.

השופטים היום מוכנים לשלם את המחיר הזה כי השודפטים אומרים תנו לנו להעריך את הראיות, לשקול אותן ואז נאמר לכם האם יש בהן / אין בהן מספיק. שאתה לא מאפשר ראיות אתה לא יכול לומר אם יש בהן / אין בהן מספיק ...

אגב, גם עדות בדבר מצב נפשי של אדם יכולה להתקבל כחריג לכלל הפוסל עדות שמיעה דרך רס גסטה ...

קטגוריה (3) של ס' 10:

אמרתו של שכיב מרע: בעצם הקטגוריה הזו היתה אמורה להיות היחידה המצדיקה את קבלת אמרתו של קורבן אלימות. האנגלים חשבו שאם יש קורבן אלימות שנוטה למות מכך ועל ערש דווי אומר דברים על האלימות שנעשתה בו – הנחת העבודה היא שבעת הזו הוא לא ישקר על מי ואיך גרמו לו למות... אלא שהמחוקק שלנו לקח את זה הרבה יותר רחוק: לא רק קורבן אלימות על ערש דווי ויתרה מכך: לא רק קורבן אלימות של עבירת רצח, אלא כל מעשה אלימות שהוא ולא דווקא על ערש דווי אלא ב-2 הסיטואציות הקודמות לעיל.

לשון הקטגוריה

"נאמרה בשעה שהוא היה גוסס" אדם שאמרתו נאמרת בזמן זה שהוא גוסס – יכולים להבין, "א" האמין שהוא גוסס בעקבו של מעשה האלימות": פה כבר יש בעיה.

המבחן – אובייקטיבי! אדם נפגע, המצב שלו בזמן אמירת הדברים הוא שכיב מרע, אדם נוטה למות לפי עדות רפואית זה מצב של גסיסה.

אלא מה? מה אם הוא לא מאמין בכך? הוא מכחיש את זה והוא אומר דברים בקשר לאלימות שהופעלה כלפיו: מי שרף אותה.

הפסיקה שאלה: אדם שאובייקטיבית נוטה למות, הנחת העבודה היא שנותן האמירה אכן מת לבסוף ושמי שידע שנוטה למות לא ישקר, אך מה קורה כשהאימרה נותנת כשהוא לא מאמין שהוא עומד למות?

פעם, הנחת העבודה היתה שאדם שידע שנוטה למות לא ישקר... היום אנו יודעים שמי שנטו למות סגרו חשבון.

מקבלים את האימרה הזו לא מתוך הבנה שהיא 100% אמת אלא כי יש סיכויים שהיא אמת. מבחן האולטימטיבי הוא אחר כך: קודם כל לקבל אותה במישור הקבילות ואז נבדוק האם יש עוד ראיות תומכות לה או מפריכות אותה.

פחות ניתן להצדיק את האימרה של הנוטה למות כשהוא לא מאמין בכך...

- המצב השני – כשאדם מאמין שהוא כן נוטה למות ועל רקע זה מסביר מי ואיך פגעו בו אבל

אובייקטיבית אנחנו יודעים שהוא לא גוסס. למה שניתן משקל?! גם אם אובייקטיבית לא הולך למות, אך הוא חושב כך – נשפוט אותו לפי המצב המדומה שלו, אם זה מה שהוא האמין בו – צריך להעניק משקל לאותה הנחת עבודה שלא ישקר אם הוא מרגיש שהוא עומד ללכת (רקקק במישור הקבילות).

- מד"י בס' 10 פתחה חריג הרבה יותר רחב גם מאנגליה וגם מארה"ב. יודגש: גם פה בס' 10 כמו מקודם בס' 9, יש להבינו ואת התפתחותו – על רקע המעבר שמקבילות למשקל.

הפרשנות של ס' 10 לא תהיה מצמצמת ודווקנית אלא גמישה ומרחיבה מתוך השתלבות במגמה הזו.

רקע לקראת החריג הבא – החריג הגדול ביותר לכלל הפוסל עדות שמיעה – ס' 10 א:
אמרת עד מחוץ לבית המשפט (תיקון מס' 5) תש"ם-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.

אמרתו של עד מחוץ לבית המשפט:

עד חקיקתו של ס' 10 א, היה איסור ברור על קבלת אימרה של עד מחוץ לבית המשפט, או מפני שהאימרה הזו לא רלוונטית – כי אם הוא נמצא על דוכן העדים אז מה אכפת לי מה שהוא אמר מחוץ לבית המשפט? מה שאמר שם לא מעיד על נכונות האמירה ולהפך.

דבר נוסף: בדיני הראיות היה כלל של איסור סיוע עצמי של עד. הכלל אומר – עד לא יכול להסתייע בעובדה שאת הדברים שאומר בביהמ"ש הוא כבר אמר קודם לכן מחוץ לבית המשפט. היה איסור להביא / להשתמש בזה כתנספת או כהכשרה של העדות בביהמ"ש. או, הטעם השני והעיקרי – עדות שמיעה: דברי אדם מחוץ לבית המשפט – עדות שמיעה גם לגביו גם משום שאומר אותם לא תחת אזהרה, הן משום שלא תחת חקירה נגדית, הן משום שהשופטים שמאורים להדוק את הדברים לא היו ולא שמעו. לכן מדובר בעדות שמיעה וכך זה היה תמיד.

היו מספר חריגים שאיפשרו עוד בתקופה שלפני 10 א איפשרו שימוש מצומצם באמירתו של עד מחוץ לבית המשפט.

בחקירה נגדית, לא פעם הפרקליט מעעעעמת את העד עם דברים שאמר העד מחוץ לבית המשפט. למשל: אם יש לו את אמרת העד במשטרה הוא יעמת אותו עם הדברים: במשטרה אמרת כך וכך לעומת זאת אתה מספר כך וכך בביהמ"ש.

יבקש לאשר את דבריו שם (הוא חתום על זה) ואז מבקש להציג את זה לשופטים.. היו מקבלים את האימרה אבל לא כדי להסתמך על הדברים האלה כאמת אלא רקקק לעצם אמירת

הדברים וזה היה מספיק לצורך בדיקת המהימנות .
קיבלו את האימרה לא כדי להוכיח במשטרה זה דווקא אמת אלא כדי להראות שבמקום מסוים הוא משקר.

היה עוד חריג אחד – **כלל הקפאת הזכירה שבעבר**: כשמדובר או במקרה ישן של לפני 30-40 שנה: אם אדם מסר אימרה בנוגע למקרה מסוים לפני 30 40 שנה והנה המקרה הזה אנחנו נזקקים לו בביהמש והוא מתבקש עכשיו לספרר על אותו האירוע של לפני 30 שנה , הוא יכול בהחלט לטעון "לא זוכר", אבל מה שאני כן זוכר: א) מסרתי אימרה בנוגע לאותו אירוע. ב) אני זוכר שמסרתי אמת. היום אני לא מסוגל לזכור מה אמרתי שם אבל אני זוכר שנתבקשתי למסור מה היה שם ושארתי אמת. במקרה כזה, מותר לביהמש לקבל את האימרה של אותו אדם הטוען לחוסר זיכרון בתנאי שמדובר באירוע רחוק ו-ב) מדובר באישורו של האדם עצמו בנוגע לאמרתו ג) זוכר שאמר אמת .
במקרה זה – מתקבלת לתוכנם!

מה עם כותבי הדוחות? איך יוכלו לזכור כל מקרה ומקרה שכתבו דוח לאדם (עשרות מקרים)? לא יכולים! לכן גם לגביהם יופעל הכלל.

שנות ה-70 הצטיינו באותו זמן בתופעה מוכרת ועצובה : ביהמש היו עדים לכך שעבריינים לרוב כבדים שהועמדו לדין בהאשמות חמורות, **ניצלו את דיני הראיות ובעיקר את הכלל הפוסל עדות שמיעה, כדי למנוע מעדים שראו והפילילו אותם – מנעו מאותם עדים להגיע לביהמש ולחזור ולהשתמש בדברים שמסרו במשטרה גם בביהמש.**
איך? העבריינים היו באים בעצמם/ באמצעות שליחים ומסבירים להם בעדינות : "איזה בנות יפות יש לך, תראה את הבית שלך... אז כשתגיע לביהמש תזכור את מה שאמרתי לך כי לא התכוונת למה שאמרת במשטרה".

בעקבות מה שאמרו במשטרה, העדים נקראו ביום המשפט לחזור על העדות המפלילה נ' העבריינים. **על דוכן העדים: אני לא זוכר את האירוע / לא זוכר מה שאמרתי במשטרה... אני לא אמרתי את מה שנאמר שם – זה החוקר הכניס לי מילים לפה... או מה שאלת בדיוק? מה היה בתאריך מסוים? הייתי בטיוול, נפשתי במקום אחר בכלל (העד הקשקשן) .**
את האמירה במשטרה לא ניתן היה להציג במקום העדות בגלל הכלל הפוסל אמרת עד מחוץ לכותלי ביהמש. הפושעים ידעו זאת וביהמש נאלצו לדחות זאת בגלל הכלל הפוסל עדות מחוץ לכותלי ביהמש. ובעצם אם זו היתה העדות המרכזית – העבריינים זוכו! זאת למרות שביהמש הבינו את כללי המשחק , שהעד על הדוכן בעצם מפוחד ממש, מאוים ולא אומר את האמת בשל אותם לחצים. כל ההסברים האלה לא היו תחליף לאותה אימרה במשטרה שלא ניתן היה לקבלה .

אפשרות נוספת מלבד העד המופיע והמתכחש: "אנחנו נממן לך חופשה בזמן המשפט במקום מקסים", השיטו אותו אל מעבר לים כדי שלא ידבר. **היו מקרים שהעלימו את העד בכלל...**

העלמת עד / עד מפוחד – שניהם היו. לביהמש לא היה מנוס אלא לקרוא למחוקק להתערב במצב הזה . העליון מסתמך על כלל שהוא **הלכה פסוקה** (איסור על עדות שמיעה זו הלכה פסוקה) ולמרות שיכול לשנותה – פונה אל המחוקק כי מדובר בכלל שהשתרש בתוכנו, שלמדנו לחיות איתו ולכן היחיד שיכול לשנות את הדברים הוא המחוקק !!
ואז מזמינים את המחוקק לשנותת את המציאות הנורמטיבית הזו עי אולי הוספת **חריג נוסף** לכלל הפוסל עדות שמיעה : הכשרת אמירת עד מחוץ לכותלי ביהמש בהינתן נסיבות מסוימות.

ואכן סוף שנות ה70 מתמנית ועדה ציבורית ברשותו של מי שהיה נשיא ביהמש העליון : משה לנדוי, כדי לבדוק את הנושא.

שנים אלה מאופיינות בשמרנות של ביהמש העליון (לפני עידן ברק) ויש רתיעה חזקה משינוי כללי הפסילה ודיני הראיות. כלומר: ההזמנה לועדה ציבורית שתגמיש את דיני הראיות ותפתח

חריג נוסף לכלל הפוסל עדות שמיעה = חריג נוסף וחדשני.
הועדה ישיבה ארוכות, שמעה מומחים והבינה שיש לעשות משהו. מה שהם התכוונו לעשות:
לפתוח חריג סטטוטורי בדמות ס' 10 א, אך רק באותם מקרים בהם עד נמצא על הדוכן ומתכחש
לאמרה שנתן ובמשטרה ומסביר את זה באובדן זיכרון או בדברים האחרים.
מה שהועדה לא חלמהההה: שאפשר להכשיר גם את אימרתו של אותו אדם שהוא לאאא עד, אלא
נעלמו עקבותיו כי אמצעי פסול הופעל עליו כדי שהוא לא יהיה עד. לגבי מקרה זה < אם הוא לא עד
אין לנו מה לעשות.
ההפתעה: מביאים את ההצעה המצומצמת בפני ועדת חוקה חוק ומשפט כדי להזמין את הועדה
לחוקק את התיקון המצומצם. הועדהשואלת את אנשי משרד המשפטים: מה במקרה שאותו פושע לא
רק מאיים אלא גם מעלים את העד ולכן אין??? עד?! אז נשחק לידיו?!
הועדה בעצם נקטה יוזמה מעבר להמלצות הועדה והרחיבה את החריג של ס' 10 א גםם
למקרה שהעד איננו בגלל אמצעי פסול שהופעל.

זה היה הרקע לחקיקת ס' 10 א.
גם היום יש איומים אלא שהפעם יש תשובה – אמרת העד תתקבל.

[לקרוא על 10א בסילבוס!](#)

27.11.17

ס' 10 א - החריג הגדול ביותר שהמחוקק הישראלי הכניס בפקודת הראיות לגבי כלל הפסילה - הכלל הפובל עדות שמיעה. הוסבר הרקע לחקיקתו של התיקון החשוב הזה.

כעת נלך לתיקון עצמו וננסה להבין את משמעותו, את היקפו ומהם תנאיו של המחוקק כדי להשתמש בו. מדובר בחריג של אמרת עד מחוץ לביהמש שעד לחקיקה אמרה כזו בדר"כ הייתה נפסלת – לא כבילה משום אותו חריג של כלל הפוסל עדות שמיעה.

ס' 10 א קובע:

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.

מהם הדברים שמונע המחוקק ואנו אמורים להתעכב על כך על מנת להבינם?

ראשית מדובר באמרה, עלינו לשאול מהי אמרה? שנית, לא כל אמרה אלא רק בכתב – נצטרך לשאול מדוע רק בכתב? שהרי ברור שהמחוקק קבע את הכתב כדרישה בשל סיבה מיוחדת שהייתה מול עינינו מה הייתה בצם התכלית של המחוקק כאשר הוא דורש את הכתב. אמרה בכתב – של מי? מי זה עד? לכאורה דברים שנראים פשוטים מבחינת המינוח מיד נראה שלא כך. כאמור שנתן עד תהיה קבילה בהליך פלילי כלומר יש פה הגבלת תחולתו של הסעיף הזה רק להליך פלילי – אתה לא יכול להשתמש בסעיף זה בהליך אזרחי. האמרה בכתב שנתן עד מחוץ לכותלי ביהמש תהיה קבילה רק בהליך פלילי – בהמשך נראה את ההליך המשפטי שניתן לעשות בכל זאת שאתה רוצה להביא את האמרה בכתב בהליך אזרחי למרות האמור כאן שזה רק בהליך פלילי – תראו את אותה הוראה שמאפשרת ממצאים ומסקנות בהליך פלילי בהליך אזרחי.

לאחר שעברנו על הרישא עלינו לשאול מה בעצם אומרים לנו המונחים הללו מבחינת התכנים שלהם והפרשנות שלהם:

אמרה - מהי? האם הכוונה לסוג מסוים של העברת אינפורמציה האם האמרה צריכה להיגדר מכך שהיא ניתנת בפני איש רשות? שימו לב שהמונח אמרה משמש בדיני הראיות בכמה הקשרים וכמה מקומות וכך למשל אם אני לוקח אתכם לס' 11

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

הנה לכם השימוש שעושה המחוקק במונח אמרה כדי לכוון אותנו לדברים שאומר נאשם ואנחנו רוציפם להוכיח את זה ניתן אומר המחוקק להוכיח את הדברים האלו שהמחוקק קורא להם אמרה בעדותו של אדם ששמע אותם וכו'. (לא נתעמק בסעיף 11) מבחינת הפרשנות כלל פרשנות הוא שכאשר מחוקק משתמש באותו מונח, באותו חוק אז קיימת סבירות, הנחה של מעשה שאתה צריך לתת לזה את אותה פרשנות אם כך מה פירוש המונח אמרה בס' 10 א כאשר המחוקק

מכוון אותנו לאמרה? התשובה היא שזה לא צריך להיות בהכרח דברים המועברים על ידי בעל האמרה, מועברים באופן רשמי ובפני רשות מוסמכת לאו דוקא הדברים שאומר אותו אדם בחקירתו במשטרה שזה ברור שאדם שאומר במשטרה דברים זו אמרה אבל אמרה יכולה להיות גם מבחינת הפרשנות שבתי המשפט נתנו למונח הזה יכולה להיות גם דברים שמוסר אדם שלא לבעל תפקיד רשמי, לא לחוקר- אדם בעצם יכול לשתף את זולתו בדברים שנראים לו באותו זמן חשובים כשהוא מספר לזולתו על דברי האירוע שהוא היה עד. אז גם הדברים האלה שהוא אמר לזולתו לא באופן רשמי גם לאמרה, וכאן אנחנו מגיעים לסייג של המחוקק אוקיי זה אמרה אבל דברים שמספר אדם לזולתו אך ורק בעל פה זה למעשה לא מספיק טוב כלומר אי אפשר לעשות שימוש באמרה בעל פה של אדם שהוא עד לאותו מעשה שהוא מדבר עליו והסיבה לכך היא:

למה כתב? הסיבה לדרישת הכתב היא עניין המגבלה שאנחנו מדברים עליה – לא בעל פה. היות ומדובר בחריג לכלל ותיק שנהג משך עשרות ויותר בשנים מבקש המחוקק להבטיח את צדקתו של החריג הזה כלומר שעכשיו כן נאפשר לדברים שאמר עד מחות לכותלי ביהמש בבחינת עדות שמיעה אבל נקבל אותם ובתנאי שנבטיח עד כמה שאפשר שהאמרה שאנחנו בוחנים אותה כעת או מבקשים להציגה לביהמש האמרה הזאת על פניה מלמדת שיש בה אמת. וכמו שאנחנו זוכרים החריגים לכלל הפוסל עדות שמיעה נתלים על ההנחה שהחריג מלמד על פניו שהוא אמת הספונטניות וכו'. גם כאן אומר המחוקק כי אם אותה אמרה מועברת ונשמרת בכתב אני יכול להיות בטוח שכאשר יגיע אותו זמן שאני ירצה להציג את האמרה הרי משום שהיא בכתב היא שמורה. הכתב הוא כלי קיבול שבעצם מבטיח לשמור בצורה מהימנה ככל שאפשר את האמרה ולא כך בעל פה. אמרה בעל פה אתה צריך להידרש לכוח זכרוננו של מי שמע את האמרה ומתבקש כעת להעבירה לידי ביהמש אז כאשר מדובר בזיכרון אנושי המחוקק מבין שיש כאן בעיה שהזיכרון לא תמיד עומד לנו ולא תמיד בטוח וגם שלא נדבר על מניפולציות אפשריות של מי שמשמיע את האמרה בבואו להביאה לידי ביהמש. הוא יכול לשפץ אותה ולשנותה. לא כך כאשר מדובר בכתב אם האכן אנחנו ברור לנו שזה הכתב שאליו נקלטה האמרה כאשר היא נאמרה זה אותו כתב ולמעשה בעצם אז אנחנו לא צריכים את הזיכרון האנושי של בעל האמרה ואין צורך לחשוש ממניפולציות וזה כבר כתוב זה ישנו. **אנחנו מדברים בשלב הזה כמו במקרים האחרים על מישור הקבילות – רק קבילות ולא משקל החידוש הוא שכעת המחוקק מקבל את אותה אמרה בכתב כראיה קבילה לתוכנה! לא רק לעצם אמירתה אלא לתכנים שלה. עד כמה באמת התכנים האלה אמינים? משקפים את כל האמת – זה עניין למשקל. אבל בשלב הזה הוא מאפשר לנו רק במישור הקבילות לקבל אמרה ושוב אמרה בכתב בלבד.**

מה זה כתב? נייר, אותו נייר שאנחנו כותבים, אותו מסמך כשאנחנו מעלים על הכתב את הדברים על הכתב למשל במשטרה כשיבוא אותו אדם וימסור עדות הרי למעשה עדותו תיכתב כי זו הפרקטיקה של המשטרה מאז ומתמיד לעלות על הכתב את הדברים שהמשטרה חוקרת. כמובן שהכתב הוא אותו נייר שאנחנו מכירים מימים ימימה אבל בעידן שאנחנו חיים בו בעידן הדיגיטאלי שהוא מעבר לכתב אמצעי הקיבול והתמסורת הם הרבה מעבר לכתב כלומר אין לנו את הנייר אבל הדברים הוקלטו במקום לכתוב אותם כיום המשטרה על פי הציווי של חוק סדר הדין הפלילי מצווה לצלם בסוג מסוים של עבירות מעל 10 שנים לצלם את החקירה על מנת למנוע את הוויכוחים בתוך ביהמש כן אמר לא אמר. כשזה מוקלט קשה יותר להתווכח אבל האם ההלקטה היא גם כן כתב? ובכן התשובה היא על פי הפרשנות התכליתית, למה אנחנו דורשים כתב שאלו בתי המשפט? כדי לוודא שאכן הדברים נשמרים בצורה ראויה אם כך אנחנו מחפשים כלי קיבול ששומר באותה צורה של הנייר על האמרה שאנחנו מדברים עליה אם כך גם הקלטה היא שוות ערך לכתב שאותו נייר שאנחנו מדברים עליו ולכן הקלטה נתפסת כעונה על דרישת הכתב של ס' 10 א ולא רק הקלטה אלא כל אמצעי דיגיטאלי שקיים או שיהיה קיים שמתעד בצורה אמינה את הדברים שנאמרו או נעשו או הוצגו כלומר הכתב בסה"כ כאן הופך להיות מטאפורה כלומר אנחנו מחצים את כלי הקיבול שמשמר את האמרה בדיוק כמו הכתב. כל דבר שכזה ייקרא כתב על פי המונחים של בית המשפט.

מי זה עד? לכאורה המונח עד אנחנו שומרים אותו למי שמוסר עדות. ובדרכ עדות נמסרת בפני איש רשות משטרה בית דין וכו' אבל בתי המשפט פירשו את זה באופן שונה או רחב יותר – עד זה כל אדם המעיד ולאוו דווקא מעיד בפני איש רשות כלומר אני מוסר עדות על מה שראיתי מה שחוויתי ומקבל העדות הוא לא בהכרח איש רשות אלא אדם שמוסר עדות ביחס לדברים שהוא

היה שותף להם הוא עד להם והעדות נמסרת למישהו שאותו מישהו לא חייב להיות בעל רשות זה יכול להיות חבר, אדם פרטי שותף וכו'. תהיה הסיבה אשר תהיה לאותו עד בעל האמרה למסור את זה לאותו גורם פרטי מה הסיבה? כי הוא החבר כי הוא הראשון שנקלע לדרכו המחוקק אומר כי זהו עד זאת אומרת אדם שמוסר עדות למישהו אחר על דברים שהוא חווה והיה עד. זהו עד. בהמשך נראה פרשנות נוספת של העליון בנושא של ס' 10א.

נגיע לתנאים של הס' – של מסירת האמרה לביהמ"ש והפיכתה לקבילה על מנת שאותה אמרה בכתב של עד שמסר אדם מחוץ לכותלי ביהמש תהיה קבילה אם נתקיימו אלה:

1. מתן האמרה הוכח בביהמ"ש – תוכיח שמדובר באמרתו של העד שאת אמרתו אתה רוצה להכניס לביהמש איך מוכיחים? הדרכים מגוונות זה עניין של חופש ההוכחה ויש שתי דרכים עיקריות: אם העד עומד על דוכן העדים אתה יכול להציג לו את האמרה ולשאול אותו האם הוא מזהה שזו אמרתו אם הוא מאשר בביהמש שזו אמרתו אז זו אמרתו. דרך אחרת אם הוא מתכחש לאמרה זה להביא את מי שבעצם היה עד למסירתה אם זה איש משטרה אז יבוא איש המשטרה, החוקר שניהל את החקירה ויעיד בביהמש ויאשר בביהמש אני מזהה שזו אמרתו של האדם שאותו חקרת. זה כשמדובר במסמך כתוב אבל כאשר מדובר בהקלטה – להקלטה יש כללי קבילות נוספים שהם עומדים בפני עצמם איך מוכיחים הקלטה בביהמש (נגיע בהמשך) אבל בהנחה שאנחנו חולפים את מסוכת הכלל המוקדם של קבילות הקלטה הרי למעשה אין כאן שום בעיה כי ביהמש יכול לזהות בעצמו האם מדובר באמרתו של אדם אם לאו הרבה יותר פשוט ממסמך בכתב.

2. נותן האמרה הוא עד במשפט וניתנה לצדדים הזדמנות לחקור אותו – כאן הפסיקה התעכבה מאז התיקון הזה יצא לאור ב1980 מפני שמה שלא היה ברור הוא מיהו אותו עד שהמחוקק מדבר עליו מי זה עד? ולמה בעצם נוצרה הבעיה הזו? נחשוב על הסיטואציה המקובלת – באדם שלכאורה הטענה כלפיו שהוא בעל האמרה והוא בביהמש מתכחש לאמרתו לא זוכר את הנאמר שם, שותק לא מדבר בכלל או להבדיל העד הברברן שהוא ממש לא עונה לעניין בכל המקרים הללו השאלה האם באמת כשהמחוקק אומר נתון לחקירת הצדדים יש חקירה נגדית שנועדה לאפשר לחוקר להוציא אמת ביחס לאמרה הזאת והאיש הזה לא מאפשר את החקירה הנגדית הוא שותק או מברבר או מתכחש וכו' האם זהו העד שאליו התכוון המחוקק כאשר הוא מדבר על עד שניתנה לצדדים הזדמנות לחקור אותו. בתחילת שנות ה80 המקרה הראשון הגיע לעליון לפני הרכב בראשותה של השופטת מרים בן פורת והטענה במקרה הזה הייתה – מדובר היה באדם שלא שיתף פעולה עם החוקרים לא השיב לשאלות ולמרות זאת התביעה ביקשה לראות באותו לא משתף פעולה לראות בו עד ולהציג את אמרתו כאמרה קבילה לפי הס' הצד השני התנגד וטען כי זה לא עד כי אני לא מסוגל להוציא ממנו את האמת לגבי הוא לא עד משתף פעולה בן פורת קיבלה את הטענה כלומר הפרשנות של ההבנה שלה מי זה עד זה עד שאכן מאפשר לצדדים לחקור אותו חקירה עניינית לעומת זאת עד שלא משתף פעולה מסרב שותף וכו' הוא למעשה לא עד שהמחוקק מתכוון אליו ולמה זה משנה? מפני שאם תאמר על כל אדם שמגיע אל דוכן העדים ולא משנה מה הוא עושה על דוכן העדים משתף פעולה או לא ועומד לחקירה כשהוא עד בעצם מבחינת התביעה זה המצב הכי טוב שהיא יכולה לצפות לו ולמה? כי המצב השני שכתבו בס' קטן ב שאדם שהוא לא עד בין משום שכאמור הוא לא משתף פעולה ונמצא בביהמש והמצב השני שהוא בכלל לא מגיע בשני המקרים אתה עדיין יכול להכשיר את האמרה הזאת למרות חוסר שיתוף הפעולה ואו אי הגעתו לביהמש אם תוכיח שאמצעי פסול שימש והופעל על העד בין כדי שבבית המשפט הוא לא ישתף פעולה ובין שבכלל לא יגיע. ברור שבין שני המצבים האלה התביעה צריכה לטרוח ולהוכיח את האמצעי הפסול ומה עשה האמצעי הפסול הזה ואת הקשר בין המצב הפסול לבין העד, לבין מצב שמספיק שהעד נמצא בביהמש ואז הוא עד. השופטת בן פורת בפסד אשכנזי פוסקת לטובת הסגוריה וקובעת כי אדם ששותק ולא משתף פעולה אי אפשר לומר עליו שהוא עד במובן שהמחוקק התכוון אליו בסעיף 10 כעבור מספר שנים חוזר המקרה לעליון הפעם בפני הרכב מורחב של השופט אליעזר גולדברג – ער לכך כי הסוגיה נפסקה על ידי השופטת בן פורת ובכל זאת ביהמש העליון מסכים להידרש אליה פעם נוספת אבל כאמור הוא עושה זאת באופן מחושב מראש על ידי הרחבת ההרכב 5 שופטים. אין מניעה מבחינה פורמאלית לשנות את תקדימיו לפי חוק יסוד השפיטה. הוא היחיד שלא כבול בתקדימיו! ואכן ביהמש של השופט גולדברג נחלקו בדעותיהם רוב השופטים סבר בניגוד לעמדת השופטת בן פורת וקבע כי עד הוא כל מי שמגיע

לביהמש עומד על דוכן העדים ולצדדים באופן טכני ניתנת כעת ההזדמנות לחקור אותו. מה שאומר השופט גולדברג זה לא מעניין אותי עד כמה התובע או הסנגור הצליחו לחקור בצורה יעילה את העד העד עמד לרשותם מה עשו בו , זה לא עניין לנו לענות בו העד הזה שעמד על דוכן העדים הוא עד לצורך התנאי השני. מספר שנים לאחר מכן בע"פ של חאג' – מתבקש בע"פ שמגיש על הרשעתו בין היתר לבחון את צדקת ההחלטה של מי הוא עד? הטענה היא שהחלטה הזאת היא לא נכונה היא שגויה והיא לא פורשה נכון ויש לחזור אל עמדת בן פורת ולאמץ את גישתה שעד הוא רק זה שבאופן אפקטיבי הצדדים יכולים לחקור אותו ותזכרו שהמאבק כאן הוא על השדאלה האם התביעה צריכה להוכיח ששתיקתו של העד היא בגלל אמצעי פסול או השתיקה הזאת המניע לה לא רלוונטי ומספיק שהוא נמצא מבחינת התביעה כמובן שזה יעזור לה המון להוכיח מה הסיבה שהוא שותק. והנה פלא בע"פ חאג' יחיא אכן העליון נעתר לבקשה לחזור אל הגברת בן פורת ופוסק כי עמדתה של בן פורת היא הנכונה ועד הוא רק אותו אדם המאפשר את חקירתו לאמור עד שותק הוא לא עד ואם אתה רוצה להכשיר את אמרתו תוכיח כי השתיקה שלו נובעת מאמצעי פסול גם כאן יכולה להישאל השאלה האם זה מה שראוי לביהמש העליון לעשות לסטות מתקדימיו בצורה כל כך תכופה מה גם שתראו בהמשך שנגיע לדיון הנוסך של חאג' יחיא ביקורת נוקבת של העליון את השופטים לפניו על כך שאין להם דרך ארץ ואין להם כבוד בפני העמיתים שלהם וכו'. יש לנו 3 החלטות סותרות של ביהמש העליון במקרה כזה אין שום ספק שיש עליה לדיון נוסף מפני שלא ברור מהי ההלכה? הנשיא שמגר מאשר דיון נוסך ועושה דבר חסר תקדים ושם על המדוחה 11 שופטים יושבים בדיון הנוסף הסיבה לכך היא: ששמגר חושב ובצדק שאם הוא יושיב את כל שופטי ביהמש העליון הרי ההחלטה שלהם תחייב את כולם למרות שבאופן פורמאלי גם הרכב קטן יכול לסטות אבל הנחת העבודה שלו היא נכונה. מעבר להחלטה ברוב דעות לחזור ולאמץ מי הוא עד , עד לפי המבחן הפונקציונאלי כלומר עד הוא אדם שמגיע לביהמש ונמצא על דוכן העדים והצדדים יכולים לחקור אותו בין אם יצליחו או לא זהו עד נפסק ברוב דעות בדיון נוסך וזוהי ההלכה. דבר נוסף שנאמר – מה נכון ומה ראוי לביהמש העליון לשופטים לעשות מבחינת הכבוד של הרכב אחד כלפי השני אומר העליון כי נכון שיש סמכות לסטות אבל לא יעלה על הדעת שאתם תסטו מתקדים בהתעלם ממה שחבריכם כתבו לפניכם אלא אם כן יש לכם סיבה מיוחדת במינה והעובדה שאני חושב אחרת גולדברג מבן פורת או אילון מגולדברג זה לא מספיק טוב העובדה שאתה חושב אחרת לא מעניקה לך את הפרורגטיבה את העצמה של לא לכבד את התקדים שפסק מישהו לפניך. הדיון הנוסך בשנת 90 , 91 כיום אנחנו 27 שנים אחרי אין עוד דיון משך 27 שנים בשאלה מי הוא עד ולא מפני שהצדדים לא ניסו. תכבדו את ההרכב שפסק לפניכם אל תסכימו בלי סיבה מיוחדת במינה לחזור ולעייין בדבר שכבר נפסק!!!

כלומר ההקשר ההיה העד השותק ולכן עד שותק הוא עד! כל עוד נמצא בביהמש והצדדים יכולים לחקור אותו. היו כמובן עדים אחרים שניסו לטעון לגבי העד השותק שלא ניתן להציג אותם כעדים , הוא לא שותק אבל הוא עד ברבון. גם העד שאיבד את הזיכרון וגם העד המברבר הוא עד כולם נחשבים לעדים.

3. העדות שונה לדעת ביהמש מן האמרה בפרט מהותי או העד מכחיש את תוכן האמרה או טוען כי אינו זוכר את תוכנה כלומר כדי לקבל את האמרה כראיה כבילה לתוכנה אנחנו צריכים לא רק אכן להוכיח שזו האמרה עלינו להוכיח כי אותו עד במשפט על דוכן העדים גורם בהתנהגותו לנו לחשוב שבעצם הוא נסוג בו מדברים שאמר באמרה ולא רוצה לחזור עליהם בביהמש ומבחינת המחוקק על פי הניסיון וההבנה אדם שנסוג בו על דוכן העדים מאמרה שאמר מחוץ לכתלי ביהמש אזי למעשה אתה צריך לאפשר הגשת האמרה הראשונית על מנת שביהמש יסתכל עליה לתוכנה. וכל זאת בלשון הקבילות. אומר המחוקק כי אדם ששותק בביהמש אדם שמתכחש לאמרתו בביהמש אדם שסותר את אמרתו בפרט מהותי(לא כל סתירה היא מהותית) אבל כאשר מדובר בעובדות מהותיות למשפט והעד טוען שהוא לא זוכר או סותר את העובדות הללו המחוקק אומר כי במקרים האלה אני כן יאשר לך להציג את האמרה לתוכנה על מנת שביהמש יחליט איפה האמת נמצאת, האמת צריכה להימצא כנראה באחד משני מקומות: או בדברים שבדרכ אנחנו חושבים שזו האמת – בהזדמנות הראשונה שאדם אומר דברים זו האמת וכשיש אחר כך נסיגה מדברים אלו אזי ביהמש צריך לשאול את עצמו האם אותה סתירה מהותית האם הדברים הללו האם היא האמת או האמרה שנאמרה מחוץ לכותלי ביהמש היא האמת כלומר ביהמש צריך להכריע איפה נמצא האמת בעדות בבית המשפט או האמרה? בתי המשפט בדרכ מעדיפים לסמוך על האמרה שנאמרה מחוץ לביהמש. מבחן ההזדמנות הראשונה הוא המבחן המקובל על בתי

המשפט באותם מקרים שאנשים מעדיפים לשמור על זכות השתיקה. מה שיש לי לומר אני יאמר בבית המשפט לא רוצה להגיב כרגע כשיגיע היום אני אדבר בביהמש, בתי המשפט לא אוהבים את זה ואם רק בביהמש הוא כעת מציג גרסה בל יתפלא שבתי המשפט לא ייחסו לאותה גרסה שאותה לראשונה שומעים בביהמש לא יאימו לגרסה שלו כי אנחנו סבורים כי אם האדם הוא נקי כפיים הוא יגיד את הדברים מיד ובהזדמנות הראשון שיש לו. אם באמת הוא חשב שלא עשה שום דבר רע. אבל אם הוא שותק במשטרה צריך לבדוק מדוע הוא שותק השתיקה לא מתיישבת עם אדם הטוען לכפותו. למרות שזו זכותו של אדם ולמרות זאת אנחנו אומרים לבעל הזכות – אין בעיה תעשה כרצונך אבל אחר כך שתבוא להסביר לנו אל תתפלא שאנחנו חושדים בך אז זה מבחן ההזדמנות הראשונה שמכילים אותו גם כאן במסגרת סעיף 10 א. איפה הייתה הזדמנות לעד לומר את האמת? כנראה מחוץ לכותלי ביהמש למרות שביהמש יכול מטעמים שלו לאמץ את העדות בביהמש ולהעדיפה על האמרה מחוץ לכותלי ביהמש אם יש הסברים קודמים זה בדרכ לא קורה אבל יכול.

פס"ד טובול- שוטר שומע מפי אחד החשודים דברים שנדמים לו שהם בחזקת הודאה הוא מתכוון להעלות אותם על הכתב לאמור על מזכר, לכתוב זיכרון דברים והנה באותו מקרה הוגש כתב אישום נגד אותו אדם והחוקר שלנו השוטר נזכר בעצם שאותו אדם שהוגש נגדו כתב אישום הוא שמע ממנו אמרה רצה לעלות אותה על זיכרון דברים שוכח לעשות זאת ובאיחור של מספר חודשים מעלה זאת על מזכר ולא מסתיר שזה כעבור המון זמן והתביעה מבקשת להציג את המזכר הזה כאמרה בכתב שמסר, ואז עולה שאלה חשובה בעליון כי בהנחה שאנחנו מדברים באמרה בכתב האם אין זה תנאי לקבלתה של אמרה בכתב שהיא תימסר ותינתן בו זמנית לאותה אמרה, בו זמנית למתן אותה עדות או אמרה או שבעצם זה לא צריך להיות בו זמנית, נחלקו הדעות. דעת הרוב קבעה (4 מול 1) ובתוכם אהרון ברק קובע כי עלינו לזכור למה אנחנו מקבלים את האמרה הזאת בס' 10א אנחנו רוצים למנוע שדברים חשובים ילכו לאיבוד ולא נוכל לדעת את האמת אומר ברק כי גורם הזמן לא צריך להיות תנאי לקבלתה של העדות גורם הזמן הוא פקטור שיש להביאו בחשבון לעניין המשקל כלומר אמרה שהועלתה על הכתב באיחור של חודשים רבים היא עדיין קבילה אבל יכול להיות שהמשקל שיש לתת לו הוא נמוך אלא אם הדברים הכתובים שם יש להם חיזוק בראיות אחרות אבל לעניין הקבילות נושא הזמן לא צריך להיות תנאי לקבלת האמרה. לא כך סבור שלמה לוי(דעת מיעוט)- לטענתו יש גבול עד כמה אתה יכול למתוח את נושא הזמן כי יש לזכור כולנו כי הדרישה של המחוקק להעלות את האמרה על הכתב נועדה כדי להבטיח שהיא נשמרה כראוי ולא להיות תלוי בזכרונו של האדם שהעלה את הדברים על הכתב והנה השוטר כאן כותב את מה שהוא זוכר לטענתו שהעד אמר ולכן זה לא מתקבל על הדעת שזה המצב אליו התכוון המחוקק בסד 10 א. לו דעתו הייתה נשמעת הוא היה מתנה את קבלת האמרה כך שהזמן שחלף הוא לא גדול מידי. ההלכה לא השתנתה ופסד טובול מלמד אותנו כי אמרה בכתב שהועלתה על הכתב מספר חודשים לאחר מכן תהיה קבילה אך משקלה יהיה נמוך יותר.

מצב שני: מצב שבו אין לנו עד על דוכן העדים ובכל זאת אנו רוצים להציג את אמרתו- ס' 10א(ב):

(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.

מהו מסרב להעיד? זה לא המצב שבו בעצם די בו כדי להצדיק קבלת האמרה, מסרב להעיד הכוונה היא שהאמצעים החוקיים שעומדים לנו למערכת כדי לכפות על סרבן עדות להגיע לעדות האמצעים האלה לא מספיקים ולא יעילים, מסרב להעיד זאת אומרת שהעד נמצא בחו"ל אין לנו אמנה עם אותה מדינה אמנה לסיוע משפטי ואנחנו לא יכולים לכפות עליו באמצעי חוקי את מתן העדות כלומר כשיש מצב שבו האמצעים החוקיים לא מספיקים כדי לכפות הבאתו של סרבן עדותצ לביהמש זה המצב שבו המחוקק מתכוון.

מה זה אינו מסוגל להעיד? פיזית או נפשית אינו מסוגל כלומר שמצבו הפיזי או הנפשי אינו מאפשר לו להעיד, נו אז? בדרכ אם המצב של האדם הוא כזה שלא מאפשר לו בשל מחלתו להגיע לביהמש החוק מאפשר לביהמש להגיע אליו לגבות את עדותו במקום שהוא נמצא בו איפה שזה לא יהיה, זה לא המצב שביהמ"ש יכול להגיע אליו אלא שאם יגיע ביהמש זה לא יועיל- ולמה? כי הוא מנותק קשר הוא תשוש או בקומה. זה מצב שהוא חסר הכרה ואז למעשה גם אם ביהמש יגיע אליו אין יכולת לתקשר איתו וזה המצב שאליו מתכוון המחוקק הוא לא בר העדה.

****כל המצבים האלה צריכים להיות קשורים לאותו אמצעי פסול- אני גרמתי לכך שהוא יהיה בקומה אני הובלתי אותו למצב נפשי אני הברחתי אותו לחו"ל.

בהמשך אומר המחוקק: "ובין שלא ניתן להביאו... משום שאינו בחיים" לא די בכך שהאדם נפטר אלא נפטר בגלל אותו אמצעי פסול כלומר צריך שיהיה קשר בין הסיבה המניעתית לבין האמצעי הפסול או שלא ניתן למוצאו- שימו לב שלהבדיל בין ס' 10 (לא ניתן למוצאו בחו"ל) כאן לא ניתן למוצאו בין בחו"ל ובין בארץ. נראה כי הכוונה לכך שהוא נעלם בגלל אותו אמצעי פסול שהופעל עליו.

בכל המצבים האלו כמו שאמרנו לגבי ס' 10 הרשימה היא לא רשימה סגורה ובתי המשפט מפרשים את הפירוט הזה כרשימה מדגימה בלבד ולא רשימה קומפוזיטית(סגורה) גם אם יקרה מקרה נוסף שלא נופל לאחד מתוך הרובריקות האלה אפשר יהיה לשכנע את ביהמש להוסיף את המקרה הזה בדרך של פיתוח המשפט הישראלי. עשה את זה בס' 9 ולאחר מכן בס' 10. אז אל תראו רשימה זו כרשימה סגורה של מקרים אלא רק רשימה מדגימה בלבד.

ובהמשך אנחנו מגיעים "ובלבד שביהמש שוכנע שבנסיבות העניין עולה כי אמצעי פסול שימש להניא או למנוע את נותן האמרה מלתת את העדות"- כשדיברנו על ס' 10א(א) העד השותק אמרנו שטוב לתביעה/ביהמש יקבל את הפרשנות הליברלית שעד שותק הוא עד אבל הפסיקה תגלה לנו שלא אחת כי ביהמש העליון ברור שהעד שותק בגלל פחדו בגלל שהופעלו עליו כנראה אמצעים בתי המשפט מדברים לפעמים בלשון כפולה, כאן אנחנו מגיעים למצב השני שהמחוקק מדבר בו ואומר כי גם אם באמת העד איננו בשל אותן סיבות שמניתי מקודם והוא איננו בגלל אמצעי פסול שהופעל עליו על מנת למנוע את הגעתו לביהמ"ש ובכן זו סיבת התיקון כולה שבזמנו הפעילו את האמצעים הפסולים על מנת להכשיל את היכולת של בתי המשפט לדעת את האמת והנה באמת אומר לנו המחוקק כי גם עד שלא נמצא בביהמ"ש בגלל אמצעי פסול שהופעל עליו אפשר לקבל את אמרתו וצריך לקבל אותה, במישור הקבילות בלבד.

השאלה היא **מה זה אמצעי פסול** שאליו מתכוון המחוקק כאשר הוא משתמש במונח הזה? ברור שאמצעי פסול לא יכול להיות אמצעי מותר על פי החוק להפעילו. אמירה של יש אמצעים חוקיים לכפות עליה לא אמורה להיות מפורשת כאמצעי פסול כי מותר לבעל חוב להזכיר לחייב שבעצם הוא אמור להחזיר חוב לא יכול להיות שאנחנו נפרש את האיום המותר הזה כאמצעי פסול כלומר אמצעי פסול הוא לא אמצעי מותר בחוק כלומר כל אמצעי שהוא לא מותר בחוק אמור לכוון אותנו אל האמצעי הפסול זה הפירוש המידי של בתי המשפט. כלומר **אמצעי פסול זהו אמצעי שהוא לא מותר בחוק**. מה כאשר העד לא מגיע למשפטנעלמו עקבותיו לא רק בגלל אמצעי פסול שהופעל עליו אלא משום שהוא שותף לאותה פרשייה או פרשה אחרת הוא לא רוצה להגיע מפני שהוא חושש ששותפותו תיחשף או ייחקר על חלקו בפרשה והוא מחליט מהטעם הזה של רצון לא לחשוף את עברו או לא לחשוף את שותפותו לא להגיע, יכול להיות שהפעילו עליו אמצעי פסול אבל מטעמים האישיים הוא החליט שטוב ומוטב לא להגיע, **במצב זה שפועלים שני טעמים על העד אומר ביהמש כי יש למצוא את האמצעי האפקטיבי שהביא את העד לא להעיד ואם תמצא כי הרצון הסובייקטיבי שלו לא להגיע לביהמש על מנת לא להיחשף אז למעשה למרות האמצעי הפסול אין לומר כי יש קשר בין האמצעי הפסול לבין העובדה שלא הגיע. כאמור בלי קשר לאמצעי הפסול לא נמנע מלקבל את האמרה כי כאמור זה לא האמצעי הפסול שהניע אותו מלהגיע לביהמ"ש.**

איך מוכיחים את האמצעי הפסול? אומר המחוקק כי " ובלבד שביהמ"ש שוכנע שמנסיבות העניין עולה" כלומר אומר מנסיבות העניין כלומר השופט הסתכל על פניו של העד – וראה כי אותות הפחד ניכרו היטב על פניו של העד אני התרשמתי (ביהמש) שהעד הזה הוא עד מיוחד ומשהו גרם לעד שבדרכ הוא אדם נורמטיבי להתנהג בצורה הנפחדת כפי שהוא מתנהג כעת לכן נסיבות העניין זה בעצם מונח שמשאיר שיקול דעת רחב מאוד לביהמש איך ללמוד ובאיזה אופן ללמוד שבאמת היה אמצעי פסול שהופעל עליו.

האם יש להוכיח קשר סיבתי ענייני בין האמצעי הפסול לבין כאמור אי הגעתו של העד לדוכן העדים?

האם יש להוכיח שמי שבעצם הפעיל את האמצעי הפסול זה הנאשם?

נניח שמדובר בנאשם שמעורב במספר תיקים והתיק שאנחנו דנים בו הוא פרשה אחת מתוך פרשות רבות שבהם היה מעורב הנאשם שערך בנוסף כי באחת הפרשות שאינה קשורה לתיק המקורי ושלגבי אותה פרשה ההיא, העד שאת אמרתו אנחנו מבקשים כעת להציג לביהמש העד הזה הוא גם מעורב בפרשה האחרת ושם בפרשה ההיא האחרת הופעל כלפיו אמצעי פסול להרתיע אותו או להניא אותו מלהגיע לביהמש התוצאה תהיה שאם הוא לא יגיע יעלימו את העד הוא לא יגיע לכל הפרשות כלומר הוא לא יוכל להגיע גם לתיק שבו אנחנו דנים כעת נניח שאנחנו יכולים להוכיח דברים אלו שהאמצעי הפסול הופעל בתיק אחר ולא בתיק שלנו האם זה צריך לשנות והאם אנחנו יכולים לומר שבעצם הגם שהופעל אמצעי פסול אבל הוא לא הופעל בתיק שלנו שכתוצאה מההפעלה שם בתיק האחר בפועל הוא לא מגיע לתיק שלנו, אפילו אם לא מדובר באותו נאשם אלא רק באותו עד ולא אותו נאשם ובכך בתי המשפט לא היססו לתת תשובה שזה לא משנה את העובדה שהעד שמדובר בו הופעל עליו אמצעי פסול בתיק אחר שכתוצאה מהפעלת האמצעי הוא לא מגיע גם לתיק שלנו מה שחשוב לביהמש וקובע זה שאמצעי פסול הופעל אומנם בתיק אחר אבל בפועל השלכה היא שהוא לא מגיע גם לתיק שלנו העכשווי. כאמור זה אותו עד שמופיע בכמה פרשות וביהמש אומר כי אני לא מחפש את האמצעי הפסול דווקא בתיק שלנו אם הופעל אמצעי פסול נגד עד שהיה צריך להימצא במשפט זה לא מעניין אותי ברגע שיש אמצעי פסול ובפועל הוא לא מגיע זה מספיק. יתרה מזו ביהמש העליון ממשיך ומביר לנו וקובע כי בעצם אנחנו גם לא צריכים לחפש מי עומד מאחורי האמצעי הפסול. כלומר זה לא בהכרח צריך להיות הנאשם. גם אם הנאשם לא עשה שום דבר בעצמו על מנת להפעיל את האמצעי הפסול גם אז אין בכך כדי להפחית מהעובדה שאמצעי פסול הופעל. לא על ידי הנאשם אלא על ידי מישהו אחר. זאת וגם אחרת אתה לא צריך להוכיח שהאחר שהפעיל את האמצעי הפסול קשור בנאשם עד כדי כך אנחנו מתרחקים שבעצם אם ניקח את התיק האחר מי שעומד שם והפעיל שם את האמצעי הפסול לא קשור בנאשם ולא אכפת לו מהנאשם אלא אכפת לו מהתיק שלו שם - ביהמש אומר לא מעניין אותי שאין קשר בין מפעיל האמצעי הפסול לבין הנאשם העומד לדין שלנו.

לדעת גרוס הפרשנות הזאת היא מרחיקת לכת ומוגזמת וסותרת את התכלית שלגביה או בגללה אנחנו הצבנו את ס' 10א אל תשכחו שהתוצאה של קבלת האמרה במקרה שהופעל אמצעי פסול כשיאן לנו עד למעשה בעצם מונעת מההגנה כלומר מהסנגור מונעת ממנו את החקירה הנגדית ואין את מי לחקור מגישים אמרתו של עד שלא נמצא אי אפשר לחקור אותו כי הוא לא נמצא והדברים שבאמרה הם כבילים בלי חקירה נגדית אפשר להצדיק את זה כאשר הנאשם עומד מאחורי האמצעי הפסול או עושי דברו גם כן בסדר(חיילי לדוג') אבל כשמדובר במישהו שלא קשור בנאשם לא אכפת לו מהנאשם אלא עושה זאת בגלל סיבה אחרת בתיק אחר הדבר היחיד שזה אותו עד היבוקרת של גרוס היא שאם האמצעי הפסול מופעל על ידי גורם שאין לו שום קשר לנאשם או לתיק של הנאשם אזי לא צודק ולא נכון לאפשר את קבלת האמרה רק בגלל שהופעל אמצעי פסול בתיק אחר על ידי מישהו אחר זה כאמור החלטה מרחיקת לכת שלא מאזנת נכון ופוגעת מידי בצורה לא מידתית בזכויות הנאשם ובעיקר בזכות שלו להליך ראוי להתגונן כראוי באמצעות חקירה נגדית שבעצם לא מתקיימת. עצם קבלת האמרה צריך להיות חריג והחריג מוצדק בכך שמישהו רצה למנוע את העד מלהעיד! צריך שיהיה קשר בין הרצון למנוע לתיק שלנו ואין שום קשר בין הרצון לתיק שלנו כי זה היה בתיק אחר ביהמש קובע כי זה לא רלוונטי ועל כך

הביקורת. בעל האמרה נמצא באחד המצבים שהמחוקק הצביע עליהם – לא בר העדה נעלמו עקבותיו וכו'.

ראינו בעצם את המצב השני שפעם אחת יש עד פעם שניה אין עד וגם אז אפשר לקבל את האמרה שלו גם שהעד איננו ובלבד שכאמור מנסיבות העניין עולה שהופעל על העד אמצעי פסול כדי לגרום לו להימצא באחת הקטגוריות שהזכרנו מקודם.

בעבור 37 שנים הצטברה ביקורת הולכת וגוברת על הפרשנות הליבראלית המרחיבה של העליון בנושא של ס' 10א כלומר הגם שהבנו למה היה נחוץ לחוקק את התיקון הזה של ס' 10א הביקורת אומרת הלכנו עם התיקון הזה עם הפרשנות לתיקון הזה בצורה רחוקה מידי תוך שאנחנו פוגעים לא מיידית בזכויות הנאשם היבוקרת הזאת לא צלחה ובין המבקרים היה פרופ' דוד ליבאי וגם אנשי אקדמיה אחרים.

בהמשך לס' 10א יש חלקים נוספים שנדון בהם שעוסקים לא בשאלה של קבילות האמרה אלא במצבים נוספים: ס' 10א(ג):

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.

הסעיף הזה בעצם יש בו משהו כפילוט, גם אם היה חסר או קיים היינו חייבים להמציא אותו הסעיף אומר אוקיי קיבלת את האמרה בין משום שהוא היה על דוכן העדים סתר את עצמו וכו' ובין משום שהוא לא היה אבל התברר שאמצעי פסול גרם לו לא להיות עכשיו אומר הסעיף כשהעד היה בביהמס וסתר את עצמו למעשה יש לך את העדות שלו בביהמס מצד שני יש לך את האמרה שלו מחוץ לכותלי ביהמס כלומר יש לך שתי מערכות עכשיו מערכת אחת של מה שאמר בביהמס ומערכת שניה זה האמרה מחוץ לכותלי ביהמס ממילא כששני המצבים לא מתכתבים זה עם זה ולא מתחברים כלומר באיזשהו מקום העד לא אמר אמת ביהמס צריך כעת למעשה להחליט איפה האמת נמצאת או במילים אחרות איזה משקל הוא מוכן לתת או לעדות בביהמס של האמרה שהוא קיבל ובעצם המחוקק אומר כי עכשיו אתה ביהמס רשאי לבחור מבין שתי המערכות האלה איזה מערכת מועדפת על ידך האמרה או העדות בביהמס איך אתה עושה זאת? כפי שביהמס עושה תמיד כאשר הוא בא לבחור בין ראיות סותרות כלומר הוא צריך להחליט על פי סימני האמת שמתגלים, התנהגות העד אם הוא אכן היה מגיע לדוכן העדין והראיות האחרות שהובאו לביהמס כל אלה צריכים לכוון את ביהמס לדעת את מה להעדיף האם את האמרה ולתת לא את מלוא המשקל או לקבל את הסבריו של העד בביהמס ולדחות את האמרה(נדיר) הסעיף עצמו מתייטר מפני שזה ממילא היה צריך להתרחק זה הציפייה משופט.

ובהמשך – אם דיברנו בס' קטן ג' בנושא של העדפה או משקל איזה עדות ואיזה משקל יינתן לה הנה בה ס' 10א(ד) ומדבר על דיות הראיות:

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

עד 1980(התיקון) כשאנחנו מדברים על תמיכות ראייתיות הכרנו בשני סוגים עיקריים של תמיכות, התמיכה היותר משמעותית היא ראיית הסיוע שלמעשה נהגה אז באותו זמן של 1980 חויבה להימצא במס' מקרים בתוכם עבירות מין כלומר לא יורשע אדם על סמך עדות מתלונן בעבירת מין אלא אם נמצא לעדותו תמיכה מסוג סיוע. המצב השני זה היה עדות שותף לעבירה גם בשותף לעבירה נאמר כי לא יורשע אדם על סמך עדותו היחידה של שותפו לעבירה אלא אם נמצא לעדות השותף סיוע ראייה מסוג סיוע. יש עוד מצב שני מצבים: עדות קטין מתחת לגיל 14 שנגבתה על ידי חוקרת ילדים והחוקרת לא הרשתה את העדתו בביהמס של הקטין(למעלה 90% מהילדים לא מעידים) במקרה כזה קובע החוק כי לא יורשע אדם על סמך עדותו היחידה של הקטין אלא אם נמצא לה סיוע. והמקרה האחרון זה בעבירת שקר החוק קובע כי לא יורשע אדם בעבירת שקר אלא אם נמצא לאותה עדות תמיכה מסוג סיוע. בסמוך ל1980 ובסמוך לתיקון הזה(ס' 10א) ובשל הביקורת שיצאה מתחת לארגוני הנשים בארץ וגם בתי המשפט שתמכו בהם

איך זה ייתכן שדווקא בעבירות מין צריך שיימצא סיוע לעדות המתלונן בעבירת מין ולא תימצא תמיכה כזו דווקא בעבירות חמורות כמו רצח(אפשר להרשיע אדם ברצח על סמך עדות יחידה) הביקורת הזו חלחלה והשיגה את מטרתה, הנושא של תמיכות ראייתיות נכנסה לדיני הראיות על ידי המשפט המקובל על ידי הלכה פסוקה כלומר מי שבעצם תבע את ראיית הסיוע זה לא המחוקק זה בעצם בתי המשפט שהסתכלו מה קורה בעבירות מין באנגליה וייבאו את הכלל הראייתי של דרישת הסיוע לארץ, באנגליה אכן באמת יש דרישה בעבירות מין לסיוע אבל השופט אמר לומר למושבעים תראו- זה מסוכן(כלל האזהרה) אני מזהיר אתכם המושבעים שזה יהיה מסוכן לכם להרשיע את הנאשם בעבירות המין אלא אם יש תמיכה מסוג של סיוע לעדות הזאת מוסיף השופט וחיב להוסיף אבל אם אין סיוע יש לכם את מלוא הסמכות להרשיע גם בלי סיוע. זהו כלל אזהרה בלבד, מה עשינו בארץ? לקחנו את הכלל הזה (כלל האזהרה) והפכנו אותו לכלל אובליגטורי – ברגע שאין סיוע אי אפשר להרשיע, גרוס מציין זאת משום שבעצם שמי שעשה את הייבוא הזה זה בתי המשפט ובצורה לא נכונה וזאת דרך המשפט המקובל והנה בפה שעושה הוא לפי הפרשנות היה צריך להיות גם הפה שמתיר. זה גם פרקטיקה מקובלת בארצנו השופטים מייבאים את הכלל ההלכתי וכשהוא לא נוח הם אומרים נכון שזה לא כך אבל בינתיים הוא הפך למושרש ואנחנו השופטים לא יכולים לבטלו, מי שיבטל אותו אם בכלל זה המחוקק. לכן בתי המשפט אימצו את גישת המתלוננות ובהרבה מקרים אנחנו נאלצים לזכות נאשמים למרות שההתרשמות שלנו בהרבה מקרים שהמתלוננת מדברת אמת אבל אין סיוע! אז אנחנו חייבים לזכות.

שנתיים לאחר התיקון ב-1982 המחוקק מרים את הכפפה ומתקן את פקודת הראיות בס' 54 א:

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.

(ב) הרשיע בית משפט במשפט על עבירה לפי סימן ה' לפרק י' לחוק העונשין, תשל"ז-1977, על פי עדות יחידה של הנפגע, יפרט בהכרעת הדין מה הניע אותו להסתפק בעדות זו.

(ג) אין בהוראות סעיף זה כדי לגרוע מהאמור בסעיף 11 לחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), תשט"ו-1955.

לגבי שותף לעבירה- שימו לב כי עד לדבר הזה "דבר לחיזוקה" היה צריך סיוע. הוא מחליך את הדרישה הראייתית של סיוע בדבר לחיזוקה ובהמשך – המקרה היחיד לגבי שותף לעבירה שעדיין צריך סיוע זה אם אותו שותף הפך להיות עד מדינה.

לגבי ס' קטן ב- נוגע לעבירות מין- הנה כי כן הסיוע בוטל לגבי עדות מתלונן בעבירת מין וכעת מה שנדרש זה בעצם חובת ההנמקה – ההסבר, יסביר ביהמש למה הוא החליט להרשיע על סמך העדות היחידה של המתלונן.

גרוס מדגיש זאת משום שכאמור עד 1982 בעבירת מין היה צריך סיוע וגם בשותפות לעבירה. והנה זה מתכתב עם ס' 10א(ד) משום שגם במקרה שלנו בניסיון להרשיע אדם רק על סמך אמרת החות של העד אומר אותו ס' קטן ד אתה צריך לתמוך אותה בראיה מסוג "דבר לחיזוקה" בדיוק מה שראינו כעת בס' 54א. כדי שנבין מה זה דבר לחיזוקה? כאמור עד שהמחוקק קבע את הדבר הזה הוא כאמור חזקה עליו שהוא היה עד והיה מודע לסוגי התמיכות הראייתיות שנהגו אז: סיוע ותמיכה נוספת הרבה יותר מופחתת מסיוע והיא: "דבר מה נוסף". התוספת הזו של דבר מה נוסף נדרשה למספר עניינים אבל בעיקר מצאנו אותה בהודאת נאשם שלא ניתן היה בעצם להרשיע אדם על סמך הודאתו מחוץ לכותלי ביהמש לא מדובר בהודאה בביהמש עצמו אלא הודאה שניתנה במשטרה או מחוץ לכותלי ביהמש לא ניתן היה לאחר שנתקבלה ההודאה לא ניתן היה

להרשיע את הנאשם על יסוד ההודאה הזאת אלא אם נמצא להודאה תמיכה ראייתית מסוג דבר מה נוסף למה הכוונה? בעצם להבדיל מסיוע שימו לב כי סיוע היא ראייה עצמאית העומדת לבדה לא כך בדבר מה נוסף – כלומר אנחנו יכולים לחפש בהודאה עצמה את אותה תמיכה ולגלות אותה שם (להבדיל מסיוע) יתרה מזאת אם הסיוע כתנאי נוסף צריך לקשור או יש לו נטייה לקשור את הנאשם אל העבירה המיוחסת לו הראייה צריכה לקשור אותו לא כך בדבר מה נוסף – דבר מה נוסף ננועד לסלק מליבנו את החשש שבעצם הנאשם שהודה בהודאתו בעצם "התאבד" כלומר לקח על עצמו אשמה שהוא לא עשה. ואיך תסלק את החשש הזה שהנאשם לא משקר בהודאתו? אתה עושה זאת על ידי שאתה מחפש דבר מה נוסף כלומר ראייה שתאמת משהו מהסיפור של הנאשם בהודאתו מה לאמת? הפסיקה אומרת כי דבר מה נוסף יכול להיות ראייה אימת לכל פרט שהנאשם סיפר בהודאתו, זוהי ראייה מאמתת שכל תפקידה להראות לנו שהדברים הרשומים בהודאה הם דברי אמת מה לאמת? כל דבר כל עובדה. כך למשל אם הנאשם כותב אני גר בתל אביב ואתה מביא ראייה שהנאשם גר בתל אביב. די בכך שהוא מתחיל את ההודאה שהוא גר בתל אביב ואתה מביא ראייה שהוא גר בתל אביב זו ראייה שהוא לא שיקר, עד כדי כך בתי המשפט רוקנו מתוכן את עניין הדבר מה נוסף כך שבאחד מפסקי הדין הגדירו את הדבר מה נוסף כראייה הקלה כנוצה! כאן מדובר בלחצים פנימיים של האדם שיכולים לגרום לו לרצות ל"התאבד" להבדיל מלחצים חיצוניים שיכולים להוביל לאותה תוצאה כלומר אם החוקרים מפעילים לחץ פסול ולא הוגן על הנאשם להודות והלחץ הזה מוביל את הנאשם להודות במה שהוא לא עשה אזי באמת כדי להבטיח שביהמש לא יקבל הודאה כוזבת בגלל לחצים חיצוניים ס' 12 לפקודה מתנה קבלתה של הודאה בכך שהתביעה חייבת להוכיח שהנאשם נתן אותה מרצון טוב וחופשי ולא תחת כפייה וכו'. (זו הסיבה שלפני מס' שנים תוקן חוק סדר הדין הפלילי חקירת חשודים ומחייבים היום את המשטרה לתעד את אופן חקירתו של החשוד הנאשם על ידי מצלמות וידאו כלומר בפשעים חמורים שעונשם מעל 10 שנות מאסר התביעה לא יכולה למסור הודאה אלא אם תביא לביהמש את התיעוד שקדם לגביית ההודאה כלומר את הסרט המראה איך נחקר הנאשם על ידי החוקרים ואיך הוא הגיע להודות) עד אז לא הייתה חובה כזאת וכו'.

נחזור לדבר מה נוסף- המחוקק חזקה עליו שהוא מכיר את החזקות של סיוע ודבר מה נוסף מצד שני ובכל בתיקון של ס' 10 א מסביר בס' קטן ד שלא יורשע אדם על יסוד אמרת החוץ של עד אלא אם כן נמצא לה דבר לחיזוקה כלומר המחוקק נוקב כאן בסוג חדש שלישי של תמיכה ראייתית בצד הסיוע ובצד הדבר מה נוסף ודורש דבר לחיזוקה. אבל הוא לא טורח להגדיר לנו מה זה דבר לחיזוקה – אבל מה שהוא כן יודע שהוא לא מתכוון לתמיכה הקיצונית שנקראת סיוע וגם לא מתכוון לדבר הקל כנוצה כדבר מה נוסף וקורא לזה דבר לחיזוקה. משום שאין כאמור הגדרת מחוקק מה זה דבר לחיזוקה, בתי המשפט הוצפו בהצעות פרשנות איך לפרש את המונח הזה וממילא ביהמש העליון נדרש גם הוא לפרשנות הנכונה של מה זה דבר לחיזוקה? מהפסיקה ניתן ללמוד שאכן לא מדובר בסיוע! מצד שני זה גרם לא דבר מה נוסף מאותו טעם שהמחוקק היה כותב דברים אלו לו אכן היה מתכוון אליהם. ביהמש אומר כי לא מדובר בסיוע כלומר זה לא צריך לבוא ממקור עצמאי וזה גם לא צריך לקשור את הנאשם לעבירה כפי שהסיוע צריך אבל זה לא יכול להיות משהו קליל כמו הדבר מה נוסף. אנחנו צריכים ראייה שמאמתת את מה שכתוב באמרה שקיבלנו לפי ס' קטן א או ב. ביהמש לא מצליח להביא אותנו להגדרה מדויקת מפני שאולי השימוש במונח הזה דבר לחיזוקה הוא לא מוצלח. פרופ' נינה זלצמן כותבת על נושא זה במאמרה שכנראה גם המחוקק עצמו לא בדיוק עצמו מבין ויודע מה הכוונה במונח הזה דבר לחיזוקה.

ס' 10ב:

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

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

על איזה סיטואציה מדובר כאן? מדובר במצב שבו רוצים לחסוך מבעל אמרה את הגעתו לביהמשה למה לחסוך? כי אין מחלוקת על הדברים שהוא אמר באמרה ולא פחות חשוב אין מחלוקת שמה שבעל האמרה אמר שם זו אמת כלומר במצב שבו שני הצדדים מסכימים שהאמרה של העד שלא נמצא בביהמש מייצגת את האמת אלו הם העובדות ואנחנו לא מתווכחים על העובדות האלה אלא מקבלים אותן לא היינו חוקרים את העד אלא מקבלים את זה אז כדי לחסוך מננו את ההגעה הסתמית לביהמש אנחנו שני הצדדים מסכימים שאפשר להגיש בהכסמה את האמרה שכאמור אין לנו טענות לא לקבילות שלה ולא למשקל שלה! אם מי מהצדדים יש לו הסתייגות לגבי מה שכתוב באמרה אז אי אפשר לקבל אותה הסכמה כי ממילא אין את מי לחקור ולכן המקרה היחיד שאפשר לקבל בהסכמה אמרה זה כאשר שני הצדדים מסכימים שהאמרה הזאת קבילה וצריך לתת לה את מלוא המשקל רק אז אפשר לקבל את האמרה בהסכמה. התנאי הנוסף הוא כמובן שהנאשם מיוצג על ידי עורך דין והוא מבין את המשמעות של הכנסת האמרה.

ונסיים בס' 10ג:

שמירת דינים (תיקון מס' 5) תש"ם-1979

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

כלומר המחוקק אומר רבותיי מה שעשיתי בס' 10א ו-10ב עסקתי בחריג אחד בלבד החריג המכשיר את האמרה בגלל כלל הפוסל עדות שמיעה כלומר יש פה חריג לכלל הפוסל עדות שמיעה וזה הכל! אם האמרה הזאת נפסלת בגלל כלל פסילה אחר לא כלל הפוסל עדות שמיעה אי אפשר להכשיר את האמרה הזאת לפי ס' 10א ו-10ב, ס' אלו בא להכשיר רק אם הפסול הוא עדות שמיעה אם יש עוד פסול למשל חוסר כשרות נניח בני זוג שלא יכולים להעיד אחד נגד השני אתה לא יכול להכניס את זה פנימה(את החריג) המחוקק מוודא שאנחנו מבינים כי האמרה המוצגת בפני ביהמש אפשר להכשיר אותה אם היא נפסלה רק בגלל שהיא עדות שמיעה אבל מטעם אחר לא ניתן להכשירה.

שבוע הבא:

נגיע לכלל הפסילה האחרון שנלמד כעת על עדות שמיעה והוא גם האחרון מבחינה כרונולוגית החריג האחרון שהמחוקק הכניס לפקודת הראיות שלנו - "רשומה מוסדית" שבעצם מוסדרת כיום בפקודת הראיות בס' 39-35 וכמובן הפסיקה שיש תחת כותרת זו ולאחר מכן אנחנו נלך ונלמד כלל פסילה אחר - עדות שיטה ומעשים דומים - הכלל בדבר עדות שיטה ומעשים דומים.

4.12.17

חריג מסודר בסימן ה'. לאמור סעיפים 35 ו-39 לפקו' הראיות. סעיף 35 הוא ס' ההגדרות והוא חשוב כי כאשר נבין את העבירות נוכל להבין מה היא הרשימה.

מבחינת תחולת החריג, סעיף ההגדרות נאמר כי הליך משפטי הוא הליך אזרחי או פלילי בפני בימש שניתן להביא בו ראיות. חריג הפולש לתחום המשפט בפלילי ואזרחי יחד. מהו מוסד? המדינה עצמה, רשות מקומית, עסק, או כל מי שמספק שירות. החל בכך שהמדינה השלטון המקומי הרשות המקומי. לאחר מכן ההרחבה היא כל מי שמספק שירות לציבור.

עסק: היות ובהגדרה מוגדר עסק, נאמר שזה כולל לרבות משלח יד. היות ואנחנו בעידן הדיגיטלי נראה שרשימה מוסדית יכולה להיות מופקת דרך המחשב. נאמר פלט- לפי חוק בגדרת המחשבים 1965.

המחוקק מגיע למה שאנחנו מחפשים - הגדרה של רשימה מוסדית: מסמך לרבות פלט, אשר נערך ע"י מוסד במהלך פעילותו הרגילה של המוסד. בהקשר הזה יש התייחסות גם למוסד שנקרא

"תאגיד בנקאי" היה מקובל ונהוג מבחינת דיני הראיות. היה מוסדר עוד קודם לכן, העתיקו את המוסד של תאגיד בנקאי לתוך הרשימה החדשה.

למעשה הרעיון להחריג את הכלל הפוסל עדת שמיעה בצורה הזאת שרשימה מוסדית נובע, כצורך עסקי. מתבסס על נוהג או מנהג קדום שהתפתח לפני המון שנים בעיקר במסחר בין סוחרים, שהיו סכסוכים הנוגעים ל התנהלות המסחר או הסוחרים. היה צורך לבחון את התיעוד של אותם סוחרים, איך הם בעצם ניהלו את העסק והמסחר שלהם. ולזה אנחנו קוראים "מנהג הסוחרים". לאט לאט התפתח כהכרה ונורמה. השאלה אם מדובר בעסק שמפתח את עסקו ונוהג לנהל את תנועת הסחורות והכספים. אז אין סיבה שלא להסתמך על אותם רשומים.

שימו לב כי כאשר בהגדרה שלנו לרשימה מוסדית נאמר: "נערך על ידי מוסד במהלך פעילותו הרגילה של המוסד" ותזכרו כי המונח מוסד הוא מונח רחב מאוד שכולל כמעט הכל: מדינה, רשות מקומית, זה בעצם כל עסק שפונה על הציבור שבמהלך התנהלותו הרגילה נוהג לתעד את פעילותיו באופן סדור. אם אכן תוכיח שהתקיימו של תנאים מוקדמים:

1. מדובר במוסד

2. בכך שבאופן רגיל הוא מתעד את דבריו כחלק מהבניית העסק וניהולו

אזי למעשה אין סיבה שלא להסתמך מאוחר יותר על אותו תיעוד של העסק שעליו אנו מדברים. אם כך מה מבושרת לנו הרשימה המוסדית מבחינת החידוש שלה בדיני הראיות?

בס' 36 אומר לנו המחוקק:

קבילות רשומה מוסדית (תיקון מס' 11) השנ"ה-1995

36. (א) רשומה מוסדית תהא ראייה קבילה להוכחת אמיתות תוכנה בכל הליך משפטי, אם נתקיימו כל אלה –

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

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

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

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

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

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

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

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

החידוש הוא בכך שאותה רשומה מוסדית מבחינת המחוקק יכולה וצריכה לשמש כראייה קבילה לתכנים שלו, לאמור בתוכה לא רק לקיומה ולא רק לאופן יצירתה אלא כראייה לכאורה על נכונותם של הדברים הרשומים בתוכה ובלבד שהתקיימו כל אלה: מה זה כל אלה? בהתאם לרשימה בסעיף. כדי להצדיק את הפיכתה של אותה רשומה לראייה קבילה לתוכה אנחנו ריכזים לעמוד בתנאים האלה:

1. כלומר שהמוסד נוהג במהלך ניהולו הרגיל לערוך את אותם רישומים כלומר שלא ידובר על כך שאנחנו מתעדים אבל לא באופן רגיל לא כל אירוע וכו', אנחנו לא נקבל תיעוד מאוחר או תיעוד לא סדור של פעם כן ופעם לא אלא מדובר בתיעוד שבעצם העסק נבנה עליו והוא נבנה עליו לטובת העסק ולא לטובת משהו משפטי כי העסק רוצה להתנהל נכון ולדעת מה קורה בו ואז הוא באופן שגרתי מתעד את אותה התנהלות.
2. גם הנושא של איך אתה אוסף את הנתונים – הן חשובות כדי להקנות אמינות לאותה רשימה מוסדית כלומר אתה צריך להבטיח שדרך איסוף הנתונים היא דרך מקובלת ונכונה והדרך הזאת מבטיחה שבאמת מה שכתוב שם הוא באמת מה שקרה.
3. אם אותה רשימה הייתה פלט מחשב – בנוסף לשני התנאים הקודמים הדרך שאתה מכניס את הנתונים למחשב ואתה מפיק אותם לאחר מכן הם אמינים מבחינה טכנולוגית וכמובן המוסד נוקט באורח סדיר באמצעי הגנה סבירים מפני חדירה לחומר מחשב מפני שיבוש בעבודות המחשב כלומר העובדה שאתה מאחסן את הנתונים באופן סדור בתוך המחשב ולאחר מכן מפיק אותן זה טוב ונכון ובלבד שאתה מבטיח את הגנת החומר המצוי בתוך המחשב מפני חדירה זדונית אליו ומסני ניסיון לשבש אותו מבחוח על ידי גורמים עוינים.

שימו לב לסייג שהמחוקק טורח להדגישו- כי אם לא כן היינו יכולים לאכוף את כללי הקבילות שאנחנו רגילים להם במקומות אחרים למלש כשמדובר בעבודת המשטרה או עבודת החקירות הרי למעשה המשטרה זה גם כן ממוסד שבדרך עבודתו היא שגרתית גם לעניין איסוף הנתונים גם לעניין אופן הפקת המסמכים זה חלק מתפקיד החקירה המשטרית ולכן לכאורה הייתי יכול לחשוב על כך שאולי אני יכול את ההודאה המופקת על ידי המשטרה לראות כרשומה מוסדית שאני יכול להציג אותה כראיה כבילה לתוכנה אבל אם הייתי באמת מאשר זאת אז הייתי פוגע בכלל אחר של פקודת הראיות של ס' 12 שאומר שהמבקש להסתמך על הודאתו של נאשם שהופקה במשטרה צריך להוכיח קודם כל להוכיח שההודאה הזאת ניתנה מרצונו הטוב והחופשי של אותו אדם אין כאן ברשימה המוסדית אין שום התנייה לגבי רצון טוב וחופשי של האירוע שהוא מתועד אז תארו לעצמכם שבאמת באמצעות החידוש הזה של רשימה מוסדית מכניסים פנימה את ההודאה בלי לדרוש את רצונו הטוב והחופשי, הסייג היותר פרטני לגבי חקירות מופיע בס' קטן ג לס' 36:

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

אם אפשר להכשיר אותה בצורה אחרת מזו שאנחנו מדברים עליה כאן אז הרשימה המוסדית לא באה להפריע. מה שחשוב וצריך להדגיש זה שרשימה מוסדית המופקת על ידי המשטרה או החקירה המשטרית לא יכולה לשמש רשומה מוסדית לצורך הנושא, כלומר אי אפשר לראות מסמך המופק על ידי הרשויות המשטריות משום שחלים על רשומות הללו כללי קבילות שונים מאלו שאנחנו מדברים כעת אנחנו מדברים רק בחריג לכלל קבילות 1- כלל הפוסל עדות שמיעה ואילו כשאנחנו מדברים בהודאת נאשם או באמרות אחרות שבעצם המשטרה גובה מאנשים ומבקשת להשתמש בהם הסיבה לפסיליתן שם היא לא הכלל הפוסל עדות שמיעה אלא סיבות אחרות. רשימות המופקות על ידי המשטרה במהלך החקירות שלה חלים כללי קבילות שונים ס' 11, 12 וכו'. דוגמא הודאת הנאשם.

דגש חשוב נוסף- הסייג הזה של איסור שימוש ברשומות משטריות מוגבל להליך הפלילי בלבד! כלומר עדיין אתם יכולים להשתמש ברשומה מוסדית שהופקה במשטרה הפלילית אם אתה רוצה לעשות בזה שימוש בהליך אזרחי ונראה להאחר מכן דוגמא מהפסיקה. לעניינו יש לזכור כי האיסור על שימוש ברשימה מוסדית המופקת על ידי המשטרה או על ידי החקירות האיסור מוגבל רק אם מדובר בשימוש בהליך הפלילי בלבד ולא בהליך האזרחי.

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

מה שרושמה מוסדית עושה בעצם היא חוסכת לצד המבקש להציג אותה את הרשומה לעבור את הפרוצדורה הרגילה שבדרך צד כזה צריך לעמוד בו לאמור מה? **אתה רוצה לחשוף מסמך שהפקת תביא את האדם שיצר את אותו מסמך או באמצעות המחזיק המסמך זה הכלל**, המסמך לא נכנס אוטומטית לתיק אלא באמצעות אם שי לנו זיקה למסמך אומר המחוקק אני פוטר אותך מהצורך להביא את האדם שיצר את המסמך או מחזיק בו אתה יכול להביא את המסמך בלי צורך לעבור את אותו אדם שהפיק או מחזיק במסמך ואז מה קורה? הרי המסמך בעצם מוגש כראייה כנגד הצד השני אותו מסמך שאתה מגיש אתה מגיש אותו בעצם כדי לחזק את הראיות שלך כנגד הצד השני, עכשיו הצד השני יש מסמך שהתקבל נגדו העד שהיה אמור להיחקר על ידו זה שיצר את המסמך או זה שהחזיק במסמך איננו כי המחוקק פטר אותו מלהיות לכאורה אומרים אתה רוצה את אותו עד- תקרא לו אך אחד לא מגביל אותך אבל המחוקק ויתר על זה כלומר אותו צד יכול להגיש את המסמך בלעדיו אם אתה רוצה אותו תקרא ואם הוא יקרא לו כעד מטעמו למעשה יש עליו מגבלות כי זה עד שהוא שלו, צד המביא עד במשפט לא יכול לחקור אותו אלא בחקירה ראשית בלבד והצד השני יחקור אותו בחקירה נגדית ואז הנתבע אומר אז מה קרה כאן? אם היינו חוזרים לפרוצדורה הקודמת הישנה בלי רשימה מוסדית והיריב שלי התובע היה צריך להביא את המסמך הזה הוא היה צריך להביא את העד ואז הוא היה חוקר אותו חקירה ראשית ואני הייתי זכאי לחקור אותו בחקירה נגדית ואז מה עשה המחוקק? הרשית להגיש את המסמך נגדי בלי שיביא את העד ואותי כביכול אתה מגביל כעת אתה אומר אתה תביא אותו כעד אבל אם אני יביא אותו כעד אין לי יותר חקירה נגדית כי הוא הפך להיות עד שלי! אז מה עושים? המחוקק אומר נכון אתה צודק אם כפיתי עלייך את העניין החדש כי המסמך מתקבל כלפיך אני מאפשר לך לחקור את העדים בחקירה נגדית כדי שזכויותיך לא יקופחו. החידוש הוא בכך שמרגע שאתה בעצם מילית את שני התנאים המוקדמים שאתה מוכיח שמדובר במוסד שבדרך שגרה מפיך או מתנהל באופן כזה שהאירועים האלה מתועדים בסמוך להתרחשותם בדרך קבע ואתה רוצה להציג את המסמך הזה אתה לא צריך להביא את האדם שהפיק או יצר אותם אתה פשוט יכול להביא אותם ללא אותו עד. זה לא פוגע בחידוש עצמו בקבילות כלומר בכל מקרה המסמך שהוגש ונכנס לתיק ביהמש נמצא שם העובדה שעכשיו אתה מורשה להזמין את מי שיצר את המסמך או שמר עליו זה לא תנאי לקבילות של המסמך הוא כבר ישנו מה שאולי תצליח לעשות בחקירה זה במשקל שלו ולא בקבילות מפני שכאמור אפ אתה מוכיח ששני התנאים המוקדמים התקיימו אתה לא יכול לעצור את זה הוא יכול להגיש את המסמך בין אם תרצה ובין אם לאו. רק אם יש התנגדות לתנאים המוקדמים ורק יש בעיה עם אמינות המסמך זה לעניין המשקל ולא הקבילות.

דבר שהיה לפני הרשימה המוסדית – רשומה מוסדית מיוחדת המחוקק קבע לצורך ניהול מוסדיו של בנק- רשומה בנקאית ובעצם תראו שאת מה שקרה את הרשומה הבנקאית עכשיו מכניסים לתוך הרשומה המוסדית את הכללים שחלו בזמנו על רשומה בנקאית ממשיכים להיות תקפים גם היום וזאת לפי ס' 38 :

אי כפיית הגשה של רשומה מוסדית של תאגיד בנקאי (תיקון מס' 11) תשנ"ה-1995

38. בהליך משפטי שהתאגיד הבנקאי אינו בעל דין בו, אין כופים בנקאי או פקיד של תאגיד בנקאי, להגיש רשומה מוסדית של תאגיד בנקאי, שתוכנה ניתן להוכחה לפי סימן זה, או להעיד דברים, על עסקאות או חשבונות הרשומים ברשומה המוסדית, אלא לפי צו בית המשפט שניתן מטעם מיוחד.

בזמנו ביקשו והספיקו לעשות את זה לחסוך את זמנם של הבנקאים לטרור להגיע לביהמש על ידי כך שנמצאה דרך להציג הישר את הרשומה לביהמש בלי צורך להטריח את הבנקאי או את הפקיד שמחזיק בספרי החשבונות שיבוא בעצמו ויעשה את זה ההסדר הזה בעצם ממשיך להיות קיים גם אחרי החקיקה של ס' 35 וזה אומר שלמעשה גם כיום אם הבנק הוא לא צד לסכסוך הוא רק עד

לסכסוך אבל הוא לא צד להדיינות אזי למעשה לא תורשה להזמין אותו לצורך הוכחת הרשומה המוסדית או לצורך בדיקת התכנים שלה אלא בצו של ביהמש מטעם מיוחד כלומר צריכה להיות סיבה מאוד מיוחדת שביהמש ישתכנע להתריע את אותו פקיד או אותו בנקאי. טעם מיוחד כמובן כשיש לך סיבה להאמין שהדברים הרשומים ברשומה הזאת או מזויפים ואו רשלניים ואו לא נכונים מכל סיבה שהיא ואתה לא יכול להתנגד להציג את הרשומה אבל אני כן יכול להתנגד למה שכתוב שם וכדי להצליח להוכיח שמה שאני אומר זה נכון אני צריך את הבנקאי אז בדרכ אסור לי להביא אותו אבל אם אני יצליח לשכנע את ביהמש שמישהו בבנק עשה דבר מלוכלך אני רוצה לחקור אותו בכל זאת אז ביהמש יתן צו מיוחד אבל במקרה הרגיל צו כזה לא יינתן.

שימו לב למה שאומר ס' 39 :

רשות עיון ברשומה מוסדית של תאגיד בנקאי (תיקון מס' 11) תשנ"ה-1995

39. (א) בית המשפט רשאי, על פי בקשת בעל דין בהליך משפטי, לצוות שהמבקש יהא רשאי, לצורך אותו הליך, לבדוק ולהעתיק כל רישום שברשומה מוסדית של תאגיד בנקאי.

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

הסעיף אומר אוקיי אני רוצה להציג את הרשומה המוסדית הזאת איך אני עושה את זה? מצד אחד אני לא רשאי להזמין את הבנקאי שמחזיק בזה אז איך אני יעשה את זה? אתה צריך למעשה לבקש היתר מביהמש שיורה לבנק להתיר לך לעיין ולהעתיק את אותה רשומה שאתה מבקש אותה(אתה צריך להראות כמובן שיש לך זיקה אל אותם רשומות) אתה לא יכול למעשה להסתכל בחשבונות בנק של מישהו שאין לך איתו ולא כלום מפני שיש חיסיון בנקאי והבנק יסרב לאפשר לך עיון כזה אבל אם יש לך סכסוך עם אותו בעל חשבון וכחלק מההוכחות אתה צריך להציג מה יש בחשבון הזה אזי למעשה הבנק חייב לפתוח לך לצורך עיון והעתקה את אותם חשבונות וזה מה שהסעיף אומר בדרכ אתה תורשה לעיין ולהעתיק ולהציג היישר לביהמש בלי להביא את הפקיד את הרשומה המועתקת אלא אם הפקיד הזה דרוש לך באמת לצורך חקירה שבלעדיו לא ניתן.

חוות דעת של מומחה (תיקון מס' 11) תשנ"ה-1995

39א. היה הפלט חיווי דיעה בענין שבמדע, שבמחקר, שבאמנות, שבידיעה מקצועית או בענין שברפואה, לא יהיה הפלט קביל כראיה, אלא אם כן הוגש בהתאם להוראות הדין החל על הגשת עדות בענינים אלה.

הפירוט הזה מתייחס למה שפקודת הראיותמתייחסת כתעודת מומחה מצד אחד ותעודת רופא מצד שני כלומר יש כאן סעיפים שמסדירים את האופן שבו אתה מורשה להציג לביהמש תעודתו של מומחה והנה פרטו לנו מה זה מומחה בתחום המדע אומנות וכו' ואו שאתה רוצה להציג תעודתו של רופא לצורך העניין שנחקר כעת בביהמש ובכן פעמים והתעודות הללו של המומחה ואו הרופא מופקים או נמצאים בתוך המחשב ואז אומר הסעיף זהה 39א כי "לא יהיה הפלט קביל כראיה אלא אם כן הוגש בהתאם להוראות הדין .." כדי לא לעקוף ולא להשתמט מהחובות המוטלות על מי שורצה להציג עדות של מומחה או עדות של רופא נפנה להסדרים הקבועים בעניין זה בס' 20 : (צריך לקרוא את שני הסעיפים 39א + 20 ביחד)

חוות דעת מומחה ותעודת רופא

20. בית המשפט רשאי, אם אין הוא רואה חשש לעיוות דין, לקבל כראיה, בכתב, חוות דעתו של מומחה בשאלה שבמדע, שבמחקר, שבאמנות או שבידיעה מקצועית (להלן - חוות דעת), ותעודה של רופא על מצב בריאותו של אדם (להלן - תעודת רופא).

יש בהמשך פירוט איך לעשות זאת כשמדובר בתעודות שמופקות בארץ ומה הדין שיש לנהגו כאשר התעודות מופקות בחו"ל. (ממליץ לעיין בסעיפים)

הרעיון בעצם כשמדובר במומחה או ברופא בשני המקרים מדובר בדרכי בעדויות של סברה אנשים שבעצם מה שבדרכ המשפט או דיני הראיות לא מאפשרים לאמור דיני הראיות מדברים על עובדות סברות הם לא רלוונטיות בדרכ לדיון המשפטי, מה האדם חושב מה דעתו על התקיימות עובדות מסוימות זה לא עניין רלוונטי ובטח לא כביל, החריג הוא לעניין מומחה ולא רופא – כאשר הנושא שנדון בביהמש בהליך פלילי זה בעצם האם אותו אדם קורבן נפגע מכלי נשק מסוים שנבדק על ידי מומחה במשטרה מומחה לבליסטיקה והוא בא כעת לתת את תשובתו לביהמש הוא כאמור לא היה במקום הוא לא ראה מי ירה במי ואיך זה קרה כל מה שהוא נתבקש לעשות – שמו לפניו נשק מסוים שאלו האם יכול להיות שהקליע הזה נורה מהנשק הזה שאנחנו תפסנו כאמור הוא לא היה עד לעובדות להתרחשות אבל הוא יודע להסביר לביהמש בדרך של השערה מקצועית מה לדעתו ההיתכנות שבאמת הקליע הזה נורה מאותו כלי נשק כדי שבאמת הסברה הזאת תעמוד בפני ביהמש שיצטרך להכריע האם אכן זהו הנשק שממנו נורה הקליע הנה כי כן למרות האיסור בדרך עדויות סברה מבחינת דיני הראיות החריג הוא שכשמדברים בדרך של סברה עם מומחים מותר להאזין להם ולשמוע אותם בשל המיוחדות שהם מביאים לביהמש. לא ניכנס בשלב הזה לשאלה שהיא מאתגרת לא פחות מי יכול להיחשב כמומחה – יש מבחנים די קשיחים בנושא הזה (מופיע בחוק ובפסיקה). מומחה מתפרש על פני תחומי חיים רחבים מאוד זה יכול להיות במדעים, האומנות וכו' זה לא רשימה סגורה.

נחזור לס' 39א: אתה לא יכול לשלוף מהמחשב חו"ד של מומחה רק מפני שהחו"ד הזו הופקה ואוחסנה שם כדרך שגרה שאתה עושה במקרים דומים אתה צריך לעמוד בדרישה הבסיסית של הצגת מסמך כזה לאמור באופן שס' 20 ולמטה ממנו דורשים ושימו לב שלמעשה הנושא של הצגה לפי ס' 20 הצגת חו"ד של מומחה כאן יש לשים לב לכך שבד"ר"כ חייב כל צד בהליך פלילי מי שחייב בעצם להציג לצד השני את ראיותיו זה התביעה להגנה, ס' 74 זה גילוי חומר החקירה מטעם התביעה להגנה הנה החריג: כשההגנה מבקשת להציג חו"ד של מומחה היא לא תורשה להציג את החו"ד הזאת אלא אם גילתה מבעוד מועד שהיא מחזיקה בחו"ד כזאת חשפה את חו"ד לתביעה ואז כמובן התביעה צריכה להחליט אם היא מסכימה לחו"ד או לא. אבל זה אחד המקרים החריגים שבהם ההגנה חייבת לחשוף לתביעה את ראיותיה.

דבר נוסף שיש לדעת בקשר לחו"ד מומחה זה שבעצם בשלב הראשון בדומה לרשומה המוסדית אם עמדת בתנאים המוקדים של מי הוא מומחה ואותו מומחה פעל על פי הוראות ס' 20 כלומר העלה את חו"ד שלו על גבי תצהיר, בנספח לפקודת הראיות יש טופס דוגמתי שבעצם אומר איך צריך לערוך חו"ד של מומחה או רופא בצורה הזאת ושם יש לראות כי למעשה המומחה חייב להציג בתחילת חו"ד את קורותיו: מי הוא בכלל מה השכלתו וכו', פרק נוסף זה החו"ד עצמה והחלק האחרון הוא התצהיר- יעשה בפני עורך דין שחייב להזהירו שכל מה שהוא כתב בחו"ד הזאת זה כאילו הוא העיד בביהמש ושהוא מבין שקיימת עליו חובה לומר אמת ואם לא כן הוא צפוי לעונשים הקבועים בחוק העונשין – עדות שקר. אם עמדת בתנאים אלה אתה יכול להציג את חו"ד בלי צורך להביא את המומחה עצמו כלומר לעניין הקבילות אתה יכול להגיש את חו"ד כראיה מטעמך אבל החוק קובע שאם הצד השני שחו"ד מוגשת נגדו מסתייג ממה שכתוב שם ורוצה לחקור את המומחה חייב ביהמש לאפשר את הבאתו וחקירתו של המומחה, מה קורה אם המומחה לא מגיע? מכל סיבה שהיא, חו"ד נמצאת יכול להיות שהמשקל שלה יהיה אפס בגלל שלא אפשרו את החקירה אבל מבחינת הקבילות היא נמצאת בדרך שהרשימה המוסדית נמצאת גם כן ויש לי זכות לחקור את מי שנתן את חו"ד אבל לא בא פני שהוא ברח לחו"ל וכו'. היא תמשיך להיות ראייה קבילה אלא שהיעדר יכולת לחקור נגדית את יוצרי הרשומה המוסדית יכול שתביא את ביהמש לתת לה משקל אפס. ויכול שלא כי יכול להיות שיהיו ראיות אחרות שיכולות לתמוך באופן עקיף בכתוב.

שמירת דינים (תיקון מס' 5) תש"ם-1979

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

דין זה כולל הלכה פסוקה בעצם משמיע לנו הסעיף זה שבעצם הסעיפים האלה הרשומה המוסדית נועדה לתת מענה לפתוח חריג לכלל הפוסל עדות שמיעה אם למעשה תמצא בדיני הראיות תמצא כלל ה[וסל את אותה ראייה את אותה רשומה מוסידת לא בגלל הכלל הפוסל עדות שמיעה הסעיף שלנו לא יעזור להכשיר אותה, ניתן להכשיר רשומה מוסדית לכלל הפוסל עדות שמיעה אלא אם מדובר בכלל לא הפוסל עדות שמיעה ואז זה לא יכשיר אותה. ס' 39 משמיע לנו זה שכל הכוונה התכלית של הסעיף הזה- רשומה מוסדית הוא להיות חריג נוסף לכלל הפוסל עדות שמיעה כלומר אילולא הרשומה המוסידת היינו צריכים לפסול את אותו מסמך כי הוא עדות שמיעה אבל המחוקק הכשיר את זה כחריג. אבל אם יש כלל בדיני ראיות אחר שפוסל את הרשומה המוסדית לא בגלל עדות שמיעה אלא בגלל משהו אחר אזי הסעיף הזה לא יוכל לעזור לך כלומר אתה יכול להכשיר רק אם מדובר בעדות שמיעה אם יש כלל פסילה שהוא לא עדות שמיעה אלא משהו אחר הכלל שלנו לא יכול להכשיר.

ע"א 2514/94 עו"ד יוסף לוי נ' עיריית חיפה ואח' - פס"ד מרכזי- נפנה לאמור בע"מ 5,6 של פסק הדין, דובר היה בסכסוך קרקעות שכדי לפתור אותו רצו הלסתמך על מסמכים של הארכיון הרשות המקומית של עיריית חיפה מסמכים שהופקו לפני המון שנים והיה ויכוח האם אפשר להסתמך על אותם מסמכים כי בינתיים היוצרים לא ידועים או עבור מן העולם, השופטת בייניש כתבה את פסק הדין כאמור בעמוד 5 לפסק הדין היא מצטטת את השופט קדמי באותו ע"פ אמר השופט קדמי לעניין קבילות רישום מדיון בביהמ"ש העליון בידו של אב בית הדין כלומר הוא מסמך על כתביו של אב בית הדין ואומר: "עניינות דעתי קביל הרישום כראיה כאמרה שנאמרה על ידי ... במסגרת מילוי תפקידו שתיהם חריגים במסגרת הכלל הפוסל עדות שמיעה אומנם ... כאשר לגבי ממלא תפקיד נדרש כי הרישום יעשה כמילוי חובה .. ברם מוסיד השופט קדמי בינתיים השתנו פני הדברים לעניין התנאי המשותף בשני החריגים שבעל האמרה נפטר די כיום בכל שלא ניתן להעיד ואילו לעניין התנאים האחרים כיום אין צורך להצביע על קיומה של חובה לעניין החריד הראשון די בעניינו בכל שהאמרה נאמרה במסגרת מילוי התפקיד ולעניין החריד השני אין צורך כיום כי העסקים יהיו בעלי אופי מסחרי כלכלי דווקא די בכך שהאמרה נעשתה במסגרת עיסוקו הרגיל של העוסק".

פס"ד נוסף שמומלץ לעיין בו רע"פ 3981/11 נועם שרביט ואח' נ' מ"י- מדובר במחלוקת שלפעמים מגיעה לעליון בנושא של שימוש המשטרה באותו מכשיר שבעצם מודד מהירות המחלוקת הייתה האם הוכח התנאי המקדמי שהמכשיר הזה כויל כראוי(יש תנאין מקדמיים לאתחול שלו) יש מיכל גז שצריך להתשמש בו לצורך הכיול ומתברר שאותו מיכל נבדק על ידי המיצרים בחו"ל והייתה דרישה להביא את הבודקים של מיכלי הגז ביהמש קבע כי אין צורך בכך, הגיע לעליון בשאלה האם אפשר היה להשתמש ברשומות שהשוטרים הפיקו בדוחות שהם הגישו בנושא של מהירות כרשומה מוסדית זה לא חקירת, זה לא משטרה חוקרת, פסק הדין קיבל את הרישום גם בלעדי אותם אנשים שלא הגיעו.

תיק אזרחי 524/96 טי שירטלי נ' מ"י- זו הדוגמא שרציתי להראות לכם, דובר בתביעה אזרחית של המכס נ' אותה פירמה שביקה לקבל פטור ממכס או הנחה ממכס בטענה שהיא ייבאה את הטובין האלה מארה"ב ויש הסכם סחר חופשי בין מדינת ישראל לארה"ב שבמסגרתו תינתן הנחה לאנשים הפועלים במסגרת ההסכם הזה והנה רשויות המכס מקבלות מבעוד מועד מידע שהפירמה הזראת שעומדת לייבא לארץ את אותם טובין בעצם עומדת לסדר את המכס ולטעון טענות כזב כאילו הטובין האלה נוצרו בארה"ב מה שקרה הוא למעשה שמדינת ישראל דוחה את הערכת השומה של אותם אנשים עושה שומה חדשה בהתבסס על הנתון המיוחד כי זה לא אזור סחר חופשי המכס הוא יותר גדול ותובעים בהיבט האזרחי את אותה פירמה לתשלום מלוא ערך המכס שמגיע, המדינה רצתה להסתמך כדי להוכיח שמדובר בהונאה מדובר באנשים ייבאו את

התוספת הזאת לא מארבה אלא ממדינה אחרת דרום אמריקאית הביאו למעשה תמלילי שיחות/ מזכרים שניהלו שני אנשי מכס אחד חוקר במחלקת החקירות והשני היה מנהל אגף שם שניהם עמדו בקשר עם המקבילים להם בארבה ועם מודיע בארבה שבעצם הוא זה ששפך אור על הפרשה הזו הם תיעדו את השיחות האלה ונערכו בהתאם למשתמע מהשיחות האלה מדובר היה בדברים הגובלים בעדות שמיעה- אכן זו עדות שמיעה, כתבו מה הוא סיפר להם כי המודיע לא הגיע לארץ ואז רצו להסתמך על הרשומה המוסדית כי זה סוג השגרה של העבודה של רשויות המכס ואז עלתה טענה כי ברגע שמדובר בשגרת חקירה פלילית יש סייג ואי אפשר להשתמש בחקירה פלילית אבל טענו כי כאן ההליך הוא אזרחי ולא פלילי ומותר להשתמש ברשומה פלילית אם היא מוגשת בהליך אזרחי וזו הייתה דוגמא שביהמש באמת אישר את זה.

ע"א המחוזי בבאר שבע 1124/97 לה בגט נ' עזריאל חיון- מדובר בסכסוך בין שותפים כאשר האחד תובע את השני על חוב הנובע מהשותפות הזאת השותף התובע מבקש להסתמך על מסמכים של ספקים כביכול כדי להראות את העובדה שהוא היה שותף ועל מה מדובר ביהמש דוחה את המסמכים הללו כמסמכים הנכנסים בגדר רשומה מוסדית למרות ששותפות יכולה להיחשב כעסק אבל זה לא נחשב רשומה מוסדית בגלל שגרת העבודה ולכן ביהמש דוחה את הבקשה להסתמך על המסמכים כרשומה מוסדית.

סיכומון: זה אחד הסעיפים שבעצם אם אתם בוחנים מבחינת השימוש לש דיני הראיות שבאמת אתם רואים שמדיינים עושים בהם שימוש לא מועאט מפני שכאמור הוא קל ונוח לשימוש מצד אחד וגם מצד אחר הוא פתח חריג נהדר להסימך על רשומות עסקים מוסדות, זה חוסך לך את הצורך להביא את האדם שעשה את זה. סיימנו את הכלל הפוסל עדות שמיעה – לא כיסינו את כל החריגים יש למעלה 30. עברנו על העיקריים של החריגים הללו החשובים שבהם.

כלל פסילה חדש: מעשים דומים ועדות על נטייתו של אדם לעבור עבירה או עוולה

למה הכוונה? אחד הדרכים שניסו להנהיג בעבר וגם כיום זה לנסות להוכיח את ההתנהגות שנטען כי הנתבע או הנאשם עשה או עבר על ידי הבאת ראיות בדבר נטייתו של האדם הזה אכן לעשות פעולות שכאלה. הנטייה קשורה לאופיו של אדם. הרי בעבר לפני למעלה ממאה מאה חמישים שנה באנגליה התירו להביא ראיות בדבר שמו הטוב של האדם כדי להוכיח שלא ייתכן שאדם עם שם כזה ינהג כפי שנטען שהוא נהג בדרכ בהיבט הפלילי בעצם שמו הטוב של האדם או אפיו הטוב, הייתה בעצם בבחינת טענת הגנה על ידי האדם שהואשם בהתנהגויות פליליות מפני שהייתה הנחה שאדם שנודע בציבור כאדם בעל אופי טוב חיובי הדעת לא נותנת שהוא ייכשל בפעולות פליליות אבל נראה איך יצרו דעה באשר לאופיו של האדם. יצרו את הדעה הזאת על ידי שאספו נתונים מהאנשים שהכירו אותו וביקשו כאמור על יסוד הנתונים האלה ליידע את ביהמש הייתם אמורים לומר, כאשר אוספסים נתונים על שמו של אדם בעצם מדובר בעדות שמועה אלא שמלכתחילה המשפט האנגלי באשר לשמו של אדם לא עשה חריג ואמר זה עדות שמיעה אלא קבע כי זה לא עדות שמיעה אלא עדות מקור כלומר הם דילגו על הבעיה להחריג את הנושא הזה של שמו הטוב של האדם בהתחלה מותר היה להביא ראיות מפני שכאמור זה לא נפל לגדר עדות השמיעה, נראה שלמעשה כשאדם ינסה להיתלות על שמו הטוב כדי להוכיח שלא יכול להיות שהוא נכשל במה שהוא נאשם כי אדם עם אופי כזה זה לא יסתדר שהוא יעשה כאלה דברי אדם הטוען לשמו הטוב הוא למעשה פותח לצד השני את ההזדמנות להביא ראיות להזים את הטענה הזאת- בהמשך.

פתחתי בנושא של ראיות בדבר אופיו של האדם ודווקא אופיו הטוב של האדם(עד היום בעצם אתם יכולים לראות במשפטים פליליים בדרכ שאנשים מביאים בדרכ ההגנה מביאה לידיעת ביהמש עדויות אופי כדי ללמד את ביהמש על טיבו של האדם שהוא הורשע זה עתה על ידי ביהמש ולפני שביהמש גוזר את דינו שידע ביהמש מפי אלו של אותם אנשים שמברים על אופיו שידע מי הוא האיש מה תרומתו מה הוא עשה וכו') האופי משמש כנסיבה מקלה לעניין גזר הדין. הרי צריך לומר שבשלב הזה של גזר הדין מרגע שאדם מציג את אופיו בלי קשר אם מציג או לא התביעה מורשית להביא עדויות דופי מורשית להביא ראיות על אופיו השלילי של האדם זה שהורשע כעת על ידי ביהמש וזה בדרכ יעשה על ידי שהיא מניחה ב]פני ביהמש את גיליון ההרשעות שלו על מנת ללמד את ביהמש כי האדם שהורשע כעת הוא לא הורשע לראשונה יש לו הרשעות קודמות וביהמש צריך לקחת לחומרה את העובדות הללו בדבר אופיו השלילי של האדם וזה מתכתב

עדויות האופי מצד אחד עם עדויות הדופי מצד שני זה מתקשר לשלב גזר הדין לאחר שאדם כבר הורשע בדינו. ומכאן אנחנו יכולים ללמוד שבשלב המוקדם יותר כלומר השלב של הבאת ראיות כדי לכריע את הדין כלומר לקבוע את אשמתו או את חפותו של האדם בשלב הזה של הבאת ראיות לקראת מתן הכרעת הדין יש איסור בהלכה הפסוקה וגם החוק החקוק ליידע את ביהמש בדבר עברו של האדם- בדרכ עברו השלילי של האדם, זה כאמור נקלט בהלכה הפסוקה מאנגליה במשפט המקובל שם הייתה מחלוקת ביחס לאופי הראיות הללו ואיך צריך להתייחס אליהם אותם ראיות בדבר עברו של האדם במיוחד שבאנגליה יש מושבעים שעלולים להיות משוחדים מן העובדה שהנה העומד בפניהם הוא אדם בעל עבר פלילי שכבר נכשל בעבירות דומות איך זה משפיע? האם אין כאן בעובדה הזאת שאתה מסגיר אותה לפני שהוכחת את אשמתו של האדם האם אין בעובדה שאתה מצביע על כך שהוא ממילא עשה דברים דומים הא לא ייתכן שאותו אדם יעשה גם הפעם למרות שלא הבאת הוכחות לגופו של דבר אלא הבאת הוכחות שבעבר עשה כאלה דברים באנגליה התווכחו האם עברו של האדם היא ראיה רלוונטית לצורך השאלה האם האיש עבר עבירה או עבר עוולה אזרחית. האם יש בעברו של האדם כדי לקדם את ההכרעה בנושא הזה? העובדה שבעבר הוא עבר עבירה האם יש בעובדה זו כוח פרוגטיבי הוכחתי שגם הפעם הוא כנראה עבר את העבירה? **פסק הדין המרכזי אצלנו המצוטט ביותר והרחב ביותר הוא פסק הדין של שייביץ ששם אגרנט פירט באריכות את הנושא הזה בדבר עדויותיו של האדם לעבור עבירות. שם רואים שאגרנט מנסה להבין בעצם מה טיבה של עדות כזאת ויש שני בתי ספר: האחת אומרת שמלכתחילה עדות בדבר עברו של האדם זה לא רלוונטי לנושא שלנו אין בכוח בדבר עדות כזאת אין בה שום כוח להוכיח את מה שטעון הוכחה ומצד שני יש האומרת כי העובדה של מי האיש העומד בפניו מה הנטיות שלו או מה העבר שלו זה כן רלוונטי מפני שבעצם זה יכול לעזור לך לשפוט יותר נכון את הטעון ההוכחה במקרה הספציפי כלומר אדם עם עבר פלילי במיוחד שמדובר בעבירות דומות לא ניתן לומר כי זה לא רלוונטי כי בהחלט יש הסתברות או ייתכנות שאדם חזר ועשה את אותו מקרה אלא מה אלה הטוענים שזה רלוונטי באנגליה אומרים שזה רלוונטי אבל מנגד יש לנו מושבעים שבעצם אתה באם תרשה להביא ראיה כזאת לידיעתם אתה משחד עלול לשחד את דעתם ולנטוע בהם את התחושה שפעם גנב תמיד גנב ומבחן האמת זה לא בהכרח כך ולכן באנגליה אמרו גם אם זה רלוונטי אנחנו יכולים לפסול את הראיה הזאת בשל העובדה שהכוח המשחד שלה גדול בהרבה מהכוח ההוכחתי שלה ולכן באנגליה החליטו שאין להרשות הבאת ראיות בדבר עברו של האדם או בדבר נטיותיו של האדם בשלב של לפני הרשעתו או ההכרעה האזרחית.**

ואז כאשר זו בעצם ההלכה הפסוקה אנחנו רואים שרידים לה או סימנים לה גם בחוק הישראלי-
ס' 163 לחוק סדר הדין הפלילי:

יש שם איסור סטטוטורי שבו המחוקק אומר כך- אם נאשם בחר להעיד אזי אסור לך לחקור אותו בחקירה נגדית באשר להרשעותיו הקודמות וכאן יש תוספת וסייג- אלא אם הנאשם העלה מעצמו כטענת הגנה את עברו הנקי את שמו הטוב ועברו הנקי או עשה זאת באמצעות עדים שהביא בעניין זה או חקר את עדי התביעה באשר לשמו הטוב. הסייג הזה אומר שאם הנאשם הוא שיזם להעלות את שמו הטוב כהגנה בשלב הזה של לפני הכרעת הדין הוא פתח לך התביעה את ההזדמנות לנסות להזים את הטענה הזאת כלומר על ידי הצגת ראיות בדבר עברו השלילי של הנאשם אבל אם הוא לא עשה זאת כלומר הוא לא העלה את שמו הטוב כטענת הגנה אזי אתה התביעה לא מורשים בשלב החקירה הנגדית של הנאשם לחקור אותו בדבר עברו הפלילי מדובר באמירת מחוקק רק ביחס למצב שבו הנאשם בוחר להעיד מה כאשר הנאשם בעצם בוחר לשתוק? מותר לו, האם אז מותר לתביעה בראיותיה להביא לידיעת ביהמש את עברו הפלילי שלילי של הנאשם? כאמור המחוקק שותק בעניין זה אבל ההלכה הפסוקה הרחיבה וקבעה כי האיסור על תשיפה על גילוי עברו הפלילי של הנאשם חל לכל אורך ההליך הפלילי כלומר גם אם הנאשם לא יוזם אסור לך לתביעה ליזום הבאת ראיות. למעשה יש בישראל את האיסור הסטטוטורי של חקירה נגדית של נאשם שבחר להעיד בדבר עברו הפלילי ויש גם הרחבה הלכתית שהאיסור הזה גם חל גם כאשר הנאשם בוחר לשתוק ולא להעיד מטעמו. כל זאת לפני הכרעת הדין. אנחנו קלטנו את הכלל הזה שכאמור באנגליה זה הוסבר ככלל שנועד למנוע משיוחד המושבעים אבל בישראל יש לנו שופטים מקצועיים ובכל זאת מטעמי זהירות מכילים את זה גם פה.

ניקח את המקרה הבא : על רקע האיסור של חשיפת עברו השלילי של הנאשם , עכשיו אנחנו נמצאים נניח בהליך פלילי- האיסור בדבר חשיפת ראיות בנושא עברו של הנאשם חל גם בהליך האזרחי וגם בפלילי- וכעת ניקח את הדוגמא הבאה : אדם מואשם נניח במסגרת תביעה אזרחית בעוולה של תרמית והוא למעשה מודה אכן בעובדות שהתובע טוען להן שיצרו את התרמית אלא שהוא מסביר שבעצם זה היה בתום לב לא הייתה לו שום כוונה רעה אני לא מתווכח על העובדות אבל אני לא עשיתי את זה מתוך כוונה לרמות את התובע קחו את אותן עובדות והפכו אותן לעבירת קבלת דבר במרמה במשפט הפלילי ואומר הנאשם כן נכון אני קיבלתי את הכסף הוצאתי אותו אבל לא במרמה זה היה בתום לב כלומר הנאשם טוען טענת תום לב, טעות או מקריות ובלשון אחרת הוא לא מתווכח עם היסוד העובדתי עם המעשה אלא במישור היסוד הנפשי האם הייתה לו כוונה הייתה לו מחשבה פלילית או אם לא? במקרה כזה כמו שאגרנט בשיימוביץ אומר שם : בואו נראה את זה ככה אתה יכול להאמין לאדם שאולי פעם אחת באמת נכשל בהתנהגות כזאת ובאמת אולי הוא נכשל בתום לב אבל אם האיש הזה פעם שניה עושה בתוך זמן קצר את אותו דבר אומר אגרנט כי זה לא מתקבל על הדעת אבל עדיין זה לא בלתי אפשרי, פעם שלישית הוא אומר זה בניגוד לתורת – התיאוריה בדבר המקריות , ההסתברות שזה משהו מקרי שלוש פעמים זה לא מתקבל. אדן מכוון את הנשק שלו לעבר ב פעם ראשונה הוא מפספס , פעם שניה פספס פעם שלישית הוא פוגע(דוגמא של אגרנט) והטענה שהוא לא התכוון לפגוע לא יכולה להתקבל על הדעת וביהמש אמור לקבוע כי יש כוונה פלילית והוא התכוון לפגוע ואז למעשה אנחנו עומדים כעת בפני שאלה משפטית מעניינת- האם כדי לסתור א טענת תום הלב טענת המקריות טענת חוסר הכוונה בהליך האזרחי או בהליך הפלילי מותר להביא ראיות בשלב הזה של לפני הכרעת הדין מותר להביא ראיות על מעשים דומים והתשובה היא שאם אכן ביהמש מתרשם שכוונת הראיות שהתביעה מבקשת להביא היא להזים ולא מסיבה אחרת אלא באמת הזמה של טענת הנתבע ואו הנאשם בדבר תום לב או מקריות אזי תורשה התביעה להביא עדויות בדבר מעשים דומים(לאו דווקא הרשעות קודמות) כלומר התביעה תורשה להביא דוגמאות של מעשים שבאופים דומים למה שבעצם נטען כלפי הנאשם או הנתבע כעת מידת הדימיון לא צריכה להיות זהה והזהות לא צריכה להתפשט על כל מרכיביה.

כמובן הוויכוח הוא ויכוח כפול בביהמש במקרים כאלה : האם באמת כוונת התביעה היא להביא ראיות כדי להזים את טענת הנתבע או הנאשם או שמדובר במניע אחר של לשחדאת דעת ביהמש שיש לנו כאן "תכשיט" שמנסה לסובב את ביהמש והוא לא טלית שכולה תכלת. איך נדע שבאמת אדם עתיד להתגונן במשפט בטענה של תום לב או מקריות? אם מדובר בהליך האזרחי כי זה יותר פשוט כי בהליך זה אתה יכול להשוות את כתבי הטענות הטענה היא מרמה ואז הנאשם מתגונן בכתב ההגנה ולהגיד אני ממודה שעשיתי את זה אבל לאמתוך מרמה ואז אתה מבין עוד בשלב תחילת המשפט שהנתבע מנסה לדחות את התביעה בטענה שלא הייתה לו כוונה, אבל בהליך פלילי זה מסובך יותר כי אין כתבי טענות זולת כתב האישום הנאשם לא צריך להסגיר את טענות ההגנה שלו ולא צריך למסור לביהמש שום כתב הגנה מטעמו ולכן עלתה הטענה- התביעה לא יודעת אידל הנאשם יתגונן מה גם שכאשר הוא נחקר במשטרה הוא מילא את פיו במים כלומר מה שיש לי לומר מה שיש לי לומר אני יאמר במשפט מה יעשה התובע? האם הוא יורשה שכתוצאה מכך שהנאשם לא הסגיר את אופן ההגנה שלו האם הוא יורשה בעצם בזמן הצגת ראיות התביע להקדים ולהביא מראש ראיות שאם והיה והנאשם יטען עכשיו במשפט שהוא לא יתכוון שזה היה בתום לב אני מקדים ומביא על מנת שאוכל לסתור זאת – התשובה היא לא התביעה לא תורשה להביא הבאת ראיות אלה גם כאשר הנאשם לא גילה איך הוא מתכוון להתגונן אלא מה במקרה כזה אם הנאשם באמת מפתיע את התביעה בכך שהוא עולה אל דוכן העדים ומעלה לראשונה את טענת תום הלב או המקריות אז תורשה התביעה בתום הראיות של ההגנה להביא מה שקרוי ראיות הזמה אם היא תבקש זאת הרי ראיות הזמה אלו ראיות שאתה יכול להביא לאחר שהוכחת שהופתעת ובמהקרה הזה התביעה לא יכלה לדעת מה יגיד הנאשם והוא הפתיע אותי בכל שהוא מעלה את הטענה של תום הלב לראשונה – רק בדרך של ראיות הזמה תורשה התביעה להביא ראיות בדבר מעשים דומים כדי להזים את טענת תום הלב או חוסר הכוונה שמעלה הנתבע. כאמור יכול להיווצר ויכוח האם הראיות שאני רוצה להציג בפני ביהמש הם ראיות של מעשים דומים או שלא, ביהמש באשר לשאלה הזאת מה זה מעשים דומים הוא בעצם מנחה אותנו בקווים כלליים בלבד כלומר כל מקרה לנסיבותיו ואומר לנו עוד משהו שחשוב- מידת הדימיון של הראיות שאת המביא כעת מידת הדימיון של המעשה שאנחנו בודקים כעת לא צריכה להיות

גדולה. מספיק שיש תכונות מסוימות משותפות ולא יותר אבל כאמור קשה לומר מראש מה יחשב כמעשה דומה ומה לא הכל תלוי נסיבות ומקרה.

*****הערה:** אתה לא יכול להעיד אדם במשפט ללא שהעלת את הדברים על הכתב אתה לא יכול להתפתיע את התובע מבלי שאפשרת לתבוע לראות מה הם אמרו, אתה יכול לקחת תצהיר ממנו אבל אתה לא יכול להפתיע ולהגיד הנה הבאתי עד- הדרכת עדים(בהמשך) אך יש איסור הלכתי ויש איסור בכללי לשכת עורכי הדין האוסר על צד במשפט להדריך את עדיו, יש איסור גם שאתם אמורים לדעת את זה של הפגשת עדים כלומר אסור בעצם לך להפגיש את העדים שלך זה עם זה על מנת לתאם את העדויות זה חמור ביותר גם אתי וגם נורמטיבי, הפרקליטים ועורכי הדין מכינים את העדים – יש חובה בדין ובכללי לשכת עורכי הדין לראיין את העדים שאתה מתכוון להעיד אותם בביהמ"ש אין מכניסין לאולם ביהמ"ש עד שלא ראיית אותו לפני כן. בשונה מהאיסור על הדרכת העדים. העניין של הכנת עד למשפט באופן הסטרילי שלו בהליך האזרחי צריך להראות לו את התצהיר ואם זה הליך פלילי צריך להראול לו את העדות במשטרה מה שנקרא לרענן את זכרונו לפני הכניסה לאולם, חלק גדול ממה שקרוי עדים עונים אתה רואה אותם בשלב מוקדם – שהם אומרים אני לא זוכר שאמרתי כאלה דברים וכו'. או אתה מראה לו והוא אומר אני לא זוכר שאמרתי זה למרות שנאי חתום על זה. אתה כבר מבין שהעד הזה בעצם נסוג בו מנסה לסגת מדברים שהוא אמר או בתצהיר או בעדות כשתיכנס לביהמ"ש הוא לא יפתיע אותך כשתבקש ממנו להעיד. ותצטרך להפנות את ביהמ"ש לכך שהעד סותר את דבריו ותצטרך לבקש את הכרזתו כעד עוין(בהמשך).

אתה ממורשה להביא מעשים דומים רק כדי לסתור טענת חפות של הנאשם אתה לא תורשה להביא הרשעות קומדות כדי להוכיח כי גם במקרים דומים הוא עשה את אותו הדבר זה חלק מהאיסור המקדמי יותר הכולל יותר שאומר **הכלל: אסור לחשוף עברו של האדם כדי שהחשיפה הזאת לא תשפיע על השופט שצריך לקבוע את העובדות. שני חריגים לכלל:**

- א. האדם בעצמו יוזם ואומר שמי הטוב
- ב. כאשר הוא אומר אני עשיתי את זה אני לא מתווכח על היסוד העובדתי אלא על הנפשי.

העניין של האיסור זה טוב למדינות ענקיות, אבל במדינה שלנו השופטים יכולים לזכור את הנאשם שוב ושוב שמגיעים אליו.

סיכומון: מעשים דומים רק כאשר התכלית לכך היא סתירת טענה אני יודע שיש טענה של הנאשם בדבר תום לב או בדבר חוסר בכוונת תום לב, לא העלה הנאשם את הטענה הזאת אתה לא יכול להקדים ולהגיד מה שבטוח אני יביא את זה מראש אלא רק אם אתה יכול להצביע איפה הנאשם טען בתצהיר או בעדות שהוא מודה במעשה אבל אל בכוונה רק אז תורה להביא מעשים דומים. בשלב של גזר הדין לאחר הרשעתו או חיובו של האדם בהליך האזרחי אזי בשלב של לקראת קביעת העונש או קביעת הפיצויים אתה בוודאי תורשה להביא לידיעת ביהמ"ש את עברו של האיש.

אם במעשים דומים אנחנו הבנו שלנאשם או הנתבע אין וויכוח עם התובע על כך שהוא עשה את זה אין וויכוח על המעשה האזרחי או הפלילי, הויכוח הוא רק על קיומו או אי קיומו של היסוד הנפשי הרי פעמים יש מצב שיש ויכוח על הכל **טוען הנאשם או הנתבע אני לא עשיתי את מה שאתם טוענים שעשיתי לא את היסוד הנפשי ולא את העובדתי לא עשיתי זה לא אני – במקרה כזה חרף האיסור הכללי של חשיפת עברו של האדם בשלב של לפני הכרעת הדין אם מדובר באדם שהתנהגויותיו הן כאלו שכל אחת מאותה התנהגות יש לה דפוס זהה כמעט לחלוטין למה שקורה במשפט הנוכחי כלומר שבעצם המשפט הנוכחי מהווה דוגמה מדויקת לדפוס פעולה ייחודי לאותו אדם, אין אף אחד כמותו אנחנו לא מכירים דבר כזה ובכל אם מדובר בהתפרצות לבית בשיטת פעולה כל כך מיוחדת שאנחנו יודעים שהיחיד המוכר לנו שעשה את זה הוא אדם מסוים אז אנחנו מורשים להביא עדות על שיטה כלומר על שיטת פעולה שבעצם היא השיטה המיוחדת המאפיינת אדם מסוים בלבד. בהיבט הפלילי נמצא את זה – הסדרתיים למיניהם. הצורה המיוחדת של אותה פעולה היא בדרכ ייחודית לאדם מסוים וכאמור זה אופייני לסדרתיים. ואז כמובן ברגע שחשפת את האדם שעומד מאחורי המקרה האחרון הדומה אתה יכול לייחס לו את כל הסדרה והמשפט מתיר את העדות בדבר שיטה.**

"כאשר תכונות הטמונות בכל אחת מעסקאותיו השונות של הנאשם והדומות לאלה הטמונות בעסקה נשוא האשמה מגיעות שעה שהן מצטברות זו לזו לדרגת הדימיון המראה בהכרח שהנאשם פעל לפי תוכנית פלילית(שיטה) שקבע מראש ואשר כל אחת מאותן העסקאות לרבות העסקה נשוא האשמה מהווה דוגמא נפרדת להגשמתה הרי לפנינו עדות שבכוחה להוכיח לא רק את יסוד הכוונה הפלילית אלא גם את המעשה הפלילי המיוחס לה מכאן יוצא שההבדל בין עדות שיטה לבין עדות על סמתם מעשים דומים הינו הבדל של דרגה של מידת הדמיון בין התכונות" ושא לסימני ההיכר אומר השופט חיים כהן: "צריכים הם להיות סימני היכר פשוטם כמשמעם שעל פיהם ניתן להכיר את הפושע הפועל אך בצורה זו ולא בצורה אחרת" שימו לב לביטוי הבא: "בחינת הכרנה למי החותמת והפתילים והמטע עד"- המקרה העצוב של יהודה המבקש לצעיר בניו לאחר ששניים קודמים אלוהים אסף אותם ותמר נותרה אלמנה והצעיר בבנים האמור ליבם אותה ואז הוא שולח אותה לבית אביה להמתין עד שיגיע אבל הוא פסח עליה ואומרים לה הנה יהודה בא למקום לבקר והיא מורידה את בגדי העבד שלה מכסה את פניה ועומדת בפתח האוהל ויהודה לא מזהה אותה וחושב שהיא זונה ואמר שהוא מבקש לבוא אליה ועליה והיא אומרת ומה תיתן לי? אני יתן עדר עזים ואיך אני ידע שתיתן?מה את רוצה כערבון? היא אומרת את המטע, וזה סימני ייחוד של אדם ואז הוא באמת מכניס אותה להיריון ומאוחר יותר אומרים לו כלתך זנתה, אז צריך לסכול אותה באבנים ואז לפני שסכלו אותה תציגו לו את המטע ואת החותמת והוא רואה שזה הוא, היא לא הוצאה להורג. אלה סימני ההיכר- הפתילים המיוחדים המטע. "יפה אמרו על סימני ההיכר שעליהם להראות כמו כרטיס ביקרו שהשאר הופשע במקום הפשע או כמו חתימת ידו שבו חתם על מעשהו"(חיים כהן בפס"ד קריב).

וסוגר דבר זה השופט ברק בע"פ 679/78 בפרשת כהן- אומר באשר לעדות שיטה כי לא תמיד למרות שעדות בדבר שיטה צריכה להיות עדות על התנהגויות או מעשים שי בהן כמו חתימה כמו סימן היכר מיוחד כמו שאמרנו אבל הוא אומר תלוי למה אתה צריך את השיטה אם אתה צריך את זה כראיה יחידה אין לך משהו אחר אתה צריך באמת דמיון מובהק אבל אם אתה צריך שהשיטה רק תסייע ראית סיוע לה שיש כבר אתה לא צריך שהשיטה תהיה סימן היכר של מאה אחוז אלא בפחות.

אחד השטחים שבהם לא מתקשים על סימן היכר כל כך מובהק לנושא שיטה זה כשמדובר בעבירות מין ובעיקר כשמדובר בעבירות מין בקטינים – כשמדובר בפדופילים או בעביריני מין שמיוחסות להן עבירות מין בקטינים כדי להוכיח את טענתה של המתלוננת מתירים הבאת ראיות בדבר הרשעות קודמות של אותו אדם בהתנהגויות דומות לא זהות אבל דומות כלומר בהחלט ניתן ללמוד מן העובדה שעברייני מן למשל פדופיל עומד כעת לדין והוא טוען טענת הגנה לא היו דברים מעולם אתה מורשה להביא לפני הכרעת הדין ולצורך הכרעת הדין אתה מורשה להביא את העבירות הקודמות שלו בנושא זה של עבירות מין אבל רק בהקשר של עבירות מין ולא בנושאים אחרים.

הורים במטפלים בילד והוא מוצא את מותו במחלה והתביעה אומרת הנעיין הוא בכך שאני מוצא עוד כמה קברים ועוד כמה מקרים דומים שאתה טענת בעבר את אותו דבר – מקרים דומים שבהן ילדים מצאו את ממותם בדרך הזו זו עדות למעשים דומים או לשיטה.

אישה מוצאת את מותה בכך שהיא נפלה באמבטיה וטבעה למוות באמבטיה טוען הבעל כי הגברת לקתה באפליפסיה וקיבלה התקף באמבטיה, ועדו שתי נשים מתברר בעברו הלא רחוק של אותו אדם מתו בדיוק באותה שיטה והתברר שלגבי כל אחת מהנשים היה ביטוח שמן אז אי אפשר להגיד שהמוות שלהן היה ללא סיבה, הנה דוגמא נוספת.

מעשים דומים ושיטה זה עניין של הפעלת ההיגיון – אתה יכול לעבוד עליו פעם אחת, פעמים זהו.

רקע:

הראיות החסיונות למעשה הם אותם ראיות שלמרות שהם רלוונטיות לדין המשפטי הן לא קבילות מטעמים שונים, שבאים בעצם להתגבר על הצורך בחקר האמת כלומר אם אנחנו מקבלים ראיה רלוונטית בשל יכולתה לקרב אותנו אל האמת העובדתית הרי ראיה חסויה יכלה לעשות פעולה זאת ולמרות זאת כאמור המשפטמחליט להפוך אותן ללא קבילות את הראיות הללו ועושה זאת על ידי הטלת חיסיון. וכפי שאנחנו נראה יש שני סוגים עיקריים של חיסיון:

1. החיסיון המוחלט- אותו חיסיון שבעצם לא ניתן להסירו או ליתר דיוק ביהמש לא יכול לצוות על הסרתו והיחיד לפעמים שיכול להחליט על הסרתו זה הבעלים של מי שעומד מאחוריו- נראה מקרה גם הבעלים לא יכול לעשות זאת. אבל החיסיון המוחלט הוא חריג ביחס לסוג השני שהוא הרוב. החיסיון המוחלט הוא המיעוט ובדרכ נמצא בשלושה מקרים: א. חיסיון שבין עורך דין ללקוח – הוא מוחלט במובן זה שביהמש לא יכול לצוות לא על עורל הדין וכמובן לא על הלקוח לגלות את מה שקרה במערכת היחסים שבינו ובין עורך הדין. נראה את העובדה הזו שכשפרקלטים מטפלים בהכנת הנורמות המשפטיות הם קרובים לצלחת והם יוצרים את המיגון הכי גדול וזה הנושא של חיסיון- לא קורה אצל רופא פסיכולוג וכו'. ב. החיסיון מפני הפללה עצמית- גם את החיסיון הזה מפני הפללה עצמית אין אך אחד שיכול לבטל או להסיר זולת בעל החיסיון כלומר אותו אדם שהחסיון הוא שלו. ג. החיסיון שבין כהן דת והמתוודה בפניו- וכאן אולי זאת דוגמא שאם על פי עיקרי הדת ההתודות של האדם צריכה להישמר בסוד אזי למעשה גם הכומר לא יכול להסיר את החיסיון הזה גם אם המתוודה יגיד לו תסיר.

2. החיסיון היחסי- כל יתר החסיונות נמצאים במסגרת החיסיון היחסי כלומר שלמעשה ביהמש מורשה בהתקיים תנאים מסוימים מורשה לצוות על הסרת החיסיון לטובת אינטרס אחר בדרכ הדאינטרס האחר זה עשיית צדק או מניעת עיוות הדין ואיפה מוסדרים החסיונות של דיני הראיות- חלקם כמו תמיד חלקם מוסדרים בפקודת הראיות כלומר בפרק הזה של פקודת הראיות שמטפל בראיות חסיונות החל בס' 44 ואילך וחלק אחר מוסדר בהלכה הפסוקה דוג': החיסיון שבין עיתונאי והמקור שלו שזה בעצם יציר ההלכה הפסוקה או דוג' אחרת החיסיון שבמסגרת הליך פשרה כלומר אותו חיסיון שמוטל על מו"מ בין צדדים לדין מתוך ניסיון להגיע ביניהם לפשרה מחוץ לכותלי ביהמש כל חילופי הדברים חסויים(יציר הפסיקה).

גם הנושא החסיונות כמו כללי פסילה אחרים לא הוסדר על ידי המחוקק הישראלי באופן סדור באופן ניצפה אלא למעשה החסיונות הסטטוטוריים נכנסו מתוך מקריות היסטורית מסוימת ואחר כך כאשר המחוקק ראה צורך והיה ציבור שדחף לכך כמו החיסיון שבין עובד סוציאלי לבין הלקוח שלו הכניס זאת המחוקק. לא עזר למשל לעיתונאי ישראל לדרבן את המחוקק הישראלי להכניס את החיסיון העיתונאי לתוך החוק זה יציר הפסיקה יש עדיין מקצועות שהם מחוץ לחיסיון לא על ידי הפסיקה ולא על ידי המחוקק. מה דעתו של גרוס בנוגע לחסייון שבין הלקוח לבין רואה החשבון שלו? זו שאלה טובה.

פרק חמש בסילבוס- חיסיון לטובת ביטחון המדינה ס' 44 ו46 חיסיון לטובת הציבור ס' 45 לפקודה.

לפני שנה היה תיקון 17 מאוד חשוב שבעצם הכניס תיקונים לחסיונות הללו- שימו לב שהתיקון מעודכן!

הטעמים הם ממש סוגים:

א אמון אישי, לאמור ישנם דברים שמתנהלים בין אדם לחברו באופן שצריך להבטיח לאנשים המנהלים שיח ישגרו בסוף אחרת אין ערך לאותם מערכת יחסים. חיסיון עתיק בשם יחסי האמון בין עוד ללקוח (יש בעצם סיבה להבין שהחסיון נולד ונולד במשפט האנגלי עי הפרקליטים) ולשם התביעה שהפרקליטים נכנסו לתמונה וקיבלו את ההיתר לייצג אנשים ותחילה זה היה ייצוג של אנשים נשואים. כאשר הפרקליטים באים במגע דחוף עם בימש הם אלו שדוחים על מנת לייצר את החסיון הזה ואי אפשר אחרת לייצר את החסיון. אי אפשר כאדם שהדברים שהוא מוסר לך ישמרו בסוד. ההסבר לתביעה הזאת הוא גם שעוד אומרים אנחנו לא יכולים להביא את הלקוח לשתף אותנו במערכת העובדות הרלוונטית אלא אם כן הוא יחוש בנוח להסגיר לנו גם את הדברים שהוא חושש מעצם חשיפתם. דוג אחרת יחסי אמון: אותם בעלי מקצוע כמו עוד גם שם נידרש אמון ופתיחות מלאה. רופא ומטופל- ככה גם החסיון של פסיכולוג ומטופל ולאחרונה גם החסיון של עובד סוציאלי. דוג נוספת גם היא עתיקה זה יחסי העדות המקודמים בין כהן דת למתווה. יש את העקרון הכללי שבשמו אנחנו גוזרים את החסיונות. לא מדובר ברשימה סגורה מדובר ברשימה מוכרת שהתפצחה במשפט המקובל אבל בשם העיקרון אנחנו ממשיכים לפתח אותם ולייצר חסיונות נוספים אם נוכל לשכנע את בימש שמערכת היחסים המיוחדת שיש לך עם אדם מסוים מצדיקה שמירה בסוד את הדברים שאתם מחליפים. ככה למשל נולד בארץ חסיון בין עיתונאי למקור. על מנת שהוא יוכל למסור את הידעה מבלי חשש.

למרות שהיו נסיונות בעבר להכניס או לגרום למחוקק לקבע את החיסיון האופן סטטורי לא צלח. דוג נוספת שפותח חסיון נוסף הוא עו"ד שמנהלים מו"מ לסיים את המחלוקת המשפטית שהובא בפני במימ"ש. ולצורך זה הם מעבירים מסמכים, אז הדברים האלה שהוחלפו בין עו"ד הם חוסים תחת חסיון מיוחד שהפסיקה הכירה. כך גן מערכת היחסים שבין הבנק ללקוח כדי לאפשר לבנק לנהל את ענינו של הלקוח התפתח החיסיון הבנקאי המיוחד הזה. אחר כך הוא קובע בתוך פקודת הראיות כל שאני אומר הוא למעשה אנחנו מדברים בחיסיונות שכאמור הם לא מהווים רשימה סגורה ומה שחשוב זה בעצם העיקרון שבשמו אנחנו מפתחים את החיסיונות הללו וכאמור החיים מזמנים לנו מערכות חדשות של קשרים גם המערכות הללו החדשות בעצם עשויות לתבוע אותנו לשמר את המערכת הזאת ולאפשר לה להתנהל באופן כזה שיאפשר לצדדים הנוגעים בדבר באמת להחליף דברים ביניהם מבלי חשש שהדברים יזלגו החוצה יש עדיין מערכות שלא זכו להכרה וייתכסן ובעתיד אנחנו נשמע על ניסיונות גם לגביהם לעשות את השימוש לחיסיון כך למשל עולה בדעתי החיסיון שבין רואה חשבון לבין הלקוח שלו וגם יועץ מס שהם עוסקים בנושאים מאוד אישיים של האנשים וכדי שיוכלו לתת את הייעוץ בדומה לעורך הדין הם זקוקים לחיסיון. אנחנו נראה שאפשר להתגבר על החיסיון על ידי הוראה מיוחדת של המחוקק שקובע שיש חובת גילוי למרות שיש חיסיון פקודת מס הכנסה היא דוגמא טובה לכך שמחייבת להסגיר אינפורציה שאכן יכולה להיות סודית

אז אמרנו שהחיסיונות נבנים על נימוקים על אינטרסים בין שהאינטרסים בנויים על יחסי אמון ויש גם אינטרסים חברתיים ציבוריים שבשם אנחנו מבקשים להטיל עיקול על אותה אינפורציה למשל החיסיונות מטעמים מדיניים אין ספק שאנחנו מדברים על אינטרס חשוב לכולם לשמור על ביטחון המדינה לאמור אינפורמציה הקשורה לביטחון המדינה לא תופץ ולא ניתן יהיה לגשת אליה גם כשמדובר באינפורמציה שהיא רלוונטית לבירור מחלוקת שבמשפט אנחנו נראה איך המחוקק עושה זאת אבל בשל ביטחון המדינה וגם יחסי החוץ אלו שני דברים השלובים בס' 44 גם לשמור על יחסי החות שלא ייפגעו מתוך הדלפת דברים שהגיעו למדיינים במשפט וההדלפה הזאת או הפרסום הזה יכול לפגוע ביחסי החוץ של מדינת ישראל דבר שבעיני המדינה יכול להיות חמור מאוד. נראה בס' 45 שאינטרס ציבורי חשוב גם שם אנחנו בעצם עשויים לבקש ולהטיל חיסיון אינטרס ציבורי חשוב כדוגמא של שיטות הפעולה המבצעיות המודיעיניות של המשטרה איך המשטרה הופכת את המידע המודיעיני שלה איך היא בונה וממקמת את התצפיות שלה לקראת

פעולות כאלה ואחרות ובכך שיטות הפעולה של המשטרה המבצעיות והמודיעיניות הם אינטרס ציבורי חשוב שלמעשה השר לביטחון פנים יכול בעצם להטיל חיסיון על הנושא הזה.

אלו קשת האינטרסים שבעצם בשמם, בגללם אנחנו מצדיקים את בניית החיסיון את הטלת החיסיון וכבר אמרתי לכם במבוא בשיעור הקודם שאנחנו מדברים על החיסיונות הפננו את תשומת הלב שיש שני סוגים עיקריים של חיסיונות הפחות מקובל זה החיסיון המוחלט החיסיון המלא – זה אומר שמשעה שמוטל החיסיון לאניתן להסיר אותו ולכן הוא נקרא חיסיון מוחלט המבחן למוחלטות שאין ביהמש מוסמך או יכול או רשאי לצוות על בעל החיסיון לוותר עליו או להסיר אותו וכך למשל הדוגמא המוכרת זה עורך הדין והלקוח מרגע שיש מערכת קשרים שהיא אכן נתפסת כמערכת שבין עורך הדין ולקוח ברגע שנוצרו קשרים שכאלה הרי הדברים שהוחלפו בין עורך הדין ולקוחו אין לביהמש יכולת לצוות על חשיפתם ולבל נטעה – בעל החיסיון במערכת הזאת הוא לא עורך הדין זה לא לטובתו אלא לטובת הלקוח הוא זה בעצם שעומד מאחורי החיסיון הוא ורק הוא כלומר ביהמש לא יכול לצוות עליו לוותר עליו והוא בעל הזכות הפריביליגיה הזאת של החיסיון וכמו כל בעל זכות הוא יכול לוותר ולומר נוח לי לוותר על החיסיון ואני מורה לעורך הדין שיגלה את מה שקרה במערכת הקשרים האלה(רק אם מדובר בסכסוך שבין עורך הדין והלקוח עצמו רק אז עורך הדין יוכל לסרב או יוכל לאלץ הרי לא תעמוד ללקוח בדרכ החיסיון המוחלט שאנחנו מדברים בו כי אחרת אנחנו לא מאפשרים לעורך הדין לעולם להסדיר את הפלוגתא שיש לו עם לקוחו אבל בכל עניין אחר שהוא לא סכסוך אישי עורך הדין ולמעשה אסור לו להסגיר את הדברים שהוא החליף עם הלקוח שלו לבד עם הלקוח בעצמו מורה על עורך הדין מטעמים שלו אני מסכים לוותר על החיסיון). דבר דומה מבחינת מוחלטות הוא הנושא של החיסיון מפני הפללה עצמית גם כאן אנחנו נראה כי החיסיון הוא מוחלט בכך שביהמש לא יכול לצוות על אותו אדם שהחוק העניק לו את החיסיון מפני הפללה עצמית אבל אם האדם עצמו מוותר על הזכות הזאת ומומכן להפליל מטעמים שלו אזי נראה שהוא יכול לעשות זאת ונראה שבשם הזכות הזאת הניתנת לוותר בשם הדבר הזה המשטרה מסבירה כדבר שבשגרה את החשודים על ידה לפני שהם מוסרים הודאה שיש להם זכות לשמור על הזכות מפני הפללה עצמית ולשתוק והם מוסיפים כי יש סנקציה ראייתית יש כאן עיוות רעיוני שמצד אחד יש לך זכות אבל מצד שני אנחנו נעניש אותך – אין דבר כזה במדינות אחרות. כאמור מי שיכול לוותר על החיסיון מפני הפללה עצמית הוא האדם שעומד מאחורי החיסיון. כך אנחנו עושים שימוש נרחב בהודאות נאשמים שיש בכך הפללה עצמית כפוף לכך שנוכיח שהוא ויתר מרצונו על החיסיון.

אמרנו כי יש שלושה סוגים של חיסיון מוחלט: בין עורך ללקוח, הפללה עצמית והחיסיון שבין כהן דת והמתוודה בפניו- כאן אגב להבדיל מהשניים הקודמים האחרים יכולים לוותר כאן לא ברור האם זה ייתכן שמדובר בהתוודות שלפי עיקרי הדת שמדובר בה הדת אוסרת על ויתור כלומר שגם אם המתוודה אומר לכהן דת בוא תגלה מה אמרתי לך אם הדת עצמה אוסרת על כהן הדת לעשות זאת הוא לא יעשה זאת תלוי באיזה דת מדובר ומה עיקרי הדת מלמדים בנושא הזה. יכול להיות מצב שאין אפשרות לחשוף את הדברים שהוחלפו בין כהן הדת לבין המתוודה מצב לא שגרתי אך ייתכן. דילמות נכתבו המון על הדבר הזה. מה יעשה כהן הדת הוא לכוד בדילמה ענקית מצד אחד הוא יפר את שבועתו זה נורא מצד שני אם הוא לא יזמין את המשטרה דמו בראשו אלה דילמות שכוהני דת חווים אותם.

לעומת זאת – כל יתר החיסיונות הם חסיונות יחסיים, כל היתר הכוונה היא גם לכל החסיונות ההלכתיים אלו שפותחו בהלכה הפסוקה או שיפותחו בעתיד כלומר יש הנחיה של בתי המשפט שכל חיסיון חדש שעתיד להתפתח מכוח העקרונות שהסברתי יהיה יחסי בלבד ולא מוחלט כלומר הסיכוי שאנחנו נפגוש בעתיד עוד חסיונות מוחלטים הוא סיכוי קטן אלא אם המחוקק בעצמו יחליט לעשות דבר שכזה שכאמור כעת אנחנו לא יכולים לצפות את האפשרות הזאת כי ההנחיה המועדפת ליצור חיסיון במקום שמוצדק אבל גם לשמור את האפשרות של הסרת החיסיון בהתקיים נסיבות מסוימות לא לסגור את האופציה הזאת של הסרת חיסיון כדי לא לפגוע בארכיב של עשיית צדק. המוחלטים הם רשימה סגורה. לא ניתן לדעת באיזה צורך ובאיזה אינטרס בעתיד ניצור חיסיון מוחלט. יצרנו את עו"ד לקוח ואחר כך יש ביקורת גדולה מאוד מכל הכיוונים מדוע הוא מוחלט להבדיל מבעלי מקצוע לא פחות חשובים שלא פחות מעורכי הדין צריכים לספק שירות רגיש ואינטימי לבני אדם והוא לא מוחלט. היו ויש לנו עוד מקרים בבתי המשפט יצא החוצה לפני שבוע שבועיים הוראה של בית המשפט לפסיכולוגים לחשוף את הרקורד הפסיכולוגי

של הטיפול שהוא נתן למישהי שהתלוננה בעבירת מין כאשר הטענה היא שכמובן העומד לדין שהאישה הזאת מעורערת בנפשה והנה אנחנו יכולים לפתוח את הרקורד שלה ולראות כמובן שהייתה תרעומת עצומה איך אפשר להלום עד שאתה מוצא את האישה שיש לה את האומץ להגיש תלונה ביהמ"ש יכול להורות לחשוף את הקשרים האינטימיים בינה לבין המטפל שלה- סיפור שנגיע אליו בהמשך.

זו המסגרת זה הרקע וזה דברי המקור לנושא של הראיות החסויות.

תיקון מס' 17 מתשע"ו- אלו שני תיקונים שהם רדיקליים התיקון הזה שינויים בשני הסעיפים 44 ו-45 וכאמור התיקונים הללו הם רדיקאליים בואו נראה מה קרה שהצריך את התיקון מה היה המצב לפני התיקון :

נמקד- נדון בחלק מאותם חיסיונות שפקודת הראיות מתארת לנו וגם ההלכה הפסוקה :

החסיון שקבוע בס' 44:

חסיון לטובת המדינה (תיקון מס' 17) תשע"ו-2016

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

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

מדובר כאן בשני אינטרסים מרכזיים מבחינת המדינה – שמירה על ביטחון המדינה ושמירה על יחסי החוץ של המדינה בשני המקרים מי שמופקד ממלכתית על הנושא הזה זה ראש הממשלה, ראש הממשלה שמופקד על כך ובצידו יש את שר הביטחון שגם הוא מוסמך אם הוא נתבקש או חושב כל בשם ביטחון המדינה להוציא תעודה שמטילה חיסיון על ראיה מסוימת וכך גם כשמדובר על יחסי החוץ ובצידו שר החוץ שגם הוא מופקד על יחסי החוץ שיכולים להוציא את התעודות המטילות חיסיון כאשר לדעתם ביטחון המדינה או יחסי החוץ שלה מחייבים שמירה בסוד את האינפורמציה שיש בראיה מסוימת שימו לב שאנחנו מדברים בעצם בראיות האמורות להיות במשפט עצמו ראיות שנחשבות לפי ס' 74 לחוק סדר הדין הפלילי – מרגע שהוגש כתב האישום וגם בעניין השימוע קצת לפני מותר לאדם לדעת את עיקרי הדברים ובעיקר מרגע הגשת כתב האישום ס' 74 קובע את הזכות המוחלטת של נאשם לעיין בכל חומר החקירה שנאסף נגדו על ידי המשטרה או על ידי רשויות החקירה האחרות כלומר מה שאינו כלול במושג של חומר חקירה ממילא לא ניתן להטיל עליו חיסיון כי וכאן צריך להדגיש כי העובדה שהוטל חיסיון לא הופכת את הראיה הזאת לסודית כלפי הנאשם כלומר אתה לא יכול על ידי הטלת חיסיון למנוע מהנאשם לדעת שראיה מסוימת הייתה בחומר החקירה אבל אתה הנאשם לא תוכל לעיין בה בגלל שהוטל עליה חיסיון היה ניסיון לשכנע שבעצם אין חובה לתביעה לחשוף קיומה של ראיה שהוטל עליה חיסיון כי היא לא חלק מחומר החקירה התשובה הייתה חד משמעית של העליון- ראיה לא יוצאת מכלל חומר החקירה רק משום שהוטל עליה חיסיון יתרה מזאת לא ניתן להסתיר את העובדה הזאת שקיימת ראיה כזאת אלא קיימת חובה לתביעה לחשוף לנאשם במסגרת הגילוי נ של ס' 74 אני מחזיקה בידי ראיה חסויה שהיא חלק מחומר החקירה לא תוכל לעיין בה בגלל החיסיון שהטלתי אלא אם והנה התוספת – תנקוט באותו צעד שס' 44 שומר לך כלומר פניה אל ביהמש בבקשה להסיר את החיסיון ומדוע? עד תיקון מס' 17 למעשה הנוסחא הייתה: " אלא אם מצא שופט של ביהמש העליון על פי עתירת בעל הדין המבקש גילוי הראיה כי הצורך לגלותה לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שיש לא לגלותה" כך היה נוסח של הסעיף הקודם כלומר מצד אחד יש לנו את ביטחון המדינה או יחסי החוץ שלה שבגללה מטילים חיסיון מצד שני יש משפט

שמתקיים אזרחי או פלילי, שבעצם טוען הצד השני הנאשם או הנתבע שאם לא יאפשרו לו חשיפת הראיה כלומר הסרת החיסיון הוא למעשה לא יעשה לו צדק השאלה היא מה זאת אומרת המונח הזה "לשם עשיית צדק" מה פירושו של דבר?

נלך לפסד מוביל ומרכזי שנכתב בנושא הזה על ידי השופט ברק – פס"ד מנחם ליבני ב"ש ליבני ואח' נ' מ"י- דובר באותה קבוצה שכונתה המחותרת היהודית שבשם האידיאולוגיה שהיא החזיקה היא עסקה בטרור, מנחם ליבני היה מבין המובילים במחותרת היהודים הוא ואח' נעצרו בחשד למעורבות במעשי הטרור הללו הוא ביקש לדעת איך הגיעו אליו מי כיוון את החוקרים או את אנשי השבכ למעשה מי היו המקורות ואיך בדיוק עלו על עקבותיו? כמובן ששר הביטחון הטיל חיסיון כמעט אוטו' כשמדובר בחקירות מהסוג הזה הטיל חיסיון שיימנע מכל חשוד או נאשם לדעת את שיטות החקירה של המודיעין של השבכ, ליבני לא השלים עם כך וסבר כי זכותו לדעת איך הגיעו אליו כדי לאפשר לו להתגונן יותר טוב. נפנה אל דבריו של השופט ברק: פסקה 4 לפסק הדין: " בהליך לפי ס' 44(א) לפקודת הראיות על ביהמש לאזן בחינת הכרח שלא יעונה בין שני אינטרסים מנוגדים מחד גיסא עומד האינטרס העומד ביסוד ההליך הפלילי כולו והוא גילוי האמת כדי שהחף פשע יזוכה... ההליך הפלילי בא להגשים את המשפט הפלילי דהיינו לקובע חפות או אשמה ומטרתו לחשוף את האמת זו מטרתו העיקרית ובשם כך יש לחשוף את כל חומר החקירה ודבר זה חשוב בעיקר בשיטה האדוורסרית שלנו... ס' 8 לפס"ד: "כפי שראינו ראייתו של החוק היא דו ממדית מחייבת קימות עשית צדק לעומת קימות של אי גילוי הראיה, קימות כזה [אשרי רק עם מעמידים את האינטרסים על מכה משותף אחד.. השאלה המוצגת אינה מופשטת צדק נגד ביטחון אלא קונקרטי הגורם להצגתה היא משפט המתנהל לעניינו זהו משפט פלילי, הבמה עליה תעשה ההכרעה היא משפט פלילי ספציפי התלוי ועומד שבו מובא לדין נאשם ספציפי עשיית צדק בהקשר זה משמעותה ניהול הליך פלילי הוגן שיש בו כדי לחשוף את האמת ולא לגרום לעיוות דין לאותו נאשם ספציפי העומד לדין" – זו הכוונה לצדק לא לגרום לעיוות דין. "שיקול זה עדיף על פני כל שיקול בטחוני אפשרי והוא מוסיף שום נימוק בטחוני ויהא הוא הנכבד ביותר אינו שוקל יותר במשקלותיו היחסיות של הליך פלילי נתון ממשקל הרשעתו של חף מפשע עדיף סיכויו של נאשם שאתא אשמתו אין להוכיח בשל הצורך לגלות ראיה שיש אינטרס ביטחוני שלא לגלותה על פני הרשעתו של נאשם שאת חפותו אין להוכיח בשל הצורך שלא לגלות ראיה חסויה" מה יעשה השופט? יורה למדינה לחשוף את סודות האטום שלנו? מה עושים? השופט יודע שאם בעיני המדינה החשיפה של סודות האטום זה דבר מזוויע יש שני אלטרנטיבות כאשר ביהמש מצווה על הסרת החיסיון וחשיפת הסודות יש למדינה אופציה לסרב לצו זה צו של עליון כי ביטחון המדינה מי שדן ומחליט זה רק העליון, התשובה היא זה לא שאני מבזה את ביהמש אבל אני יכול לאיין את הצו הזה על ידי כך שמה שאני עושה אני מוחק את האישום שייחסתי לנאשם שבמסגרתו קיימת אותה ראיה חסויה. ואז אין צורך לנאשם להיחשף אליה ואז צריך לבטל את כל כתב האישום בהרבה מקרים המדינה יכולה לומר לעצמה טוב לי יותר ומוטב לי לוותר על אישום גם אם הוא חמור מאשר להסתכן בסיכון ביטחון המדינה. מצד אחד השופט עשה את מלאכת הישפוט הנכונה בשם ערכי הצדק והיכולת של נאשם להוציא את חפותו לאור הוא ציווה על חשיפת הראיה מצד שני בשם ביטחון המדינה הדמינה יכולה לסגת מהאישום נגד הנאשם ואז נחסך הצורך בחשיפת אותה ראיה. אני מדגיש זאת כי שערנו בנפשכם שלא הייתה אלטרנטיבה כזאת – אין אפשרות לתביעה לסגת כתב האישום לאחר שהגישה אותו אין מצב כזה אבל במסגרת מצב כזה אני לא מקנה בביהמש שצריך לתת את הצו. נחזור לליבני- "במצב דברים כזה אומר ברק בס' 9 יש לבחון את חשיבותה היחסית של אותה ראיה תוך מתן משקל לראיה בהתייחס לחשיבות אפסית... " זאת אומרת הוא אומר כי כאשר מדובר באינטרסים של נאשם זה יכול להיות אותו אינטרס שיכול לתרום להגנה אבל זה לא מה שימנע את עיוות הדין ההסתרה היא לא תביא למצב של עיוות דין לבין חיוניות מרובה. כעת נפנה לפרקטיקה איך הדברים מתרחשים כאמור מוגש כתב האישום בשם ס' 74 בא נאשם ופרקליטו ומבקשים לעיין בכל חומרי החקירה ומתוודאים לכך שיש חיסיון על ראיה אחת או יותר באותו תיק בטחוני וכעת מה יעשה הנאשם או סנגורו בשמו? שימו לב כי הסנגור וגם הנאשם נמצאים באפלה כי הצו במטיל את החיסיון לא מסגיר מה יש בו הוא מסגיר את הטעמים בנוסחים כללים מדוע לדעת השר זה נוגע בביטחון המדינה, העליון במקרה הזה לא להותיר את הנאשמים באפלה מוחלטת אלא לגרום למה שקרוי החומר הגלוי לחשוף את החומר שלא יכול לסכן את ביטחון המדינה כלומר למצוא את הנושח שבה תתאר המדינה מה יש בראיה מבלי שהתיאור הזה יהיה בו כדי לחשוף את התכנים שלה

ושימו לב כי חלק ניכר מהוויכוח בין המדינה בין הפרקליטות לבין הסגור בעצם נוגע לשאלה הטרוםית הזאת האם המדינה חשפה מספיק כדי לאפשר לי לדעת על מה מדובר ולמה אני צריך לדעת על מה מדובר? כדי לדעת האם אני חושב או משער שמה שיש בראיה הזאת הייתה יכולה בעצם הראיה לסייע לי ולכן אני אפנה אל ביהמש בבקשה להסיר את החיסיון כלומר אתה לא יכול לפנות לביהמש בבקשה להסרת חיסיון מבלי להביא לידיעתו של ביהמש למה אתה חושב שמה שיש שם יכול לסייע לך למה זה חיוני למה אם לא תיחשף לראיה לא יעשה לך צדק. **כאמור הפרקטיקה בהנחיה של העליון היא לחשוף ככל שאפשר את התכנים של הראיה החסויה מבלי לסכן את עצם החיסיון עצמו.**

יש עוד מקרה שכדי לשים לב אליו של חיסיון הנודע לביטחון המדינה והכוונה היא לחוק העזרה המשפטית ששם יש סי' האומר כך: כאשר יש הסכם בין מ"י למדינה זרה ובמסגרת ההסכם הזה מתבקשת מדינת ישראל לגבות ראיות בארץ מאנשים מסוימים או לתפוס ראיות מסוימות היועמ"ש רשאי לסרב לבקשה הזאת אם לדעתו החקירה של הנוגע בדבר או תפיסת הראיות יש בה כדי פגיעה בביטחון המדינה. במקרה כזה שוב לא צריך להטיל את החיסיון על מנת למנוע את אותה ראיה כי כאמור היועמ"ש מוסמך בעצמו להחליט אם הובהר שמדובר בראיות העלולות לפגוע בביטחון המדינה הוא רשאי לסרב להיעתר לבקשת החקירה להיעתר לאותה בקשה.

שימו לב שהחיסיון מטעמים של ביטחון המדינה ויחסי חוץ זהו המקרה היחיד שבו לא ביהמש הדיוני ביהמש שבו מתנהל המשפט הוא זה שמחליט בדרכ ביתר החסיונות ביהמש שדן בתיק הוא גם זה שיחליט במתן החיסיון, כאן היחיד שמוסמך לדון בבקשה זה למעשה דן יחיד שופט עליון במקרה כזה בעצם אם אכן הנאשם מתרשם כי הראיה החסויה היא מסוג הראיות שהם חיינו מבחינתו הוא רשאי לעתור לעליון אם המשפט כבר מתנהל בבית המשפט הדיוני בדרכ במחוזי הוא יפנה אל ביהמש המנהל את משפטו ויגיד לו אני מבקש לעצור את המשפט משום שאני מבקש לעתור לעליון כדי לבקש ממנו הסרת החיסיון ביהמש המחוזי או הדיוני לא חייב להיעתר לבקשה הזאת ויחד עם זאת בדרכ אלא אם יש סיבות מיוחדות במינן הוא ייעתר לבקשה כדי לאפשר לנאשם למצות את זכותו בלי לחצים נוספים ואז כאמור הדיון עובר הוא נעצר בביהמש הדיוני ועובר לעניין הסרת החיסיון עובר לדן יחיד של העליון. מדוע בחר המחוקק לשנות ולהחליט בעניין ביטחון המדינה דווקא פורום של העליון? ניתן לשער שזה בשל הרגישות המיוחדת ביקש המחוקק לייחד את הנושא הזה לעליון מתוך הנחה כי השופטים בעליון מספיק מיומנים כדי שחומר שהם נחשפים בפניו יישמר ולא יעבור הלאה (גרוס טוען כי לא בטוח שזהו שיקול נכון משום שהשופטים המתמנים לכהונתם בבתי המשפט עוברים תחקירים בטחוניים - שופט מחוזי מתנהל בפניו כעניין שבסגרה תיקים בטחוניים סודיים ביותר אז מה ההבדל בין זה לבין הדיון בראיה החסויה) כאמור הצדדים עולים לעליון יש תקנות מיוחדות שמסדירות את הדיון בהקשר זה של הסרת החיסיון בעליון החומר שנוגע לחיסיון מוחזק בידי המדינה ומובא לדיון בעליון בשלב הראשון בעצם ביהמש יש בפניו את הבקשה הכתובה של הסרת החיסיון והטעמים לה ביהמש יכול להשלים את הבנתו את הדברים על ידי כך שהוא יזמין את הנאשם או את נציגו, הדיון בדרכ נעשה בדלתיים סגורות ובדרכ בלשכתו של השופט והרעיון הוא שהשופט ירצה לדעת לא רק למה לדעת הנאשם הראיה חיונית אלא כדי להבין למה היא חיונית הוא צריך להבין מה קו ההגנה של הנאשם איך הראיה משתלבת בקו ההגנה ובמקרה כזה הדיון ייערך בלשכתו של השופט במעמד צד אחד בלבד הסגור יופיע בפני השופט ויפרט למה לדעתו הראיה היא חיונית בתוך מסגרת קו ההגנה שהוא פורס בפניו כמובן שביהמש לא יחשוף את קו ההגנה אל הצד השני מפני שכאמור הנאשם לא צריך להודיע לצד השני מהו קו הגנתו. כעת יזמין השופט את נציג המדינה כדי שישביר לו נציג המדינה למה לדעתו היה טעם בצדק בהטלת החיסיון על אותה ראיה איפה משתלב ביטחון המדינה. מי שבעצם ראה את הדיונים האלה אנחנו מדברים על ראיות שנאגרו נאספו על ידי השבכ או המוסד כלומר אותם סוכנויות מודיעין מדובר בארגונים של חומר. החוק מאפשר לשופט העליון לבקש מנציג המדינה או נציג המשרד להצביע בפניו על אותה ראיה חסויה איפה היא נמצאת בתוך ים החומר ולתת הסברים איך היא נוצרה הראיה הזאת מי עומד מאחוריה מהם מקורותיה ודבר נוסף ביהמש לא רק שיכול לדרוש לעיל אלא יכול לדרוש תקציר מנהלים כלומר שיתמצתו לו את החומרים שבהם מדובר כלומר בעצם בצורה הזאת המחוקק מאפשר לשופט העליון מצד אחד להיחשף לחומר החסוי ומצד שני עדיין לשמור על אותו משאב חיוני של זמן שיפוטי יקר. לאחר שהשופט לומר את החומר החסוי הזה הוא צריך לעשות דבר שאנו מכנים אותו הוא הופך עצמו להיות סגור. בדרכ הוא אמור לדעת כבר מה קו ההגנה של הנאשם למה לדעתו הראיה היא

חיונית עכשיו היות והסנגור לא נמצא שם הוא עכשיו צריך לשים עליו גלימת סנגור כי הוא יודע את קו ההגנה ולחשוב האם הראיה הזאת היא חיונית הוא חייב למלא את מקומו של הסנגור שלא נמצא מטבע הדברים ולשער בעיני הסנגור המקצועי מה משמעותה של הראיה הזאת כמובן שאם מדובר במספר ראיות שנחשף אליהן **השופט הוא יכול להחליט האם יש באמת באחת מהראיות או בחלק מאותה ראיה משום אינפורמציה שהיא לא אמורה להיות חסויה כלומר הוא יכול להחליט שהוטל חיסיון על ראיה שלא בצדק ולהורות על חשיפתה לנאשם, הוא גם יכול לאחר שהוא שקל את הדברים מבחינת קווי ההגנה וגם את המשמעות הבטחונית באיזונים שהוא עושה להחליט האם מדובר בראיה שבלעדיה הנאשם לא יכול בעצם להוכיח את ההגנה. ואז במקרה כזה אם זאת תהיה מסקנת השופט הוא יכול לבוא עם החלטה מנומקת ולומר כי בעצם לדעתו עדיף הסרת החיסיון בשם הצדק מאשר ההסתרה שלה ואז ייתן צו. המקרים האלה די נדירים במרבית המקרים ביהמש לא מתערב בשיקול הדעת של מי שהטיל את החיסיון ובצדקת החיסיון עצמו ובדרך לא משתכנע כי הגנת הנאשם תקופח אם לא תיחשף אותה ראיה.**

בעיה נוספת שחשוב לשים לב – מעבר לעובדה שאנחנו נמצאים בעליון ואין אפשרות לערער על ההחלטה הזאת, כל זאת בס' 45 המצב הקודם לא אפשר הגשת ערעור על החלטה בנושא חיסיון רק בסוף המשפט כשאתה מערער על פסק הדין עצמו אתה יכול לערער גם על הנושא של אי הסרת החיסיון כי העיקרון הוא שאין ערעור על החלטת ביניים במשפט פלילי לבד אם המחוקק במפורש אומר זאת (פסילת שופט אפשר לדוג', ס' 74 גם אפשר) אבל לא כאשר מדובר בהחלטה בנושא הסרת חיסיון אין ערעור לבד מכאמור סוף המשפט. יתרה מזאת כשביהמש הדיוני מקיים את הדיון בנושא הבקשה להסרת חיסיון מי מקיים אותו? אותו שופט שיושב בדין כי כאמור השופט הדין בביהמש שלך הוא השופט שמנהל את המשפט שלך שימו לב כי השופט כבר נחשף לאות הראיה חסויה וגם אם הוא שופט מקצועי ויכול להתעלם הוא נחשף ויש כאן סכנה של הטעייה(רלוונטי לס' 45). בנושא של ביטחון המדינה זה רק עליון. על שני הדברים האלה נתן המחוקק את דעתו ושינה זאת.

בהקשר של ס' 44 פס"ד מחמוד מחאגנה נ' מ"י – הואשמו אותם נאשמים בכך שהם פעלו למען לכאורה עמותות צדקה בפועל העמותות הללו היו מגייסי כספים עבור ארגוני טרור כמו החמאס כדי להוכיח שאכן מדובר היה באותן עמותות שהן בעצם הזרוע הארוכה של ארגוני טרור ביקשה התביעה להעיד מטעמה מומחה לנושא מודיעין ושבתמסגרת עדותו הוא התכוון לסקור בפני ביהמש את תולדות העמותות הללו ומה המודיעין הישראלי יודע על פעילותן אותו מומחה התכוון להצביע על מפגשים שנפגשו הנאשמים עם מה שקרוי סוכני חוץ אנשים שבעצם פעלו ועבדו עבור מדינות אויב וארגוני טרור חלקו של החומר שהמומחה נסמך עליו הוא חומר גלוי שכל אחד יכול היה להגיע אליו ברשתות למיניהם ברדיו ובטלוויזיה אבל חלק אחר של המידע שהוא מסתמך עליו הוא חומר סודי שידועות רבות על פני שנים רבות ידיעות שנאגרו ונאספו בהסתמך גם על החומר הגלוי והחסוי המומחה מגבש את הדעה שנאשמים בעצם פעלו למען ארגוני טרור במסווה של גיוס כספים של עמותות צדקה. הנאשמים התנגדו להשמעת עדותו של המומחה בעיקר בקשר לחלק החסויה הטענה שלהם כי – מי שייצג את הנאשמים בעליון היה אביגדור פלדמן שטען בפני העליון שבעצם לא יכולה התביעה להעיד אדם מומחה שמבקש להיסמך על חומר חסוי שהרי בדרכ חומר חסוי מוטל עליו חיסיון ואכן במקרה הזה הוטל חיסיון על אותו חומר אבל אם הוטל עליו חיסיון אז מותר לנאשמים לבקש את חשיפתו ושתבינו בעצם יש כאן היפוך של דברים כשמוטל חיסיון המדינה אומרת אנחנו לא נשתמש בראיה שהטלנו עליה חיסיון כחלק מחומר הראיות שלנו זה לא מונע מהנאשם להסתמך הוא על החומר שהתביעה מבקשת ובמקרה זה של מחאגנה למעשה התביעה מבקשת להסתמך באמצעות המומחה שלה על החומר החסוי שנענת עליו כדי לבסס את המסקנות שלה בדבר טיבם של אותן עמותות שהנאשמים מואשמים שחברו אליה – אומר אביגדור פלדמן זה לא ייתכן הדבר הזה אי אפשר גם להטיל חיסיון וגם להסתמך על החומר החסוי מה גם כי ברגע שאתה חוקר את המומחה על דוכן העדים בחקירה נגדית והוא מסרב להשיב לך בטענה כי התשובות הן חלק מהחומרים החסויים בעצם אין ערך לחקירה נגדית כזאת אם חלק גדול מהחקיר הנגדית הופך להיות לא חקיר השופטת בייניש נדרשה לסוגיה הזאת ומשיבה כך: בכל מקרה חקירתו של מומחה המסתמך על חומר חסוי לא יכולה להבטל את כל חווי"ד שלו לא יכולה לאיין את כל חווי"ד רק משום שחלקים ממנה מתבססים על חומר חסויים העניין הזה שנמנעת ממך חקירה נגדית אפקטיבית לא יכולה להוביל למסקנה כי כל חווי"ד צריכה להיפסל כלומר הכל עניין של מידה כמה באמת מתוך השאלות הראויות להישאל בחקירה נגדית

כמה מהן באמת נפסלו או לא נענו בגלל הנושא של החיסיון לכל היותר בעצם המסקנה היא שכשניתנת חו"ד של מומחה גם אם המומחה מסתמך על חומרים חסויים אתה לא יכול לפסול את חו"ד כל שאתה יכול לעשות זה לעניין המשקל כשתבוא להעריך את מידתה של חו"ד תטען מצידך שאי אפשר ליחס לה משקל רב בגלל העובדה שלא ניתן לך אפשרות לחקור בצורה יעילה את העד. כשמדובר בחומרים חסויים מומחה יכול להסתמך עליהם כדי לגבש את חוות דעתו. יש כאן דיון בנושא הזה של מי הוא מומחה והכיצד יש להעריך את עדותו ואת מסקנותיו של המומחה והאם מורשה מומחה להגיע לגיבוש דעות ולמסקנות בהסתמך על חומרים חסויים שהוא לא יכול לחשוף אותן או את המקורות שלהם- כל זה בפסק הדין.

נעבור לתיקון המשמעותי של פקודת הראיות שהוכנס בהקשר הזה לסי' 44 ולאחר מכן לסי' 45 ונסביר אותו בעצם ואת משמעויותיו:

ס' 44 כיום:

חסיין לטובת המדינה (תיקון מס' 17) תשע"ו-2016

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

החידוש הוא בהליך הפלילי ולא בהליך האזרחי, הנושחא הקודמת שדיברה על עשיית צדק היא נוסחה עמומה שלא איפשרה לביהמ"ש להבין מתוכה של מה המשמעות של עשיית הצדק נכון שבליבני השופט ברק ניסה להבהיר את המונח הזה על ידי זה שהוא מקרה אותנו לאותה תובנה שכל אימת שיש חשש לעיוות דין אז אנחנו מגיעים למצב של אי עשיית צדק כלומר עשיית צדק זה מניעת מצב של עיוות דין. עיוות דין זאת אומרת משהו גרם להרשיע חף מפשע כלומר לולא חשיפה הראייה יש סכנה שאותו נאשם יורשע אל לא עוול בכפו. כבר ראינו לפני התיקון שבבתי המשפט בדרך של פרשנות החלו לכרסם בנוסחה הזאת בכך שלא שבהכרח אמרו שהראייה צריכה לגרום לעיוות דין אלא יש בה כדי להואיל להגנת הנאשם או שהיא חיונית להגנת הנאשם. המחוקק בעצם מאמץ אותם ומשתמש בהם בתיקון עצמו כלומר לא רק ראייה שיש בה פוטנציאל לגרום לעיוות דין אם היא לא תיחשף לנאשם אלא גם פחות מזה כלומר גם ראייה שבעצם אני לא יול להוכיח שבלעדיה יורשע הנאשם אל לא עוול בכפו אבל אני יכול להוכיח שהוא יתקשה להוכיח את הגנתו כלומר הי אחיונית להגנתו מהם המצבים הללו מתי הראייה עונה על ההגדרות הללו של חיונית או יעילה? גם כאן המחוקק לא הגדיר זאת והוא משאיר את המונחים הללו לפרשנות של בתי המשפט מה גם שבתי המשפט הם אלו שלפני התיקון יצרו את המונחים אבל לא פיתחו אותם המונחים הללו צריכים להתפתח במסגרת הפסיקה ולהתמלא בתוכן ממקרה למקרה כלומר הנושא של מהי ראייה חיונית ומתי היא יעילה ומה ההבדל בין חיוני למועיל הדברים הללו צריכים להתפרש ונראה בקרוב איך בתי המשפט יפרשו זאת אבל ניתן לומר בביטחון שמדובר בשני מצבים של מועיל וחיוני שהם שונים מהמצב היותר קיצוני של מניעת עיוות הדין או עשיית צדק כלומר לא צריך להגיע למצב שבו הראייה שאנחנו רוצים להסיר את החסיון ממנה היא לא צריכה להיות מהסוג שבלעדיה הנאשם יורשע אל לא עוול בכפו מספיק שמניעת הראייה מהנאשם עלולה לפגום, להקשות על יכולתו לחזק את הגנתו כלומר כל ראייה שהיא חיונית לביסוס ההגנה כל ראייה שהיא מועילה מבחינת קידומה של ההגנה יכול להיות שבית המשפט צריך לשקול את זה לטובתו של הנאשם ויחד עם זאת אל תשכחו שמה שהמחוקק אומר אתה לא צריך כשמדובר בביטחון מדינה ויחסי החוץ לא צריך לשקול אל מול מצב שהראייה הזאת עלולה לגרום לאדם חף מפשע להיות מורשע בדינו אלא גם אם לא תחשוף את הראייה הזאת הנאשם לא בדיוק יצליח אולי להוכיח את הגנתו או יתקשה לעשות זאת. אחד המבחנים שבפסיקה בעבר היו למשל האם מדובר בראייה מצטברת, ראייה שכמותה כבר יש לנו כלומר אם יש לך ראייה ואתה אומר הראייה החסויה הזאת יש בה כדי לחזק את הראייה שיש להוסיף עליה אז בתי המשפט היו אומרים מול

הסכנה של ביטחון המדינה אם מדובר בראיה שיש לך אותה כבר לא בהכרח צריך להסיר את החיסיון רק כדי להגביר את האמון שאתה רוצה שניתן בראיה הזאת היום ראיה שיש בכוחה אכן לחזק את האמון ראיה שבעצם יכולה להוסיף ולבנות את ההגנה שלך יכול להיות שגם אם היא לא ראיה מרכזית אבל היא תוספת איכותית לטענה שלך גם אם לא בלעדית או עיקרית אבל היא תוספת איכותית יכול להיות שהיא תיפול למסגרת החדשה של מועילה או חיונית אנחנו לא יודעים המה ההבדל בין חיונית או מועילה אבל נדע בהמשך.

הדבר הבא שאומר לנו התיקון :

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

שימו לב לעומת זאת נלך לאמירה המקבילה בס' 45 להזכירם בס' 44 אנחנו מדברים על מצב שעוצרים את ההליך בביהמ"ש כדי לעבור לעליון אבל בס' 45 נאמר כך :

הסיון לטובת הציבור (תיקון מס' 17) תשע"ו-2016

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

(תיקון מס' 17) תשע"ו-2016

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

זאת אומרת אם במקרה הראשון מטעמים של ביטחון המדינה בס' 44 עוברים לעליון ביהמ"ש רשאי להמתין עם המשך הדיון עד אשר העליון יחליט אבל הוא לא חייב הוא יכול להמשיך לשמוע את העתירה לעומת זאת בס' 45 ביהמ"ש כאמור אין בבירור העתירה כדי לעכב את בירור המשפט אלא אסניש נסיבות מיוחדות. בהמשך אנחנו מוצאים שני חידושים נוספים וזאת לגבי ס' 45 ולא 44. ס' 45 מחדש לנו את הדבר הבא : ביהמ"ש הדין בעתירה בעצמו להבדיל מס' 44 שמדובר בביהמ"ש עליון ולא בדיון כשמדובר בביהמ"ש עצמו שבעצמו להבדיל מס' 44 שבקשה להסרת החיסיון אומר התיקון את הדבר הבא : ס' 45(ג)

(תיקון מס' 17) תשע"ו-2016

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

נתעכב על הסיפא- החידוש הוא על הביקורת שהשופט הדין בתיק הוא גם זה הנחשף לראיה והנה אומר המחוקק במצב דברים כזה בהחלט רשאי ביהמ"ש להעביר את הדיון בבקשה מעצמו מהשופט היחיד היושב בדין לשופט אחר שלא יושב בדין של אותה ערכאה ואם מדובר בהרכב שופטים אזי הוא יכול להעביר את הדיון בבקשה הזאת לאחד משופטי ההרכב או למישהו מחוץ להרכב אפ"ז משהו מחוץ להרכב זה מובן לאור הביקורת הקודמת ככלומר שלא יהיה מצב שאחד השופטים יהיה נגוע בגיבוש דעהמוקדמת בגלל ההיחשפות לראיה איך זה מסתדר עם כך? האופציה שקיימת כעת שבכל זאת לא מישהו אחר מחוץ להרכב אלא אחד מחוץ להרכב זה לא מסתדר אבל כנראה שבזמן הכנת החוק העירו את תשומת הלב למצב שהוא בלתי א[שרי למצוא מישהו מחוץ להרכב להטיל עליו את המשימה הזאת זה מכביד וכו' גרוס לא מקבל את הטיעון הזה כי במצב המקביל מה קורה? כשמדובר בבקשה למעצר עד תום ההלכים לכאורה ההרכב

היושב בתיק יכול לדון בבקשה ולהחליט בה וכדי להחליט בבקשה בדרכי השופט נחשף לא רק לחומר הראיות אלא גם לעברו של הנאשם כלומר דבר שבעצם לא רצוי ולא נכון שיקרה. והנה גם שם נאמר לפי המחוקק כי ראוי ונכון להעביר את הדיון בנושא הבקשה למעצר עד תום ההליכים בפני שופט אחר שלא יושב בתיק עצמו אלא אם אין אפשרות להעביר את זה לשופט אחר ואז בעצם השופט היושב בדין מוסמך גם להיחשף לראיות ההצדקה היא בבתי משפט קטנים רחוקים אין שם בבית המשפט המקומי אין יותר משני שופטים ולכן אין למי להעביר את הדברים הללו ואז המחוקק רוצה להיות פרקטי ואומר כי השופטים הם מקצועיים. גרוס טוען כי המחוקק עשה כאן בנושא 45 וס' 21 לחוק סדר הדין הפלילי אותו דבר כלומר כשיש ברירה זה הדבר המומלץ והמועדף להעביר לשופט מחות להרכב אבל אם אין אפשרות אין בעובדה שהשופט נחשף לחומרים הללו אין בכך כדי לפסול אותו לאחר מכן או כדי לפגום בהליך עצמו.

והחידוש הנוסד הוא: כשמדובר בס' 45 בחיסיון מטעמים של אינטרס ציבורי חשוב שכל שר בממשלת ישראל יכול להחליט בתחום משרדו מהו האינטרס החשוב של המשרד שלו ולהחליט להטיל את החיסיון והנה כשמדובר בנושא של השר לביטחון פנים דווקא שם נראה כי ס' 45 או חלק גדול מהבקשות לחיסיון זה על ידי שר לביטחון פנים שימו לב לחידוש בס' 45(ד)

(תיקון מס' 17) תשע"ו-2016

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

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

הנה כי כן החידוש בס' 45 לעומת ס' 44 הוא בכך שבעצם מאפשר את העברת הדיון לשופט אחר מחוץ להרכב מה שהיה צריך וראוי שיקרה אין דבר כזה לגבי החיסיון מטעמים של ביטחון המדינה ואין משום שאין צורך כי בכל מקרה זה בדין יחיד בעליון וזה חוזר לערכאה הדיונית. לעומת זאת בס' 45 מי שמחליט זה לא העליון אלא ביהמש הדן בתיק עצמו וכאן יש את הסכנה אם אתה היושב בתיק גם צריך לקבל החלטה בעניין הראיה החסויה אתה נחשף אליה ואחר כך אתה ממשיך לשפוט אז עד התיקון היינו במצב שזה המצב היחדי כלומר השופט שיושב בדין גם נחשף לראיה כדי להחליט אם כן או לא להסיר אותה ואז ממשיך בדין זה מצב מסוכן למרות שהשופטים מקצועיים המחוקק מקבל את זה ולגבי המצב הזה בס' 45 אומר כי רצוי ונכון ששופט אחר מזה שדן בתיק עצמו או מזה שיושב בהרכב ידון בבקשה עצמה כדי ששוב לא תהיה

סכנה של הטעייה שוב אם החריג הזה שאם זה בלתי אפשרי בהרכב להעביר את זה מחות להרכב אין ברירה נחיה עם המצב הזה הגם שהוא לא המצב הראוי והרצוי.

שימו לב לעניין הבא שהוא בבחינת חידוש והוכנס בתשע"ו קבוע בס' 45א בלי לפגוע בס' 44 ו 45:

פגיעה הנגרמת מצירוף ראיות (תיקון מס' 17) תשע"ו-2016

45א. בלי לפגוע בכלליות האמור בסעיפים 44 ו-45, ראש הממשלה, או השר כאמור באותם סעיפים, רשאי להביע את דעתו כי מסירת הראיה עלולה לפגוע בביטחון המדינה, ביחסי החוץ שלה או בעניין ציבורי חשוב, לפי העניין, גם אם פגיעה כאמור עלולה להיגרם בשל צירוף הראיה וראיות אחרות, נוכח סוג המידע הנכלל בראיה, תוכנו או היקפו וגם אם הראיות האחרות אינן קשורות לאותו הליך.

יכול להיות מצב שבו הראיה עצמה מתוכה לא מקרינה ולא מוכיחה את הסכנה הזאת אבל אם אתה מצרף את הנמצא בוך הראיה הזאת לראיה אחרת גם אם הראיה האחרת מחוץ להליך עצמו כלומר הסכנה לביטחון המדינה למשל מתגבש רק אם אתה מצרף את שתי הראיות ביחד האחת שבתוך התיק והשניה מחוץ לתיק מתי מצב כזה יכול להתרחש? מה שאומרים שירותי הביטחון אנחנו מזחיקים בראיה שאנחנו יודעים שאם מי שיקבל אותה יצרף אותה לחומר אחר שהוא מכיר אז בעצם תתגלה הסכנה לביטחון המדינה כלומר יכול להיות שהחומר האחר שהוא מכיר אינה חושפת את ביטחון המדינה אבל אם עכשיו אני יחשוף לו את הראיה שאני מכיר והוא מכיר ראיה אחרת הצירוף של שתיהם יוליד את הסכנה לביטחון המדינה המחוקק אומר כי גם אם הראיה שאתה בוחן אותה בפני עצמה לא חושפת את הפגיעה בביטחון המדינה אבל אם אתה מצרף את הראיה הזאת לראיה אחרת בין שהיא בתיק ובין שהיא מחוצה לו ואז אתה מגיע למסקנה שיש סכנה לביטחון המדינה זה בסדר גם במקרה כזה הראיה שאנחנו מבקשים להטיל עליה חיסיון יהיה מוצדק גם אם היא בפני עצמה לא מוכיחה ולא מלמדת על אותה סכנה.

נלך לליבה של ס' 45- חיסיון לטובת הציבור:

חיסיון לטובת הציבור (תיקון מס' 17) תשע"ו-2016

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

זה היה המצב כמו בסעיף 44 לפני התיקון ולאחר התיקון (מה שמסומן). השאלה היא מה זה אינטרס ציבורי חשוב? זהו ס' סל שבעצם מתגבש צריך להתגבש בעיניו של השר הנוגע בדבר אין הגדרה של הפסיקה בוודאי גם לא של המחוקק מה זה אינטרס ציבורי חשוב כמובן הוא צריך להיות אינטרס כזה משמעותי בעל משקל שבשמו אנחנו יכולים להצדיק הטלת חיסיון על ראיה אנחנו כאן פועלים במסגרת הליך משפטי זה לא שבאים לשר ואומרים יש כאן חומר שכדאי מראש שאנחנו נטיל עליו חיסיון אנחנו מדברים בהקשר של הליך משפטי כלומר יש הליך משפטי הפרקליטות מבינה שבין חומרי החקירה יש ראיה שאם נחשוף אותה לנאשם/ כפי שאנחנו נדרשים לעשות במסגרת ס' 74 אם נחשוף אותה עלול אינטרס ציבורי חשוב להיפגע אז שוב ההדגמה ורוב המקרים בעצם שוכנים בעיקר במשרד לביטחון פנים משרד המשטרה רוב הפסיקה גם בארץ וגם בחול בנושא הזה כלומר שברור למשל שתיק החקירה מתבסס על תפיסה של סמים הגעה אל תחנת הסמים לאחר קבלת מידע מודיעיני שקיימת תחנה כזאת באיזהו מקום ועריכת תצפיות ממקום סמוך לתחנה כדי לעכוב מה קורה שם והנה אחרי שבאמת מאמתים את המידע הזה ורואים שמדובר בתחנה פעילה שולחים את כוחות המשטרה כדי לנקוט בכף את מי שנמצא שם והמשטרה מדינה עכשיו לאחר שתפסה את החשודים מגישה נגדם כתבי אישום שבעצם כחלק מחומר החקירה זה מקום התצפית. צריך להטיל חיסיון על פעולות המשטרה כדי לא לפגוע על

היכולת שלה בעתיד להפעיל את אותה שיטה וכדי להגן על אותו אדם שנתן את המידע למשטרה בדרכ זה מקומות פרטיים ומאפשרים למשטרה לתצפת משם ואם תחשוף את זהותם זה יפגע בהם. אם למשל הנאשם יטען אני לא הייתי באותו מקום שכביכול נטען שהייתי בו ואתה טוען שיש לך מודיע שטועם שראה אותי מגיע לשם אז חלק מהבקשה שלי זה שתביא את המודיע- בדרכ המודיע הוא דבר שמטילים עליו חיסיון כדי לא לפגוע בו וגם כדי לאפשר להשתמש בו בעתיד הנושא של חיסיון מטעם של אינטרס ציבורי חשוב זה כאן. המודיע, מקומות הצפית שיטות העבודה וכו'. בהקשר הזה היות ומדובר בחיסיון יחסי בלבד ולא מוחלט גם כאשר מדובר בשיטות פעולה שבאמת חשוב להסתיר אותה גם כשמדובר במודיעין חשובים שבלעדיהם המשטרה לא יכולה לעבוד אבל אם שיטות העבודה ואו המודיעים הם קו הגנה חשוב וחיוני אזי למעשה לא תהיה ברירה אלא באמת ביהמש נאלץ להורות למשטרה לחשוף את המודיע.

שימו לב כי באותו מקרה והם די נדירים המדינה לא תחשוף את המודיע ואל את הצפית אלא תבטל את כתב האישום. לדוג' פס"ד גרינברג- סחר סמים מעבר לגבול הלבנון המשטרה טוענת שהיה נוהג והיה מקרה קונקרטי שבו סוחר סמים מלבנון הגיעו לגדר ובמסגרת הסדר מוקדם השליחו את הסם מעבר לגדר לסוחר סמים שהמתין שם המשירה תופסת מקרה כזה כלומר היא מחכה שהדבר ייעשה מחכה שהרכב יעזוב את הגדר ובהמשך תופסים את הנהג, טענת הנהג אתם טועים זה לא אני לא הייתי שם מעולם רצה הגורל ולא רחוק מאותו מקום מפגש בגבול ויש שם עמדת תצפית של צה"ל שמאפשרת לעמדה הזאת לתצפת על קטע מהגדר אל תוך לבנון ואז הנאשם אומר אתם יודעים מה יש עמדת תצפית למה להווכח השגרה של עמדת התצפית זה תיעוד אירועים בואו נראה מה כתוב שם יבוא מפקד התצפית יביא את יומן המבצעים ונראה מה כתוב אם כתוב שראו אותי הלך עליי אם לא הלך עליכם, פונים לשר הביטחון ומבקשים להטיל חיסיון על מקום התצפית וכמובן על יומן המבצעים הטעם לכך זה בשם ביטחון המדינה. מגיע המקרה במסגרת ס' 44 לדיון בפני השופט ברק, ברק מסתכל בתיק ואומר לאנשי הצבא או לפרקליטות כי מדובר בראיה שיש עימה הגנה מהותית ראייה מהותית ומרכזית ובלעדיה הנאשם לא יכול להוכיח את חפותו על זה יקום או יפול דבר ואז זה אחד המקרים הנדירים שביהמש מורה למדינה לחשוף את הראיה, יומן המבצעים והמיקום בפועל המדינה לא חושפת כלום אלא מבטלת את כתב האישום נגד אותו נהג.

אם נסתכל על ס' 44 ו-45 באפקלריה של המחוקק להגן מצד אחד על ביטחון מדינה ויחסי חוץ ובס' 45 על אינטרסים ציבוריים חיוניים בעיקר בתחום המשטרה אגב לא רק המשטרה אלא כמובן היחידות החוקרות האחרות זה יכול להיות רשויות המש המכס וכו'. מה שלא פחות חשוב זה נוסחת האיזון כלומר הנוסחה ששלטה בעבר שכל אימת שהראיה שהוטל עליה חיסיון אי חשיפתה עלולה לגרום לאי צדק במובן של עיוות דין התברר שהמונת הזה הוא גם עמום וגם צר מידי ולכן באמת הפסיקה הרחיבה אותלו מעבר לגבולותיו לא רק אי עשיית צדק אלא גם כל ראייה מועילה וחיונית ואכן באמת מועילה וחיונית זה הרבה פחות מאי עשיית צדק שעלולה לעזור ולסייע ומצד שני האם אתה יכול לעזור גם בלי העזרה הזאת כי אל תשכח אומרים לשופט זה חשיפת ביטחון מדינה או יחסי החות מהצד השני של המטבע אבל שוב המסקנה היא שאתה לא צריך לחפש אחר ראייה כל כך קיצוני ית שתביא להרשעת חפץ מפשע אלא גם ראייה שהיא פחות מזה גם ראייה שמצטברת יחד עם ראיות אחרות יכולה לחזק לתמוך בהגנת הנאשם. ובכל מקרה כל מקרה לנסיבותיו אי אפשר לקבוע באמת דבר כללי מבלי בעצם לפגום ברגע שאתה מנסה לעשות הגדרה כללית לפגום במקרים אחרים כל מקרה לנסיבותיו. לעולם תזכרו שבעצם תמיד יש דרך נסיגה יש מפלט למדינה המפלט הוא בכך שנאי לא מציינת לצו אני לא חושף אני מעדיף לבטל את כתב האישום הזה ולא לחשוף. אסיים עם אותו חידוש כיום שהוא תולדה של ביקורת צודק שאם לא מדובר בביטחון מדינה אלא בס' 45 הערכאה הדיונית היושבת בדין אזי למעשה למה אתה מאפשר לשופט היושב בדין הליחשף לראיה החסויה ואז להמשיך לדון בתיק ואז התיקון מאפשר להעביר את לשופט אחר או לאחד מחברי ההרכב.

מה עם יתר הראיות החסויות? החיסיון שבין רופא ומטופל, מי שמחליט בעניין הוא ביהמש הדן במשפט עצמו גם שם אין את ההוראה המקבילה הזאת- בהמשך.

על החלטה בגין ראייה חסויה מטעם בטחון המדינה ויחסי החוץ לא ניתן לערער שכן- נידונה היא בעליון ואין שום ערכאה מעליו. על החלטות בגין ראיות חסויות אחרות ניתן לערער כאשר עד לתיקון לא היה ניתן לערער באמצע המשפט (החלטת ביניים) אלא בסוף המשפט במסגרת ערעור על פסק הדין לערער גם על ההחלטה, היום זה לא כך.

עד לתיקון לא ניתן היה לערער והדרך היחידה זה להמתין עד סוף המשפט זה להגיש ערעור גם על הנושא של החיסיון כיום לא כך.

מה שנותר לנו זה שתי חטיבות של ראיות חסויות- חיסיון של עו"ד לקוח בתרגול, עם גרוס את השאר. במפגש הבא נתעכב על החיסיון מפני הפללה עצמית שזה חיסיון גדול מאוד. ונמשיך את החיסיון בס' 49 עדות רופא ואולי גם את החיסיון שבס' 50 פסיכולוג. חיסיון של בעל מקצוע מסוים דומה לאחר.

18.12.17

המשך ראיות חסויות, ההסדר המיוחד הסטטוטורי מטעמים של ביטחון המדינה יחסי החוץ ואינטרס ציבורי חשוב. לגבי שני סוגי החסיונות הללו ראינו מובן של השר לביטחון פנים שהוסמך להעמיד לידו אנשים שיעזרו לו בהכרזות האלה של חיסיון מטעמים של אינטרס ציבורי חשוב ראינו את החידוש שנדרש כבר מזמן של הסמכות להעביר את ההחלטה האם להסיר או להסיר חסיון מטעמים של אינטרס ציבורי חשוב, הביקורת הייתה כי ביהמש הדין העניין כי לא ראוי שהוא יפסוק בראיה כי צריך להעביר זאת למי שלא דן בתיק העיקרי והמחוקק נתן את דעתו בעניין זה בתיקון. כשנגיע לראיות האחרות היחסיות כמו החיסיון שבין רופא ומטופל וכי נראה כי ההסדר הזה התיקון הזה שנכנס לתוקף לפני כשנה לא הוכנס לגבי הסעיפים האחרים עדיין שם אותו ביהמש אין לו הסמכה להעביר את הבקשה לעיון לשופט אחר מטעמו של המחוקק זה לא קרה ואין למרצה הסבר לכך. מדוע המחוקק צמצם זאת רק לאינטרס ציבורי חשוב- בהמשך.

היום נדון על החיסיון המוחלט השני לאחר החיסיון שבין עו"ד ולקוח והוא החיסיון מטעמים של הפללה עצמית:

זהו חיסיון אחד הוותיקים שיש לנו בהיסטוריה המשפטית לא רק הישראלית אלא גם באנגליה וכמו שלפעמים הדבר מתרחש כשמסתכלים על המקורות ההיסטוריים חושפים שבעצם הכלל הזה נוצר לא בדרך סדורה שישבה וועדת מומחים ובחנה את הדברים אלא אירוע היסטורי שמתרחש מתגלגל ומביא לתוצאה – במאה ה-17 באנגליה היה מתח בין בתי המשפט הכלליים של המלך לבין בתי המשפט הכנסייתיים אז באותה תקופה לכנסיה אספה כוח וכסף דבר לא יאומן במושגים של היום היא הייתה בעלת הנכסים הגדולה ביותר במרחב הממלכתי ומטבע הדברים המתח הזה בא לידי ביטוי גם בנושא של סמכויות השיפוט בין בתי המשפט הכלליים של המלך לבין בתי המשפט הכנסייתיים שהיית מצפה שבת המשפט הכנסייתיים יעסקו בתחומי דת בלבד אבל הם רצו להרחיב את סמכותם עד שהגיע מקרה שבו מועמד לדין אדם בשם לילנבלום והאשמה לגביו הוא כפירה כלומר הוא לפי האישום הוא פרסם בכתב דברי כפירה נגד הכנסיה ודבר כזה באותה תקופה זה היה נורא הוא הועמד לדין בפני ביהמש הכנסייתי באנגליה וכאשר הוא נדרש להביע את דעתו מי זה שבעצם עומד מאחורי המעשה שלך איך השגת את החומר שעל פיו אתה מפרסם את דברי הכפירה הזה הוא אומר כי עד שאני משיב לכם אני רוצה לדעת מי עומד מאחורי האישום הזה איך הגעתם אליי ואז הם מסרבים להסגיר מי הם המתלוננים בעניין שלו מי הסגיר אותו והוא אומר עד שאתם לא מגלים לי מי עומד מאחורי האישום שלי אני לא משתדףעולה הוא נשפט במקום על ביזיון ונשלח לכלא ומתוך הכלא הוא פונה לביהמש הכללי של המלך ואומר כי בניגוד לחוקי המדינה מחייבים אותי להשיב לאישום מבלי לתת לי את זכויותי הבסיסיות ולגלות לי מי עומד מאחורי כתב האישום שלי, הייתה שאלת סמכות מדוע ביהמש הממלכתי מוסמך לבקר את ביהמש הכנסייתי וזו הייתה הזדמנות לביהמש הממלכתי לבוא חשבון עם ביהמש הכנסייתי, הלורד קרוק מציא מימרה לטינית שזה בניגוד לחוקי המדינה חוקי הטבע לחייב אדם להפלייל את עצמו מבלי שמסבירים לו מי המאשים. מאיפה הגיע המימרה הזאת? השופטים ממצאים את זה ומסבירים שזה כלל ותיק ותיק יומין אבל זה היה באמצע המאה ה-17 הוא פעל נהדר כדי להנמיך את קומתם של בתי המשפט הכנסייתיים, דווקא הפרוצדורה בפני ביהמש הכנסייתי הייתה יותר ליבראלית ומתחשבת עם נאשמים מאשר אלו של המלך ולמה? כי אם עמדת לדין פלילי ביהמש של המלך לנאשם לא היו כמעט שום זכויות. בביהמש של המלך לנאשם בכלל אין זכות להעיד. למה נאשם צריך להעיד? הרי הם ממשיכים ומסיברים כי התביעה צריכה להוכיח את האשמה מעבר לכל ספק סביר אם העדים משכנעים אותנו של התביעה ובאמת הם הוכיחו מעבר לכל ספק סביר אז מה יש לנאשם לעשות? לא יעלה על הדעת לאפשר לך לעלות ספק סביר אחרי ששמענו את עדי התביעה והשתכנענו שאין שום ספק! בסוף המאה ה-19 פעם ראשונה מקבל נאשם זכות להעיד במשפטו ולהביא עדין מטעמו עד אז הייתה תפיסה עקומה לגמרי והתפיסה האדוורסית היא תולדה של סוף המאה ה-19 ולא יותר.

כאמור באמצע המאה ה-17 ביהמש קובע כלל לראשונה שאומר שזכותו של אדם שלא להיות עד נגד עצמו או לא להפלייל את עצמו העיקרון הזה בעצם עבר כמו אש בשדה קוצים מהר מאוד אל כל יתר המדינות שבאותה תקופה היו תחת השליטה וההשפעה האנגלית של אנגליה כמו למשל ארהב של אמריקה היא באותה תקופה נבנית על מתיישבים מאנגליה שעברו מארהב. כאשר

האמריקאים מכריזים על עצמאותם הם יוצרים גם את החוקה כולל התיקונים לחוקה התיקון ה-5 לחוקה שבאמת באותה תקופה הוא קרוב להכרזת העצמאות מדבר בין היתר התיקון ה-5 על אי הפללה עצמית כלומר שזכותו של אדם שלא להיות עד נגד עצמו עד היום למעשה אתם תשמעו את הביטוי הרווח אני רוצה להיתלות על החיסיון שיש לי בתיקון ה-5 לחוקה. האמריקאים מביאים מאנגליה את המשפט האנגלי ובתוכו כבר אז מאה שנה אחרי שנוצר הכלל הזה בתוכו הכלל של אי הפללה עצמית שמעוגן בחוקה עצמה. וכך עשו גם יתר המושבות של פעם, קנדה אוסטרליה וכו'. המשפט האירופאי שהוא בעצם הוא היריב מבחינת שיטת משפט האינקוויטורי הוא קלט אחר כך מאוחר יותר את הכלל הזה של אי הפללה עצמית. הכלל הזה נתפס בהיסטוריה המשפטית כאחד מההישגים של האדם הנאור – גרוס כתב מאמר בהקשר הזה של החיסיון מפני הפללה עצמית לפני מס' שנים הציב סימן שאלה גדול האם באמת החיסיון מפני הפללה עצמית היום הוא אכן מסמך קדמה אצל האדם הנאור- גרוס חשב שהוא לא מסמך קדמה יותר משהוא מועיל לנאורות הוא פוגע יש פה שימוש ציני של מי שזקוק לו לא יודע להפעיל אותו ומי שלא זקוק לו משתמש בו לרעה- בהמשך.

כאשר מדינת ישראל קלטה את המשפט המקובל האנגלי בתקופה שהבריטים היו כאן בארץ ממילא גם קלטנו בתוך זה את הכלל של החיסיון מפני הפללה עצמית הוא היה מעוגן ב-1927 בס' (2) בפקודת הפרוצדורה הפלילית:

חקירת עדים ע"י קציני משטרה וכו' מס' 32 לש' 1944

2. (1) קציני משטרה בדרגת מפקח ומעלה, או כל קציני אחר או סוג אחר של קצינים המורשים בכתב, בדרך כלל או במיוחד, על ידי שר המשפטים, לערוך חקירות על ביצוע עבירות, רשאי לחקור בעל-פה כל אדם המכיר, לפי הסברה, את עובדותיה ונסיבותיה של כל עבירה, שעליה חוקר אותו קציני משטרה או אותו קציני מורשה אחר כנ"ל ורשאי הוא לרשום בכתב כל הודעה, שמוסרה אדם הנחקר כך.

זה בעצם המקור ההיסטורי מאיסה למשטרה יש סמכות לחקור אותו – למשטרה יש סמכות מפני ששר המשפטים יכול ועושה זאת עדיין מסמך את חוקרי המשטרה לשמש כחוקרים ובמקרה כזה על סמך יסוד ההסמכה אותם חוקרים על יסוד הסעיף הזה מוסמכים לחקור כל אדם שלדעתם יש לו יכולת לקדם את החקירה. שימו לב כי בעצם כל אדם נדרש כחלק מהחובה שלו להיחקר לפי הדרישה של החוקר אבל מה קורה אם מדובר בחקירה שיש בה שאלה שעלולה להפליל את הנאשם ס' (2) עונה על כך:

(2) אדם, הנחקר כך, יהיה חייב להשיב נכונה על כל השאלות, שיציג לו בשעת החקירה אותו קציני משטרה, או קציני מורשה אחר כנ"ל, **חוץ** משאלות שהתשובות עליהן יהיה בהן כדי להעמידו בסכנת אשמה פלילית.

הנה כי כן מכאן אתה למד שקודם כל יש חובה לנחקר לשתף פעולה ולענות נכונה כלומר לענות אמת על השאלות שהוא נשאל זולת אם התשובה על השאלה שהוא נשאל יהיה בה כדי להעמידו בסכנה של אשמה בלשון אחרת הפללה עצמית במקרה כזה החוק פוטר אותו מאותה חובה חובת התשובה לחוקר. שימו לב שבעצם כאן הקישור להפללה עצמית עובר דרך חקירה מילולית חקירה בעל פה והדגש בהפללה עצמית הוא בתשובה כלומר כל אימת שמדובר בתשובה ולמה? בהמשך יש ס' אחר בפקודת הראיות ששם המחוקק מרחיב מעבר לרעיון של מתן תשובה ומעבר לכל דבר שניתן לכנות ראיה כי ראיה יכולה להיות תציג לי את החפץ שבאמצעותו עשית את העבירה זה לא תשובה אלא ראיה חפצית ולכן זה יכול להפליל אותי אם אני מספק לך תשובה ובעבר צמצמו את זה רק למקרה שאתה נחקר בעל פה ונדרש לתת תשובה בעל פה שתפליל אותך ולא במצב שאתה צריך לענות על ראיה חפצית כדוג'.

ראיות מפלילות

47. (א) אין אדם חייב למסור ראייה אם יש בה הודיה בעובדה שהיא יסוד מיסודותיה של עבירה שהוא מואשם בה או עשוי להיות מואשם בה.

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

המחוקק אומר כאן שהחיסיון מפני הפללה עצמית מבחינתנו מתפשט על מקרה שבו אדם נדרש להציג מטעמו ראייה, המונח ראייה פורש בפסיקה כמונח הכולל בתוכו את כל סוגי הראיות בין שהן מילוליות ובין שהם חפציות ושיש באותה ראייה שהוא מתבקש להציג הודאה בעובדה שהעובדה הזאת היא יסוד מיסודותיה של עבירה. הפסיקה כאן מרחיבה על דרך הפרשנות – זה לא רק הודאה בעובדה ישירה כלומר על כך שאותה עובדה הוא יסוד מיסודותיה של העבירה לא צריכה להיות מוכחת או מוסקת בדרך ישירה גם אם אתה מודה בעובדה שתביא אותך באופן עקיף אחר כך שאמצעות ראייה נוספת גם אז היא נכללת במסגרת הסעיף הזה כלומר ראייה בהקשר הזה היא כאמור כל סוג של ראייה מילולית או חפצית שיש בכוחה להסגיר הודאת אדם בעובדה באופן ישיר או עקיף ביסוד מיסודות העבירה שהוא מואשם בה בפועל או עלול להיות מואשם בה הכוונה היא שלמשל כאשר אדם מואשם בה אז אין בעיה אני יודע במה אתה מאשים אותי אני גם מבין שאם אני יודה לפי דרישתך בראייה מסוימת שיש בה עובדה שיש בה הודאה בעובדה אז ברור שאני הולך להפליל את עצמי אבל ניקח לדוג' שבאותו שלב אני עדיין לא מואשם אבל אני יודע שיש חקירה בעניין הזה שיכולה בהחלט לערב אותי ולסבך אותי ואם עכשיו אני יודה בעובדה הזאת הרי שכאשר החקירה תגיע אליי אני עלול למצוא את עצמי מופלל במסגרת אותה חקירה כלומר החיסיון מתפשט לא רק על אישום עכשווי מידי אלא גם על אישום עתידי במידה ואכן באמת ישנה היתכנות כזאת. אנחנו לא מדברים על סירוב לתת תשובה על דבר שהוא לא קיים אלא על חקירות עכשוויות או עתידיות שיש להן בסיס. כאשר אדם מובא לחקירה לפי חוק סדר הדין הפלילי למעשה חובה על הקצין בתחנת המשטרה הממונה אם יש בכוונתו לעצור אותו או להאריך את מעצרו יש חובה לפי ס' 23 על הקצין מעבר לכך שהוא חייב להודיע לו שהוא הולך לעצור אותו ועל מה הוא נעצר גם יש חובת יידוע באשר לזכויותיו כלומר שהזכות להיעזר לעו"ד וגם הזכות שלא להפליל את עצמו כלומר יש לך זכות לשתוק. חוק סדר הדין הפלילי מחייב את הקצין הממונה ליידע את האדם שיש לו זכות שתיקה אלא מה כשאתה אומר אבל הוא לא ידע שיש לו זכות והוא דיבר- חוקר שבעצם יודע שהנחקר בפניו חשוד באיקס דברים ולא מזהיר אותו לפני שהוא חוקר אותו ולא מסביר לו את זכויותיו למעשה הוא נכשל בהפרה דרמטית של הזכויות החוקתיות של האדם רק על זה אפשר לבטל את כל הליך החקירה. והכל יפעל לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. אם תחליט להשתמש בזכות השתיקה שלך אזי אתה צריך לקחת בחשבון שאם בסוד המשפט יהיה צורך בראייה מסוג חיזוק אפ' יש צורך בחיזוק השתיקה שלך יכולה להיחשב כחיזוק- גרוס סובר כי הזכות פירושה דבר שמגיע לאדם והוא הבעלים של הדבר שמגיע לו והוא היחיד שמוסמך להחליט מה יקרה אז אומרים לו אתה תחליט אבל אתה תשלם על זה. זו איזשהי סנקציה ראייתית ובעיתית. הנאשם לא חייב להעיד לעומת עד שחייב להעיד לנאשם יש את הזכות להחליט האם הוא רוצה להעיד במשפטו או לא אם הוא בוחר לא להעיד במשפטו ועורך דינו מציע לו לשתוק חוק סדר הדין הפלילי קובע כי במידה והחליט הנאשם לשתוק שתיקתו לא רק חיזוק אלא אף יכולה לשמש סיוע. הסנקציות הראייתיות נובע מתובנה של המחוקק הישראלי שהוא לא רואה את ההליך הפלילי כהליך של משחק כוחות הוא חושב שההליך מטרתו לא מאבקי כוח אלא הליך צריך בעצם לאפשר לדעת את האמת וכתוצאה מכך לדעת מי אשם ומי זכאי זה מזכיר את הע"פ הראשון 1/48 סילוסטר נ' היועמ"ש- הנשיא הראשון של העליון זמורי באו בפניו בתיק הזה ואמרו אנחנו מבקשים זיכוי כי נפל פגם טכני ובאותם ימים באמת הקפידו על הנושא הצורני עד כדי כך שאם נפל פגם בניסוח של כתב האישום ביהמש היה מוסמך לזכות את האיש בגלל אותו פגם בא הנשיא זמורה ואמר כי ההליך הפלילי הוא לא משחק אשקוקי(שחמט) שכל מהלך שגוי יכול לקבוע את גורל המשפט, זו התובנה שנתבעה כבר אז ב48 שההליך הפלילי הוא לא משחק הוא לא מאבק מוחות בין סנגוריה לתביעה אלא מטרתו היא עשיית צדק ואם אפשר לתקן

את השגיאה הזאת אין סיבה להוביל לזיכוי, וכדי לעודד נאשמים לא לשחק אלא להסגיר את המהלכים שלהם או את האמת שלהם להיות שחקנים שמשתפים פעולה והיות והמחוקק לא יכול לחייב נאשם להפליל את עצמו כי זה בניגוד לכללים אז מצד אחד אומר זו הזכות שלך אבל השתיקה שלך מהווה סנקציה. לדעת גרוס לא נמצא דבר כזה דומה והזוי כזה בשיטות המקבילות של המשפט האנגלי והאמריקאי וכו'. יתרה מזאת כשיש מושבעים אם חס ושלום התובע בפליטת פה יגיד בקול רם כי הנאשם שבפנינו בחר לשמור על זכות השתיקה בחקירה הלך עליו- כל המשפט בטל ומבוטל הואו עצמו יועמד לדין על הפרה אתית של הכללים אסור לומר למושבעים שהנאשם השתמש בזכות שלו כי זה יוצר דעה קדומה נגד הנאשם!

ס' 47 הוא בעצם נתבדך נוסף לצד ס' 2(2) לפק' הפרוצדורה הפלילית לעיל וצריך לקרוא אותם ביחד ובנוסף בהמשך בס' 52:

תחולה

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

ס' 47 חל גם על חקירות במשטרה כלומר זה לא רק בביהמש בעדות אלא בעצם בכל הליך חקירתי ס' 47 מתפשט כלומר אם החוקר יבקש כעת מהנחקר להציג בפניו ראיה חפצית למשל דוחות שבעצם יסגירו את המרמה שלו כלפי הרשויות הרי למעשה החשוד יכול בעצם לסרב בהסתמך על ס' 47.

פס"ד בהקשר של ס' 47 ואיך צריך להבין אותו ולפרש אותו – רע"פ 8600/03 מ"י נ' גלעד שרון- בזמנו מ"י פתחה בתהליך של חקירה כנגד אביו בחשד שהוא היה קשור בקבלת שוחד מכמה נדבנים אירופאים, המקרה כאן עוד לפני שהחליטו לסגור את התיק, ראש הממשלה ובניו גרו בחווה כמו כל מקום שבו נמצא חבר כנסת לפי החוק של חסינות חברי הכנסת יש ס' שאומר שאסור לחפש בביתו של חבר הכנסת ובחפציו ולכן בדרכ כשאתה חושד שאדם מסתיר דברים ששימשו בעבירה אז אתה בעצם מפתיע אותו פונה לשופט מבקש צו חיפוש בביתו של איקס הוא לא יודע כי זה במעמד צד אחד ואז אתה מגיע עם צו חיפוש והוא נאלץ להיכנע לא כך לגבי חברי כנסת כאן אי אפשר לחפש בחווה והחשד היה שיש שם את כל המסמכים הבנקאיים שיוכיחו את תנועת הכספים של משפחת שרון בארץ ובחול"ל בהקשר של קבלת השוחד. אם אתה לא יכול לעשות חיפוש כמו אצל אחד האדם יש לנו את ס' 43 לפק' הפרוצדורה הפלילית(מעצר וחיפוש) הס' הזה המיוחד בו זה שאתה יכול לפנות אל ביהמש ולבקש מביהמש לתת צו המורה לכל אדם לבוא אל ביהמש ולהביא איתו את אותם ראיות שאתה מחפש שהמדינה חוקרת כך בעצם יתא היות ואי אפשר להפתיע את אדון גלעד כי הוא בבית האב ונכתב בצו שיביא את כל הקלסרים המתייחסים לחשבונות בנקים, גלעד מקבל את צו מגיע לביהמש בלי קלסר ועורך דינו יטען בביהמש כי אנחנו לא חייבים לשתף פעולה בכל דרך שהיא בגלל זכות השתיקה כלומר מותר לנו לדחות כל בקשה של במדינה ולמה? בגלל זכות השתיקה ברגע שהפכתם אותי לחשוד זכותי לא רק לחיסיון מפני הפללה עצמית ולכן אני מסרב לשתף איתכם פעולה ולכן אני לא נעתר ולא נענה לצו הזה השופט לא קיבלה את התזה הזאת וקבעה כי קודם כל עליך לציית לצו אין אדם שהוא עליון מפני צו של ביהמש, קודם תביא את הראיה ביהמש יבדוק הסא יש בראיה כדי להפליל אותך ואנחנו נחליט בהתאם לכך אבל קודם כל אתה חייב לציית.

ומכאן ניגש לס' 47(ב):

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

לכאורה פשוטו של מקרא וכך חשבתי עד שהגעתי לפסק הדין הזה שבעצם אדם עומד על דוכן העדין(ללא קשר לסיפור של גלעד שרון) והוא מתבקש בחקירה נגדית מתבקש לחשוף ראיה שלדעתו חשיפתה יש בה כדי להפילו והוא מתנגד נאי חשבתי שהסעיף אומר שמי שצריך לקבל החלטה בהתנגדות הזאת מטעמים של הפללה עצמית זה ביהמש לאחר שהוא ישמע במעמד צד אחד את המתנגד והוא יחליט האם הוא צדק בהתנגדות או לא ואם ביהמש קבע שלדעתו אין בראיה כדי להפילו אז הוא יגיד אוקיי תחשוף אותה והוא חושף אותה ואז לפעמים קורה שלאחר שנחשפה הראיה שהייתה ברור שהאיש כן הפליל את עצמו ואז הראיה נחשפה אומר הסי' כי במדיה והראיה אכן מפלילה לא תוכל התביעה להשתמש בה, אבל בא עכשיו ביהמש בפסק הדין לעיל השופט תיאודור אור וקובע כי יכול בהחלט להיות מצב שבו אדם מתבקש להפליל את עצמו למסור ראיה שתפיל אותו ויכול להיות מצב שלמרות שברור שהראיה הזאת מפלילה רשאי ביהמש לבקשת המדינה להורות לאדם הזה לחשוף את הראיה אבל ובמקרה כזה אם אולץ האדם לחשוף ראיה מפלילה כדי לשמור על זכותו מפני הפללה עצמית המחוקק מתכוון שהמדינה לא תוכל להשתמש בראיה שהיא קיבלה כעת כנגד אותו אדם אבל יש עוד כמה אנשים שאני זקוקה לראיה הזאת כדי להפליל אותם לא אותך אז נגדך אני לא יכולה להשתמש אבל נגד האחרים כנגד בעצם יש לנו מוסד שקרוי חסינות מפני שימוש.

וזה מגיע מארה"ב בארה"ב המוסד הזה שעד היום בעצם הועדות הקונגרס למיניהם מוסמכות לחקור נושאים שונים ואכן היו הרבה חקירות של הקונגרס והעדים שהופיעו שם לפי החוק חייבים להגיע אין דבר כזה לא להגיע אבל יש גם בפני ועדות החקירה יש את הזכות מפני הפללה עצמית ואז מה שקרה בעבר הזמינו את ראשי הפשע המאורגן חקרו אותם אלה הנחקרים ניצלו את ההזדמנות שהם נמצאים שם והם נחקרים על מנת לטעון לחיסיון מפני הפללה עצמית התשובה הייתה להקנות להם חיסנות כלומר כל מה שאתם אומרים כאן אצלי ועכשיו לא יוכל לשמש נגדכם בעתיד הם לא רק סיפרו את מה שהקונגרס שאל אלא הרחיבו למדינות רחוקות סיפרו את כל מה שהם עשו בידועם אחרי שהם שפכו את זה אי אפשר להשתמש בזה הם קראו לזה חסינות עסקתית בסוף שנות ה-70 אמרו כי זה מטורף זה ניצול לרעה בואו ננצל זאת לא לסוג כזה של חסינות אם תקלבו חסינות לפי החוק החדש לאעל מה שגיליתם אלא רק על השימוש אנחנו נוכל להאשים אותך למרות שהודית בזה בדברייך לא נוכל להשתמש אבל אם למדנו מהם איסה נמצאות הראיות אז נוכל להשתמש זה נקרא חסינות שימושית ואכן זה מופיע בס' 47(ב) כי הנוסח של המחוקק הוא לא נוכל להשתמש באותה ראיה שחויב האדם לחשוף בצו של ביהמש כלומר נכון באותה ראיה לא תוכל להשתמש נגד האדם אבל אם אותה ראיה לימדה אותך על קיומה של ראיה אחרת עצמאית והלכת אליה והיא זו שיכולה עכשיו לקשור את הנאשם שגילה את מה שגילה אז אתה יכול להשתמש בזה ולמה כי זה לא נובע מהדברים שלו. בתי המשפט מפרשים זאת בצמצום. כלל הפסילה של האמריקאים לא רק פוסלים את ההודאה אלא כל מה שנובע ממנה, אם ההודאה הובילה את החוקרים אל הגופה אי אפשר להשתמש בזה. גם האמריקאים בשנים האחרונות יש כבר חריגים לכלל פירות העץ המורעל וגם שם כבר לא ממהרים לפסול הודאות עקיפות מהסוג הזה אבל בתחילת הדרך פסלו הודאות של רוצחים. בגלל שהמשטרה הפרה את זכויותיו החוקתיים.

נחזור לפסק הדין של גלעד שרון- תיאודור אור אומר כי הפירוש הנכון של ס' 47(ב) ביהמש מודע לכך שהוא מצווה על אדם להפיל את עצמו(בדרכ על פי בקשת המדינה היא זאת שמבקשת את הראיה הזאת) וס' זה מאפשר לביהמש לצוות על אדם להפיל את עצמו אבל בהמשך אוסרת על המדינה להשתמש באותה ראיה נגד אותו אדם לא נגד אחרים אלא נגד אותו אדם. יש כאן דבר נוסף שמסביר השופט כי אין דבר כזה אומר תיאודור אור לגלעד שביהמש מצווה עלייך לעשות פעולה ואתה מסרב אין חיה כזאת! קודם כל אתה חייב לציית לצו של ביהמש אמרו לך להביא את הקלסרים אתה חייב להביא ואתם יש לך טענה אחר כך נגד השימוש בקלסרים תטען זאת אחר כך כלומר אדם לא יכול להסתתר מאחורי זכות השתיקה שלו על מנת לסרב לציית לביהמש שתיקת נאשדם לעולם לא יכולה לדחות הוראה של בית משפט. גם אם זה מפליל אותו הוא חייב להציג את הקלסרים כפוף לכך שהמדינה מתחייבת לא להשתמש באותו חומר שמפליל את גלעד כנגדו זו הליבה שיוצאת מפסק הדין הזה. כלומר מאותה ראיה אפשר להשתמש כנגד אחרים ואפשר להשתמש בראיות אחרות הנובעות מכך עצמאיות.

לאחר שראינו את ס' 47 ואת הפרשנות שניתנה לס' הזה שאלה אחרת שעלתה בהקשר לחסיון
הפללה עצמית על מה הוא חל בעצם? מקרה שקרה כאשר המשטרה מבקשת לערוך חיפוש גופני
אצל חשוד על ידי שימוש בסמים היא מבקשת ממנו בין השאר להסכים להכניס את ידיו לטבול
את ידיו בנוזל טבילת אצבעות זהו נוזל מסוג כלורופול שמסוגל להסיר מעל האצבעות כל מה
שנמצא כשההנחה היא שאם האדם בא במגע עם סמים ההנחה היא שהדברים יוסרו ובבדיקה
שתיערך אותם חלקיקים יתגלו ומקורם יחשף באיזה סם מדובר. החשוד שלנו הבין על מה מדובר
וסירב לשתף פעולה סירב להכניס את אצבעותיו לאותו נוזל בטענה שעומדת לו החיסיון מפני
הפלל העצמית המקרה מגיע לעליון לשופט שמגר שנדרש לסוגיה היותר עקרונית על מה בעצם חל
החסיון מפני הפללה עצמית על איזה סוג של ראיה לאחר ששמגר בוחן את הדברים באספקלריה
השוואתית של משפט משווה בארה"ב מגיע למסקנה שהחסיון מפני הפללה עצמית נועד להגן על
אדם מפני מה שקרוי ראיה קומונוקטיבית – ראיה מתקשרת, זה למעשה ראיה שהאדם יוצר
באופן קומונוקטיבי וכך למשל כאשר אדם עונה לשאלות החוקר הרי הדברים המילוליים שהוא
אומר זו דוג' לראיה קומונוקטיבית ומדוע? מפני שהוא יצר את הראיה לעומת זאת ראיה שהאדם
לא שותף ליצירתה או אין לו תרומה ביצירתה האקטיבית הרי זו לא ראיה קומונוקטיבית
ובמקרה שלנו הרי הסכמה להנכיס את היד לתוך נוזל אין בה בעצם שום דבר קומונוקטיבי עיקר
פעולתו של האדם היא כאן פאסיבית ולא אקטיבית ולכן אין לומר שעל סוג התנהגות שכזה יש
לאדם חיסיון מפני הפללה עצמית. כאשר מדובר בעריכת פעולה של חיפוש שבא לידי ביטוי בכך
שאדם מתבקש להכניס את ידיו לתוך נוזל עיקר הפעולה היא פאסיבית ולכן אין לראות בהתנהגות
הזאת לאמור הכנסת הידיים משום ראיה קומונוקטיבית.

כאשר אדם נדרש לעמוד במסדר זיהוי גם כאן אומר שמגר ההסכמה להשתתף במסדר זיהוי
ולעמוד כניצב בתוך שורת האנשים היא דבר פאסיבי אין כאן שום דבר קומונוקטיבי – יצירתי ולכן
אדם לא יכול לסרב להשתתף במסדר זיהוי בטענה שעומד לו החיסיון מפני הפללה עצמית מפני
שכאמור מלכתחילה החיסיון לא מתפשט על ראיה מהסוג הזה.

ומה באשר למשל כאשר מדובר בעבירות של זיוף ואדם נדרש לתת דגימת כתב יד כדי שגרפולוג
יסתכל על זה אז התשובה למסרב בטענה של חיסיון מפני הפללה עצמית התשובה היא כי דגימת
כתב יד היא לא דבר קומונוקטיבי ולכן אתה לא יכול לסרב מהטעם הזה של הפללה עצמית ומכאן
כל דגימה דומה לא תיתפס ולא תכלל כך למשל דגימת קול- מסדר זיהוי קולי הבקשה אליך
תרשה לנו לקבל דגימת קול והסירוב לא יכול להישען על החיסיון מפני הפללה עצמית כי הדגימה
לא נופלת להגדרה של ראיה קומונוקטיבית.

מה בדבר למשל מה שנאחנו עדים לא אחת שקורה – אדם מתבקש למסור דגימת שתן על מנת
שהשתן ייבדק וישלח למעבדה על מנת שהמעבדה תנסה לבדוק מהם תוצרי חילוף החומרים שיש
בשתן זהו מושג כאשר אנחנו יודעים שסם הנכנס לגוף מחליך את התצורה שלו תוצר חילוף
החומרים של אותו סם הוא ייחודי לאותו סם ואתה יכול לתפוס אותו באמצעות בדיקה כימית
בשתן ואז למעשה אם דרך למשל השתמשת בקוקאין ומוצאים תוצר חילוף חומרים בשתן שהוא
תולדה של קוקאין אז גמרנו הלך עליך. אין עוד מוצר בטבע שיכול לייצר את אותו הדבר. לדעת
גרוס אין ספק שמדובר בהפללה עצמית במקרה הזה אני עושה פעולה אקטיבית אני נותן שתן אבל
לשמגר נדמה שזו לא היצירה הקומונוקטיבית אין כאן ראיה מדברת! לדעת גרוס זה לא נכון!
בדיקות הסמים למיניהם הן לא ראיות קומונוקטיביות ולכן לא ניתן לטעון את הטענה של חיסיון
הפללה עצמית. בצבא קבעו כי המסרב למסור בדיקת שתן עובר על כך עבירה והעונש על כך
שנתיים מאסר, חיילים היו חכמים אמרו כי נחטוף את ההרשעה של שנתיים לא נחטוף הרשעה
של שימוש בסמים אלא כך יהיה כתוב שסירבתי לעבירה צבאית בהמשך העלו את העונש כדי שזה
לא יהיה משתלם. לדעת גרוס דגימת שתן כמו גם דגימת דם היא ראיה אקטיבית – כאן המחוקק
מתגבר על הטענה הזו של פאסיבי אקטיבי על ידי הוראת חוק מיוחדת שבעצם כופה על האדם
למסור דגימת דם גם אם יש בה השלכות אחרות.

כאשר בעצם החסיון מפני הפללה עצמית כמו שראינו בס' (2)2 וס' 47 הם סעיפי חוק רגילים אבל
החסיון עצמו נתפס להיות זכות חוקתית לא רק זכות חוקתית אלא חוקתית והיא נגזרת וצריכה
להיגזר מהתפיסה של הזכות להליך ראוי שהוא מעוגן בכבוד האדם וחירותו ולכן באספקלריה של

המפכה החוקתית צריך להבין כי החביון הוא בעל מימד חוקתי אלא מה, לגבי החוקים הקודמים יש את ס' השיריון ס' 10 שגם אן תמצא שיש חוק רגיל שמכרסם רגיל הוא בתוקף.

ניגש לע"פ 725/97 קלקודה ואח' נ' הרשות לפיקוח החקלאי- הרשות הנ"ל חולשת על כל הפיתוח החקלאי כולל תוצרת החלב הרעיון הוא שהשר הנוגע בדבר מוסמך לפקח על כמויות החלב במקרה הזה ולהגביל את הכמות שכל בעל מחלבה יכול להשתמש לפי הצרכים ופרמטרים מסוימים והמפר את ההוראות האלו בעצם מנסה לרמות ולמכור יותר מאשר מותר לו הוא עובר עבירה יש על זה גם פיקוח כלומר המפקחים מטעם הרשות לפיקוח המדעי רשאית לבוא לאותו אדם ולדרוש לעיין בספרים שאתה חייב להכין ולהציג אותם לפקחים כאן במקרה שלנו הפקחים מגיעים לאותם אנשים חשודים והן מסרבים בטענה של חיסיון מפני הפללה עצמית הטענה שלהם שמה שיימצא בספרים הללו יכול להפיל אותם. עצם השמעת הטענה של אני מסרב מטעמים של הפללה עצמית ברור שיש בזה רמז אבל אין מנוס אלא באמת לטעון את זה למרות המשתמע מכך. פסקה 27 של פסק הדין: "יתר על כן רוב המסמכים שהרשות דורשת כי יוצגו לפני הניס מסמכים שהנחקר חייב לעורכם על פי דין וכך למשל קוראים בדרישה שהופנה אל המערער מס' 4 יש הפניה לפס"ד המנחה בנושא הזה ישמחוביץ' נ' פקיד השומה" הרעיון העולה מפסק הדין הזה הוא כך- מקום שהדין מחייב אדם לערוך רשומות לעשות פעולות לתעד פעולות שהוא עושה לעולם הוא לא יוכל לסרב לחשוף את התיעוד הזה או את הרשומות הללו בטענה של חיסיון מפני הפללה עצמית כי אם הדין מחייב אותך לעשות משהו זה לא יכול להיות חיסיון מפני הפללה עצמית. ישנן פעולות כמו בפק' מס הכנסה שמחייבות אדם לחשוף את הספרים שלו גם אם יש בכך כדי להפילו והיוצא מכך הוא כי ניתן להתגבר על החיסיון מפני הפללה עצמית על ידי הוראה מפורשת של המחוקק שמחייבת את האדם להפיל את עצמו **זה בעידן הטרנס חוקתי.**

מה קורה בעידן החוקתי האם ההוראות הללו של הדין יכולות עדיין לעמוד בתוקפם? זה עוד לא הגיע לביהמ"ש לבדיקה מהסוג הזה. והתשובה תהיה כנראה טמונה כמו תמיד בפסקת ההגבלה בס' 2 כלומר ביהמ"ש יגיד בהנחה שאכן אנחנו מדברים על זכות חוקתית כי אם זה לא זכות חוקתית אני לא נמצא שם אבל אם זו זכות חוקתית ניתן לפגוע בה אם אנחנו ממלאים את התנאים של פסקת ההגבלה זה בחוק מפורש של הכנסת זה לתכלית ראויה לא סותר את ערכיה של מ"י כמדינה יהודית ודמוקרטית והיא מידתית. לדעת גרוס כי התשובה תהיה היום גם בעידן החוקתי יעמדו ויקבלו אישור הוראות המבטלות את הטענה של החיסיון מפני הפללה עצמית.

פס"ד ששחקנו הראשי היה ציון אמיר – ציון אמיר מגן על עבירינים החשודים בפלילים אחד מהם מואשם בעבירות כאלה ואחרות וכשמגיע יום הדיון התובע מגיע לביהמ"ש ורוצה בעצם להעיד את עדי דע עקא שתיק התביעה תיק החקירה נעלם ואיננו הוא איבד את תיק החקירה- התובע, ציון אמיר הגיע לצלם את חומר החקירה ואז אני מבקש מביהמ"ש להורות לציון אמיר לשחזר את העותק וכך התובע יוכל לשחזר את החומר וציון אמיר מסרב יש ללקוח שלי זכות מפני הפללה עצמית ולכן אני לא יסייע לתביעה, זה מגיע לעליון והעליון אומר לציון אמיר כי החומר שאתה מחזיק ביד הוא לא שלך הוא לא יצירה שאתה יצרת או שיצרו לפי הזמנתך זה חומר של המדינה שעל פסי החוק היא הייתה חייבת לשתף אותך בחומר הזה ולכן אתה לא יכול לסרב לשחזר חומר שלא שייך לך. כאשר אתה מחזיק בחומרים שהם לא שלך ולא אתה יצרת אותם לפי בקשתך אתה לא יכול לסרב להציג אותם אם ביהמ"ש מורה לך לעשות כך.

עצם הנכונות של האדם להוביל את החוקר אל הראיה יש בה בעצם הפללה לפי שמגר הפעולה הזו פעולת ההצבעה היא לא פעולה קומנוקטיבית והיא לא מתקבלת על הדעת ובוזה אין שום ספק כי זכותו של אדם להוביל את חוקריו אל ראיה מפלילה להצביע על מקום הימצא של הראיה ולכן זה לא מסתדר לגרוס עם פסק הדין של שמגר והיום אין ספק שכשחוקר פונה אלייך ושואל איפה האקדח שבאתי לחפש וההנחה היא שאתה יודע איפה הוא בוודאי שיש לך זכות לסרב לבקשה של החוקר להוביל אותו אל מקום הימצא האקדח אבל אתה רשאי לסרב לסייע לו למצוא את הדברים המפלילים לפי שמגר זה יוצא שלא כך! הפסיקה מאשרת כי אכן זכות כזאת של הצבעה היא חלק מהחיסיון מפני הפללה עצמית לדעת גרוס גם כן. התיווך הזה ברור שאם אני לא הייתי טובל את הידיים לא הייתי מספק את הראיה.

****אם הסירוב שלך הוא לגיטימי מותר היה לך לסרב כי באמת מדובר בחלק מהחיסיון להפלה עצמית לכאורה אסור להשתמש בזה נגדך אבל למרות שאסור המחוקק בעצמו מעניש אותך על השימוש הזה מעניש אותך בכך שבמשטרה מזהירים ומיידעים אותך יש לך זכות שתיקה אבל אם תשתמש בה אז זה יכול לשמש חיזוק לראיות התביעה. על אותה אנלוגיה במה שנקרא הליך ההקראה בישיבה שבה מקריאים לנאשם את כתב האישום למעשה רשאי ביהמש אחרי שהנאשם השיב לכתב האישום לשאול אותו שאלות הבהרה ביהמש רוצה להבין את ההברה שלו רשאי הנאשם לסרב למסור תשובות לביהמש כחלק מזכות השתיקה שלו גם כאן המחוקק אומר אתה תסרב למסור תשובות הבהרה הרי זה חיזוק והוא הדין בסירוב מוחלט להשיב לאישום. חוק סדר הדין הפלילי קובע כי במידה והנאשם לא מוכן להשיב לאישום חייבת התביעה להביא ראיות לכך ומדובר בכפירה. **יש לנו במשטרה חיזוק יש לנו בהקראה חיזוק ויש לנו באמצע המשפט חיזוק בעניין ההעדה בביהמש. יש לנו סנקציה ראייתית במידה והנאשם נאחז בחיסיון מפני הפלה עצמית.** די נדיר שסנגור יעץ לנאשם שלו לשתוק אלא אם כן זה מקרה מיוחד במינו שאין לו כבר מה להפסיד ברור שהתביעה לא מחזיקה בראיות כמותיות כאלה ואז אין לו מה להפסיד.**

אתה יכול לסרב להשיב לשאלות החוקר על כל שאלה שיש בה כדי להפליל אבל נלך לדבר רחב יותר – אנחנו קלטנו מאנגליה לא רק את החיסיון מפני הפלה עצמית אלא גם את תקנות השופטים שאלו כללים שהשופטים יצרו שם שהרחיבו את מושג החיסיון מפני הפלה עצמית אל מעבר אל מצב שבו בעצם אומרים לנאשם יש לך זכות לא רק לא להפליל את עצמך אלא לפי התפיסה האדורסרית המדינה היא זו שצריכה להוכיח את האישום נגדך אתה לא חייב לשתף עם המדינה שום פעולה ישחקו הנערים לפני ועל פי תפיסה זו שהנאשם לא חייב לעשות שום פעולה מצידו זה אומר כי לנאשם יש יתרה מזו את חזקת החפות שהיא גם כן זכות עילאית שנגזרת מחובת המדינה להביא ראיות נגד הנאשם ולא להפך יש לך את חזקת החפות יש את הזכות של הנאשם שהמדינה היא זו שתוכיח בראיותיה שלה אתה אישום נגדי ולא אני צריך להוכיח את חפותי לפי זה השופטים באנגליה יצרו את **זכות השתיקה** - חשוד ואו נאשם יכולים להחליט שהם משתמשים בזכות השתיקה שלהם ולא רוצים להגיב לא על החשד ולא על האישום מי שטוען שעשיתי משהו פלילי שהוא יוכיח. כך קלטנו בארץ דרך הפסיקה זה לא משהו בחקיקה קלטנו את מושג זכות השתיקה שנחזור לגלעד שרון שהנאשם באמצעות זכות השתיקה לתרץ את זכותו לאלהביא את אותם קלסרים לביהמש ואז תיאודור אור והוא מקדיש חלק מחווי"ד שלו **האם בכלל יש זכות שתיקה ? תיאודור אור לא פוסק בשאלה המעניינת הזאת הפסיקה הכירה בזה אבל השופט אור לא בטוח בצדקת הזכות הזו ואומר כי גם בהנחה שיש זכות שתיקה ואני לא פוסק כך אין לאף אדם זכות לסרב לפעול לפי ציווי ביהמש גם אם יש זכות שתיקה אבל הוא לא פוסק שיש זו התבטאות יחידה של השופט אור רוב השופטים חושבים שקיימת זכות כזאת וכך גם המחוקק בחוק סדר הדין הפלילי מורה לקצין הממונה להזהיר את החשוד וליידע אותו שיש לו זכות לשתוק לא פחות מזה זכותך לשתוק מצד שני זכותך להשיב לשאלותיי ואז אני ארשום את הדברים שאתה אומר ואז תדע שהדברים שרשמתי עלולים לשמש נגדך ראייה בביהמש אבל אם תבחר לשתוק אז זה יהווה חיזוק!**

זכות השתיקה עומדת רק לחשוד ונאשם לעומת זכות הזכות מפני הפלה עצמית עומדת גם על לעדים! עד לא יכול לטעון כי יש לו זכות שתיקה אין לו זכות שתיקה אלא יש לו את הזכות מפני הפלה עצמית.

אדם לא יכול לסרב להשיב לשאלות אם יש בהן כדי להפליל מישהו אחר גם אם הוא קרוב שלו אותו מישהו אחר יתרה מזאת אדם לא יכול לסרב למסור תשובות אם יש בהן לסבך אותו לא בהפלה אלא בנגיד אי נעימות הבעל שאתה שואל אותו איפה היית בלילה אז הוא לא עשה דבר פלילי אבל אם אשתו תדע את זה לא נעים הוא לא יכול לסרב משום שיש בזה כדי לבייש אותו הפלה עצמית או ביוש זה דברים שונים לגמרי אתה תצטרך להסגיר את סודותיך האינטימיים כי אין הגנה.

החיסיון מפני הפלה עצמית יש לו מושג טריטוריאלי כלומר הוא מוגבל כאן על מה שקורה בישראל אדם על דוכן העדים לא יכול לסרב להשיב על שאלה שאם הוא יענה עליה יפליל אותו על מה שעשה בבגיה כלומר לא על מה שקורה בחו"ל אלא על מה קורה בישראל!

החיסיון הזה (החיסיון מפני הפללה עצמית) הוא חיסיון מוחלט לכאורה וזאת להבדיל מס' 44
45 שראינו שביהמש מוסמך להסיר את החיסיון כאן בס' 47 בכפוף למה שאמרנו בס' 47(ב) הוא
מוסמך להסיר את החיסיון אבל תוך אותה הגנה – שמירה מפני שימוש אפשרי נגד אותו אדם.
הוא מוחלט במובן זה שביהמש הוא המנגנון שנמצא ביתר החסיונות שמוסמך להחליט על הסרת
החיסיון כאן כביכול בחיסיון מפני הפללה עצמית הוא מוחלט כי ביהמש לא מוסמך לעשות זאת
אז ראינו כי בס' 47(ב) הוא מוסמך לעשות זאת אבל בצורה מוגבלת.

נניח שבאים לעשות חיפוש במשרדו של עו"ד ואותו עו"ד טוען כי המסמכים שאתם רוצים להגיע
אליהם הם תחת חיסיון ואתם לא רשאים לעיין בהם אצל עו"ד ביהמש לא יכול להסיר! מה
עושין? שמים את המסמכים הללו בתוך שקיות אטומות שאך אחד לא ירא אותם מלבד העו"ד
מביאים אותם לשופט שהוא היחיד שמוסמך לעיין בהם ולהחליט האם באמת הם קשורים
בחיסיון שבין עו"ד והלקוח שלו והיה כי זה מסוג הדברים המוחדסים בין עו"ד והלקוח שלו הוא
יחזיר את זה לעו"ד ויגיד לרשות החוקרת שלום! זו דו"ל כדך שביהמש לא יכול משום שיקול שהוא
לא יכול לעשות כלום! לעומת זאת בחיסיון מפני הפללה עצמית ביהמש כן מוסמך לפי 47(ב).

עדות רופא:

של מי הזכות הזאת מפני הפללה עצמית? הזכות היא של האדם עצמו, כאן כאשר נדבר על רופא
לקוח אחת השאלות שעלו ועולות עדיין של מי בעצם החיסיון הרפואי? של הרופא או של הלקוח?
החיסיון הוא של הלקוח הוא זה שבעצם בגללו יצרנו את החיסיון והוא זה שיכול להורות לרופא
לוותר עליו אבל מה אומר החוק בס' 49:

עדות רופא

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

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

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

שימו לב לניסוח המיוחד הזה – העובדה שאני הולך לבקר רופא אין בה כדי לגרופ אוטו' לכך שמה
שקרה ביני לבין הרופא יחס תחת חסיון מפני שאני יכול ללכת לרופא כי הוא חבר שלי ולא דווקא
התייעצתי איתו על נושא רפואי, החיסיון יחול רק אם האדם נזקק לשירותוכרופא והדבר הגיע
אליו תוך כדי עבודתו כרופא ולמה הדגש על כך? מפני שבחלק מהמקרים פגשתי את הרופא
במסיבת גן ועל הדרך שיתפתי אותו בבעיה רפואית לא בטוח שהמסגש האקראי הוא מפגש שבין
רופא ולקוח כלומר אנחנו צריכים להשתכנע לא רק שהדברים שהוחלפו בין הרופא לבין הלקוח
הפציינט הם דברים שקשורים באמת בשירות המקצועי אלא שבאמת המפגש מלכתחילה כוון אכן
להיות כזה שהוא לתת שירות מקצועי והוא מן הדברים שלפי טיבם נמסרים לרופא בדרכ כלומר
הניסוחים הם עמומים בכוונה מפני שהמחוקק לא יודע מראש לומר לנו מה הם כל הדברים שלפי
טיבם מקובל להחליף בין פציינט לבין רופא זו לא רשימה סגורה וזו לא רשימה שאנחנו מכירים
אותה מראש אלא היא מתפתחת לפי אומנות הרפואה מה שהיה מקובל לפני מאה שנה לא מקובל
בהכרח היום ולכן מדובר כאן בעצם בקוד מתפתח שבהימש צריך להשתכנע שהדברים שהוחלפו
בין הרופא לבין הפציינט הם מסוג הדברים שבדרכ המונח "בדרכ" מלמד אותנו כי ביהמש חייב
להעביר את הנושא במבחן אובייקטיבי כלומר קנה המידה הוא אובייקטיבי כלומר מה בדרכ
במקרים דומים מקובל שיקרה. רק אם מצאנו שמדובר אכן בדברים הקשורים בשירות המקצועי
של הרופא כרופא ומצאנו שלא מדובר בפגישה אקראית אלא בפגישה מכוונת לקבלת ייעוץ
מקצועי והדברים המוחלפים שם הם דברים שבדרכ מוחלפים בין רופא לפציינט מתוך אמון

שישמרם בסוד כלומר מדובר שהפצינט הזה מוסר את זה לרופא כי אני מאמין שהוא צריך את הנתונים כדי לטפל בי ואני מאמין שהוא לא יסגיר את סודותיי הרפואיים לאנשים אחרים כלומר זה מסוג הדברים שאדם מוסר לרופא מתוך אמון שישמור אותם בסוד מה הם אותם דברים? כל מקרה לנסיבותיו מתוך מבחן אובייקטיבי.

קיימת נוסחת איזון – לאחר התיקון "בהליך פלילי" יש לנו את המבחן החדש בס' 44 ו-45 המבחן החדש הזה לא נאמר בס' זה ס' 49 והשאלה היא כמובן למה? מה ההבדל בין הצורך למבחן נוסף שקבע המחוקק בס' 45 "ובהליך פלילי ... או שהיא חיונית להגנת הנאשם" כלומר הנושא הזה של התועלת והחיוניות בצד עשיית צדק בהליך פלילי לא מתקיים במקרה שלנו ולגרוס אין הסבר מדוע פסח המחוקק על הדרישה הזאת.

מכל מקום בהמשך הס' (49) נראה כי החסיון הרפואי מדפושט לא רק על הרופא עצמו אלא על כל עובדי המרפאה שלו באו במגע איתו ועזרו לו לתת את המידע הרפואי גם הם חייבים לשמור תחת חסיון בסוד את הדברים יתרה מזו גם כאשר הרופא מפסיק לשמש כרופא והעוזרים מסיימים את עבודתם הרי החסיון ממשיך להיות תקף גם בתקופות האלה שהם גם לא משמשים כרופאים המקרה היחיד זה אם הפצינט ויתר על החסיון מטעמים שלו וזה מעשה די שכיח. אם אתה מעורב בתביעת נזיקין ואתה פונה לחברת הביטוח לפצות אותך חברת הביטוח תחתית אותך על טופס ויתור על סודיות רפואית כדי להזמין את חברת הביטוח לעיין בבקשה שלך אתה צריך להרשות לך לעיין בתיק הרפואי שלך כי אם לא תעשה זאת אז למעשה תהיה בצרה כי חברת הביטוח לא תהיה מוכנה לשתף פעולה זה אל אומר שהם יפטר את עצמם אבל אז ישאלו השאלות הראויות מדוע ביהמש מסרב לשתף את האמת עם חברת הביטוח שלו. זה די שכיח הויתור הזה. הבעיה היא בכך שהחתימה היא גורפת נפצעת בתאונת דרכים ואתה מסמיך את חברת הביטוח לעיין במסמכים שהם לא רלוונטים דווקא לתאונה. לדעת גרוס מאמין שבפרקטיקה ניתן לסייג את זה – עו"ד יכול לדרוש שהלקוח יוותר על החסיון הרפואי שלו הקשור בנושא הזה של התאונה. ואז אתה צריך להחליט מה מתוך התיק הרפואי אתה מוסר ואז יהיה צו לגילוי מסמכים ברגע שאתה מתחיל לסייג ולהגביל אתה מעיר דובים מתרדמתם!

על מה לא חל החסיון על פי הפסיקה? זהותו של הפצינט לא חסויה, היו תקופות שלמשל הליכתו של אדן לרופא פסיכיאטר או פסיכולוג הייתה בגדר בושה זה בהחלט היה ממדר אותו מחוגים מסוימים אז כמובן אנשים ניסו להסתתר מאחורי החסיון להסתיר את זהותן וביהמש קבע כי יהיו הסיבות אשר יהיו זה לא חלק מהחסיון הרפואי, זאת וגם בנוסף שכר הטרחה ששילמת לרופא הוא לא חלק מהחסיון כלומר רופא לא יכול לסרב להציג את ספר התגמולים שלו בטענה שזה חלק מהסודיות הרפואית כלומר זהות הפצינט ושכ"ט של הרופא וכך גם ספר המטופלים של הרופא. אלה פחות או יותר הדברים העיקריים. זה שביקרתי את הפסיכיאטר זה לא יישמר בסוד. זו פסיקה די ישנה שלא נבדקה בעידן החוקתי ובהחלט לדעת גרוס יש מקום לחשוב מחדש האם הנושא של הגנת הפרטיות לא מצדיקה היום בדרכ או למקרים מסוימים לשמור את הזהות כחלק מהחסיון. עליי לא מקובלת העמדה הזאת שכשאני הולך לפסיכיאטר זה לא צריך להיות נחלת הכלל אלא אם כן יש בזה רלוונטיות להליך שאני מנהל אבל אז צריך להסביר זאת.

עיקר הבעיה בחסיון הזה וכל גם חסיון של פסיכולוג ועובד סוציאלי זה לראות באמת מה הם הדברים שבדרכ מקובל שהפצינט מוסר לרופא או לפסיכולוג מתוך הבנה שהם ישמרו שהם באמת אלה דברים דינמיים שמתפתחים כל הזמן.

על אותו משקל כמעט נוכל לראות את ס' 50 עדות פסיכולוג:

עדות פסיכולוג

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

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

- (ג) נטען חסיון לפי סעיף זה, יהיה הדיון בטענה בדלתיים סגורות; החליט בית המשפט לשמוע את העדות, רשאי הוא לשמעה בדלתיים סגורות.
- (ד) שר הבריאות יתקין בהסכמת שר המשפטים, צו שיגדיר מיהו פסיכולוג-מומחה לענין סעיף זה.

כאן המשתנים הם בעלי המקצוע פסיכולוג פציננט אבל בדיוק אותם דברים כלומר מדובר בקשר מקצועי שהוא המטפל הפסיכולוג ושהמטופל מוסר לפסיכולוג פרטים שהם מן הדברים שבדרך מוסרים בני האדם למטפלים שלהם מתוך הבנה שהוא ישמור אותם בסוד אלא אם כן האדם מוותר או ביהמש מורה על כך. ולאחרונה אנחנו נתקלים שבתיקי עבירות מין ובחקירות עבירות מין נדרש ביהמש להורות לפסיכולוג לחשוף את החומר הרפואי הקשור במתלונן בקורבן מפני שהטענה היא שהקורבן הזה מעליל והוא לא יציב והראיה שהקורבן הזה היה בטיפול בשל אותה אי יציבות נפשית וכשביהמש בוחן את הדברים שלא מדובר בחטטנות או במציצנות לתוך עולמו הפרטי של אדם אלא באנפורמציה שביהמש מתרשם שהיא חיונית להגנתו של אותו אדם כלומר אם האדם טוען זו אמירה שפלה – מדובר באישה חולת נפש אישה שבדתה את הדברים והראיה היא כי היא מטופלת! ואם ביהמש מתרשם שאכן כך הדברים הוא מורה לפסיכולוג לגלות את הדברים וכאן ארגוני הנשים יוצאות בזעם על דברים אלו כי עד שמביאים אישה להתלונן ולעבור את ההליך הקשה הזה ועכשיו חושפים את הדברים האינטימיים שלה ברבים זה דבר קשה. ניתן לטעון כי הטיפול הוא לא רלוונטי והטיפול הוא תולדה של אותה עבירה שבוצעה בה.

אדם בחייו תובע תביעת לשון הרע והוא נפטר תוך כדי ההליך עצמו האם כתוצאה ממותו של התובע גם התביעה מסתיימת? התשובה היא לא המשפחה רשאית לבקש להמשיך את ההליך בשמו של הנפטר כדי להגן על שמו הטוב, **האם אדם שהיה מטופל פטירתו בעצם מסיימת את החיסיון? התשובה היא לא, החיסיון עדיין קיים אלא אם כן ביהמש מטעמים של צדק יחליט אבל המוות לכשעצמו לא מסיים את הדבר.** אם מדברים על מוות חוק סדר הדין הפלילי מוות מסיים הליך פלילי למשל אם ההליך הפלילי הסתיים בקנס מותו של האדם סיים את זה ואי אפשר להעביר את זה לעיזבון יתרה מזאת אם המשפט היה תקוע באמצע נגמר המשפט והסתיים! כשמדובר בהליך האזרחי להבדיל שם ההליך לא מסתיים כלומר אם יש תביה העיזבון יכול להיכנס לנעליים.

במפגש הבא נסיים את פרק הראיות החסויות בין אלה הכתובות בחוק ובין אלה הנובעות מכוח ההלכה הפסוקה! בשני השיעורים הקרובים נסיים את נושא הראיות החסויות אבל נתחיל גם את הנושא של ההיבטים הראייתיים של החקירות בבתי המשפט- סיווג הראיות מגע עם עדים עד עוין החקירה הנגדית וכו' נבדוק ביחד מהם בעצם כללי הראיות כאשר אנחנו בוחנים את העדים על דוכן העדים או לפני כניסתם לאולם.

אנחנו עדיין בשלב הדיון בנושא הראיות החסויות- היום נסיים. תזכורת- התבוננו בראיות החסויות מטעמים של אמון כך למשל הצבענו על החיסיון שבין הרופא למטופל על ידו ראינו את היקף החיסיון ואת טעמיו הדגשנו את העובדה שמדובר בחיסיון יחסי בלבד כלומר שקיימת אותה נוסחת איזון שאם אכן תעמוד במבחן של ביהמש אז ביהמש מוסמך להורות על הסרת החיסיון מטעמים של עשיית צדק ראינו גם שלהבדיל מהתיקון שהוכנס לפני למעלה משנה לס' 44 45 שבעצם מציב בצד שיקולי הצדק נוסחה נוספת כשמדובר רק בהליך הפלילי של יעילות וכו' הנוסחה הנוספת הזאת בעצם לא קיימת ביתר הראיות החסויות ואני לכשעצמי שאלתי מדוע המחוקק מנע את זה החסיר את זה את נוסחת האיזון הנוספת מיתר הראיות אבל אלו פני הדברים נכון לשעה זו וגם רינו שכאשר מדובר באותו חיסיון מבחינת היקפו ראינו שלמעשה הוא לא מתפרס לפחות כך הפסיקה פירשה את הנושא לא מתפרש על זהותם של מבקשי הטיפול הרפואי כלומר על בעלי החיסיון כלומר זהותם אינה חסויה אינה נשמרת וגם לא זהותו של המטפל כלומר אם אדם הוא פסיכיאטר הוא לא יכול למנוע את הפרט הזה של זהותו של המטפל שלא נמצא תחת החיסיון ראינו גם שבעצם החיסיון הוא חיסיון קבוע במובן זה שהוא לא עובר עם סיום תפקידו של הרופא גם לא עם סיום תפקידם של העוזרים לרופא אם הייתה שאלה האם החיסיון מסתיים עם מותו של בעל החיסיון אז התשובה היא לא – הוא ממשיך להתקיים גם לאחר המוות.

** כשאנחנו מדברים על פתולוג אז צריך להבין למי נחנו מתכוונים הרי למעשה בכל בית חולים יש מחלקה פתולוגית שתפקידה לייצג לרופאים שם על סוגי הפתולוגיה שהם מזהים למשל כדוג' - כאשר עושים ביופסיה לאדם שמאושפז בביחה בחשד לגידול סרטני תוך כדי ניתוח מעבירים את זה לפתולוג על מנת שיבדוק במקום זה למעשה תפקידו של רופא פתולוג אבל יכול להיות מצב של ניתוח לאחר המוות שנעשים במ"י במכון אחד בלבד במכון לרפואה משפטית וזה נעשה ע"י רופא משפטי אנחנו קוראים לו רופא פתולוג אבל ההגדרה הנכונה היא רפא משפטי וכשהוא מנתח את הגוויה ומכין חו"ד על מה הוא מוצא – זה לא הליך אוטומטי של ניתוח גופה לא כל מי שנפטר עובר דרך המכון לרפואה משפטית חוק הפתולוגיה מזמין אותנו להגיע לאבו כביר רק בנסיבות מיוחדות כאשר המוות הוא לא טבעי או כאשר מבקשים לדעת את סיבת המוות כאשר מדובר במוות שנגרם החשוד בביצוע עבירה. הגופה לא תנותח במכון אלא אם ביהמש נותן צו לעשיית הפעולה הזאת וכדי שהוא ייתן צו הוא צריך לשמוע את בעלי העניין כלומר את המשפחה ביהמש יכול לכפות את העניין. צריך לבדוק מה הזיקה בין הרופא לבין המנוח השאלה אם יש זיקה בין רופא ומטופל וזה לא המצב(במכון לרפואה משפטית). חוק הגנת הפרטיות לא חולף ולא מסתים עם מותו של אדם ולזו הכוונה כלומר קיימת חובת הגנת הפרטיות גם כאשר מדובר בגוויה במצב כזה למכון אסור לשחרר פרטים אלא בצו של ביהמש לכן למרות שאין יחסים של רופא מטפל אבל חל חוק הגנת הפרטיות וחשוב להדגיש – הגנת הפרטיות הגנתו של אדם על פי חוק הגנת הפרטיות אינה חולפת עם מותו של האדם אתה לא יכול פתאום לחשוף פרטים על פרטיותו של האדם רק בגלל שהוא מת. מי שיכול להחליט לגביהם זה בוודאי יורשיו שבאים בנעליו.

בנושא של החיסיון מטעמים של אמון- הדוג' של רופא מטפל היא דוג' הממחישה את סיבת החיסיון כלומר אי אפשר לססוק את השירות הזה של טיפול רפואי בלא שהמטופל ידע שהדברים שהוא מוסר לרופא על מנת שהרופא יוכל לסייע לו יישמרו על ידי המטפל בסוד כי אחרת הוא יחשוש מלהסגיר את הדברים הפרטיים האינטימיים שלו. אם הגיע מטופל לרופא פצוע ומביני שמדובר בפצעי ירי הם חייבים על פי החוק לדווח למשטרה, כאשר בא אדם מיוזמתו ואומר אני בלעתי חבילת הרואין תעזור לי תוציא אותה – ברור שחבילת הרואין הנמצאת בגוף מגיעה לשם בדרך של עבירה מה גובר על מה? חובת החיסיון או חובת הדיווח למשטרה על אדם שידוע שבוצע פשע? נשאר זאת בצריך עיון. מקרה דומה קרה בפס"ד קורטאם של אצע שנות 80 – שם המשטרה חשדה שקורטאם כדי להסדיר את נושא השימוש בסמים הוא בלע את הסמים והוא הכחיש את זה עשו לו צילום ולמעשה ראו את הטבליות האלו בקיבתו והבהילו אותו בניגוד לרצונו לביה"ח כאשר שופט נתן צו המאשר לבצע בו ניתוח לאחר מכן זה הגיע לעליון לאחר הוצאת הסם רצו להשתמש בזה כנגדו והוא טען כי זה הושג תוך הפרת הפרטיות שלי החיסיון מפני הפללה וכו', ביהמש העליון למעשה קובע בהקשר הזה של מטפל שכאשר הוא צריך להתלבט בין אדם שמבקש לסכן את עצמו כדי אפילו מוות כדי לא להסגיר את המעשה הפלילי אומר

השופט בייסקי- אדם כזה מבחינתי משול ללא שפוי, במקרה כזה כל התבונה צריכה לגבור על כל השיגעון הווא השווה אותו לאדם מתאבד, מצילים אותו בעל כורחו וכו'. חוק זכויות החולה יש בה הוראה דומה שכאשר חולה מסרב לקבל ניתוח מציל חיים שאין בו בניתוח הזה סכנה מיידית למעשה אפשר להתגבר על הסירוב על הנורמלי הזה שלו על ידי החתמת שני רופאים שבעצם יכולים לכפות עליו את הניתוח מציל החיים כלומר הנושא הזה של טעמי התנגדות של אדם מתוך אל תפגע בפרטיות שלי וכו' המחוקק דוחה את הטעם הזה אם מדובר בשיקולים לא רציונאליים על פניו.

למעשה עוד שני סוגים של ראיות חסויות מטעמים של אמון:

החיסיון שבין פסיכולוג והמטופל על ידו והחיסיון החדש יחסית החיסיון שבין עובד סוציאלי לבין המטופל על ידו- הוא האחרון בסדרת התיקונים לפק' הראיות מבחינת הגנתם של אנשי מקצוע. כמובן שארגון העובדים בוציאליים שמטפלים באנשים הקלינאיים שבהם ביקשו ובצדק כי אין הבדל בין טיפולם לבין טיפול של פסיכולוג וזה כדי לתת את הסעד המבוקש על ידינו אנחנו צריכים להבטיח למטופל שאנחנו לא נסגיר את סודם בכפוף לאותה נוסחת איזון שקיימת בס' הללו בחוק כלומר מטעמים של צדקראוי ונכון להסיר את החיסיון. קיימת פסיקה בהקשר של מתלוננות בעבירות מין שמוצאות את עצמן נתקפות המקרה המיני הלכו לטיפול ופתאום נחשפות או בסכנה שהמטפל שלהן מודיע כי יש לו צו של ביהמש המבקש ממנו לחשוף מה אני יודע עלייך בהקשר הזה. הנושא הזה של מטופל יכול להגיע לבתי משפט גם בהקשר של מתלוננים ומתלוננות וגם שם המטפלים בין שזה יהיה רופא פסיכולוג או עובד סוציאלי בגלל שמדובר בחסויות יחסיים בלבד ואם ביהמש יחשוב שהאינפורמציה שמחזיק המטפל חשובה להגנת הנאשם למשל האם זה נכון שאותה מתלוננת סובלת מהפרעה כזאת שאולי בגלל הפרעה הזאת יש בה כדי ליטול שווא בנאשם זו פגיעה חמורה ביותר מבחינת המטופל אבל אין מנוב אלא באמת לאפשר את הסרת החיסיון כשמדובר בסכנה שאדם חף מפשע יורשע.

פיסכולוג מטופל, עובד סוציאלי ומטופל – נתייחס באותו אופן- גם ההיקף הוא דומה לאמור אתה לא יכול להסתיר את העובדה שהלכת לפסיכולוג ואתה לא יכול להסתיר ששילמת וכמה שילמת. שאלת השאלות היא מתי מסירים במבחן הזה של מבחן הצדק מתי ביהמש יהיה נכון לומר שאם לא יוסר החיסיון אזי עלול להיגרם עיוות דין? בס' 44 45 אנחנו יודעים כי המבחן הזה הוא קשה ולא תמיד אפשר לשכנע את ביהמש שלולא הראיה הזאת עלול להיגרם עיוות דין ולכן הוכנס המבחן המקל יותר של יעילות וכו' למה זה לא קורה כאן? למה הנאשם צריך לעמוד במבחן של עיוות דין לצורך הסרת החיסיון? אבל זה המצב כרגע.

על מנת לסיים את הדיון בראיות החסויות הסטוטוריות בפק' הראיות לאותה ראייה השלישית במניין לעניין חיסיון מוחלט- חיסיון שניתן בפני כהן דת:

עדות כהן דת

51. כהן דת אינו חייב למסור עדות על דבר שנאמר לו בוידוי ואשר גילויו אסור עליו לפי דיני דתו.

מקרה שקרה אתמול – ועדה קראה למועצת הוועדה הקתולית להסיר את ההתוודאות של אדם בפני כומר אם בהתוודאות הזו יש עבירה או עבירה שעתידה להיעשות התשובה של הכנסייה הקתולית באוסטרליה הייתה שאנחנו לא משנים את זה וכי כומר על פי עיקרי דתו הקתולית אסור לו להסגיר את מה שנאמר לו – לכן למעשה זה גם מוחלט ואף יתרה מכך יותר ממוחלט כי גם בשני הוסיגים הקודמים של החיסיון המוחלט- עו"ד לקוח או החיסיון מפני הפללה עצמית בעל החיסיון יכול להסיר אותו אבל כאן לא כך הדבר בנושא של כהן דת המתוודה לא יכול לצוות על הכומר שבפניו הוא התוודה שיספר מה נאמר לו בהתוודאות – יש איסור מהותי מבחינתעיקרי האמונה שלו גם אם המתוודה מבקש את זה, לא כל דת בעצם יש לה את המנגנון הזה הרעיון של וידוי בעיקר בכנסייה הקתולית זה כדי לאפשר דרך למתוודה מעיין מנגנון של כפרה לא כל דת מאפשרת למיטב ידיעתי הכנסייה הפרוטסטנטית אין לה מנגנון של וידוי כזה. כהן דת הכתוב כאן בס' הזה כוונתו לאותו כהן דת שעל פי עיקרי אמונתו אכן מצווה לקבל התוודאות או וידוי

ולשמור את הוידוי הזה בסוד ואין כל דרך משפטית להסיר את הוידוי הזה גם אם הלכנו למקרה קיצון שכעת עומד לדין אדם העומד להיות מורשע ברצח והעונש המוצע הוא עונש מוות גם אם הכומר יודע שאדם אחר עשה את העבירה ועומד לצאת להורג אדם חף מפשע עד כדי כך אסור לו לחשוף זאת!!!! התכלית היא למעש לאפשר לאדם להגיע לכהן הדת מתוך כוונה באמת להכות על חטא. היחיד אולי שיכול לשנות פני דברים הוא הארכיבישוף או האפיפיור אבל כאמור בויתקן נאמר כי הוא ישקול את זה.

מכאן אנחנו למדים כי הרשימה המופיעה בפרק של ראיות החסויות היא לא רשימה סגורה ולא מוחלטת ולכן בעצם הפסיקה מאפשרת הוספת על אותה רשימה על ידי יצירת חסיונות על ידי הפסיקה כאשר מתקיימים התנאים לדבר הזה.

נעבור לאותן ראיות חסויות שהן יצירי הפסיקה:

חיסיון עיתונאי והמקור שלו:

ב"ש 298/86 בן ציון ציטרין ויפעת נבו נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז ת"א- למעשה מדובר כאן באותה תקופה בחיי לשכת עורכי הדין שבעצם אסר על עורכי הדין לפרסם את עצמם והנה באחד העיתונים שאדון ציטרין והשני למעשה כתבו בו הופיעה ידיעה שמהלל וסוקרת את פעולתה של הגברת הזאת. מדובר בשני עיתונאים שכתבו כתבה על שני עורכי דין בניגוד מוחלט על איסור הפרסום העצמי עורכי הדין הועמדו לדין בפני ביהד של לשכת עורכי הדין ויוחסה להם ההפרה הזאת של כללי האתיקה כדי להוכיח את הטענה הזאת נקרא העיתונאים לשמש כעדין בביהמש והם נשאלו באשר לזיקה שלהם אל אותם עורכי הדין הרוונה הייתה להוכיח שעורכי הדין הם אלה ששיתפו פעולה. הם סירבו לענות לשאלות בטענה שלמעשה עומד להם החיסיון שבין העיתונאי לבין המקור הם אל יסגירו מי קרא להם מי יזם אלא מקור שממנו הם קיבלו את האינפורמציה ועורכי הדין לא היו מעורבים בנושא הזה בית הדין קבע שמרגע שהם מצווים להופיע כדין על פסי חוק לשכת עורכי הדין הם עדים לכל עניין ודבר והם מחויבים להשיב לשאלות ואין להם שום חיסיון שיכול למנוע את מתן התשובה כלומר **בית הדין דחה את טענת החיסיון שבין עיתונאי למקור שלו**. עד היום אין חיסיון שבין עיתונאי למקור וגם לא יכלו להצביע על פסיקה בארץ שקלטה את החיסיון או יצרה אותו. מכל מקום זה מגיע לעליון ואז למעשה העליון מנצל את ההזדמנות ועושה סדר בהיבט העקורני האם ניתן ליצור חיסיון שהוא לא קבוע לא נמצא בפק' הראיות? לביהמש אכן יש את הסמכות להמשיך וליצור ראיות חסויות אם נוצרים התנאים הנדרשים לכך, מהם התנאים הנדרשים? פונה ביהמש למשפט המשווה ולומד מה קורה באנגליה ובארהב ולמעשה הוא אומר לנו שכאשר מדובר בזיקה מיוחדת בין אנשים, זיקה שמקורה באמון שבין האנשים הללו שאי אפשר בעצם לאותם אנשים לנהל את הדברים ביניהם אלא מתוך ביטחון של הצדדים שהדברים המוחלפים ביניהם יישמרו בסוד, לולא הסודיות לא ניתן בעצם לקיים את הקשר המיוחד הזה בין האנשים ולכן אם מדובר בקשר של אמון המחייב שמירה בסוד של הדברים המוחלפים ביניהם מבחינה משפטית את הזיקה הזאת כלומר שאותה סודיות תיווצר בדרך של יצירת חיסיון, בכל מקרה אומר שמגר כי יש חסיונות מוחלטים, החיסיון המוחלט מונע בעצם במקרים ראויים וישנם כאלה מבחינת האינטרס הציבורי מונע את הסרת החיסיון הוא יכול לגרום פגי לאמידתית בציבור עצמו ולכן אין סיבה מראש לקבע ולנטרל כל יכולת של הסרת חיסיון אם יש מבחינת האינטרס הציבורי סיבה טובה לעשות זאת אז אומר שמגר כי אין שום רע בכך שניצור חיסיון יחסי ואם צריך אכן לא להסיר אותו אז לא נסיר אותו אבל אם כן צריך להסיר אותו אז נעשה נעשה זאת אז אכן גם בציטרין לאחר שמגר בוחן את הפסיקה, נפנה לעמוד 359 בפס"ד: "ההגנה על מקורות המידע הדרושה לצורך ביצוע התפקיד העיתונאי לרבות ההגנה על כיבוד יחסי האמון שעל יסודם נמסר מידע תמורת מטרה שזה לא יתגלה היא איפוא עניינו של הציבור ולא עניינו הפרטיקולרי של העיתונאים הנוגעים בדבר" כלומר למעשה זה לא אינטרס אישי של העיתונאי או של העיתון שעומד מאחוריו אלא האינטרס שאני בא להגן עליו זה אינטרס ציבורי ולא כדי שעיתונאי יוכל להמשיך לכתוב או לדווח במדינה שיש בה חופש עיתונות יש אינטרס לציבור לאפשר את החופש הזה על ידי יצירת החיסיון הזה מתי בעצם החיסיון הזה צריך להיות מוסר? בצד האינטרס הציבורי כאמור לשמור על חופש הביטוי וחופש העיתונות יש אינטרסים אחרים שצריך לקחת אותם בחשבון ואומר שמגר "האינטרסים האחרים אשר עם קיומם יש ליישב את האינטרס.. הם עשיית משפט וצדק, מניעת עבריינות,

הימנעות מפגיעה בזולת על ידי מעשה עוולה(היבט אזרחי) או מעשים חמורים נגד הסדר הציבורי" מה זה אומר? אכן מוצדק אומר שמגר ליצור את החיסיון הזה שבין עיתונאי למקורות המידע שלו אבל הואיל וכאמור יש גם אינטרסים אחרים שיכולים להתערב בעניין הזה כמו למשל פשע חמור שהמשטרה חוקרת ומגיעות אליה ידיעות שהעיתונאי אוחז אצלו ידיעה שיכולה לקדם את ידיעת הפשע זה יכול להיות כרוך גם בהסרת החיסיון וזה יכול לפגוע ביכולת העיתונאים לפעול אבל הוא אומר כי גם העיתונאי וגם נותן המידע צריכים לדעת שמדובר בחיסיון יחסי ובמצב כזה יהיה מוצדק לשקול אפשרות של הסרת החיסיון על כל המשתמע מכך, לא כל עבירה היא פשע ולא כל עבירה תצדיק הסרת החיסיון. הסרת החיסיון צריכה להיות יוצא מן הכלל חריג ולא כלל והנה אם אנחנו חוזרים למקרה שלנו שואל שמגר על מה אנחנו מדברים כאן? אנחנו מדברים על הפרה של עבירה אתית האם באמת בשל הציסוק להעמיד לדין את אלו שפרסמו את עצמם האם העבירה האתית הזאת היא כה חמורה וכה פוגענית עד כדי להסיר את החיסיון והוא אומר לא זהו מקרה שהעליון יכול להיצמד אליו כדי להראות מתי לא אבל יש כאן אמירות נוספות של שמגר שהוא אומר למשל בעמוד 360 "מהו המבחן שעל פיו יפעל ביהמש האם כל עבירה וכל עוולה מצדיקות הפעלת סמכותו של ביהמש לכוף את העיתונאי למסור את מקור המידע התשובה לכך היא שלילית כי חיוב סיוטני ללא אבחנה ינגוד את קיומה של חירות הביטוי כהתגשמותה שהיא חופש העיתונות..." ובנוסף בעמוד 361 "אשר לפי מהותן נושאת עימה אחריות דווקנית, נושא מהותי פירושו כי מדובר בפשע או בעוון בעלי תוצאות או משמעות מהותיות או במעשה עוולה חמור שלגביו נדרש גילוי המקור מאחר שאין אפשרות לעשות משפט צדק ללא קבלת המידע במקרה כאמור יוכל ביהמש לשא להכיר בחיסיון של העד" **מה הם המבחנים:**

1. נבחנת הרלוונטיות של אותה עדות לנושא שביהמש בוחן
2. נבחן אם אכן מדובר בעניין מהותי
3. נבחן אם המידע אכן דרוש במקרה הקונקרטי הנמצא בדיון דהיינו אם אין אפשרות להישען על ראיות אחרות בלי לדרוש גילוי של מקורות המידע.

מקרה נוסף מאוחר יותר שהעליון מתבקש ביודעו שיש כבר חיסיון של עיתונאי ומקור המידע נדרש לשאלה קצת שונה, **האם החיסיון הוא כולל גם את התכנים של הדברים שנאמרו כלומר לא רק מי אמר אלא מה נאמר?** רע"פ 761/12 מ"י נ' מקור ראשון- מדובר היה בעצם בתקרית של מתנחלים שרכזו על המח"ט של הגזרה והם הפגינו נגד המפקד הצבאי תוך שהם פורצים אל תוך הבסיס ומשתמשים שם במעשים ונדאליים הייתה כאן עיתונאית שהוזמנה כנראה מראש לסקר את האירוע שעתיד היה להתרחש וצילמה את האירוע המשטרה שנתבקשה לחקור מה קרה כאן למדה שיש מישהו שמחזיק חומר מצולם פנה אל העיתונאית והעיתון על מנת לקבל את הצילומים, העיתונאית סירבה בטענה שבעצם היא נשענת על החיסיון שבינה לבין המקור אלא שבעצם השאלה הייתה לא מי מסר לה את המידע אלא המשטרה רצתה את המידע עצמו ואז העליון נדרש לשאלה העקרונית **האם החיסיון כולל גם את המידע עצמו?** השופט רובינשטיין כתב את חו"ד החל מעמוד 11 לפסק הדין סוקר השופט את התפתחות החיסיון הזה בארץ ובחול"ל תוך שהוא מזכיר את ציטטין והוא מגיע בסופו של דבר למסקנה כי החיסיון צריך לכלול לא רק את המקור אלא גם את המקור כי זה יכול לחשוף גם מאיפה המידע הזה מגיע אומר השופט כי עד שנסיר את החיסיון אנחנו צריכים להשתכנע שהמשטרה עשתה את המקסימום על מנת להגיע לאינפורמציה הזאת בכוחות עצמה כי מה שרומז רובינשטיין כי המשטרה בכלל לא חוקרת עושה לעצמה קיצורי דר יש לה ממילא מידע זמני וזה נוח היא תזמין את המידע דרך העיתונאי ושלו, המשטרה כמעט לא עשתהשום דבר בעצמה על מנת להגיע למידע ולכן מהטעם זהה שהמשטרה לא שכנעה את ביהמש שהיא עשתה פעולות חקירתיות ראיות לא נסיר את החיסיון עד שהמשטרה לא תשכנע שעשתה באמת פעולות לקבלת המידע. בצד האינטרס של המשטרה לחסוך משאבים יש את האינטרס הציבורי צורך לשמור על מערכת חשובה של חופש עיתונות וחופש ביטוי.

על אותו משקל גרוס שקל בעבר ואמר למעשה כי אין סיבה שיהיו עדי מדינה, כי בעצם המשטרה כמו היום עושה קיצורי דרך מחפשת עדי מדינה וכתוצאה מכך היא חוסכת מעצמה את היגיעה של צוותים וכו' היום גרוס הגיע למסקנה שלפעמים אין מנוס. אם אתה רוצה להגיע וללכוד לפחות חלק מהמבצעים אתה צריך להתפשר על ידי כך שאתה תציע למישהו מתוכם לצאת נגדם, עד מדינה.

נעבור לחיסיון אחר שהוא חדש יחסית במקורותינו – **חיסיון תחקיר מבצעי** – בעקבות פעילות מבצעית או אימונים קורה לא אחת שלמעשה נעשות שגיאות או טעויות וכתוצאה מהן אנשים משלמים בחייהם ומקובל היה בצהל עדיין מקובל לתחקר את האירוע והסיבה היא לדעת מה קרה שם מצד אחד ומצד שני ללמוד לקחים לעתיד לבוא ולמעשה הנורמה הייתה שהחיילים שהיו מעורבים בכל היו אמורים למסור את כל שידוע להם כולל אם מדובר היה בשגיאה שלהם ואז זו אמירה שבאופן תיאורטי אתה יכול להשתמש נגדם, עם הזמן בהתערבות משפטנים שאמרו רגע רגע אי אפשר לפתוח בחקירת מצח בעקבות התחקיר המבצעי מפני שהחיילים היו תחת הרושם שהם חייבים להפלייל את העצמם ואין להם שום הגנה העניין הזה הגיע עד לכנסת וחוק השיפוט הצבאי תוקן בס' 539א: דברים שאומר חייל בתחקיר מבצעי לא ניתן יהיה להשתמש בחומרים הללו בשום הליך משפטי! היחיד המוסמך לעיין בדברים שעולים מהתחקיר זה הפרקליט הצבאי או המשנה שלו ואם אחרי עיון הפרקליט הצבאי הראשי מגיע למסקנה שבוצעה עבירה תוך כדי האיוון או הפעילות המבצעית יכול הפרקליט הצבאי להורות על גורמי אכיפה מצח בדרכי לחקור את הנושא ואולם אסור לון לפרקליט הצבאי הראשי למסור למצח את פרטי המידע שהגיעו אליו מתוך התחקיר כלומר מצח מופנה אל אותו אירוע בלי לקבל לידי את הפרוטוקול של התחקיר המבצעי, יתרה מזאת בעצם כאמור הממצאים חסויים ולא ניתן להשתמש בדברים אומנם יש כאן מספר גורמים שבשל תפקידם מוסמכים לראות את התחקיר כולו- הרמטכל הוא הכתובת שמוסמך להחליט האם להמציא את הממצאים והמסקנות בלבד לא את הפרוטוקול להורים של אותו קורבן שתאונה מבצעית. והנה בהקשר הזה נפנה לפס"ד 9197/06 איריס יחיא נ' ראש המטה הכללי- הורים שכולים עתרו לבגץ כדי לכפות על צהל על הרמטכל לחשוף בפני המשפחה את כל הפרטים שנתגלו בתחקיר המבצעי, הרמטכל היה נכון לעיין בתחקיר המבצעי אבל אל בפרוטוקול המלא הבגץ בוחן את החיסיון הזה את סיבת קיומו והיקפו ומגיע למסקנה מבחינת הרמטכל לא להסיר את החיסיון ולא לאפשר את העיון בפרטים הפרוטוקול ודי היה בממצאים הומסקנות כדי שההורים יבינו מה קרה שם והם לא צריכים להיכנס לעדויות.

חיסיון נוסף – **ועדות בדיקה או ועדות חקירה רפואיות** – החל בפס"ד במקרה של ההסתדרות הרפואית הדסה אבל זה מועלה לאחר מכן בחוק זכויות החולה בתיקון לחוק תשנ"ו 1996 בס' 21:

ועדת בדיקה

21.11 (א) בחוק זה, "ועדת בדיקה" – ועדה שהוקמה לשם בדיקת תלונה של מטופל או של נציגו או לשם בדיקת אירוע חריג הנוגע למתן טיפול רפואי, על ידי כל אחד מאלה:

- (1) מנהל מוסד רפואי לגבי טיפול רפואי שניתן במסגרת אותו מוסד;
 - (2) מנהל קופת חולים לגבי טיפול רפואי שניתן במוסד ממוסדות קופת החולים;
 - (3) המנהל הכללי או מי שהוא הסמיך.
- (ב (ממצאים ומסקנותיה של ועדת בדיקה יימסרו למי שמינה את הועדה ולמטופל הנוגע בדבר, והוראות סעיף 18 יחולו בשינויים המחויבים; הממצאים והמסקנות כאמור יימסרו גם למטפל העלול להיפגע ממסקנות הועדה.

(ג) פרוטוקול דיוניה של ועדת הבדיקה יימסר רק למי שמינה את הועדה ולמנהל הכללי.
(ד) בית משפט רשאי להורות על מסירת הפרוטוקול למטופל, לנציגו או למטפל, וכן, על אף האמור בסעיף 18(ג), להורות על מסירת הממצאים והמסקנות למטופל, אם מצא כי הצורך בגילוי לשם עשיית צדק עדיף מן הענין שיש לא לגלותו; הוראה כאמור יכול שתניתן במסגרת הליך שמתנהל בפני בית המשפט או על פי בקשה אשר תוגש לבית משפט שלום.

(ה) החליט המנהל הכללי לפתוח בהליך משמעתי על פי דין או להגיש תלונה נגד אדם בשל חשד למעשה פלילי, רשאי הוא להורות על מסירת הפרוטוקול, לצורך ניהול החקירה או ההליך המשמעתי, לאדם המוסמך לכך, וכן למטפל שנגדו נפתח ההליך או הוגשה התלונה.

למעשה היה ויכוח בעבר האם פרוטוקול של ועדת בדיקה רפואית הוא חסוי או לא חסוי, הרופאים בזמנו כאשר הופיעו בפני ברק איימו שאם לא יטילו חיסיון הם אל יוכלו לשכנע את הנוגעים בדבר לשתף איתם פעולה ולומר את האמת ברק לא השתכנע וקבע כי הנושא של מה קרה באירוע מסוים לא צריך להיות חסוי אלא צריך להיות נחלת הנוגעים בדבר כלומר זה שנפגע כתוצאה מהטיפול וזה שנפגע כתוצאה ממסקנות הועדה כלומר המטפל עצמו, החוק מכיר בכך שלא כל אחד יכול לעיין בממצאים ומסקנות של ועדת בדיקה אבל הנוגעים בדבר כמובן שכן וביהמש הוא זה שצריך להחליט האם להסיר את החיסיון מעל דיוני הועדה ולמסור את הפרטים שמצאה הועדה למסור אותם למטופל ולמטפל בהתאם. נוסחת האיזון לשם עשיית צדק.

חיסיון נוסף שפותח על ידי הפסיקה - **החיסיון של עורך הפטנטים** - יש לנו את חוק הפטנטים שמסדיר את נושא ההמצאה ורישום פטנט ועורך הפטנטים תפקידו לייצג הכיצד לערוך פטנט וכיצד לרשום אותו עורך הפטנט הוא בעל מקצוע שעומד בפני עצמו והוא כמעט היחיד שמוסמך לעשות פעולה משפטית בשמו של אדם והוא עצמו אינו עו"ד יש כאן חריג לקבוע לחוק לשכת עורכי הדין שרק עורכי הדין הם מוסמכים לעשות פעולות בשם של אחרים ואולם הנושא של החיסיון המוענק למערכת הקשרים שבינו לבין מבקש השירות בעל ההמצאה או הפטנט היחסי הללו לא הוסדרו בחוק בהקשר של קיום חיסיון אבל החיסיון הזה קיים היה במשפט האנגלי כחלק מהתפיסה של המשפט האנגלי בצורך לאפשר את מסגרת הקשרים של נאמנות בין שני הפונקציונרים הללו ובארץ החיסיון הזה הוכר לראשונה ודובר עליו בפס"ד של ביהמש המחוזי בתל אביב **תיק אזרחי מפעלי מתכת נען נ' אידרופיל הנדסה בע"מ** - ד"ר אליהו וינוגרט כתב את חו"ד בפסק הדין, עו"ד גולדנברג הופיע בתיק הזה וניסה לשכנע את ביהמש באשר לקיומו של החיסיון והיקפו - יש לעיין בחלק של נושא החיסיון בפסק הדין עמוד 405 ד"ר וינוגרט מתייחס לסוג החיסיון והיקפו, שני עמודים אחרים 408 מפנה לדברים שכתב אחד המלומדים בדיני הראיות במשפט האנגלי והאמריקאי וויגמור "מביא אותי למסקנה שיש להעניק חיסיון לעורכי הפטנטים כדוגמת החיסיון שמוענק לעו"ד שעוסק בייצוג לקוח בעניין פטנטים" כלומר עו"ד מוסמך לייצג אדם שמעוניין לרשום פטנט כך גם עורך פטנטים זכאי לאותו חיסיון אם כי הפסיקה לא קיבלה את ההצעה הזאת לכל אורכה כלומר להעניק חיסיון כן אבל אל חיסיון מוחלט כפי שיש לעו"ד עם הלקוח שלו.

החיסיון שנוגע למו"מ בין מדיינים במהלך קיומו של דיון משפטי בביהמש - כדי לאפשר מו"מ בין מדיינים מתוך כוונה לאפשר להם את בירור הפלוגתא או לאפשר להם לנסות למצוא פיתרון לאותו סכסוך ביניהם מחוץ לכותלי ביהמש הפסיקה הכירה בנחיצות שאותם אנשים המנהלים את המו"מ יהיו מסוגלים להיות סטוחים שהדברים שהם מחליפים ביניהם מסמכים או דברים אחרים לא ישמשו מאוחר יותר את הצד היריב נגדם אם וכאשר המו"מ נכשל. כלומר שלא יבולע להם על ידי כך שבעצם במהלך המו"מ חשפו גילו דברים שמאוחר יותר מנצלים את זה נגדם כדי להבטיח להם שלאיווצר מצב כזה של ניצול לרעה של המו"מ ושהמו"מ יהיה חופשי מחששות שכאלו הפסיקה הכירה בחיסיון שמוטל על דברים שהוחלפו בהקשר של מו"מ לקראת פשרה. סימן ההיכר שמקובל היה במשפט האנגלי לזהות שמדובר אכן במסמכים הקשורים במו"מ זה הכותרת שעורכי הדין הדביקו למסמכים האלה שהיה כתוב "מבלי לפגוע בזכויות" אלא שפעמים המטבע הזה נוצל לרעה ועורכי דין התכוונו בעצם להטיל חיסיון על חיסיון שלא היה להם שום קשר למו"מ אבל חשבו שכדאי לנסות להסתיר אותם וכך למשל ע"א 440/75 אשר זנבדק ואח' נ' **מלכה דנציגר ואחרים** וכאן עלתה השאלה מה המשמעות של מסמך שהוכתר בכותרת "מבלי לפגוע בזכויות" עמוד 274 לפסק הדין: "ממשיכים וטוענים המערערים כי לא ניתן היה לראות במכתב מיום 2.12.74 הצעה מחייבת אשר עם קיבולה נוצר חוזה כי הרי מכתב זה נשא רישום של המילים - כל הזכויות שמורות - ובשל כך לא ניתן להסתמך על האמור במכתב ולראות בו נתבך לחוזה במילים האלה יש כדי להשאיר פתח פתוח לחזרה מן האמור במכתב וזה לא מחייב על כך משיב העליון כי אין אנו רואים לקבל טענה זו הרישום מבלי לפגוע בזכויות או כל הזכויות שמורות בהם נוהגים פרקליטים ושאינם פרקליטים לקשט מכתביהם אין בהם כדי לשלול מן האמור במכתב את אופיו כהצעה מחייבת ואין בהם בכפיפות למה שיאמר להלן כדי למנוע הסתמכות על המכתב האמור בו כראיה להעלאתה של ההצעה ונוסחה מטרות ומשמעותם של המונחים המסייגים הנ"ל היא מוגבלת כאשר מתנהל מו"מ לפשרה ומו"מ זה נכשל הרי אין באמור במכתב כדי לשמש הודאת בעל דין" הנה כי כן אנו למדים שכדי שמסמך באמת יהנה מהחיסיון שאנחנו מדברים בו כעת אנחנו צריכים להשתכנע שהוא היה חלק מהמו"מ ואם הוא לא

היה חלק למעשה אי אפשר להיתלות עליו על מנת להתיל עליו חיסיון ולכן זה מה שאומר ביהמש העובדה שיש כותרת זה אל מחייב שהוא חלק מהחיסיון תוכיח שהוא היה חלק מהמו"מ ואז נדבר אבל אם למעשה ההצעה שאתה שולח זה לא חלק ממו"מ אז תחשוב מה אתה עושה אתה שולח הצעה אתה לא יכול אחר כך להתחרט מתוך טענה שהתכוונת שהמכתב הזה יהיה חלק ממו"מ.

חיסיון דומה או קרוב לזה זה חלק **מהחיסיון של השירות המשפטי שבין עו"ד ולקוחו** - כל המסמכים שמוכנים על ידי צד למשפט לקראת קיומו של ההליך המשפטי או על ידי צד ג' לבקשת אחד הצדדים במשפט ובכך כל הממסכים הללו חוסים תחת החיסיון שבין עו"ד לקוח ובלבד שנצליח להוכיח שהם היו חלק מהדברים שעשה אותו צד למשפט כדי לאפשר את ניהול הדברים עצמו.

חיסיון נוסף - **החיסיון הבנקאי** - רע"א יעקב סקולר ואח' נ' ניצה ג'רבי ואח' - גם כאן הפסיקה בעצם יצרה את החיסיון כחלק מובן מאליו, אומר ביהמש כי יש אינטרס ציבורי מובהק לאפשר את ההתנהלות המקצועית הנכונה שבין לקוח לבין הבנק שלו הבנק לא יהיה מסוגל לנהל את ענייניו של הלקוח והלקוח לא יהיה מסוגל כמובן להנות מהשירות המקצועי של הבנק אלא אם כן נבטיח מראש שדברים שמקובל שיעשו בין לקוח לבין הבנק יישמרו בסוד על ידי הבנק ויחד עם זאת כלומר ברור שהאינפורמציה הבנקאית הרשומה בספרי הבנק לא יכולים להיות נחלת הכלל כלומר האינפורמציה הזאת חסויה והרוצה לעיין במסמכי הבנק כשמדובר שוב בעסקה פרטית יש כמובן דברים שנעשים בבנק במסגרת עסקה ציבורית שאז החיסיון לא יחול אבל אנחנו כוונתנו כמובן למערכת היחסים הפרטית שבין אדם לבין הבנק במקרה כזה כאמור הדברים התנהלים בחשבונו ובספריו של האדם הפרטי הם כאמור אמורים להישמר בסוד ולא להיחשף לאף צד אלא אם הלקוח בעצם מוותר על החיסיון כי הסודיות היא סודיות של הלקוח ולא של הבנק כדי לשמור על האינטרסים של הלקוח ולא של הבנק. כשלמדנו על הרשומה המוסדית שחלק מהתפיסה של רשומה מוסדית זה גם הרשומות הבנקאיות וכאן החוק מבחין בין שני מצבי צבירה כאשר הבנק הוא בעל דין בעצמו ואז כאשר הוא צד לסכסוך עם הלקוח כמובן יש להפריד ממצב שבו הבנק משקיף מן הצד שבין הלקוח שלו לבין אדם פרטי אחר בשני המקרים פק' הראיות בס' 35 ואילך מסדירים את הנושא הזה שוב מתוך כוונה לאפשר לבעל דין שהמידע בספרי הבנק הם רלוונטים מבחינת קידום האמת רלוונטים לפיתרון הסכסוך במקרה כזה זכותו של בעל דין המלצליח לשכנע שהכתוב בספרי הבנק רלוונטים למקרה שלו ולצורך עשיית צדק יש לאפשר את העיון. כשהכוונה המקורית היא לחסוך מהבנק את ההגעה בעצמו עם הספרים לביהמש אלא הרעיון הוא לאפשר למדיין לצד להליך להגיע אל הבנק בעצמו על פי צו של ביהמש להעתיק את הדברים ולהביא אותם את ההעתק שלהם להמציא אותם לביהמש רק אם יש צורך מיוחד שאפשר לנמק אותו רק אז יוזמן הפקיד או הבנקאי להיחקר על הכתוב באותם ספרים. הסודיות הבנקאית היא מוסד מוכר בעולם כולו והוא מוסד שמוסבר באמון שצריך להתקיים בין לקוח לבין הבנקאי שלו שבלעדי החיסיון הזה בעצם כאמור בפעילות הבנקאית הפרטית לא יכולה להתקיים. **החיסיון הבנקאי כפי שראיתם כדרך כל החיסיונות שפותחו בפסיקה החיסיונות הם יחסיים בלבד וכאשר יש אינטרס ציבורי ראוי הרי החיסיון הזה יוסר.** הסבר בנוגע לאבחנה בין שני המצבים - כאשר מדובר בכך שהבנק מחזיק אצלו דברים הווא עצמו אין לו פלוגתא עם הצדדים המדיינים על מה שכתוב בספרים שלו אז למעשה הוא לא יכול לטעון לחיסיון בכפוף לכך שבהימש כמובן יורה לבנק להביא את הספרים אבל הוא בעצמו מדיין כלומר יש לו סכסוך עם הלקוח אז למעשה הלקוח לא יכול לטעון לחיסיון בנקאי בסכסוך שכזה כלומר האם למשל הטענה היא שהבנק זייף את חשבונותיו או מהל בחשבונותיו במקרה כזה הוא לא יוכל הלקוח - לסגור בפני הבנק את הדלת לפתוח את החשבונות ולחשוף את הדברים על מנת להוכיח כנגד את מה שהוא טוען כלפיו. החיסיון לא עומד במערכת שבין בנק ללקוח כשמדובר בסכסוך ביניהם.

עד כה נתנו רשימה לא ממצה של ראיות חסויות ואין רשימה סגורה כיום בנושא זה. יכול להיות מצב שבו המחוקק יכניס פנימה אל תוך פק' הראיות את כל הראיות ההלכתיות שפותחו מחוץ לחוק, העליוס קורא פעם ועוד פעם להיכנס לנושא של החיסיון שבין עיתונאי והמקור שלו ולהסדיר את זה כדוג'.

נושא חדש: ההיבטים הראייתיים המתייחסים לתקירות בבתי המשפט:

למה הכוונה? מלאכת הפרקליטות או מלאכת הוכחת העובדות היא נעשית בבתי המשפט, במסגרת ניהול הליך הטעון הוכחת עובדות כדי לזכות בסעד או בזכות שאתה בעצם מצפה מביהמש ובכן כשאתה מבקש להוכיח עובדות בבתי המשפט הדרך לעשות את הדבר הזה היא כמובן על ידי הבאת ראיות, ראיות יש מכמה סוגים. הראיה המקובלת והמרכזית היא כמובן **ראיה מפי עדים** ומיד נעמוד עליה והראיה האחרת שהיא אף היא מקובלת להוכיח עובדות בבתי המשפט היא **הראיה החפצית** מתוך שאתה מציג חפץ ואתה מבקש שהוא יוכיח את מה שאתה טוען או **ראיה על פי מסמך** שזו קטגוריה בפני עצמה.

כאמור הדרך המרכזית היום ומתמיד להוכיח עובדות בבתי המשפט היא **מפי עדים** - כשאנחנו מדברים על עדים, לא תמיד זה היה מובן מאליה שצד למשפט זכאי להביא את העדים שבאמצעותם הוא רוצה להוכיח את העובדות כי בעבר עלה הנושא של כשרותם של העדים קודם כל זכותו של צד להביא את העדים ולאחר מכן מי העדים שהוא מביא זה לא היה מובן מאליה במשפט האנגלי עד 1892 בעצם הנאשם בהליך הפלילי לא היה מוסמך לא להעדי בעצמו כעד מטעמו וגם לא להביא עדים מטעמו רק אז ב1892 המחוקק האנגלי בחוק שלהפרלמנט הכשיר את הנאשם לשמש עד במשפטו וגם להביא עדים מטעמו ויחד עם זאת לא כל אדם רלוונטי היה כשר להיות עד היו קבוצות שונות של אנשים שהם היו פסולי עדות מראש וכך למשל קטן שוטה וחירש במשפט העברי אמר במשפט האנגלי קטינים לא, חירשים לא וכו' וכך גם נשים לא היו כשירות לבוא בקהל העדים, יהודים היו פסולי עדות תקופה ארוכה מאוד כלומר העדות נשמרה לזכות מסוים של גברים בעלי מעמד עליון הדבר הזה הלך ובעצם דעך לקראת תחילת המאה ה20 אז למעשה הוסרו כל המגבלות של כשרות עדים והראיה שאם אתה פותח היום את פקודת הראיות שלנו בס' 1 זה מתחיל בפסוק הזה "הכל כשרים להעיד" כלומר הצורך להדגיש את הרעיון שכולם כשרים להעיד בא מהמקום שלא תמיד זה היה מובן מאליה שכולם כשרים כלומר כיום יש היפוך כולם כשרים חוץ מאלה שהחוק מחריג אותם המופיעים בחוק – הורים נ' ילדים, ילדים נ' הורים וכו' והחריגים לכך כלומר מתי בכל זאת הם כן יהיו כשרים. אבל בעיקרון אם פעם חשבנו שאדם בעל עבר פלילי לא יכול להעיד כי לא ניתן להאמין לאדם שיש לו עבר פלילי היום כאמור גם אדם עם קן של צרעות על גבו אדם שהוא פושע מובהק אינו פסול לעדות ויש לזכור את מגמת דיני הראיות של היום שהכל מועתק מפסילה למשקל אז זה בסדר. גם גנב יכול לומר לפעמים דברי אמת תשאיר זאת לביהמש לעניין המשקל.

כשאני מדבר על נושא של חקירת עדים בביהמש הכוונה היא שקודם כל אותו עד שאתה מבקש להזמין יהיה רלוונטי לנושא שאנחנו מדיינים.

ויש הבדל בין ההליך הפלילי לבין ההליך האזרחי בוא בעת שההליך האזרחי התובענה האזרחית חייבת להיות מלווה בתצהירים ראשיים של מגיש התובענה זה לא תמיד היה כך לא תמיד הייתה חובה לחשוף מראש מי הם העדים שאתה רוצה להעיד אלא אם כן הצד השני היה מוזמן לאתגר אותך על ידי צו גילוי מסמכים היום הדבר הזה יותר פשוט כי יש חובת הכנת צהירים ראשיים עם הגשת התובענה זה אומר שבהליך האזרחי הצד השני יודע מי הם העדים שאתה עומד להעיד נגדו וגם מה הם עתידים לומר הרעיון הזה הוא רעיון שהושתך בתוך תקנות סד"א ומקורו בניסיון לייעל את הדיון ולאפשר כלי יותר נכון לפיתרון הסכסוך. כיום מאפשרים לבעלי הדין לא להיות מופתעים כבעבר אלא לאפשר לביהמש להביא אותם או לקרב אותם לדעת מה המחלוקת ביניהם על ידי קדם המשפט שהוא אמצעי מקובל בהליכים האזרחיים(גם בהליל הפלילי הוכנס הנושא של קדם משפט שהשופט מוסמך לקרוא לצדדים לפני התחלת המשפט ולנסות לברר איתם מה בעצם המחלוקת למקום שבמשפט פלילי זה מורכב יותר כי לנאשם יש את הזכות לשתוק) להליך הפלילי אין את המקבילה הזאת שהנאשם חייב לאחר הגשת כתב האישום למסור לצד השני לתיבעה מי יהיו עדיו ולגבות מכל עד הגנה את התצהיר כאמור משום שזכותו של הנאשם זה שיש את חזקת החפות נגדו הוא לא חייב להוכיח את חפותו ולכן הוא לא חייב לחשוף שום דבר ולעומת זאת בהדיינות האזרחית מדובר בסכסוך שאתה מביא את ביהמש לעזור לצדדים לפתור את הסכסוך וכדי לעשות זאת חייבים לשתך פעולה ולחשוף את המחלוקת ואיך אתם מתכוונים להוכיח את הדברים, התצהירים בהליך האזרחי לא רק שהם מייעלים את הדיון אלא הם גם בעצם כלי שפוטר את הסעד שמבקש להוכיח את הדברים, פוטר אותו מלהעיד את העדים שלו בחקירה

ראשית כי התצהיר משמש במקום חקירה ראשית זה אומר שלמעשה לאחר שמסרת את תצהיר לביהמש ולצד שכנגד ואם הצד שכנד לאחר למידת התצהיר אין לו הסתייגות ממה שכתוב בתצהיר אין לו הסתייגות ממה שעומד לומר אותו עד הוא למעשה יכול להסכים לכתוב בתצהיר לוורת על חקירתו של בעל התצהיר במקרה כזה התצהיר הופך להיות עובדות שלא שנויות במחלוקת הרוצה להסתייג מהכתוב בתצהיר חייב להודיע לאותו צד שמתכוון להסתמך על העד הזה על התצהיר שלו חייב להודיע לו שלא מקובל עליו מה שכתוב בתצהיר והוא מבקש לחקור את בעל התצהיר במקרה כזה למעשה התצהיר כדי שיתקבל הוא כפוף לחקירה נגדית ל בעל התצהיר. בחלק מן המקרים למעשה אנחנו מיייתרים את הבאת העדים לביהמש משום שאין מחלוקת עליהם.

חקירת עדים בבתי המשפט- החקירות המתנהלות כלפי עדים בבתי המשפט הם ממספר סוגים וכך למשל שכל עוד הנקרא לביהמש בין מטעם התביעה או ההגנה תיאורטית כפוף למעשה לשלושה סוגים של חקירות:

- ראשית- נועדה על פי טיבה להזמין את ביהמש ללמוד מפי העד את העובדות שלדעתו מזמין העד הן הירוונטיות מבחינתו העד הוא אמצעי להוכיח את העובדות שהמזמין את העד רוצה להוכיח החקירה הראשית בעצם מטרתה להביא את העד לכך שהוא יספר לביהמש או יעיד על אותן עובדות שבגללן הוא נקרא למתן העובדות ואלה הן העובדות שחשובות למזמין אותו הבעיה היא שכשמדובר בהליך אזרחי יש פחות בעיה כי התצהיר הוא התחליף לחקירה הראשית הבעיה מתחילה כאשר בהליך הפלילי אין תצהיר אתה חייב להזמין את העדים ואז ניתן לשמוע בבתי המשפט את אותה בעיה שכדי להביא את העד לומר את הדברים אתה שואל אותו שאלות שאסור לשאול בחקירה ראשית לאמור מה אסור? שאלות מנחות, שאלות מנחות אלו שאלות שמכוונות את העד למה שאתה רוצה לשמוע או אלו שאלות ששמות בפיו כבר את התשובה אלו שאלות שאסור על פי הכללים המקובלים אסור לשאול עד שהוא עד שלך כי רק עד שלך אתה חוקר בחקירה ראשית אסור לאדם שמביא עד גם לשים בפיו את הדברים למרות שברור שלמעשה אותו עד שאתה מביא גם בהליך האזרחי וגם בהליך הפלילי לקראת העדתו של העד חובה עלייך לראיין אותו לקראת העדות ואם לא תעשה זאת לא רק שאתה מכשיל את עצמך מבחינה מקצועית אלא מבחינה אתית זו עבירה לפי כללי לשכת עורכי הדין ולפי פסיקת בתי המשפט לא יעלה על הדעת לעלות עד שלך לדוכן העדים מבלי שבעצם ראיית אותו ופעם ראשונה אתה שומע את העדתו בבית המשפט זו התנהגות לא הולמת. ממילא שאתה מכין עד לקראת העדתו ובהליך הסלילי אם הוא עד תביעה בדרכ עדי התביעה עדותם בעצם כבר ניתנה במשטרה כלומר הם מסרו עדות במשטרה בזמן חקירתה ובמסגרת הראיות אתה מפנה אותם אל אותה הודאה מרענן להם את הזיכרון בקשר לאותם דברים. לאחר הראיון העד בוודאי יודע לשם מה הוא נקרא לשם וגם מה מצפים ממנו שיאמר במסגרת החקירה הראשית והנגדית ולכן כאשר בעצם אתה מגיע לביהמש ואתה שואל את העד ספר לביהמש את הסיבה בגללה באת להעיד, בוודאי שהעד יודע למה הוא הגיע ואז הוא יספר את הסיפור אבל יש עורכי דין שינסו לקצר את הדרך וינחו את העד ויגידו ספר לביהמש מה קרה ביום הזה והזה במקום כך וכך כלומר אתה ממקד אותו בזמן ובמקום כי שם אותו אירוע שאתה רוצה שהוא יספר עליו האם יש כאן הדרכה? התשובה היא כן ואתם תשמעו התנגדויות, מי שמיומן בחקירות יקום מיד ויגיד שיש כאן חקירה פסולה! כי מי אמר שבתאריך זה ובמקום הזה קרה משהו אז השאלה הזאת לא תקינה! ברור שמי שעושה את התרגיל הזה מנסה להראות לביהמש כי קרה משהו בתאריך ובמקום הזה אבל אם לא היה העד נמצא במלכות כי הוא נשאל על תאריך ספציפית הוא לא במאת זוכר בדיוק את התאריך הנה כי כן העד שלך אומר לביהמש כי הוא לא זוכר את התאריך! שיטת הפרקליטים היא לשאול שאלות שהם יודעים שהן פסולות אבל מעצם השאלה הפסולה ביהמש כבר שמע אותה! וזו בעיה אבל יש להדגיש כי אחד הכללים המרכזיים לניהול חקירה ראשית זה לא להנחות ולא להדריך את העד ויחד עם זאת אתה יכול להיות אומן ולפעמים אתה לא יכול להביא עד להגיע למתן תשובה אלא על ידי שאתה מנחה אותו יש כאלה מצבים הם לא שכיחים אבל יש אבל אם אתם מרגישים כי אתם לא יכולים להימנע מהדרכתו של עד בחקירתו הראשית מותר לכם לבקש מביהמש להדריך את העד בנסיבות כאלה וכאלה. מדובר במצבים שבהם אני לא יכול לומר לעד לספר לביהמש משהו מבלי לכוון אותו למה אני רוצה לומר. זו פרקטיקה מקובלת. אין סנקציה

למי ששאל שאלה מנחה. ההגבלה העיקרית של החקירה הראשית זה הנושא של הדרכה והנחיה.

- **נגדית**- הכלי המרכזי של חקירת עדים והוא החקירה הנגדית אחת השאלות היא האם הזכות לחקירה נגדית היא זכות חוקתית? העליון לא הכריע בדבר אבל הנטייה היא לחשוב שלא כדי להגיע למסקנה שהחקירה הנגדית היא כן חוקתית אז צריך להגיד שהיא חלק מהזכות להליך ראוי, אם אתה שולל את החקירה הנגדית כביכול אתה פוגע בזכות חוקתית שלך זאת הייתה הטענה, האם מותר למחוקק לפגוע בזכות לחקירה נגדית או לדוג' המשפט של אולמרט שאותו עד מדינה נפטר שלא הייתה חקירה נגדית מה המשמעות כאשר נבצר ממך מלחקור נגדית עד האם כתוצאה מכך כל העדות כולה הלכה איננה כי הפרו זכות חוקתית או אם לא אז אתה תגיד לא בהכרח העדות עומדת אלא שמשקלה יעמד בהתאם לנסיבות(זו התשובה). הנושא של החקירה הנגדית כך או אחרת היא הכלי המרכזי שהאנגלים המציאו על מנת להגיע לחקר האמת. מה בין חקירה נגדית לבין חקר האמת זו שאלה בפני עצמה שלא נתעכב עליה. בהרבה מקרים נראה שחקירות נגדיות מתנהלות לא דווקא כדי למצוא את האמת אלא כדי לשרת מטרות אחרות. עדין על דוכן העדים ימים שלמים לא בדיוק מסוגלים לעכוב אחר השאלות שהם נשאלים וגם התשובות שהם נותנים הם לא בהכרח תשובות שהם חשבו. בחקירה נגדית המטרה היא לא רק לקבל את התשובות שהחוקר רוצה לשאול אותם אלא לערער את גרסת העד הגרסה שהוא מסר בחקירה הראשית או במקומות אחרים כלומר למצוא סתירות או חוסר דיוקים בין הדברים שאומר העד כאן על דוכן העדים או במקום אחר משום שבעצם הסתירות הללו האי דיוקים הללו הפערים הללו יכולים לאחר מכן לשמש טיעון בפני ביהמש שהעד הזה לא ראוי להעיד, כי אם מצאנו אותו לא מדייק כלומר מדובר בעד שצריך להיזהר מלסמוך על עדותו ולכן ראוי מבחינת משקל לא לתת שום משקל לעדות הזאת זה יכול לגרום לפסילתה או כמעט להביא לסילה, החקירה הנגדית יש לה מסי' מטרות – או להביא תא העובדות שאתה רוצה לשמוע וזה לא פשוט כי הם ניתנו על ידי העד בחקירה הראשית ועכשיו אתה רוצה שהוא יאמר דברים שונים הפסוכים זה אפשרי. מעבר לתכליות של החקירה הנגדית להבדיל מהחקירה הראשית אין לה גבולות ואין לה סייגים בעיקרון זה נכון ובכל זאת יש כמה דברים שהמחוקק משך השנים חשף נפנה לחוק לתיקון סדרי הדין(חקירת עדים): ס' 2 לחוק:

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.

אם החקירה לא רלוונטית אז בוודאי שאיין סיבה לאשר אותה אבל "לא הוגנת" באיזה משמעות מה זאת אומרת? יש מצבים שיתנגדו לשאלה בחקירה נגדית כי היא מכשילה את העד כי היא לא מאפשרת לעד לומר תשובה אחת אלא היא מתקילה אותו בכמה תשובות היא לא הוגנת במובן זה שהיא לא ממוקדת או היא מכשילה אז יש איסור בחקירה נגדית להכשיל את העד, יחדי עם זאת ביהמש ייזהר בלהשתמש בפסילת שאלה בגלל הכשלת העד כי זה מצב לא פשוט. באשר לסוף הפסוק- כלי החקירה הנגדית הוא כלי דורס כי החוקר יש לו כוח עצום לשאול כל מה שבא לו לראש ותוך כדי כך וכדי לגמד את העד כדי למזער אותו כדי לשים אותו במקומו וכדי להפוך אותו לאדם שיחשוש מעצמו אפילו אתה יכול להטיח בו בדרך הזו בדרך של שאלות כל מיני דברים נוראיים "אתה יודע שאתה עד שקרן זוועתי" האם זה בסדר לכנות עד בשם שקרן? לכאורה זה ביטוי מעליב התשובה של בתי המשפט היא שעורך דין המתית בעד שם תואר של שקרן ראוי לעורך הדין שיהיה מצוייד באותן עובדות המבססות את ההטחה הזאת כלומר הוא לא יכול להגיד אתה שקרן וזהו אתה צריך לבסס את הטענה שלך אסור לך לשאול שאלה או לכנות אדם בחקירה נגדית שקרן אלא אם כן יש לך תימוכין לסברה הזאת. מה זו התעיה? ביוש זה יותר פשוט לנו לזהות איזה ביטויים יש בהם כדי לבייש אדם, אתה לא מתבייש אתה אדם מבוגר מצטייר בעיני הבריות כאדם מכובד מה אתה יוצא עם קטינות – זה לא רלוונטי למשפט אבל הוא לא חלם שמישהו ישאל אותו את השאלה השופט ינזוף אבל כבר התחת בו ועכשיו השופט יודע גם שהעד הזה הולך עם נערות חמד. זה לא הוגן וזה מבייש וברור שהשאלות האלה פסולות הן לא לענין. ושופט ראוי יכול לעשות

סנקציה על אותו ע"ד שעושה שימוש לרעה אבל לא קורה. אם המדובר באדם שקרן זה רלוונטי לבדיקת המהימנות שלו ולכן אני זכאי עם כל הקושי בעניין לכנותו בשמו כן הוא. מה לגבי התעיה? כשבעצם השאלה שנשאלת לא מסגירה את התשובה הטעיה זה במובן זה שהיא יכולה להשתמע גם באופן אחר ממה שנחזה ממנה כלומר היא משאירה בפני המשיב כמה וכמה תשובות אפשריות מבלי לתת לו להבין למה הכוונה. עורך הדין הדרך הנכונה ביותר מבחינתו היא "אני מבקש שחברי ינסח מחדש את השאלה ויאמר מה הוא מצפה ממנו". המגבלות הללו שס' 2 שם לבעלי הדין כדי לא לנצל לרעה את סמכותם במסגרת החקירה הנגדית באות בעצם להפוך את ההליך המשפטי הדיוני להוגן וראוי ולא לאפשר לנצל את ההליך שלא למטרותיו. מגבלה נוספת בחוק זה ס' 2א – כל הנוגע לחקירת עברה המיני של מתלוננת שמעידה בביהמש. אותם חוקים שנועדו לנבור בעברה המני של מתלוננות כדי למנוע מאותן מתלוננות חאבד את בטחונן העצמי ולא להיות מסוגלות להעיד בחופשיות על מה שקרה הטקטיקה הזאת של חקירת עבר פלילי אצל מתלוננת בעבירות מין הייתה טקטיקה מקובלת במסגרת ההליכים הללו של עבירות מין כאשר הרעיון המרכזי הוא למוטט את העדה מבחינה נפשית עד שנפל לבתי המשפט האסימון והבינו כי ברוב המקרים אין תוחלת לשאלות הללו השאלות מרחיקות את האמת הן מפחידות את האמת הן פוגעות בצנעת הפרט שלהן פוגעות בפרטיות שלהן ולמעשה לא היה מלכתחילה לאשר חקירה נגדית כי כאמור החקירה הזאת היא לא רלוונטית וכמוכן היא פוגעת בצנעת הפרט שלהן ואז בא המחוקק והוסיף את הסעיף הנ"ל.

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.

כלומר כשהחקירה בעבר המיני היא לא רלוונטית למקרה שבו מדובר בתיק הנוכחי אז בוודאי אין סיבה להרשות את החקירה איך התנהגה המתלוננת במקרים אחרים בדרכ לא רלוונטית עד כדי כך לא רלוונטי שהיה מקרה של אינוס זונה והחלו לחקור אותה על הקליינטים שלה והתשובה של ביהמש הייתה קלאסית – "גם לזונה מותר להגיד לא" ולכן אתה לא תחקור אותה על עם מי ולמה ומה הקריטריונים שלה! אין רלוונטיות לעברה המיני אומר המחוקק לבד מאותם מקרים יוצאי דופן שתצטרך להסביר למה זה רלוונטי מתי זה רלוונטי? כאשר יש מקרים שנשים הן ציידות אחרי גברים ומביאות את הגבר למצב שהוא כמעט עושה את זה ואומרת לו אתה רוצה שאני לא אתלונן תשלם לי כך וכך! אם היא עושה זאת סדרתית וזה מה שאתה מבקש להוכיח אז מותר לשאול אתה שאלות האלה כדי להוכיח את הכוונות הפליליות שלה אבל זה נדיר!

• חוזרת

נושא חדש בשיעור הבא- הכתב כראיה!

1.1.18

דיברנו על ההיבטים הראייתיים של החקירות בבתי המשפט ראינו איזה סוגי חקירות מתקיימים על פי סדר הדין הפלילי ותקנות סד"א, מבחינת סוגי חקירה זה אותם סוגים הראשית הנגדית והחוזרת וההבדל הוא שבהליך האזרחי מזה מספר שנים מנסים לחזוק את החקירה הראשית בכך שמחייבים את הצדדים ללוות את התובענות שלהם ואת כתבי ההגנה בתצהירים שהם בעצם תחליך לחקירה הראשית זה אומר שבעצם אם אתה לא מתנגד לכתוב בתצהיר אז שני דברים מתרחשים: ראשית התצהיר מתקבל כמו שהוא, כשאים התנגדות לתצהיר הכוונה היא שאים התנגדות לתכנים שלא ולא לתצהיר עצמו, אם יש לך הסתייגות באשר לנושא הקבילות או לנושא התוכ אתה צריך להביע את ההתנגדות ולהודיע לביהמ"ש שאתה מבקש להזמין את בעל התצהיר לחקירה ואז כאמור התצהיר מתקבל בכפוף לחקירה. בהליך הפלילי לא כך הדבר החקירות מתבצעות בעל פה ולא בכתב ולכן בעצם אנחנו לא חוסכים דבר כמו בהליך האזרחי כלומר החקירה הראשית היא תמיד בעל פה אין תצהיר וזאת בכפוף לסי' 10ב שאומר כי הצדדים יכולים להסכים על מסירת אמרה של עד בהסכמה ואז כבר אמרנו כי הכוונה לאותה אמרת עד של סי' 10א שבדרכ אנחנו נזקקים לו כאשר עד חוזר בו ממה שהוא אמר כאשר האמרה הזאת מוגשת בהסכמה היא מוגשת כמו בצהיר הכוונה היא שאני מסכים לתכנים שנאמרים בה ולא לנושא הקבילות שלה ואז למעשה הסכמתי לעובדות הקנויות של אותה עובדה בדומה לתצהיר לכן כא יש הקבלה מסוימת.

הראינו מבחינת דיני הראיות מה מותר ומה אסור לעשות בחקירה ראשית כאשר המגבלה העיקרית היא איסור ההדרכה וההנחיה וזה בא לידי ביטוי שאסור לצד שמביא את העד להדריך אותו לאותם עובדות שהוא מבקש שיעיד עליהם הוא צריך לאפשר לעד לדבר מתוך חופשיות ובלי הדרכה על העובדות שהן רלוונטיות לנושא. חוזה ואומר כי יש מצבים אשר בהם (גם קדמי אומר את זה בספרו) קשה מאוד שלא להדריך את העד על מנת לשמוע מפיו את הדברים שאתה רוצה ואז הפיתרון הוא והתשובה היא שלביהמ"ש יש את המסכות גם לפי חוק סד"פ לחרוג מסדרי הדין ולאפשר לך גם בחקירה ראשית להדריך את העד שלך, עוד מקרה שבו מותר לך להדריך את העד שלך זה כאשר למשל העד אומר דבר חדש שלא שמענו, העד אינו מסוגל לזכור את האירוע שאתה מבקש ממנו, אם יש לו בעיית זיכרון אז אפשר להסביר את זה אבל בדרכ אדם שאין לו בעיה רפואית עם זיכרון יכול באופן טבעי יכול להיתקל בבעיית זיכרון אם מדובר באירוע רחוק ככל שהאירוע רחוק יותר היכולת לשחזר אותם פוחתת או כאשר מדובר בפעולה רוטינית שאתה מרבה לעשות אותה ביום יום ואתה מתבקש בביהמ"ש ספר לי אותו דוח חניה שאתה רשמת ואתה עושה את זה כל יום אז זה קשה, בשני המקרים כאשר מדובר בהקפאת הזכירה במצב זה ביהמ"ש רשאי במקום החקירה הראשית במקום העדות של העד לאפשר להכיל עליו את כלל הקפאת הזכירה שבעל פה, ביהמ"ש צריך להשתכנע שמדובר באירוע שבאופן רגיל בני אדם לא יכולים לזכור הוא צריך להשתכנע שבאמת האיש שעומד בפניו אינו זוכר ואז במקרה כזה בגלל הקפאת הזכירה משהו צריך לקבל משהו מהעד שהוא זוכר שהוא נתן את העדות והוא גם זוכר שזה היה אמת אני לא זוכר מה אמרתי אבל אני זוכר שזה היה אמת במקרה כזה הכתב שתיעד את אותו אירוע מתקבל כתחליך לעדות בעל פה שהעד היה צריך לומר זה כלל הקפאת הזכירה של העבר וזה חריג לנושא של החקירה הראשית. עוד דבר שלמעשה הוא חריג לכללים של החקירה הראשית העד שאתה מביא אותו הו[פך להיות עד עוין שלך למה הכוונה? על דוכן העדים הוא מביע את העוינות שלו כלפיך כלפי הצד שמביא אותו נוזה יכול לבוא לידי ביטוי בכמה דברים: הוא חוזר בו או סותר (החוק מביע זאת) בעדותו דברים שאמר מחוץ לכותלי ביהמ"ש למשל הוא אמר במשטרה דברים אחרים לגמרי ובתצהיר הוא אמר דברים אחרים לגמרי, זה יכול לבוא לידי ביטוי גם על נדי תשובות מתחמקות במקרה כזה חוק סדר הדין הפלילי באמצעות הכרזה על כך שהעד הוא עד עוין כדי לשנע את ביהמ"ש שמדובר בעד עוין אתה פעמים נדרש להציג בפני ביהמ"ש את האמרה הקודמת שלו כדי להראות תראה מה הוא אמר שם ומשביהמ"ש אכן משתכנע שמדובר בעד עוין הוא רשאי בעצם להתיר לו במסגרת החקירה הראשית הוא יאפשר לו כעת לחקור אותו חקירת שתי וערב שהיא שמורה בדרכ לצד השני והחקירת שתי וערב היא כמובן שיש עמה הדרכה שכם אחרת היא לא שתי וערב והסיבה לרשות הזאת היא לאפשר לצד שהביא את העד הזה או באמצעות החקירה הנגדית לקבל ממנו הודאה או אישור שבעצם מה שהוא אמר כאן על דוכן העדים הוא לא נכון או שהוא חוזר בו מהדברים שהוא אמר על דוכן העדים, האפשרות הזאת להוציא מעד עוין הודאה בדבר עוינותו בדרכ היא רחוקה היא כמעט לא ריאליסטית ואז מה

שנותר זה בעצם לצמצם נזקים זה העד שלך אתה הבאת אותו והמשמעות היא שהדבר שהוא אומר אמורים לשמש נגדך אלא אם כן באמצעות ראיות אחרות אתה יודע למזער את הנזק שעולה מדבריו, תזכרו כשלמדנו את ס' 10א היום הפרקטיקה היא שכאשר עד על דוכן העדים חוזר בו מדברים שאמר במשטרה ובכך הוא מפגין עוינות ולכן הבקשה לביהמש היא כפולה: א. אני מבקש להכריז עליו כעד עוין נוכח סתירתו ב. אני מבקש להציג את האמרה שלו לא רק שיש סתירה אלא לקבל אותה כקבילה לתוכנה. שימו לב כי 10ג משאיר שיקול דעת לביהמש מה להעדיף את האמרה או את העדות בביהמש. זו הייתה חקירה ראשית עם המגבלות והחריגים.

מגבלות של איסור ביוש של העד והפחדתו זה מגבלות של **חקירה נגדית** כמו למשל אסור להטעות עד, אסור להפחיד אותו וכו'. בפסיקה יש פרשנות מה זה לבייש מה זה להפחיד מה מותר ומה אסור. בנושא של עבירות מין יש איסור שימוש בעברו המיני של מתלונן במסגרת החקירה הנגדית אלא אם וזה החריג אלא אם העבר המיני הזה יש בו רלוונטיות ביחס לאישומים הנוכחיים בכתה האישום אבל הפסיקה את המסע המביש הזה של הצגת המתלונן המתלוננת כמתירנית כדי לגרום לה למתלוננת להתבייש ולהירתע מהלעיד על המקרה עצמו. זכותנו כפרקליטים אם הצד השני ינסה לחקור על עברה המיני של המתלוננת או המתלונן ניתן להתנגד מיד כי החוק קובע כי זה לא רלוונטי ויש על כך איסור.

החקירה השלישית היא **החקירה החוזרת** – היא בדרכ שמורה לאותו צד שהביא את העד על פי הת[פיסה הנכונה היא לא חקירה שנועדה על מנת להוסיף דברים חדשים שלא שאלת בחקירה הראשית אסור בעצם להוסיף דברים שלא עלו מהחקירה הראשית אבל היא נועדה כן, בדרכ נשמע בבתי המשפט פרקליטים ששואלים עד: "בוא ספר לנו האם זה נכון שבתאריך מסוים קרה כך וכך?" העד יענה: "כן אבל...". כלומר יש לו הסתייגות כלומר זה לא כן יש הסתייגות בדרכ הפרקליטים המנוסים ישתקו אותו מיד. אם אתה הפרקליט שהביא את העד ושמעת איך סותמים לו את הפה אתה כותב לעצמך מה הייתה השאלה מה הייתה התשובה כשמגיע תור החקירה החוזרת להבהיר את תשובתו הסתומה של העד להבהיר אור על תשובות אל ברורות שנתן העד לא להעלות דברים חדשים אלא להבהיר דברים שאינם ברורים! יש פעמים שההעד חוזר בו בחקירה נגדית ממה שאמר בחקירה הראשית ואז הוא משמיע דבר שהסנגור לא צריך לשמוע ולתובע זה אל נוח, בחקירה חוזרת מורשה התובע שהביא את העד לנסות להציל מפיו של העד הזה מה הייתה הסיבה לחזרה שלו כלומר על מנת למזער נזקים!

ראיות הזמה – אלו אותם ראיות שבעצם הצד השני לא צסה ולא היה יכול לצפות וזה בדרכ יכול להיות בהליך פלילי כי בהליך אזרחי הכל חשוף וגלוי ואתה לא יכול לטעון לא ידעתי מה יהיו טענות ההגנה או התשובה של הצד האחר, בהליך פלילי הנאשם לא חייב לגלות לך מה קווי ההגנה, אם הוא שתק במשטרה ואין לך את גרסת הנאשם וזה זכותו ואז לראשונה אתה מופתע לגלות את גרסת הנאשם אם הוא יבחר להעיד או באמצעות העדים שלך בכל המקרים האלה הואיל והגרסה של הנאשם לא הייתה ידועה ולא יכולת לצפותא ותה אז למעשה עכשיו אתה יכול לבקש בתום ראיות ההגנה, בדרכ מבחינת הראיות בהליך הפלילי יש את ראיות התביעה וראיות ההגנה ובזה זה נגמר(חריגים בהמשך) אבל זה העיקר, ואחר כך סיכומים והנה כשמודבר כאמור במצב שבו התביעה הופתעה מגרסת הנאשם ובכן במקרה כזה חוק סד"פ מאפשר לה לבקש רשות מביהמש להביא עדים שבעצם כל כולם נועדו להזים את הגרסה של הנאשם שהוא השמיע אותה לראשונה בביהמש או זה גרסה שכבר השמיע הנאשם הוא מסר גרסה במשטרה ואולם למעשה הוא הודה במשטרה בעובדות מסוימות ובעדותו בביהמש הנאשם חוזר בו מההודאה הזאת מה המשמעות? אדם שהודה בעובדות מסוימות התביעה פטורה מלהוכיח אותם והנה כעת התביעה עומדת במצב שהנאשם חזר בו והיא לא יכלה לצפותא תצה חזרה הזאת ולכן המקום הראוי זה ראיות הזמה לאפשר לי להתביעה להביא כעת עדין להוכיח את אותן עובדות שהנאשם חזר בו אלו ראיות ההזמה.

מבחינת חוק סד"פ גם קובע את הדרך לא רק איזה צורות חקירה יש לנו ולא רק מה מותר ואסור לשאול אלא גם יש עוד שחקן בינתיים דיבנרו רק על שני שחקנים וזה התובע והסנגור או תובע ונתבע **והשחקן הנוסף הוא ביהמש** היינו רוצים לחשוב שתפקידו להשגיח מלמעלה בלי לרדת למטה בלי להתערב לטובתו של זה או לטובתו של זה אבל זה לא כך הפסיקה שלנו מלמדת כי לשופט יש תפקיד פעיל וחשוב יש לו אחריות לנהל את המשפט בצורה כזאת שתבטיח משפט צדק

ואז למעשה הבביטוי של הפיקוח הזה זה על ידי כך שמורשה ביהמש שימו לב להתערב בחקירת העדים שמובאים בפניו שמביאים שני הצדדים אלא שהחוק קובע מתי ואיך מותר לו לשופט לעשות זאת כלומר מותר לו לשופט על פי הספר להתערב בחקירתו של עד רק אם הוא סיים להעיד סיים להשיב לצדדים ואז מותר לשופט להתערב ולשאול אותו שאלות את העד אבל גם זאת נכון מותר לו לשופט להתערב תוך כדי חקירתו של העד אלא שהחוק מגביל התערבות כזאת רק לשאלות של הבהרה לא שאלות חדשות שאלות הבהרה בלבד לא הבנתי מה אמרת תסביר לי כעת וכו' בסוף החקירה מותר לו כעת לעלות שאלות שהצדדים לא הבהירו אם אכן בתום החקירה שואל השופט שאלות חדשות מותר לצדדים גם הם לאחרי שאלות השופט לחזור ולשאול את העד בחקירה נגדית את הטעון דרישה על פי התשובות שהוא נתן. אני מדגיש זאת מפני שבשיטה האדורסרית מנסים לעשות את האיזון הנכון בין כך שהשופט הוא הגורם האובייקטיבי המפקח והוא לא אמור לתפוס צד אסור לו להראות שבעצם הוא מקורב יותר לצד כזה או לצד אחר בהדיינות ויחד עם זאת השאלה היא מה זה אסור וכמה אסור מפני שניקח למשל את משפט שומייניוק וראה את צורת ההתערבות של ביהמש למשל השופט דב לוינ'ל שהיה יושב ראש ההרכב, היקף ההתערבות הייתה בלתי נתפסת, שפטל היה הנסגור הוא ערער לעליון וביקש לפסול את השופט ואחת מעילות הפסילה זו ההתערבות הבלתי נסבלת של הושפטים במהלך החקירה של העד, שמגר כתב את ההחלטה אבל כדרכו הוא ניסה לומר את הדבר הבא: "נכון שאסור לביהמש להתערב יתר על המידה בחקירת העדים כדי לא לעשות עבודתו של צד אחר מצד שני הוא אומר הכל עניין של מיהד והיקף מותר לשופט בשם תפקידו כשופט לדאוג שיעשה משפט צדק ולקבל תשובות שנראות לו נכונות לאותו משפט " במקרה של דומיוניוק שמגר פסק כי דבר לוינ'ל לא חרג מן ההיקף והמידה. ! גרוס חושב ששפטל צודק! זה לא רק התערבות בחקירתם של העדים שהצדדים הביאו. בהקשר של היקף של שופט להתערב – מותר לביהמש להביא עדים מעצמם עד ביהמש כלומר סיימו הצדדים הבאת ראיותיהם יכול ביהמש אם סבר שזה צודק ונכון לעשות זאת להביא מיוזמתו עד בין שהוא כבר העיד כלומר להחזיר עד שהעיד אל דוכן העדים ובין שמדובר בעד שהצדדים החליטו לא להזמין אותו כאן הסמכות קיימת הרשות נתונה אבל ביהמש העליון מנחה שהמקרים שבהם ביהמש מיוזמתו מזמין עד צריכים להיות מקרים נדירים מאותו טעם שזה לא מתפקיד ביהמש לעשות עבודתו של צד מסוים במשפט. השופט לאחר ששמע את הראיות סבור שיש לו ספק ביחס לדברים מסוימים וכדי להסיר את הספק הוא יכול להזמין עד מסוים אומר העליון זה לא תפקידך כשופט להסיר ספק אם יש ספק אתה חייב לפסוק על פיו! נכון שאתה אמור לדעת את האמת אבל זה לא התפקיד שלך לנהל את המשפט אלא תפקידם של הצדדים. לדעת גרוס אין אמת מידה מדויקת מתי מותר ומתי אסור לביהמש להביא עד. מהו האיזון הנכון? כל מקרה לנסיבותיו!

כשדיברנו על הנושא של העדים – התביעה חייבת להבדיל מההגנה בכתב האישום לפרט מראש מי הם כל עדי התביעה שהיא מתכוונת להשתמש בהם קורה פעמים שהתביעה במהלך העדתה את עדיה מגיעה למסקנה כי אחד מהעדים או יותר מיותרים לה ואז היא מוותרת חוק סד"פ קובע כי אם התביעה ויתרה על עד שלה ההגנה רשאית להזמין את אותו עד לשמש כעד מטעמה (ברור שההגנה לא יכולה להזמין עד תביעה) אבל **ברגע שהתביעה ויתרה עליו ההגנה רשאית להזמין אותו מטעמה כדי שבאמת יהיה לה את היתרון שהיה אמור להיות לה כי אם הוא היה אמור להמשיך להיות עד תביעה והנה כעת כדי לו לשלול ממנה את החקירה הנגדית ההנה יכולה להעיד אותו כעד הגנה אבל עם רשות לחקירה נגדית.** הוא לא עד תביעה שלא באשמת ההגנה ולכן חוק סד"פ אומר את היכולת יכול להשתמש בו(ההגנה) וגם לחקור אותו בחקירה ראשית כאילו הייתה זו חקירה נגדית. הוא למעשה הוא הפך להיות עד הגנה וכעת כשהתביעה נדרשת אם היא רוצה לחקור אותו היא תחקור אותו בחקירה נגדית.

צריך לשאול מה הסיבה שהתביעה מוותרת על עד שלה? כשהיא בונה את כתב האישום היא לקוחת אבחשבוך את מה שהוא אמר במשטרה ובודקת האם זה רלוונטי, מה קרה סתאום שהיא ויתרה עליו? יכול להיות מצב שבו התביעה מגלה פתאום שהעד הופך להיות עד עוין אבל היא מגיעה למסקנה כי למה אני צריכה עד עוין יש לי מספיק עדויות בלעדיו ולכן אני מוותר עליו אם זו הסיבה לויתור למעשה עכשיו יש בזה המון היגיון כי התביעה תחקור אותו חקירה נגדית, כי הוא יאמר דברים שהם מנוגדים למה שהוא אמר במשטרה אם ההגנה יודעת כי הוא עד תביעה קלאסי וממילא הוא הולך להעיד דברים נגד ההגנה היא לא תשתמש בו אבל אם היא תבין(ההגנה) כי מדובר בעד עוין היא תרצה להעיד אותו ואז התביעה בלית ברירה תחקור אותו חקירה נגדית

כאילו היא הייתה עושה אותו דבר אם היא הייתה חוקרת אותו. בוודאי שהתביעה לא אמורה לשמוח להעיד מטעמה עד תביעה שהפך להיות עוין על כל המשתמע מכך ולכן באמת אם היא יכולה לחסוך מעצמה את המחזה הזה של עד עוין ויש לה מספיק ראיות בלעדיו היא תוותר עליו. אבל לגבי הסיבה שהתביעה מוותרת על עדיה? יש מגוון רחב.

דיני הראיות הוא כלי עבודה נהדר כדי לאפשר להוכיח עובדות אבל גם כדי לעמוד על משמר הזכויות הדיוניות של הלקוחות שלך ואתה חייב מתוקף החובה של לעמוד על המשמר אתה חייב להיות ער בכל מהלך הדיון לשאלות הנשאלות ובאם השאלות הם בניגוד לדיני הראיות אתה חייב מיד להתנגד תזכרו את המושג הזה של התנגדות – **התנגדות שאינה נשמעת במקום ובזמן הנכונים חלף עבר!** נראה בנושא של הכתב כראיה שלמרות שיש כללים ברורים מתי אי אפשר להעיד אלא באמצעות כתב נראה שמי שלא בקיא בעניין הזה ולא התנגד במועד להשמעת עדות בעלם סה במקום בכתב וגילה את הדבר הזה מאוחר יותר חוסר ההתנגדות מבחינת דיני הראיות היא הסכמה – הסכמתו של הלא מתנגד לשינוי דיני הראיות, יש אדם שכעת מעיד דברים שהם בניגוד לכלל הפוסל עדות שמיעה אסור היה לו הלשמיע אותם לא התנגדת למעשה הסכמת להכשיר את אותה עדות משום שכאמור בתחילת הדרך למדנו כי ניתן להתנות על דיני הראיות כלומר דיני הראיות הם כאלה כל זמן שאתה לא שינית אותם או לא הסכמת לשנות אותם אז לכן תזכרו את הנושא הזה שאנחנו עוסקים בו כעת – הנושא של חקירה נגדית מה מותר ומה אסור אלב אם אתה לא מתנגד זה כאילו הסכמת – אל תצפו שביהמש יעשה לכם את העבודה, הוא שומע שיש כאן שאלה שהיא אסורה בגלל הכלל הפוסל עדות שמיעה ובכל זאת הוא לא יתערב ודבר שני בהקשר הזה אל תסמכו על כך כי ביהמש יודע יותר טוב מכם את דיני הראיות ולכן אנחנו חייבים להיות על המשמר!

נושא חדש - הכתב כראיה:

דיני הראיות בדרכם כללים פתוחים במובן זה שהם מאפשרים לצדדים המדיינים להחליט באיזו דרך הם יוכיחו את הטעון הוכחה – את העובדות, באיזו דרך? בדרכ הדרכים הידועות ברשומות מראש ודרך המלך של דיני הראיות כאשר הוכחת עובדות היא העדות בעל פה או העדות מפי עדים זו דרך המלך! **חלקם המירבי של המשפטים מתנהל בדרך הזו-ראיות מפי עדים בעל פה אבל פעמים אותה עובדה יכולה להילמד ויכולה להיות מוכחת מכוח עובדה שהיא נמצאת בתוך מסמך בכתב ובכוונה היא נמצאת בתוך המכתב ולכן אין מנוס אלא להציג את המסמך על מנת להוכיח את הדברים הרשומים ופעמים אין לך ברירה אלא להוכיח את העובדה באמצעות ראיה חפצית כאשר למשל במשפט פלילי אתה צריך להוכיח שהנאשם את קורבנו באמצעות סכין, כלי הנשק היה סכין אוירה לו למוות באמצעות כלי יריה כמובן שהאמצעי הזה של איך נפגע הקורבן הוא אמצעי הוכחתי חשוב כלומר אתה צריך להביא לביהמש את הכלי שבאמצעותו נפגע הקורבן ולהוכיח את הקשר שבין הכלי הזה לבין הנאשם שעומד לדין.**

למעשה בדרכ דיני הראיות אינם מתערבים באשר לדרך לאופן שהצדדים מבקשים להוכיח את העובדות לבד ממקרים חריגים והנה אחד החריגים: כאשר מדובר בשורה של עניינים אשר בהם המשפט מחליט לכוון את הצדדים לדרך מסוימת של הוכחה ולא מותיר להם שק"ד ולכך אני לוקח אותכם כעת אל אותם עניינים שהמשפט מחייב את הצדדים להוכיח את העובדות רק באמצעות הכתב! המקור המרכזי מבחינת דיני הראיות לדרישת הכתב הוא חוק ישן שלמעשה כשנאחנו מסתכלים אחורה הוא היחיד שהשתמר בספרי החוק הישראליים מהתקופה הזאת כוונתי **לחוק הפרוצדורה האזרחית העותומאנית** כאמור יתר החוקים העותומאנים פסו מן העולם לעומת זאת החוק הזה השתמר בספר החוקים שלנו אולי משום המיוחד שבו בעיקר מה שנותר בתוקף מהחוק הזה זה ס' 80 – 82 כולל. ביהמש העליון העדיך סוג מסוים של תרגום של החוק של תרגום שהוצע לו ומאז אותו תרגום היחיד שמחייב לעניין הנושא שאנחנו מטפלים בו וכך למשל **ס' 80 בתרגום המחייב:**

80. תביעות הנוגעות להתחייבויות וחוזים או לשותפות, למוכסנות^[1] או להלוואות שעל פי הרגיל

והנהוג הם נעשים במסמך בכתב, והעולות על עשר לירות, צריך להוכיח במסמך בכתב.

הסכום שנקוב בס' הוא לירות, הפסיקה אומרת כי כשאתה מגיע לאחד מהעניינים המפורטים בס' זה כבר לא משנה מהו הסכום של אותו עניין מה שמחייב זה אל הסכום אלא העניין עצמו אז מה אומר הסעיף? הוא מפרט לנו כאן תביעות שמתייחסות לסוג מסוים של נושאים משפטיים כמו למשל: התחייבויות בין בני אדם, חוזים שנקשרים בין בני אדם, שותפות, קבלנות(חוזה קבלנות) או חוזה הלוואה. כל אחד מהעניינים האלה למעשה המחוקק מחייב לגביו לגבי אותה פעולה משפטית שהיא תלויה על ידי כתב! יש לדייק: לא כל פעולה משפטית המתייחסת לאחד הנושאים הללו אלא רק אילו מבין הפעולות שמקובל ורגיל על פי הרגיל והנהוג כלומר לא די בכך שאכן זיהית במדובר בחוזה קבלנות או בחוזה הלוואה אלא שאותו חוזה קבלנות אותו סוג של חוזה קבלנות או אותו סוג של חוזה הלוואה מקובל ורגיל יש נוהג שהוכח שמקובל ורגיל בהם לעשות את אותו חוזה או את אותה פעולה משפטית בכתב כמובן השאלה היא מדוע ככלל המחוקק העותומאני מצא לנכון להכתיב למדיינים איך להוכיח את תביעתם או את הפעולה המשפטית באותם נושאים אז קודם כל הדגם הזה נלקח על ידי העותומאנים מן החוק הצרפתי ששם הוא היה קייף והסיבה לכך היא שבאותה תקופה באותם ימים אנשים כנראה שלא בהכרח ידעו קרוא וכתוב וגם לא כל כך הקפידו או דווקא באמירות אמת ובתי המשפט אז הגיעו למסקנה שהם לא מסוגלים בעצם להכריע במחלוקות עובדתיות באותם נושאים אלא אם באמת הפעולות המשפטיות הללו תועדו בכתב ואז כמובן כשפעולה משפטית מועלית על הכתב קשה יותר להתכחש לה קשה להתנער ממנה קשה יותר לתת לה פרשנות שלא עולה בקנה אחד עם הכתוב ולכן הכתב נדרש. כמובן מה משתמע מכך? הואיל וכאמור הכלל המשפטי שהצדדים חופשיים להחליט הכיצד להוכיח את תביעתם ורק החריג הוא ס' 80 הוא חריג בכך שהוא נוטל מן הצדדים את חופש הבחירה שלהם המסקנה היא שהרוצה להיתלות על החריג כלומר רוצה לטעון כי אין להוכיח את הפעולה המשפטית שס' 80 מדבר עליה אלא באמצעות כתב הרוצה לטעון כך עליו הראיה כלומר הוא צריך להוכיח שאכן אותה פעולה משפטית היא החריג שמוזכר בס' 80 שאנחנו מדברים עליו זה לא רק שמדובר בחוזה קבלנות או בחוזה הלוואה אלא גם שלגבי אותו חוזה הלוואה מקובל ונהוג לגביו לדרוש את הכתב מה זאת אומרת מקובל ונהוג? נתבקש ביהמש מפעם לפעם להסביר- מקובל ונהוג הטוען לקיומו של מינוח כזה עליו הראיה כלומר הוא זה שצריך לשכנע את ביהמש שיש נוהג המחייב את דרישת הכתב, איך מוכיחים? מוכיחים אתצ אותו נוהג בצורה שבדרכ מוכיחים נוהג כלומר על ידי הבאת מומחים באותו תחום שיסיבירו לביהמש שיש נוהג כזה ואם ביהמש פסק פעם או פעמיים באותו נושא הרי אותו נוהג הפך להיות חלק מהדיעה האישית של ביהמש כלומר אם אותו נוהג הוכח מס' פעמים ונקבע בפסיקות ביהמש הרי אותה פסיקה הפכה להיות מחייבת וחלק מהדיעה של בתי המשפט כמובן הוויכוח יהיה לא רק האם אנחנו מדברים באחד מהפעולות המוזכרות בס' 80 אלא כאמור האם באותה פעולה קונקרטית יש נוהג שמחייב את הכתב? מה זה אותו כתב? כתב בזמנו היה דבר פשוט אותו נייר שבעצם על גביו תועדה אותה פעולה משפטית היום כשאנחנו בעידן הדיגיטאלי וראינו את המושג כתב כפי שפורש בס' 10א גם שם נדרש הכתב, ובכן היום המונח של כתב הוא רחב יותר הוא לא רק נייר אלא כל אמצעי של קיבול שתיעד את אותה פעולה משפטית. ביהמש נדרש לתת דעתו האם אנחנו כאשר אנחנו מדברים על דרישת הכתב אנחנו מתכוונים וצריכים לדרוש שכל הפעולה המשפטית כולה צריכה להיות מתועדת בכתב כלומר הוויכוח לפעמים היה מה צריך להיות מתועד מתוך הפעולה עצמה מה חשוב עד כדי תיעוד ואיזה חלקים פחות חשובים ובעצם אפשר להשלים אותם על ידי עדות בעל פה האם הכתב מתכוון רק לחלקים המהותיים ל אותה פעולה משפטית או שהוא כולל את הכל? עם השנים ביהמש הגמיש את דרישת הכתב על מנת שהכתב יצומצם רק באמת לחיוני והנדרש ולא לכלול בתוכו את כל הפרטים שהם לא מרכזיים שכן לגבי הפרטים הפחות מהותיים ניתן כאמור להשלים אותם או להעדי עליהם בעל פה ירתה מזו גם לגבי החלקים המהותיים שהכתב היה צריך לכסות אותם ביהמש העליון הגמיש את הפרשנות במובן זה שהוא אמר לנו שדי במה שהוא כינה ראשית ראיה כלומר די בכך שקיים כתב גם אם הכתב הזה לא מתעד את כל החלקים המהותיים אלא רק חלקים או רק דברים מסוימים מתוך הדברים המהותיים לגבי היתר אפשר אומר ביהמש העליון להשלים על ידי הדרך המקובלת כלומר על ידי עדויות בעל פה, זאת וגם אחרת – כתב הכוונה אומר ביהמש לא כוונה שיש כתב אחד אתה יכול להשלים את הכתב על ידי מספר כתבים גם אם אותה פעולה תועדה על ידי מס' כתבים אתה יכול

לחבר אותם כדי שיחשבו לאותו כתב הנדרש. ס' 80 בעצמתייחס או כל הגיונו מתייחס להיות אמצעי של הוכחה מה שאנחנו מכנים אמצעי פרובטיבי כלומר הרעיון הוא כאמור לגבש דרך של הוכחה דרך שתבטיח לנו יותר מדרכים אחרות את האמינות דרך של כתב. אבל נראה שאותו מושג של כתב נדרש לא כאמצעי של הוכחה אלא כתנאי מהותי של הפעולה המשפטית כלומר אתם תראו ונמחיש בדוג' יש דינים במשפט הישראלי שכדי לשכלל פעולה משפטית צריך כתב וכך למשל אין לך עסקה במקרקעין זולת אם היא נעשתה בכתב כלומר כאן הכתב בחוק המקרקעין הוא למעשה דרישה מהותית לא ראייתית אלא חלק של הדין! כלומר בלי הכתב אין מתקיימת אותה פעולה משפטית אין לה תוקף.

הבחנה בין דרישה פרובטיבית לבין דרישה קונסטיבית (הוכחתי לבין מהותי)

ס' 20 בחוק הירושה מלמד אותנו הכיצד עורכים צוואה בעדים: צוואה בעדים תהיה בכתב, כלומר לא יכול שתהיה צוואה בעדים בלי כתב לעומת זאת נפנה לחוק הפטנטים לס' 82: "זכויות בהמצאה או בפטנט ניתנות להעברה בכתב ועוברות מכוח דין" מה זה האמור כאן? האם מדובר בדרישה פרוגטיבית או קונסטיבית כלומר האם זה הוכחתי או מהותי והפסיקה פעירשה זאת כהוכחתי בלבד(פרובטיבי).

חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד" (נערך הסכם בכתב בין אם נושאת לבין הורים מיועדים"... זה דרישת כתב מהותית ולא ראייתית! לעומת זאת לגבי שטר חליפין-פק' השטרות בס' 3 שאומר לנו כי שטר חליפין הוא פק' ללא תנאי ערוכה בכתב כלומר שטר חייב להיות בכתב אחרת הוא לא קיים בכלל.

עוד דוג' לכתב כדרישה מהותית של הדין זה חוק הסכמים קיבוציים ס' 7 קובע כי הסכם קיבוצי יהיה בכתב והוא הדין לכל שינוי בו או להערכתו זה קונסטיבטיבי אין לך הסכם קיבוצי אלא אם הוא בכתב.

בנוסף חוק המתנה בס' 5 שבו אומר לנו "התחייבות לתת מתנה בעתיד טעונה מסמך בכתב" כלומר הבטחת לי אמרת לי אם זה בעל פה זה חסר תוקף ומשמעות משפטית.

הדבר המוכר והידוע זה ס' 8 לחוק המקרקעין "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב, חוק חוזה הביטוח תחת הכותרת חובת גילוי ס' 6א לחוק הזה אומר "הציג המבטח למבוטח לפני כריתת החוזה אם בטופס של הצעת ביטוח ואם בדרך אחרת שבכתב" כלומר חוק חוזה ביטוח הוא מהותי ודורש את הכתב.

דוג' נוספת חוק השקעות משותפות בנאמנות ס' 21 (א)1 לא יקנה ולא ימכור נייר ערך הנסחר בבורסה ... על פי הוראה בכתב כלומר אין קניה אלא בכתב.

כל הוראה הדורשת כתב טעונה פרשנות כלומר אתה מפרש את זה על פי התכלית ואם אתה מגיע למסקנה שהתכלית היא למעשה אל כדי דווקא לתקף הוכחה לא כדי למנוע חוסר מהימנות כדי למנוע הוכחה אלא שבלי הכתב אין פעולה משפטית, הרעיוןלמה במקרקעין ס' 8 דורש את הכתב זה גם כן כדי למנוע ויכוחים בין הקונה והמוכר מה היה או לא היה. זה מעבר להוכחה זה פשוט גמירת דעת כדי למנוע מצב שבו בעצם לא התבשלנו לא היינו עדיין מוחלטים סופיים בקשר לעניין הראיה – אין כתב! הכתב הוא איפוא גם ראיה על כך שהייתה גמירות דעת לכן בעצם ההיבט המהותי מקבפל בתוכו שני דברים גם הוכחתי וגם את גמירות הדעת ולכן אני חוזר ואומר אתם נתקלים בדרישת כתב קום יש לבדוק מה הספרות והפסיקה אומרים לגביה כי יכול להיות שניתנה תשובה לגביה בפסיקה האם מדובר בדירהשהפרובטיבית או מהותית.

הפסיקה אומרת כי גם כשמודבר בדירהש פרובטיבית וגם כמדובר בדרישה הותחת היוצא מן הכלל לדרישת הכתב זה כאר הכתב אבד או הושמד(לא במזיד אלא שלא במתכוון) גם צוואה- הייתה צוואה בכתב על פי עדים אבל הצוואה עלתה באש כאשר הבית נשרף, מכירים את התכנים שלה ובמקום הכתב הם יכולים במקרה החריג הזה לבוא במקום ולהעיד על מה שקרה בעל פה כלומר הכתב נדרש באופן פרובטיבי או מהותי אבל אם הוא אבד או הושמע שלא בכונת זדון אפשר להחליך אותו על ידי מה שקרוי ראיה משנית בעצן המקור הכתב נדרש לע פי לא רק

התפיסה שאנחנו מספרים כעת אלא על פי כלל הראיה הטובה ביותר – אם קיימת ראייה במקור כמקור אתה צריך להביא את המקור כי היא המקור זה הראיה הטובה ביותר אבל אם מכל סיבה שהיא אחר כ נראה למה המקור לא קיים יותר ניתן להחליך את המקור בראיה משנית היום המגמה היא בעצם לא לראות בכלל הראיה הטובה ביותר לא לראות בזה כלל של כבילות אלא כלל של עדיפות כלומר היום הנטייה היא לא להיות דווקן כבעבר פורמאליסט לא חסום אפשרות של קבלת ראייה חלופית כבעבר אלא לומר אם הראיה המשנית בעצם מייצגת גם היא את המקור את הראיה הטובה ביותר צריך לקבל אותה.

נפנה לסיפא של ס' 80- הסיפא לא מתפשט רק על ראיות פרובבטיביות הוכחתיות אלא גם מתפשט גם על עניינים מהותיים שלא דווקא נוגעים להוכחה :

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

לא רק שצריך להשתמש בכתב באותן מקרים שהוא מהווה אמצעי הוכחתי בין שמקורו של הדרישה ההוכחתית בס' 80 ובין מחוץ לס' 80 באחד הס' של החוק שפירשנו את אותה דרישה באותו חוק כמתקבל כדרישה הוכחתית שימו לב שבין שאנחנו גילינו וזיהינו שמדובר במקרה שבו צריך להוכיח את אותו נושא על ידי כתב כאמצעי הוכחתי ובין שזיהינו ומצאנו שדרישת הכתב היא דרישה מהותית כלומר שבלעדי הכתב אין פעולה משפטית בכלל בשני המקרים הוכחתי או מהותי כשאדם מבקש לסתור דבר המופיע באותו מסמך בכתב הרי למעשה אי אפשר לסתור את האמור באותו מסמך בכתב אלא על ידי כתב אחר כלומר אי אפשר על ידי דבר בעל פה לשנות דבר הכתוב בכתב אתה רוצה לשנות דבר או לטעון כי דבר הכתוב השתנה מאז כתיבתו תבי כתב אחר כדי להוכיח את זה אבל גם כאן אומרת הפסיקה כי תלוי מה אתה יטוען אם אתה טוען טענה נגד המסמך כלומר הטענה שלך שמה שכתוב במסמך הוא לא בדיוק ככה אם זו טענתך אזי אתה חייב כתב אחר כדי להוכיח אבל אם אתה רוצה או מביש להוכיח – אין לי ויכוח עם מה שכתוב במסמך אני מקבל את זה מה שיש לי לומר שלמעשה אני ביצעתי את הכתוב שם עמדתי בתנאי של ביצוע החוזה אני רוצה להוכיח שלמעשה יצאתי ידי הכתוב על ידי שכעת אני מבקש להוכיח זאת על ידי עדות בעל פה – מותר להוכיח שניח אותו חוזה אותה פעולה משפטית כבר הסתיימה או כבר פגה את זה אתה יכול להוכיח על ידי עדים בעל פה כי אתה לא מתכוון לסתור את הכתוב שם לא תנאי מתלה ולא תנאי מסיים שאלו תנאים שאפשר בעצם להוכיח אותם בעל פה על ידי עדים בעל פה כי הם לא סותרים והם לא משנים את הכתוב שם. אני נכנסתי לחוזה הזה כך אתה אומר על ידי מרמה על ידי הצגת עובדות כזב על ידי מצג שווא ובכך אין לי ויכוח שאכן חתמתי על החוזה אין לי ויכוח שמה שכתוב בחוזה זה מה שחתמתי עליו כל מה שנאי אומר זה שלמעשה אין לחוזה הזה תוקף בגלל מצג שווא, מותר להוכיח מצג שווא ותרמית עלידי עדויות בעל פה כי כאמור העדויות בעל פה לא באות לסרו את הכתוב במסמך אלא להסביר איך קרה שנכנסתי לחוזה הזה בכלל ושמבחינה משפטית העובדות שמראות שלמרות שנאי חתום על החוזה הוא לא תקף ואם אני מזכיר את עניין החתימה בהרבה מקרים אנחנו סבורים שחתימה היא אמצעי שבלעדי אין והתשובה היא לא לא בהכרח חתימה נדרשת להתקיים כדי לשכלל את אותה פעולה משפטית או את אותה עסקה החתימה יש לה כוח אחר כוח הוכחתי של גמירות דעת שאכן באמת חתמתי כי הגעתי למסקנה שנאי רוצה להיכנס לעסקה אבל אני יכול לסיים את העסקה גם בלי לחתום באופן פורמאלי, בעל פה על ידי לחיצת יד.

יש לזכור שהכתב במשמעות של מה זה כתב הוא לא כל הכתב אלא רק חלק מהכתב, ראשית ראייה מספיק, וכשהכתב הוא חלק מהותי כמו דוגמת עסקת מקרקעין אז הפסיקה יורת קשוחה כאשר הכתב הוא דבר מהותי ביחס לדרישת הכתב כפרוגטיבית כלומר היא פחות מתגמשת כאשר מדובר בדרישה מהותית של הדין ויחד עם זאת עם השנים גם כאן יש איזושהי התגמשות במובן זה שכשמדובר בכתב כדרישה מהותית אנחנו מתכוונים רק לאותם דברים מהותיים שצריכים להימצא באותה פעולה משפטית דברים שבעצם אפשר להשלים אותם במה שקרוי השלמה נורמטיבית הרי גם אם הם חסרים מאותו כתב מהותי כאמור אפשר להשלים אותם כך למשל כדוג' על מי חלים המיסים? מי צריך לשאת בהם? חוקים פסיקאליים מנחים אותנו מי מהצדדים צריכים לשאת נטל על המיסים כאשר הצדדים לא כתבו זאת אז אנחנו מנילחים שהם לא רצו לסטות ממה שכתוב בחוק, לעומת זאת מהו תנאי מהותי שאי אפשר להחליף אותו? למשל

הצדדים לא קבעו בחוזה מהו המחיר ברור שבאין מחיר גם איש תיאור מפורט של הנכס אי אפשר להשלים אתנושא המחיר כי הדין לא מתערב בעניין הזה ויחד עם זאת דוג' אחרת הנושא של זמנים מתי מבצעים את החוזה? גם כשהצדדים אמרו מתי אני אמור למסור את החזקה בנכס חוק המכר קובע לנו כללים מתי בדרכ צריך לבצע את זה חוץ מדרישת תום הלב וכו' יש את הנושא של המהירות האפשרית וכו' כלומר מקום שחור המרר נותן לנו הנחיה מה לדעתו של המחוקק לוח הזמנים אז גם אם הצדדים החסירו את זה אפשר להשלים נורמטיבית את החוזה.

לסיכום הנושא הזה – תזכרו שהנושא של כתב הוא חריג מבחינת דיני הראיות והרוצה לטעון כך שבכל זאת צריך כתב עליו הראיה הוא צריך הלוכח שמדובר בדרשה פרובבטיבית מכוח ס' 80 או ס' אחר לחוק. אבל כשאמור הכתב הוא דרישה בלעדית אין חלק מהפעולה המשפטית אז למעשה אנחנו יוצאים החוצה מדיני הראיות אל עבר הדין המהותי ששם הדין המהותי אומר לחנו אין משתכללת פעולה משפטית ואם הדין המהותי אומר כי כדי לשכלל פעולה משפטית כמו התחייבות במקרקעין אזי למעשה הדין אומר לי אין לך פעולה אין התחייבות במקרקעין אלא אם יש כתב וכאן אי אפשר להחליך את זה או להנמיך את זה בשום דבר אחר.

נושא חדש - כלל הראיה הטובה ביותר:

אחד הכללים היותר ותיקים שיש עימנו שבאמת הוא מתחיל ככלל של קבילות כלומר הוא בצעם בא לומר לנו אימתי אנחנו נדרשים מבחינת דיני הראיות להמציא את הראיה הטובה ביותר שניתן להשיג או שיש לנו אותה והסיבה לכך היא שבאותם ימים כשהפיתוחים הטכנולוגיים לא היו גדולים במיוחד היה חשש שאם אתה לא מסתמך על המקור על הראיה הטובה ביותר ואתה מנסה להציע משהו פחות מן המקור יש חשש שבעצם אתה לא תגיע אל חקר האמת כלומר הראיה המשנית לא מייצגת את האמת אבל כמו כל דבר בתחום דיני הראיות שזו עם הזמן אז למעשה גם הכלל הזה שנקא כלל הראיה הטובה ביותר מתגמש ומתאים את עצמו למציאות המשתנה המציאות הטכנולוגית עד כדי כך שבעולם הזה של מעבר מקבילות למשקל אנחנו אומרים כי הכלל הזה זה כבר לא כלל של קבילות כלומר כדי לקבל ראיה משנית אנחנו בעצם לא אומרים לפסול אותה מפני שהיא לא תחליף טוב למקור היום אנחנו אומרים שבעצם הטעם עדיין לדרוש את המקור הוא כבעבר הרצון שלנו להבטיח שאנחנו מסתמכים על האינפורמציה הראייתית הטובה ביותר שיש לנו. היום בעידן פלט מחשב קשה מאוד לדעת מהו מקור ומהו קופי כי המחשב מאחסן בתוכו הן את המקור והן את כל עותקיו ולכן הגיעו למסקנה שאין טעם היום לחסום בעל דין בטענה שהוא לא המציא את המקור את הראיה הטובה ביותר אנחנו צריכים לאפשר לו להמציא את מה שהוא יכול להמציא כלומר גם ראיה משנית ואז התשובה היא הואיל והוא לא המציא את המקור ביהמש יקח את זה רק לעניין המשקל כלומר יקח בחשבון שאין לו מקור הוא יזהר יותר ויחפש תמיכות ראיות אבל תלוי בעצם בדרישה להביא את המקור אתה צריך להיות פרקטי אם למשל בעצם הויכוח בין הצדדים הוא באשר לתכנים מה כתוב מה יש באותו מסמך אותה ראיה אז למעשה חשוב מאוד לנסות להביא את המקור ואם אי אפשר אז את הראיה המשנית אבל אם אנחנו לא מדברים על מהש כתוב בפנים אלא רק על צורתה האם זה משולש או ריבוע או צבע איזה צבע יש לדבר הזה אז למעשה אנחנו לא מכילים על מקרה כזה שמדובר בצורה ולא בתוכן לא מכילים את כלל הראיה הטובה ביותר, דבר נוסף – שארו שהויכוח הוא מה כתוב על המצבה הרי אי אפשר להביא את המצבה לביהמש זה המקור ודאי שבמקרה כזה אפשר לעשות אחד משני הדברים הבאים או לקחת את ביהמש אל מקום המצבה ביקור במקום או לצלם את המצבה ולהביא את התצלום כראיה משנית אבל בנסיבות האלה היא ראיה שבעצם בהחלט מתקרבת אל המקור. **הנושא הזה של כלל הראיה הטובה ביותר היום הפך להיות כלל של עדיפות לא כלל של קבילות אלא של עדיפות ובהימש התייחס אל הראיה המשנית כבעצם לבדוק אותה אל מול המקור שהיה אמור להיות.**

פס"ד חולי – אחד מפסקי הדין מדבר על הקלטה שמבצעת המשטרה וכדי להוכיח את ההקלטה צריך להביא את סליל ההקלטה את התמליל ואת המקליט רצה הגורל שבאותה מקרה בעצם ההקלטה הלכה לאיבוד ליתר דיוק המשטרה טעתה ומחקה את הכתוב שם לפני שפג תוקף מה שביקשה הראיה לעשות זה להביא את התמליל בלי הסליל ואת התקליט וכתב לעצמו תמציות על מה הוא שומע שמגר אישר גם וגם אמר כך: **אם המקור הלך לאיבוד מותר למשטרה להוכיח את**

מה היה בהקלטה עצמה על ידי ראיה משנית זה יכול להיות התמליל אבל זה גם יכול להיות התמצית כמובן שזה לאנעיין הקבילות ולא לעניין המשקל.

לסיכום – מה שנוטר מהכלל העתיק יומין הזה הוא כלל של עדיפות בכל מקרה יורשה צד למשפט להביא ראיה משנית תוך שהוא חייב הסבר לביהמש ולצד השני מדוע הוא לא יכל להביא את המקור אגב בחלק מן המקרים המקור מוחזק על ידי היריב שלך והוא לא מוכן להביא לך אותו ואתה פונה לביהמש במקרה, אבל גם אם המקור נמצא במקום אחר אתה צריך להסביר למה את נאלץ להסתמך בפחות מהמקור ואחר כך לטעון לעניין המשקל.

בשיעורים הבאים:

הודאה במשפט אזרחי, וחזרה מהודאה, והודאה שילוחית ומה שקבוע בס' 17-19 נתלה הוכחה, חזקות שבדין.

8.1.18

דיני הראיות מאפשרים לשמוע עדותו של אדם שדבריו רלוונטיים לנושא הדיון במובן של זה שהוא היה עד להם. העד אמור להעיד על עובדות המוכרות לו באופן אישי אחרת אנחנו נכנסים לתחומי הפסילה. מומחים, מטבעם אינם מדברים על עובדות שמוכרות להם כי הם בד"כ לא היו בזירה, הם מדברים על עובדות אחרות- "עדות סברה" במובן זה שאתה פורס בפני המומחה את העובדות המוכרות לך ואתה מבקש מהם להביא את דעתם סברתם מה התרחש לדעתם ואיך אפשר לדעתם להסביר את התופעה העובדתית שהם מתבקשים לחוות דעה לגביה. למשל אדם נחשד בשימוש בסמים, עשו לו בדיקת שתן ושם המומחה יבדוק את דגימת השתן ויגיד לנו שזו עדות לכך שהאדם הכניס לגופו סם מסוג קוקאין/הרואין וכו'. החשד הוא שימוש בסם מסוכן. המומחה לא ראה את החשוד משתמש בסמים, אבל מה שהוא כן יודע זו עדות הסברא שלו כמומחה שלדעתו כמומחה האיש הזה בא במגע עם סמים.

סברא אינה מותרת בתחום דיני הראיות, כלומר **רק מומחה יכול לתת עדות סברה ולא כל אדם**. וזאת מהסיבה כי היא לא מדברת על עובדות אלא על השערות. **החריג לכלל האוסר עדות סברה**- מומחים, היחידים שיכולים להעלות סברתם כעדות, וזאת באותם נושאים שמומחים רשאים להעיד בהם.

יכולה להתקיים גם מחלוקת בין מומחים על רקע אותן העובדות, זה קורה במיוחד בתחום הרפואה והפסיכיאטריה. מותר שיהיו מחלוקות בין מומחים וזה לא הופך את העדות לבלתי קבילה, אלא לאחר שאותן השערות הפוכות מובאות לבית המשפט, תפקידו של ביהמ"ש הוא להכריע בין המומחים והוא היחיד המוסמך על פי הדין לעשות כן.

עדות מומחים ותעודה רפואת מוסדרים בסעיף 20 לפקודת הראיות:

חוות דעת מומחה ותעודת רופא

20. בית המשפט רשאי, אם אין הוא רואה חשש לעיוות דין, לקבל כראיה, בכתב, חוות דעתו של מומחה בשאלה שבמדע, שבמחקר, שבאמנות או שבידיעה מקצועית (להלן - חוות דעת), ותעודה של רופא על מצב בריאותו של אדם (להלן - תעודת רופא).

סימן ג לפקודת הראיות- עדות של מומחי ועובדי ציבור, לקרוא את הפרק.

כידוע, בד"כ ההגנה לא צריכה לחשוף את קו ההגנה שלה והיא משחקת בקלפים סגורים אבל

אם ההגנה רוצה להסתמך על עדות מומחה כחלק מההגנה היא חייבת לעדכן את התביעה ואת ביהמש ולהציג את חו"ד של המומחה שעליו היא רוצה להסתמך על מנת שיוכלו ללמוד זאת וזאת זמן מה לפני הדיון. פקי הראיות מזמינה אותנו לדעת איך מעידים מומחה, מיהו מומחה וכאן עוד

הערה שבעצם אתה לא יכול להעיד מומחה אלא אם הקדמת והעלית את דבריו על חו"ד שכאמור הפורמט שלה מוכתב מראש על ידי המחוקק בנספח של פקי הראיות מסתיים בדרי"כ בתצהיר כלומר מומחה מוזהר שבעצם החו"ד שלו היא מקבילה לעדות בביהמש ולכן הוא חייב להיות מוזהר הוא חייב לדעת שמה שהוא עומד לומר בחו"ד הולך להיות אמת שאם לא כן הוא חתום על תצהיר בנושא.

אם הצד השני מבקש לחלוק על חו"ד הוא חייב להודיע למי שמעיד את המומחה מבעוד מועד שהוא עומד להתנגד ולבקש לחקור אותו, התנגדות בעלמא אין לה שום ערך אם אתה וצה לממש את ההתנגדות אתה חייב לעדכן את הצד השני אני רוצה לחקור את המומחה שלך, חו"ד של אותו מומחה תעזור לצד השני – המומחה של הצד השני יראה את חו"ד והוא יבדוק איך אפשר לתקוף אותה. למעשה הנושא של חו"ד בכתב של מומחה היא דרושה גם כדי שנדע את התכנים שלה וגם כדי לעזור לצד השני שנגדו חו"ד מוצגת להיות מסוגל להזים אותה להסתייג ממנה וכו'.

זו עדות סברה בהקשר של חו"ד מומחה.

הנושא הבא: בפרק של החסיונות יש חסיונות של בעלי תפקיד ממלכתי בעיקר הכוונה לשני בעלי תפקיד: נשיא המדינה וחברי הכנסת:

חוק יסוד : נשיא המדינה בס' 13(ב)+(ג) קובע שלמעשה דברים שקיבל נשיא המדינה בתפקידו כנשיא או שמע, הוא לא חייב אי אפשר לכפות עליו להעיד עליהם בפני ביהמש כלומר הם הופכים להיות חסויים מבחינתו של החוק וזה החיסיון המיוחד ששמור לנשיא המדינה, מלבד זאת יש לו חסיונות מלעמוד לדין במשך כל זמן שהוא מכהן בתפקידו כנשיא. ויחד עם זאת אתה כן יכול לחקור אותו ולגבות ממנו עדות בקשר לחשד שאתה מייחס לו אבל אתה לא יכול גם אם יש תשתית ראייתית שהתגבשה אי אפשר גם להסיר את החסיונות הזאת אלא אם מרצונו של הנשיא, היו מס' מקרים כאלה : עזר ויצמן- הגיעו איתו לסיכום איך הוא מסיים את התפקיד, תסיים את התפקיד ואז נראה איך אנחנו שוכחים את התקרית הזאת. בנוסך הנשיא קצב. אבל החיסיון העומד לנשיא זה בעצם הדברים שהוא מקבל במהלך תפקידו שומע או מקבל בכתב הם חסויים ואי אפשר לכפות על הנשיא לחשוף אותם. זהו חסיון מוחלט.

חסיון נוסף זה של חברי הכנסת- באשר לחברי הכנסת אין להם את החיסיון המקביל שיש לנשיא המדינה אבל יש להם את החסיונות לפי **חוק חסיונות חברי הכנסת זכויותיהם וחובותיהם נתייחס לס' 1(ב)+(ג), 13ו4** שבעצם מסביר לנו שבאופן רגיל חבר כנסת כמו שנאחנו יודעים חסין מפני מעצר מפני חיפוש בכליו או בחצריו(ראו את המקרה של שרון כאשר חקרו את האבא שרון את ראש הממשלה בחשד לשחיתות בפרשת האי היווני רצו להגיע לביתו ולמצוא את ניירות הבנקים אבל אי אפשר להיכנס לביתו של חבר כנסת ואז מה שעשו בעצם פנו אל החשוד כשותף לדבר עבירה הבן שלו גלעד שהוא לא חבר כנסת ומה שעשו היות וגלעד גם גר באותו בית ואי אפשר להיכנס לאותו בית ובאין ברירה הרי אצל רגיל חיפוש נעשה בהפתעה אתה הולך לשופט מבקש צו חיפוש ועל יסוד הצו הזה אתה מפתיע את האדם ואתה מבצע חיפוש, לא כך אצל חברי הכנסת אתה לא יכול לעצור ולא יכול לחפש למשל המקרה האחרון של ביטן- המשטרה לא יכולה לעשות את זה, אצל גלעד ס' 43 לפק' סדר הדין הפלילי מעצר וחיפוש מ1969 זה ס' מיוחד שמאפשר לרשויות לפנות אל ביהמש ובאמצעות שופט לצוות על אדם בין שהוא נמצא בביהמש ובין שהוא לא נמצא לצוות עליו להביא אל ביהמש את אותם ראיות מוצגים שהרשויות מבקשות במקרה של שרון רצו את הנושא של הבנקים, והוא טען שהוא שותק ואני לא חייב להביא שום דבר, השופט אור קבע כי אין דבר כזה לא לציית לצו ביהמש בגלל החיסיון מפני הפללה עצמית אתה מביא את הדברים אומר מיליתי את חובתי הבאתי את המצווה עליי אבל אני מבקש כי הדברים הללו לא יחשפו בגלל החיסיון מפני הפללה עצמית) זו חסיונות חברי הכנסת הסי' שהזכרנו לעיל מאפשרים ביתר קלות להסיר את החסיונות של חברי הכנסת באותה פרוצדורה של עם הגשת כתב האישום מוזמן חבר הכנסת הנאשם כמובן מיידעים את יו"ר הכנסת וועדת הכנסת על הגשת כתב אישום ואז תלוי מה האדם רוצה אם אין לו התנגדות להסרת החיסיון אז למעשה חוסר ההתנגדות שלו תהפוך להסכמה והחסיונות באופן אוטומטי תוסר אם הוא מתנגד הוא חייב להודיע על כך וועדת הכנסת חייבת לשמוע את טעמי ההתנגדות אל מול טעמי הסרת החסיונות של היועמש ולמעשה הועדה מוסמכת להמליץ למליאת הכנסת על הסרת החסיונות או אי הסרתה זו פרוצדורה קלה

יותר מלפני התיקון אבל כיום החסינות של חברי הכנסת לא מושלמת וניתנת להסרה ובדרכ היא מוסרת כמעט אין מקרים בעצם הכנסת סירבה להסיר את החסינות של חברי הכנסת.

נפנה לחוק זכויות החולה - ס' 21:

ועדת בדיקה

21.1 (א) בחוק זה, "ועדת בדיקה" – ועדה שהוקמה לשם בדיקת תלונה של מטופל או של נציגו או לשם בדיקת אירוע חריג הנוגע למתן טיפול רפואי, על ידי כל אחד מאלה:

(1) מנהל מוסד רפואי לגבי טיפול רפואי שניתן במסגרת אותו מוסד;

(2) מנהל קופת חולים לגבי טיפול רפואי שניתן במוסד ממוסדות קופת החולים;

(3) המנהל הכללי או מי שהוא הסמיך.

(ב) (ממצאיה ומסקנותיה של ועדת בדיקה יימסרו למי שמינה את הועדה ולמטופל הנוגע בדבר, והוראות סעיף 18 יחולו בשינויים המחויבים; הממצאים והמסקנות כאמור יימסרו גם למטפל העלול להיפגע ממסקנות הועדה.

שימו לב שהדגש הוא על ממצאים ומסקנות ולא על הפרוטוקול הדין.

(ג) פרוטוקול דיוניה של ועדת הבדיקה יימסר רק למי שמינה את הועדה ולמנהל הכללי.

(ד) בית משפט רשאי להורות על מסירת הפרוטוקול למטופל, לנציגו או למטפל, וכן, על אף האמור בסעיף 18(ג), להורות על מסירת הממצאים והמסקנות למטופל, אם מצא כי הצורך בגילוי לשם עשיית צדק עדיף מן הענין שיש לא לגלותו; הוראה כאמור יכול שתינתן במסגרת הליך שמתנהל בפני בית המשפט או על פי בקשה אשר תוגש לבית משפט שלום.

(ה) החליט המנהל הכללי לפתוח בהליך משמעתי על פי דין או להגיש תלונה נגד אדם בשל חשד למעשה פלילי, רשאי הוא להורות על מסירת הפרוטוקול, לצורך ניהול החקירה או ההליך המשמעתי, לאדם המוסמך לכך, וכן למטפל שנגדו נפתח ההליך או הוגשה התלונה.

שימו לב לנוסחא המוכרת: אם מצא כי הצורך בגילוי לשם עשיית צדק עדיף מן הענין שיש לא לגלותו

יש כאן כביכול חיסיון על ממצאים ומסקנות של ועדת בדיקה רפואית ויחד עם זאת החיסיון הזה הוא יחסי בלבד וניתן להסרה זה נובע, התיקרון לחוק זכויות החולה נובע בין היתר מפס"ד תקדימיש לה הסתדרות הרפואית הדסה שעתרה בזמנו לביהמש והשופט ברק ישב שם בדין והשאלה הייתה: "האם זכאי חולה או משפחתו שבעצם כתוצאה מטיפול רשלני של בית החולים נגרם מותו או נזק אחר ונתמנתה ועדת בדיקה כדי לבדוק מה קרה ואכן הועדה מצאה מה שמצאה האם זכותו של החולה היא לקבל את מסקנותיה וממצאיה של הועדה?" ההסתרות הרפואית התנגדה קשות לחשיפת הממצאים בטענה שאם היא תחשוף את הדברים שמצאה הועדה אז למעשה אף רופא לא ישתף פעולה עם ועדות כאלה ואנחנו יוצאים נפסדים, זה לא יתקבל על ידי ברק וכי למעשה בעידן הזכויות החוקתיות זכותו של מטופל לדעת בדיוק מה קרה ואם מישהו נהג שלא כדין וועדת בדיקה אכן מאששת את זה זכותו לדעת את זה והוא הורה לחשוף את הדברים ולאחר מכן החוק בהמשך לקביעה הזאת עיגן את זכותו של החולה כפי שראינו לעיל.

לפני שנתיים יצא לדרך חוק מאוד חשוב "חוק המאבק בארגוני הטרור" שלמעשה הוא החדש בין כל החוקים הקודמים שטיפלו עם הרבה שינויים ותיקונים והחוק הזה הוסיף את ס' 83 לחוק בתו המשפט בס' 68 (ג1):

(תיקון מס' 84) תשע"ו-2016

(1ג) בעת דיון בבקשה לדיון בדלתיים סגורות, רשאי בית המשפט, לבקשת בא כוח היועץ המשפטי לממשלה, לסטות מדיני הראיות מטעמים שיירשמו, ולקבל ראיה אף שלא בנוכחות צד לדיון או בא כוחו או בלי לגלותה להם, אם שוכנע כי גילוי הראיה עלול לפגוע בביטחון המדינה, ביחסי החוץ שלה, בשלום הציבור או בביטחוננו, או לחשוף שיטות עבודה חסויות, וכי אי-גילוייה עדיף על פני גילוייה לשם עשיית צדק; בית המשפט רשאי, בטרם יקבל החלטה לפי סעיף קטן זה, לעיין בראיה ולשמוע הסברים שלא בנוכחות המשיב ובא כוחו.

(תיקון מס' 84) תשע"ו-2016

(2ג) בית המשפט ידון בדלתיים סגורות בעת מתן עדותו של עד שזהותו חסויה על פי תעודת חיסיון שהוצאה מכוח סעיפים 44 או 45 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, או על פי הוראת כל דין אחר; ואולם בית המשפט רשאי, מטעמים שיירשמו, לדון בעניין, כולו או מקצתו, בפומבי.

יש את ס' 129 לחוק העונשין שהוא ס' שבדר"כ לא מוכר ולא עושים בו שימוש תכוף מדובר במקרה שבו בעצם בעבירת ביטחון בשל הסודיות הדברים שעתידים להישמע בביהמש שהעד עומד להשמיע בביהמש עד כדי כך סודיים שבעצם הס' הזה מאפשר לביהמש להוציא מן האולם גם את הנאשם וגם את הסנגור שלו לשמוע את העדות הזאת בלא בעצם נוכחות הנאשם או סנגורו דבר מאוד חריג אבל אם אכן הגענו למצב הזה שביהמש מורה להוציא את הנאשם ואת סנגורו הס' מחייב למנות לנאשם עו"ד מיוחד בעל סיווג בטחוני גבוהה במיוחד שהוא ישמע במקום הסנגור והנאשם ישמע את העדות אבל כמובן שגם הסנגור הממונה אסור לשתף את הנאשם במה מדובר או מה קרה זו חריגה מדיני הראיות והיא מאוד מיוחדת וכמעט ולא עושים בה שימוש.

הנושא האחרון שדיברנו זה ההיבטים הראייתיים של חקירות עדים בבתי משפט- דיברנו על חקירות עדים חקירה מטעם ביהמש וכו', נושא כמו אגב החקירה הנגדית – **הימנעות מלחקור בשאלות השנויות במחלוקת**- פעמים נדרש ביהמש העליון לשאלה מה קורה כאשר שאלה עומדת במחלוקת בין הצדדים והעניין הזה השנוי במחלוקת לא נחקר אף אחד מהצדדים לא הביא עדים ולא שאל עדים בקשר לאותו נושא השנוי במחלוקת מה קורה כעת? ובכן צריך להחליט בעניין הזה כלומר ברור שמי שבעצם היה אמור לשאת בנטל של הוכחת הדבר השנוי במחלוקת ונמנע מלעשות את זה הוא נושא בתוצאה זה כמובן ייחשב לנגדו ולרעתו כלומר אי עמידה בנטל ההוכחה בשאלה שבעצם אתה היית צריך להוכיח אותה משום שהיא הייתה שנויה במחלוקת בין הצדדים ובנושא דומה וקרוב בנושא החקירה הנגדית אדם עולה לדוכן העדים, נחקר בחקירה ראשית וכעת עומד לצד השני לחקירה נגדית הסנגור או הצד השני לא חוקר, נמנע מלחקור את העד באחד או יותר מהדברים שהעד העלה בחקירה הראשית מה המשמעות של המחדל הזה? העד אמר א,ב,ג בחקירה הראשית אתה לא חוקר אותו על הדברים של ב ו ג, הפסיקה בעצם מסבירה לנו שבדרכ הימנעות של צד מלחקור עד על דברים שהוא אמר בחקירה הראשית המשמעות היא שבעצם הוא מקבל כלומר הוא מסכים להם ככה שיש לקחת זאת בחשבון את ההמנעות הזאת את משמעותה המשפטית, אבל יש חריג: אם הדברים של העד בחקירה הראשית הם כל כך מבולבלים וכל כך לא מהימנים כל כך לא סדורים אזי ורק במקרה כזה המשפט מקבל שלא היה טעם לעד שבחקירה הראשית הוא הפך להיות בלתי מהימן על פניו ישנם שהעדות הראשית של עד כל כך מגומגמת וגם שם הוא מודה שהוא לא דייק בדבריו אזי למעשה אין טעם בחקירה הנגדית לחקור על דברים שהוא הודה בהם שהוא לא מהימן אז זו ההימנעות מחקירה והחריג להם.

נושא נוסף: סופיות תשובות העד בעניינים צדדיים:

כאמור חקירה נגדית בדרכ היא לא מוגבלת באשר למותר ואסור לחקור כמובן היא צריכה להיות חקירה נגדית הוגנת ורלוונטית אבל כאשר מדובר בחקירה נגדית שמתייחסת לעניינים צדדיים ולא לעניינים השנויים במחלוקת כמו למשל אירועים שלא קשורים ישירות לעובדות המקרה או למשל עברו של האדם וכו', ניקח דוג' אתה לא יודע אם העומד לפניך העד הוא עבריין מועד או לא

ואתה שטואל אותו "נכון שאתה עבריין?" והוא עונה לא אני לא עבריין, אבל כפי שהוסבר לי אתה כבר בעל הרשעות – ברגע ששאלת אתה השאלה נכון שאתה עבריין זה לא נוגע ישירות למחלוקת העובדתית התנהלת בביהמש עברו של האדם זה אל נושא מרכזי של התיק, מותר לשאול בנושאים צדדיים שלא קשורים אבל ברגע שהעד נתן לך תשובה אתה לא יכול להמשיך הלאה ולחקור אותו זה מה שנקרא סופיות תשובות העד בנושאים צדדיים אלא אם הוא אמר אני לא עבריין וטאז אם אכן יש הוכחות בידך שתשובתו של העד בעניין הצדדי היא לא מדויקת ושקר רק אם יש הוכחה כזאת מותר לך להמשיך הלאה אבל אם אין לך הוכחות אסור לך להמשיך הלאה לאחר התשובה שלו כי זה נקרא פישנינג כשמדובר בנושא צדדי מותר לך לשאול שאלה בנושא צדדי אבל התשובה היא סופית והחריג זה רק אם יש לך הוכחה לגבי זה אז אתה יכול להמשיך.

נושא נוסף: מגע עם עדים:

ציינו שמבחינת דיני הראיות וכללי האתיקה של הלשכה אסור לתדרך את העד אבל ברור שגם אסור לראיין את העדים שלך ביחד כלומר אחד בנוכחות האחר מתוך החשש כמובן שהרעיון המשותף הזה יטמיע בתוך העדים דברים שהם לא בהכרח היו אומרים אותם לולא הם שמעו את זה מהצד האחר לכן יש איסור, הפסיקה וגם כללי לשכת עורכי הדין וגם חוק סדר הדין הפלילי גם תקנות סדר הדין האזרחי אוסרות על ראיון לראיין עדים בצוותא מתוך חשש שהוסבר לעיל גם לשכת עורכי הדין קבעה את זה כעבירה אתית.

***הערה לא קשורה- נאשם שהודה במערכת עובדות מסוימת על מנת לחזור בו הוא חייב לקבל את רשות ביהמש, אם מאוחר יותר הוא מתנער מהודאתו התביעה זכאית להביא עדים גם אם כבר עבר הזמן על מנת להוכיח את העובדות שכעת הנאשם מבקש לחזור בו מהם.

נושא חדש: אמת משפטית:

יש אמת עובדתית לעומת האמת המשפטית ואחד המקומות שביהמש הלעיון מבטא את דעתו בנושא הזה בבגץ אלון נ' ממשלת ישראל- הוקמה ועדה לחקר מי רצח את ארלוזורוב ועלתה שאלה האם ניתן להגיע לחקר האמת בהקשר הזה ביהמש מפי השופט איילון שמצא הזדמנות לקחת אותנו למחוזות האלה שבהם אנחנו צריכים להבין שבכל שיטה משפטית כולל שלנו יש מגבלות שהן טבועות בה וכך למשל בשל המגבלות הללו אין לצפות שהשיטה המשפטית לעולם ותמיד תוכל באמת בכלים שיש לה בעיקר הכוונה לדיני הראיות תוכל להגיע לחקר האמת ואז שואלים את השופט איזה אמת? הכוונה לחקר האמת העובדתית אז איזה אמת בכל זאת ביהמש פוסק? אומר השופט, לא בהכרח האמת העובדתית אלא מה שנאי פוסק זה אמת משפטית כלומר זו אותה אמת שאני הגעתי אליה על פי הראיות שעמדו בפני נכון שהאמת הזאת שהוא קורא לה אמת משפטית כיולה לכפוף את האמת העובדתית אבל יכולה גם שלא, המשפט מוציא מידי חובתו בכ שהוא קובע את האמת המשפטית באותו מקרה שאתה מגלה פער בין האמת העובדתית לאמת המשפטית אתה מוזמן לתקן את הפער הזה באמצעות ערעור או משפט חוזר אבל המושג הזה של אמת משפטית שבעצם לא בהכרח ביהמש קובע אמת עובדתית אלא אמת משפטית שפעמים חופפת את האמת העובדתית ופעמים לא.

נפנה לנושא אחר: ההודאה במשפט האזרחי:

יש שני סוגי הודאות במשפט האזרחי: הודאות משפטיות – הודאות לצורך העניין המשפטי שאנחנו מנהלים ויש הודאות פורמאליות שהן לא צורך העניין המשפטי.

מה הנפקא מינה- במשפט אזרחי אתה יכול לקרוא לצד שכנד על מנת לחקור אותו ובמהלך עדותו הוא מודה בעובדה זו או אחרת ששנויה במחלוקת, מה טיבה של ההודאה הזאת שהוא נתן על דוכן העדים? לעומת למעשה לפני הדיון אנחנו מכירים את הקדם משפט לפי תקנות סד"א שמאפשרות לנו למעשה לבקש מהצד השני גילוי מסמכים ואו במסגרת שאלונים להודות בעובדות כאלה או בעובדות אחרות ובהנחה שהוא הודה בעובדות מסוימות מה טיבה של ההודאה הזאת אל מול אותה הודאה במהלך העדות. פסיקת בתי המשפט מסבירים לנו שאם אתה מודה במסגרת הדיונים המוקדמים למשפט ולרוך המשפט כמו השאלון למשל ובכך אדם נתפס על הודאות כלומר לא יכול בעצם בלי רשות ביהמש להתכחש להודאה הזאת או לחזור בה מההודאה, לעומת זאת האם בעל דין שהודה במסגרת עדותו בביהמש נתפס על העדות הזאת? האם הוא יכול להביא עדים אחר כך להתנער מההודאה הזאת האם הוא יכול להסתמך על עדים אחרים שנוגדים את ההודאה הזאת התשובה היא כן- עדותו של אדם בביהמש היא עוד אחת מהראיות שעומדות בפני ביהמש וככל ראייה היא נתונה לוויכוח ונתונה להערכה כלומר באופן תיאורטי אדם לא נתפס בהכרח על הודאתו במסגרת העדות בביהמש אלא הוא יכול להסתייג ממנה כי היא לא הודאה פורמאלית כפי שצינו מקודם זה בעצם המשמעות של הודאה בהליך האזרחי אבל יש לכך לאותה הודאה עוד זנב אחד וזה הנושא של הודאה והדחה: (אזרחי)

למה הכוונה? קשורה בנושא של מי צריך להביא את הראיות, על מי הנטל של הבאת הראיות? למשל סכסוך בין משכיר ושוכר כאשר לפי חוזה השכירות מדובר היה בעצם בלהפוך בניין מסוים לבית ספר או משהו כזה במרתף הבניין בתנאי אמר המשכיר שאתה תתקין מזגנים על חשבונך השוכר לא עמד בהתחייבות ואז בעל הבית רוצה לבטל את החוזה ביניהם הצד השני מבקש צו ביצוע בעין של חוזה השכירות, מי צריך לפתוח ולהביא את הראיות? אין מחלוקת שיש חוזה שכירות ואין מחלוקת שתנאי בחוזה השכירות היה התקנת המזגנים, הטוען שהמזגנים לא הותקנו, אם המחוקק הייתה על כך שאין חוזה שכירות אז בעצם מי שטוען לקיומו של הסכם עליו הראיה יש כאן רק מחלוקת שבניגוד להסכם אין מזגנים הטוען שבניגוד להסכם אין מזגנים לכן מצד אחד יש הודאה, יש הסכם אלא אני כוסר בכך שבעצם בניגוד לטענתך שלא עמדתי בהסכם אני טוען שכן עמדתי בהסכם כלומר כן התקנתי את המזגנים, הטוען לצידוק או להדחה של הצד השני עליו הראיה. הדחה היא בעצם הודאה של אותו צד בקיומו של ההסכם כלומר אכן יש הסכם אבל אני עמדתי בתנאים שכתובים בו אתה טוען שהסרתי אני טוען שלא הפרתי אבל אם אכן הסכמת אז יש לי הסבר למה, הטוען או המוציא מן האדם עליו הראיה. כלומר אם אין מחלוקת שיש הסכם אלא רק השאלה שבמחלוקת היא מי הפר את ההסכם אם בכלל הטוען לכך עליו הנטל זה הרעיון של הודאה והדחה.

חזרה מהודאה:

במשפט הפלילי אחרי שאדם חוזר מהודאה בדיון הפלילי כפופה לאישור ביהמש לנאשם שהודה בעובדות לחזור בו מן ההודאה.

בהליך האזרחי חזרה מהודאה גם כן אתה לא יכול לסגת מהודאה פורמאלית בשאלון אלא בעצם על ידי קבלת רשות מביהמש לעומת זאת אם ההודאה שלך בהליך האזרחי נובעת מעדות שמסרת על דוכן העדים אתה יכול להביא ראיות גם כדי לסתור את הדברים שאתה מסרת בהודאה.

הודאה שילווחית:

מה הכוונה? שוב מדובר בהליך האזרחי, יש לנו את מושג השליחות חוק השליחות שמאפשר לשליח לעשות עבור השולח את הפעולות המשפטיות, השאלה היא האם בעצם פעולתו של שליח שהיא משתמעת מהודאה האם למשל דבריו של שליח בפני צד ג' שיש להם בעצם משום הודאה בחוב או הודאה בזכות משפטית מחייבת את השולח? השאלה היא מה גדר השליחות מה כוללת השליחות? האם השליחות כוללת רק פעולות מסוימות או דברים הנלווים לאותן פעולות אם למשל הסמכתי את עו"ד שלי לשאת ולתת מטעמי לרכוש לי נכס או נניח לשאת ולתת עם בעל חוב שלי על גובה הסכום החוב וכי' ולמעשה עו"ד שלי מודה בפני עורך הדין האחר של הצד האחר אני

מסכים שבאמת הלקוח שלי חייב לך מתוך הסכום שאתה מדבר עליו איקס כסף האם ההודאה הזאת תופסת, מחייבת? התשובה היא כן! התפקיד שלו היה לפתור את הסכסוך שיש לי בנוגע לחוב אני טוען שהוא לא חייב לי כלום והצד השני טוען שהוא חייב מיליון עורל הדין שלי בודק את הדברים ומגיע למסקנה שאני חייב חצי מיליון אומנם לא מיליון אבל חצי, עו"ד שבעצן בשם לקוחו מודה מחייב את הלקוח? התשובה היא כן לפי חוק השליחות, יש מה שנקרא הודאה שילוחית בתנאי שההודאה הזאת קשורה בשליחות והיא מתבצעת במסגרת השליחות. כל אדם שהוסמך להיות שליח של הזולת ובמסגרת שליחותו מודה בדברים הקשורים בשליחות עצמם הדברים האלה תופסים אל מול הצד השני. קודם כל הדברים קבילים ומתקבלים והשאלה תהיה לעניין המשקל האם נייחס לה משמעות חלקית מלאה או בכלל לא בגלל שהוא טעה לחשוב אותה.

נדבר על נטלי ההוכחה מידות ההוכחה ועל חזקות שבדין ושבועודה(היום)

למפגש הבא: שלושה נושאים אחרונים: עניינים שאין צורך להוכיחם- ידיעה שיפוטית והודאה פורמאלית ונושא אחרון – פסק דין במשפט פלילי כראיה במשפט האזרחי(ס' 40-42-א-ה לפק').

נטלי ההוכחה:

כשאנחנו מדברים על נטלי ההוכחה אנחנו צריכים להבחין את המושג הזה ממושג אחר של נטל הבאת הראיה. נטל הבאת הראיה ונטל ההוכחה אלו שני נטלים שלמעשה מלווים את ההליך המשפטי מתחילתו ועד סופו, נטל ההוכחה הוא אותו נטל מסמל לנו מי בעצם מבין הצדדים חייב לשאת בהוכחת הדברים הטעונים הוכחה בביהמש.

בהליך הפלילי זה די פשוט מבחינת נטל ההוכחה מפני שהמוציא מחברו בהקשר הפלילי אם אני מאשים מישהו אז עלי הנטל של הוכחת הדברים- פלר אומר: "המקרה הרגיל הנורמלי השכיח שכל אחד מאיתנו זכאי החריג הוא שאנחנו לא כאלה והואיל ומדובר בחריג הטוען להתקיימותו של חריג כלפי אדם הוא זה שצריך לשאת בנטל" כלומר כל אחד מאזרחי המדינה או הנמצאים בה הם למעשה מוחזקים שהם חסים מכל פשע – הרוצה לסתור את הטענה הזאת כלומר המדינה היא זו שצריכה לשאת בנטל ההוכחה. היות ומדובר בהליך פלילי ובשל השלכות הקשורות בהליך הפלילי של הרשעת אדם נטילת החירות שלו והטבעת הכתר של מורשע במשפט סלילי כתוצאה מכך למעשה החברה האנושית זה לא היה מיד זה לקח כמובן הרבה שנים הגיע למסקנה שכשמדובר בהליך כזה עם השלכות כאלה צריך לחפש אחר נטל ההוכחה המקסימאלי שהחברה האנושית יכולה להמציא כלומר מה שנאחנו מכירים בתואר הזה של הוכחה מעבר לכל ספק סביר וכאן נסביר את הדברים כשאנחנו מדברים על מית הוכחה כזו של מעבר לספק סביר אין הכוונה היא מעבר לכל ספק אי אפשר לעולם שהסרתי את כל הספקות שאפשר לאלום עליהם הכוונה היא לאותם ספקות שבעצם יוצרים אצל האדם הרגיל יוצרים אצלו את תחושת הספק שהוא לא בטוח הוא לא בטוח באותה וודאות נדרשת שאכן העומד כאן לדין הוא אשם במה שהוא מואשם זה בעצם כשאני מעבד את כל הראיות שהובאו במשפט עדיין בסוף הדרך אני מוצא את עצמי השופט מתלבט האם באמת אני יכול לומר בוודאות מעבר לכל ספק מתקבל על הדעת שהאיש הזה הוא באמת האיש הנכון, אני מדגיש את מה ששופטים הרבו פעם אחר פעם להצביע שמעבר לכל ספק סביר לא מדובר בוודאות מוחלטת זה לא המקבילה של וודאות מוחלטת כלומר שאין מצב אחר- זה המצב היחיד האפשרי לא לכך הכוונה כלומר כשאנחנו מרשיעים אדם מעב רלכל ספק סביר עדיין אפשרי שהרשענו אדם חף מפשע מפני שכדי להגיע למצב של וודאות גמורה קשה מבחינת היכולת האנושית להגיע למצב כזה. אין מצב של שקף מציאות של מאה אחוז ולכן הדרגה העליונה שנאחנו מתפשרים עליה זה כאמור אותו נטל הוכחה במשפט הפלילי מעבר לספק סביר שאנחנו אומרים לעצמנו אולי אפשר להמחיש את זה כשדובר בראיות נסיבתיות ולא ישירות. מתי מעבר לכל ספק סביר? כשהנאשם למשל אומר אני מודה, מודה בעובדות שמאחורי האישומים שלי גם כאן רבותיי נכון שבעצם חוק סד"פ אומר שאם נאשם הודה רשאי ביהמש לקבל את הודאתו ולהרשיע אותו על פי הודאתו "רשאי"- איך ביהמש בעצם מונע טעות אפשרית על הסתמכות לראיה כוזבת? במצב של היום במצב המשפטי אין לשופט כלים עצמאיים שבאמצעותם הוא יכול לבדוק את אמיתות ההודאה של הנאשם בפרט, איפה זה עלה ועולה לפעמים? רצח בתוך המשפחה אנחנו יודעים מעדויות לא מעטות שכאשר אחד מבני המשפחה ביצע את הרצח אפשר להחליט ומחליטים מי ייקח את האשמה(בצוך המשפחה) ואז מי שהוטל עליו לקחת על עצמו את ההודאה

מתייצב בביהמש ומודה לביהמש אין את היכולת לדעת מהי האמת העובדתית ואני מדגיש את זה משום שבשיטה המקבילה האינקוויזטורית ששם בעצם לא הצדדים הם מנהלים את המשפט אלא ביהמש בעצמו מנהל את המשפט תיק הראיות מובא לשופט והוא זה שמחליט להזמין איזה עדים הוא ביהמש והשופטים בכלל חוקרים את העדים והצדדים מורשים להוסיף אם הם רוצים כששם אדם הודה במשטרה אצל השופט החוקר וההודאה שלו מונחת בפני ביהמש, ביהמש בדרכ לא מסתפק בלחזור ולשמוע את ההודאה הזאת אלא הוא מסתכל בתיק איזה עובדות נוספות יש התמוכות בהודאה הזאת וכך הוא מוודא שההודאה היא הודאת אמת ולא הודאת כזה אין לנו דבר כזה במערכת שלנו כלומר באופן תיאורטי ביהמש המסתמך על הודאת נאשם בפניו לא יכול לעולם להיות בטוח שההודאה שהוא הסתמך עליה היא הודאת אמת. הודאת נאשם שהייתה אמורה להסיר כל ספק היא בעצם לא בהכרח כך לא בשיטה המשפטית שלנו.

נחזור למעבר לספק סביר- בדרכ הודאת נאשם ממחישה לנו מה זה מעבר לכל ספק סביר בהנהחה שאדם נורמלי לא תולה את עצמו על הודאתו ואם הוא הודה חזקה עליו שהוא באמת עשה את הדברים אבל ראיות נסיבתיות זה דוגמא אחרת של יכולת ביהמש להבדיל מראיות ישירות כמו הודאה, ראיות נסיבתיות לא מעידות על העובדות באופן ישיר אלא מכוונות אותנו לראיות אחרות שמתוכם ניתן ללמוד על האמת בראיות נסיבתיות יש כמה שלבים שצריך לעבור אותם שאחד השלבים שאם הודאו נגד נאשם ראיות שקושרות אותו אל זירת העבירה אל האשמה למעשה הוא צריך לקום ולהסביר מה פשר הדברים ומכאן אנחנו מגיעים לנטל הבאת הראיה – נכו שהתביעה לעולם בופו של דבר היא זו שצריכה להוכיח את האשמה אבל כאשר התביעה מביאה ראיות נסיבתיות שמצביעות על הנאשם שאכן הוא זה שעשה את הדברים הנאשם עכשיו אם הוא רוצה שלמרות שזה נראה כך הוא רוצה לטעון שזה לא הוא הוא צריך כעת להביא ראיות מצידו כדי להזים כדי לדחות את האפשרות הזאת כי אם הוא לא יביא ראיות – הראיות שקשרו אותו לכאורה אל מעשה העבירה ומשום שכאמור הנאשם מצידו לא הביא שום ראיות לסתור הראיות לכאורה הופכות להיות מוחלטות, נטל הבאת הראיה בהליך הפלילי הכוונה היא מתי צד מסוים חייב לשאת בנטל הבאת הראיות על מנת לסתור את הראיות שהוצבו נגדו.

בחוק סדר הדין הפלילי בתום ראיות התביעה ישנו מצב אפשרי שהנאשם יכול לבקש "אין על מה להשיב" כלומר בתום ראיות התביעה צריך להיווצר מצב שבו התביעה הצליחה לפחות לכאורה להוכיח את האשמות שהיא ייחסה לנאשם אם היא לא עמדה במידת ההוכחה הזאת כלומר הוכחה לכאורה של האשמות ושימו לב שבשלב הזה אם בודקים אם יש או אין ראיות לכאורה לא בודקים את המהימנות של העדים להפך בהנהחה שאני ביהמש אקבל את כל מה שנאמר על ידי העדים בסוף המשפט האם זה מספיק או לא מספיק מפני שהתשובה היא אם אני מקבל את הכל אז למעשה לנאשם אין על מה להשיב למעשה הנאשם זכאי כבר באותו שלב לבקש זיכוי כי כאמור התביעה לא הצליחה להוכיח את האישום אפילו לא לכאורה. כלומר התביעה בהליך הסלילי צריכה לעמוד בשניה נטלים גם בנטל הבאת הראיה וגם בנטל ההוכחה לפחות לכאורה ותזכרו שלעולם התביעה בסוף המשפט חייבת להוכיח את האישום מעבר לכל ספק סביר.

הנושא של נטל ההוכחה ונטל הבאת הראיה בהליך האזרחי – כדי לדעת על מי הנטל אתה צריך לדעת על מה המחלוקת עומדת וזה די פשוט לדעת כי אתה משווה את כתבי הטענות של התובע והנתבע ואתה רואה איפה המחלוקת וגם כאן בהליך האזרחי התובע הוא זה שצריך לשכנע שאכן תביעתו יש לה בסיס ראוי אבל כמו בהודאה והדחה התובע אומר עכשיו הנתבע שיקום ויוכיח כי הוא מודה שיש הסכם בינינו הדבר היחיד שהוא טוען זה שהוא קיים את ההסכם, הטוען לקיום הסכם שהוא יקום ויוכיח, אני מודה שקיבלתי מהתובע הלוואה אלא שהטענה שלי שנאי החזרתי אותה הטוען לפרעון הוא זה שצריך להוכיח. מידת ההוכחה במשפט האזרחי להבדיל מההליך הפלילי זה לא אותה מידת הוכחה אנחנו לא דורשים מתובע בהליך האזרחי להוכיח את התובענה שלו באותה מידה של מעבר לכל ספק סביר אנחנו מצפים דורשים שהתביעה תוכח באותה רמה של מאזן ההסתברויות 51%. במבחן המעשי כמו שביהמש מנסחים את זה כשיש לי שתי גרסאות זו של התובע וזו של הנתבע מה יותר מתקבל על הדעת – איזו גרסה מתקבלת על הדעת אם הגרסה של התובע מתקבלת יותר הוא יצא ידי חובת ההוכחה!

בודקים האם הראיות שהובאו בהליך הפלילי היו באמת בהיקף ובמידה כאלו ששופט סביר היה אומר שהם שכנעו מעבר לכל ספק סביר. העליון מתערב בנימוק שאותם ראיות לפחות יוצרות ספק

סביר בעיני השופט שבדק את אותן ראיות הוא מגיע השופט הבודק למסקנה שכן יש ספק. אי אפשר להגיד על הראיות האלה שימו לב שדנציגר בפרשת תאיר רדה אמר יש לי ספק שנימק בכך שהראיות הריאליות שם הנושא של צורת החיתוך למשל לא מסתדר עם עדויות המומחים. אני לא יכול לומר בוודאות שזה האיש ולא יכול להיות אף אחד אחר. לכן מה שאני אומר זה שבעצם המידות והנטלים שנאחנו מדברים בהם הם יותר עניין מטאפורי יותר מאשר עניין מתמטי.

יש עוד הליך אחד שלא מרבים לדבר עליו וזה הדין המשמעותי – יש הרבה הליכים שמתנהלים בדין משמעותי למשל בית הדין למשמעת של עובדי המדינה, בית הדין ששופט את השוטרים כלומר בתי הדין האלה מוקמים מכוח חוק פקודת המשטרה או הנושא של שירות המדינה משמעת, מה קורה בבתי הדין האלה? הם מתנהלים בדיוק כמו בתי משטתיש תובעים שופטים סגור ויש סדרי דין וראיות, מה קורה בהם? בנוסף יש את בתי הדין למשמעת מכוח לשכת עורכי הדין, מה קורה בהם? אומנם הם לא מוסמכים להרשיע בפלילים ואולם יש להם סמכות אחרי שהם מצאו את האדם אשם לגזור עונש שמבחינת טיבו ואופיו זה לא פחות מפלילים למשל פיטוריו של האדם תוך עיבוד כל זכויותיו הסוציאליות אפשר גם להסיר את כל דרגותיו לדוג' של שוטר, למרות שמדובר רק בהליך משמעותי להליך זה יש יכולות שיהיו לו השלכות חמורות ביותר על חייו של האדם שימו לב כי בתי המשפט התלבטו הארץ מה מידת הנטל שצריך לדרוש מהמופקדים שם מהתביעה המופקדת על הוכחת עבירות המשמעת באיזה רמה היא צריכה להוכיח על אותן עבירות משמעת ההתלבטות היא בין הרמה המקבילה במשפט פלילי מעבר לספק סביר או פחות מזה ותופתעו לגלות שאין הכרעה העליון לא הכריע איזה נטל נכון וראוי לדרוש בהליך המשמעותי. רק מה שעושה העליון הוא פורס בפנינו את קשת השיקולים ומערער בקול רם האם לאור ההשלכות החמורות של פסק הדין המשמעותי האם לא ראוי ונכון לדרוש מעבר לכל ספק סביר כמו בהליך הפלילי הוא לא מכריע כי במקרה שבדרכ הגיע הדבר לעליון זה הוכרע גם בלי צורך לגעת בנקודה הזאת אז נשאר את נטל מידת ההוכחה בהליך המשמעותי בצריך עיון.

בהליך האזרחי הנטל הוא 51% עם חריג אחד: כשמבסגרת ההליך האזרחי אתה מגיש תובענה באופי שלה היא בצביון פלילי למשל בנזיקים אתה מגיש תובענה בעוולת התרמית כשאתה מייחס למישהו בתובענה אזרחית תרמית, זיוף וכו' בעלי אופי פלילי הפסיקה תובעת ממך להוכיח את אותם דברים ברמה מעב רל%51 בדרכ מדברים על 70-71% לא עד כדי מעבר לספק סביר אלא בין לבין בין הרמה פלילית לבין הרמה האזרחית. כלומר אם בהליך האזרחי מדובר בנושא שהוא באופיו פלילי צריך לזכור שמידת ההוכחה צריכה להיות גבוהה מהאזרחי ופחות מהפלילי בגלל שסעצם זה לא פלילי זה הליך אזרחי – הוא לא הליך של דיני נפשות אתה לא נוטל את החירות של אדם אבל הנתבע בעצם נמצא חייב בתרמית או בהודאה הטבעת עליו כתם כמו במשפט של רמאי.

חזקות שבדין או שבעובדה:

לפי חוק הנכים(תגמולים ושיקום) נקבע כי אדם הנפגע בזמן שירותו הצבאי ועכב שירותו הצבאי יכול להגיש תביעה להכרה כנכה ולקבל את התגמולים הראויים ועלתה שאלה יותר מפעם אחת באיזה נטל צריך לשאת התובע ומה מידת ההוכחה? ועל זה משיב העליון את הדבר הבא: כשאתה ממוכיח שהפגיעה נעשתה בזמן היותך חייל או בזמן שירותך בצבא וכל שעליך להוסיך ולהוכיח שזה לא רק היה בזמן השירות אלא עכב אותו שירות קיימת חזקה שאם זה בזמן השירות חזקה שזה היה עכב השירות אתה צריך להביא מידת חזקה לא גדולה שאכן יש קשר בין השירות שלך לבין הפגיעה למשל מקרה – אותה חיילת צעירה שעבור חודשים ספורים היא מתמוטטת בזמן השירות ומוצאים שהיא סכיזופרנית מוצאים עוד שהיה לה רקע ולכן קצין התגמולים דחה את התביעה בטענה שאין משהו באירוע שקשור למשהו יותר מוקדם בתולדותיה ביהמש אומר כי למעשה די היה לה לחיילת הזאת להוכיח שהיא התמוטטה במהלך השירות ושהתפקיד שהיא עשתה יכול היה לגרום לכך, נכון שלקצין התגמולים במקרה כזה שמורה הזכות לנסות להזים את הטענה הזאת אם הוא יצביע שאין שום קשר בין השירות לבין מה שקרה אבל אז שימו לב למה שאומר ביהמש: גם אם אדם יש לו את הרקע בתוכו פניהם אבל השירות הצבאי היה כל כך מלחיץ או כזה שבעצם דחף את האדם די בכך כדי לענות על התנאי השני של "עכב" לא רק "תוך" אלא עכב כלומר מספיק שהשירות שלי היה באופיו כזה שהוא הגביר או האיץ תהליך שיכול להיות שממילא היה קורה אבל זה קרה לי בזמן השירות או עכב השירות.

ע"א 31/85 אברהים בדיר נ' נתנאל טסה- מדובר כאן בתאונת דרכים עוד לפני חוק הפיצויים החדש שביטל את הדרישה בכל תאונת דרכים הלוכיח מי אשם ומי לא אשם, וכאן עלתה השאלה מועמד לדין אזרחי אדם שהוא בעל הרכב והוא טוען אני לא נהגתי ברכב גנבו לי את הרכב – ס' 69 לפק' התעבורה קובעת חזקה עובדתית שבעצם מקלה עלינו לדעת מי הוא בעל הרכב – חזקה על מי שרשום שהוא בעל הרכב שהוא גם נהג ברכב אז הנה דוג' לחזקה שבדין, חוק שירות ביטחון קובע חזקה שצו של פוקד שנשלח בדואר רשום לביתו של אדם חזקה שבתוך 48 שעות אם מי שקיבל את זה זה אחד מבני השפחה בגירים מעל גיל 18 אז זו חזקה חלוטה גם אם המועמד לשירות מוכיח כי באותו זמן הוא היה באנגליה זה אל מעניין זה חזקה חלוטה! לא ניתן להתווכח. גם אם זה צו שפורסם ברשומות זה גם חזקה חלוטה שקיבלת אותו. דוג' נוספת – ס' 190 לחוק העונשין שמדובר על סרסורים- חזקה על סרסור שחי על רווחי זונה כלומר מי שחי בביתה של חזקה שחי על רווחיה, לפעמים החוק כדי להקל בדרכ השיקולים הם שיקולים של נוחות בכדי להקל על התביעה על הוכחת הדברים יוצרים חזקה והחזקות האלה הם תולדה שלניסיון אנושי החוק מאפשר לסתור ובדרכ סימן הזיהוי לחזקה כזאת: "אלא אם הוכח אחרת" ואתם מבינים שלמעשה אתם עומדים בפני חזקה הניתנת לסתירה ושימו לב- אם מדובר בהליך הפלילי ששם מצאתם את החזקה העול המוטל על הרוצה לסתור את החזקה הוא במידה האזרחית בלבד כלומר די לו שיוכיח את זה במאזן ההסתברויות 51% כלומר אם הוא הוכיח שהגרסה שלו היא יותר נכונה הוא יצא כדי סתירת החזקה הזאת.

ע"א 74/88 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' סולימאן- יש כאן לפי פק' הסדר זכויות במקרקעין מי שתובע נ האפוטרופוס בנכסי נפקדים חייב לעמוד בנטל הוכחה לפי קנה המידה שנקבע בס' 20 לחוק נכסי נפקדים מ-1950 דהיינו הוכחה מעל לכל ספק מתקבל על הדעת והדבר אינו נתון לשיקול דעתו של ביהמש – זה דבר חריג, המחוקק מבקש בהליך אזרחי כי הנושא של נכסי נפקדים הוא הליך אזרחי שם דווקא מבקשים את מידת ההוכחה הפלילית מאוד חריג ומאוד לא מצוי ולכן כמובן כשהולכים לביהמש ונטלים על חוק מסוים יש לבדוק אותו שמא יש בו הנחיית מחוקק באשר למידת ההוכחה הנדרשת.