

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

מחברת בחינה

דיני ראיות

ד"ר גיא בן דוד

המכללה האקדמית נתניה, משפטים תואר ראשון ערב, תשע"ט

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

תוכן

| | |
|----|---|
| 5 | מבוא |
| 5 | משמעותם של דיני הראיות : |
| 5 | מיקומם של דיני ראיות במשפט |
| 6 | התכליות של דיני הראיות |
| 7 | הבחנה בין "אמת עובדתית" ל"אמת משפטית" |
| 9 | התפתחותם של דיני הראיות במשפט הישראלי |
| 10 | שיטת הדיון בישראל |
| 10 | תחולת דיני הראיות |
| 10 | מונחי מפתח בדיני ראיות |
| 16 | המבנה הכללי של דיני הראיות |
| 16 | שאלת ההוכחה |
| 17 | 2 תהליכים עיקריים שעלולים לגרום לשינויים בהתפתחות של דיני ראיות |
| 19 | הוכחת הדין |
| 20 | דינה של ראיה בלתי קבילה |
| 22 | החובה והכשרות להעיד |
| 24 | הבחנה בין הסיבות לאי ההעדה |
| 26 | החריגים לחובה להעיד : |
| 38 | עדות קטין ועדות ילד לפי חוק הגנת ילדים |
| 38 | העד הקטין |
| 38 | עדות קטין בהליך הפלילי |
| 39 | עדות קטין בהליך אזרחי |
| 40 | חוק לתיקון דיני ראיות (הגנת הילד) 1955 – הליך פלילי בלבד |
| 42 | העבירות שחל עליהן חוק הגנת ילדים |
| 45 | ערעור על החלטת חוקר ילדים |
| 51 | העד הלוקה בנפשו/שכלו |
| 53 | עד מדינה (פלילי) |
| 53 | מיהו עד המדינה? |
| 56 | משקלה הראייתי של העדות של עד המדינה |
| 59 | חריגים לדרישת הסיוע |
| 61 | העד השותף לדבר עבירה (פלילי) |

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

| | |
|-----|--|
| 66 | תוספת ראייתית |
| 68 | חקירת עדים והכנת עדים לקראת עדות בבית המשפט (פלילי + אזרחי) |
| 68 | חקירת עדים בבית המשפט |
| 70 | הגינות החקירה |
| 72 | סדר חקירת עדים |
| 72 | שלבי החקירה ומאפייניהם |
| 75 | חקירה נגדית |
| 76 | מאפייני החקירה הנגדית |
| 76 | חשיבות החקירה הנגדית |
| 82 | חקירה חוזרת |
| 82 | המאפיינים של חקירה חוזרת |
| 83 | מעורבות בית המשפט בהבאת ראיות |
| 85 | הכנת עדים |
| 86 | עד עוין |
| 87 | הכלל הפוסל עדות מפי השמועה וחריגיו |
| 89 | תחומי האיסור וטיבו |
| 91 | החריגים לכלל הפוסל עדות מפי השמועה |
| 91 | עדות על אמרת קורבן מעשה אלימות |
| 98 | אמרת עד בעת ביצוע עבירה |
| 106 | אמרת חוץ בכתב של עד בפלילים |
| 106 | סעיף 10א' לפק"ר – פלילי בלבד! |
| 106 | שימושים באמרת חוץ בכתב של עד |
| 107 | חשיבות חקירתו של סעיף 10א' והרקע לחקירתו |
| 108 | התנאים להכשרת אמרת חוץ בכתב כראיה לאמיתות התוכן |
| 116 | סעיף 10ב' לפק"ר – קבלת אמרה בהסכמה |
| 117 | סעיף 10ג' לפק"ר – שמירת דינים |
| 118 | הודאת חוץ של נאשם (רק פלילי) |
| 121 | תנאי הקבילות של הודאת חוץ של נאשם |
| 125 | אמצעים פסולים - אלימות |
| 131 | פסילת ראיות שהושגו שלא כדין |
| 134 | פסילת ראיות שהושגו שלא כדין התפתחות דוקטרינת הפסילה הפסיקתית |

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

144ראיות נגזרות

153ראיות נסיבתיות

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

22 באוקטובר 2018

בחינה אמריקאית – 90%

עבודה – 10%

6 נק"ז

עו"ד אושרת אסייג לופז – מתרגלת

בתרגול: תוספות ראייתיות וחסינונות (לטובת הציבור/מדינה, חיסיון עורך דין לקוח – עבודה) ← חומר חדש.

סילבוס עלה לאתר הקורס

Guybendavid1@gmail.com

לא להקליט הרצאות

מבוא

משמעותם של דיני הראיות:

קובץ של כללים משפטיים הקובעים כיצד יש להוכיח עובדות בבית המשפט. דיני הראיות למעשה קובעים לנו אילו עובדות צריך להוכיח ואיך צריך להוכיח אותן.

יש משפט והמשפט קשור לאירוע שהיה בעבר ואנחנו לא היינו באירוע, צריך לשכנע את בית המשפט שהגרסה שלי נכונה וכך גם הצד השני. צריך לשכנע את בית המשפט באמצעות ראיות שאותן עובדות התקיימו במציאות. צריך להוכיח את האירוע שקרה ושהאירוע התרכש. **הראיה כאמצעי הוכחה נועדה לסייע לכל אחד מהצדדים להוכיח את הגרסה שלו בנוגע לאותה שאלה ששנויה גם מחלוקת או בנוגע לאותה עובדה ששנויה במחלוקת.** לכן, התובע בהליך אזרחי נושא בנטל ההוכחה של הליך התביעה, לעומת זאת הנתבע צריך להוכיח את מה שכתוב בכתב ההגנה. יש משפט כשיש מחלוקת. כשיש מחלוקת כל אחד מהצדדים צריך לשכנע את בית המשפט. צריך להוכיח שכל מה שכתוב בכתב התביעה הוא נכון בהליך אזרחי. אם יש משפט זה אומר שהנתבע לא מודה במה שכתוב שם והנתבע צריך לשכנע את בית המשפט.

בהליך פלילי התביעה צריכה לשכנע את בית המשפט מעל לספק סביר שהנאשם ביצע את העבירה שמיוחסת לו בכתב האישום. אם הנאשם אומר שהוא מודה באשמה אז אין משפט. כשמדברים על משפט, מדובר על הליך של הוכחות שהצדדים מעידים ומביאים ראיות. אם הנאשם כופר באשמה התביעה צריכה להוכיח לבית המשפט מעבר לכל ספק סביר שהנאשם רצח (לדוגמא). הנתבע צריך לעורר ספק סביר שהוא לא זה שרצח. דיני הראיות קובעים את יריית המחלוקת.

מיקומם של דיני ראיות במשפט

את המשפט מחלקים לשני ענפים: משפט מהותי ומשפט פרוצדורלי.

משפט מהותי: מדובר בדינים המהווים מקורות לקיומן של חובות, זכויות ונשיאה באחריות. **דוגמא**: קניין, עונשין, חוזים, משפחה, מיסים.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

מלבד הדין המהותי אנו צריכים מערכת דינים נוספת של כללים משפטיים שיעזרו לנו להפעיל את המשפט המהותי. **דוגמא:** נניח שיש שירותים בבית ספר בקצרין וילדה נרצחה בתא השירותים. צריך קודם כל לראות שאסור לרצוח בישראל. נעברה העבירה, פתחנו את חוק העונשין בסעיף של רצח ואנו יודעים שהאדם שיתפס יקבל מאסר עולם. דיני העונשין לא אומרים לנו אם אפשר לעצור, לא לעצור, לכמה זמן לעכב וכו'. לכן, אנו צריכים מערכת כללים נוספת שתעזור לנו להפעיל את המשפט המהותי.

משפט דינוני: מערכת פרוצדורלית של כללים שתעזור להפעיל את המשפט המהותי.

את המשפט הדינוני מחלקים לשתי קבוצות: סדרי דין ודיני ראיות.

- סדרי דין – אותם סדרים או כללים שקובעים כיצד להפעיל ולממש את המשפט המהותי (סדר דין אזרחי/סד"פ). הכל מוסדר בסדרי הדין.

תפסנו את האשם ברצח, הוא עצור עד תום ההליכים וממשיכים במשפט – אם הוא היה אומר שהוא מודה, אז היו גוזרים את דינו וזהו. אבל הוא כפר אז מתנהל המשפט. מהרגע שהמשפט מתנהל, סדרי הדין לא עוזרים לנו. - דיני ראיות – מסדירה לנו את שאלת ההוכחה. כללים משפטיים שבאמצעותם אנחנו מוכיחים עובדות. למה צריך להוכיח? משפט התנהל על משהו שקרה בעבר, מישהו מכחיש וצריך להוכיח במשפט.

דיני הראיות שייכים למשפט הפרוצדורלי.

התכליות של דיני הראיות

למה צריך את דיני הראיות? "ליצור זירה למשחק הגוף".

1. הוגנות דינונית - למנוע את קיפוחם של הצדדים להליך המשפטי. יש יריבות בין הצדדים בבית המשפט, יש עימות. דיני הראיות לא יכולות לבטל את אותו עימות אבל דיני הראיות יכולות לדאוג שהתחרות לפחות תהיה הוגנת. **כל שחקן חייב לדעת את כללי המשחק.**
2. יישומו היעיל של הדין המהותי - דיני הראיות כוללים הוראות שיש בהם כדי למנוע סטיות מן המציאות העובדתית שאותה צריך להוכיח. **לדוגמא:** כלל של רלוונטיות. דיני הראיות קובעים שאפשר להציג רק ראיות רלוונטיות. דיני הראיות אומרים שיש מסגרת מסוימת, מחלוקת מסוימת וצריך להציג לבית המשפט ראיות שיתמכו בגרסה שלך ובמחלוקת. **דוגמא:** עדויות מפי השמועה הן ראיות לא קבילות. אני יושב במסדרון ורואה שסטודנט א' גונב את הארנק מהתיק שהיה שם, אני מכיר את הסטודנט הגונב והגנב. אני בא לכיתה ואומר שאני מאוד נסער ויש סטודנט בשם ראובן שאני מכיר אותו והוא פשוט גנב את הארנק של שמעון שגם אותו אני מכיר והוא לא ראה שאני ראיתי ואני מאוד נסער. מזמנים את כל הכיתה כי אחד הסטודנטים אמר לשוטר שזה מה שאני אמרתי, אבל זו עדות מפי השמועה. רק אני יכול להגיע לבית המשפט. **אחת המטרות של דיני הראיות היא ליישם בצורה יעילה את הדין המהותי.** בית המשפט יכול לכתוב ממצאים לא נכונים בגלל עדויות מפי השמועה. עדויות מפי השמועה לא יתקבלו בבית משפט כי אין ערובה לשמועה.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

תפקידו של בית המשפט הוא להגיע לחקר האמת, בית המשפט צריך לקבוע מי מהגרסאות נכונה יותר.

ההבחנה בין "אמת עובדתית" ל"אמת משפטית"

אמת עובדתית – המונח אמת עובדתית מתאר את המציאות העובדתית האמיתית. כלומר, הכוונה לתיאור המצב העובדתי כפי שהתרחש במציאות האובייקטיבית. **אמת עובדתית מייצגת את מה שקרה באמת. דוגמא:** אם באמת ראובן גנב את הארנק של שמעון, זו האמת העובדתית. אם זדורוב רצח את תאיר רדה, האמת העובדתית היא שהוא רצח אותה. **האמת העובדתית מתארת את המציאות האובייקטיבית.**

כדי שנוכל להתחקות אחר האמת העובדתית, אנחנו כעורכי דין, צריכים להציג לבית המשפט את מלוא המידע שיוצר את האמת העובדתית. אנחנו צריכים להעיד את הקורבן, את כל הקלטות והמצלמות, את כל השרתים וכל מי שעבד בבית הספר וכו'. אם אציג לבית המשפט את מלוא המידע שיוצר את האמת העובדתית, בית המשפט יוכל להרשיע את זדורוב ולקבוע שהוא באמת רצח את תאיר ראדה. זה מצב אופטימלי.

אמת משפטית – המונח אמת משפטית מתייחס לתמונה העובדתית המתקבלת בידי בית המשפט בעקבות הפעלתן של הוראות דין מדיני הראיות. כלומר, שהאמת העובדתית היא בגדר אידיאל. אי אפשר להציג לבית המשפט את מלוא המידע שיוצר את האמת העובדתית כי לא תמיד יש (אין את הקורבן וכו'). **דוגמא:** יש את הנאשם שאומר שזה לא הוא, יש טביעת נעל שאומרת התביעה שהיא לא של זדורוב, אין את הסכין וכו'.

מה היחס בין האמת העובדתית לאמת המשפטית?

בהשוואה לאמת העובדתית, האמת המשפטית היא חסרה יותר מהאמת העובדתית או שלכל היותר, היא זהה לה, וזאת משום שדיני הראיות מגבילים את האפשרות להעביר לביהמ"ש את מלוא המידע העובדתי היוצר את האמת העובדתית. זאת אומרת שדיני הראיות לא תמיד מאפשרים לנו להעביר לבית המשפט את מלוא המידע שיוצר את האמת העובדתית. **דוגמא:** יש לי עכשיו ראיות מצוינות, אם אציג אותם לבית המשפט הוא יגיע לאמת העובדתית. נניח שהמשטרה צוטטה לקו של הנאשם ללא צו כי השופט לא נתן, הנאשם אומר לחבר שלו איפה לקבור את הגופה כדי שלא ישימו לב שהוא רצח אותה שלא יהיה ראיות. אי אפשר להשמיע את הראיה הזאת בבית המשפט. דיני הראיות אומרים שכל עוד מדובר בהאזנת סתר בלתי חוקית, אי אפשר להציג אותה לשופט, זו ראיה בלתי קבילה. דיני הראיות אומרים שאי אפשר להשמיע לבית המשפט את הקלטת גם אם זה עולה בחקר האמת. האמת העובדתית היא הקלטת שמוכיחה באופן חד משמעי שהנאשם רצח את הקורבן. דיני הראיות אומרים שאם הוא היה מקבל צו להאזנת סתר, זה היה חוקי וזה היה מתקבל.

דוגמא: נניח שיש בעל ואישה, הוא סוחר בסמים מסוכנים מהבית, היא רואה את זה. הסמים נתפסו בבית, הוא אומר שזה שלה והיא אומרת שזה שלו והראיה היחידה שיש לי חוץ מהסמים זה העדות של האישה. אם אעיד את האישה, בית המשפט יוכל להגיע לאמת העובדתית שבעלה הוא סוחר סמים מסוכנים. אבל, דיני הראיות אומרים שאישה לא יכולה להפליל את בעלה בעבירות. יש חריגים ויש סייגים לחריגים שנדבר עליהם אבל ככלל, אישה לא יכולה להפליל את בעיה, בעל לא יכול להפליל את אשתו ואי אפשר להעיד את הילדים נגד ההורים בהליך פלילי. **דיני הראיות מגבילים את היכולת שלנו להעביר לבית המשפט את מלוא המידע שיוצר את האמת**

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

העובדתית. דיני ראיות אומרים שיש משהו שיותר חשוב מחקר האמת והוא שלמות התא המשפחתי. דיני הראיות אומרים שאם האישה תפליל את בעלה, הבית יתפרק וכך גם המשפחה. אמת עובדתית לעיתים זהה לאמת המשפטית – כאשר הצלחתי להעביר לבית המשפט את המידע שיוצר את האמת העובדתית.

האמת המשפטית לעיתים מצומצמת יותר וחסרה יותר מהאמת העובדתית.

דוגמא: אם האישה ראתה את בעלה גונב את הארנק של אחד הסטודנטים היא לא יכולה להעיד נגדו אבל אם המרצה ראה, הוא כן יכול להעיד נגדו. אבל אם האישה היא העדה היחידה, היא לא תוכל להגיע להעיד ובית המשפט יקבע שהנאשם הוא זכאי. ופה האמת המשפטית לא זהה לאמת העובדתית.

דיני הראיות לא מאפשרים לי להציג את כל המידע שיוצר את האמת העובדתית וזו הסיבה שאנו אומרים **שדיני הראיות מעדיפים את האמת המשפטית מהאמת העובדתית.**

למה דיני הראיות לא מאפשרים לי להציג את כל המידע שיוצר את האמת העובדתית?

בעקבות הלכת יששכרוב, אפשר לפסול הודאה/ראיה שהושגה שלא כדין. אם הגעת לאמת בדרך פסולה, הראיה לא תתקבל.

1. טעם ראשון נעוץ בהגנה על ערכים חברתיים חשובים המצויים בבסיסה של האמת המשפטית: כלומר, אנחנו רוצים להגן על ערכים חברתיים חשובים המצויים בבסיסה של האמת המשפטית. אם כדי להגיע לחקר האמת צריך לפגוע בהליך הוגן של הנאשם, נעדיף את הזכות שלו להליך הוגן על פני זה שנגיע לחקר האמת. חוק הגנת הפרטיות מגן על הפרטיות שלנו – סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות שאומר שאם יש ראייה שהושגה תוך כדי פגיעה בפרטיות דיני הראיות יפסלו את הראיה גם במחיר של לפגוע באמת העובדתית. דוגמא נוספת היא הדוגמא שהזכרנו לעיל – שבעל לא יכול להפליל את אשתו וכו'. הזכות לאוטונומיה והזכות לשלמות הגוף של הנחקר – הנחקר נמצא בתחנת המשטרה ואם הוא רוצה להודות הוא יודה ואם הוא לא רוצה הוא לא יודה. אם אני ארביץ לו או איים עליו, העד יודה במה שהשוטר ירצה. אם בית המשפט יקבע שזה שהשתמשת באיומים כדי להשיג את הראיה, זה יהיה פסול. **רוצים להגיע לאמת העובדתית אבל לא בכל מחיר. דיני הראיות מעדיפים לא לפגוע בזכויות של אדם. האמת היא ערך חשוב במשפט אבל היא לא ערך עליון אלא יחסי.** דיני הראיות לעיתים מגנים על ערכים חשובים ולא פחות חשובים מהאמת עצמה. דיני הראיות מעדיפים את האמת המשפטית על האמת העובדתית.

2. הטעם השני נעוץ בהעדר נגישות למציאות העובדתית האמיתית: המציאות העובדתית שמועברת לבית המשפט, היא המציאות שנקלטה בחושים של העד. כלומר, התשתית העובדתית בבית המשפט תהיה משועבדת לעולם למציאות העובדתית המדומה (מציאות עובדתית שנקלטה בחושים של העד). אי אפשר להבטיח שמה שנקלט בחושים של העד זה נכון. **דוגמא:** אם אדם מתפרץ לדירה בבניין ממול ואנו לא רואים מה קורה במרחק של 150 מטרים אבל אני בטוח שראיתי פורץ שלובש חולצה וכתוב על החולצה 'מובילי משה', אבל מה אם לא כתוב מובילי משה אלא 'מובילי מיכה'? אני הולך לבית המשפט ואני אומר שאני מעיד בשבועה ובאזהרה ואני לא מכיר אותו ואני באמת ראיתי שהוא התפרץ לדירה וזה מה

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

שהיה כתוב על החולצה ועובדה שתוך שעה תפסו אותו ברחוב. אבל האמת העובדתית שזה לא הוא. המציאות שנקלטת בחושים של העדים לעיתים היא שונה ואפילו רחוקה מאוד מהמציאות העובדתית האמיתית. זה לא רק שדיני הראיות אומרת לא להגיש את זה ואת זה, לפעמים בית המשפט נותן להגיש את כל הראיות כי הן קבילות אבל המציאות שנקלטת בחושים של העד היא שונה.

התפתחותם של דיני הראיות במשפט הישראלי

ניתן לחלק את ההיסטוריה של דיני הראיות ל-3 תקופות:

1. תקופה עות'מאנית (1517 – 1922): התורכים כבשו את ארץ ישראל ב-1517 והדין שחל במדינה בשעתו היה דין מוסלמי שמבוסס על עבירות מהקוראן לרבות, דיני ראיות. עם הזמן, את דין השרייה החליפו 3 קודקסים עות'מאנים שהיו מבוססים בעיקר על המשפט הצרפתי שנחשב למשפט מאוד מודרני בזמנו. הקודקס הראשון היה המגילה (קובץ חוקים של ראיות), השני היה קוד הפרוצדורה האזרחית העות'מאנית, השלישי היה קוד הפרוצדורה הפלילי העות'מאנית.
2. התקופה המנדטורית (1922 – 1948): הבריטים כבשו את ארץ ישראל, תחילה הונהגה החקיקה העות'מאנית ולכן שלושת הקודקסים העות'מאנים עמדו בתוקף תחת השלטון המנדטורי אלא ששלטונות המנדט תיקנו מדי פעם את הקודקסים העות'מאנים כדי להתאים אותם לארץ ישראל ולמשפט האנגלי וזאת עד ל-1924 שאז, הבריטים מחוקקים את פקודת העדות. פקודת העדות קבעה מספר כללים חשובים בדיני הראיות. אלא שהפקודה הזאת הייתה חלקית, לקונית ולא התייחסה באמת לכל ההסדרים הראייתיים ובתי המשפט בישראל המנדטוריים כשנתקלו בלקונה, הם פנו למשפט האנגלי. כלומר, פנו לדיני הראיות באנגליה מבלי שהיה לאותם כללים הסדרים בחוק. זה אומר שבתקופה מנדטורית חלק מהכללים בדיני הראיות היו מעוגנים בפקודת העדות (הקודקס) אבל בגלל שהוא היה קצר ותמציתי והשופטים נתקלו בבעיות, הם פנו לאנגליה שישלים את החסר.
3. התקופה הישראלית (1948 – היום): דיני הראיות מתקופת השלטון המנדטורי המשיכו לחול במסגרת שלטונה של מדינת ישראל אלא שכאן היה קושי. שיטת המשפט באנגליה מבוססת על חבר מושבעים וכשיש חבר מושבעים יש לא מעט כללים ראייתיים שנועדו למנוע הטעייה של חבר מושבעים. בישראל מעולם לא היו לנו חבר מושבעים, יש לנו שופטים מקצועיים ובמהלך השנים מדינת ישראל, הכנסת, תקנה את פקודת הראיות המנדטורית. בשנת 1971, כונסו כל התיקונים הנקודתיים בפקודת הראיות ומחוץ לה, ולמעשה, נוצרה פקודת הראיות שאנו מכירים. פקודת הראיות (נוסח חדש) התשל"א - 1971. למה קוראים לה פקודה ולא חוק? כי היא מנדטורית (פקודת העדות). משנת 1971 ועד היום פקודת הראיות תוקנה מספר פעמים (שנה שעברה היו 18 תיקונים), אבל מלבד פקודת הראיות שתוקנה, חוקקו חוקים חדשים שמסדירים בין היתר את דיני הראיות. **לדוגמא**: חוק לתיקון דיני ראיות (הגנת ילדים) – 1955 אבל כולם קוראים לחוק הזה חוק הגנת ילדים. חוק נוסף **לדוגמא**: החוק לתיקון סדרי דין (חקירת עדים) – 1957. **דוגמא** נוספת: החוק לתיקון דיני ראיות (אזהרת עדים וביטול השבועה) – 1980 ויש עוד לא מעט דוגמאות.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

דיני הראיות בישראל מוסדרים לא רק בחקיקה סטטוטורית אלא גם בהלכה הפסוקה. לפסיקת בית המשפט העליון ישנה חשיבות רבה משום שהיא הרחיבה ועיבתה את כללי הראיות בכל מקרה לגופו. בפקודת הראיות יש בסך הכל 60 סעיפים ולכן, מה שקרה, בכל פעם שבית המשפט נקלע למצב שאין הוראה, זה הגיע לעליון ובית המשפט קבע כלל. רוב ההוראות מוסדרות בפסיקה ולא בחוק (פסק דין יששכרוב). דיני הראיות בישראל נחשבים לבין המפותחים בעולם בהיבטים רבים בזכות פסיקת בית המשפט העליון. אנו נלמד שהכלל חל גם רטרואקטיבית בדין פרוצדורלי, לדוגמא: אם בית המשפט אומר שאישה יכולה להעיד, אז אישה יכולה להעיד ואפשר לפתוח גם תיקים מלפני שנתיים שאישה לא יכלה להעיד שם.

♥ חשוב לציין: בישראל יש מערכת דיני ראיות אחת לתחום הפלילי ולתחום האזרחי.

אבל, מאחר והכללים הראייתיים במשפט הפלילי הם נוקשים יותר מהליך אזרחי (מה שאומר שבהליך אזרחי דיני ראיות מאוד גמישים). במשפט פלילי מדובר בחירות של נאשם, בקניין שלו, בזכויות שלו וכו' ולכן דיני הראיות במשפט הפלילי הרבה יותר נוקשים. אנו נתמקד בקורס הזה במשפט הפלילי אבל נתייחס גם לאזרחי (באזרחי הכל כמעט מותר מבחינת דיני הראיות ובפלילי לא).

שיטת הדיון בישראל

שיטת הדיון בישראל היא אדוורסרית (לעומתית) – כלומר, כל צד מציג את הגישה שלו בפני השופט ועל דרך של עימות בין הצדדים, תוכרע האמת. כלומר, מדובר בהליך שבו ישנה תחרות בין הצדדים והחובה של השופט היא להכריע באותה תחרות – לקבוע מי שכנע אותו. השופט בשיטה האדוורסרית הוא פסיבי (כך כתוב בספרים) אך המרצה אומר שהשופטים לא פסיבים אלא אקטיבים, יעירו, יפסיקו את החקירות, יכולים להגיד שלא חוקרים כמו שצריך, יכולים להגיד שיש 4 שאלות אחרונות לשאול את העד וכו'. כשאומרים שופט פסיבי הכוונה היא לא שופט חוקר. באירופה יש את השיטה האיזוויזטורית – שופט חוקר. בישראל שופט לא חוקר בעצמו.

תחולת דיני הראיות

הכלל הוא שלדיני הראיות קיימת תחולה רטרואקטיבית.

הכלל הוא שלאדם אין זכות קנויה שבית המשפט ידון בעניינו לפי דיני הראיות שהיו קיימים בעת קרות האירוע נשוא המשפט, לא במשפט פלילי ולא במשפט אזרחי (ע"א 25/80 קטאשווילי).
דין מהותי חל מכאן והלאה, לעומת זאת, לדיני ראיות קיימת תחולה רטרואקטיבית (אלא אם כן יש פסק דין ומעשה בית דין לאדם ואז אי אפשר לפתוח את התיק מחדש, הכלל יחול רטרואקטיבית רק על משפטים שעדיין מתנהלים).

מונחי מפתח בדיני ראיות

1. **רלוונטיות (שייכות לעניין):** ראיה רלוונטית היא ראיה התורמת תרומה כלשהי להסקת מסקנה בדבר קיומה של עובדה השנויה במחלוקת. כלומר, כל ראיה שמסייעת לבית המשפט להכריע במחלוקת עובדתית מסוימת, זו ראיה רלוונטית. מה שיעזור לבית המשפט לקבוע ממצאים לגבי שאלות ששנויות

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

במחלוקת, ראיה כזו היא רלוונטית. בית המשפט יאפשר לנו להציג רק ראיות רלוונטיות, מה שלא רלוונטי לא נכנס לבית המשפט.

דוגמא בפלילי: עבירות האינוס - הנאשם יכול לטעון שתי טענות: הראשונה שהוא לא בעל אותה – כל עדות שתסייע לבית המשפט לקבוע אם הוא בעל אותה או לא, אם הוא הכיר אותה או לא, רלוונטית. הטענה השניה יכולה להיות שהוא בעל אותה אבל היא הסכימה. אילו ראיות ניתן להגיש בבית המשפט כרלוונטיות? רק ראיה שנוגעת לשאלת ההסכמה – אם היא הסכימה או לא הסכימה. אם מגיעה עדה, הברמנית בפאב ואומרת שהיא ראתה אותה ואותו נכנסים לשירותים, זה לא רלוונטי, הוא לא אמר שהוא לא נכנס איתה לשירותים ושהוא לא בעל אותה אלא שהוא בעל אותה בהסכמה שלה. חשוב מה יריעת המחלוקת.

דוגמא באזרחי: היה חוזה, הפרת חוזה וגרמת לי נזק של 10,000 ₪. הנתבע הראשון אומר שלא היה חוזה ומעולם לא הכיר אותו וכו'. כל ראיה שעל פיה אפשר לקבוע אם היה חוזה או לא, רלוונטית. הנתבע השני אומר שהיה חוזה אבל לא הפר אותו, האם רלוונטי להביא מישהו שיגיד שהיה חוזה או לא? לא, זה לא רלוונטי. הנתבע השלישי אומר שהיה חוזה, הפר את החוזה אבל לא נגרם נזק של 10,000 ₪, יביאו עד שיכול רק להעיד על הנזק, הוא הרלוונטי. **צריך קודם לקבוע את יריעת המחלוקת, צריך לזמן עדים שהעדות שלהם רלוונטיים**. מה שלא רלוונטי לא ישמש כראיה.

2. **קבילות**: כרטיס הכניסה של הראיה לבית המשפט. דיני הראיות קובעים גם כללי קבילות/פסלות של ראיה. זאת אומרת, מתי ראיה היא קבילה ומתי היא בלתי קבילה. ראיה עשויה להיות רלוונטית אך לא קבילה. משוכה הראשונה שכל ראיה חייבת לעבור זה ראיית הרלוונטיות, משוכה השנייה היא ראיית הקבילה. **דוגמא**: פוליגרף יכול להיות רלוונטי אבל במשפט פלילי הוא פסול וראיה זו לא תיכנס לבית המשפט מפני שהיא לא קבילה. להגיש ראיה שהיא לא קבילה כשאנו יודעים שהיא לא קבילה זה אסור. אנו צריכים לשים לב גם שהיריב שלנו לא מגיש ראיות שהן לא פסולות.

מה הופך ראיה לבלתי קבילה?

א. פגיעה בערכים חברתיים: פגיעה בזכות הפרטיות – חוק הגנת הפרטיות, סעיף 32 אומר שאי אפשר להגיש ראיה שפוגעת בזכות הפרטיות. כנ"ל להאזנת סתר – האזנת סתר ללא צו היא בלתי חוקית ופוגעת בזכות הפרטיות של אדם וכו'. פגיעה בשלום התא המשפחתי כפי שהזכרנו לעיל. פגיעה בשלמות הגוף – השוטר הרביץ לעד אבל העד אמר שהוא רצח את הקורבן זה לא קביל כי זה פוגע בשלמות הגוף של אדם. אם ההודאה היא לא חופשית ומרצון, היא עלולה להיפסל ויש מקרים שהיא פסולה.

29 באוקטובר 2018

חזרה על שיעור קודם

בשיעור הקודם דיברנו על מונחי מפתח בדיני ראיות - רלוונטיות וקבילות. דיברנו שרק ראיה רלוונטית נכנסת לבית המשפט. מהי ראיה רלוונטית? ראיה התורמת לבית המשפט להכריע במחלוקת מסוימות. אם יש ראיה שהיא שנויה במחלוקת והראיה שלנו עוזרת לנו לגבש תשתית לגבי הראיה השנויה במחלוקת, אז הראיה היא רלוונטית.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

אם יש משהו שהוא מוסכם אז לא צריך להוכיח אותו ואם במקרה העלנו עד שיספר לבית המשפט דברים שלא שנויים במחלוקת, זה לא רלוונטי אבל זה גם לא מעלה ולא מוריד.
עברנו לראיה קבילה – כרטיס הכניסה של כל ראיה לבית המשפט. יש כללים מאוד ברורים שאומרים מה קביל ומה לא קביל, אנחנו צריכים לנהוג בהתאם לכללים. נראה מה קורה עם ראיה שנכנסת בטעות לבית המשפט. אסור להכניס לבית המשפט ראיה בלתי קבילה – נדבר על זה בהמשך.
נשאלה השאלה מה הופך ראיה לבלתי קבילה? דיברנו על הסיבה הראשונה שהיא פגיעה בערכים. כדי להגן על אותם ערכים חברתיים, לא נאפשר לצדדים להגיש ראיה מסוימת אם הראיה תפגע באותם ערכים. נתנו דוגמא להודאה שהוצאה באמצעים פסולים. אם הנאשם ישב בחדר החקירות והודה ביוזמתו ברצח של שושנה, הכל טוב ויפה, ההודאה חופשית ומרצון והיא קבילה. אבל אם הוא לא רצה להודות ואז אני מכה אותו או משתמש במצב בריאותי שלו ומזיק לו או מאיים עליו, הודאה כזו לא קבילה. אז למה שלא נקבל אותה? אם אנחנו רוצים להגן על ערכים חברתיים, על שלמות הגוף של הנחקר והאוטונומיה שלו, דיני הראיות צריכים לקבוע כלל שאם הראיה פוגעת בערכים אלו, היא תיפסל.

המשך שיעור – מה הופך ראיה לבלתי קבילה?

א. פגיעה בערכים חברתיים: פגיעה בזכות לפרטיות, פגיעה בשלמות הגוף של הנחקר והאוטונומיה שלו, הגנה על ערכים חברתיים.

ב. מידת מהימנות הראיה: כאשר אין ערובה לאמינות המידע ומהימנותו מוטלת בספק, נשמט הבסיס מתחת לקבילותה של הראיה. כאן למעשה דיני הראיות אומרים שכאשר יש לנו בעיה רצינית עם מהימנותה של ראיה מסוימת, אנחנו לא נקבל אותה לבית המשפט, אנחנו נפסול אותה. **דוגמא:** פוליגרף – ראיה קבילה בהליך אזרחי, בהסכמה. בפלילי – ראיית פוליגרף לא קבילה כי היא בלתי מהימנה.

כל ראיה צריכה לעבור משוכה של רלוונטיות ומשוכה של קבילות.

3. משקל הראיה: לאחר שבית המשפט קבע שראיה מסוימת היא רלוונטית וקבילה, בית המשפט צריך לייחס לה משקל מסוים. משקל הראיה הוא נגזרת של מידת הנאמנות שלה (האם התוכן שלה הוא אמת או שקר). ככל שהראיה נאמנה יותר, היא תקבל משקל גבוה יותר ולהפך. ככל שיש לנו חששות ובעיות שנוגעים לראיה הזו, כך גם המשקל שלה ירד ויהיה בהתאם.
ככל שהמשקל של הראיה גבוה יותר, כך בית המשפט יטה לבסס עליה ממצאים. בית המשפט לוקח את אותן ראיות שהוא העניק להן משקל גבוה והוא קובע ממצאים על סמך אותן ראיות. **דוגמא:** אם יש שלושה עדים וביהמ"ש אומר שהוא נותן אמון מלא בגרסה של העדה הראשונה ולא בעדות של השנייה והשלישית, כשהוא יכתוב את פסק הדין, הוא יבסס את הממצאים על סמך העדות של הראשונה כי לה הוא מאמין. אם הוא מאמין לכל העדים, זה אומר שהמשקל של כל הראיות יהיה גבוה וכך גם ההכרעה של בית המשפט תתבסס על המשקל הכולל של כל הראיות האלה.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

משקל הראיה נתון באופן מוחלט לשיקול דעתו ולהתרשמותו הסובייקטיבית של השופט בערכאה הדיונית (ערכאה שבפניה אנו מנהלים את המשפט) והוא נבדק לפני הכרעת הדין. כשבית המשפט בודק את משקל הראיות, תמיד זה כל הראיות ולפני הכרעת הדין. בית המשפט בודק את משקל הראיה על רקע משקלן של יתר הראיות. זאת אומרת: או שהוא מעניק לראיה משקל מלא או שהוא דוחה את הראיה ואז המשקל הוא אפס אבל בין אפס ל-100 יש קשת של מצבים מסוימים. **דוגמא**: יכול להיות שאנחנו יושבים בבית משפט בהרכב של שופטים ויש לנו ראיה מסוימת – כנראה שהיא רלוונטית (מצב בינרי – או שהיא רלוונטית או שהיא לא 0/1) וקבילה (0/1) אם היא נכנסה לבית המשפט. לגבי ראיית המשקל (0-100). יכול להיות שבהרכב של שופטים, שופט א' יתן משקל גבוה לראייה, שופט ב' יתן משקל נמוך והשופט השלישי יחשוב על כך. כל שופט יכול לתת משקל אחר לכל ראיה – במצב כזה המשקל יהא נמוך. **התיקים מוכרעים בסופו של דבר על משקל**. אנחנו יוצאים מנקודת הנחה שכל מי שנמצא על דוכן העדים הוא רלוונטי וקביל, אם כולם רלוונטיים וקבילים, פסק הדין יתבסס על משקל. **אנו צריכים לדאוג לכך שבית המשפט יתן משקל גבוה לראיות שלנו ולדאוג לכך שבית המשפט יחס משקל נמוך לראיות של הצד שכנגד**.

איך בית המשפט יכול להעריך את משקל הראיה? איך הוא יודע אם זה 0 או 100? כל הנושא של משקל הראיה מוסדר בסעיף 53 לפקודת הראיות –

משקלה של עדות

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

התנהגות העדים חשובה למשקל הראיה – שפת גוף, איך הוא מגיב לסיטואציה וכו'. **נסיבות הענין** – הכל, אותות האמת המתגלים בבית המשפט. **דוגמא**: העד מעיד וכל פעם ששואלים אותו שאלה קשה, הוא מסתכל על מישהו באולם בית המשפט והוא מסמן לו עם האצבע או טריקים אחרים. יש פה בעיה. העד לא צריך להיעזר בחברים שלו או במשפחה שלו. במקרה כזו, אנו צריכים לדאוג שהשופט יראה את זה ואם הוא לא ראה אז להגיד את זה ולדאוג שזה יהיה בפרוטקול כי אם זה לא היה, זה לא קיים.

שאלת המשקל מקבלת גם משנה תוקף משום שהחל משנות ה-80 של המאה הקודמת, המגמה הקיימת בדיני הראיות היא מגמת מעבר מכללי קבילות לכללי משקל. זאת אומרת שהחל משנות ה-80 הגישה היא למעט, ככל שניתן, בכללים של קבילות, כללים שפוסלים ראיות והמגמה הקיימת היא מעבר מכללי קבילות לכללי משקל. המגמה היא להמיר את כללי הקבילות בכללי המשקל. הנחה היא שקביעת ממצאים תחת יישום טכני של תנאים פורמליים ונוקשים, עשויה להיחשב פעמים רבות מלאכותית והיא עשויה גם להרחיק את בית המשפט מחקר האמת. יש כלל שאומר זה כן וזה לא. אני אומר רגע, אם יש לי בעיה עם הראיה הזאת, ראיה בלתי קבילה לא נכנסת לבית המשפט וככל שמספר הראיות לא קבילות, אנחנו מרחיקים את בית המשפט מחקר האמת. זה לא אומר שמבטלים את כללי הפסילה,

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

הנטייה היא להמיר אותם בכללי משקל. אם בעבר הראיות לא היו נכנסות לבית המשפט כי הן לא היו קבילות, היום הן ייכנסו לבית המשפט והן יבואו לידי ביטוי במשקל הראיה.

מי שקובע את משקל הראיה היא ערכאה דיונית (שלום/מחוזי). בית המשפט בסופו של דבר צריך לקבוע מי שכנע אותו. לכן, **לערכאה דיונית יש המון כוח.** לפעמים שלא בצדק נוטים לזלזל בקביעות של השלום. בסופו של יום, התיקים מתנהלים בשלום ובמחוזי, הקביעות האלה לגבי משקל הראיה נעשות על ידי ערכאה דיונית ולכן יש להן המון כוח. מדוע? על קבילות לא בעיה לחלוק. על משקל – יש בעיה לחלוק, כי מי ששם לב להתנהגות של העד, לשפת הגוף, זה השופט שמנהל את הדיון, אם הוא קבע שהוא לא מאמין לעד הזה, בית המשפט העליון לא ילך נגד בית משפט השלום. ערכאת הערעור אינה מתערבת בממצאי משקל ומהימנות של הערכאה הדיונית משום שערכאת הערעור לא רואה את העדים או שומעת אותם או שמה לב לאותות האמת. לכן, **מאוד קשה לערער על ממצאים שנוגעים למשקל הראיה.**

נוכח העדיפות הברורה שיש לערכאה דיונית בקביעת ממצאי עובדה ומהימנות, נקבע הכלל שלפיו, ערכאת הערעור אינה מתערבת בממצאי עובדה ומהימנות שקבעה ערכאה דיונית. המחוזי כערעור לא מתערב בממצאים שקבע השלום ובית המשפט העליון לא מתערב בממצאים שקבע המחוזי כי השופט לא רואה את העדים ושומע אותם.

לצד ההלכה הזאת שערכאת הערעור לא מתערבת בענייני משקל, נקבעו **3 חריגים חלופיים** המצדיקים את התערבותה של ערכאת הערעור באמצעים של עובדה ומהימנות:

- **חריג ראשון:** כאשר ממצאי ערכאה דיונית מתבססים על ראיות בכתב ולא על הופעתם, התנהגותם ודבריהם של העדים, שהרי במקרים אלה, אין לערכאה דיונית כל יתרון על פני ערכאת הערעור. **דוגמא:** שיקים או קלטות, חפצים, מוצגים. אם אני מציג ראיה מסוימת שהיא טלפון ובית המשפט (הערכאה הדיונית) אומר שזה של הנאשם, אז גם אם אני אקח את זה לערכאת הערעור הם יכולים להחליט אם זה של הנאשם או לא, זה שהצגתי את זה לבית המשפט השלום, לא אומר שהם לא יכולים לקבוע גם, כי הם כן רואים את הראיה בעצמם (לעומת עדות של עד שמופיע בפני הערכאה הדיונית).

- **חריג שני:** כאשר ממצאי ערכאה דיונית מתבססים על שיקולים שבהיגיון. **דוגמא:** ראיות נסיבתיות (עקיפה, לא מוכיחה ראיה ששנויה במחלוקת. באמצעות הנסיבה הזאת בימ"ש יכול להסיק מסקנה לגבי הראיה ששנויה במחלוקת). ניתן לערער על ראיה נסיבתית ולהגיד שהמסקנה של ביהמ"ש לא נכונה.

- **חריג שלישי:** כאשר נפלו טעויות מהותיות בהערכת הנאמנות של העדויות על ידי העראה הדיונית או כאשר מוצגות לערכאת הערעור עובדות ממשיות לפיהן, לא היה באפשרותה של ערכאה דיונית לקבוע את הממצאים שאותם קבעה. **דוגמא:** קורבן מין. ניתן להגיד שהעדויות שלה הייתה מצוינת, אבל בית המשפט אומר שהוא לא מאמין לה. אם אנו חושבים שנפלו טעויות מהותיות בהערכת הראיה, הולכים לעליון. לצורך העניין, פסק דין בארי – מחוזי זיכה את הנערים שאנסו את הילדה. זה הגיע לבית המשפט העליון והוא הרשיע את כולם כי ביהמ"ש האמין לה. כשמדובר בעבירה חמורה או בתיק מתקשר יש עניין לציבור וביהמ"ש העליון מתגמש ונוטה להתערב במשקל.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

ע"פ 814/12 סויסה – מדברים על הכלל ועל החריגים.

ע"פ 1645/08 פלוני – צריך להראות באמת שבית המשפט שגה בהערכת הנאמנות של העדה.

✓ משקל הראיה תמיד נמדד על רקע סך הראיות, גם של התובע והנתבע וגם של ההגנה/תביעה.

✓ אם לא יכינו את העד כמו שצריך, העדות שלו לא תהיה טובה.

4. דיות (תוספות ראיות): המונח 'דיות' רלוונטי להליך פלילי בלבד. במקרים מסוימים שנקבעו

בחוק ובפסיקה, לא ניתן לבסס הרשעת נאשם על סמך עדות יחידה (הגם שבית המשפט העניק לה את

מלוא המשקל הראייתי) אלא יש צורך בראיה נוספת שתקשור את הנאשם לעבירה. הראיה הזו מכונה

תוספת ראיתית. מבחינה כמותית ← צריך עוד ראיה מלבד הראיה היחידה שעומדת על דוכן העדים.

המאמר של גיא: אנו דורשים תוספת ראיתית כאשר קיים חשש כבד הנוגע למהימנותה של אותה ראיה

יחידה. נהוג לחלק את התוספות לשני סיווגים:

א. תוספת מסבכת = סיוע – התוספת הכי כבדה והכי משמעותית. תוספת שמסבכת את הנאשם ממש

בביצוע העבירה. עם הזמן, הפסיקה הציבה שלושה תנאים כדי שראיה מסוימת תוכל לשמש סיוע.

- תנאי ראשון: הראיה חייבת לבוא ממקור נפרד ועצמאי ביחס לראיה הטעונה סיוע.

- תנאי שני: היא חייבת לסבך או לפחות נוטה לסבך את הנאשם בביצוע העבירה.

- תנאי שלישי: היא חייבת להתייחס לנקודה ששנויה במחלוקת. כלומר, הסיוע חייב להתייחס לנקודה

מהותית.

דוגמא לראיה שדורשת סיוע: עד מדינה (סעיף 54א') – שותף לעבירה שקיבל טובת הנאה מהפרקליטות

כדי שהוא יפליל את שותפו. זה לא שותף שאומר לבית המשפט שהוא רוצה לגלות את האמת ששניהם

פשעו. זה שותף שקיבל טובת הנאה מהמדינה במחיר שלא יעמידו אותו לדין או אפילו כסף. זה בעייתי

כי עד המדינה הוא עבריין והוא שותף לאותה עבירה. ברור שיש לו אינטרס להשיל מעליו את כל מה

שהוא עשה ולהפיל את השני ובנוסף, הוא גם מקבל כסף. למה חוששים מעד מדינה? הוא יכול למסור

עדות שקר כי הוא רוצה להציל את עצמו בסופו של דבר. לכן, קיים חשש כבד מאוד שהוא ישקר. צריך

בנוסף לעד המדינה תוספת מסייעת. צריך למצוא ראיה נוספת (DNA או טביעת אצבע או משהו אחר

שיסבך את הנאשם). הדרישה השנייה היא שהראייה תהיה חייבת לסבך או לפחות נוטה לסבך את

הנאשם בביצוע העבירה והדרישה השלישית היא חייבת להתייחס לנקודה ששנויה במחלוקת. הוא

שותף והוא יכול לספר הכל.

ב. תוספת מאמתת = 1. "דבר לחיזוק" 2. "דבר מה נוסף".

חיזוק: זו תוספת שמצביעה על אמיתות העדות אשר לה היא משמשת תוספת. במילים אחרות, תוספת

שמאמתת את העדות העיקרית/היחידה. **דוגמא לחיזוק:** ילד מתחת לגיל 12 שהיה קורבן לעבירת מין.

ילדים מתחת לגיל 12 יכולים לתת עדות שקר ולא יעשו להם כלום. אם הוא בן 12 ויום אפשר להעמיד

אותו לדין על עדות שקר בבית משפט לנוער. עד כזה יכול לשקר כי גם אם ישקרו לא יעשה להם כלום.

פקודת הראיות אומרת שאם העדות המפלילה היחידה והיא של ילד שלא מלאו לו 12 שנים, צריך חיזוק.

כלומר, ראיה שתאמת משהו בגרסה שלו. אם הוא אומר שהוא נכנס לדירה של הנאשם ובסלון היה

אגרטל עם פרחים בשלושה צבעים ואחר כך הוא סחב אותו לחדר השינה. תוספת מסבכת היא תוספת

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

שתסבך ממש את הנאשם כמו קעקוע באיבר מין לצורך העניין (היה לו הזדמנות לראות את הקעקוע). אם תגיע המנקה ותגיד שנכון היא שמה באגרטל פרחים ב3 צבעים, זה חיזוק, זה משהו קטן שמאמת את הגרסה וכנראה שהילד דובר אמת (זה לא מסבך אלא מחזק את העדות של הילד).

דבר מה נוסף: ראיה שנועדה לאמת הודאת חוץ של נאשם. יש ראיה אחת שדורשת דבר מה נוסף והיא הודאת חוץ של נאשם. הודאת חוץ – הודאה שהוא הודה מחוץ לבית המשפט (במשטרה או בתא המעצר בפני מדובב). אם רוצים להרשיע נאשם על סמך הודאה שנמסרה מחוץ לבית המשפט ואין ראיה נוספת, צריך דבר מה נוסף. הדרישה הזאת ספגה ביקורת רבה ממלומדים שדורשים להחמיר עם דבר מה נוסף.

לדעת המרצה: אנשים לא הבינו את זה נכון – מדובר במשהו חיצוני שמאמת את ההודאה ← פרטים מוכמנים, ראיה נוספת שמאמתת את ההודאה. **דוגמא**: אומרים שחבר הכנסת X נרצח. אם אנחנו רוצים פרסום אנחנו יכולים ללכת ולהודות במשטרה שאני רצחתי את חבר הכנסת. מגישים נגדי כתב אישום ואז מגיעים לבית המשפט, בבית המשפט שואלים אותי אם אני רצחתי ואני אומר לא. זה בעיה ועל כך נצטרך דבר מה נוסף. **דוגמא לדבר מה**: שחזור לצורך העניין, מישהו שראה אותו בזירת העבירה וכו'.

- חובת הנמקה – אינה תוספת ראייתית. **דוגמא**: בעבירות מין. בעבר דרשו סיוע בעבירות מין, היום נדרשת הנמקה (מדוע הוא מאמין למתלוננת ולא לנאשם/מדוע הוא חושב שהעדות של המתלוננת שכנעה אותו מעבר לספק סביר).

המבנה הכללי של דיני הראיות

המבנה הכללי של דיני הראיות. דיני הראיות כוללים 3 סוגים של הוראות דין בדבר כשרות, בדבר קבילות ובדבר המשקל.

- 1. שלב הכשרות**: אופי הכשרות של העד, האם הוא כשיר להעיד או לא. יש כללי כשרות הקובעים מי יכול להעיד ומי לא, זה מצב בינארי. או שאפשר או שלא. אישה אינה כשירה להעיד נגד בעלה, בעל אינו כשיר להעיד.
- 2. שלב הקבילות**: שלב הקבילות מתייחס להתאמתן של הראיות לכללי הגשתן של ראיות לבית המשפט. השלב הזה מתייחס לתוכן הראיה. כשרות מתייחסת לעד – העד כשר או לא כשר? מי העד?
- 3. שלב המשקל**: שלב בו אנחנו בוחנים את מהימנותם של הראיות והשפעתן על המסכת הראייתית הכוללת. גם בשלב הזה מתייחסים לתוכן הראיה וומעניקים לה משקל. המשקל יכול לנוע בין 0 (משקל אפסי, בית המשפט דוחה את הראיה) ובקצה השני – משקל מאה (100 אחוז מכלל משקל הראיה). כלומר, נותן בה אמון מלא. משקל הראיה ניתן בסוף ההליך. קבילות וכשירות אני יודע עוד לפני.

שאלת ההוכחה

אמרנו שדיני הראיות עוסקים בהוכחת עדויות.

הוכחה היא שכנוע של בית המשפט בדבר קיומה של עובדה באמצעות ראיה. זאת אומרת שבמקום שאין מחלוקת, אין משפט. כשאנחנו מדברים על ראיות, על עדים, על מוצגים זה הוכחות. זה השלב שבו אני צריך

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

להוכיח את כתב ההגנה, כתב התביעה, כתב האישום. מה שלא שנוי במחלוקת לא צריך להוכיח – **אנו מוכיחים רק מה ששנוי במחלוקת.**

בהליך אזרחי: מה ששנוי במחלוקת נקרא **פלוגתא עובדתית**. הפלוגתא מוגדרת בשלב קדם המשפט. בית המשפט קובע בקדם המשפט את יריעת המחלוקת. בהליך אזרחי יש כתב תביעה וכתב הגנה, כולם יודעים מה מוכחש ומה לא מוכחש.

בהליך פלילי: אין כתב תביעה אלא כתב אישום. **בשונה** מהליך אזרחי, אין כתב הגנה בהליך פלילי. יש כתב אישום, בית המשפט מקריא את כתב האישום ולאחר מכן, הנאשם מתבקש להשיב לאישום. בדרך כלל לא עונה הנאשם על האישום אלא עורך הדין (מודה/כופר וכו'). בית המשפט לפי התשובה על האישום מבין מה מוכחש ומה לא מוכחש והוא יאפשר לנו להציג ראיות אך ורק על העובדות השנויות במחלוקת. כל ראיה שתעזור לבית המשפט להחליט אם הראיה שנויה במחלוקת, היא רלוונטית. **דוגמא:** מי שמסר ידיעה סודית והתכוון לפגוע במדינה, דינו מאסר עולם. אני יכול לטעון בכתב האישום שמעולם לא העברתי ידיעה סודית. מצד שני, אני יכול להגיד שהעברתי ידיעה והיא לא סודית. אני גם יכול לטעון שהעברתי ידיעה סודית אבל לא התכוונתי לפגוע בבטחון המדינה.

בית המשפט אומר שהוא העביר ידיעה סודית אבל הוא לא התכוון לפגוע – המשפט יתנהל רק על היסוד הנפשי. מצד שני, הוא יכול להגיד שהוא העביר ידיעה אבל היא לא סודית ואז המשפט יתנהל על הנסיבות. אם הוא אומר שהוא העביר ידיעה סודית אבל לא בכוונה לפגוע ויביא עד שאומר שהוא העביר ידיעה סודית, זה לא רלוונטי כי יודעים שהוא העביר ידיעה סודית אבל צריך להוכיח שהוא לא התכוון לפגוע.

קיימים 3 אמצעי הוכחה עיקריים:

עדים, מסמכים (שיקים וכו') וחפצים (סכין וכו') הם הראיות העיקריות. על מסמכים וחפצים אי אפשר להתווכח, כלומר, אפשר להתווכח על הפרשנות אבל לא על עצם הקיום שלהם. לעומת זאת, **האמצע הכי בעייתי זה עדים**. למה? אנחנו בני אדם בעייתיים, אנחנו שוכחים, לא זוכרים, יש לנו אינטרסים אישיים, יש לנו כל מיני מניעים וכו'. ככל שהעדים מבוגרים יותר, ככל שהם קרובים יותר לעד, זה יותר בעיה.

במסגרת הקורס נעסוק בעיקר בעדים, כמעט ולא ניגע במסמכים וחפצים. במסגרת שאלת ההוכחה אנחנו יודעים מהי הוכחה, איך מוכיחים.

שיטת ההוכחה

בעבר היו שיטות הוכחה לא מקובלות כגון: מבחן האש, מבחן שלמה. דיני הראיות המודרניים מסדירים את אמצעי ההוכחה בדרכים מודרניות.

2 תהליכים עיקריים שעלולים לגרום לשינויים בהתפתחות של דיני ראיות

1. שינויים טכנולוגיים: דיני הראיות משתנים בעקבות שינויים טכנולוגיים. **דוגמא:** בעבר לא השתמשו ב-DNA. אבל ברגע שמחקרים אמרו ש DNA זה קביל, נדרש שבית המשפט או המחוקק יגידו את

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

דבריהם. ברגע שהטכנולוגיה מתקדמת, דיני הראיות חייבים להתקדם עם הטכנולוגיה, חייבים לתת מענה לטכנולוגיה.

2. שינויים ערכיים ושינויים של תפיסות חברתיות: גם החברה משתנה.

אנחנו כבני אדם, כחברה, משתנים. החברה הישראלית בשנות ה-70 זה לא החברה הישראלית היום. כשהחברה והערכים משתנים, זה צריך לבוא לידי ביטוי בדיני הראיות. כאשר נקבע חוק כבוד האדם ויסודו, דיני הראיות צריכים לעמוד בזכויות האלה (הזכות לכבוד, הזכות לחירות). גם דיני הראיות קובעים שאם יש ראייה שהוצאה באמצעים פסולים, היא לא תהיה קבילה. דוגמא נוספת היא הזכות להליך הוגן שנקבעה בפסק דין יששכרוב – בית המשפט קבע שם את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית (אפשר לפסול כל ראייה אם היא הושגה בניגוד לדין, תוך הזכות של נאשם להליך הוגן) בהתאם למבחנים שעלו בפסק דין יששכרוב. **למה?** החלטנו לתת מעמד עליון לזכות להליך הוגן כמו גם לזכות לכבוד האדם וחירותו.

דוגמא נוספת היא תפיסת הילדים. בעבר התייחסו לילדים כמעין רכוש של ההורים, להורים הייתה זכות מעין קניינית בילדים. התפיסה השתנתה, עם הזמן ההורים לא יכולים להכות יותר את הילדים שלהם וכו'. לילד יש זכויות וחובות משלו וזה צריך לבוא לידי ביטוי גם בדיני הראיות. אם בעבר ילדים לא היו כשירים להעיד בבית המשפט, היום הם כשירים לעמוד בבית המשפט, תלוי מה הגיל כי צריך תוספת ראיתית. יש ערכים נוספים כמו שלמות התא המשפחתי, יציבות התא המשפחתי. דיברנו על כך שדיני הראיות לא רוצים לסכסך אז אשה לא תעיד נגד בעלה וכו'. תפיסה זו משתנה גם – בעבר (לפי תיקון 16) ידועים בציבור לא היו נחשבים בני זוג ולכן, התביעה הייתה יכולה לחייב את הגבר להעיד כנגד בת הזוג שלו כי כל חטאם היה שהם לא רצו להתחתן ברבנות או היו פסולי חיתון. רק לאחרונה, לפני כמה שנים, בא המחוקק ואמר שאין דבר כזה, כמו שידועים בציבור מוכרים כבני זוג בדיני משפחה וחוק זכויות נפגעי העבירה, הם ייחשבו כבני זוג גם בדיני הראיות והחל מלפני שנתיים, גם ידועים בציבור לא יכולים להעיד אחד כנגד השני. יש עוד דברים שצריך לתקן כמו אחים שחייבים להעיד כנגד האחים שלהם.

יש מדינות שכולם חייבים להעיד שם וחקר האמת יותר חשוב. יש מדינות, כמו בארה"ב, שלא פוסלות את הכשרות של העד אבל נותנות לו חיסיון. כלומר, אומרים לאישה שהיא לא חייבת להעיד נגד בעלה, אם היא רוצה היא יכולה להעיד, אבל אי אפשר לכפות על זה. אצלנו, אישה לא יכולה להעיד נגד בעלה בכלל, גם אם היא רוצה.

אנחנו נראה גם שעד לפני שנתיים, זוגות שהיו בהליכי גירושים נחשבו כבני זוג. בישראל יש המון מסורבות גט, אי אפשר להעיד את הגבר כנגד האישה בגלל שלום המשפחה, אבל איזה שלום משפחה? היא רוצה להתגרש והוא לא נותן לה. זה תוקן לפני שנתיים: אם יש זוג שהוא בהליכי גירושים והוא לא חי ביחד, אפשר ולא רק אפשר אלא הם חייבים להעיד (את האישה כנגד הבעל, את הבעל כנגד האישה וכו').

אנחנו השתנו, החברה השתנתה ודיני הראיות השתנו בעקבותנו.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

הוכחת הדין

כשמדברים על הוכחת הדין צריך לאבחן בין שני דינים:

1. **הוכחת דין ישראלי:**

סעיף 57ב' לפקודת הראיות –

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

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

מפורסמות = כולם מכירים את הדין.

קובע שלא צריך להוכיח את הדין, הוא אינו טעון הוכחה. חזקה שכולם מכירים את הדין ולא צריך להוכיח את הדין בבית המשפט. הולכים לחוק הפרשנות וסעיף 3 לחוק הפרשנות קובע שדין הוא כל אחד מאלה: חיקוק (כל החקיקה הישראלית), דינים דתיים – בין שבעל פה ובין שבכתב. מה שנכנס להגדרה של דין זה רק דין ישראלי: חיקוק ישראלי. או דינים דתיים – מה שבעל פה ומה שבכתב. מה שלא חלק מהדין זה פסיקה. קיימת פסיקה על כך שפסיקת ישראלית אינה מופיעה בהגדרה של דין אך כל עוד היא מסתמכת על הדין הקיים, היא חלק ממנו.
לא צריך להוכיח חוקים ישראליים, לא צריך להוכיח דין דתי ולא צריך להוכיח פסיקה.

2. **הוכחת דין זר:**

דין זר הוא אינו מהמפורסמות ועל כן, הוא טעון הוכחה. כלומר, כאשר אנחנו מסתמכים בתביעה שלנו על הדין הזר (בדרך כלל אזרחי), הרי שיש להוכיח את הדין הזר ולהתייחס אליו כמו כל עובדה השנויה במחלוקת (כיוון שהיא טעונה הוכחה). מוכיחים את הדין הזר בכך שמביאים מומחים לדין הזר. **דין זר טעון הוכחה כי הוא אינו מהמפורסמות.**

ייתכנו מקרים מסוימים בהם הצדדים יהיו פטורים מלהוכיח את הדין הזר. **דוגמא:** חוק אמנת האג בדבר ילדים חטופים שקובע שכל המדינות שחתומות באותה אמנה ואם בית המשפט הישראלי דן את האמא שחטפה את הילד ונסעה איתו לאיזשהו מקום, עד שנביא עדים לא נמצא את הילד כבר. לכן, החוק אומר שבדין זר שהמדינה חתומה באמנה, יוצאים מנקודת הנחה שהדין הזר הוא מן המפורסמות.

ישנם עניינים שבעובדה שאינם טעונים הוכחה אף שהם שנויים במחלוקת (נדבר על כך בהמשך). כלומר, מלבד הדין הישראלי שלא צריך להוכיח אותו, ישנם עניינים נוספים ששנויים במחלוקת וגם אותם לא צריך להוכיח והם דעה שיפוטית. דעה שיפוטית = עובדות הברורות/ידועות לשופט ולכל אדם בר דעת. אומרים שאם השופט יודע את מה שאני יודע, אז הוא אדם בר דעת. **דוגמא:** שכנה בקומה הראשונה תולה כביסה, השכנה בקומה השנייה לא סובלת אותה וזרקה עליה בקבוק על הראש והיא קיבלה זעזוע מוח. אני מאשים אותה בתקיפה. צריך להוכיח ולהביא פיזיקאי שיוכיח שאם זורקים בקבוק מקומה שניה הוא יביא הבקבוק נופל למטה. אבל זה משהו שידוע לכל אדם בר דעת שבקבוק נופל למטה ולא עולה למעלה. לכן, אין צורך להוכיח.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

עניינים שידועים לכל אדם בר דעת הם חלק מידיעה שיפוטית וגם את הידיעה השיפוטית לא צריך להוכיח, גם אם היא שנויה במחלוקת.

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

- כעורכי דין נשתמש בפסקי דין בטיעונים שלנו, אבל זה נקרא להציג ולא להוכיח.

דינה של ראיה בלתי קבילה

הליך פלילי:

סעיף 56 לפק"ר – מדבר על דינה של ראיה בלתי קבילה בהליך הפלילי.

ראיה בלתי קבילה אסור שהיא תיכנס לבית המשפט (אין לה כרטיס כניסה לבית המשפט). לפעמים המציאות חזקה מן החוק, לפעמים יש ראיות בלתי קבילות שמתקבלות בטעות. **דוגמאות:** העדה הציגה אותה בטעות, עורכי הדין צירפו אותם בהיסח דעת, הציגו לשופט טיעונים ובתוך הסיכומים יש את העבר הפלילי של הנאשם, אסור להגיד שהנאשמת העידה בפוליגרף ואנו צריכים להגיד את זה גם לעדים שלא ידבר על כך).

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.

אם השופט קיבל ראיה שאינה קבילה בטעות או בהיסח דעת, אסור לשופט להשתמש בראיה הזאת ואסור לו לבסס עליה את פסק הדין. אבל גם אם הוא קיבל את הראיה שהיא בלתי קבילה, עליו להתעלם ממנה וזה שהיא נמצאת בתיק בית המשפט וזה שהוא שמע, זה לא אומר שזה פוסל את פסק הדין.

♥ יש לשים לב: הכלל מיועד לשופט בערכאה הראשונה, שמקבל את העדים והראיות, אסור לו לעשות שימוש בראיה שאינה קבילה, גם אם קיבל אותה בטעות.

בדנ"פ אבוטבול ביהמ"ש קבע שתי חזקות נוספות:

חזקה ראשונה: בית המשפט קבע כי קיימת חזקה הניתנת לסתירה, כאשר בית המשפט נחשף לראיות פסולות, חזקה שהוא מתעלם מהם. כלומר, הנטל הוא על המערער לסתור את החזקה ולהוכיח שבית המשפט שנחשף לראיות הפסולות, לא התעלם מהן, והן השפיעו על החלטתו.

חזקה שנייה: השופט זמיר – החזקה לפיה בימ"ש התעלם מהראיה הפסולה, תופסת גם אם הראייה הפסולה לא רק נשמעה או נראתה במהלך המשפט, אלא גם אם היא הוזכרה בפסק הדין ואפילו אם בית המשפט לא אמר במפורש כי הוא מודע לפסולותה של הראיה, ולכן, הוא התעלם ממנה.

השופטים מקצועיים ומיומנים, אם נכנסה ראיה לא קבילה, אין מה לדאוג. בית המשפט חייב להתעלם ממנה, גם אם השופט לא אמר שהוא מתעלם ממנה, או הזכיר אותה במכלול הראיות, חזקה שהוא מתעלם ממנה.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

הסיפא של סעיף 56 – חריגים:

יכול להיות מצב ששופט הזכיר ולא התעלם מהראיה הלא קבילה וכל ההרשעה שלו היא על סמך ראיה לא קבילה. במצב כזה, הנאשם יכול לעשות אחד משניים:

חריג ראשון מופנה לערכאת הערעור והוא צריך לבדוק כיצד ערכאה דיונית פסקה.

הנאשם לא היה מורשע אלמלא הייתה ראיה, זו שאלה עובדתית סובייקטיבית. צריך לבדוק - האם השופט אכן הרשיע אותו כשהוא מסתמך על הראיה או לא? **המבחן הראשון הוא מבחן סובייקטיבי:** בודקים מה נפסק.

דוגמא: בית המשפט אומר שהונחו בפניו שתי ראיות, פוליגרף ועדות המתלוננת, אלמלא הפוליגרף הוא לא היה יודע שהיא צודקת.

- ערכאת הערעור בודקת את הלכת הרוח של ערכאה דיונית ובודקת מה הוא פסק.

חריג שני ערכאת הערעור צריכה לבדוק מה היה צריך לפסוק. "או שנאשם יוכיח שלא הייתה מלבד אותה ראיה, ראייה אחרת שניתן היה לבסס עליה את ההרשעה". **מבחן אובייקטיבי:** לא בודקים מה בית המשפט פסק אלא מה היה צריך לפסוק. מתעלמים ממה שהשופט הזכיר בערכאה הדיונית. בית המשפט אומר שהוא מבין מה הראיות המפלילות, הוא מוציא את הראיה הפסולה ורואה אם הוא יכול היה להרשיע אותו.

העליון אומר שדי לו לנאשם לעורר ספק סביר לגבי התקיימותם של החריגים האלה. כלומר, הנאשם צריך לעורר ספק סביר שמא אי אפשר היה להרשיע אותו אלמלא הראיה הזאת.

אם בית המשפט משיב בחיוב על אחד מהחריגים/אם אחד מהחריגים מתקיימים – אי אפשר להרשיע אותו בלי אותה ראיה ובית המשפט באמת התחשב בראיה. יש שתי אפשרויות: (1) ערכאת הערעור תזכה את הנאשם (2) ערכאת הערעור תחזיר את התיק לשופט בערכאה הדיונית שיכתוב את פסק הדין מחדש מבלי להתחשב בראיה הבלתי קבילה. **דרך המלך היא להחזיר את התיק לשופט בערכאה הדיונית.**

מתי בית המשפט יזכה את הנאשם? כשאין טעם להחזיק את התיק. **דוגמא:** ניקח 2 ראיות בלתי קבילות וראיה אחת צולעת, במצב כזה בית המשפט המחוזי (כערכאת ערעור) אומר שאין טעם להחזיר את התיק ומזכה את הנאשם.

- משקל של ראיה אחת משפיע על הראיה השניה.

- כאשר שופט נחשף לראיה לא קבילה, אי אפשר למחוק זאת מראשו ואז, יש בעיה.

הליך אזרחי:

פסק הדין ביאזי נ' לוי: בית המשפט העליון מציין במפורש כי בהליך אזרחי או מישור אזרחי, רשאים בעלי הדין להסכים מראש על דיני הראיות ולפתור עצמם בדרך זו ממגבלות הקבילות (יכולים להסכים איזו ראיה קבילה וכו'), כולן או מקצתן, ככל שיימצאו לנכון.

מכך אפשר להסיק גם שסעיף 56 לפק"ר לא חל על ההליך האזרחי.

אם נכנסה ראיה בלתי קבילה בהליך אזרחי והצד השני לא קם והתנגד, אין מה לעשות עם זה כבר והראיה תהא קבילה. **אם יש ראיה בלתי קבילה שהפכה לקבילה מעצם זה שלא התנגדו או שתקנו, אין אפשרות לתקן את זה לאחר מכן.**

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

למה בהליך פלילי ראיה בלתי קבילה נשאת תמיד בלתי קבילה ובהליך אזרחי ראיה בלתי קבילה יכולה להתקבל? ההבחנה בין ההסדרים האלה נעוצה במטרות של המשפט האזרחי והמשפט הפלילי.

בהליך אזרחי המטרה היא לפתור את הסכסוך.

לעומת זאת, בהליך פלילי המטרה היא להגיע לחקר האמת ואם יש ראיות שהן לא קבילות כי אני חושש לנאמנות שלהן, זה ירחיק את בית המשפט מחקר האמת ולכן, אסור לבית המשפט לבסס פסק דין על ראיה בלתי קבילה שהתקבלה בטעות או בהיסח דעת.

בפסק דין ביאזי נ' לוי הייתה מחלוקת בין שני הצדדים, שניהם הלכו לפוליגרף, ביאזי נמצא דובר שקר והוא ערער לאחר מכן לעליון. היה שם סכסוך אזרחי והם אמרו שמי שיימצא דובר אמת בפוליגרף, פסק הדין יהיה לזכותו. בית המשפט נתן פסק דין לרעת ביאזי בגלל שהוא יצא דובר שקר בפוליגרף. הוא ערער לעליון ובית המשפט העליון אומר שאם הם הסכימו לפתור את הסכסוך בדרך הזאת, בית המשפט מוסמך לכתוב פסק דין על סמך ההסכמה שלהם שכך הסכסוך ייפתר.

פס"ד סולפרד נ' עמישי: באזרחי ההסכמה הוא הכי חשוב. גם פה הם הסכימו על פוליגרף, סולפרד יצא דובר שקר, הם הלכו לבוררת. בית המשפט אומר שכל עוד לא נפל פגם בהחלטה ללכת לפוליגרף (לא הייתה טעות או הטעיה כמו קטין ובגיר שבגיר אומר לקטין ללכת לפוליגרף ומטעה אותו), הראיה קבילה. במקרה של סולפרד נ' עמישי - סולפרד ידע, אמרו לו שפוליגרף לא קביל בפלילי, הוא היה מיוצג על ידי עורך דין בבוררות ובבית המשפט ובכל זאת הוא הלך. אומר בית המשפט שאם צדדים הסכימו לקבל תוצאה של פוליגרף, בית המשפט יכבד החלטה זו. אם אין פגיעה בתקנת הציבור ואין טעות או פגם, בית המשפט יקבל את הראיה.

שאלה למבחן: האם תוצאה של בדיקת פוליגרף שנערכה לנתבע או לנאשם ביוזמתו תחשבנה למסמך קביל?

א. המסמך לא יהיה קביל לא במשפט אזרחי ולא במשפט פלילי.

ב. המסמך לא יהיה קביל במשפט אזרחי ולא במשפט פלילי אלא אם כן בית המשפט יחליט אחרת מטעמים אחרים שיירשמו.

ג. המסמך לא יהיה קביל במשפט פלילי. המסמך יהיה קביל במשפט אזרחי.

ד. **המסמך יהיה קביל במשפט אזרחי אם הצדדים הסכימו שתוצאות הבדיקה תהיינה ראיה קבילה בבית המשפט** ← למרות שלא מדובר על הפלילי, זו התשובה הנכונה. זו תשובה חלקית אבל כל מה שכתוב בה הוא נכון.

- אם יש שלוש חלופות שהן לא נכונות בעליל ויש חלופה אחת שהיא נכונה אבל היא חלקית, היא הנכונה.

5 בנובמבר 2018

החובה והכשרות להעיד

הכלל: הכל כשרים להעיד

סעיף 2 לפקודת הראיות: כולם כשרים להעיד בכל הליך משפטי – אזרחי או פלילי בכפוף לחריגים.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

הכל כשרים להעיד

2. הכל כשרים להעיד בכל משפט, בכפוף לאמור בסעיפים 3 ו-4 (סייגים), 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, התובע או הנאשם, או מפני שהורשע או נושא עונש על עבירה.

סעיף 2 קובע לנו גם שבסעיפים 3 ו-4 יש חריגים לכלל שהכל כשרים להעיד. כלומר, אם המקרה נופל ל-3 ו-4 לפק"ר, הוא לא כשיר להעיד.

גם התובע או התובע בהליך אזרחי יכולים להעלות לדוכן ולהעיד על אף שיש להם עניין בתוצאות המשפט. גם למתלונן או נאשם בפלילי יש עניין בתוצאות המשפט (לא רוצה שירשיעו אותו) וכו'.

למעשה אפשר היה לסיים את סעיף 2 במשפט הבא: הכל כשרים להעיד בכל משפט בכפוף לאמור בסעיפים 3 ו-4. המחוקק הוסיף דוגמאות (לרבות מעבידו וכו').

המכנה המשותף לכל העדים שמנויים בסעיף 2 זה שלכולם יש אינטרס בתוצאות המשפט ולכן, לכאורה אנחנו יכולים להניח שמי שיש לו אינטרס בתוצאות המשפט, אולי הוא לא כשיר להעיד. בא המחוקק ואומר שגם אנשים כאלה שיש להם אינטרס בתוצאות המשפט יכולים להעיד. האינטרס בתוצאות המשפט בא לידי ביטוי במשקל שבית המשפט נותן לעדות.

מי שכשר להעיד הוא גם חייב להעיד וניתן לכפות עליו לעשות כן. משמעות החובה היא להעיד אמת ולא לשקר. מי שאינו מעיד אמת או שמשקר על דוכן העדים צפוי לסנקציה הקבועה בסעיף 237 לחוק העונשין, סעיף שקובע שמסירת עדות בבית המשפט היא עביר וקבועה לצידה עונש של 7 שנות מאסר.

החובה להעיד חלה גם על הנאשם, אם הנאשם עולה על דוכן הוא מחויב להעיד. לנאשם יש זכות שהוא יעלה לדוכן ויאמר אמת או לחילופין, אם לא רוצה לשקר, יש לו את זכות השתיקה. לעדים אין זכות שתיקה. עד חייב לעלות לדוכן העדים ולומר את האמת. רק לנאשם/חשוד יש את הפריבילגיה לשתוק. **החובה להעיד אמת חלה גם על הנאשם.** אם התביעה רוצה, היא יכולה להגיש כתב אישום כנגד הנאשם בהמשך לאחר שבית המשפט קובע כי הנאשם מורשע ולא דיבר אמת.

את מי מותר לזמן לעדות?

סעיף 1 לפק"ר –

סמכות להזמין עדים

1. (א) מותר להזמין כל אדם ליתן עדות שהיא קבילה ושייכת לענין; והוא, כשאין הוראה אחרת בפקודה זו.
(ב) בית המשפט רשאי, לפי שיקול דעתו, לסרב להוציא הזמנה אם אין בה צורך או אם ראה שנתבקשה למטרה שאיננה גילוי האמת.

סעיף 1(א) לפק"ר - בית המשפט יאפשר לנו לזמן עדים בתנאי שהעדות שלהם רלוונטית וקבילה. לפי סעיף 1(ב) לפק"ר - שופט יכול לסרב לפי שיקול דעתו להזמין עד אם חושב שאין צורך בעד או שבית המשפט יוצא מנקודת הנחה שרוצים להביא עדים לא למטרת חקר האמת אלא כדי למשוך זמן וכו'. לבית המשפט יש סמכות לסרב להוציא זימון לעדים.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

סעיף 106 לחסד"פ – סעיף זה משלים לנו את סעיף 1 לפק"ר. במובן מסוים הוא חוזר על הסעיף אבל הוא משלים.

הזמנת עד [96, 95]

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

סעיף 106(א) לחסד"פ – חזרה על מה שכתוב בסעיף 1. "וכן רשאי בית המשפט להזמין עד מטעמו" – שיטה אדברסרית, הסעיף קובע שבית המשפט רשאי לזמן עד מטעמו. כלומר, בית המשפט יכול לשאול למה לא זימנו עד כך וכך ולהחליט שהוא רוצה לזמן.

סעיף 106(ב) לחסד"פ – קובע את הפרוצדורה לזימון עדים. דרך המלך מן הסתם היא להוציא זימון בכתב, המזכירות של בית המשפט מוציאה זימונים לעדים. מוציאים זימון בעל פה כאשר עדים מגיעים לתת עדות בבית המשפט והם לא מספיקים להעיד. **דוגמא**: כאשר עד העיד שעתיים ומכורח הנסיבות הוא לא סיים את העדות או שעדים חיכו הרבה זמן בחוץ ובסוף לא יוכלו להעיד יותר. יש מספר אופציות: ניתן לשחרר את העדים הביתה באישור בית המשפט, מכניסים את העדים לאולם בית המשפט, בית המשפט קובע דיון נוסף ואומר להם את התאריך בו עליהם להגיע והעדים מקבלים את הפרוטוקול, כך שאין סיבה שהם לא ידעו על התאריך שהם צריכים להגיע. ברגע שבית המשפט מזמן אותם במקום ויש להם פרוטוקול, זה זימון כדן. חשוב תמיד לתזכר את העדים יום לפני מסירת העדות.

הבחנה בין הסיבות לאי ההעדה

מצבים בהם עד אינו מוסר עדות בבית המשפט.

ישנם שני מצבים בהם עדים אינם מעידים בביהמ"ש:

1. סנקציות כנגד עד שאינו מתייצב לעדות

השאלה היא איך אנו יכולים להביא אותו לבית המשפט?

ניתן להפעיל 2 סנקציות כנגד עד שאינו מתייצב לעדות בבית המשפט ושתייהן קבועות בסעיף 73 לחוק בתי המשפט:

א. צו הבאה – בית המשפט מוציא צו שעובר לתחנת המשטרה במקום מגוריו של העד. יש כמה סוגים של צוים כמו צו הבאה עם ערבות צד ג' וכו'.

השוטר מגיע, דופק בדלת, מוציא את העד מהבית ומביאים אותו לבית המשפט, מחכים ששופט תורן/מעצרים יגיע ושם השופט אומר לו שיש צו הבאה והוא לא התייצב בבית המשפט והוא יכול לספר למה. בית המשפט יכול לוותר לו אם הוא חושב שהסיבה שלו טובה ואם לא, בית המשפט יכול להטיל עליו קנסות, יכול להטיל עליו הפקדה לבית המשפט וכו'. ניתן לקחת אותו לשופט שדן בהליך אם זה באותו יום. **מי שמבצע את צו הבאה זה שוטר. צו הבאה ← דמוי צו מעצר.**

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

ב. קנס – ניתן להטיל בערך כאלפיים שקלים כנגד עד שלא מתייצב. בית המשפט יכול לומר שהוא לא מוציא צו הבאה אבל בכל מקרה הוא קונס אותו בסכום מסוים של קנס.

- אם אנחנו יודעים שעד לא מגיע, אנחנו חייבים להודיע לבית המשפט.

2. סנקציות כנגד עד שהתייצב אך שותק/מקשקש/אינו משיב לשאלות:

א. קודם כל צריך לבדוק אם קיים טעם צודק לסירוב שלו להעיד - נניח שזה העד שלנו ואנו שואלים אותו שאלות בחקירה ראשית והוא שותק ולא מדבר, צריך לשאול אותו למה. אם אין טעם צודק לסירוב שלו להעיד, מה שעושים אז, אפשר להפעיל את **סעיף 5 לפקודת ביזיון בית המשפט** (סעיף שדן בעדים שמסרבים למסור עדות). לפי סעיף זה יש סנקציה יותר מעונשית אלא כפייתית – היא נועדה למעשה לכפות על העד להעיד.

סעיף 5 לפקודת ביזיון בית המשפט -

דין עד המסרב להשיב על שאלות

5. סירב עד להיחקר עפ"י החוק או להשיב על אותן שאלות שהוצגו לפניו כחוק, ולא הראה כל טעם צודק לסירובו, רשאי בית המשפט לתתו מיד במאסר למועד שלא יעלה על חודש אחד, חוץ אם הסכים בינתיים, לפני סיום המשפט, להיחקר ולהשיב על שאלות.

ב. סעיף 241 לחוק העונשין – סנקציה נוספת שהינה עבירה ולכן היא בחוק העונשין. הסעיף קובע כי אותו עד שמסרב להעיד, אני כתובע יכול להגיש נגדו כתב אישום על סירוב להעיד (הראייה היא הפרוטוקול ולא צריך יותר מזה) ובית המשפט יכול לגזור עליו עונש שלא יעלה על שנתיים.

סירוב להעיד [א/120ב] [תשכ"ח]

241. (א) מי שחייב להעיד או למסור ראייה אחרת בהליך שיפוטי והוא מסרב לעשות כן, דינו - מאסר שנתיים.

(ב) הטלת מאסר לפי סעיף 5 לפקודת ביזיון בית המשפט על אדם שסירב כאמור, אין בה כדי למנוע שפיטתו לפי סעיף קטן (א), אולם מי שנדון למאסר לפי סעיף קטן (א), תנוכה מענשו התקופה שבה היה אסור לפי סעיף 5 האמור.

✓ **אפשר להפעיל את שתי הסנקציות אבל אם הפעילו את סעיף 5 לפקודת ביזיון בית המשפט, צריך לנכות את העונש מסעיף 241 לחוק העונשין.**

ע"פ 10317/08 קורקוס נ' מדינת ישראל ואח' – השופטת בייניש קבעה כי החלטה באשר למאסרו של אדם לפי סעיף 5 לפקודת ביזיון בית המשפט, מהווה פסק דין לגבי אותו עד (המשפט ממשיך להתנהל ולא עצרו אותו) וככזו, היא מאפשרת לעד הסרבן לערער בזכות. בשביל זה צריך פסק דין כי מי יכול לערער על תוצאות פסק דין? או התובע או הנתבע, או המאשימה או הנאשם. עד לא יכול להגיש ערעור. מי שלא צד להליך לא יכול להגיש ערעור אבל בגלל שפסק הדין לחובתו, יש לו זכות לערער. בנוסף, מאחר והזכות לחירות היא זכות חוקתית שמעוגנת בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, ומאחר וסעיף 5 פוגע בזכות לחירות כי מכניסים לכלא ללא משפט או הליך משפטי כזה או אחר, השופטת בייניש אומרת שיש לפרש את סעיף 5 באופן שבית המשפט ייתחשב בפגיעה

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

בחירות שלו ובאמת יצמצם אותה ככל שניתן. לכן, אומרת השופטת שצריך לבדוק לפי החוק אם יש טעם צודק לסירוב שלו. דבר נוסף, גם אם הוא מסרב להעיד, השופט צריך לבדוק האם בנסיבות העניין ראוי להעניש את העד (דוגמא: האם היא אם יחידה לילדים וכו' צריך להתחשב בנסיבות). גם אז, אומרת השופטת בייניש, לפני שבית המשפט מורה על מאסרו של עד, בית המשפט צריך לתת את דעתו לשאלה שהוא צריך להשיב עליה, האם מדובר בשאלה רלוונטית, האם אפשר לקבל את התשובה מעד אחר? האם התשובה של העד חיונית למשפט? האם יש דרכים אחרות לברר את אותה סוגיה או תשובה לשאלה? גם אם בית המשפט שוכנע שצריך להורות על מאסרו של העד, השופטת בייניש אומרת שבית המשפט צריך לשקול מהי תקופת המאסר שתקיים את תכלית הסעיף – לא ישר 30 ימים אלא לראות מה תקופת המאסר הראויה.

פס"ד נבולס – עלתה שאלת היחס בין סעיף 5 לסעיף 241. במקרה זה דובר על שני אחים שסירבו להעיד במשפט של אח שלהם כי הם אמרו שאמא שלהם לפני שמתה אמרה להם לא להעיד כנגד האח שלהם. בית המשפט אמר שזה לא שיקול/טעם צודק. הם נכנסו לכלא מכוח סעיף 5 לפקודת בית המשפט, ריצו את סעיף 5 ואז השתחררו ושוב פעם סירבו להעיד. התביעה ביקשה לחדש את המאסר וההגנה סירבה כי את סעיף 5 אפשר להפעיל פעם אחת. בית המשפט למעשה קיבל את גרסת ההגנה וקבע שסעיף 5 מאפשר להטיל סנקציה רק פעם אחת, כלומר לא ניתן להפעיל את סעיף 5 יותר מפעם אחת. בית המשפט יכול לחלק את ה-30 ימים למנות של 5 כל פעם, אבל ברגע שאותו עד ריצה את 30 הימים, זהו. בית המשפט אומר שהוא יבזה את עצמו כי למעשה, העד מרצה את ה-30 ימים ואין מה לעשות איתו. אם רוצים לגמול לו על הנזקים שהוא גורם, שהתביעה תגיש כתב אישום בהתאם לסעיף 241 לחוק העונשין.

הכלל אומר שהכל כשרים להעיד אך יש לו שני חריגים:

החריגים לחובה להעיד:

1. עדות שופט – חריג פסיקתי (לא נמצא בסעיף 2 לפקודת הראיות). השאלה היא האם לזמן שופט לבית המשפט שיעלה לדוכן העדים? כשאנו דנים בשאלה הזו למעשה מונחים על כפות המאזניים ערכים כבדי משקל וכל ערך מטה את הכף לכיוון האחר. מחד גיסא, אפשר לומר ששופט הוא בן אדם ואם יש צורך להעיד את השופט כדי שבית המשפט יגיע לחקר האמת ויעשה צדק, כדי לקרב את בית המשפט לאמת העובדתית אז אנו כן רוצים כחברה ששופטים כמו כל עד אחר יעלו לדוכן העדים וייחקרו. מאידך גיסא, אם נעלה שופטים לדוכן העדים להעיד, אנו עלולים לגרום לביזוי שופט, אנו עלולים לגרום למעמד שלו כשופט, לפגוע באמון הציבור ובמערכת השיפוטית. בחקירה הראשית השופט יספר כל מה שהיה אבל אחרי החקירה הראשית יש חקירה נגדית ובחקירה נגדית מנסים לקעקע את המהימנות של העד. לקעקע מהימנות של שופט, שגוזר את דינם של נאשמים ומכניס אותם לכלא, זו בעיה.

דוגמא: אם השופט היה עד ראיה לשוד בסופר, הוא היחיד, לא יעידו אותו? מצד שני הוא יעמוד לחקירה נגדית. פקודת הראיות אינה כוללת חריג שמתייחסת לעדות שופטים אלא לחריגים שהם קרובי משפחה ולכן, השופטים בעצמם הסבירו את זה בפסיקה.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

הפסיקה מבחינה בין שני מצבים:

א. השופט נקרא להעיד על עניין שהיה נתון לסמכותו השיפוטית (עניין שהוא טיפל בו במסגרת עבודתו כשופט): הלכה פסוקה היא כי שופט לא יזומן להעיד על דבר שהוא טיפל בו בסמכותו כשופט. **פס"ד זיידמן/פס"ד לאלו** – השופטים קבעו בעצמם שאסור להוציא זימון לשופט על עניין שהיה נתון לסמכותו השיפוטית. **דוגמא:** פרקליטות הגישה כתב אישום כנגד עד סרבן, אבל העד אמר שהוא רצה להעיד והשופט לא רצה לשמוע. השופט לא יכול להעיד על כך כי השופט טיפל בתיק זה במסגרת סמכותו השיפוטית. **דוגמא** נוספת: היה מקרה שנאשם זרק נעל על שופטת. הגישו נגדו תיק על תקיפת עובד ציבור, היה תיק פלילי ומשפט שהתנהל. אי אפשר לזמן את השופטת ביניש להעיד על כך שהוא זרק עליה את הנעל כי הוא השליך את הנעל עליה תוך כדי הדיון שהיה נתון לסמכותה השיפוטית. פסק דין זיידמן מדבר גם על השיקולים הבאים:

- אין לבזבז את זמנו השיפוטי היקר של השופט על עניינים צדדיים כאלה, אין להעמיד בפניו את הברירה האם להיענות לזימון או לא.

- ברגע שיש תיק שמתנהל בבית המשפט, יש פרוטוקול והכל כתוב בו, הפרוטוקול חייב לשקף את כל מה שנאמר ונעשה באולם בית המשפט. ברגע שאני מעיד את השופט אני מטיל דופי בפרוטוקול ואומר שהפרוטוקול לא באמת משקף את מה שקרה.

- חקירה של שופט עלולה לפגוע במעמד שלו ויכול להיות גם שדווקא מפאת כבודם של השופטים, עורכי הדין יוותרו על חקירתו של השופט וברגע שעורכי הדין יוותרו על החקירה נגדית כיוון שהם יחששו לחקור אותם ובסופו של דבר מי שייפגע זה הלקוח של עורך הדין.

ב. השופט נקרא להעיד על עניין שהוא לא טיפל בו במסגרת סמכותו השיפוטית:

דוגמא: שופט שהיה עד ראיה לעבירה מסוימת בחניון. האם הוא יכול להעיד על כך? הוא עדיין שופט מכהן ובכל מקרה החקירה הנגדית מנסה לקעקע את האמינות שלו.

פס"ד חגאי יוסף (2004): השופט טירקל למעשה קובע כללים שעל פיהם ניתן באמת להעיד שופט על עניין שלא היה נתון לסמכותו השיפוטית.

- בית המשפט יחליט לפי החומר שלפניו ועל פי טיעוניהם של בעלי הדין האם להעיד בכלל את השופט. אם השופטת באותו המקרה תחליט שעדות השופט חשובה ורלוונטית, בעל הדין יכין שאלון והשופטת תסנן איזה שאלות ראויות יוצגו לשופט ואיזה לא ראויות. השופט משיב לשאלון בכתב והשופטת מחזירה אותם לצדדים. לאחר מכן, הצדדים מקבלים את תשובות השופט, הם יכולים לשאול שאלות הבהרה.

- אם אחד מהצדדים ירצה בכל מקרה להעיד את השופט בחקירה נגדית, הוא צריך לבקש מהשופטת להוציא זימון והיא תחליט כיצד תערך החקירה, אם באולם, אם בלשכה, אם הדיון יהיה בדלתיים סגורות/פתוחות. אך לפני שהשופטת תשלח לו זימון, עליה ליידע את היועמ"ש לממשלה שיוודיע מה עמדתו לגביה.

סביר להניח שאם באמת יש מקרה בו ירצו לזמן שופט, התשובות לשאלות הבהרה יספיקו.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

2. קרובי משפחה

הנושא של עדויות קרובי משפחה עבר שינוי – תיקון 16 לפקודת הראיות ששינה מהותית את כל הנושא של קרובי משפחה.

כל החריגים + הסייגים לחריג = בהליך הפלילי בלבד.

בהליך אזרחי קרובי משפחה יכולים להעיד, כשרים וחייבים להעיד לכל דבר ועניין.

במבחן: כאשר אנו רואים תובע/נתבע ← כולם כשרים להעיד כי זה אזרחי. אם כתוב הנאשם, אנחנו מגיעים לנושא הבא.

הכלל שהכל כשרים להעיד כפוף לחריגים/איסורים בסעיפים 3 ו-4:

האיסורים שבסעיפים 3 ו-4 מתייחסים אך ורק לעדות בבית המשפט ולא לעדות במח"ש או בתחנת המשטרה.

זה אומר שאפשר לזמן אותם לתחנת המשטרה. מביאים אותה למשטרה כדי לקבל מידע, אפשר לפתח את החקירה בזכות ההודאה בתחנת המשטרה.

כאשר נאשם טוען כי עד מסוים הוא בן משפחתו (אבא או ילד, בני זוג), הפסול לעדות לחובתו, מכוח הוראות

סעיפים 3 ו-4, הוא הנושא בנטל הוכחת טענתו. אותו נאשם שטוען ש X הוא בן משפחתי, הוא זה שנושא בנטל

ההוכחה של הטענה שלו. הנאשם צריך לשכנע את בית המשפט שבאמת האישה הזו היא אשתו.

סעיף 3 לפקודת הראיות – מדבר על בני זוג.

סייג לעדותם של בני-זוג

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

חובתו = נגד. כלומר, התביעה לא יכולה לזמן את בן הזוג כעד תביעה.

כלל ראשון: במשפט פלילי בן זוג לא כשיר להעיד לחובת בן זוגו.

כלל שני: במשפט פלילי לא ניתן לכפות על בן זוג להעיד לחובת השותף של בן הזוג שלו בכתב האישום.

הסבר: אישה לא יכולה להעיד נגד בעלה אבל כנגד השותף של בעלה היא כשירה להעיד אבל לא חייבת אם היא לא רוצה.

מי נחשבים בני זוג?

סעיף 8 לפקודת הראיות קובע הגדרה של בני זוג -

הגדרות (תיקון מס' 16) תשע"ו-2015

8. בסימן זה –

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

"ילד" – לרבות מאומץ;

"הורה" – לרבות מאמץ.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

ההגדרה כאן לבן זוג היא מיוחדת – בן זוג זה לרבות ידוע לציבור, אבל המחוקק אומר למעט מי שחי בנפרד מבן זוגו, כלומר זוגות פרודים או זוגות שבהליכי גירושים (חיים תחת קורת גג אחת כי עוד לא התגרשו אבל הם בתהליך). **זוגות שבהליך גירושים, אפשר להכריח את הבן זוג להעיד נגד בת זוגו וההפך.**

מה המילה לרבות בסעיף 8?

הפסיקה בישראל קבעה כי בני זוג הם אלה שביום מסירת העדות בבית המשפט הם נשואים זה לזו בנישואים התקפים על פי הדין הישראלי (מראה מקום ע"פ 78/62 דרשני).

נישואים התקפים על פי הדין הישראלי הם נישואים על פי הדין הדתי והם ייחשבו כבני זוג ולא רק – גם זוגות ישראלים שנישאו בנישואים אזרחיים בחו"ל, כאשר הנישואים הללו מוכרים במקום עריכתם.

תיקון 16 לפקודת הראיות מדברת גם על ידועים בציבור והם גם נחשבים כבני זוג. יש לא מעט דינים שמכירים בידועים בציבור כבני זוג אלא שפקודת הראיות אמרה שידועים בציבור לא נחשבים וזה גרם לעוול. בסופו של דבר זה תוקן במסגרת התיקון. אין הגדרה ברורה לידועים בציבור בפקודת הראיות.

מי אינם נחשבים בני זוג?

- בני זוג פרודים – עד 2015 בני זוג פרודים נחשבו בני זוג לעניין פקודת הראיות וזה אבסורד כי דיני הראיות נועדו להגן על התא המשפחתי אבל אם הם פרודים, על איזה תא משפחתי צריך להגן? האמת המשפטית רחוקה מהאמת העובדתית כי דיני הראיות לא רוצים לסכסך, אבל גם ככה הם פרודים.

ב-2015 תיקנו את העוול הזה ותיקון 16 קובע שבני זוג פרודים, אינם נחשבים בני זוג.

- זוג נשוי שחי תחת קורת גג אחת אולם הוא מתכוון לפרק את חיי המשפחה באופן קבוע.

- בני זוג שנישאו בנישואים אזרחיים בישראל שהם אינם תקפים על פי הדין הישראלי, אינם נחשבים בני זוג. מי שנחשב בני זוג זה או ברבנות או זוג שנישאו בנישואים אזרחיים בחו"ל במקום שמקבלים אותו.

- בני זוג חד מיניים כנראה ייכנסו להגדרה של ידועים בציבור, היום אין להם הגדרה.

לגבי הכלל השני: הרישא, מדברת על שותף בן הזוג בכתב האישום. בפועל, שואלים את אותו העד האם הוא מוכן להעיד כנגד השותף של בן/בת הזוג שלך – אם הוא אומר שכן אז אין בעיה. אם הוא אומר לא, אז אי אפשר לכפות עליו.

שאלה שעלתה בפסיקה – מה קורה באמת כאשר נניח האישה מוכנה להעיד כנגד השותף של הבעל ותוך כדי מפלילה את הבעל? דוגמא: היא אומרת הם ומדברת על השותף והבעל ברבים ולא מדברת רק על השותף.

ע"פ 611/80 מטוסיאן נ' **מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 85, עמ' 103-106, 116-117 (1981)**: מטוסיאן היה תושב הרובע הארמני בירושלים והוא היה שותף לוידאל. הוא הורשע בעבירות סמים. מטוסיאן ערער לבית המשפט העליון. מה שהיה זה שוידאל נסע לעזה, מטוסיאן למעשה העמיס לו בתא המטען של הרכב שלו 63 ק"ג אופיום והוא נוסע לכיוון עזה, המשטרה תופסת אותו, פותחת את תא המטען, הוא אמר שהוא לא ידע כלום ושמטוסיאן שם לו את זה שם. האם אפשר להעיד את אריקה כנגד בעלה? לא. שאלו אותה אם היא מוכנה להעיד כנגד

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

מטוסיאן והיא אמרה כן, העדות הייתה מאוד חשובה כנגד השותף. הרשיעו את שניהם ומטוסיאן ערער לביהמ"ש העליון ואמר שהעדות של אריקה לא כשירה כי ברגע שהיא עלתה להעיד נגד מטוסיאן והוא שותף של בעלה, כל עדות נגדו, היא למעשה עדות נגד בעלה ולכן, מלכתחילה היא לא יכולה להעיד כנגד בעלה.

בית המשפט העליון דחה את הטענה ואת הערעור כולו כיוון שפקודת הראיות לא מגבילה את העדות של בן הזוג לטובת השותף. סעיף 3 קובע שאין כופים אבל ברגע שהאישה הסכימה להעיד, העדות שלה כשירה גם אם בעקיפין היא תפליל את הבעל. השופט לוין מוסיף ואומר שהעדות כנגד מטוסיאן כשירה, אבל אם בדיעבד יתברר שהיא הפלילה את מטוסיאן וגם את הבעל, העדות כנגד מטוסיאן כשירה כי היא כשירה להעיד כנגדו, אבל העדות כנגד וידאל בעלה, אינה כשירה. **בית המשפט אומר שכן זוג יכול להעיד לטובת השותף אבל אם בעקיפין הוא מפליל את בן/בת הזוג שלו, העדות כנגד השותף כשירה והעדות כנגד בן/בת הזוג אינה כשירה.**

בית המשפט העליון אמר למטוסיאן שאם מישהו היה צריך להגיש הערעור זה הבעל ולא מטוסיאן כי העדות כנגד הבעל אינה כשירה.

התביעה יכולה לבקש מבית המשפט לפצל את כתב האישום לשני כתבי אישום ואז יהיו שני משפטים:

כתב אישום אחד כנגד וידאל – כנגד וידאל אי אפשר להעיד את האישה.

כתב אישום שני כנגד מטוסיאן – ברגע שכתב האישום מפוצל, היא חייבת להעיד כנגד השותף כי הוא כבר לא השותף של בעלה (במקרה ובכתב אישום משותף היא לא רוצה להעיד כנגד השותף). **הסיפא מתייחסת רק לכתב אישום אחד.**

- בדרך כלל בתי המשפט לא נעתרים לבקשה לפצל את כתב האישום המאוחד לשני כתבי אישום (תלוי בהליך).

סעיף 4 לפקודת הראיות -

סייג לעדותם של הורה וילד

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

הרישא: התביעה לא יכולה לזמן את ההורים שיעידו כנגד ההורים ולא את הילדים כנגד ההורים.

הסיפא: הילד/ה רשאים להעיד כנגד השותף אך במידה והם לא רוצים, אי אפשר לכפות עליהם.

פסק דין מטוסיאן חל גם במקרה של סעיף 4 לפק"ר, רק במקרה של הורים וילדים.

מי נחשבים הורים וילדים?

נמצא בסעיף 8 לפקודת הראיות שנמצא לעיל שהינו סעיף ההגדרות.

"ילד לרבות מאומץ והורה לרבות מאמץ" – הורים וילדים ביולוגיים, הורים מאמצים וילדים מאומצים בתנאי שהאימוץ בתוקף ביום מסירת האימוץ. כשמעידים אחד כנגד השני, צריך להראות שהאימוץ באמת בתוקף.

הורים חורגים לא נכנסים לקטגוריה. אפשר להתגבר על זה על ידי אימוץ אבל זה לא פשוט.

♥ יש לשים לב שאין הכרח שהילד יהיה קטין – ילד זה ילד.

הכלל הוא שכולם כשרים להעיד, חריגים זה איסורים. כלומר, הורים וילדים לא יכולים להעיד, בני זוג לא יכולים להעיד ולחריגים האלה יש סייגים.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

הסייגים (מבטלים את החריגים ומחזירים אותנו לכלל):

אם יש לנו קרובי משפחה בעבירה מסוימת שנכנסת לסייג לחריג, זה אומר שלא רק שהוא יכול להעיד אלא הוא חייב להעיד. **הסייגים מחזירים אותנו למצב של הכלל שאומר שכולם חייבים להעיד.**

סעיף 6 לפקודת הראיות – עדות לזכות בן משפחה

האם אני יכול להביא בני זוג או הורים וילדים כעדי הגנה? כן.

עדות לזכות בן משפחה – ראיה לחובתו

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

עדות לזכות = הגנה.

סעיף 6 אומר לנו שאם בן זוג בוחר להעיד לזכות בת זוגו (כעד הגנה) או הורה בוחר להעיד לזכות הילדים שלו או שהילדים בוחרים להעיד לזכות ההורה הנאשם שלהם, הרי שכל העדות תהא קבילה – גם העדות המזכה בחקירה ראשית וגם העדות המפלילה, אם תהא בחקירה הנגדית. לכן, ברגע שבן משפחה עולה להעיד לזכות, סביר להניח שבחקירה ראשית הוא יגיד שההורה שלו לא עשה כלום וכו' ואז תגיע החקירה הנגדית שיכולה לשבור את הילד ולהוציא עדות מפלילה ואז זה קביל.

✓ נכון שכסניגורים אנו יכולים לזמן את כולם לעדות הגנה, אבל עלינו לחשוב פעמיים אם העדות של אותו בן משפחה באמת חשובה לנו ובלי זה אי אפשר (כמו אליבי לדוגמה), אבל אם חושבים שהעד ישקר או סתם מגונן, עדיף לא לזמן.

ע"פ 228/87 כרמי נ' מדינת ישראל: בית המשפט העליון קבע שבמצב בו שני בני משפחה (בני הזוג עומדים יחד או הורה והילד) עומדים יחד לדין באותו כתב אישום ואחד מהם עולה להעיד להגנתו שלו, אין רואים אותו בהקשר הנדון כמי שנקרא להעיד מטעם הנאשם האחר ועל כן, לא ניתן יהיה לעשות שימוש בחלקים בעדותו המפלילים את הנאשם האחר.

במקרה דנן, אב ובתו שעוברים עבירות סמים, נוסעים להולנד, ובעלה של אורנה מבקש מכרמי להעביר לו סמים. תופסים את כרמי בנתב"ג, הוא אמר שהוא לא ידע על זה שמדובר בסמים וחשב שמדובר ביהלומים. החוקרים חיכו לבת, הם חקרו אותה בתחנת המשטרה על מה שהאב ידע ולא ידע, היא אמרה שאבא שלה באמת לא ידע וחשב שזה יהלומים. בסופו של דבר היא אמרה שאבא שלה באמת ידע שיש עבירות סמים.

יש לה שתי גרסאות: גרסה מזכה שהיא גרסת היהלומים ויש גרסה מפלה שהיא גרסת הסמים. אורנה עלתה להעיד והיא רשאית להעיד. כשהיא עלתה לדוכן העדים, היא אמרה שאבא שלה ידע שיש יהלומים ובשלב מסוים, התביעה הציגה לבית המשפט את גרסת הסמים שלפיה היא איפושהו מפלילה את אבא שלה שידע שבמזוודה יש סמים. למעשה, היא עולה לדוכן העדות ומפלילה את אבא שלה (נתנה עדות במשטרה וזה נחשב). השופטת במחוזי אומרת שעל זה חל סעיף 6, ברגע שאורנה עלתה להעיד לזכות אביה כעדת הגנה, היא צריכה לקחת בחשבון שכעדת הגנה, היא יכולה להפליל את אבא שלה. הגיע לערעור בבית המשפט העליון שם הוא אומר כי בית המשפט המחוזי טעה – אורנה עלתה להעיד לטובתה כיוון שהיא נאשמת ויש לה זכות להתגונן ולהגן על עצמה. ברגע שאורנה עלתה להגן על עצמה, לא חל סעיף 6 כיוון שהוא אומר שאם הבת עלתה להעיד כעדת הגנה

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

לזכות אבא שלה, אז אומרים לה שהכל קביל כולל גרסת הסמים. אבל ברגע שהיא עלתה להעיד לטובתה כנאשמת, לא חל סעיף 6 אשר אומר שרק אם הבת עלתה להעיד לזכות אביה.
ברגע שנאשם עולה לא שואלים אותו לזכות מי הוא עולה, הוא פשוט עולה. כשיש סיטואציה כזו מורכזת, אם נאשם עולה להעיד להגנתו, צריך לציין בפרוטוקול שלמען הסר ספק, הלקוחה שלי עולה להגנה שלה ולא לזכות אביה. ברגע שהיא עולה להעיד להגנתה שלה, העדות כנגד האבא לא קבילה וביהמ"ש צריך למחוק. רק אם היא תעלה להעיד לזכות אביה, חל סעיף 6.

הסניגור במקרה דנן ביקש להפריד את כתב האישום המאוחד לשני כתבי אישום. אם בית המשפט היה מפצל את כתב האישום לשניים, התביעה לא יכולה להכריח את הבת להעיד נגד אבא שלה (לפי סעיף 4 לפק"ר).
המרצה: זהו צעד נבון לעשות דבר כזה. כפי שאמרנו לעיל, בית המשפט בדרך כלל לא נעתר לבקשה לפצל את כתב האישום.

סעיף 5 לפקודת הראיות – עדות מותרת.

הסעיף הזה עבר תיקון במסגרת תיקון 16 לפקודת הראיות.

סעיף 5 מדבר על הורים וילדים ובני זוג.

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

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

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

(תיקון מס' 14) תש"ס-2000

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

(תיקון מס' 13) תשנ"ח-1997

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

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

(תיקון מס' 16) תשע"ו-2015

(4) (נמחקה).

(תיקון מס' 16) תשע"ו-2015

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

(תיקון מס' 16) תשע"ו-2015

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

הסעיף אומר שאם העדות של ההורה או ילד או בני זוג נופלת לאחת הקטגוריות של סעיף 5, העדות מותרת, כלומר, העד כשר להעיד וחייב להעיד.

סעיף 5 אומר שהוא גובר על סעיפים 3 ו-4 בקטגוריות הבאות:

1. סעיף 5(א)(1) לפק"ר – מתייחסת לעבירה של חבלת גוף או אלימות או איום באחד מאלה.

הלכת עומרי (500/77) קובעת כי הסעיף אינו עוסק רק באלימות במשפחה אלא באלימות באופן כללי ואין

חשיבות לזהות הקורבן. זה אומר שאם הבעל תקף את אשתו, היא חייבת להעיד נגדו, לא שואלים אותה.

אם הבעל תקף את השכנה, האישה חייבת להעיד נגדו. **כאשר אותו נאשם קרוב משפחה מואשם בעבירת**

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

אלימות, מבטלים את סעיפים 3 ו-4 וכל בני המשפחה כשרים להעיד. הפסיקה קובעת שכאשר מדובר בעבירת אלימות, הכוונה היא לעבירה שבין יסודותיה מצוי יסוד של חבלת גוף או אלימות גופנית (לא חייב שתהיה חבלה, מספיק בעיטה) או איום במעשה אלימות (אני לא רוצח אותה אבל אני אומר לה שאני ארצח אותה), זה נופל ל-5 ובני המשפחה חייבים להעיד נגד.

סעיף 5(א)(1) מדבר על אלימות פיזית ואיומים.

בפס"ד אריכא למעשה בית המשפט מעניק למונח חבלת גוף פרשנות רחבה וקובע שמדובר בכל פגיעה בגוף הקורבן ולא דווקא כזו שמתירה סימנים. זאת אומרת חבלה, גם כשאין חבלה. **דוגמא**: עבירת האינוס – **פס"ד פיאקה** – אב שאנס את הבת שלו והיא נכנסה להיריון ממנו ושם בית המשפט קובע שעבירת אינוס היא עבירת אלימות ולכן, הבת כשירה להעיד כנגד הבת שלה וגם חייבת להעיד. בית המשפט אומר שאינוס זו עבירה שאפשר לסווג אותה כעבירת אלימות גם אם אין בה אלימות.

פס"ד רוקח משנת 1988 – בית המשפט העליון קבע שעבירת אלימות לצורך סעיף 5(1) כוללת גם אלימות כלפי רכוש ולא רק בני אדם כמו היזק לרכוש, שוד, עבירת פריצה.

הפסיקה קבעה שעבירת אלימות זו גם עבירה שבוצעה ברשלנות כמו גרם מוות ברשלנות וכו', לא חייבים להוכיח באמת מחשבה פלילית. ניסיון לרצח, סחיטה בכוח, אינוס, חבלה, תקיפה, פגיעה בחסרי ישע, סחר בבני אדם, כל אלו גם מוגדרים בפסיקה כעבירות אלימות.

סיכום: כשמדובר בעבירות אלימות, לא משנה מי הקורבן, יש פה פרשנות רחבה ובני המשפחה חייבים להעיד. למשל אם הבעל תוקף את אשתו כולם כשרים וחייבים להעיד.

2. סעיף 5(א)(2) לפק"ר – חשוב לציין שקבוצת העבירות בסעיף זה, מתייחסת לביצוען של עבירות שנעברו בתוך המשפחה הגרעינית. כלומר, סעיף 5(א)(2) מתייחס למצב שבו בן הזוג עבר את העבירה כלפי בת הזוג שלו או להפך, או שההורה עבר עבירה כלפי הילד שלו או להפך. כלומר, סעיף 5(א)(2) שאומר שבמצב הזה כולם חייבים להעיד, זה בתנאי שהעבירה ב-5(א)(2) נעברה בן זוג כלפי בת זוג וההפך, הורה כלפי ילד וההפך ולא כלפי כולי עלמא.

▪ עבירה של אי סיפוק צורכי מחייה

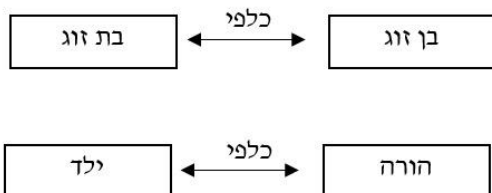
▪ עבירה של הזנחת ילדים

▪ עבירות זנות ותועבה – כל עבירות זנות ותועבה (סימן י' לפרק ח' לחוק העונשין – שידול לזנות, סרסרות לזנות לדוגמא אם אבא משדל את בתו לזנות וכו') בעבירות כאלה כולם חייבים להעיד.

▪ עבירות מין – כל עבירות המין, אין סייגים.

▪ עבירות של פגיעה בקטינים ובחסרי ישע.

כדי שבני המשפחה יהיו חייבים להעיד, צריך להראות שההורה הזניח את הילד שלו, שהאבא ביצע עבירות כלפי הילד שלו. נניח עבירות מין, אם האבא מבצע עבירות מין באשתו ובילדים שלו, כולם חייבים להעיד. אבל אם האבא משדל את ביתו לזנות, היא חייבת להעיד נגדו והילדים ששמעו אותו צריכים להעיד נגדו. אבל, אם בן הזוג משדל את בת השכן לעבוד בזנות, בני המשפחה לא כשרים להעיד כי זה מה שהפקודה קבעה. מצד אחד



נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

היא רוצה להגן על התא המשפחתי, אם רוצים להגן על התא המשפחתי, בעבירות האלה צריך להראות שיש פגיעה בתא המשפחתי על ידי בן משפחה ובמקרים האלה חקר האמת עדיף. אבל אם מדובר בכך שההורה או בן הזוג לצורך העניין שידל את בת השכן לזנות, הם לא כשרים להעיד.

מה קורה אם את משדל את אחותו לעסוק בזנות?

אחים תמיד כשרים להעיד כנגד האחים שלהם.

החריגים לא מדברים על סבתא, סבא ונכדים, לא מדבר על דודים/גיסים, לא מדבר על אחים.

במבחן: סבתא חייבת להעיד נגד נכדה וההפך וכך לגבי אחים וכו'.

החריגים מתייחסים רק לגבי בני זוג והורים וילדים. צריך לשאול באיזו עבירה מדובר. אם נותנים לנו עבירת אלימות, צריך להיות ברור לכולנו שזו עבירת אלימות ושכולם חייבים להעיד. אם מדובר בעבירות מין, צריך לראות שזה בוצע בתוך התא המשפחתי ואם לא אז לא כשר – אי אפשר להעיד אותו.

במבחן: אח ששידל לזנות את האחות, מי כשר להעיד? אם הוא שידל אותה לזנות, ברור שהיא יכולה להעיד נגדו וגם האחים האחרים יכולים להעיד נגד האח. לגבי ההורים, ההורים לא יכולים להעיד נגדו כיוון שהיחס שבסעיף לא מתייחס. אם את תקף את אחותו כולם כשרים להעיד כי זו עבירת אלימות.

- סעיף 5(א)(2) לפק"ר – כאשר בן משפחה מוציא צו הגנה שתכליתו להגן על בני המשפחה הגרעינית שלו והנאשם הפר את הצו ולימים מוגש כנגד מפר הצו כתב אישום בעבירה של הפרת הוראה חוקית, אזי, בן הזוג יהיה כשר להעיד כנגד בן הזוג שהפר את הצו או שההורה יהיה כשר להעיד כנגד ילדיו שהפרו את הצו, או שהילד יהיה קשר להעיד כנגד ההורים שלו שהפרו את הצו.

לבני משפחה יש אפשרות ללכת לבית משפט בהליך אזרחי ולהוציא צו הגנה כנגד בן משפחה.

דוגמא: נניח שיש בן נרקומן שריצה 8 חודשי מאסר ואמא שלו לא רוצה אותו בבית כי הוא גנב לה את כל הרכוש. היא הולכת לבית המשפט בהליך אזרחי ומבקשת צו הגנה. בית המשפט נותן צו הגנה במעמד צד אחד ולאחר שבוע או שבועיים קובעים דיון במעמד שני הצדדים ואז שמאריכים או שמבטלים את הצו הזמני. נניח והאמא הזאת מוציאה לבן שלה צו הגנה עוד לפני שהוא השתחרר מהכלא. הבן הנרקומן חוזר הביתה כי אין לו איפה להיות, הוא מפר את הצו. האם האמא כעת יכולה להעיד כנגד הבן שלה על העבירה הפלילית? **כן**.

3. סעיף 5(א)(3) לפק"ר - העבירות המצוינות הן עבירות השיבוש – עבירה של הדחה בחקירה, עבירה של שיבוש מהלכי משפט, עבירה של הטרדת עד והדחה בעדות. מדובר למעשה בעבירות נלוות לעבירות הבסיסיות המנויות בסעיף 5(א)(1), (2) ו- (א2).

סעיף זה אומר שהעדויות המותרות לא מתייחסות רק לסעיפים של 5(א)(1), (2), (א2) אלא לכל עבירת שיבוש שנלווית לה, לכן, לדוגמא אם ראובן משדל את בתו לעסוק בזנות ולאחר מכן אומר לה להגיד במשטרה שהיא לא אמרה כלום, כל בני המשפחה כשרים להעיד נגדו לא רק בעבירת השידול לזנות אלא גם בעבירת השיבוש כל עוד היא קשורה לעבירה העיקרית לפי סעיף 5(א)(1), (2), (א2).

דגשים לסעיף 5(א)(3):

- אין הכרח שקרוב המשפחה אשר מעיד על עבירת השיבוש יעיד גם על העבירה הבסיסית/עיקרית.
- דוגמא**: נניח שהבן שלה רצח מישהו והאמא לא ראתה את הבן שלה רוצח, אין מה לזמן אותה אבל היא כן ראתה אותו שובר את הסכין ומחביא אותה בבור (מעלים ראיות), האם אפשר להעיד את האמא כנגד

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

הבן שלה למרות שהיא לא ראתה אותו מבצע עבירת אלימות? **כן**. חשוב להראות במשפט שהוא זרק את הסכין וזה קשור לעבירת אלימות. היא לא חייבת להיות עדה גם לאלימות וגם לשיבוש, מספיק שתהיה עדה לשיבוש אבל צריך להראות שהשיבוש קשור לעבירת אלימות.

■ אין הכרח שיתקיימו הליכים משפטיים כנגד הנאשם הן בעבירה העיקרית והן בעבירה הנלווית. כלומר, גם אם מעמידים את הילד/נאשם רק על עבירת השיבוש כי אין מספיק ראיות, אותו קרוב משפחה יהיה כשר להעיד נגדו בעבירה הזאת. כלומר, לא צריך להראות שהוא נאשם גם באלימות וגם בשיבוש. המשטרה יכולה לסגור את התיק על האלימות.

■ עבירה נלווית אינה חייבת להיעשות/להעבר כלפי הקורבן. **דוגמא**: האב שידל את ביתו לעסוק בזנות ומי ששמע אותו משדל את ביתו זה השכן שמתלונן למשטרה. זה אומר שכל אחד מבני המשפחה יכול להעיד כנגד האבא גם על עבירת השידול וגם על עבירת ההדחה, למרות שעבירת ההדחה היא לא בדיוק. היא לא הופנתה כלפי הילדים שלו. העבירה הנלווית צריכה להיות קשורה לעבירת הבסיס אבל היא לא צריכה להיות מופנית כלפי אותו הקורבן. **דוגמא**: אם האב משדל את ביתו לעסוק בזנות לפי סעיף 5(א)(2) ולאחר מכן הוא מאיים על השכן למסור עדות שקר במשטרה, כל בני המשפחה יהיו כשרים להעיד כנגד האב על עבירת השידול וגם על עבירת השיבוש.

12 בנובמבר 2018

חזרה על שיעור קודם

כלל: הכל קשרים להעיד

חריג: 1. עדות בני זוג (סעיף 3). 2. עדות הורים וילדים (סעיף 4).

סייגים – 1. סעיף 6 – עדות לזכות (עד הגנה). 2. סעיף 5 – עדות מותרת וכו'...

סעיף 5(ב)+(ג) –

נוספו לחוק אחרי התיקון בשנת 2015.

(תיקון מס' 16) תשע"ו-2015

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

(תיקון מס' 16) תשע"ו-2015

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

סעיף 5(ב) לפקודת הראיות - קובע שהחריגים הקבועים המנויים בסעיפים 3 ו-4 לא יחולו אם אותו קרוב משפחה הגיש מיוזמתו תלונה בתחנת המשטרה נגד קרוב המשפחה. זה מבטל את סעיפים 3 ו-4. **דוגמא**: אם גבר סחר בסמים מסוכנים, התביעה לא יכולה להעיד את האישה כנגד הבעל משום שסעיף 3 אומר שהאישה אינה כשירה להעיד כנגד הבעל. אבל, אם האישה הגיעה מיוזמתה לתחנת המשטרה ומסרה על כך תלונה, זה נופל לסעיף 5(ב) והעדויות שלה מותרות. כלומר, היא כשרה להעיד ואפשר גם לכפות עליה להעיד. זאת אומרת, זה שהיא הגישה תלונה במשטרה לא אומר שאחר כך שואלים אותה אם היא רוצה או לא רוצה להעיד.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

לפני התיקון היו מצבים שההורים התלוננו נגד הילדים שלהם, היו מקרים שהורים קשישים התלוננו נגד הילדים שלהם שעושקים אותם, מרוקנים להם את חשבון הבנק וכו', הם היו נגשים לתחנת המשטרה אבל במשפט לא היו כשרים להעיד, כנ"ל לגבי אישה שהייתה מתלוננת כנגד בעלה. לא מדובר על אלימות אלא על עבירות הונאה ורכוש וכו'. לכן, **תיקון 16 תיקן עוול היסטורי שנגרם לבני זוג או הורים וילדים שהתלוננו אחד נגד השני**. סעיף 5(ב) אומר שגם אם לצורך העניין, נניח שראובן סחר בסמים מסוכנים ומי שהגישה תלונה זו השכנה שרואה אנשים נכנסים וקונים סמים, לאחר מכן האישה התלוננה גם, היא עדיין כשירה להעיד וזה לא משנה אם התלונה ראשונה או שניה.

סעיף 5(ג) קובע – מי שצריך להגיש את התלונה, כמובן צריך להיות אותו קרוב משפחה והוא לא צריך להיות נפגע העבירה. **דוגמא**: יש את ראובן ויש את שרה אשתו. הוא מזייף את השיקים שלה. מי שמגיש את התלונה זה הבן, האם הבן יהיה כשר להגיש נגד אביו? כן, למרות שהוא לא נפגע העבירה. אם השכנה היא הראשונה שמגישה את התלונה ולאחר מכן מגיע הבן, גם אז הוא יהיה כשר להעיד כי זה מה שסעיף 5(ב) אומר. ברגע שקרוב המשפחה מגיש תלונה, הוא הופך להיות עד כשר ויהיה חייב להעיד. תיקון 16 באמת תיקן עוול היסטורי, הוא לא רק הוסיף את קבוצת הידועים בציבור כבני משפחה (לפני 2015 לא נחשבו כך). בנוסף, קבע שאם זוג נמצא בהליך גירושים, חקר האמת עדיף על תא המשפחתי וכו'.

תזכורת:

- ✓ מדובר רק בהליך הפלילי, בבחינות לשכה רוצים לבלבל. כל עוד כתוב תביעה אזרחית ← כולם כשרים להעיד.
- ✓ אחים תמיד כשרים להעיד אחד כנגד השני.
- ✓ עבירות נלוות תמיד נצמדות לעבירה הבסיסית.
- ✓ אם קרוב משפחה הגיש תלונה כנגד קרוב, הוא יהיה חייב להעיד.

דוגמאות לשאלות במבחני לשכה:

1. ראובן מואשם בתקיפת שכנו, יששכר. התביעה מעוניינת להעיד את גדי, אחיו החורג של ראובן, שהיה עד ראייה לאירוע התקיפה. האם האח יכול להעיד כנגד אחיו החורג? האם רשאית התביעה לעשות כן?
 - א. כן.
 - ב. כן ובלבד שגדי הוא אחיו הביולוגי של ראובן.
 - ג. כן, משום שמדובר בעבירת אלימות.
2. בשעה שצעד ליד ביתו, ראה יהונתן את אחיו סוחר בסמים. שעה לאחר מכן, ראתה אתי, אמם המאמצת של השניים את רמי מחביא סכין לידו. כעבור ימים אחדים הגישה המאשימה נגד רמי שני כתבי אישום – האחד בסחר בסמים והשני ... המאשימה מבקשת להביא את יהונתן כעד להוכחת עבירת הסמים ואת אתי, האמא המאמצת של שניהם כעדה לעבירת השיבוש.
 - א. יהונתן כשיר להעיד נגד רמי אך לא אתי.
 - ב. יהונתן אינו כשיר להעיד כנגד רמי אך אתי כן.
 - ג. יהונתן ואתי כשרים להעיד נגד רמי.
 - ד. שניהם אינם כשרים להעיד.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

למה? תמיד למצוא עוגן – העוגן הוא האח. ברור לכולם שאחים תמיד כשרים להעיד! יש שתי תשובות ששם כתוב שהאח כשיר להעיד ושתי תשובות שהאח לא כשיר להעיד, את שתיהן מוחקים. נשארנו עם שתי תשובות שכתוב שיהונתן כשיר להעיד. נשארנו עם הבעיה של האמא. כתוב שהאמא היא מאמצת ולכן היא נחשבת להורה. האמא הייתה עדת ראייה לכך שהבן שלה עובר עבירת שיבוש שקשורה לעבירת אלימות. האמא לא הייתה עדה לעבירת האלימות, האם היא כשירה להעיד כנגד הבן בעבירת השיבוש? כן ← סעיף 5(א)(3). העד לא חייב להעיד גם על עבירת הבסיס וגם על עבירת השיבוש, מספיק שהוא ראה את עבירת השיבוש ויש הבנה שזה קשור אחד בשני.

3. לאחר הרשעתם של שי ועידו בעבירות מין נגד דינה. הגישה דינה תביעה נגרת בניזיקין במאוחד נגד השניים. לשם הוכחת הנזק שגרם עידו, היא מבקשת להביא לעדות נגדו את גלי, הידועה בציבור של שי. זמן קצר לאחר מכן, מוגש נגד שי ונגד עידו כתב אישום נוסף בגין עבירה של חבלה בכוונה מחמירה נגד דינה. התביעה עכשיו מבקשת להביא את גלי לעדות נגד עידו. מה הדין?

א. גלי כשירה להעיד נגד עידו בשני המשפטים.

ב. גלי כשרה להעיד נגד עידו בתביעה הנגרת אך לא בכתב אישום.

ג. גלי לא כשירה להעיד נגד עידו בתביעה הנגרת אך כן בכתב אישום.

ד. גלי לא כשירה להעיד בשניהם.

בהליך אזרחי כולם כשירים להעיד נגד כולם. מכיוון שמדובר בעבירת אלימות, היא כשרה להעיד כנגד הבעל וכנגד השותף.

4. ראובן ודינה התחתנו ב- 1/1/09. במהלך שנת 2008, הייתה דינה עדת ראייה לניסיון של ראובן לגרום חבלה חמורה לשמעון. דינה נקראה להעיד מטעם התביעה במשפט נגד ראובן שנערך ב-1/2/09. האם מותר להעיד את דינה נגד ראובן?

א. כן מאחר ומדובר בניסיון לעבור חבלת גוף או אלימות.

ב. כן מאחר ובזמן ביצוע העבירה הם לא היו נשואים.

ג. לא מאחר שהיא אשתו ביום מתן העדות.

ד. לא מאחר שמדובר בעבירת ניסיון ולא בעבירה מושלמת.

התשובה היא שכן כי מדובר בעבירת אלימות ואם זו לא הייתה עבירת אלימות היא לא הייתה כשירה. כשיש תאריכים לסדר בסדר כרונולוגי. כשירה או לא – קשור ליום העדות!

במסגרת תיקון 16, סעיף 5(א)(4) – ניסיון לעבור את אחת העבירות של סעיף 5 ואז למעשה התשובה היא 5(א)1 + 5(א)(4). סעיף 34' לכלל הצמידות אומרים שכל הכללים שחלים על עבירה מושלמת חלים גם על הניסיון, על השידול, ניסיון לשידול וסיוע. נכון שדיברנו על עבירות אלימות, מין וכו', זה לא רק עבירות מושלמות אלא גם סיוע/שידול/ניסיון לעבור את אותה עבירה. כי העבירות בסעיף 5 הן לא רק העבירות המושלמות אלא גם הנגזרות מהן.

✓ חבלה = כשרה וחייבת. אזרחי = כשר וחייב וכו'.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

עדות קטין ועדות ילד לפי חוק הגנת ילדים

נדבר כעת על כשרותם של קטינים גם בפלילי וגם באזרחי (נעשה הבחנה כי יש הבדל ביניהם).

העד הקטין

מבחינת הקטין, בעבר קטינים לא היו כשרים להעיד. כלומר, כושר העדה של קטין היה מוגבל והיה מוטל בספק שנים רבות ובמהלך השנים אנחנו מודעים לשינוי תפיסתי בנוגע למעמדם של קטינים.

בעבר קטינים נחשבו כמעין רכוש שבידי ההורים, מזה שנים אנו עדים לשינוי תפיסתי – לילדים יש חובות וזכויות והם לא רכוש. רואים זאת בכל ענפי המשפט.

אחד משינויי הדרך אנו רואים באמנה לזכויות הילד שאושרה בישראל בשנת 91' וסעיף 12 לאמנה אומר שכל מי שחבר באמנה הזו צריך לאפשר לילד לחוות דעה (גם במשפט הבינלאומי). גם אצלנו בפסיקה הישראלית יש התבטאויות של שופטים שניתן ללמוד מהם על המעמד של הילד. לדוגמה – השופטת בייניש – אומרת באחד מפסקי הדין שלילד יש זכות אוטונומית וכו'. בנוסף נאמר בפסיקה ע"י השופט חשין שאמנם הילד הוא איש קטן אבל הוא זכאי לזכויות של איש גדול.

היום ילדים כשרים להעיד בבית המשפט אלא שבית המשפט צריך להתייחס בזהירות לעדויות שלהם. ככל שהקטין צעיר יותר, כך אנו צריכים להתייחס במשנה זהירות יותר לעדות שהם מוסרים.

למה שופטים צריכים להיזהר כשילד מעיד בבית המשפט?

קיים חשש שילד אינו מבחין בהכרח בין מציאות לדמיון לכן, אם אנחנו שואלים אותו שאלות, הוא יכול להשלים פרטים מהדמיון. **דוגמא:** ילדים קטנים עם בובות, נכנסים לעולם משלהם.

זכרון של ילד אינו מפותח כמו של אדם בגיר, גם כאן, הוא עלול להשלים דברים שהוא לא זוכר מתוך הדמיון. יותר קל להשפיע על ילד מאשר על מבוגר. לכן, זו סיבה נוספת למה בית המשפט צריך להתייחס בזהירות.

מעבר לכך, ילד אינו בהכרח מבין את המשמעות של לעלות לדוכן העדים ולמסור עדות בבית המשפט. יש לקחת בחשבון שיש ילדים מתחת לגיל 12 שאינם נושאים באחריות פלילית. ילד בן 11 יכול לעלות לדוכן עדים, לשקר, ואין מה לעשות איתו.

עדות של ילד עלולה בסופו של דבר לפגוע בו ברמה הנפשית ולכן, איפשהו דיני הראיות צריכים לעשות את האיזון הזה ואנו נראה שתי תפיסות.

קיימת הבחנה בין עד קטין בהליך פלילי לבין עד קטין בהליך אזרחי:

עדות קטין בהליך הפלילי

בהליך הפלילי אנו מבחינים בין שתי קבוצות של קטינים.

1. קטינים שהם ברי אחריות פלילית (ביום מסירת העדות) – ביום מסירת העדות מלאו להם 12 שנים ומעלה (סעיף 134' לחוק העונשין שקובע את גיל האחריות הפלילית). קטינים כאלה, דיני הראיות מתייחסים אליהם כמו אל בגירים.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

בשנת 1980 בוטלה בישראל השבועה (עד אז עדים היו צריכים להישבע באלוהים שהם דוברים אמת אחרת יהיו צפויים לעונשים הקבועים בחוק). הסעיף של אזהרת עדים ואיום בסנקציה חל רק על קטינים שהם בני 12 ומעלה כי הם ברי אחריות פלילית.

2. קטינים שאינם ברי אחריות פלילית (ביום מסירת העדות) - טרם מלאו להם 12 שנים ביום מסירת העדות. קטינים כאלה, אי אפשר להטיל עליהם אחריות פלילית ולכן, יש לנו את סעיף 55(א) + (ב) לפק"ר -

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

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

בסעיף 55(א) לפק"ר – אין את האיום על סנקציה. זו אותה אזהרה ללא איום סנקציה. יש לזה ערך מוסרי. יש נוסח מיוחד לקטינים כאלה.
סעיף 55(ב) לפק"ר – תוספת ראייתית מסוג דבר לחיזוק כאשר העד המפליל היחיד הוא קטין מתחת לגיל 12. **זה האיזון.**

מצד אחד, אני מאפשר לו להעיד למרות שהוא יכול לשקר ואין לי מה לעשות איתו ומצד שני, אני מאזן את הפגיעה בזה שאני דורש תוספת ראייתית מסוג דבר לחיזוק (תוספת מאמתת). **דוגמא:** אם ילד בן 10 אומר שהוא היה בחניון למטה וראה מישהו פורץ רכב, בית המשפט יכול להרשיע את הנאשם על סמך עדותו של ילד בן 10 בתנאי שיהיה חיזוק. מספיק פרט מסוים כמו שהשומר בקניון יגיד שהוא ראה את הילד הזה מסתובב בשעות הערב בחניון – מישהו שמאמת משהו בגרסה של הילד.

- תוספות ראייתיות תמיד נדרשות כשיש עדות אחת מפלילה.

עדות קטין בהליך אזרחי

סעיף 54(1) לפק"ר-

הכרעה על פי עדות יחידה במשפט אזרחי

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

אם הקטין הוא מתחת לגיל 14 ביום מסירת העדות ישנה חובת הנמקה לפי החוק. בית המשפט חייב לנמק איך הוא פסק בתביעה האזרחית שלפניו, על סמך עדות יחידה של ילד, מתחת לגיל 14.

חידוד:

- הגיל הקובע בהליך אזרחי = 14.

- הגיל הקובע בהליך פלילי = 12.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

- 12 ומעלה לא צריך תוספת – מזהירים אותו כמו שמזהירים בגיר.
- 12 ומטה לא מזהירים אותו – אבל צריך תוספת של חיזוק.
- בהליך אזרחי אם הילד מעל גיל 14 לא צריך חובת הנמקה, מתחת לגיל 14 חייב חובת הנמקה.

חוק לתיקון דיני ראיות (הגנת הילד) 1955 – הליך פלילי בלבד

לצד ההסדר הכללי, קיים הסדר ספציפי בהליך פלילי בלבד.

כשמדברים על עדות קטין בהליך הפלילי ההסדר הספציפי גובר על ההסדר הכללי והוא קבוע בחוק לתיקון דיני ראיות (הגנת ילדים – 1955).

חוק הגנת ילדים מסדיר את עדותם של ילדים בעבירות ספציפיות המנויות בחוק/בתוספת של החוק. מדובר בעיקר בעבירות מין ואלימות שהילדים מעורבים בהם. כלומר, או שהילדים נפגעי העבירה (קורבנות) או שהם עדי ראיה לעבירות או שהם חשודים באותן עבירות.

המחוקק רוצה להגן על ילדים שהיו מעורבים בעריבות האלה גם אם הם חשודים. כי בהנחה שאם הילד יעיד על אותן עבירות בבית המשפט, העדות כשלעצמה, עלולה להסב לילד הזה נזקים נפשיים מאוד קשים ואפילו יותר קשים מהעבירה שהילד היה עד לה או קורבן לה.

חוק הגנת ילד נועד לאזן בין משולש אינטרסים:

1. אינטרס חברתי/ציבורי בהבאת העבריינים לדין וענישתם.
 2. אינטרס חברתי/ציבורי להגן על ילדים מנזקים נפשיים שעלולים להיגרם להם כתוצאה מחשיפתם להליכים משפטיים בבית המשפט. כמובן ובכללם – חקירה נגדית של קטין (לא סימפטי).
 3. לקיים הליך הוגן ולגלות את האמת. אינטרס חברתי שמושג גם לנאשם.
- אם מצד אחד אני רוצה לגלות את האמת אולי אני צריך להעיד את הקטין, אם אני רוצה להעיד את הקטין, אני אגיע להחלטה אחרת שהקטין לא יעיד בבית המשפט. אם הוא לא יכול להעיד בבית המשפט אני אעיד במקומו אבל אז אני פוגע בהליך הוגן של הנאשם.
- חוק הגנת ילדים כשמו כן הוא, מטפל אך ורק בילדים בהליך הפלילי.
- סעיף 1 לחוק – קובע מיהו ילד לעניין חוק זה - ילד הוא קטין בן פחות מ-14 שנים ביום מסירת העדות (תנאי סף).
- דוגמא:** אם ביום ביצוע העבירה הוא בן 13 ועד שהתחיל המשפט הוא בן 14 וחצי, החוק לא יחול. אם ביום מסירת העדות שלו טרם מלאו לו 14, החוק יחול.
- סעיף 2 לחוק – סעיף זה אומר שבמשפט פלילי, לא ניתן להעיד ילד על עבירה המנויה בתוספת של חוק הגנת ילדים ללא רשות של חוקר ילדים במקרים הבאים:
1. כאשר העבירה בוצעה בגופו של הילד – כאשר הילד הוא נפגע העבירה (הקורבן).
 2. כאשר העבירה נעשתה בנוכחותו של הילד – עד ראיה.
 3. כאשר הילד חשוד בעשיית העבירה (מין/אלימות וכו').
- התוצאה:** אם ילדה בת 9 לצורך העניין נאנסה או הייתה עדה לאונס, הילדה לא תעיד אלא ברשות חוקר ילדים. מי אותו חוקר הילדים שיחליט אם הילד יעיד או לא?

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

חוקר הילדים הוא עובד סוציאלי (אין לימודי חקירת ילדים), במסגרת העבודה שלו הוא מקבל הכשרה של חוקר ילדים, החוקר הוא זה שחוקר את הילד. הוא לא שוטר נוער (שחוקר ילדים בין 12 – 18 שביצעו עבירות אבל לא כאלה).

החקירה צריכה להיות מוסרטת, החוקר אומר לילד שהוא חוקר והוא בא לשאול כמה שאלות. צריכה להיות מיומנות והכשרה מיוחדת שמקבלים במסגרת העבודה.

חוקר הילדים ממלא דו"ח ובדו"ח הזה הוא למעשה כותב האם להתרשמותו הילד דובר אמת, האם הוא באמת היה קורבן לעבירת מין, האם הוא סיפר את הכל מהדמיון שלו או מדברים שחוהו על גופו ובשורה התחתונה הוא צריך לקבוע האם הוא מאשר לילד להעיד בבימ"ש או לא. אם הוא קובע שילד לא יעיד, שום שופט לא יכול לשנות החלטה כזאת (החוק הזה מאוד מגן על הילד).

מי שמעיד במקום הילד זה חוקר הילדים. חוקר הילדים הוא צינור/מתווך, הוא לא יודע אם זה נכון או לא אבל לפי הניסיון שלו הוא יכול להעיד אם זה נכון או לא. כולם צופים בקלטת החקירה.

בית המשפט צריך להחליט אם הוא מרשיע את הנאשם למרות שהילד לא הגיע.

אם הילד לא העיד, כדי להרשיע את הנאשם על סמך קלטת החקירה של הילד, צריך למצוא תוספת ראייתית מסוג סיוע (זה האיזון).

זהו ההסדר ואין שום מדינה בעולם שיש לה חוק כזה, רק לישראל.

החסרונות של ההסדר:

- פוגע בזכות הנאשם להליך הוגן – מישהו עומד להפליל אותו והוא לא יכול לחקור אותו בחקירה נגדית. כשהעד מפליל את הנאשם והנאשם לא יכול לחקור אותו, יש פגיעה בזכותו של הנאשם להליך הוגן.
- לבית המשפט קשה להתרשם מהילד – בדרך כלל בית משפט מתרשם מעד כשהוא נמצא על דוכן העדים.
- שיקול הדעת של חוקר הילדים אינו נתון לביקורת, אי אפשר לערער על החלטה של חוקר ילדים, החלטתו חלוטה וסופית. אם חוקר ילדים מחליט שילד לא יעיד, אף שופט לא יהפוך החלטה שלו.
- נחסמת הדרך לחקור את הילד בחקירה נגדית (בחקירה ראשית הוא יחזור על מה שאמר לחוקרת הילדים אבל בחקירה נגדית אני רוצה להוציא ממנו דברים שהוא לא אמר לחוקרת הילדים, ששכח/השמיט/אמרו לו לא להגיד).

היתרונות של ההסדר:

- תכלית החוק שהיא להגן על הנפש של הקטין מפני הטראומה שכרוכה בסיטואציה הזו של חקירה נגדית במסגרת הליכים משפטיים וכדי להגן עליו, ישנם מצבים שאנו מאפשרים לחוקר הילדים להחליט שהילד לא יעיד ואי אפשר לערער על כך.

בית המשפט אומר שיש מקרים שטובת הילד עדיפה על חקר האמת.

שאלה שעלתה בפסיקה – האם ניתן להתנות על סעיף 2?

האם צדדים יכולים להתנות על הסעיף? האם שופט יכול להתנות על הסעיף?

ע"פ 1880/91 פלוני – פלוני הואשם בעבירות מין כנגד שתי קטינות, חוקר הילדים אסר להעיד את הקטינות בבית משפט אלא שבמהלך עדותה של אמה של אחת הקטינות, השופטת העלתה ביוזמתה הצעה שהיא תחקור את הקטינות בלשכה שלה, ללא נוכחות הצדדים, כאשר עורכי הדין יגישו לשופטת את השאלות שהם רוצים

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

שהיא תשאל בלשכה. היא נמקה את ההצעה בכך שחוקר ילדים לא עורך דין או משפטן והיא כשופטת כן יודעת. התביעה ביקשה מהשופטת שתפסול את עצמה מהתיק הזה בהנחה שאם הקטינה לא תעיד, השופטת לא תוכל להגיע לחקר האמת. השופטת סירבה לפסול את עצמה וזה הגיע לעליון – ערעור פלילי פלוני, דעת יחיד, **השופט שמגר – הוראות סעיפים 2 ו-4 הן קוגנטיות ואי אפשר לעקוף אותן על ידי הסכמת הצדדים או על ידי החלטה כזו או אחרת של בעלי הדין או השופט.**

שמגר יכול היה לומר שהוא לא פוסל את השופטת כי אין הצדקה, אבל הוא אומר יותר מזה, שאם יש שופט במדינת ישראל שלא מסוגל לפסוק לפי חוק הגנת ילדים, שהשופט הזה לא יטפל בתיקים שחל עליהם חוק הגנת ילדים ואי אפשר לעקוף את ההוראות על ידי יוזמות של שופט כזה או אחר. התפיסה היא מאוד פרטנליסטית – שופט לא יכול לפרוץ פרצות בחוק!!! כל מה שקבוע בחוק הגנת ילדים והוא קוגנטי – אי אפשר להתנות עליו. מהן אותן עבירות שחוק הגנת ילדים חל עליהן?

האם על העבירה חל ההסדר הכללי או חוק הגנת ילדים שהוא הסדר שונה לחלוטין?
בתוספת הכל מספרים.

העבירות שחל עליהן חוק הגנת ילדים

כל העבירות מנויות בתוספת של החוק – צריך תמיד לבדוק כי תמיד מתעדכן.

1. **עבירות מין, זנות ותועבה** – עבירות מין זה כל עבירות המין למניהן. עבירות זנות – סרסרות לזנות, שידול לזנות וכו'. 199 – 214, 351 לחוק העונשין.
2. **עבירות של אחראי על קטין** – סעיף 368א' לחוק העונשין – עבירות של אחראי על קטין נעברו כלפי הקטין עליו הוא אחראי עבירות של תקיפת קטין, התעללות, הפרת חובת הורה על קטין.
3. **עבירות של גרימת חבלה בתוך התא המשפחתי** – סעיפים 333-334 - גרימת חבלה, פציעה, הזנחה וחיטופה (העבירות הגנריות) שנעברו בתוך התא המשפחתי הגרעיני, כאשר הילד אינו חשוד בביצוען. אם יש עבירות כאלה שנעברו בתוך התא הגרעיני המשפחתי, ונניח הילד חשוד החוק לא חל. החוק חל כאשר הילד הוא קורבן או עד. בנוסף לעבירות של גרימת חבלה, פציעה, הזנחה וחיטופה - פציעה בנסיבות חמורות, חיטופה לשם רצח, חיטופה ממשמורת כליאת שווא, תקיפה חבלנית, תקיפה בצוותא – חדא. שני התנאים בקטגוריה זו: הילד אינו חשוד בביצוען של אותן עבירות ושהעבירה בוצעה בתא המשפחתי הגרעיני, כך שהחשוד צריך להיות או ההורה של הילד או האח של הילד והקורבן הוא או הילד עצמו או ההורה או האח.
- דוגמא:** פציעה – האמא תקפה את האבא/האבא תקף את האמא/ההורה תקף את הילד (מתחת לגיל 14) – אם הילד חשוד זה לא חל. אם העבירה בוצעה בתוך התא המשפחתי הגרעיני, החוק יחול אם הילד הוא קורבן או עד לעבירה (כמובן שהילד יעיד באישור חוקר ילדים).
4. **עבירות רצח, ניסיון לרצח והריגה** – כאשר הילד אינו חשוד בהן (אם הילד חשוד בעבירות אלה, הילד ייחקר על ידי חוקר רגיל ויעיד בבית המשפט לא צריך אישור של חוקר ילדים), ומתקיים אחד מן המקרים/ תנאים הבאים:

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

א. בעת גביית העדות בבית המשפט טרם מלאו לילד 12 שנים – אם הילד לא חשוד ברצח הוא יכול להיות או קורבן לרצח או עד ראייה. אומרים שאם הילד מתחת לגיל 12 החוק יחול (לא משנה מי רצח את מי או מי ניסה לרצוח את מי).

ב. אם הילד ביום מסירת העדות בגיל 12 ומעלה (עד 14), החוק יחול בתנאי שהעבירה בוצעה בתוך התא המשפחתי הגרעיני על פי היחס שלמדנו לעיל – החשוד ברצח: ההורה/האח. הקורבן: הילד/ההורה/האח.

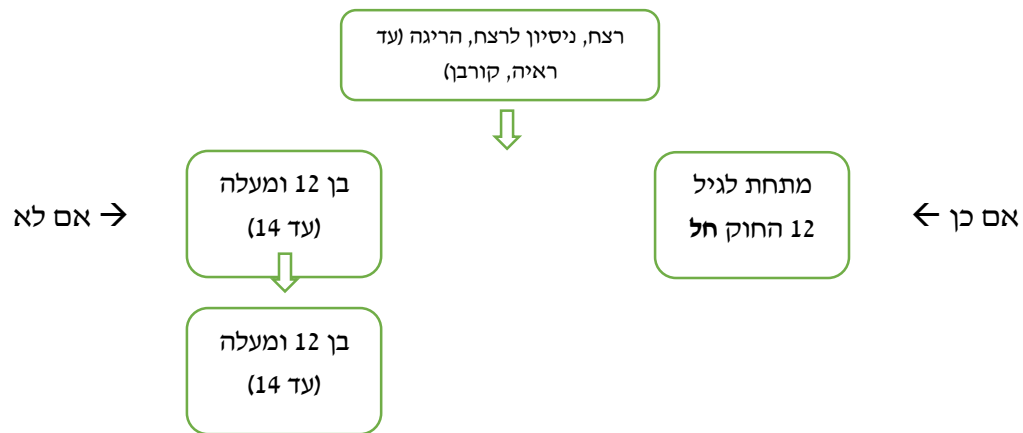
סיכום עבירות רצח/ניסיון לרצח/הריגה:

אם הילד ביצע את העבירה החוק לא חל.

אם הילד לא ביצע את העבירה והוא לא קורבן או עד ראייה ← החוק לא חל.

אם הילד לא ביצע את העבירה אך הוא עד ראייה או קורבן והוא מתחת לגיל 12 ← החוק חל.

אם הילד לא ביצע את העבירה אך הוא עד ראייה או קורבן והוא בגיל 12 ומעלה (עד 14) ← החוק יכול רק בתנאי שהעבירה בוצעה בתוך המשפחה.



החוק יכול בתנאי שהעבירה בוצעה בתוך התא המשפחתי הגרעיני

קורבן: ילד/הורה/אח

חשוד: הורה/אח

זה האיזון – לקחו את שלושת העבירות הכי חמורות שיש בחוק העונשין ואמרו שחקר האמת עדיף על טובת הקטין אבל בכל מיני תנאים.

5. **עבירה נלווית** - החוק הזה חל לא רק על העבירות שמנויות בארבעת הקטגוריות האלה אלא על כל עבירה שנלווית לקטגוריות האלה – בדרך כלל עבירת שיבוש. עבירה נלווית יכולה להיות כל עבירה (**דוגמא**: יכול להיות שהוא ביצע עבירת מין בקטינה ולאחר מכן, גנב לה את הטלפון – גם הגניבה זו עבירה נלווית כי היא נלווית לעבירת המין). **עבירת נלווית זו עבירה שנצמדת לעבירה הפלילית.**

- על איומים החוק לא חל!

חוקר הילדים נבחר על ידי שרת המשפטים, הוא צריך להיות מאוד מיומן.

לפי מה חוקר הילדים קובע אם הילד יעיד או לא? אין בחוק שום סעיף שמתייחס לשיקול הדעת אבל מרוח החוק ניתן להבין בסופו של דבר מתי הילד יעיד ומתי לא. אם החוקר סבור שייגרם נזק נפשי לילד מהעדה על דוכן

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

העדים, לא מעניין באיזה עבירה מדובר. אם הוא רואה שהילד קרוב לגיל 14, שהוא יכול לעמוד בעדות מבלי להיפגע, הוא יכול להחליט שהוא יעיד.

סעיף 2(ג) וסעיף 10 לחוק – ניתן להסיק מסעיפים אלו שמה שמנחה את החוקר זה טובת הילד. סעיפים שדנים בהפסקת עדותו של ילד שנמצא על דוכן העדים. אנו למדים שרוח החוק היא בעצם להגן על נפש הקטין.

כללי קביעת העדות מחוץ לבית המשפט

סעיף 5 לחוק – מסדיר את החקירה של הילד על ידי חוקר הילדים והוא קובע שלא יהיה אדם נוכח בחקירת ילד על ידי חוקר ילדים אלא ברשות חוקר ילדים. כלומר, כאשר חוקרת הילדים מגיעה לגן או לבית הספר, שניהם רק נמצאים בחקירה ואדם נוסף שהיא אישרה לו להיות (גם אם האמא ביקשה להיות, החוקרת צריכה לאשר לה).

נוכחות בחקירה

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

סעיף 5א' לחוק – צילום החקירה חייב להיות באמצות וידיאו. החוקר יתעד את החקירה במלואה באמצעות וידיאו, זו ברירת המחדל, כי יש הבדל בין חקירה בווידיאו לחקירה ללא. אם אין אפשרות לווידיאו, אז חוקר הילדים ישתמש בהקלטות קוליות. אם הילד מסרב להצטלם – החוקרת חייבת לצלם אותו אומר שהוא לא רוצה שיצלמו אותו. אם הוא מסרב להקליט את חקירתו או אין אפשרות לכך, עליה להקליט אותו מסרב שיקליטו אותו. והאמצעי השלישי הוא לתעד בכתב.

האמצעים בסיכום: צילום חקירה, אם לא ← הקלטה קולית, אם לא ← תיעוד בכתב.
חוקר הילדים מתעד את החקירה וכותב זכרון דברים.

אם חוקר הילדים בוחר להעיד את הילד בבית המשפט, הוא רשאי להתנות את חקירת הילד בבית המשפט בתנאים מקלים. סעיף 2(ד) לחוק (לא הועתק).

סעיף 2(ב) לחוק + סעיף 2(ג) לחוק -

נוכחות מלווה וחוקר ילדים בעת מתן עדות של ילד

2. (א) בכפוף להוראות סעיף 172 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן – חוק סדר הדין הפלילי), ילד זכאי לכך שאדם המלווה אותו, לפי בחירתו, יהיה נוכח עמו במהלך עדותו בדיון בבית המשפט אף אם הדיון נערך בדלתיים סגורות לפי כל דין, אלא אם כן החליט בית המשפט אחרת מטעמים של טובת הילד שיירשמו.

(ב) על אף האמור בסעיף 172 לחוק סדר הדין הפלילי, חוקר הילדים שחקר ילד בעבירה המנויה בתוספת יהיה נוכח במהלך עדותו של הילד בבית המשפט, אלא אם כן הודיע חוקר הילדים כי קיימת מניעה לכך או אם החליט בית המשפט אחרת, מטעמים מיוחדים שיירשמו.

איסור חקירה נגדית בידי נאשם

2. (א) הרשה חוקר ילדים, לפי הוראות סעיף 2, את עדותו של ילד שהוא נפגע בעבירה המנויה בתוספת או שעבירה המנויה בתוספת נעשתה בנוכחותו, לא יחקור הנאשם בעצמו את הילד, אלא סניגורו.

(ב) לא היה הנאשם מיוצג בהליך שאמור להעיד בו ילד כאמור בסעיף קטן (א), ימנה לו בית המשפט סניגור לייצגו בעת חקירת הילד; סירב הנאשם למינוי סניגור, יודיע לו בית המשפט כי בהתאם להוראות סעיף זה אין הוא רשאי לחקור בעצמו את הילד.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

חוקר הילדים יכול לבקש להפסיק את עדות הילד, בית המשפט יכול להפסיק את העדות של הילד אם הוא סבור, לאחר ששמע את חוקר הילדים.

סעיף 10 לחוק –

חקירה נוספת

10. הופסקה גביית עדות או קבלת הודעה כאמור בסעיף 2(ג) או שהוגשה לבית המשפט ראייה כאמור בסעיף 9, רשאים הנאשם או התובע לדרוש, וכן רשאי השופט לצוות, שחוקר הילדים יחקור את הילד חקירה נוספת וישאלו שאלה פלונית; אולם רשאי חוקר הילדים לסרב לשאול את השאלות הנדרשות, כולן או מקצתן, אם הוא סבור ששאלתן עלולה לגרום נזק נפשי לילד.

במידה והעדות של הילד הופסקה, השופט או הצדדים יכולים לבקש מהחוקר לשאול שאלות נוספות את הילד והחוקר יכול להחליט שלא אם סבור שיגרום לנזק נפשי.

ערעור על החלטת חוקר ילדים

בחוק עצמו אין מנגנון ערעור על החלטה של חוקר ילדים ולכן, ברגע שחוקר ילדים מחליט שילד לא יעיד זה סופי.

אלא שבשנת 2004 הרבה התלוננו על המצב ואמרו שזה לא בסדר.

בשנת 2004 תיקנו את החוק – תיקון 10 לחוק הגנת ילדים ובתיקון הזה הוסדרה שאלת הערכת החלטת חוקר הילדים וזה הוסדר בסעיפים 2 ו-2ח'.

סעיף 2(ז) לחוק – אם באמת עבר זמן, חוקר ילדים צריך להעריך מחדש את ההחלטה.

סעיף 2(ח) לחוק – אם חוקר הילדים החליט להעיד את הילד, בא בית המשפט ואומר שזה מקרה מזעזע ולא יכול להיות שילד בן 7 יעיד פה וייחקר על ידי הילדים. אם חוקר הילדים החליט להרשות את עדותו של הילד, השופט יכול להורות לחוקר ילדים בכיר לבדוק האם הוא גם חושב שהילד יכול להעיד.

אם חוקר ילדים קבע שהילד לא יעיד זה חלוט. אך אם חוקר הילדים עשה טעות ואמר שהילד יכול להעיד, אז בית המשפט בבקשת הצדדים, יכול להורות לחוקר ילדים בכיר לעבור מחדש על החלטת החוקר ולראות אם יש טעות מקצועית או לא.

האם חוות הדעת של חוקר ילדים מחייבת את בית המשפט? לא. זו חוות דעת מקצועית והשופט מחליט האם הוא מקבל את חוות הדעת או לא, בית המשפט הוא זה שקובע. בנוסף, חוקר הילדים גם לא חוקר את כל המעורבים, לא חוקר את הבגירים, רק את הילד או הילדים המעורבים בתיק. יכולים לבוא עדי הגנה ולהגיד שהדברים שנאמרו לא נכון. לכן, כשחוקר ילדים מחליט אם מאמין או לא מאמין, הוא שומע את עדות הילד בלבד, בית המשפט שומע את כל העדים והוא מחליט אם הילד אמין או לא. המסקנה לעולם היא של בית המשפט.

הודעה של הילד בפני חוקר הילדים:

אם הילד לא מעיד בפני בית המשפט, בית המשפט מקבל את התיעוד, חוות דעת ואם יש תמליל אז תמליל וזכרון דברים בו רשום אם הוא אמין או לא אמין, אם נשבר בחקירה או לא וכו'. כל אלו הן עדויות מפי השמועה ולכן צריך חריג.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

החריג: סעיף 9 לחוק –

ראיות כשרות

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

סעיף 9 הוא סעיף של קבילות ואם לא היה לנו את סעיף 9 הכל היה לא קביל משום שהכל זה עדויות מפי השמועה.

דוגמא: נניח אנחנו הולכים לתחנת המשטרה ונותנים הודעה, ההודעה שנתנו היא עדות מפי השמועה (כל מה שלא נאמר על דוכן העדים הוא עדות מפי השמועה) אך בא סעיף 9 ואומר שהכל קביל (ילדים).

תוספת ראייתית

סעיף 11 לחוק – קובע שניתן לבסס הרשעה על סמך תוספת ראייתית מסוג סיוע.

עדות מסייעת

11. לא יורשע אדם על סמך ראיה לפי סעיף 9 (החומר הלא קביל שהפך להיות קביל), אלא אם יש לה סיוע בראיה אחרת.

סיוע נדרש רק כאשר הילד לא מעיד בבית המשפט. רק אם חוקר הילדים אומר שהוא לא יעיד בבית המשפט, מגישים לבית המשפט את הקלטת/זכרון דברים וכו'. השופטת אומרת שאם החוקר לא רוצה להעיד את הילד, הוא חייב למצוא תוספת ראייתית מסוג סיוע (מקרה הכי קשה).

האיזון: מצד אחד הילד לא מגיע, פגענו בזכות של הנאשם להליך הוגן, הנאשם לא יכול לחקור את הילד בחקירה נגדית אבל מצד שני נאזן את הפגיעה בכך שבית המשפט לא יכול להרשיע את הנאשם על סמך כל החומר הזה אלא התביעה צריכה להגיש לו תוספת ראייתית מסוג סיוע.
דרישת הסיוע מעוגנת בסעיף 11 לעיל לחוק הגנת ילדים.

את סעיף 11 לחוק הגנת ילדים יש לקרוא עם סעיף 162 לחסד"פ שמשלים אותו:

סעיף 162(א) לחסד"פ -

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

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

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

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

אמרנו שלנאשם יש זכות שתיקה, הוא לא חייב להעיד במשפט שלו אבל עד חייב. נאשם יכול לשבת לאורך כל המשפט ולא להעיד. אבל אם נאשם בחר לשתוק במשפט שלו, השתיקה שלו שווה תוספת ראייתית מסוג סיוע ודבר לחיזוק. כלומר, **שתיקת נאשם במשפטו היא תוספת ראייתית = סיוע/דבר לחיזוק.**

דוגמא: ילד בן 10 היה בחניון וראה מישהו גונב רכב. ביהמ"ש אומר שהוא לא יכול להרשיע על סמך העדות כי הוא מתחת לגיל 10. אבל הנאשם שמר על זכות השתיקה במשפט, זה בדיוק הדבר לחיזוק שצריך לעדות של ילד מתחת לגיל 12.

דוגמא: עד מדינה מפליל וכו'. צריך סיוע לעד מדינה, הנאשם שתק במשפט, השתיקה שלו היא סיוע לעד המדינה. **נכון שלנאשם מותר לשתוק אבל יש לשתיקה מחיר כבד מאוד.**

בנוסף, הסעיף אומר שנכון שהשתיקה של נאשם שווה סיוע – היא שווה סיוע לעד מדינה ולכל הראיות ששוות סיוע אבל היא לעולם לא יכולה להוות סיוע לסעיף 11 לחוק הגנת ילדים.

שתיקה של נאשם על דרך הכלל שווה סיוע אבל אם יש עדות לפי חוק הגנת ילדים (חומר מוקלט וכו') ואין ראיות נוספות והנאשם שותק, צריך לחפש סיוע נוסף.

במבחן: כשכתוב בשאלה ← חוק הגנת ילדים ... והנאשם שמר על השתיקה במשפט – התשובה תמיד תהיה שצריך סיוע. לשים לב לא ליפול ולרשום שלא צריך כלום!!!! חוק הגנת ילדים ושתיקה – עדיין צריך סיוע. **שתיקה של נאשם במשפט לעולם לא שווה לסיוע בחוק הגנת ילדים.**

♥ חשוב לציין שכשהילד מעיד חוזרים להסדר הכללי שזה מתחת לגיל 12 ומעל גיל 12. אם הילד עולה לדוכן העדים והילד אומר שהוא בן 12 וחצי אפשר להרשיע את הנאשם בכל העבירות המיוחסות לו ללא תוספת ראייתית כי הוא מעל גיל 12. אבל אם ילד מתחת לגיל 12, נניח, בן 11 עולה לדוכן העדים, צריך דבר לחיזוק לפי סעיף 55(ב) לחוק. אם הילד מעיד, הזכות של הנאשם לא נפגעה ולכן, לא צריך סיוע.

♥ אם הילד לא מעיד, זה המקרה היחיד שצריך סיוע.

♥ הפסיקה קבעה ששתי הודעות או קלטות של קטינות שהוגשו על ידי חוקרות ילדים, יכולות לסייע אחת לשניה.

כשקוראים את פסקי הדין וחוק הגנת ילדים – יש שתי סוגיות שעולות שוב ושוב:

סוגיה ראשונה: נוגעת לקבילות הודעתו של הילד.

סוגיה שנייה: נוגעת לעדותו של חוקר הילדים בבית המשפט.

הסוגיה הראשונה:

כשאנחנו מדברים על קבילות הודעתו ילד בבית המשפט, הקבילות עשויה להתעורר בארבעה מצבים אפשריים:

1. **בזמן המשפט טרם מלאו לילד 14 שנים והוא אינו מעיד במשפט** – החוק חל עליו. החוקרת לא אפשרה לו להעיד. במצב כזה, עדותו של הילד שנגבתה בידי חוקרת הילדים היא ראייה קבילה, במצב זה חוקר הילדים גם יעיד בבית המשפט הן על הנסיבות שעפפו את החקירה של הילד והתוכן העובדתי שעלה בה, והן באשר להתרשמותו ממהימנות הילד. כמובן העדות הזאת של חוקר הילדים תשקל על רקע סך כל הראיות והמסקנה הסופית לגבי מהימנות הילד תהיה של בית המשפט – נקבע **בפסק דין דנינו**.

המצב הראשון זה המצב הקלאסי אבל הוא לא מעורר מחלוקת בגלל סעיף 9 לחוק.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

2. **בזמן המשפט טרם מלאו לילד 14 שנים והוא מעיד במשפט** – החוק חל עליו. מה דינה של חקירת הילדים כראיה בנסיבות שהילד כן מעיד במשפט למרות שלא מלאו לו 14 שנים? **פסק דין מימרון** – הואשם באיננוס של ילדה בת 13 וחצי שנחקרה על ידי חוקרת ילדים והיא עלתה להעיד. כשהיא התחילה את המשפט היא הייתה קטינה אבל במהלך המשפט היא בגרה. הסניגור אמר שאפשר להעיד אותה. התביעה אמרה שכשהיא הגישה את הקלטת היא לא הייתה בת 14 ולכן, היא לא חייבת להעיד אותה. סעיף 9 מתייחס להגשת החומר כראיה קבילה ברגע שהמשפט מתחיל וברגע שהמשפט התחיל הילדה בגרה. התביעה לא זימנה אותה ולכן, הסניגור זימן אותה, היא עלתה לדוכן העדים וסתרה את מה שאמרה לפני כן לחוקר הילדים. הילדה העידה כשהייתה מתחת לגיל 14 אבל היום היא בגרה. השאלה היא האם כשילד מגיע לגיל 14, האם גם אז אפשר להגיש את חקירת הילד מכוח סעיף 9? בית המשפט השיב על השאלה שכן. בית המשפט אומר שלא רק שאפשר להגיש את הראיה הזאת מכוח סעיף 9 גם כשהקטינה מעיד, בית המשפט אומר שגם כשהקטין מעיד, טרם מלאו לו 14 אבל הוא מעיד, בית המשפט יכול להעדיף את מה שהקטין העיד בחקירה מאשר בבית המשפט. הנטייה היא להאמין לגרסה שהילד מוסר לחוקר הילדים (אם עובר זמן אפשר להשפיע עליו, הזכרון של ילד לא כמו זיכרון של בגיר וכו'). פסק דין בן אברהם גם אומר דברים שנאמרו על ידי בית המשפט בפס"ד מימרון.

3. **בזמן המשפט מלאו לילד 14 שנים והוא מעיד במשפט** – החוק לא חל עליו. ע"פ 3204/17 פלוני (ינואר 2018) – נקבעה הלכה שמתייחסת למקרה שבזמן המשפט מלאו לילד 14 שנים. ברגע שילד בן 14 חוק הגנת ילדים לא חל עליו. הילד מעיד כי החוק לא חל והוא חייב להעיד, האם גם אז אני יכול להגיש את כל החומר שנאסף על ידי חוקרת הילדים? אין על זה תשובה לא בחוק ולא הייתה בפסיקה. בפסק הדין, בית המשפט קבע הלכה שעדות שנגבתה כדין על ידי חוקר ילדים, היא ראיה קבילה בין אם בשלב הגשתה לבית המשפט הקטין עודנו בבחינת "ילד" כהגדרתו בחוק הגנת ילדים ובין אם כבר מלאו לו 14 שנים. הנימוקים הם קודם כל לשון החוק – בית המשפט אומר שבסעיף 9 לא כתוב "בתנאי שלילד מלאו 14" וזה אומר שהראיה תמיד תהיה קבילה. החומר שנאסף על ידי חוקרת הילדים הוא ראיה קבילה ולא משנה אם הילד מעיד או לא מעיד. בית המשפט אומר שזה מתיישב גם ככה עם ההלכות הקודמות ומשרת את התכלית של חוק הגנת ילדים.

4. **בזמן המשפט מלאו לילד 14 שנים והוא אינו מעיד במשפט** – החוק לא חל עליו. התביעה לא רוצה לקרוא לו. נניח בהנחה לעדות התביעה מזמנת אותו והוא לא מדייק ולא זוכר כלום ואומר שהוא לא דייק בעבר, התביעה מבינה שאם הילד יבוא הוא יהרוס את התיק אז התביעה אומרת שהיא לא מעידה את הקורבן או את עד הראייה. האם אפשר להגיש את כל החומר שאסף החוקר? לא נענה אף פעם. בפלוני נאמר שסעיף 9 יעמוד בתוקפו ללא קשר לגיל ולאם הוא מעיד במשפט או לא מעיד במשפט, הראיות הללו תמיד קבילות.

הנגזרת מזה האם אפשר להעיד את חוקר הילדים או לא? זה תלוי בסיטואציה. בית המשפט אומר כאן שאם התביעה לא תרצה להעיד את הילד אבל תרצה להגיש את כל החומר, כנראה שיהיה לזה השלכה לעניין משקל הראיה ולכן, התביעה צריכה לקחת בחשבון שאם התביעה מסתירה עד חשוב מבית המשפט, המשקל של העדויות של חוקר הילדים והחומר שנאסף, לא יהיה גבוה. לגבי המשקל לא נקבעה הלכה ובית המשפט אומר שישאירו את זה למקרה אחר לגבי המשקל.

סיכום:

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

היום – תמיד ניתן להגיש את חומר החקירה שאסף החוקר (הראיה), לא משנה אם הוא בן 14 או מתחת לגיל 14 ואם הוא כן מעיד או לא מעיד.

לגבי עדות חוקר הילדים – אם הילד אינו מעיד, אפשר להעיד את חוקר הילדים על הכל! אם הילד מעיד, ניתן לשאול את חוקר הילדים שאלות לגבי החקירה אבל לגבי השאלות על מהימנות הילד, יש מחלוקת בפסיקה.

19 בנובמבר 2018

הסוגיה השנייה:

עדות ילד בבית המשפט שהופסקה על ידי חוקר הילדים.

ניתן להפסיק עדות של ילד בבית המשפט בכל שלב אם חוקר הילדים סבור לפי סעיף 2(ג) שהמשך עדותו של הילד עלול לגרום לו נזקים נפשיים למרות שהוא אישר לילד להעיד. חוקר הילדים שומר על הילד גם בבית המשפט. אם חוקר הילדים אישר לילד להעיד, הילד העיד ונכנס לטראומה, החוקר יכול להפסיק את העדות שלו.

פס"ד מזרחי (1997): מזרחי היה נאשם שביצע עבירות מין בילד. מזרחי היה בן 37 והקטין היה בן 10 וחצי. הוא הואשם בכך שיום אחד הוא קרא לקטין לבוא אליו, הקטין הגיע אליו וסגר את הדלת. הוא לקח אותו לחדר השינה, הושיב את הקטין על המיטה ואמר לו שנכנס לו קוץ, ביקש שישפשף לו את האצבע. הוא כיסה לו את העיניים, קירב את איבר המין שלו לפה שלו ורצה שיבצע בו מין אוראלי, הקטין ברח. מזרחי הורשע בבית משפט שלום בעבירות מין בקטין. העדות נגבתה על ידי חוקרת הילדים שאישרה לילד להעיד בבית המשפט. הילד בן 11 שנים כשהעיד בבית המשפט וסיפר בחקירה ראשית כל מה שמזרחי עשה לו.

בחקירה הנגדית הילד התחיל לבכות, מירר בבכי ובית המשפט לא רצה וגם אם לא היה רוצה, הוא לא יכול היה להמשיך את העדות שלו ולכן, הוא הפסיק את הדיון. בית המשפט שאיר את דרישת הסיוע על כנה מכיוון שעצר את החקירה והעלה את ההורים שלו להעיד שאמרו שבמשך תקופה הילד שטף את השיניים שלו. בית המשפט אמר כי מדובר בתגובה אינסטקטיבית של הילד והתנהגות כזו מצביעה על מצב טראומתי שעבר עליו ושטיפת השיניים מעידה על כך.

מזרחי ערער למחוזי ונדחה ובר"ע לעליון שגם נדחה.

הסניגור אמר שברגע שהילד העיד בבית המשפט, אי אפשר להגיש את החקירה של על ידי חוקרת הילדים (זה לא נכון). הטענה השנייה שלו הייתה שברגע שהעיד העיד עדות חצויה, בית המשפט צריך להתעלם מכל מה שהוא אמר קודם לכן בחקירה הראשית. יוצא מכך, שאין ראיות מפלילות ולכן, הוא טען שצריך לזכות את הלקוח שלו. בית המשפט העליון דחה את כל הערעור.

לגבי הטענה הראשונה כבר בשנות ה-70 (בפסק דין מימרן) קבעו שאם הילד בבית המשפט, החקירה היא קבילה וזה לא פוסל את החקירה של החוקרת ילדים. **תמיד התביעה יכולה להגיש לבית המשפט את חקירת החוקרת כראיה קבילה.**

לגבי הטענה השנייה בית המשפט דוחה אותה ואומר שבית המשפט רשאי לקבל את העדות על ידי חוקר הילדים אך את משקלה הוא יגבה על ידי השלמתה של הילד בפניו. "מדובר במעין כפות מאזניים שעליהן מונחות שתי הראיות" (חקירת הילד חצי עדות וחקירת הילד בפני עדות הילדים). בית המשפט אומר ששתי הראיות קבילות

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

וזה מאוד חשוב. "ככל שהעדות בפני בית המשפט תהיה שלמה יותר, כך בית המשפט ייחס פחות משקל לחקירת הילד בפני חוקרת הילדים ולהפך, ככל שעדות בפני בית המשפט חסרה יותר, כך יגביר בית המשפט את חקירת הילד בפני חוקרת הילדים.

שתי הראיות קבילות ולגבי המשקל זה תלוי – אם הילד באמת היה מסיים את החקירה שלו והיה מעיד כמו שצריך, לא באמת צריך את חוקרת הילדים אם החקירה שלו הייתה טובה בבית המשפט. וההפך, אם לא הייתה עדות טובה בבית המשפט אבל יש ראיה אחרת של החקירה בפני חוקרת הילדים, בית המשפט ייחס משקל גבוה יותר לראייה של עדות הילד בפני חוקרת הילדים וזה משלים זה את זה.

לגבי התוספת הראייתית: אם ילד אינו מעיד, צריך סיוע (סעיף 11 לחוק הנוער).

במקרה דנן, הילד העיד. אם הילד היה מסיים את החקירה שלו היה צריך חיזוק (מכוח סעיף 55(ב) לפק"ר) כי הוא מתחת לגיל 12 (הסדר כללי ששואל בן כמה הילד).

בית המשפט קובע במקרה דנן כך: אם נדרוש סיוע, זה אומר שאנחנו מתעלמים מכל מה שהילד אמר עד החקירה הנגדית אבל הילד כן העיד חקירה ראשית שלמה. מצד שני, אם נדרוש דבר לחיזוק, אנחנו מתעלמים מזה שהוא לא באמת עמד בחקירה נגדית ולכן, **בית המשפט אומר שהתוספת הראייתית שנדרשת היא גמישה שתנוע בין דבר לחיזוק ברף התחתון (בן 11) לבין סיוע ברף העליון.**

בית המשפט קובע ברגע שיש עדות חצויה, השופט ששומע את העדות הוא זה שיחליט איזה תוספת ראייתית נדרשת.

דוגמא: יכול להיות שהילד היה נשבר בשאלה האחרונה והסניגור שאל אם הילד שקרן והילד נשבר ובכה. לעומת זאת, אם הילד היה נשאל 3 שאלות ונשבר, צריך כאן סיוע כי זה כאילו הוא לא העיד. השאלה היא מתי הילד ירד או הורד מדוכן העדים.

המרצה: במאמר מתייחס לפסק דין מזרחי ואומר שבית המשפט איפשהו עובר לתחילתה של מגמה שמעידה על זה שבית המשפט מבין שדרישה לתוספת ראייתית במקרים מסוימים עלולה לגרום לחוסר צדק. בית המשפט מעניק לעצמו שיקול דעת לדרוש לעצמו שיקול דעת שנעה בין X לבין Y.

החסרון: ברגע שכולם יודעים מה התוספת, אנחנו יודעים איך להתארגן עם התוספות לפני שהמשפט מתחיל. כשהדבר תלוי בבית המשפט, לא ידוע איך המשפט יסתיים ולא בטוח שיהיה לנו את התוספת הראייתית ולכן, זה מקשה קצת על ניהול ההליכים – המרצה אומר שהקושי הזה מוצדק ומשתלם ולטובת קידום מטרה אחרת שהיא להגיע לחקר האמת. לכן, גם אם זה יפגע בוודאות המשפטית כי לא נדע איזה תוספת ראייתית צריך, זה מקדם מטרה טובה.

סיכום חוק הגנת ילדים:

את קבוצת הקטינים מחלקים לשתי קבוצות בפלילי:

- קבוצת הקטינים שהם מגיל 12 ומעלה – ברי אחריות פלילית – כולל איום בסנקציה, לא צריך תוספת.
- אינם ברי חיות – ביום מסירת העדות אין כשירים להעיד. נדרשת תוספת ראייתית כדי להרשיע נאשם על סמך עדות היחידה של ילד מתחת לגיל 12.

הסדר כללי: עד ראיה/קורבן לראיות בתוספת – נדרש אישור של חוקר ילדים כדי שהילד יגיע לבימ"ש. הילד לא כשיר להעיד אלא אם החוקר קבע שכן.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

אם הילד אינו מעיד = תוספת מסוג סיוע (על סמך מה שהילד אמר לחוקר הילדים)
אם הילד מעיד = אפשר להגיש את חקירת הילד. האם אפשר לחקור את חוקר הילדים? הפסיקה קבעה שכן.
מידע שקשור לנאמנות של הילד: יש מחלוקת בפסיקה. אם יש עבירה שחל עליה חוק הגנת ילדים והחוקר אמר שהילד יעיד = לא צריך סיוע. למעשה, חוזרים לחלוקה הקודמת, הילד כבר מעיד בבימ"ש = 12 ומעלה לא צריך כלום. 12 ומטה ← צריך דבר לחיזוק.

במבחן:

מנשה עומד לדין באשמה שביצע שוד בסניף הדואר. גיא בן ה-11 שאינו בר אחריות פלילית בשל גילו, שראה את מנשה מבצע את השוד, הוא עד הראייה היחיד. מה הדין?

- א. בית המשפט רשאי להרשיע את מנשה על סמך עדותו של גיא, בן 11, אך העדות טעונה סיוע.
 - ב. בית המשפט רשאי להרשיע את מנשה על סמך עדותו של גיא אם מצא בחומר הראיות דבר לחיזוק.
 - ג. בית המשפט רשאי להרשיע את מנשה על סמך עדותו של גיא אם מצא בראיות דבר מה נוסף.
 - ד. בית המשפט אינו רשאי להרשיע את מנשה על סמך עדותו של גיא.
- שרון עומדת לדין בגין כך שאיימה לרצוח את רותם חברתה הטובה. דפנה בת ה-13, בתה המאומצת של שרון, הייתה עדה לאיומים. התביעה רוצה לזמן את דפנה לעדות, האם רשאית התביעה לעשות כן?
- א. כן, רק ברשות חוקר ילדים שינמק את החלטתו בכתב. (לא נכון, חוק הגנת הילדים לא חל על איומים).
 - ב. לא, דפנה אינה כשירה להעיד נגד שרון (היה נכון אם לא היה מדובר בעבירת אלימות, לא נכון).
 - ג. כן, בנסיבות העניין אין צורך באישור של חוקר ילדים (על עבירת איומים לא חל הגנת ילדים)
 - ד. לא, דפנה אינה כשירה להעיד במשפט פלילי בשל גילה (כשמדובר בסעיף 4 ו-3 אין משמעות לגיל).

העד הלוקה בנפשו/שכלו

במסגרת המשפט הפלילי המהותי (דיני עונשין), סעיף 34 ח' לחוק העונשין קובע סייג לאחריותם הפלילית של הלוקים בנפשם או בשכלם.

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

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

הפטור לא ניתן בגיל כל מחלת נפש אלא רק מחלות נפש כמו פסיכוזה או תסמינים פסיכוזיים כיוון שיש ניתוק מהמציאות. הוא חושב שהוא נמצא בא' ומדמין מצב מסוים כשהמציאות היא שונה לחלוטין.
נאשמים אם באמת לקו במחלת נפש מסוג פסיכוזה לא עומדים לדין, גם אם יש להם פיגור שכלי עם תסמינים פסיכוזיים.

מה לגבי כשרותם של אותם עדים?

האם אנשים שלוקים בנפשם או בשכלם כשרים להעיד בכלל?

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

אנשים שלוקים בנפשם או בשכל כשרים להעיד כי סעיף 2 קובע שהכל כשרים להעיד. יחד עם זאת, אנחנו חוששים מאנשים שלוקים בנפשם או בשכלם, במיוחד מאנשים שאי אפשר להעמיד אותם לדין לאחר שנמצא שהם חולה נפש. אנשים פסיכותריים = לא מעידים.

דוגמא: מישהו היה בחניון ואומר שמישהו גנב רכב. אני רוצה להביא אותו כעד תביעה אבל מסתבר שהוא בדיוק השתחרר מאברבאנל אחרי התקף פסיכוטי, הוא רשאי להעיד אבל האם יש להעיד אותו? בית המשפט צריך להתייחס בזהירות לעדות שלהם, הלקות עלולה להשפיע על משקל הראיה אבל לא על כשירותה.

הפסיקה פתחה מבחן להערכת משקל עדותם של אנשים שהם לוקים בנפשם/בשכלם.

פס"ד ברדה: בית המשפט העליון למעשה קובע מבחן משולש שיסייעו לבית המשפט להעריך את משקל עדותם של הלוקים בנפשם. המבחן המשולש הוא מצטבר.

ברדה הורשע בכל מיני עבירות לאחר שהוכיחו את המעורבות שלו בניסיון לפגוע במסגדים של הר הבית. ההרשעה של ברדה התבססה על עדותו של השותף שלו, מחסיה (שבסופו של דבר פטרו אותו מלעמוד לדין כי קבעו שהוא חולה נפש). התביעה אמרה שהוא נמצא חולה נפש והיא תעיד אותו כנגד ברדה. ברדה טען בבית המשפט העליון שזה לא ייתכן שלא העמידו אותו לדין כי הוא פסיכוטי אבל מעידים אותו נגדו.

המבחן המשולש נקבע על ידי הש' גולדברג והוא מבחן הלכתי ומצטבר:

1. **מבחן ההתרשמות הבלתי אמצעית של בית המשפט מן העד ומן האופן בו הוא מעיד, תוך נתינת הדעת לחוות הדעת הרפואית.**

כלומר, קודם כל העד עולה להעיד כפי שכל עד מעיד אבל כאן, בית המשפט רשאי לשמוע את הפסיכיאטר שלו, את הרופא שמטפל בו, עובדים סוציאליים, פסיכולוגיים, יועצת בית הספר וכו'. בית המשפט כן רשאי להיעזר בכל מיני אנשי מקצוע שיספרו לבית המשפט על הלקות של העד. בשלב הראשון מעידים אותו כמו כל עד.

2. **מבחן ההגיון הפנימי של העדות** – על בית המשפט לבדוק את העדות על פי סימני האמת העולם מתוכה, כגון, הגיונה או חוסר הגיונה הפנימי, סידורם או בלבולם של הפרטים הנמסרים בעדות (האם היא באמת מסודרת, קוהרנטית או מבולבלת?) וכיוצא באלה, סימנים של שכל ישר, מביאים אדם בר דעת להתייחס לדברי זולתו באמון.

כלומר, בית המשפט צריך לבדוק את תוכן העדות באספקלריה של המחלה או הלקות שממנה העד סובל. **דוגמא:** אם אעלה לדוכן העדים ואמסור עדות שהיא לא קוהרנטית או רציפה וכו' זה ישפיע על המשקל.

3. **מבחנה של העדות על פי סימני אמת חיצוניים אשר יש בהם לפי מבחני השכל הישר, כדי להשליך אור על אמינותם.** נועד לשמש שסתום בטחון לשני המבחנים הקודמים. כלומר, גם אם בית המשפט התרשם לחיוב מהעד ויעניק משקל גבוה לעדות שלו עדיין קיים חשש להטעיה שמא העד מוסר דברים מוטעים – צריך למצוא ראיה נוספת = תוספת ראייתית שתאמת את גרסת העד. בית המשפט לא עושה שימוש במילה תוספת ראייתית לדעת המרצה, במכוון. בית המשפט אומר שגם אם מאמינים לעדים,

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

צריך לבקש ראייה נוספת כי עדיין חוששים שהעד לא מוסר דברים כמו שצריך וחוששים שבית המשפט יוטעה מהעדויות הזאת ולכן, צריך לחפש סימני אמת חיצוניים שיכולים לבוא לידי ביטוי בדרישה לתוספת ראייתית אבל בית המשפט לא אומר שמדובר בתוספת ראייתית כי אז הוא צריך לקבוע איזה תוספת ראייתית.

יש מחלוקת בפסיקה אבל נכון להיום, אין דרישה לתוספת ראייתית קונקרטיה כשמדובר באדם שלוקה בשכלו. **דוגמא**: אדם עם מחלה נפשית, דכאוני, אדרוש תוספת ראייתית? זה אומר שהוא שקרן ולא מסר אמת בבית המשפט? לא. אבל לגבי פסיכוזא – לאדם כזה יש מציאות משלו, מאיפה לבית המשפט לדעת שמה שמסר נכון כשאינן ראייה נוספת?

✓ גם לוקים בנפשם כשירים להעיד ובית המשפט צריך להעריך את המשקל של העדות שלהם בהתאם למבחן המשולש.

לא לבחינה: חוק הליכי חקירה והעדה (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית) – תשס"ו 2005. החוק הזה נועד להסדיר הליכי חקירה והעדה של אנשים שלוקים בנפשם או בשכלם. למעשה, הוקמה וועדה חיצונית בראשות המשנה ליועמ"ש דאז, שהגיעו למסקנה שאנשים עם מוגבלות שכלית או נפשית חשופים לאלומות מינית או פיזית יותר מכלל האוכלוסיה ולכן, התפיסה הייתה שהמטרה ומערכת בתי המשפט אינן ערוכות לגבות הודאות בתחנת המשטרה מאנשים כאלה וגם מערכת בתי המשפט אינה ערוכה לעדים כאלה. לכן, החוק הזה בא להתגבר על כל מיני בעיות וקשיים שנובעים מהמגבלות של אותם אנשים.

החוק הזה קובע מספר הסדרים – הוא מאוד מזכיר את חוק הגנת ילדים כי גם הוא חל בעבירות מין, תועבה, רצח וכו'. החוק אומר שאנשים בעלי לקות שכלית צריכים להיחקר על ידי חוקר מיוחד (מאוד מזכיר חוקר ילדים) אשר מתמנה על ידי שרת המשפטים והוא יכול להיות פסיכולוג או עובד סוציאלי שמוכשר במסגרת העבודה שלו והוא חוקר אנשים עם מוגבלות שכלית.

ההסדר קובע איך לגבות מהם הודעות בתחנת המשטרה.

דוגמא: אם החוקר המיוחד למעשה איפשהו יצא מנקודת הנחה בחוות דעת שקובעת שהאדם לא יעיד בבית המשפט, גם כאן נדרשת חוות דעת ואז יכול להיות מאוד שאותו אדם בעל לקות שכלית לא יעיד בבית המשפט, מה שיהיה בפני בית המשפט זה הקלטת וכל החומר שנגבה על ידי חוקר מיוחד וכאן, מי שיחליט אם העד יעיד או לא, זה לא החוקר המיוחד אלא בית המשפט. בית המשפט יכול להתחשב בהמלצה של החוקר המיוחד אבל ההחלטה הסופית היא של בית המשפט. אם בית המשפט רוצה להרשיע נאשם על סמך החומר שנאסף, צריך סיוע וכו'.

עד מדינה (פלילי)

מיהו עד המדינה?

עד מדינה = עבריין.

עבריין שבתמורה לכך שיפליל את העבריין הראשי, קיבל טובת הנאה.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

בתיקים שבהם יש מספיק ראיות להרשעה, אין צורך להפוך את אחד מעדי התביעה לעד מדינה אבל בתיקים שבהם קיים קושי ראיתי מהותי, לעיתים, התביעה מציעה לאחד העבריינים (אחד השותפים לעבירה), מעמד של עד מדינה.

למעשה, לוקחים את אחד העבריינים, בדרך כלל את העבריין הזוטר, מציעים לו מעמד של עד מדינה, כלומר, נותנים לו טובת הנאה, כדי שהוא יפליל את השותף הבחיר.

דוגמא: לוקחים את זה שסייע לרצח ואומרים לו שהוא יקבל מיליון דולר ולא יעמידו אותו לדין בתנאי שהוא יפליל את הרוצח.

צריך להיות הסכם עד מדינה, המדינה חותמת, הוא מוסר עדות ואם הוא מוסר עדות כמו שצריך, נותנים לו שיק, מבטלים לו את התיקים וכו'.

המושג עד מדינה לא התקבל במדינה באהבה כי יש עם זה קושי. עבריין כדי לקבל כסף, עלול להפליל אנשים שחפים מפשע וזו הבעיה בעדי מדינה. כדי למצוא חן בעיני התביעה או לפרוע את השטר וכדי לחלץ את עצמו מהעבירה, אנשים עלולים להפליל חפים מפשע ולכן, יש מדינות שאין אצלם הסדר של עד מדינה כמו צרפת, שוויץ, גרמניה וכו'.

אצלנו מתייחסים למוסד של עד מדינה כרע הכרחי, יודעים שזה לא מי יודע מה, אבל עדיף שהסייען יזוכה במחיר שנתפוס את ה"ראש". **דוגמא:** אין בעיה שמספר חיילים של עבריין גדול לא יועמדו לדין, בתנאי שהם יפלילו את הראש.

אם לא היה עד מדינה – אף אחד לא היה עומד לדין, לא היינו יכולים להגיע לראשי פשיעה וכו'.

מיהו עד מדינה?

סעיף 54א(א) לפק"ר –

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.

סעיף זה מתייחס גם להגדרה של עד מדינה והוא מתייחס להסדר הספציפי שנוגע להרשעת אדם על סמך עדות יחידה של עד מדינה שאומרים שבמקרה כזה צריך סיוע.

הדרישות שצריך לקיים כדי להקים מעמד של עד מדינה

1. **שותף לאותה עבירה** – הדגש הוא שמדובר בשותפים לאותה עבירה. מיהם השותפים? מבצעים בצוותא, מבצע באמצעות אחר, משדל, מסייע, מסייע לאחר מעשה, ניסיון לשידול, כל מי שנחשב צד לעשיית העבירה לפי דיני העונשין. זאת אומרת שהמדינה יכולה לתת להם מעמד של עד מדינה. המדינה לא יכולה לתת מעמד למישהו שלא היה צד לעשייתה של העבירה. תנאי שחייב להתקיים – או שהוא שותף או שלא והמדינה יודעת לפי הראיות.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

2. **קבלת טובת הנאה/הבטחה לקבלת טובת הנאה מהתביעה – פס"ד גומו קרדוסו:** חשין: טובת הנאה היא דבר המיטיב את מצבו של העד - השותף אשר אין הוא זכאי לו, במהלכם הרגיל של הדברים. חשין אומר שטובת הנאה היא כל מה שניתן לעד והיא מעבר לזכויותיו. יש לשים לב שטובת הנאה יכולה לבוא לידי ביטוי בכל מיני דרכים או צורות. למעשה, מדובר כאן בפרשנות רחבה כי בעבר אמרו שטובת הנאה שאפשר לתת לעד מדינה זה רק לבטל לו את התיקים שקשורים לאותה פרשיה אז אם לדוגמא ראובן נניח מסייע לרצח והוא מפליל את שמעון שהוא הרוצח, בעבר אמרו שטובת ההנאה שאפשר לתת לראובן זה רק לבטל לו את התיק שקשור לעדות שלו, אי אפשר לבטל לו תיק של גניבה או של תקיפה כי זה לא קשור. היום הפרשנות היא רחבה ושונה ולכן, חשין אומר, כל דבר שמיטיב את מצבו של העד השותף, לא רק אי העמדה לדין באותה עבירה אלא גם בתיקים נוספים. **דוגמאות לטובות הנאה שכיחות:** אפשר לבטל תיקים אחרים שתלויים ועומדים נגדו. כמובן שאפשר לבקש תמורה כספית, אם הם רוצים לבנות חיים במקום אחר הם צריכים לא מעט כסף. המלצה לחנינה או ניכוי שליש מעונש המאסר. המלצה לענישה מתונה בתיקים מסוימים. המרת אישומים קשים באישומים קלים. הבטחה לסיוע ביציאה מהארץ. **כל מה שמעבר לזכויות של העד נחשב לטובת הנאה.**

במבחן:

נגד משה הוגש כתב אישום בגין ביצוע עבירת שוד ושותפות עם אהרון. אהרון הוא העד היחיד מטעם התביעה. אהרון טרם מסר את עדותו במשטרה, הובטח כי בתמורה לעדותו מטעם התביעה, יבוצע מאסרו בכלא פלוני הקרוב למקום מגוריו. מה הדין?

- א. עדותו של אהרון אינה טעונה תוספת ראייתית אך על בית המשפט לפרט בהכרעת הדין מה הניע אותו להסתפק עדות זאת. (חובת הנמקה כשמדובר בשותפים זה לא נכון).
- ב. עדותו של אהרון טעונה דבר לחיזוק.
- ג. **עדותו של אהרון טעונה סיוע** (שלושת התנאים התקיימו, הוא עד מדינה ולכן טעון סיוע).
- ד. עדותו של אהרון טעונה סיוע, וכן, על בית המשפט לפרט בהכרעת הדין מה הניע אותו להסתפק בעדותו.
 - בשאלות של עד מדינה אף פעם לא קובעים שהוא עד מדינה.
 - בעבירות שותפים אין צורך בחובת הנמקה!

3. **קשר סיבתי בין הטבה לבין מתן העדות** – יש צורך שתתקיים זיקת קשר (קש"ס) בין ההבטחה לקבל טובת הנאה לבין מסירת העדות באופן שתוכנה של העדות קשור סיבתית לקבלת טובת ההנאה. כלומר, קודם כל צריך להבטיח לו טובת הנאה או לתת לו ורק לאחר מכן, הוא צריך למסור עדות מפלילה ולא להפך. דוגמא: אם העד שלי אומר לי שהוא יודע מי רצח את ראובן וזה שמעון וכו', בא השוטר ואומר לו כל הכבוד, על מה שעשית עכשיו אני יכול לבטל לך את התיק של סיוע לרצח, האם הוא עד מדינה? לא. ניתנה לו טובת הנאה והוא שותף, כן אבל התנאי השלישי לא התקיים, אין קשר סיבתי. **קודם כל צריך להבטיח לו שהוא מקבל טובת הנאה ורק לאחר מכן, הוא צריך למסור את העדות המפלילה.** לא צריך במקרה הזה סיוע כי הוא לא עד מדינה אם הוא הפליל את השותף ללא שקיבל הבטחה לטובת הנאה.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

✓ כשאומרים לעד שותף שאם הוא יספר את האמת, יעבירו את שיתוף הפעולה שלו לשופט, זו לא טובת הנאה. לכל אדם או נאשם יש זכות ששיתוף הפעולה יובא לבית המשפט ועושים את זה ולכן, זו לא טובת הנאה. אם אני שיתפתי פעולה עם המשטרה ועזרתי למשטרה להפיל את א' וג', התביעה אומרת לזכותו.

משקלה הראייתי של העדות של עד המדינה

סעיף 54א(א) לפק"ר –

הכלל: אומר שהרשעה על סמך עדות של עד מדינה טעונה סיוע (קיימים לכלל זה חריגים, נדון בהמשך).
הסיבה לתוספת הראייתית הכי חזקה: לא מדובר בסתם עד, אלא בשותף לעבירה שמבטיחים לו טובת הנאה כדי לחלץ את עצמו מהעבירה – קיים חשש כבד שאדם כזה יפליל חפים מפשע רק כדי לקבל את טובת הנאה. קיים חשש כבד לנאמנות של העד.

בנוסף, מדובר בעבריין ובשבילו למסור עדות קשר זה לא בעיה ולכן, דורשים סיוע.

בסמכות מי לאשר מעמד של עד מדינה?

היועמ"ש לממשלה ועושי דברו הבחירים (המשנה שלו, פרקליט המדינה, המשנה של פרקליט המדינה ופרקליטות/פרקליטי המחוז).

לשוטר בשטח, אין סמכות להציע מעמד של עד מדינה ומכאן מתחילות הבעיות.

כל הסכם של עד מדינה חייב לעבור אישור של היועמ"ש לממשלה ופרקליט המדינה.

כל הנושא של עד מדינה מוסדר וקבוע בהנחיית היועמ"ש לממשלה מיום – 30/8/05 (לא למבחן נושא ההנחיות), הנחיה מספר 4.2201 – כל הנושא של מה מותר ומה אסור, מה קורה אם הפר את ההסכם או לא הפר את ההסכם, האם אפשר לקחת רוצח בתיק מסוים כדי שיפליל רוצחים אחרים וכו' קבוע בהנחיה מס' 4.2201. בהנחיות האלה כל הנושא הזה מוסדר.

כיצד משתכלל הסכם של עד מדינה?

העד שותף הופך לעד מדינה במקום בו קיימת הסכמה בינו לבין הרשות. היא מבטיחה לתת לו טובת הנאה והוא מקבל טובת הנאה ובתמורה לזה הוא מפליל את אחד השותפים.

בפס"ד שמרלינג – הסכמה שכזו, יכול שתבוא לכלל ביטוי בכתב או בעל פה.

דרך המלך שלמעשה יש הסכם כתוב בין הפרקליטות או היועמ"ש לבין העד. אבל אומר השופט קדמי שגם הסכם בעל פה יכול לחייב את המדינה ובנוסף, גם התנהגות מכללא בין הצדדים.

אם השוטר בשטח הציג מצג שווא שהוא יהיה עד מדינה, הוא יכול לקבל מעמד של עד מדינה. מראש, מלכתחילה צריך הסכם כתוב אבל אפשר להכשיר מעמד של עד מדינה גם לעדים שלא חתמו על הסכמים על סמך כל מיני דברים ששוטרים אמרו להם כשהציגו להם מצג שווא.

דוגמא: קוראים לו עד שותף, בא הסניגור או הסניגורית, אומר שהוא לא סתם עד שותף, שואלים אותו למה הוא הפליל את השותף והוא משיב שבזמן שהוא עישן סיגריות עם השוטר, השוטר אמר לו שאם הוא יפליל את השותף לעבירה, אז הוא יבטל לו תיקים כמו תיק אלימות במשטרה וכו' והחיים שלו יהיו קלים וכו' ואז מדובר במצב של טובת הנאה.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

דבר נוסף שנקבע בפסק דין שמרלינג – הש' קדמי: במקום בו מעניקה הרשות (כל רשות) טובת הנאה לעד, וזה מקבלה, נוצר בסיס לחזקה שבעובדה כי קיים קשר בין טובת ההנאה לבין עדותו המפלילה של העד. אולם, אין זו ראיה ניצחת בדבר היותו של העד, עד מדינה ומעמדו ייקבע בסופו של דבר על ידי בית המשפט.

- בסופו של דבר – בית המשפט הוא זה שקובע האם מעמדו של העד הוא עד מדינה!

טובת הנאה מבחינה אובייקטיבית – העד מקבל משהו שלא מגיע לו בגדר הזכויות הרגילות שלו. השאלה שנשאלה בפסיקה מה קורה כאשר לא ניתנה לעד טובת הנאה מבחינה אוב' אבל הוא חושב שמה שהובטח לו זאת טובה הנאה - מבחינה סובייקטיבית

לדוגמא: השוטר אומר אם אתה תפליל את השותפים הבכירים אני אדאג שתוך 24 שעות הוא יראה שופט. אבל הנאשם לא מכיר את החוק והוא חושב שזאת טובת הנאה ואם כך הוא יפליל. בתא המעצר יקבל 3 ארוחות וישן על מזרן, גם כאן הנאשם לא מכיר את הכללים והוא מוסר עדות.

מה קורה אם הוא חושב שמה שהובטח לו זאת טובת הנאה אבל בעצם אלו הם דברים שמגיעים לו. עד על סמך אמונה סובייקטיבית: עלתה לדיון בפס"ד גומז קרדוסי, השופט חושין בהוביטר: בימ"ש קבע שלא מדובר בטובת הנאה. חוקר המשטרה אמר לעד שדבר שיתוף פעולה שלו עם המשטרה יימסר לשוטר וסביר להניח שתהיה לכך השפעה על העונש של בגזר הדין. בימ"ש קבע כי זאת לא טובת הנאה.

באמרת אגב השופט חשין קובע שגם אמונה סובייקטיבית של העד כי הוא מקבל טובת הנאה יכול ותהפוך אותו לעד מדינה לפי סעי' 54 א א = עד מדינה יכול לקום גם על סמך אמונה סובייקטיבית מוטעית. אם העד באמת חושב ששלוש ארוחות ביום, לישון על מזרן ולראות שופט תוך 24 שעות זאת טובת הנאה, עדיין חוששים שיפלילו אנשים שהם חפים מפשע.

- אם זו באמת טובת הנאה: חוששים מאדם שיפליל חפים מפשע.

- אם הוא חושב באופן סובייקטיבי שהוא מקבל טובת הנאה: עדין החשש קיים מפני שקריו של העד השותף גם אם הוא באמת קיבל וגם אם הוא חושב בטעות שמדובר בטובת הנאה.

פס"ד גומז קרדוסי – יש שם החלטה של השופט חשין שניתנה באוביטר ולאחר מכן, יש הסדר אחר שהתקבל כהלכה אבל משם התחיל. בית המשפט קבע שלא מדובר בטובת הנאה. חוקר משטרה אמר לעד שדבר שיתוף הפעולה שלו עם המשטרה יימסר לשופט וסביר להניח שתהיה לכך השפעה על גזר הדין. בית המשפט קובע שזו לא טובת הנאה. באמרת אגב נשאל מה קורה אם הוא חשב שמדובר בטובת הנאה? הש' חשין: גם אמונה סובייקטיבית של העד כי הוא מקבל טובת הנאה או עתיד לקבל טובת הנאה, יכול ותהפוך אותו לעד מדינה לצורך סעיף 54א(א). חשין אומר כי עד מדינה יכול לקום גם על סמך אמונה סובייקטיבית מוטעית.

חשין אומר שהחשש מפני שקריו של העד השותף קיים בין אם הוא קיבל טובת הנאה ובין אם הוא חושב בטעות שהוא קיבל טובת הנאה. החשש מפני שקריו של העד מקנן בליבנו גם כאשר לא ניתנת לו טובת הנאה באמת.

השופט חשין מציג משוכה נוספת – קודם כל נבדוק אם נתנו לו משהו שלא מגיע לו, טובת הנאה אובייקטיבית. אם לא ניתנה לו טובת הנאה אוב', נבדוק האם הוא חשב בטעות שהוא מקבל טובת הנאה. אם נגיע למסקנה שהוא לא קיבל טובת הנאה אוב' והוא לא חשב שהוא קיבל טובת הנאה, הוא לא ייקרא עד מדינה.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

לעומת זאת, אם לא ניתנה לו טובת הנאה אוב' אבל הסתבר שהוא באמת חשב בטעות שהוא קיבל טובת הנאה, חשין אומר שיתנו לו מעמד של עד מדינה לפי סעיף 54א' (א).

כלומר, לפי חשין באוביטר, אם העד חשב בטעות שהוא מקבל טובת הנאה והוא לא קיבל טובת הנאה והוא מסר עדות מפלילה, אנחנו ניתן לו מעמד של עד מדינה ונדרשת תוספת של סיוע במקרה כזה, למרות שהוא לא קיבל טובת הנאה כי צריך לפחד מהשקרים שלו בכל מקרה. **המבחן של חשין הוא המבחן הכפול אבל הוא נותר באוביטר.**

לכלל הזה חשין קובע חריג – המבחן הזה לוקה בחסר והוא נותן דוגמא יפה ששם העד לא קיבל טובת הנאה אוב', לא חשב שהוא קיבל טובת הנאה אבל הוא מכיר בו כעד מדינה. הוא אומר שנניח שכולאים עצור בניגוד לדין, מכניסים אותו לצינוק והוא אומר לשוטר שאין סיבה להכניס אותו לשם. השוטר אומר לו שאם הוא רוצה לצאת מהצינוק, הוא יפליל את חברים שלו. הוא מבקש ממנו להוציא מהצינוק והשוטר אומר שהוא יוציא רק אם הוא יפליל את חברים שלו ואז הוא אומר שאין בעיה ועושה זאת. האם הוא עד מדינה או לא? לפי הדין לא. לפי חשין: זה שהוציאו אותו מהצינוק זו לא טובת הנאה כי זה הוא לא צריך להיות בצינוק, הוא גם לא חשב שזו טובת הנאה בגלל שהוא ידע שאסור לשוטר להכניס אותו לצינוק ובכל זאת הסכים להפליל את החברים שלו. חשין מבין שהכלל שלו לוקה בחסר כי הוא עדיין יכול לשקר והוא מנסח סייג: הוא אומר שבמקום בו שוללת המדינה שלא כדין, זכות הקנויה לעד השותף (הכניסו אותו לצינוק שלא כדין), החזרתה של אותה זכות אפשר שתהיה בה הענקת טובת הנאה, הגם שהעד השותף היה זכאי ממילא להחזרת הזכות ולשיקומה. אמרת האגב של חשין עוררה שיח משפטי ובעקבותיה הגיע פסק דין אבו ליטאף ששם בית המשפט קבע הסדר. **פסק דין אבו ליטאף (2007):** השופטת ברלינר עומדת על הקשיים בקבלת ההשקפה של חשין, לפיה, עד מדינה יקום גם על סמך אמונה סובייקטיבית. היא אומרת שיש לא מעט קשיים בגישה של חשין ולא סתם היא לא התקבלה כהלכה.

שלושת הקשיים בגישתו של חשין לפי השופטת ברלינר:

1. נעוץ בלשון החוק כי סעיף 54א' (א) קובע "לאחר שניתנה או שהובטחה לו טובת הנאה", כלומר, מישהו צריך לתת לו או להבטיח שהוא יקבל טובת הנאה. המילים האלה מחייבות אקט של נתינה ולכן, יש פה מנגנון תמורה שיש לו ביטוי חיצוני. להבדיל מדבריו של חשין שאומר שגם אם לא נתנו לו אבל הוא חושב שנתנו לו, הוא יהיה עד מדינה.

2. גם הפרשנות התכליתית אינה תומכת בתיאוריה של חשין: עדי מדינה זה אלה שקיבלו טובת הנאה (כסף וכו'), חשין מרחיב את הפרשנות של טובת הנאה, הוא אומר גם אלה שחשבו שקיבלו טובת הנאה, הוא מרחיב את המעגל והפרשנות שלו מקשה על התביעה להעמיד לדין נאשמים ולהרשיע אותם על סמך עדויות ש השותפים שלהם. קבלת גישתו של חשין עלולה להביא לנזק תוצאתי ברור ככל שמדובר במלחמה בפשיעה.

3. הגישה בעייתית מבחינה פרקטית – מכניסה מימד של אי וודאות ואמות מידה נזילות ובלתי מוגדרות. כלומר, אפשר לדרוש מחוקרים שלא יבטיחו כל מיני הבטחות כי אסור להם. מצד שני, קשה מאוד לדרוש משוטרים למנוע מנחקר לפתח ציפיות שיהפוך לעד מדינה כאשר לציפיות האלה שום בסיס.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

יחד עם זאת, ברלינר מבינה שאיפשהו הרציונאל של חשין נכון כי מי שחושב בטעות שהוא מקבל טובת הנאה, אדם כזה עלול להפלייל חפים מפשע רק כדי לקבל את "טובת ההנאה".

ברלינר מבקרת את הפתרון של חשין אבל היא מודעת לבעיה ולכן, היא מגדירה מונח חדש שנקרא "עד מדינה לשיטתו".

"עד מדינה לשיטתו" = עד שעשותו יצאה מכלל עדות שותף ולא הגיעה לכדי עדות של עד מדינה. **עד כזה זה עד מדינה שמעיד עקב אמונה סובייקטיבית ולעד כזה לא תוגדר תוספת ראייתית קשיחה אלא שהיא תנוע בין דבר לחיזוק בגבול התחתון לבין סיוע בגבול העליון, תוך שבית המשפט יבחן את תוכן האמונה ונסיבות נוספות לצורך כך.**

יש עד מדינה סטטוטורי ויש עד מדינה פסיקתי (ברלינר).

מה ההבדל בין עד מדינה סטטוטורי ועד מדינה פסיקתי? חשין אומר שברגע שעד שותף חשב בטעות שהוא קיבל טובת הנאה, אוטומטית הוא עד מדינה ולכן התוספת היא סיוע. הפתרון של חשין הוא הרחקה של סעיף 54א(א), לא רק טובת הנאה אוב' אלא גם סוב'.

לעומת זאת, ברלינר יוצרת הסדר נוסף ולכן, היא לא קובלת את עצמה לתוספת הראייתית של סעיף 54. היא קובעת לעצמה את התוספת הראייתית שנדרשת כי היא המציאה את המושג "עד מדינה לשיטתו". זה תלוי במיקום של העד.

העמדה של ברלינר אומצה בפסיקה מאוחרת וכיום ניתן לתת מעמד של "עד מדינה לשיטתו", הפסיקה מכירה במעמד הזה ונותנים מעמד כזה לעד שותף שסבר בטעות ובכנות שמדובר בטובת הנאה ובעקבות זאת הפליל את השותף.

פס"ד אנגריה ווהאבי: עלתה השאלה מה קורה כאשר עד מדינה מפליל את השותף שלו לאחר שהוא קיבל טובת הנאה ובנוסף לכך מפליל, בעבירה נוספת שהוא לא היה שותף לה.

דוגמא: נניח וראובן ושמעון ביצעו שוד וראובן היה השותף שלו לעבירת השוד, מפליל אותו לטובת טובת הנאה וצריך סיוע. הוא עוזר למדינה להפליל את שמעון בעבירה נוספת שכתובה בכתב האישום – קבלת דבר במרמה, לה הוא לא היה שותף. הוא אומר כי הוא ראה שהוא מקבל משהו במרמה לפני שבוצע השוד. הוא לא שותף אבל הוא ראה את זה. מה קורה במצב כזה? האם נדרשת תוספת ראייתית לשם הרשעה לעבירה הנוספת שלא היה שותף לה? כשעלתה השאלה הזו בבית המשפט מה קורה כשעד מדינה מפליל את השותף שלו בעבירה לה הוא לא היה שותף ובית המשפט העליון קבע הלכה שבמקרה כזה דרושה תוספת ראייתית מסוג דבר לחיזוק = פתרון ביניים. העד מבין שמסתכלים על כל העדות שלו ולכן, הוא רוצה לרצות את התביעה.

בית המשפט קובע תוספת ראייתית פסיקתית, במקרה כזה הוא לא עד מדינה אבל הוא גם לא עד ראייה רגיל ולכן, בית המשפט דורש תוספת ראייתית מסוג דבר לחיזוק שהיא תוספת ביניים.

חריגים לדרישת הסיוע

בעבירות הבאות ניתן להרשיע נאשם על סמך עדות יחידה של עד מדינה או עדות יחידה של שותף לעבירה אף ללא תוספת ראייתית.

אם זה עד מדינה – לא צריך סיוע.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

אם זה שותף לעבירה – לא צריך דבר לחיזוק.

שתי קבוצות של עבירות:

1. **עבירות שוחד**

סעיף 296 לחוק העונשין –

296. במשפט על עבירה לפי סימן זה רשאי בית המשפט להרשיע על יסוד עדות אחת, אף אם זו עדות של שותף לעבירה.

כל עבירות השוחד = לקיחת שוחד, מתן שוחד, תיווך לשוחד, מתן שוחד לעובד ציבור = לא צריך תוספת ראייתית. קל וחומר אם זה שותף לעבירה שהוא עד מדינה.

2. **עבירות הימורים, משחקים אסורים והגרלות**

סעיף 232 לחוק העונשין –

232. במשפט על עבירה בשל משחק אסור לפי סימן זה –
(1) רשאי בית המשפט להרשיע את הנאשם על יסוד עדות שותף לעבירה גם אם אין לה סיוע;
(2) פסק דין במשפט פלילי שנקבע בו כי במקום פלוני נערך משחק אסור, מותר לקבלו כראיה על כך בכל משפט אחר לפי סימן זה ואין נפקא מינה מי היה הנאשם.

איסור משחקים אסורים, איסור לנהל משחקים אסורים, ניהול מקום ששם משחקים משחק אסור וכו', כל הנושא הזה אסור. כלומר, בעבירות לפי משחקים אסורים, אפשר להרשיע על סמך עדות של שותף ללא תוספת ראייתית בכלל.

בבעירות כאלה בדרך כלל אין ראיות. שוחד – מי העדים? מי שנתן, קיבל או תיווך ולכן, מבינים שאם ידרשו תוספת ראייתית לא יוכלו להרשיע, כנ"ל במשחקים.

אם יש לי עדות יחידה של מישהו שמפליל את האחר בעבירה של ניהול או משחק אסור, לא צריך תוספת ראייתית.

- ✓ החריגים נכונים גם לעד שותף וגם לעד מדינה.
- ✓ חשוב בעד מדינה להראות ששלושת התנאים מתקיימים.
- ✓ פלילי בלבד
- ✓ לדעת טוב את התוספות – עד מדינה = סיוע. "עד מדינה לשיטתו" = גמיש ← בין חיזוק לסיוע.
- ✓ אם זה נופל לחריגים לא צריך תוספת ראייתית בכלל.
- ✓ אם עד מדינה מפליל בעבירה שהוא לא היה שותף לה צריך תוספת ראייתית מסוג דבר לחיזוק.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

העד השותף לדבר עבירה (פלילי)

האם ניתן להעיד שותף כנגד השותפים שלו או לזכות השותפים שלו?

כשאנו מדברים על השאלה הזו יש לנו 4 סיטואציות:

1. עד תביעה:

דוגמא: האם התביעה יכולה להעיד את ראובן כנגד שמעון?

א. כתב אישום משותף.

הכלל: אינם כשרים להעיד. שותפים לכתב אישום אחד אינם כשרים להעיד כעדי תביעה כנגד חבריהם המואשמים איתם באותו כתב אישום.

מדובר בכלל פסיקתי שירשנו אותו מהמשפט המנדטורי ובית המשפט העליון אימץ זאת בפסק דין כדורי עובדיה בשנות ה-70. חל רק על שותפים שנדרשים להעיד מטעם התביעה. כלל זה לא חל על שותפים שנדרשים להעיד מטעם ההגנה.

החריג: סעיף 155(א)(1) לחסד"פ - התביעה (או הסנגוריה) רשאית להעיד מטעמה נאשם אחד כנגד נאשם שני המואשם איתו באותו כתב אישום בתנאי שהנאשם שנדרש להעיד (1) הודה (2) ובית המשפט הכריע את דינו (3) ואף גזר את דינו **בטרם מסירת העדות**.

רק אחרי שלושת התנאים הכתובים לעיל בסעיף 155(א)(1), מתקיימים, התביעה יכולה לבקש מבימ"ש להעיד אותו כנגד השני. צריכים לבקש מבית המשפט לגזור את דינו לפני מתן פסק הדין, כלומר בזמן הכרעת הדין, כי אחרת אי אפשר יהיה להעיד את השותף.

הרציונאל: לא רוצים שהשותף יטה את העדות שלו תוך ציפייה לטובת הנאה.

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

לא סתם התביעה קוראת לראובן שיפליל את שמעון. הוא כנראה הפליל אותו בתחנת המשטרה ולכן התביעה קוראת לראובן. כי אם ראובן הפליל אותו בדוכן המשטרה, הוא יפליל אותו גם בבית המשפט. סעיף 10(א) לחוק אומר שאם העד סותר את העדות שלו, ניתן להגיש את ההפללה הראשונה שלו והיא תהא ראייה קבילה.

ב. כתבי אישום נפרדים.

מדינת ישראל נ' ראובן = כתב אישום אחד.

מדינת ישראל נ' שמעון = כתב אישום שני.

הכלל: כאשר שני שותפים לעבירה הועמדו לדין, במסגרתם של כתבי אישום נפרדים, רשאית התביעה לזמן את האחד אשר משפטו טרם הסתיים כעד מטעמה במשפט המתנהל נגד שותפו.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

הכלל נקבע בבג"צ 11339/05 **בית המשפט המחוזי בבאר שבע/ בג"צ ז'אנו (8/10/06)** ובפסק הדין הזה נקבע גם חריג.

החריג: בית המשפט רשאי להחליט בנסיבות חריגות וקיצוניות ביותר ומטעמים שירשמו לדחות שמיעת עדותו של עד שותף עד לסיום משפטו.

הכלל אומר שאם יש לנו שני נאשמים וכתבי אישום נפרדים, התביעה רשאית להעיד את ראובן כנגד שמעון בכל שלב של המשפט של ראובן. אותו דבר לגבי שמעון, היא יכולה להעיד את שמעון כנגד ראובן ולא משנה באיזה שלב המשפט של שמעון נמצא ועד שנת 2006 זה לא היה.

הסייג אומר שבמקרים חריגים ונדירים וכו', בית המשפט, בתיק של שמעון יכול להחליט שקודם כל ראובן יסיים את המשפט שלו ואז הוא יבוא ויפליל את שמעון כשהתיק שלו כבר הסתיים. בעצם איכשהו מגיעים לסעיף 155(א)(1) כשהעד נקי.

מדובר במקרים נדירים וקיצוניים וזו ההלכה.

פסק הדין לעיל ביטל את הלכת קנזי משנת 1976. הלכת קנזי הייתה 30 שנה. הלכת קנזי דנה במשפטם של שותפים שמשפטם הופרד. ההלכה הזו קבעה כי קיימת מניעה להעיד את השותף כנגד השותף האחר (כעד תביעה) כל עוד משפטו של השותף תלוי ועומד.

הלכת קנזי אמרה שברגע שיש שני שותפים שמשפטם נפרד, לא ניתן להעיד את ראובן כנגד שמעון כל עוד משפטו של ראובן לא הסתיים. אם התביעה רוצה שראובן יעיד כנגד שמעון, היא תדאג שמשפטו יסתיים ורק לאחר שהוא משוחרר, היא יכולה להעיד את ראובן כנגד שמעון. את הכלל הזה ירשנו מהאנגלים.

פס"ד PIPE (1966) – דיברו על הנחיה מעשית לחבר המושבעים. חשבו שיהיה לחבר המושבעים קשה להבין את הסיטואציה שהשותף יעיד כנגד חברו בזמן שיש לו משפט אחר. כדי להימנע מהמצב הזה, אמרו באנגליה שאם התביעה רוצה להעיד את א' נגד ב', קודם היא תדאג שהמשפט של א' יסתיים ואז שיבוא מול חבר המושבעים ויעיד כנגד מי שהוא רוצה. ההנחה הייתה שחבר המושבעים הם הדיוטות והם לא יבינו סיטואציה כזאת.

אימצנו את הלכת קינזו בארץ כי קיים חשש שברגע שהשותף יגיע למשפט של השותף שלו, הוא ישחיר את פניו כדי להגדיל את סיכוייו במשפט שלו או יקטין את החלק של השותף כי כך בעקיפין הוא מקטין את החלק שלו או לחילופין שהוא יפליל את שותפו תוך כדי ציפייה לטובת הנאה ומציאת חן בעיני התביעה.

בנוסף, החשש היה שאם שותף ידרש להעיד במשפט של השותף שלו, למעשה, אין לו זכות שתיקה. ברגע שראובן ידרש להעיד במשפט של שמעון, לעדים אין זכות שתיקה, לראובן יש זכות שתיקה במשפט שלו עצמו, לשמעון יש זכות שתיקה במשפט שלו עצמו אבל כשהם יבואו להעיד אחד כנגד השני אין להם זכות שתיקה כך שניתן לחייב אותם לדבר תוך כדי פגיעה בזכות השתיקה שלהם בדיונים שלהם.

בנוסף, ברגע שראובן יגיע למשפט של שמעון הוא יאלץ לחשוף את קו ההגנה שלו מעבר לכך שיוותר על זכות השתיקה. לכן, אמרו אם זה המצב, צריך שכל אחד יסיים את משפטו ורק אז יגיע לבית המשפט.

הלכת קנזי יצרה לא מעט בעיות וכשלים והקשיים הם הבאים:

- **מעגל שוטה** – נניח ורצו להעיד את שמעון נ' ראובן וגם הפוך – שני המשפטים היו תקועים, צריך לחכות שמשפט יסתיים כדי להעיד. אם משפט מסוים מתנהל בעצלתיים, זה תוקע את המשפט השני שמחכה

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

שהשותף השני יסיים את המשפט ויבוא להפלייל אותו. היו מקרים בהם בית המשפט העליון האריך מעצרים והיו מקרים שבית המשפט העליון למעשה שחרר נאשמים ממעצרים. התביעה כדי להמנע ממצב של שחרור נאשמים הגיעה לקיצורי דרך, עשתה כל מיני הסדרי טיעון כדי שלא ישחררו אותם ונוצרה בעיה רצינית.

○ **עיכוב בהתנהלותם של משפטים** – המתינו שמשפט של שותף יסתיים. ראובן היה צריך לחכות שהמשפט של שמעון יסתיים כולל כל עדי ההגנה, גזר דין וכו' ורק אז יבוא להעיד בדיון שלו. בשלב מסוים בתי משפט שחררו נאשמים כי הבינו שאי אפשר להחזיק אותו תקופה בלתי מוגבלת עד שהמשפט של השותף יסתיים.

○ **בפס"ד קנזי בית המשפט דיבר על פרקטיקה נכונה ולא על הלכה מהותית.** כלומר, השי' עצינוני בפסק דין קינזי אומר "שהפרטיקה הנכונה צריכה להיות שאין להעיד נאשם אחד כנגד נאשם שני אפילו שהגישו נגדם כתבי אישום נפרדים כל זמן שיש חשש שהעד...". מדובר בפרקטיקה של נוחות שהפכה להלכה מחייבת. מעבר לזה, ביהמ"ש אומר שאי אפשר להעיד שותף כנגד השותף האחר כל עוד התיק תלוי הנאה כי יכול להיות שהוא מצפה לטובת הנאה. ברגע שהשותף שלו הופרד, זה לא משנה אם קיים חשש לטובת הנאה או לא.

בישראל יש שופט מיומן ומקצועי והשופט ויכול להזהיר את עצמו מסיטואציה מורכבת זו. זה שהמחוקק מלכתחילה לא קבע את זה כנראה הוא רצה לאפשר סיטואציה כזאת שהשותף יעיד נגדו.

הביקורת על הלכת קינזי הביאה לכרסום במעמדה עד כך שהיא בוטלה. אחד מניצני הכרסום העיקריים היו בפס"ד **שעשוע (1985)** – בשנת 1978 נקבעה קינזי ובשנת 1985 היה כרסום. שני נאשמים שהואשמו בכתבי אישום נפרדים, שעשוע וללו (השותף). בסוף פרשת ההגנה, שעשוע רוצה לקרוא לללו שיעיד לזכותו כעד הגנה. מי שמסרבת היא התביעה. היא אומרת לבית המשפט שקודם כל בכוונתה לסיים את המשפט של שעשוע ואותו להעיד כנגד ללו ולכן, זו הזכות שלה להחליט מי יעיד במשפט של מי. מעבר לכך, היא אומרת שהלכת קינזי מונעת משעשוע לזמן את ללו כי הלכת קינזי אומרת שכל עוד יש שני מואשמים בשני כתבי אישום נפרדים, אי אפשר להעיד נגדם. בית המשפט לא מזמן את ללו. שעשוע עולה לעליון ואומר שזה שלא אפשרו לו לקחת את ללו כעד הגנה, יכול להיות שלמעשה נגרם לו עיוות דין, קופחו זכויותיו ולכן, בית המשפט צריך לזכות אותו. השי' באך בעליון – מסכים עם הסניגור. הלכת קנזי לא חלה על עדי הגנה אלא על עדי תביעה. השופט באך בדעת מיעוט מקבל את העמדה של הסניגור ואומר שזה נכון, לא היה בהלכת קינזי כדי למנוע מללו להעיד – היא חלה על עדי תביעה ולא הגנה. הוא אומר שכשהוא מעיין בהלכת קינזי, הכלל הזה לא הוחל מעולם על ההגנה. עוד אומר השי' באך שהרציונל של הלכת קנזי הוא להגן על האינטרסים של הנאשם, אבל אם הנאשם מוכן לקבל על עצמו את הסיכון שהשותף שלו יתהפך ויפלייל אותו, זה עניין שלו. מכל מקום, אומר השופט באך כי יש הסוברים שיש לעיין מחדש בהלכת קינזי בשלמותה ואין הוא רואה צורך לדון בזה במקום זה, אך הוא לא מוצא הצדקה להרחיב אותה גם על עדי הגנה.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

♥ יש לשים לב: על אף שבית המשפט קובע שבאמת לא היה בהלכת קינזי כדי למנוע את העדות של ללו, הוא דוחה את הערעור שלו. אפשר לקבל טענה בערעור ולדחות את הערעור עצמו. בית המשפט אומר שבגלל שהייתה הקלטה של שעשוע מודה באשמה, אין צורך בעדות של ללו.

שני השופטים האחרים הם שטרסברג כהן והשי ברק שמשאירים את שאלה תכולתה של הלכת קינזי על עדי הגנה בצריך עיון – סביר להניח שבתי משפט השלום ימשיכו להכיל את הלכת קנזי על ההגנה כי העליון לא ביטל. יש דעת מיעוט חשובה אבל לא מכריעה.

השופטים שטרסברג כהן וברק אומרים שבאך אומר שגם אם ללו היה מגיע התוצאה לא הייתה משתנה, אז זה אוביטר ונשאיר את זה למקום אחר.

פס"ד חכמי (1997): השי שטרסברג כהן ואיתה בהרכב ישב השי ברק והשי חשין – **נקבע לראשונה כי הלכת קינזי אינה חלה על עדי הגנה. כלומר, אם נאשם אחד רוצה לזמן את השותף שלו, שהמשפט שלו הופרד ממנו, להעיד להגנתו אז הוא יכול לעשות כן.** לכן, בית המשפט בשנת '97 מכריע בשאלה שהושארה בצריך עיון 12 שנים קודם לכן מפס"ד שעשוע.

בפסק דין חכמי – לוי רצה לזמן את חכמי שיעיד כעד הגנה לטובתו אבל מי שסירב זה חכמי, הוא סירב כי הוא לא רצה לחשוף את קו ההגנה שלו, כי אין לו זכות שתיקה במשפט של לוי ויכול לחשוף ראיות מפלילות. חכמי מסרב, בית המשפט השלום קובע שחכמי צריך להעיד. חכמי עולה לבית המשפט המחוזי שם נדחה הערעור של חכמי והוציא זימון ואמר לו שחייב להעיד.

על ההחלטה לעיל הוגש בג"צ ובית המשפט העליון קובע בבג"צ חכמי – בהלכת קנזי נפסק כי נאשם יכול למנוע מהתביעה להעיד את השותף שלו לחובתו, כל עוד המשפט של השותף תלוי ועומד, מן הראוי לשקול מחדש את כל הלכת קינזי ומכל מקום, **אין להרחיב את הלכת קינזי כך שהיא תחול על עדי הגנה.** בג"צ חכמי ביטל את הלכת קנזי על עדי הגנה. השי שטרסברג כהן אומר שאין טעם להחיל את הלכת קנזי על עדי ההגנה כי יש להם מספיק כלים להתמודד עם זה. **לדוגמא:** לנאשם יש זכות שתיקה, אני לא יכול לחייב אותו לעלות לדוכן העדים ולהפליל את עצמו, אבל כשנאשם מעיד על מישהו אחר, אין לו זכות שתיקה, כשמדובר בחיסיון מפני הפללה עצמית וקיים חשש מפני כך שאפליל את עצמי ובמצב כזה, אם שואלים את העד שאלה וקיים חשש שהתשובה עלולה להפליל אותו, הוא רשאי שלא להשיב אבל גם אז, השופט יכול לחייב אותו להשיב על השאלה אבל אז נותנים לו חסינות שימוש. "חסינות שימוש" = אתה לא עומד עכשיו לדון, אין לך מה לדאוג, לנו חשוב לדעת של מי האקדח ואם אתה טוען שאתה סיפקת לו את האקדח – ברור שעברת עבירה, אבל אי אפשר להשתמש בפרוטוקול ובתשובה שמסרת נגדך. אם התביעה תחליט להאשים אותך בסיוע לדוגמא, היא תצטרך לאסוף ראיות אחרות.

לחכמי יש זכות שתיקה במשפט שלו, אבל ברגע שהוא מעיד במשפט של לוי הוא לא נאשם, הוא עד ואין לו זכות שתיקה. אם חכמי חושש שישאלו אותו שאלות והתשובה עלולה להפליל אותו במשפט שלו, אין לחכמי מה לדאוג כי אי אפשר להשתמש בתשובות שלו במשפט שלו. לכן אין הצדקה להחיל את הלכת קנזי על עדי הגנה.

לגבי כך שהנאשם יכול לחשוף את קו ההגנה שלו – שטרסברג כהן אומרת שאם הוא חושש שהוא יפליל את עצמו, יש לו כלים חיסיון מפני הפללה עצמית. מעבר לזה, במיוחד כשמדובר בעדי הגנה, יכול להיות שהשותף הוא זה שיעזור לשותף האחר בהגנה שלו. יכול להיות שהעדות שלו היא זאת שתעורר ספק סביר ובית המשפט

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

יזכה את השותף שלו. יכול להיות שמונעים מבית המשפט ראייה חשובה, למעשה – עשיית הצדק וחקר האמת מחייבים את הגעת השותף למשפט.

בית המשפט מצמם את המשפט ב-97' אבל עדיין לא מבטל אותה.

בג"צ ז'א'נו (2006): בית המשפט העליון בשבתו כבג"צ מבטל את הלכת קינזי, לאחר שבתי המשפט ראו בה כהלכה מחייבת במשך 30 שנה.

העתירה הוגשה כנגד שופט בבית המשפט המחוזי בבאר שבע, לאחר שהשופט הנדל שישב במחוזי לא אפשר לתביעה להעיד נאשם כנגד נאשם אחר. בית המשפט פסק בהתאם להלכת קינזי והוא צדק כי כל עוד הלכת קינזי עומדת בעינה אי אפשר לזמן.

כל הדיון בבית המשפט העליון היה סביר תוקפה של הלכת קינזי האם יש מקום להמשיך בהלכת קינזי או לבטל אותה. בית המשפט העליון בשבתו כבג"צ – השופטים: בייניש, ברק, לוי, גרוניס ונאור מול דעת המיעוט של השופטת פרוקצ'יה. דעת הרוב קבעה כי יש לבטל את הלכת קינזי ואין מניעה מלהעיד כעד תביעה, עד הקשור באותה פרשה על אף שמשפטו תלוי ועומד.

דעת רוב קיצונית: השופטים לוי וגרוניס היו בדעת רוב קיצונית לפיה יש לבטל את הלכת קינזי באופן גורף מבלי להותיר בידי ערכאה דיונית שיקול דעת כלשהו בדבר הפעלתה (החריג שאומר שבמקרים נדירים וקיצוניים ביותר, לשופט יש שיקול דעת להחליט שיסיים את המשפט ואז יבוא לאולם שלו).

דעת רוב מתונה הייתה של השופטת בייניש – יש לבטל את הלכת קינזי אך יחד עם זאת, בית המשפט יהיה רשאי להחליט בנסיבות חריגות וקיצוניות ביותר כי מוצדק להמתין לסיום משפטו הנפרד של השותף לעבירה בטרם יזמן להעיד במשפט של השותף שלו. אומרת בייניש כי ההחלטה לגבי החריג תעשה לאחר שבינמ"ש יקבל את כל המידע שלפניו, נדרשת הערכת מצב מושכלת קונקרטיית ע"י הצדדים להליך.

דעת מיעוט של השופטת פרוקצ'יה: היא לוקחת גם וגם, היא מבינה שיש לצמצם את הלכת קינזי אבל היא לא חושבת שיש מקום לבטל אותה ולהשאיר שיקול דעת מצומצם מאוד לשופטים. אין הצדקה לביטולה הגורף של הלכת קינזי והיא מציעה ביטול סלקטיבי, כלומר, כל עניין שידון בפני השופט, השופט יצטרך להחליט – אם קודם השותף יסיים את המשפט שלו רק אז הוא יעיד או שהשופט יוציא זימון והוא יצטרך להעיד אחת. דעת המיעוט לא התקבלה אבל היא מאוד יפה.

✓ **בג"צ ז'א'נו מבטל את הלכת קינזי, משאיר שיקול דעת מאוד מצומצם לבית המשפט – במקרים חריגים וקיצוניים ביותר, כלומר, כמעט ואין שיקול דעת.**

ברגע שיש כתבי אישום נפרדים כסניגורים או תובעים, אנו יכולים לזמן את השותף שהמשפט שלו הופרד בכל שלב של המשפט, לא צריך לחכות להכרעת דין או לגזר דין.

בבחינות לשכה: יש שאלות על נאשמים שהמשפט שלהם הופרד ושואלים על התוספות הראייתיות. השאלות הן תמיד על הדין הקיים היום, לא שואלים על הלכות שבוטלו.

במבחן שלנו: גיא כן יכול לשאול על מה נקבע בפס"ד קינזי ועל הלכות שבוטלו ולמדנו.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

26 בנובמבר 2018

2. עד הגנה:

דוגמא: שמעון רוצה להעיד את ראובן לזכותו.

האם אפשר לזמן שותף שיעיד על השותף האחר?

א. כתב אישום משותף – הכלל הכתוב בעד תביעה לא חל על עד הגנה.

האם ראובן יכול לזמן את לוי שיעיד לזכותו? גם הכלל הזה נקבע בפסיקה והפסיקה קובעת כך:

ע"פ 570/68 **גוצמן: הכלל:** פסיקה קבעה כי נאשם משותף המעיד להגנתו, הוא עד כשר לחובת הנאשמים האחרים. כלומר, עדותו בחקירה הראשית ובחקירה שכנגד (ע"י התביעה), מהווה ראיה כשירה לא רק לחובתו של העד שהעיד אלא גם לחובתם של הנאשמים האחרים המופיעים באותו כתב אישום.

♥ יש לשים לב: ברגע שנאשם מוותר על זכות השתיקה שלו ועולה לדוכן העדים, אפשר לשאול אותו כל מה שרוצים – שאלות לזכות השותפים ושאלות לחובת השותפים.

ב. כתבי אישום נפרדים: **בפס"ד חכמי נקבע** כאשר נגד שותף הוגש כתב אישום נפרד, הוא אינו פטור מחובתו להעיד כעד מטעם ההגנה במשפט של שותפו, אפילו אם עדיין לא הסתיים משפטו שלו.
אלו ארבעת המצבים.

בכתבי אישום נפרדים = אין הגבלה, אפשר לזמן אותם כעדי תביעה וכעדי הגנה.

בכתב אישום אחד = התביעה לא יכולה לזמן כנגד. רק אם ראובן הודה, יש הכרעה וגזר דין, רק אז אפשר להעיד את ראובן נגד שמעון.

להעיד לזכות = אין שום מניעה. אם מוותרים על זכות השתיקה אפשר לחקור אותו על הכל, גם על החלקים שלו וגם על החלקים של השותף.

- נאשמים שלא הודו ← התביעה לא יכולה לגעת בהם.

תוספת ראייתית

סעיף 54א(א) לפק"ר – לא ניתן להרשיע נאשם על סמך עדות יחידה של שותפו לעבירה אלא אם כן, יש בחומר הראיות תוספת ראייתית מסוג דבר לחיזוק.

סעיף 162 לחסד"פ – דיברנו שיעור קודם. משלים את סעיף 54א(א) כי סעיף 162 קובע כי הימנעות הנאשם מלהעיד במשפט שלו, עשויה לשמש חיזוק ואפילו סיוע במקום בו נדרש סיוע.

דוגמא: לנאשם יש זכות שתיקה והוא לא חייב להעיד אבל לזכות הזאת יש מחיר ראייתית מאוד כבד. זה לא שהוא ישתוק ולא יקרה כלום, ההנחה היא שחף מפשע לא ישתוק. לא יעלה על הדעת שחף מפשע ישתוק. לכן, אדם שהוא באמת חף מפשע לא יעשה שימוש בזכות השתיקה, אז אם יש מישהו ששותק הוא לא חף מפשע אז עצם השתיקה כשלעצמה היא ראיה מפלילה.

- לשים לב כי שתיקה של נאשם במשפטו לא מהווה סיוע בחוק הגנת ילדים.

כל החריגים שצינו אותם בשיעור הקודם בהקשר של עד מדינה נכונים גם לעדות שותף.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

אמרנו שישנן שתי קבוצות של חריגים שבהן אפשר להרשיע נאשם על סמך עדות יחידה של עד מדינה: שותף או הימורים ומשחקים אסורים - כל העבירות האלה אפשר להרשיע על סמל עדות יחידה של שותף ללא תוספת ראייתית.

הלשכה אוהבת לתת שאלות על כך – על חריג ועל עבירה נוספת שלא נכנסת לחריגים: צריך לומר שעל עבירה שחל חריג לא צריך תוספת ועבירה שלא חל עליה חריג צריך תוספת ואיזה תוספת.

פס"ד שלמה פחימה נ' מדינת ישראל (11/12/12): נקבעה הלכה – השופט הנדל: כאשר שותף שמשפטו טרם הסתיים, מעיד נגד שותפו לעבירה בכתב אישום נפרד, התוספת הראייתית הנדרשת צריכה לנוע בין דבר לחיזוק בגבול התחתון לבין סיוע בגבול העליון. הסיבות לכך אומר השופט הנדל: (1) שמירה על הרמוניה משפטית (2) הכרה בהיסטוריה הפסיקתית.

הלכה פחימה חלה על נאשמים שהמשפט שלהם הופרד. עד פסק דין פחימה דרשו גם דבר לחיזוק. פחימה ניתן בשנת 2012 לאחר בג"צ ז'אנו ושם אומר השופט הנדל: לפני בג"צ ז'אנו התביעה לא הייתה יכולה להעיד את שמעון כנגד ראובן מהחשש שתהיה לו טובת הנאה והוא יסלף את האמת. לכן, כשמעון כבר העיד העדות שלו הייתה נקייה מכל אינטרס. צריך דבר לחיזוק. בא בג"צ ז'אנו וביטל את הלכת קינזי ולכן, אפשר להעיד את שמעון בכל שלב של המשפט כנגד ראובן. זה אומר שהחששות שהיו בשנת '76 חוזרים שוב. איך מתגברים על זה? הוא מעלה את הרף של התוספת הראייתית. כשמדובר בכתבי אישום נפרדים והתיק של שמעון מתנהל, נצטרך תוספת ראייתית של בין דבר לחיזוק לבין סיוע ברף העליון. אם בית המשפט התרשם שהעדות של שמעון מזויפת, הוא אומר שלמרות שסעיף 54א(א) דורש חיזוק, אני אדרוש סיוע, ולהפך, אם בית המשפט מתרשם שאין באמת חשש, הוא ידרוש דבר לחיזוק.

השופט הנדל אומר שזו הכרה בהיסטוריה הפסיקתית – ברגע שביטלנו את קינזי בבג"צ ז'אנו, כל החששות של בית המשפט בהלכת קינזי שוב עולות על פני המים ולכן, נותנים להם מענה בתוספת הראייתית.

אומר השופט הנדל: בצד האחד יש לנו סיוע, בצד השני יש לנו שותף בכתב אישום משותף. שותף שמעיד בכתב אישום משותף כנגד אחר זה שותף שהודה, הוכרע דינו ונגזר דינו ולא חוששים ממנו. עד מדינה הכי חוששים ממנו. לכן, זה צריך להיות בין לבין – ההרמוניה המשפטית.

הגמישות בין הרף הגבוה לרף הנמוך בתוספת הראייתית גורמת לפגיעה בוודאות המשפטית, ופגיעה בוודאות המשפטית למול הגנה על זכויות הנאשם וחקר האמת ועשיית צדק, ברור שהאינטרסים של הגנה על זכויות הנאשם, חקר האמת ועשיית צדק יותר חשובים.

התוספת הראייתית היא ראייה: היא צריכה להיות קבילה וצריך להיות לה משקל.

המרצה: במאמר יוצא נגד בית המשפט העליון שאומר שככל שהראיה מהימנה יותר נדרוש תוספת ראייתית יותר ולהפך. הטענה של המרצה היא שאם הראיה לא מהימנה צריך לזכות ולכן, אם הראיה לא מהימנה צריך לזכות ולא לחפש ראיות אחרות.

דוגמה לתשובה משאלה במבחן: בעבירה של שיבוש – צריך תוספת ראייתית לעומת זאת בעבירה של הימורים על תוצאות אירוויזיון לא צריך תוספת ראייתית.

סיכום קצר:

עד מדינה: תמיד צריך תוספת ראייתית מסוג סיוע למעט חריגים של משחקים אסורים ושותף.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

שותף לעבירה: כשמדובר בשותפים לעבירה צריך לשים לב אם מדובר בכתב אישום משותף או כתב אישום נפרד בעד תביעה ובעד הגנה.

עדות שופט: צריך לחלק – האם זה עניין שנתון לתפקידו השיפוטי או לא.

לפני כמה שנים הייתה שאלה על שופטת שלמים הייתה פרקליטה ורצו להעיד אותה על משהו שהיא טיפלה בו במסגרת פעילותה כפרקליטה – זה שהיא שופטת זה לא מספק, צריך לחשוב: האם רוצים להעיד אותה על משהו שהיא טיפלה בו באולם שלה במסגרת פעילותה כשופטת – אם כן, אי אפשר. אם לא, אם רוצים להעיד אותה היום על מה שהיא טיפלה בו כפרקליטה, זה אומר שהיא לא הייתה בסמכות שיפוטית אז אפשר בכפוף לתנאים של חגאי יוסף. לשים לב האם זה עניין שקרה אצלו באולם או לא – אם קרה אצלו באולם חגאי יוסף, אם לא – אסור לשלוח לו אפילו זימון.

חקירת עדים והכנת עדים לקראת עדות בבית המשפט (פלילי + אזרחי)

הדרך הרגילה לגבות עדויות היא כאשר העד מתייצב בבית המשפט לאחר שהוא קיבל זימון כדין, הוא עולה לדוכן העדים ונחקר על ידי הצדדים. ישנן דרכים נוספות לגבות עדויות כמו עדות מוקדמת, אנחנו נדבר על חקירת עדים בבית המשפט.

חקירת עדים בבית המשפט

כל עד נחקר על דוכן העדים בשלושה שלבים עוקבים:

1. **חקירה ראשית** – הצד שזימן את העד.
2. **חקירה נגדית** – הצד שכנגד.
3. **חקירה חוזרת** – הצד שזימן את העד.

השלבים במתן עדות:

לפני שהעד נחקר על ידי הצדדים הוא מוזהר על ידי בית המשפט. עד שנת 1980 עדים בישראל היו מעידים תחת שבועה. בשנת 1980 ביטל המחוקק הישראלי את השבועה והחליף אותה באזהרה ומאז מזהירים עדים. האזהרה למעשה **קבועה בחוק לתיקון דיני הראיות (אזהרת עדים וביטול השבועה)** משנת 1980. נוסח האזהרה קבוע בסעיף 2 לחוק – עליו להעיד את האמת בלבד ואת האמת כולה וכי יהא צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא יעשה כן.

סעיף 5 לחוק ביטול השבועה – קובע שאם לביהמ"ש היה יסוד להניח כי השבעת העד עשויה לסייע בגילוי האמת, רשאי בית המשפט מיוזמתו או לפי בקשת בעל הדין להשביע את העד. במקרה כזה, העד רשאי לסרב להישבע מטעמי דת או מצפון אלא להצהיר בהן צדק, זולת אם בית המשפט משוכנע שטעמי העד (הסיבות שהוא ציין) לא ניתנו בתום לב. אם בית המשפט מחליט להשביע את העד, זה הנוסח הקודם שהיה.

✓ היום לא משביעים אבל במקרים מסוימים ניתן לבקש מבית משפט להשביע עד אם אנו חושבים שהשבועה תביא אותו למסור עדות.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

לאחר שעד הוזהר הוא צריך לומר לבית המשפט שהוא הבין את תוכן האזהרה. בשלב הבא העד נחקר על ידי בעלי הדין וכל עד נחקר בשלושה שלבים עוקבים. סדר חקירת העדים מצוי בסעיפים 172 – 181 לחסד"פ (מאומץ גם בהליך אזרחי).

נוכחות עדים באולם בית המשפט בעיקר בעת חקירתם של עדים אחרים:
עדים צריכים להיות מחוץ לאולם בית המשפט, אסור להם להיות באולם בית המשפט ולהקשיב לעדויות. מה קורה כשנמצאים באולם בית משפט ועד שומע עדות של עד אחר? כותבים בפרוטוקול הדיון וזה עלול לפגוע בדיון.

כאשר מעידים מספר עדים, קיים חשש שהגרסאות שלהם תושפענה אלה מאלה בעקבות שמיעת עדותם של עדים אחרים. לכן, בהליך הפלילי, התגבש הכלל לפיו עדים נדרשים להמתין מחוץ לאולם בימי"ש בעת חקירתם של עדים אחרים וזאת עד שהם ימסרו את עדותם.
לאחר מסירת העדות, העדים רשאים להישאר באולם בית המשפט ולשמוע את העדויות של שאר העדים. במסגרת ההליך הפלילי נקבע כלל הקבוע בסעיף 172 לחסד"פ –

עדים יעידו זה שלא בפני זה [153]

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

המחוקק קובע שאם עד שמע עדויות אחרות, זה לא פוסל אותו, יש לו זכות להעיד - מדובר בעניין של משקל ולא עדות של קבילות.

גם בהליך אזרחי עד לא יכול לשבת באולם בית המשפט בזמן עדות אחרת.
רק בעלי הדין יכולים לשבת באולם בית המשפט בזמן עדויות אחרות בהליך אזרחי. בהליך פלילי הנאשם נמצא בכל העדויות גם כן.
סעיף 161(ג) לחסד"פ – כאשר נאשם מוותר על זכות השתיקה, עליו להעיד ראשון לפני כולם.

דבר הנאשם [145]

161. (א) הנאשם רשאי לנהוג באחת מאלה:

- (1) להעיד כעד ההגנה, ואז יהיה עשוי להיחקר חקירה שכנגד;
- (2) להימנע מהעיד.

(ב) בית המשפט יסביר לנאשם כי הוא רשאי לנהוג כאמור בסעיף קטן (א) ואת תוצאות הימנעותו מהעיד כאמור בסעיף 162.

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

ההגנה יודעת שנאשם מעיד ראשון אבל אם פתאום ההגנה אומרת שמסיבה כלשהי הנאשם לא יכול להעיד ראשון, עדיף לדחות את הדיון או לבטלו כיוון שנאשם חייב להעיד ראשון!
בית המשפט יכול להרשות לנאשם לא להעיד ראשון אלא בשלב אחר אבל עדיף תמיד שהנאשם יעיד ראשון!!

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

הגינות החקירה

צורת החקירה להבדיל מהתוכן שלה, כפופה להוראות החוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים) – 1957. סעיף 2 לחוק חקירת עדים – המחוקק מאפשר לשופט להפסיק חקירה אם היא אינה הוגנת. לא משנה מה אני רוצה לשאול אלא איך אני שואל את העד.

חקירת עדים

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

חקירה בדבר עברו המיני של הנפגע

סעיף 2 לחוק חקירת עדים – כשמדובר בנפגע עבירות מין צריך לעשות הבחנה בין חקירה ע"י גוף חוקר לבין חקירה על דוכן העדים בבית המשפט.

האם באמת אפשר לשאול מתלונן/קורבן בעבירות מין על העבר המיני שלהם?

1. תלונה על ידי גוף חוקר:

הכלל: קבוע בסעיף 13(א) לחוק זכויות נפגעי העבירה (2001): הסעיף קובע שבמהלך חקירת תלונה על ידי גוף חוקר (משטרה/מח"ש וכו'), קובע הסעיף כי לא ייחקר נפגע העבירה על עברו המיני למעט, חקירה הנדרשת בנסיבות העניין בדבר קשר מיני קודם עם החשוד. כלומר, לא רק שבבית המשפט אסור לחקור אלא גם בתחנת המשטרה. אסור לשוטר לשאול את הנפגע או הנפגעת על העבר המיני שלה למעט אם זה רלוונטי לאותו חשוד. אם היא אומרת שהבן זוג שלה אנס אותה, הוא צריך לשאול אותה על הרגלים שלהם.

החריג: קבוע בסעיף לעיל - קצין ממונה רשאי להורות ממניעים מיוחדים שיירשמו שאפשר לעשות זאת וזאת על מנת להגיע לחקר האמת. דוגמא: אם היא טוענת שהם זוג 5 שנים והיא בתולה. אם הוא רוצה לשאול אותה שאלות לגבי מה היא עשתה איתו או לא, הוא יכול לשאול כי השאלה הזאת מן הסתם תצוץ.

2. חקירה על דוכן העדים:

הכלל: סעיף 2א' לחוק חקירת עדים: בית המשפט לא יתיר חקירה בדבר עברו המיני של נפגע בכל עבירות המין למיניהן (פרק י' סימן ה' לחוק העונשין).

החריג: קבוע באותו סעיף – בימ"ש יתיר חקירה שכזו כאשר איסור החקירה עלול לגרום עיוות דין לנאשם, ברגע שבימ"ש חושד שאם לא ייחקרו אותה ייגרם עיוות דין והמניעים יירשמו למה אפשר את זה. דוגמא: היא טוענת שהם 5 שנים והיא בתולה והוא אומר שהיא שקרנית. זה משנה שהיא בתולה או לא למהימנות שלה. אם התביעה לא תשכנע את ביהמ"ש מעבר לכל ספק סביר שהעדויות שלה מהימנה, העדות תיפול.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

פיקוח בית המשפט על חקירת עדים

הכלל: בשיטה האדוורסרית (כמו בישראל) חקירת עדים נתונה לשיקול דעתם של הצדדים (בעלי הדין). הצדדים הם אלה שחוקרים את העדים ובית המשפט אינו נוטה להתערב בחקירת העדים אלא אם אין מנוס מכך. יחד עם זאת, הפסיקה קבעה כי אין למסור לבעלי הדין שיקול דעת בלעדי בעניי היקף החקירה ואורך הזמן הדרוש לה אלא השופט מוסמך ואף חייב שלא להתיר חקירה החורגת מעבר לגבולות הסבירים, בשים לב לנסיבות העניין ובלי לפגוע באינטרסים של בעלי הדין (נקבע בפס"ד גרינוולד שהוא פלילי אבל יש את אותה פסיקה באזרחי – פס"ד חנניה).

פס"ד גרינוולד: שלושה שופטים, אב בית הדין כל הזמן הפריע לסניגור לשאול שאלות, הפסיק את החקירה, עצר את החקירה, העיר למתלוננת. ההגנה ביקשה לפסול את השופט, במיוחד את אב בית הדין כי אם הוא כל הזמן עוצר את החקירה, יש כאן משוא פנים כלפי ההגנה. זה הגיע לבית המשפט העליון. בית המשפט העליון: במסגרת הדיון לפסילת שופט זה לא נתון להתערבותו של אב בית הדין במהלך החקירה גם אם ההתערבות גרמה לעיוות דין. שאלות אלה יעמדו אם יוגש ערעור על פסק הדין. גם אם השופט מתערב במהלך החקירה, לא כל כך יעזור לפסול אותו כי הוא לא יסכים וגם בערכאת הערעור בית המשפט לא יפסול שופט כזה כל עוד אין חשש אמיתי למשוא פנים.

♥ יש לשים לב: בית המשפט יכול להגביל את תוכן החקירה ולא רק את היקף החקירה. הזמן השיפוטי הוא זמן יקר והוא זמן חסר. לכן, בית המשפט ישאל את הצדדים אם העדות רלוונטית או לא, שופטים עוצרים חקירות, מנסחים את השאלות בדרך שונה כדי להתקדם, יכולים להקציב זמנים לחקור את העד. ערכאות הערעור לא מתערבות בהחלטות כאלה כיוון שמדובר בסופו של דבר בשיקול דעתו של השופט.

לבית המשפט יש סמכות להתערב בנסיבות מתאימות באופן ניהול החקירה והוא יכול אפילו להפסיק אותה. שופטים מפסיקים חקירות כשהחקירה לצורך העניין לא אפקטיבית. **דוגמא:** העדה שותקת כבר 10 דקות. השופט יכול לערוך את החקירה. אם החקירה נערכת בצורה לא אפקטיבית או מועילה, הוא יכול להפסיק אותה. אם החקירה היא קנטרנית כיוון שעורך הדין הציב לעצמו מטרה לצלוב את העד.
- אסור להטעות את העד.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

סדר חקירת עדים

סעיפים 172 – 181 לחסד"פ.

| הליך פלילי | עד תביעה | עד הגנה |
|------------|----------|---------|
| ראשית | תביעה | הגנה |
| נגדית | הגנה | תביעה |
| חוזרת | תביעה | הגנה |

מספר נאשמים באותו כתב אישום:

| עד תביעה | עד הגנה |
|----------|---|
| ראשית | הצד שזימן את העד ואח"כ לפי סדר הופעתם בכתב האישום |
| נגדית | תביעה |
| חוזרת | עדי הגנה או נאשמים בחקירת חוזרת זה למעשה כמו החקירה הראשית רק בסדר הפוך כדי לתת הזדמנות שווה |

זה הסדר הרגיל, לפעמים בית המשפט מטעמים מיוחדים יכול להורות על סדר אחר אבל אם אין הוראה מבית המשפט זה הסדר.

במבחן: באין הוראה אחרת מבית המשפט. אם לא כתבו כלום אז שואלים על הכללים מסד"פ.

שלבי החקירה ומאפייניהםחקירה ראשית

בעל הדין שזימן את העד קורא לו לדוכן העדים ושואל אותו שאלות. למעשה, החקירה הראשית היא שאלה סיפורית, שואלים שאלות פתוחות כמו: "תספר מה קרה ב-1/1 כשהיית בחניון?" אפשר להיות יותר ספציפי או יותר כללי.

המטרה של החקירה: שהעד יחזור על הגרסה שלו בתחנת המשטרה. כשמדובר בהליך פלילי צריך להעיד כי זה עדות מפי השמועה ולכן, צריך להעיד מילה במילה מול השופט. במסגרת חקירה ראשית, צריך לוודא שהעד חוזר על מה שהוא מסר (אם פלילי אז בתחנת המשטרה). אסור לו להשמיט פרטים רלוונטיים. כשמדובר בעד תביעה (כתב אישום) צריך להיצמד לכתב האישום.

מה מותר ומה אסור לשאול בחקירה ראשית? (גם פלילי וגם אזרחי)

- בחקירה ראשית צריך להציג לעד "שאלות פתוחות" ואסור להציג לעד שאלות מנחות או מדריכות.
דוגמא: שאלה פתוחה היא שאלה כללית שהעד עונה על אותה שאלה. למשל, תתאר את הלבוש של הנאשם וכו'.
אם אני רוצה שתתמקד לצורך העניין בצלקת שיש לו על הלחיים, אני יכול לבקש ממנה לתאר סימנים מיוחדים איך הוא נראה. אסור לי לשאול אותה אם יש לו צלקת על הפנים או לא.
שאלה פתוחה היא שאלה כללית של מה היה או מה קרה וכו'.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

- אסור לשאול שאלות מדריכות: כשמן כן הן. שאלה מדריכה היא שאלה שטומנת בחובה בין בישירין או בין בעקיפין את התשובה הרצויה לשואל. דוגמא: כשאני שואל אותה – נכון הוא היה גבוה? זו שאלה מדריכה. **שאלה מנחה זו שאלה שהתשובה עליה היא כן או לא – אסור לשאול אותה.**

♥ יש לשים לב: לבית המשפט שמורה הזכות להתיר הצגת שאלה מדריכה. **דוגמא:** בחקירה מסוימת יש פרט מסוים שקשה להגיע אליו, אז מבקשים מבית המשפט לשאול את השאלה הזו כשאלה מדריכה. ניתן להוציא את העד ולהתייעץ עם השופט והוא יעזור איך לשאול או להגיד לא לשאול או לשאול כשאלה מדריכה.

ע"פ 3250/10 פלוני: השופט גרוניס מדבר על הצגת שאלות מדריכות לעד תביעה באישור בית המשפט. הצגת שאלות מדריכות בחקירה ראשית לעד תביעה, גם כאשר הדבר נעשה באישור ביהמ"ש מהווה פגיעה מסוימת בהגנת הנאשם. הצגת שאלות מדריכות מעוררת חשש בדבר הכנסת דברים לפיו של העד, מקום בו עדותו המקורית של העד הייתה שונה.

במילים אחרות, לא שואלים שאלות מדריכות, לפעמים אפשר לבקש אישור מבית המשפט, אבל גרוניס אומר שכשמדובר בעד מרכזי, גם אם בית המשפט יאשר, יכול להיות מאוד שבית המשפט יצטרך לקבל ראיות במשקל מאוד גבוה כי עזרו לו בשאלה מדריכה.

- בחקירה ראשית העד אינו רשאי להדריך את עצמו באמצעות דפים או עזרים שהוא עושה בהם שימוש אלא ברשות בית המשפט ובפיקוחו. בהליך פלילי עדים מעידים מתוך הזיכרון.

כשעד מעיד על דוכן העדים, אין דבר כזה שהעדות שלו מתחנת המשטרה נמצאת מולו, זה חייב להיות רק מהזיכרון אלא אם ביהמ"ש אישר זאת ובנוסף, אם מדובר בעד מומחה.

- אסור להציג לבית המשפט תוכנם של דברים שאמר העד אלא במסגרת חריגים. אי אפשר להגיד שמישהו אמר, צריך שהוא יבוא ויאמר בביהמ"ש בדיוק את אותם הדברים.

בהליך אזרחי

סעיפים 15 – 17 לפקודת הראיות קובעים כי בהליך אזרחי ניתן להחליף את החקירה הראשית של העד בביהמ"ש בתצהיר. תצהיר הוא תחליף לחקירה ראשית, אם הצד שכנגד מוותר על הזכות של חקירה נגדית, התצהיר יכול להחליף את כל העדות.

בהליך אזרחי מגישים את כל התצהירים כבר בקדם משפט. בהליך אזרחי עד לא יכול להעיד אם אין תצהיר. מוותרים על חקירה ראשית, יש חקירה נגדית והתצהיר נמצא מול העדים (בפרקטיקה נמצא אבל בפועל, אסור) אבל טפסים או עזרים שנכתבו על ידו לא יכולים.

בהליך אזרחי לפעמים, במקרים חריגים אפשר לבקש רשות מהשופט לשאול שאלות שלא נשאלו בתצהיר. **רענון זיכרון של עד:** אמרנו שאסור לנו להדריך עדים במהלך העדות שלהם בבית המשפט. כלומר, להם אסור להביא את ההודעות שלהם מתחנת המשטרה ולקרוא מתוכן אבל ישנן נסיבות שבהן מותר לנו ל"רענן" את זכרונו של העד. לרענון = מפנה אותו להודעה שהוא מסר בתחנת המשטרה, לאותם קטעים ספציפיים שאני רוצה שהוא יעיין בהם.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

המקרים בהם מרעננים זיכרון של עד:

1. כשהעד מסר תשובה ויוצאים מנקודת הנחה שהוא לא זוכר.
2. כשהעד זוכר כן זוכר את התשובה והוא מתחמק מלהשיב לצד ששאל את אותה שאלה. כלומר, הוא זוכר ולא רוצה להגיד. במקרה כזה, כצעד מכין לקראת הבקשה מביהמ"ש להכריז עליו כעד עוין, אבקש לרענן את הזיכרון שלו. **דוגמא:** מקרה קלאסי של עדה עוינת זו אישה מוכה.

חקירה ראשית על דרך חקירה שכנגד

ישנם מקרים שבהם העד שלנו, ייחקר על ידנו בחקירה ראשית על דרך חקירה שכנגד. חקירה ראשית על דרך חקירה שכנגד = הוא עד שלי והשאלות שאציג לו יהיו שאלות של חקירה נגדית. זוהי חקירה נגדית לכל דבר וקוראים לזה כך משום שמי שחוקר חקירה נגדית זה הצד שכנגד. יש 3 מקרים שהחוק מתיר לי לחקור את העד שלי חקירה נגדית אבל כדי לא לבלבל קוראים לזה חקירה ראשית על דרך חקירה שכנגד.

שלושת המקרים בהם העד שלי ייחקר על ידי בחקירה נגדית (חקירה ראשית על דרך חקירה שכנגד):

1. **כאשר העד מוכרז כעד עוין - נכון גם להליכים פליליים וגם אזרחיים.**

סעיף 179 לחסד"פ –

עד עויין [161]

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

כאשר בית המשפט יאפשר לי להכריז על העד שלי עד עוין, אני אחקור אותו חקירה ראשית על דרך חקירה שכנגד – מבחינתו מדובר בחקירה נגדית לכל דבר. - מתי יודעים שהעד יהיה עד עוין? בהכנה לעדות. **דוגמא:** אם הוא אומר שהוא לא יגיע או שהוא אומר שהוא יגיע ולא יגיד את מה שאמר או שהוא משנה את הגרסה פתאום בהכנה לעדות.

2. **כאשר עד מופיע ברשימת עדי התביעה בכתב האישום אך התביעה וויתרה על עדותו וההגנה קוראת לעד להעיד מטעמה – נכון להליך פלילי בלבד.** במצב זה, רשאי בית המשפט להתיר לנאשם לחקור את העד בחקירה ראשית על דרך חקירה שכנגד.

סעיף 178 לחסד"פ – עד הגנה שבמקור הופיע ברשימת עדי התביעה בכתב האישום.

עד תביעה שלא נקרא להעיד [160]

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

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

- למה יש את הפריבילגיה הזאת להגנה? התביעה היא זו שמחליטה מי יהיו עדי התביעה, ברגע שהיא קובעת מי יהיו עד התביעה, כל מי שנשאר יהא עד הגנה והתביעה יכולה לעשות סקנדל בעדים.
אם במקור הוא היה עד תביעה, יש לנו לחקור אותו כעד הגנה.

3. במצב בו ישנם מספר נאשמים בכתב אישום אחד ויש לבית המשפט יסוד להניח שעדו של אחד הנאשמים יעיד לחובת הנאשם האחר, רשאי הנאשם האחר לחקרו בחקירה שכנגד בפני התובע, אם הוא לא חקר את העד בחקירה ראשית קודם לכן – פלילי בלבד.

סעיף 180 לחסד"פ –

זכות חקירה שכנגד במקרים מסויימים [162]

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

דוגמא:

כתב אישום: מדינת ישראל נ' (1) ראובן (2) שמעון (3) לוי

חקירה ראשית – ב"כ ראובן ← שמעון ← לוי

חקירה נגדית – תביעה

חקירה חוזרת – לוי ← שמעון ← ראובן.

כולם חוקרים את ראובן – הוא היחיד על דוגן העדים.

בחקירה ראשית: הסניגור של ראובן חוקר את ראובן והוא מפליל את שמעון. לאחר מכן, ב"כ של שמעון צריך לחקור את ראובן אבל הוא מוותר עליו בחקירה ראשית בגלל שהוא הפליל את שמעון ולכן, ב"כ של שמעון יחקור את ראובן בחקירה נגדית לפני התביעה.

בחקירה חוזרת: ב"כ של לוי יחקור ראשון, ולאחר מכן ב"כ של ראובן יחקור. ב"כ של שמעון לא יכול לחקור את ראובן בחקירה חוזרת מכיוון שהוא לא חקר בחקירה ראשית.

לפעמים אפשר לצפות את זה.

ב"כ של ראובן הפליל את שמעון. כעת בא כוחו של שמעון יחקור את ראובן לפני התביעה.

3 בדצמבר 2018

בשיעור קודם:

דיברנו על חקירת עדים בבית משפט, התמקדנו בחקירה ראשית. אמרנו שישנם מצבים שבהם עורך הדין רשאי לחקור את העד שלו בחקירה נגדית, למרות שזה העד שלו (חקירה ראשית על דרך חקירה שכנגד).

חקירה נגדית

חקירה נגדית/חקירה שכנגד וכו'

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

במסגרת חקירה נגדית, בעל הדין היריב שואל את העד שלא שלו שאלות. התכלית של החקירה הנגדית היא לדלות מהעד פרטים חדשים שהוא לא מסר במסגרת החקירה הראשית, המטרה לדלות מידע נוסף. טעם נוסף הוא פגיעה במהימנות של העד. בחקירה נגדית זה תמיד עד לא שלנו חוץ מהחריגים מהשיעור הקודם, התפקיד הוא לערער את הימנות העד. **בסופו של דבר נלחמים על משקל הראיה.**

מאפייני החקירה הנגדית

במהלך החקירה הנגדית מותר לנו להציג שאלות מדריכות/מנחות לעד, לרבות הצעת תשובה לאישור. כלומר, מותר לי להציג לעד של הצד שכנגד תזה מסוימת ולשאל אותו "האם אני צודק" או "עד כאן כל מה שאמרתי הוא נכון"? אסור לי לעשות זאת בחקירה ראשית אבל בחקירה נגדית מותר. בנוסף, מותר לי לאמת את העד עם דברים שמסר מחוץ לבית משפט כמו מסמכים אחרים (בפילי העד גם נחקר לפני המשפט) וגם מותר לי לאמת אותו מול עדויות שנמסרו כבר בבית המשפט – מותר רק בחקירה נגדית ולא בחקירה ראשית. מותר לי לתקוף את המהימנות האישית של העד. יש את הכלים והאמצעים ואנו יכולים לתקוף אותו מהסיבה שצריך לקעקע את המהימנות שלו. אם רוצים תשובה של כן ולא, לא לתת לספר סיפורים – כן או לא. יכול להיות מאוד שבחקירה החוזרת הצד שזימן אותו יבקש להשלים את התשובה.

חשיבות החקירה הנגדית

1. החקירה הנגדית נחשבת לאמצעי מספר אחד לחשיפת האמת: איך אפשר להשתמש בחקירה הנגדית כדי לחשוף את האמת? דוגמא: בחקירה הראשית העד מספר סיפור ונותן מידע שהוא הוכן אליו מראש, מידע שצריך להתיישב עם הצד שזימן אותו. המטרה בחקירה הנגדית היא שהוא ימסור פרטים נוספים שלא מסר בחקירה ראשית.

2. חשיפת ליקויים בעדות/חשיפת אמת: איך נחשוף את האמת? נחשוף ליקויים בעדות שלו. העדים של הצד שכנגד מוסרים עדות אמת, אך אסור לשכוח שמדובר באמת הסובייקטיבית שלהם. העד יכול להיות בטוח באה אחוז שהוא מוסר אמת, אך בפועל ישנו פער בין האמת האובייקטיבית לבין האמת הסובייקטיבית. התפקיד שלנו בהליך פלילי הוא לעורר ספק סביר.

לא רק לקעקע את החושים אלא גם להטיל ספק ביכולת של העד לקלוט מידע, לחשוף ליקויים ביכולת הזיכרון שלו. **דוגמא:** אם האירוע קרה לפני חודשיים, סביר להניח שהוא יזכור. בדרך כלל המשפטים מתנהלים על דברים שקרו לפני שנה ויותר. במקרים כאלה, אם רואים שהוא מעיד על משהו שקרה לפני המון זמן, יש לנסות לקעקע את הזכרון שלו.

אנו צריכים להראות לבית המשפט שהאמת הסובייקטיבית שלו היא לא אמת אובייקטיבית וזה לא בדיוק מה שקרה.

מעבר לכך, באמצעות החקירה הנגדית, נחשוף פרטים חדשים, אך לא רק זה, המטרה של החקירה היא לערוך בירור עקיף של האמת: במסגרת החקירה הנגדית נחשוף פרטים שהם לא בהכרח חשובים/רלוונטיים לתיק שלנו

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

אך יש בהם כדי להשפיע על מהימנות העד. אם העד שלפנינו יש לחובתו עבר פלילי או עבר פלילי בעבירות מרמה, הרשעה בעדות שקר – את זה העד לא יחשוף מיוזמתו. אנו נציג לבית המשפט את העבר הפלילי שלו ככל שהעבר רלוונטי (אם המשטרה תיתן לשים ידיים על העבר הפלילי שלו). **אם העבר הפלילי רלוונטי למהימנות, לפי הפסיקה, זה חומר רלוונטי וצריך לתת לנו את אותו חומר.**

דוגמא: מניע נסתר – אני אראה שהעד שמעיד עכשיו הוא המאהב של המתלוננת, נניח בתיק של אישה מוכה, זה לא אומר שהאישה שיקרה, אבל אני רוצה להראות שעד התביעה המרכזי יש לו רומן עם האישה ואני אחשוף את הרומן פעם ראשונה בבית המשפט. אני אנסה להראות שאי אפשר באמת לסמוך על העד הזה כי יש לו עניין בתוצאה.

חקירה נגדית נכונה גם בהליך פלילי וגם בהליך אזרחי והיא החקירה הכי חשובה.

מה ההשלכה של אי חקירה שכנגד על ידי הצד היריב?

הפסיקה קבעה כי כאשר בעל דין מוותר מרצונו על החקירה הנגדית של העד היריב, רואים אותו כמי שאינו חולק על גרסת העד בחקירה הראשית אלא אם כן הוצא הסבר סביר לכך (נכון להליך פלילי ולהליך אזרחי).

פס"ד שטלקר להליך אזרחי, פס"ד ידען להליך הפלילי.

יש להדגיש שגם במקרה שבו בעל דין נמנע מחקירה נגדית של עד, עדיין אין הדבר מחייב את בית המשפט לקבל את גרסתו של אותו עד כמהימנה, מכיוון שזה נתון לשיקול דעתו של בית המשפט.

עוד קבעה הפסיקה כי לנאשם עומדת זכות לחקור את עדי התביעה בחקירה נגדית. הזכות הזו הוכרה כזכות יסוד או כזכות דיונית ראשונה במעלה, יחד עם זאת, כפי שהבהירה השופטת דפנה ברק ארז, **בפס"ד גזבן** – הזכות של הנאשם לחקור את עדי התביעה בחקירה נגדית **אינה** זוכה להגנה חוקתית. זה אומר שלנאשם יש זכות לחקור את עד התביעה בחקירה נגדית אבל זו לא זכות חוקתית, אבל אם לא מתאפשר לו לחקור את עדי התביעה בחקירה נגדית, לא נפגעת זכות חוקתית.

האם לנאשם במשפט פלילי עומדת הזכות להחקר בחקירה נגדית ע"י התביעה? או במילים אחרות האם התביעה מחויבת לחקור נאשם בחקירה נגדית? אם מסכימים עם הגרסה של העד ולא חוקרים אותו בחקירה נגדית, באיזשהו מקום משתמע שמסכימים עם העד ואין צורך בכתב אישום. אם מוותרים על חקירה נגדית זה לא מהסיבה שמאמינים לעד ורוצים זיכוי, זה יכול להיות מצב שבו אין טעם לחקירה נגדית, השמענו עדים וצילויים והוא עדיין טוען שזה לא הוא, לצד השני אין טעם לחקור אותו, זה שהוא יכחיש באופן סתמי זה לא מעניין, יש מספיק הוכחות ולכן, אין טעם לחקור מנגד.

האם התביעה חייבת לחקור נאשמים בחקירה נגדית? הלכת יצחק – השופט אגרנט קבע כך: במצב דברים שבו חד גיסא ישנה עדות תביעה יחידה ומאידך גיסא, ישנה עדות נאשם שלא נחקר בחקירה נגדית ולא נרמז לו על הכוונה לשלול את גרסתו, רשאי בית המשפט ואפילו חייב להביא בחשבון את התנהגות התביעה ולקבוע שעל אף נטייתו להאמין לעד התביעה, מן הדין להנות את הנאשם מן הספק, כלומר, מן הדין שהנאשם יזוכה מחמת הספק.

הלכת יצחק מתייחסת למצב מאוד מיוחד: יש עד תביעה אחד ומהצד השני יש נאשם. עד התביעה נחקר בחקירה ראשית ונחקר בחקירה נגדית. הנאשם נחקר בחקירה ראשית, לא נחקר בחקירה נגדית. אומר בית המשפט, אם

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

המצב הוא כזה שיש עדות מול עדות, הנאשם צריך להנות מן הספק. למה? אם הנאשם היה מצליח להחקר בחקירה נגדית, יכול להיות שהוא היה מצליח לעורר ספק סביר ולסתור את העד של התביעה בראשית ונגדית. התביעה לא אפשרה לו להתגונן ולעורר ספק סביר. אם הוא באמת היה עומד כמו שצריך בחקירה נגדית, כנראה שביט המשפט היה מזכה אותו, אם לא נאפשר לו לעורר את הספק הסביר, לפי אגרנט, במקרה כזה, הנאשם צריך להיות מזוכה.

הלכת יצחק סויגה בפסיקה מאוחרת וקבעו שהלכת יצחק אינה חלה מקום שמול עדות הנאשם עליה לא נחקר בחקירה נגדית עומדות עדויות רבות ושונות הנוגדות את גרסתו וכן, כאשר בנוסף לכך, גרסתו של הנאשם בחקירה הראשית אינה עקבית.

המרצה: הלכת יצחק זה מקרה מיוחד. אומרים שהלכת יצחק לא חלה במקרים שיש מספר עדויות תביעה שאחת מחזקת את השנייה ואז לא צריך לזכות את הנאשם. מעבר לכך, הלכת יצחק לא חלה, כאשר יש עדות מול עדות והנאשם נתן מספר ראיות (ואז יש משקל נמוך לראיות).

פי"ד אפללו (1980) – רוככה הלכת יצחק. בפסק דין זה אחד הנאשמים היה בשם גולדשטיין והתביעה לא חקרה אותו בחקירה נגדית כיוון שהייתה שביתת פרקליטים, שופטים המשיכו לנהל משפטים ואמרו שזאת בעיה של התביעה שהיא לא מגיעה. הפרקליט לא הגיע לבית המשפט כי הייתה שביתה והנאשם לא נחקר בחקירה נגדית. בית השפט בסופו של דבר, למרות זאת, הרשיע אותו. אפללו למעשה ערער לבית המשפט העליון ושם השופט ברק אומר כך: לנאשם במשפט פלילי, אינה עומדת הזכות להחקר על ידי התביעה בחקירה שכנגד. לנאשם אין שום זכות שהתביעה תחקור אותו בחקירה נגדית וכמובן שהסנקציה על הפרתה, גם אם התביעה לא חקרה אותו, זה לא אומר שצריך להטיל עליה סנקציה בכך שנקבל את זה שמה שהוא אמר בחקירה הראשית כנגדה. המסקנות שיש להסיק היא עניין הנטול לשיקול דעתו של בית המשפט. תפקיד בית המשפט הוא לחשוף את האמת כפי שהיא עולה מחומר הראיות. המנעות מחקירה שכנגד עשויה להילקח בחשבון במסגרת מכלול הנסיבות שעה שבית המשפט יבוא להעריך את משקלה של העדות. אומר ברק כי לעיתים יהיה לתת לעובדה זו משקל ולעיתים לא יהיה מקום לתת לעובדה זו משקל.

האם התביעה חייבת לחקור נאשמים? לא. האם זה אומר שבית המשפט חייב לקבל את הגרסה של הנאשם כחקירה ראשית נאמנה? לא, בית המשפט אומר שהכל תלוי בנסיבות העניין. אם יש מקרה כמו ביצחק שזה עדות מול עדות, אז כמובן שיש לזכות את הנאשם. אם יש לנו ראיות אחרות מפלילות לצורך העניין, גם אם הוא לא נחקר בחקירה נגדית, לא צריך גם.

השופט ברק אומר שבנסיבות כאלה אם הוא לא נחקר משום שהייתה שביתה וכשהפרקליט רצה בית המשפט לא הסכים והפרקליט מראש אמר על זה לבית המשפט, במצב כזה, אין שום הצדקה לזה והמשקל של ראיות התביעה נותר בעינו.

לא זו אף זו, חוק הגנת הפרטיות מדבר על כך שהחוק חל על המדינה ופיטר הינו עו"ד בפרקליטות אשר הינה חלק ממוסדות המדינה.

פי"ד אלפר: גם שם בית המשפט דן בשאלה הזאת. השופט מנץ איפשהו חזר על העמדה של ברק באפללו – השופט מנץ אומר כך: הימנעות נציג התביעה מלחקור את הנאשם בחקירה נגדית (לא חקרו שני נאשמים בחקירה נגדית במקרה דנן כי היו הרבה ראיות מפלילות ולא היה טעם לחקור אותם) אינה יוצרת חזקה לפיה

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

דבריו מהימנים ונכונים ואין בהכרח להעדיף עדות נאשם שלגביה לא נחקר על עדות אחרת העושה רושם מהימן על השופט. אין להעלות על הדעת שמסקנת השופט לגבי מהימנות או אמינות של הנאשם תגזר באופן חד משמעי מהשאלה האם נחקר בחקירה נגדית או לא. עם זאת, יכול להיות שייוחס לזה משקל במסגרת שכלול הראיות ובמסגרת התרשמותו של השופט מהנאשם שלא נחקר. **אם תהיה לזה השלכה זה יהיה רק לגבי משקל העדות.** במקרים בהם התרשם השופט כי הגנת הנאשם נפגעה מכך שלא נחקר חקירה נגדית, יוכל לייחס לזה משקל רב. במקרים שבהם נאשם לא נחקר בחקירה נגדית עקב תקלה או עקב מצב המונע חקירה שכנגד או היעדר תועלת בחקירה שכנגד, לא ייחס לכך השופט שום משקל. במקרה זה היו ראיות רבות להוכחת מעשיו ולכן העובדה כי הנאשמים לא נחקרו בחקירה נגדית, אין לכך משקל ואין צורך בחקירתם. זה לא המקרה של יצחק שם אומרים שצריך לזכות.

שלושת פסקי הדין אומרים את אותו הדבר:

בפס"ד גדבן השופט טועה בניתוח הפסיקה – הוא אומר שיש שתי אסכולות – יש את האסכולה של יצחק שצריך לזכות ויש את האסכולה של ברק ומנץ שאומר שלא צריך לזכות, זה נותן לשיקול דעת בית המשפט. בהלכת יצחק זו לא אסכולה נוספת, זה מקרה מיוחד של עדות מול עדות ולכן צריך לזכות.

פס"ד גדבן (2017): בפסק הדין הזה דן בית המשפט העליון בשאלה אחת: מה המשמעות של אי חקירה נגדית של נאשם על ידי התביעה? נקבעו שלוש קביעות חשובות של בית המשפט.

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

במקרה דנן המערער גדבן למעשה הורשע בבית המשפט המחוזי במספר עבירות (קשירת קשר, שוד, איומים) בגין שוד של המתלונן שהיה עורך דין. הגיע למשרד שלו עם אדם נוסף, היו רעולי פנים, קשרו אותו, איימו עליו, גנבו לו ונמלטו מהמקום. איתרו DNA מהמכנס של המתלונן ואיתרו אותו. הייתה לו טענת הגנה שהוא התגונן. הטענה שלו בעליון הייתה שהתביעה לא חקרה אותו בחקירה נגדית בעניין רכיב הגניבה שבעבירת השוד (עבירת השוד מורכבת מאלימות וגניבה). לכן, הוא אומר כי ברגע שלא חקרו אותו בחקירה נגדית על רכיב הגניבה וזה אחד מהיסודות של העבירה, אי אפשר להרשיע אותו בעבירה. המדינה לא הכחישה ואמרה שחקרה אותו לגבי האלימות ולא הגניבה משום שהמערער גם ככה הכחיש באופן כללי את השוד ולכן הוא לא נחקר על כל יסודות העבירה. מעבר לכך, התביעה אומרת שבית המשפט ייחס משקל מאוד גבוה לעדות המתלונן וזה לא משנה אם יחקרו את הנאשם או לא.

בעליון – בית המשפט היה צריך לדון בשאלה מה קורה כאשר התביעה לא חוקרת נאשם בחקירה נגדית בסוגיה מרכזית?

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

השופט הנדל בדעת מיעוט: סוקר את המגמות בפסיקה (אלפר, אפללו ויצחק). הוא מגיע למסקנה שעיקר הכובד מושם על המשמעות הראייתית לזה שהתביעה באמת לא חקרה בחקירה נגדית. כלומר, הוא אומר שכשהוא בודק את הפסיקה, למעשה מגמת הפסיקה זה לא לפסול את העדות אבל בית המשפט במקרים מתאימים ייחס משקל לזה שהתביעה לא חקרה (לפעמים גבוה ולפעמים נמוך) אבל זה עניין שנתון לשיקול בית המשפט. המרצה: אומר משהו נוסף לא מדויק – בפסיקה רואים שתי אסכולות – של אלפר ואפללו - נתון לשיקול בית המשפט ויש את האסכולה ביצחק – שיש לזכות. ביצחק אמרו רק שיש עדות מול עדות וזה מקרה כל כך מיוחד שלא נתנו לו לעורר ספק סביר ולכן, יש לזכות אותו. זה מקרה חריג.

הוא אומר שכל פסקי הדין שלנו בשאלה האם לנאשם יש זכות חוקתית או לא, זה פסקי דין שניתנו לפני חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, ומאחר וחוק יסוד כבוד האדם וחירותו העצים את זכויות האדם, במקרה זה, צריך לדון בשאלה לאור ההשפעות של חוק היסוד. הוא קובע שחקירה נגדית של נאשם היא זכות חוקתית במובן זה שהיא חלק מהזכות להליך הוגן. לכן, אי חקירת הנאשם בחקירה נגדית על ידי התביעה, פוגעת בזכות של הנאשם להליך הוגן.

אומר השופט הנדל שזה שתביעה לא חוקרת נאשם זה לא רק חסר ראייתי אלא מדובר בפגיעה יסודית באחת מזכויות היסוד שיש לנו במשפט, הן מנקודת מבטו של הנאשם (יש לו זכות להיחקר בחקירה נגדית ולהשמיע את כולו), הן מנקודת מבטה של התביעה שחייבת לנהוג בהגינות והן מנקודת מבטו של השופט שצריך לתת לנאשם את האפשרות לעורר ספק סביר.

ברגע שהשופט הנדל אומר שמדובר בזכות חוקתית השאלה הבאה היא: מה קורה אם פגעו לנאשם בזכות החוקתית הזאת?

הכלל: הימנעות מחקירה נגדית של נאשם בכלל, או ביחד לעבירה מסוימת מובילה באופן ישיר לקבלת עמדתו באותו נושא. הכלל יחול רק כאשר הנאשם בכלל לא נחקר בחקירה נגדית **בסוגיה מרכזית**. כלומר, הכלל יחול רק במקרה קיצוני, כשהנאשם בכלל לא נחקר בחקירה נגדית בסוגיה מרכזית (סוגיה מרכזית היא סוגיה העומדת בליבת העבירה להרשעה).

החריג: החריג יתקיים כאשר קיים הסבר המצדיק את הסטייה מהכלל. קיים חריג המצדיק את זה שהתביעה לא חקרה אותו בחקירה נגדית והחריג יתקיים במקרה בו ניתן מענה אמיתי לפגיעה בזכות הנאשם להליך הוגן. גם אם לא חקרו אותו, לנאשם הייתה יכולת להשמיע את קולו, לעורר ספק סביר ולהביע את עמדתו לגבי אותה סוגיה מרכזית. אומר השופט הנדל שגניבה זה חלק מהאקטוס ראוס, אם התביעה לא תוכיח שהוא גנב או לא חקרה אותו על כך, זה אומר שצריך לקבל את הגרסה שלו. לכן, בית המשפט אומר שבמקרה כזה, הנאשם צריך להנות מן הספק. **זו דעת מיעוט אבל היא מאוד חשובה כי זו פעם ראשונה ששופט אומר שאם נאשם לא נחקר בחקירה נגדית, הוא נפגע זכות חוקתית.**

השופט דפנה ארז בדעת רוב: לגופו של עניין, הזכות של הנאשם בתיק הזה לא נפגעה כי היו לו כל כך הרבה אפשרויות להציג את הגרסה שלו והוא עשה זאת, לכן, הזכות להליך הוגן לא נפגעה. מאחר שהיא אינה מסכימה עקרונית עם הדברים שקבע הנדל היא ממשיכה: היא מפנה ללשון החוק ואומרת שסעיף 161(א)(1) אומר שנאשם הבורח להעיד כעד הגנה, עשוי להיחקר בחקירה נגדית. "עשוי" – יש אפשרות

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

שיחקרו אותך ויש אפשרות שלא. אז אם הולכים על לשון החוק, הנאשם יודע שהתביעה לא חייבת לחקור אותו. מעבר לכך, הגישה של הנדל לא מתיישבת עם פסקי הדין שניתנו קודם לכן (יצחק, אפללו וכו'). פסקי הדין הללו אומרים שלנאשם אין זכות חוקתית לחקירה נגדית. היא לא מסכימה עם הנדל בנוסף כי החקירה הנגדית של הנאשם היא כלי שמצוי בידי התביעה, אם התביעה רוצה – זה כלי שמאפשר לתביעה לקעקע את המהימנות ואם היא לא רוצה להשתמש בכלי הזה, היא לא חייבת. מעבר לזה, מענה על שאלות התביעה בחקירה נגדית, אינה הכלי היחיד של הנאשם להציג את גרסתו. יש לו זכות להציג את גרסתו בחקירה ראשית ולא מנעו ממנו את הזכות הזאת. הנאשם רשאי להעלות לדוכן העדים עדי הגנה שיתמכו בגרסה שלו. זה שלא חקרו אותו בחקירה נגדית לא אומר שפגעו בזכות שלו להליך הוגן כי יש לו כל כך הרבה דרכים להציג את הגרסה שלו גם במשטרה וגם בבית המשפט. מעבר לכך, אומרת השופטת דפנה ארז – לאחרונה, בית המשפט העליון בחר לא לסטות מן ההלכה והוא קבע בזמנו שזכותו של הנאשם לחקור את עדי התביעה בחקירה נגדית אינה זכות חוקתית. לנאשם יש זכות דיונית ראשונה במעלה, לא זכות חוקתית. אם אנחנו נקבע עכשיו שיש לו זכות חוקתית להיחקר בחקירה נגדית, זה יוצר קושי כי יהיה סתירה בין פסקי הדין.

השופטת מבקשת להמשיך בקו המעשי של יצחק, אפללו ואלפר. היא קובעת כי המנעות מחקירה נגדית תשפיע על המשקל שבית המשפט ייחס לעדות שלו עד כדי מתן משקל משמעותי לגרסתו של הנאשם. חקירה נגדית של נאשם צריכה להערך באופן הוגן, כך שיופנו אליו שאלות שיאפשרו לו להציג בצורה נאותה את הגרסה שלו ביחס לסוגיות ששנויות במחלוקת אבל המשקל שיינתן לחקירה שכזאת או לחריגה מחקירה נגדית שכזאת צריך להיות בהתאם לנסיבות. גישה כזו עולה בקנה אחד עם המגמה המקובלת בדבר המעבר מכללי קבילות למשקלן (אנחנו כבר לא פוסלים את הראיות, יותר חשוב המשקל). היא אומרת שהגישה של הנדל לא מתיישבת עם המעבר מקבילות ובנוסף לא מתיישבת עם הלכת יששכרוב - שם בית המשפט יכול לומר שכאן פגעו זכות של הנאשם להליך הוגן אבל לא פוסלים את הראיה אוטומטית כי היא ראייה מאוד חשובה (הנדל אומר שאם פגעו בזכות של הנאשם להליך הוגן, פוסלים אוטומטית את הראיה).

לנאשם אין זכות חוקתית להחקר על ידי התביעה בחקירה נגדית, בית המשפט צריך ללמוד על הנסיבות מדוע התביעה לא חקרה את הנאשם בחקירה נגדית ויכול להיות שהוא ייחס לזה משקל ויכול להיות שלא.

המרצה: הגישה של הנדל מרחיקה לכת והיא לא מתיישבת עם הפסיקה וזה נכון שזה נתון לשיקול דעת בית המשפט.

מה קורה כאשר עד מסרב להחקר בחקירה נגדית?

פס"ד אביטן (1970) פס"ד באדר (1980)

הפסיקה מבחינה בין שני מצבים:

1. כאשר סירובו של העד להחקר בחקירה נגדית אינו נעוץ במעשה של בעל הדין היריב: יש עדים שמסרבים להחקר בחקירה נגדית. אם סירוב העד להחקר בחקירה נגדית אינו נובע ממעשה של בעל הדין היריב (אף אחד לא איים עליו/השפיע עליו/אמר לו לא להעיד), אנחנו יוצאים מנקודת הנחה שאין הצדקה לכך שהוא לא רוצה להחקר בחקירה נגדית, הפסיקה קובעת שעדותו בחקירה ראשית תמחק לחלוטין כאילו לא ניתנה כלל ובית

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

המשפט חייב להתעלם מהעדויות שמסר בחקירה ראשית. בחקירה ראשית העד אומר בדיוק מה שעורך דינו אמר לו להגיד. חקירה נגדית צריכה לקעקע את מהימנות העד אבל אין אפשרות כי הוא לא רוצה להחקר בחקירה נגדית – הסנקציה היא למחוק את העדות מחקירה ראשית.

2. כאשר סירובו של העד להחקר בחקירה נגדית נעוץ במעשה של בעל הדין היריב: **דוגמא**: בעל הדין היריב הפחיד/הטריד/הפעיל אמצעים פסולים, צריך לבדוק עם העד. במקרה כזה, כאשר סירובו של העד להחקר בחקירה נגדית נעוץ במעשה של בעל הדין היריב, הפסיקה קובעת שיינתן לעדותו של העד בחקירה ראשית מלוא המשקל הראייתי, כאילו הוא עמד במבחן חקירה שכנגד. כלומר, אם הצד שכנגד הוא זה שהביא את העד היריב למצב שבו הוא לא רוצה להחקר בחקירה נגדית, אנו נקבל את כל מה שאמר בחקירה ראשית כאמת וזו הסנקציה.

מה קורה כאשר לא ניתן לחקור עד בחקירה נגדית מסיבה אובייקטיבית?

דוגמא: העד מת.

פס"ד בשירי: **בית המשפט העליון**: במצב כזה, כאשר העד לא נחקר בחקירה נגדית בעקבות סיבה אובייקטיבית, העדות שנמסרה בחקירה הראשית לא תמחק ומשקלה הראייתי ייקבע על ידי בית המשפט בנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה.
המרצה: פתרון ביניים בין הראשון לשני.

כל מה שנאמר עד כה נכון גם להליך אזרחי וגם להליך פלילי כיוון שחקירה נגדית קיימת בשני ההליכים.

חקירה חוזרת

מי שזימן את העד חוקר אותו בחקירה ראשית ויש לו זכות לחקור את העד שלו פעם נוספת בחקירה חוזרת. במסגרת החקירה החוזרת, הצד שזימן את העד רשאי לחקור אותו פעם נוספת ולשאל אותו שאלות שנועדו להבהיר תשובות או להשלים תשובות שהוא מסר בחקירה הנגדית.

החקירה החוזרת לא מהווה מקצה שיפורים לחקירה הראשית. **פרקטית**: עורכי הדין מנסים לשאול שאלות שלא נשאלו בחקירה הראשית וזה אסור!

דוגמא: אמרנו שבחקירה הנגדית הצגנו תזה לאישור – "אם אתה אומר שבתאורה היה רק חצי פנס וזו הייתה שעת לילה מאוחרת ואתה גם ככה לא רואה טוב בלילה, זה אומר שלא זיהית את הנאשם במאה אחוזים ואפילו לא 90 אחוזים והוא ענה נכון אבל...". בחקירה החוזרת אני יכול להגיד "כשחברי שאל אותך כך וכך ענית נכון אבל, תשלים בבקשה את המשפט שרצית לומר". סביר להניח שבית המשפט יאשר לשאול שאלה כזאת.
צריך לשמור על הכללים והכי חשוב לשמור שהצד שכנגד ישמור על הכללים כי בפרקטיקה שואלים שאלות ששכחו לשאול.

המאפיינים של חקירה חוזרת

שאלה פתוחה, לא מדריכים את העד, אסור לשאול אותו שאלות לאישור בדיוק כמו חקירה ראשית.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

הפסיקה קובעת כי ניתן להכריז על עד עוין גם במהלך החקירה החוזרת.
עד עוין זה עד שגילה עוינות למי שזימן אותו. בדרך כלל עדים עוינים רואים כבר בחקירה ראשית.

מעורבות בית המשפט בהבאת ראיות

מעורבותו של בית המשפט בהבאת ראיות יכולה לבוא בשתי דרכים:

1. **שאלות שמציג בית המשפט לעדים שעה שאלה נחקרים על ידי בעלי הדין (סעיפים 175 + 176 לחסד"פ):**
סעיף 175 לחסד"פ -

לא רק כאשר אנו מסיימים את החקירה בית המשפט מפנה לעד שאלות, גם במהלך החקירה שופטים נוטים להתערב ולשאול את העד שאלות הבהרה. **דוגמא:** אם הוא נותן תשובה והתשובה לא מספקת את בית המשפט ואני לא מבקש ממנו להבהיר את התשובה, בית המשפט מבקש להבין מה אומר מה שאמרת. נניח שהעד אמר "אני והוא היינו" בית המשפט ישאל מי זה אני והוא.

חקירה בידי בית המשפט [157]

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

סעיף 176 לחסד"פ -

ברגע שבית המשפט שאל את העד שאלות שהוא חקר אותו, כל אחד מהצדדים רשאי לשאול את העד שאלות נוספות שמתייחסות לשאלות שהעד נשאל על ידי השופט.
בכל שלב בדיון השופט יכול לשאול שאלות הבהרה.
בית המשפט אינו מוגבל לאופי החקירה, הוא יכול לשאול כל שאלה שהוא רוצה, בכל צורה שהוא רוצה – שאלה מנחה/מדריכה/פתוחה וכו'.

אם בית המשפט שאל את העד שאלות, הצדדים רשאים לחקור אותו אבל החוק לא קובע איך הצדדים יחקרו את אותו עוד. כלומר, אם בית המשפט אומר שיש לו כמה שאלות לשאול את העד ואני מבקש לשאול שאלות לגבי התשובות שהעד מסר, החוק לא אומר אם אני צריך לשאול על דרך של חקירה נגדית או ראשית אבל סביר להניח שבית המשפט יאשר לשאול שאלות בצורה של חקירה שכנגד.

חקירה נוספת בידי בעלי הדין [158]

176. חקר בית המשפט עד, רשאים בעלי הדין לחקור את העד חקירה נוספת להבהרת ענין שנתעורר בחקירתו של בית המשפט.

2. **קריאת עדים והבאת ראיות מטעם בית המשפט וזאת לאחר שבעלי הדין הביאו את הראיות שלהם (סעיפים 167, 168, 181 לחסד"פ):** הסתיימה פרשת התביעה וההגנה ולבית המשפט יש סמכות לזמן עדים מטעמו. לכאורה זו פרשה נוספת שבית המשפט מנהל ויש לו את הסמכות מכוח הסעיפים לעיל.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

סעיף 167 לחסד"פ –

עד יכול לזמן עד, עד שהעיד ירד מדוכן העדים, בית המשפט שמע את כל העדים, הוא יכול לבקש שעדים יחזרו לדוכן העדים. בית המשפט להורות על הבאת ראיות אחרות – או שאחד מבעלי הדין יבקש מבית המשפט לזמן עד לדיון (אם בעל הדין סיים את הפרשה שלו – תביעה/הגנה, הוא יכול לחכות לסיום הפרשות ולבקש לזמן עד נוסף) ועד זה יהיה עד מטעם בית המשפט.

ראיות מטעם בית המשפט [150]

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

אם עד שלנו מסר עדות מסוימת ולאחר מכן הגיעו עדים אחרים שסתרו את העדות שלו והעד כבר ירד מדוכן העדים, הוא לא יודע מה עדים אחרים אמרו ושסתרו את הגרסה שלו ואנו רוצים לזמן אותו שוב ולומר לו שהעדים האחרים הוציאו אותו שקרן, ניתן לזמן אותו מטעם בית המשפט. יש פגיעה בשיטה האדוורסרית כי בית המשפט לא אמור לתקן ליקויים שנעשו בידי בעלי הדין. אבל המטרה היא להגיע לחקר האמת.

סעיף 168 לחסד"פ –

אם הגיע עד מטעם בית המשפט, כמו עד אליבי שמעיד שהנאשם היה אצלו בזמן העבירה, אבקש מבית המשפט להביא עדי הזמה (שיזימו את מה שהעדה אמרה).

סתירת ראיות מטעם בית-המשפט [151]

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

סעיף 181 לחסד"פ –

מתייחס לסעיף 167. ברגע שעד מגיע מטעם בית המשפט, שני הצדדים חוקרים אותו בחקירה נגדית, בסדר שביט המשפט יקבע.

עדות מטעם בית המשפט [163]

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

← **בית המשפט נמנע מלעשות שימוש בזה, כי יש פגיעה בשיטה האדוורסרית. יחד עם זאת, מאחר ומדובר בהליך פלילי והמטרה היא להגיע לחקר האמת, כמובן שיש אינטרס לעשות כן.**

פס"ד כניר: בית המשפט רשאי לעשות שימוש בסמכות של 167 לחסד"פ ולזמן עדים מטעמו, בכל שלב של ההליך, גם לאחר שלב הסיכומים וזאת אף לאחר הכרעת הדין. **כל עוד לא ניתן גזר דין, בית המשפט רשאי לזמן עדים מטעמו (בד"כ ביוזמת הצדדים).**

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

דוגמא: נניח שבית המשפט אומר ששום עד לא בא וסיפק אליבי, בית המשפט הרשיע את העד והדין הבא הוא גזר הדין ופתיאום מגיעה עדת האליבי ורוצה למסור עדות. לתובע אין אינטרס להרשיע חפים מפשע, אז אם הוא חושב שיש עדת אליבי שתיתן ראיה טובה, ברגע שהוא מצליח לזמן אותה, גם לאחר שבית המשפט הרשיע את הנאשם, יש לנו אינטרס לשמוע את אותה עדות (מטעם ההגנה והתביעה). הפסיקה גם קובעת שכלל שהבקשה להבאת ראיות מתאחרת, בהתייחס לשלב שאליו הגיע ההליך השיפוטי, כך תהיה נדירה וחריגה ההיזקקות של בית המשפט להפעלת הסמכות. ככל שהגענו לשלב מתקדם יותר של המשפט, כך בית המשפט פחות או בכלל לא ישתמש בסמכות הזאת.

המרה: השיטה לא באמת אדוורסרית טהורה, הפסיקה בבית המשפט העליון מסכימים לשופטים בערכאה דיונית להתערב בהליך כדי להגיע לחקר האמת.

הכנת עדים

הפסיקה אומרת שלפני העדה של העד בבית המשפט, אין מניעה שהעד שזימן את העד ייפגש איתו ויכין אותו לקראת העדות.

המרה: זו זכות שהיא חובה, חייבים להכין את העד לקראת העדות שלו בבית המשפט.

לעדים אובייקטיביים בדרך כלל אין אינטרס בתוצאות המשפט, יש מעט מאוד עדים שרוצים להגיע לחקר האמת וכו'. עדים שוכחים, עדים לא רוצים, יש להם מניע נסתר וכו'. אנו מכינים אך ורק עדים שלנו ואסור לי ליצור קשר ישיר או עקיף עם עד של הצד שכנגד.

ברגע שבית המשפט הוציא זימון כדין לעד, נפגשים עם העד. ככל שההכנה תהיה סמוכה למועד המשפט, כך הזכרון יהא טרי יותר.

אסור בשום אופן להגיד לעד מה אמרו עדים אחרים!!

- בהליך אזרחי: מקריאים את התצהיר שלו, עוברים איתו יחד על התצהיר שלו, שואלים אותו שאלות.
- **דוגמא:** אפשר להגיד לו שבתצהיר הוא אמר כך וכך אבל בחקירה נגדית הצד שכנגד יגיד לך שזה לא מסתדר לו וישאל איך הוא מסביר זאת ← מותר לשאול את העד שאלות.
- בהליך פלילי: עוברים איתו על ההודאה שמסר בתחנת המשטרה.

← **תזכורת: אף פעם לא לשאול את העד שאלות שאנחנו לא יודעת את התשובה עליהם.**

פס"ד גבריאל: הכינו עדה לעדות חוזרת, הייתה הפסקה ואז למעשה, במשטרה או תביעה משטרתית, חוקרים הכינו אותה שוב וסניגור עלה על זה ואמר שצריך לפסול את העדות שלה. עלתה השאלה - מה קורה כשמכנינים את העד במהלך החקירה? בית המשפט אומר שלא, אין לקבוע כלל נוקשה שבא כוח של בעל דין לא יכול להכין את העד במהלך הפסקה. אבל הדרכת עד במשטרה במישרין או בעקיפין בהפסקה מעדותו, גורעת ממשקלו בהמשך.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

לפעמים צריך להכין עד בהפסקה.

לפעמים יש הפסקה ארוכה בין חקירה ראשית של עד לבין חקירה נגדית. במצב כזה, יש לבקש מבית המשפט את הפרוטוקול של העדות בחקירה הראשית של העד, על מנת שיקרא בבית את מה שאמר כי ישאלו אותו על דברים שהוא אמר ושיכין את עצמו כמו שצריך.

הפסיקה אומרת שגם אם במצב כזה של הפסקה הכנו את העד, זה פוגע במשקל של העדות. אם עורך הדין מכין את העד מחדש בזמן ההפסקה בין החקירה ראשית לחקירה נגדית, יש לומר מראש לבית המשפט על מנת שתהיה שקיפות מלאה.

← **אסור להכין מספר עדים בחדר אחד, כל אחד בנפרד.**

← **חשוב שתהיה הפרדה מוחלטת בין העדים ואף שישבו בכסאות נפרדים בביהמ"ש.**

עד עוין

רלוונטי להליך פלילי ולהליך אזרחי.

עד עוין זה עד שגילה עוינות לצד שקרא לו להעיד/זימן אותו לביהמ"ש.

אני לא יכול להגיד לעד של הצד שכנגד שהוא עד עוין, כי הוא לא עד שלך והוא באמת כזה. הכוונה לעד מהצד שלי שהתהפך עליי.

דוגמא: אישה מוכה היא אישה עוינת קלאסית. בדרך כלל בתחנת המשטרה היא מוסרת עדה מושלמת ואז כשהיא מגיעה לבית המשפט או שהיא לא אומרת כלום או שהיא ממזערת את החלק של הבן זוג האלים, מוסרת גרסה שונה לחלוטין.

עד עוין יכול להיות שלא יסתור את הגרסה שלו אבל הוא יהיה עוין כלפי הצד שזימן אותו, מגלה עוינות בהתנהגות וגם אז ניתן להכריז עליו כעד עוין.

- רק בית המשפט מכריז על עד עוין, בעל הדין הוא זה שיבקש מבית המשפט.

סעיף 179 לחסד"פ –

עד עוין [161]

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

אמרנו שיש שלושה מצבים שחקרנו עד שלי בחקירה נגדית למרות שהוא עד שלי? אחד המצבים הוא עד עוין. למה להכריז עליו כעד עוין? ברגע שבית המשפט מכריז על העד כעד עוין, ניתן לחקור אותו בחקירה נגדית ולא ראשית ואז ניתן לשאול לפי המאפיינים של חקירה נגדית ולא חקירה ראשית (כל מה שאני רוצה לשאול).

קיימים מספר שלבים עד שבית המשפט מכריז על עד כעוין:

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

1. אם ישנה סתירה, נבקש מבית המשפט לרענן את זכרונו של העד. **דוגמא:** בעל הדין יאמר לעדה: "את אומרת שהוא רק דחף אותך ולא זרק לעברך צלחת? אני מפנה אותך לעמוד 3 להודעה שלך במשטרה. עכשיו אחרי שקראת, תספרי לבית המשפט מה אמרת בתחנת המשטרה".
2. אם עדיין העד עוין, מגישים לבית המשפט את ההודעה שמסר בתחנת המשטרה כראיה לעצם הרישום בלבד. אם העד עדיין עוין, בעל הדין יפנה את בית המשפט להודעה שנתן העד במשטרה. למה להפנות? כי אם לא אפנה, זו עדות מפי השמועה, צריך להראות את דבריה.
- בית המשפט מקבל את הראיה הזאת כראיה לעצם הרישום בלבד, רק כדי להראות שיש סתירה.
3. בית המשפט נותן אפשרות לצד שכנגד להגיב: בשלב זה בית המשפט שומע ולא חייב לקבל. בשלב הבא בית המשפט מכריז על העד כעד עוין, אך בית המשפט גם יכול להחליט שהוא לא מכריז עליו ויבקש להמשיך לשאול שאלות או לעבור לסוגיה אחרת. כאמור, אפשר להכריז על עד עוין גם בחקירה חוזרת (מקרה חריג). כפי שאמרנו, אפשר לראות שעד עוין כבר בהכנה לעדות/בחקירה ראשית.

הכלל הפוסל עדות מפי השמועה וחריגיו

רלוונטי גם לפלילי וגם לאזרחי (אלא אם כן נסייג אותם). לא בכל מקרה שהעד אומר "שמעתי" זו עדות מפי השמועה אבל ברגע שיש שמועה, צריך לומר כי עדות מפי השמועה פסולה כראיה ומאותו רגע, העד לא יכול להעיד על מה שהוא שמע.

הכלל הפוסל עדות מפי השמועה הוא אחד הכללים החשובים שיש בדיני הראיות אך הוא לא זכה לעיגון בפקודת הראיות, יחד עם זאת, החריגים לכלל קיימים בפקודת הראיות ובהלכה הפסוקה. מכוח זה שפקודת הראיות כוללת חריגים לכלל, מבינים שיש כלל.

משמעות הכלל הפוסל עדות מפי השמועה:

הכלל: עד יכול להעיד בבית המשפט אך ורק על עובדות שהוא קלט בחושים שלו והוא אינו רשאי למסור בבית המשפט עדות על עובדות שנקלטו בחושיו של אדם אחר והגיעו לידיעתו של העד מפי השמועה.

דוגמא: ראובן הוא עד ראיה והוא ראה את שמעון גונב רכב. מתנהל משפט נגד שמעון אשר אומר שהוא לא גנב כלום. ראובן קלט את העדות בחושים שלו והוא נקרא עד מקור – ראובן המקור לעובדות. אם שמעון אומר שהוא לא גנב, ראובן הוא עד ראיה אז הוא קלט את זה בחוש הראיה, ניתן לחקור אותו בחקירה ראשית ובחקירה נגדית וכו'. נניח שראובן בא הביתה אחרי שראה את שמעון גונב ואחרי שעתיים מספר על כך לאשתו צילה. אמרנו שראובן הוא עד מקור. צילה לא קלטה את אירוע הגניבה בחושים שלה, היא שמעה על כך. אם צילה תעיד על תוכן הדברים שמסר לה ראובן (על האמיתות שלהם), העדות שלה נחשבת עדות מפי השמועה. צילה לא קלטה את העובדות בחושים שלה, הן הגיעו לידיעתה מפי השמועה. כלומר, היא שמעה אודותיהן מפיו של ראובן בעלה. **הכלל הפוסל עדות מפי השמועה, לא מאפשר לי להעיד את צילה על אמיתות תוכן הדברים של ראובן.** כשבית המשפט יצטרך לקבוע האם שמעון גנב או לא גנב, הוא לא יכול להרשיע את שמעון על סמך העדות של צילה.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

הטעמים לכך שלא מעידים עד מפי השמועה:

- ברגע שהמידע עובר חוליה נוספת, רוב הסיכויים שהמידע ישתבש בדרך.
- אם חוקרים עד מפי השמועה, אי אפשר לבדוק האם המידע אמין או לא. דוגמא: אם נגיד לצילה שיש ארבעה שומרים ולא יכול להיות ששמעון הצליח להיכנס לחניון ולצאת עם הרכב, היא תגיד "אני לא יודעת זה מה שבעלי אמר לי". צילה לא יודעת אם מה שראובן סיפר לה נכון. לא נצליח לחזק את המידע או להפריך אותו. ברגע שחוקרים עד מפי השמועה, אין ערובה לאמיתות המידע.
- עד מפי השמועה אינו יכול לערוב ולהעיד על אמיתות הדברים כי במקרים האלה אין ידיעה אישית.
- ברגע שעד אינו יכול לערוב ולהעיד על אמיתות הדברים – אין בסיס לדברים כדי להרשיע.
- לבית המשפט אין יכולת להתרשם מהעד שקלט את המידע בחושים שלו. עד מפי השמועה הוא צינור/מתווך.

יש עדי ראייה שהם שקרנים אבל לפחות אם מקור המידע מגיע לבית המשפט, ניתן לחשוף את הפגמים שלו בחוש הראייה או על מניע נסתר שגורם לעד מקור להפליג. ניתן לחשוף את השקרים כשמעידים עד מקור, כשמעיד עד מפי השמועה, אין דרך להראות שמדובר בשקר. יש לא מעט רציונאליים שמצדיקים את הכלל הפוסל מפי השמועה.

טיעוני נגד החלת כלל הפסילה:

1. ההנחה היא שעדויות מפי השמועה מבוססות על מידע רלוונטי. ברגע שפוסלים עדויות כאלה, מונעים מביהמ"ש לקבל ראייה רלוונטית אשר יכולה הייתה לקדם את ביהמ"ש לחקר האמת. דוגמא: מצב שבו ראובן נפטר וצילה מכירה את המידע דרך ראובן. במצב כזה, אולי עדיף כן לשמוע את צילה מאשר לא לשמוע בכלל את העדות הזאת.
 2. מגמת המעבר מקבילות למשקל הראייה: ברוח המגמה, כן יש לקבל עדויות מפי השמועה ואת החששות שלנו על עדויות אלה, נתרגם למשקל הראייה. אם העדויות מפי השמועה ישפיעו, הם ישפיעו על משקל הראייה ולא על הקבילות של הראייה. דוגמא: אפשר להשתמש בעדות של צילה ולדרוש תוספת ראייתית במקום לפסול את הראייה.
- בנוסף, מדוע דיני הראיות פוחדים מעדויות מפי השמועה? ההנחה היא שעדויות מפי השמועה הן ראיות מפוקפקות/נחותות ביחס לעדויות מקור. המרצה: לפעמים זה בדיוק ההפך. דוגמא: מקרים של פגע וברח. מי שמבחין בנהג שברח זה נהג ממול והוא מבקש משמעון שיושב לידו שיוציא דף ועט ויכתוב את מספר הרכב שראה והוא כותב. מי עד המקור ומי העד מפי השמועה? דווקא העדות מפי השמועה הרבה יותר חזקה מעדות מקור. אפשר לטעון שהמידע שובש בעת שהנהג העביר לשמעון את המספרים אבל זה יתורגם במשקל.
- המרצה:** זה לא שהעדויות נחותות או מפוקפקות ולפעמים הן יותר טובות מעדות מקור, הבעיה שלביהמ"ש לא תמיד יש כלים לבדוק אם המידע אמין או לא, הוא פוסל באופן גורף.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

היתרונות והחסרונות של העדות מפי השמוע משקפים שני זרמים בדיני הראיות:

1. הזרם שטוען שלמען גילוי האמת ראוי למנוע מראיות מפוקפקות או נחותות להגיע לביהמ"ש, הם רוצים רק ראיות טובות ואיכותיות.
2. זרם שגורס שלמען גילוי האמת יש לאפשר לביהמ"ש לבחון את כל המידע הרלוונטי תוך מתן משקל שונה לראיות השונות.

עדות מפי השמועה יכולה להיות בכל אחת מהדרכים הבאות: בעל פה, בכתב או בהתנהגות.

דוגמא: יומן אישי הוא עדות מפי השמועה. צריך להביא את כותבת היומן כדי שתגיד מה קרה בתאריך כך וכך. כל ההקלטות/הסרטות מכתבים וכו' הם עדות מפי השמועה. **כל עוד העד לא עולה על דוכן העדים ומספר לבית המשפט את מה שהוא ראה/קלט/שמע – זה עדות מפי השמועה.**

עדות מפי השמועה אינה קבילה כראיה – לא כתוספת ולא כראיה עיקרית. ברגע שמכשירים את העדות מפי השמועה דרך אחד החריגים, היא יכולה לשמש בסיס להרשעה וכתוספת ראייתית. ברגע שנותנים לה כרטיס כניסה לביהמ"ש היא שווה כמו כל ראיה.

תחומי האיסור וטיבו

האיסור על עדות מפי השמועה מתייחס לאמיתות תוכן הדברים בלבד. כלומר, האם הדברים נכונים או לא. להבדיל מעדות לעצם אמירת הדברים לעד, וזאת בתנאי, שעצם אמירת הדברים היא רלוונטית. כלומר, תמיד אנחנו צריכים לשאול מהי תכלית העדות? למה אני באמת רוצה להביא את צילה לבית המשפט אם ברור לי שהיא לא קלטה את העדות בחושים שלה? **תכלית העדות קובעת אם הכלל יחול או לא יחול.** לא תמיד אפשר למנוע מצילה להגיע לבית המשפט. השאלה אם צילה יכולה להגיע או לא תלויה בשאלה **מהי תכלית העדות?** אם תכלית העדות היא להוכיח את אמיתות תוכן הדברים, במילים אחרות, שמה שראובן סיפר לה זה באמת נכון והדברים שהיא שמעה הם באמת נכונים, העדות הזאת לא קבילה משום שכלל הפסילה פוסל אותה. העדות הזאת נחשבת לעדות מפי השמועה והיא פסולה כראיה. לעומת זאת, אם תכלית העדות היא להוכיח את עצם מסירת/אמירת הדברים, שראובן יום אחד בא ואמר לה ששמעון גנב רכב, אם אני רק רוצה להוכיח שיום אחד הוא בא וסיפר את זה לצילה, כלל הפסילה לא יחול על העדות הזאת.

אם רוצים להוכיח שהדברים נאמרו – הראיה קבילה. לעומת זאת, אם רוצים להוכיח שהדברים שנאמרו הם נכונים, הראיה תהא פסולה.

אם בית המשפט לא יכול לקבוע ממצאים על תוכן הדברים של צילה אז למה צריך אותה? לפעמים זה מאוד חשוב משני מצבים:

מצב ראשון: ראובן יעיד וברגע שהוא יעיד הוא יגיד שמיד לאחר שהוא ראה את המקרה הוא סיפר לאשתו ואז יעידו את האישה וישאלו אותה אם הוא אמר את זה והיא תספר שכן ותספר מה אמר – העדות של אשתו מחזקת את העדות שלו, משקל העדות יהיה גבוה יותר.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

מצב שני: ראובן יגיד שהוא לא ראה אף אחד ולמה התביעה מעידה אותו? התביעה תביא את האישה שתסתור את העדות שלו בכך שהיא תגיד שזה לא נכון שהוא לא ראה כי הוא אמר לה שהוא ראה. זה עוזר לתביעה להראות שראובן סותר את מה שאמר בהתחלה. העדות של צילה תחזק את העדות שלו בתחנת המשטרה. בנוסף, ניתן אף להכריז עליו כעד עוין.

- השאלה האם עד שלא קלט אירוע מסוים בחושים שלו לא יכול להעיד? לשים לב במבחן לגבי מה העד מפי השמועה כן יכול להעיד.

10 בדצמבר 2018

המשך – הכלל הפוסל עדות מפי השמועה וחריגיו

בשיעור הקודם דיברנו על הכלל ואמרנו שלמעשה הכלל הפוסל עדות מפי השמועה אינו מאפשר לנו להעיד עדים על עובדות שלא קלטו בחושים שלהם. הכלל חל גם בהליך פלילי וגם בהליך אזרחי. דיברנו על התכלית של עדות מפי השמועה. אם אנחנו רוצים להוכיח את עצם אמירת הדברים, אין בעיה. אם אנו רוצים להוכיח את אמיתות תוכן הדברים, אנחנו לא יודעים אם זה נכון ולכן, הכלל הפוסל עדות מפי השמועה פוסל עדויות מפי השמועה לאמיתות התוכן. לכן, דיני הראיות פוסלים את הראיה.

העדר התנגדות לעדות מפי השמועה –

הלכה היא כי עדות מפי השמועה שהתקבלה בהסכמה או ללא התנגדות של הצד שכנגד, קבילה כראיה, אולם משקלה ההוכחתי ייקבע על ידי בית המשפט על פי הנסיבות ויתר הראיות. זה נכון גם בהליך פלילי וגם בהליך אזרחי. יתר על כן, קבעה הפסיקה, כי אי התנגדות לעדות מפי השמועה תתפרש כהסכמה לקבלת העדות ולא יפתח צוהר בשנית (לא תהא הזדמנות נוספת) להעלות טענת קבילות במעמד הערעור (השופטת עדנה ארבל בפס"ד פלוני, השופטת חיות בפסק דין סויסה).

כלומר, ברגע שיש עדות מפי השמועה ולא מתנגדים לעדות שלה, הראיה הופכת לראיה קבילה ולא רק זה, לא ניתן יהיה להגיש ערעור בסופו של דבר על זה שבית המשפט קיבל ראיה בלתי קבילה, כי זה שהסכמתם או כל שכן לא התנגדתם לשמיעת העדות, מראה שהסכמתם לקבלת העדות כי עדות קבילה (בשונה מפוליגרף).

כששומעים עדים, עדים נדרשים על מה שהם קלטו בחושים שלהם, אבל אם תוך כדי העדות הם אומרים "שמעתי ש..." צריך להתנגד כי זו עדות שמועה.

הכלל הפוסל עדות מפי השמועה בעבר היה רחב ביותר אבל החל משנות ה-80, לאור מגמת המעבר מכללי קבילות לכללי משקל, נוספו לכלל הזה חריגים שהחריגים האלה כמובן מסיידים את תכולת כלל הפסילה. בעבר הכלל הזה רחב ביותר, החריגים לכלל היו מצומצמים והחל משנות ה-80 הפסיקה והמחוקק, קבעו בדין חריגים נוספים לכלל הפוסל עדות מפי השמועה. לכן, הכלל קיים היום אבל יש הרבה יותר חריגים מבעבר. מעבר לכך, גם לביהמ"ש העליון יש סמכות לקבוע חריגים נוספים בפסיקה.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

החריגים לכלל הפוסל עדות מפי השמועה

ברגע שהעדות נכנסת לגדרו של חריג מסוים, הראיה הופכת לראיה קבילה.

חריגים סטטוטוריים (סעיפים 9 ו-10 לפק"ר):

המכנה המשותף לחריגים האלה זה שמדובר בעדות על אמרות/אמרה ספונטנית שנאמרו בדרך כלל בסמוך לקרות האירוע הנדון במשפט. לכן, חזקה שמי שאמר את אותה אמרה או כתב אותה, זה למעשה דבר אמת – העדות שלו באמת מהימנה. במקרים כאלה, אם העדות מפי השמועה נופלת לאחד מהחריגים בסעיפים 9 ו-10 היא ראיה קבילה. לגבי המשקל – בין 0 ל-100. **סעיפים 9 ו-10 מאפשרים לחריגים של עדות מפי השמועה להיכנס לבית המשפט.**

עדות על אמרת קורבן מעשה אלימות

סעיף 10 לפק"ר – עוסק בעדות על אמרת קורבן מעשה אלימות.

אמרה של קורבן 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.

אמרת קורבן מעשה אלימות – זה עדות מקור (הקורבן), עדות אמירה – הקורבן אמר למישהו אחר. אני רוצה להעיד מישהו אחר, עד שרוצה להעיד על מה שאמר הקורבן.

דוגמא: צילה קורבן למעשה אלימות וכאשר בעלה ראובן תוקף אותה, בורחת לבית שכנתה ומספרת לה שבעלה בא הביתה שיכור ותקף אותה.

צילה היא קורבן מעשה אלימות, אם היא תעיד בבית המשפט היא עדת מקור אבל הבעיה היא לא עם צילה כי היא המקור. השאלה היא האם אפשר להעיד את אהובה כי אהובה שמעה מצילה על המקרה וזו עדות מפי השמועה.

סעיף 10 אומר שכשמדובר באמרת קורבן מעשה אלימות והאמרה נאמרה בסמוך למעשה האלימות, האמרה תהיה קבילה בין אם צילה תעיד במשפט או לא תעיד במשפט בשל סיבה אובייקטיבית. באמצעות סעיף 10, בית המשפט יוכל לקבוע על סמך העדות של אהובה, לא רק שצילה אמרה לה את הדברים אלא שהדברים קרו במציאות. סעיף 10 יכשיר את העדות של אהובה לאמיתות תוכן הדברים. באמצעות סעיף 10 מכשירים את העדות של אהובה, אבל יכול להיות שצילה לא תעיד כי היא קורבן מעשה אלימות ומסיבה אובייקטיבית (מתה/מחוסרת הכרה וכו'), במקרה כזה ניתן להעיד את אהובה במקום צילה.

בסעיף 10 יש כל מיני תנאים מקדימים ולאחר מכן צריכה להתקיים אחת משלוש החלופות של סעיף 10:

(1) האמרה של צילה לאהובה תתקבל רק אם נאמרה ממש בסמוך למעשה האלימות (אמרה ספונטנית).

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

(2) היא נוגעת למעשה האלימות לפי סדר האירועים עד כה היותה חוליה בשלשלת הנסיבות הקשורות במישרין לביצוע העבודה.

(3) בשעה שצילה אמרה לאהובה, צילה הייתה גוססת או האמינה שהיא גוססת בעקבות מעשה האלימות. זאת אומרת שבעלה דוקר אותה והיא בעלה לבית של אהובה ואומרת לה "תצילי אותי, בעלי תקף אותי". **נדבר על החלופות בהרחבה בהמשך.**

סעיף 10 חל גם בהליך פלילי וגם בהליך אזרחי – אפשר להגיש כתב אישום כנגד ראובן וגם כתב תביעה כנגד ראובן בגין עוולת הנזיקין.

מדוע מכשירים דווקא אמרה של קורבן מעשה אלימות?

1. **נעוצה בצורך לשמור על האמרה** - תקנת הציבור מחייבת שמירה על כל שריד של הוכחה שבנסיבות העניין אין מקום לחשוד בו שהוא כוזב. פעמים רבות קורבן מעשה אלימות לא יכול להעיד כי הוא נפגע, תקנת הציבור מהווה שמירה על כל שריד של הוכחה.

2. **נעוץ במהימנות האמרה** - קורבן מעשה אלימות אינו משקר בנוגע לאמרה המתייחסת לאירוע האלימות. כלומר, בשונה מעבירות אחרות, כשמישהו מותקף פיזית ולצורך העניין הוא פולט אמרה ספונטנית בפני אדם מסוים, ההנחה היא שהוא לא ישקר. זה הרציונאל שעומד בבסיס סעיף 10.

אמרנו שיש לא מעט תנאים שצריכים להתקיים, לא מספיק שהוא קורבן מעשה אלימות אלא צריך לעמוד בתנאים של סעיף 10:

(1) צריך להראות שמדובר במעשה אלימות אחרת זה לא מתקיים – מדובר באמרה של קורבן מעשה אלימות. מעשה אלימות הוא כל מעשה שיש בו הפעלה של כוח פיזי – אם אדם הוכה, נדקר, קורבן ירי, נדרס בפגע וברח. **בש"פ רחמימוב:** עובד רומני זר שהותקף בידי מספר אנשים, 3 אנשים הציגו את עצמם כשוטרים ואמרו לו להרים ידיים והתקיפה באה לידי ביטוי בזה שהם הכניסו את הידיים לכיס שלו, לקחו כל מה שיש ועזבו אותו. המתלונן מיד רץ לספר לשוטר על מה שעשו לו. כשהתחיל המשפט העובד עזב את הארץ ואז רצו להכשיר את מה שעשו לו באמצעות אותו אדם/שוטרים שהוא סיפר בפניהם. בית המשפט השלום קבע שהתנאים לסעיף 10 התקיימו. בית המשפט המחוזי אומר שלא מדובר במעשה אלימות. הגיע לעליון ובית המשפט העליון, השופט חשין קובע שמדובר במעשה אלימות לצורך סעיף 10. התנאי הראשון צריך להיות אמרה של קורבן מעשה אלימות.

(2) האמירה צריכה להתייחס במישרין למעשה האלימות או לנסיבות הלואי שלו. כלומר, מה שנצליח להכשיר מכוח סעיף 10 זה רק מה שנוגע למעשה האלימות. **דוגמא:** אם צילה אומרת לאהובה שבעלה תוקף אותה והוא נוהג לעשות מיליון ואחד דברים נוספים, זה לא קביל. **קביל רק מה שקשור לאירוע התקיפה (גם הנסיבות)!**

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

(3) האמרה של העדה מפי השמועה תהיה קבילה גם אם הקורבן תעיד. אם שתי העדות יעידו, אז יש את העדות של המקור ואת העדות מפי השמועה אז למעשה, זה כאילו יש שתי ראיות קבילה – עדת ראיה וקורבן ואחת יכולה לחזק את השניה. גם אם הקורבן לא תעיד מסיבות אובייקטיביות (מתה, תשושה וכו'), עדיין ניתן יהיה להעיד את העדה.

בנוסף לתנאים הללו שצריכים להתקיים, יש לנו 3 חלופות בסעיף 10 ומספיק שאחת מהחלופות מתקיימת כדי להכניס את העד הזה לבית המשפט. לא מספיק שיש אמרת קורבן של מעשה אלימות אלא בהתאם לחלופות.

שלוש החלופות:

1. **חלופה ראשונה (סעיף 10(1) לפק"ר):** המחוקק עומד על סמיכות זמנים, על קרבת זמן, הוא עומד על כך שמסירת האמרה תעשה בסמוך לאירוע/מעשה האלימות. סמוך = הפסיקה קבעה שהמונח בסמוך/לאחריו אינו מתייחס רק לעניין של דקות אלא יכולה לחפוף גם משך זמן ארוך יותר (יכול להיות חצי שעה/45 דקות אבל ככל שעובר הזמן זה אומר שהאמרה כבר לא ספונטנית). האמרה היא ספונטנית אם היא נאמרה תוך כדי מעשה האלימות – כל מי שישמע את הקורבן בעת מעשה האלימות, אפשר להכשיר את העדות שלו מכוח סעיף 10. או בסמוך לאחריו (כמו שהזכרנו לעיל). גם בהודעה מאוחר לתחנת המשטרה ובלבד שהאמרה המאוחרת נמסרה בהזדמנות הראשונה שהייתה לקורבן להתלונן על מעשה האלימות. דוגמא: אם שוטר מגיע לזירת העבירה, הבעל ברח והאישה מספרת לשוטר, כל מה שהיא מספרת לשוטר והוא כותב, זו עדות מפי השמועה, הוא לא היה המקור אבל האמרה היא ספונטנית. מה קורה אם השוטר מגיע אחרי 6 שעות? סביר להניח שזו לא אמרה ספונטנית.

שאלה שעלתה בפסיקה - מה תחשב הזדמנות ראשונה?

פס"ד אמקייס: בית המשפט העליון קבע כי הזדמנות ראשונה יכולה להתרחש זמן קצר לאחר מעשה האלימות והיא יכולה הלהתקיים גם שעות ארוכות אחריו. באמקייס היה מקרה מאוד מורכב – הקורבן שבן הזוג שלה הצית אותה והיא נמלטה מהדירה איתו, הוא לקח אותה לבית החולים עם המוניט, היא בדרך סיפרה לאנשים שהיא הציתה את עצמה ולאחיות היא סיפרה שהוא הצית אותה. כעבור שבועיים, היא מוסרת לאחד העדים שהוא מנהל המחלה, שהוא הצית אותה בכך ששפט עליה נפט. בית המשפט הכשיר את האמרה שלה לאותו עד למרות שהיא נמסרה כשבועיים אחרי אירוע ההצתה כאמרת קורבן מעשה אלימות. היא הגיעה במצב של גסיסה ולכן, יש ערובה לעדות מפי השמועה. בסופו של דבר העליון זיכה את אמקייס.

תזכורת: גם עדות של חוקר ילדים זה עדות מפי השמועה שהינה ראיה קבילה – סעיף 9 מכשיר זאת. בדומה לכך סעיף 10 מכשיר את אמרת הקורבן מעשה אלימות כעדות קבילה.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

פס"ד אלפסי וחיר: הפסיקה הדגישה כי האמרה חייבת להיות ספונטנית ולא פרי של חקירה/דרישה והשתדלות. אולם, אם האמרה באה כתגובה על שאלה סתמית כגון: מה זה? מה קרה לך? מי עשה לך? וקורבן מספר, הפסיקה קבעה ששאלה סתמית אינה פוסלת את אופיה הספונטנית של האמרה.

פס"ד חיר: אדם שדקרו אותו בגבו הגיע עם סכין תקועה בגבו, ביקש עזרה רפואית וציין את שם הדוקר בפני שני שוטרים. הוא העיד בבית המשפט והעידו גם את השוטרים. הסיניגור טען שאמרה שמסר הקורבן לשוטרים לא קבילה מכוח סעיף 10 כי לא מדובר באמרה ספונטנית כי השוטרים שאלו אותו מה קרה.

פס"ד עמוסי (1981): עמוסי וחברים שלו ניגשו לבית חולים פסיכיאטרי ולקחו חולה משם ליער בירושלים ואנסו אותה. הם זרקו אותה בצד הדרך בירושלים ושוטרים הבחינו בה הולכת בצד הדרך. הם עצרו אותה, העלו אותה לניידת והיא לא סיפרה להם מה קרה. לקחו אותה לאחר מכן לבית החולים, הייתה שם אחות והיא בכתה בפני האחות אבל היא לא סיפרה לאחות שהיא נאנסה אבל מבינים שקרה לה משהו. לאחר מכן, הפגישו אותה עם הרופאה שלה מבית החולים הפסיכיאטרי ושם באמת היא נפתחת בפעם הראשונה ומספרת שאנסו אותה. הקורבן לא העידה במשפט כי הרופאים אמרו שאם תעיד מצבה הנפשי יתדרדר. מי שהעידה במשפט הייתה הרופאה מבית החולים הפסיכיאטרי, בית המשפט המחוזי – קבע שהעדויות של הרופאה קבילה משום שהדברים שהיא מסרה לרופאה זה דברים שנמסרו בהזדמנות הראשונה. עלתה השאלה בבית המשפט העליון – האם באמת היה אפשר להכשיר את העדות של הרופאה על מה שהקורבן אמרה לה מכוח סעיף 10?

אין ספק שזה לא בסמוך למעשה האינוס וגם לא תוך כדי מעשה האינוס. אבל האפשרות השלישית לפי הסעיף היא: ההזדמנות הראשונה (וכך פסק המחוזי). בית המשפט העליון קובע: הדברים שמסרה הקורבן לרופאה לא נמסרו בהזדמנות הראשונה אלא בהזדמנות השלישית ולכן, הם לא קבילים והרופאה לא יכולה להעיד על אמיתות תוכן הדברים. יחד עם זאת, לא זיכו את הנאשמים. **כאן בית המשפט בפעם הראשונה קובע שאמרת קורבן מעשה אלימות שעוברת כמה חוליות – זו לא הזדמנות ראשונה.**

המרצה: אם השופטים באמת היו רוצים להכשיר את האמרה, היו מפרשים את התנאי של "הזדמנות ראשונה" בהרחבה. היא הייתה חולת נפש וסביר להניח שהיא לא תפתח בפני מישהו שלא קרוב אליה כמו האחות. היא רואה את הבן אדם הראשון שהיא מכירה ויודעת שהיא יכולה לסמוך עליה וזו הרופאה מבית החולים הפסיכיאטרי. בא בית המשפט העליון ומפרש את "ההזדמנות הראשונה" בצמצום.

לפי פסק הדין הזה – צריך לבדוק מי הבן אדם הראשון שהיא פגשה והוא ההזדמנות הראשונה. **הפרשנות בפסק דין עמוסי היא פרשנות מצמצמת וזה מראה שהשופטים חוששים מעדות מפי השמועה.**

אמרת קורבן מעשה אלימות – או בסמוך או תוך כדי או בהזדמנות ראשונה ממש!

2. **חלופה שניה (סעיף 10(2) לפק"ר):** יש לנו דרישה שהאמרה צריכה להיות משולבת באירוע עצמו. כלומר, הטעם שנתנה הפסיקה לחריג הזה נעוץ באופי של האמרה. למעשה, הוא הופך להיות עובדה, חלק בלתי נפרד ממסכת האירוע. זה שאמרה הופכת להיות מעין עובדה במסכת העובדתית הזאת – למעשה, זו הערובה לאמיתות המידע. צריך להוכיח שהאמירה בלתי נפרדת מאירוע האלימות.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

פס"ד יעקובוביץ' – השופט קדמי, כשהתייחס לסעיף 10(2) – אמרה שתהיה חלק מהאירוע צריך להיות לה שני תנאים מצטברים:

א. דרישת המועד: האמרה צריכה להיאמר במועד שבו התרחש האירוע. השופט קדמי אומר שאפשר לפרש את התנאי הזה בגמישות משום שיכול לכלול אמרות שנאמרו לפני שהתחיל מעשה האלימות ואמרות שנאמרו בסמוך לאחר מעשה האלימות.

ב. דרישת הנגיעה למעשה האלימות: האמרה צריכה לגעת במישרין לאירוע האלימות והתנאי הזה אינו סובל גמישות – האמרה חייבת להתייחס למעשה האלימות. במרבית פסקי הדין שניסו להכשיר לפי 10(2), בית המשפט דחה את האמרה.

דוגמא לסעיף 10(2): צילה מספרת לאהובה שהיא הולכת לבלות עם בעלה במסעדה בעכו. אחרי יומיים מוצאים את הגופה שלה בעכו. האמרה נאמרה בסמוך למעשה האלימות בהנחה שלאחר השיחה הוא לקח אותה לעכו והיא קשורה במישרין למעשה האלימות. למעשה, היא נוגעת לזירת העבירה איפה שהוא לקח אותה.

פס"ד אולקין: בולקין הורשע ברצח של נערה בת 16 וחצי וגופתה העירומה נמצאה בחולות בעכו. היא עסקה בזנות והוא היה הסרסור שלה. הייתה מתיחות ביניהם, הגישה גם תלונה במשטרה. היה לו עבר פלילי והוא היה בתקופת מבחן. הוא ביקש ממנה להשיג כספים מאדם שהיה חייב לו. היא הולכת לבינו וחוזרת בידיים ריקות. בדרך היא עוצרת אצל שני חברים שלה ומספרת שהיא מפחדת מבולקין, הוא שלח אותה לגבות כספים מבינו והיא חוזרת בידיים ריקות. היא מגיעה הביתה ומספרת לו שלא הצליחה לגבות את הכסף, הוא נסע איתה לעכו ורצח אותה. בין יתר העדים היו אותם שני עדים שדיברו על הפחד של שושנה שהיא באמת פחדה ממנו. התביעה ניסתה להכשיר את האמרה הזאת לפי 10(2). בית המשפט המחוזי קבע שהאמרה באמת כשרה מכוח סעיף זה כי האמרה של העדים מתייחסת לאירוע האלימות. בית המשפט העליון פסק שאי אפשר להכשיר את האמרה של שושנה לאותם עדים מכוח סעיף 10(2). בית המשפט אומר איך קשור זה שהיא פחדה ממנו לזה שהיא נרצחה אחר כך? אם היא הייתה מספרת לאותם עדים שהוא הזמין אותה לעכו ושם נמצאה הגופה שלה, אז זה היה קשור. אבל זה שהיא אמרה שהיא פוחדת ממנו זה לא קשור במישרין למעשה הרצח לפי 10(2).

- קשה מאוד להכשיר אמרות כי זה מקרים שקורבנות מדברים עם מישהו בדרך שמישהו ירצח אותם וזה כמעט ולא קורה.

פס"ד יעקובוביץ': אב ובנו הורשעו ברצח של קורבן שעסק בהלוואות בשוק האפור. הוא הלווה להם כספים, ההלוואה תפחה והם גמלו בליבם לרצוח אותו. הקורבן מסר לקרובים שלו, בדרך, שהוא נוסע למגרש מכוניות של סוחרים ברמת השרון לגבות כסף מאנשים שחייבים לו ובאמת מצאו את גופתו אחרי כמה ימים. בית המשפט: על מה שהם שמעו מפיו, קבילים מכוח סעיף 10(2). דברים אלה מהווים את החוליה המקדימה של מעשה ההמתה. הדברים שאמר המנוח סמוך לפני שנפרד מקרוביו ויצא לדרך שממנה לא חזר, עונים לשתי

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

הדרישות של סעיף 10(2). הוא לא אמר לקרובים שלו שהוא פוחד מהסוחרים אלא מספר שהוא הלך לסוחרים ברמת השרון כדי לגבות כסף.

בפרקטיקה – כשהקורבנות בדרך למקום מסוים ששם הם נרצחים או מותקפים, אנו מחשיבים. **הראיה הזו קבילה**. מכוח העדות הזאת אי אפשר להפיל אותו אבל זו עדות שהיא רלוונטית. האם אני כתובע יש לי אינטרס שהעדות הזאת תוצג בבית המשפט? וודאי שכן, זו ראיה נוספת בדרך להרשעה של הנאשם. גם הקורבן מיקם את עצמו בדיוק באותו מגרש של סוחר רכבים והם בסוף רצחו אותו. אי אפשר להרשיע על סמך הראיה הזו בלבד אבל היא יכולה להיות תוספת.

פס"ד הרשטינק (2000): הרשטינק הורשע בביהמ"ש המחוזי ברצח לוכד הנחשים, יעקב סלע. היו חייבים לו כסף ונפגשו עם סלע, שכנעו אותו לבוא איתם לחיפה, הוא נסע איתם ברכב, הצטיידו בנשק ורצחו אותו בדרך. הרשטינק ניסה לתת אליבי. אבל העידו במהלך המשפט שני עדים לחובתו של הרשטינק. עד אחד היה תלמיד שמצא נחש והתקשר ליעקב סלע שאמר לתלמיד שהוא בדיוק נוסע לחיפה עם הרשטינק. בדרך הוא ממשך ועוצר בכפר ויתקין, הרשטינק וחברו נשאר ברכב וסלע עלה לידידה שלו רויטל והוא מספר לה שהוא איתם. הם ירו בראשו ובית המשפט הכשיר את הדברים של העדים לאמיתות התוכן. בית המשפט אומר שהדברים הללו נאמרו על ידי המנוח במהלך הדרך, לפני רציחתו ומכשיר את העדות לפי החלופה השניה. עדויות אלה ממוטטות את גרסת האליבי. כשהראיה הופכת להיות ראיה קבילה, זה כמו עדי ראיה ולכן, ממוטט את האליבי.

3. **חלופה שלישית (סעיף 10(3) לפק"ר):** אמרת שכיב מרע (גוסס) – אם הקורבן היה במצב של גסיסה או האמין שהוא גוסס, גם אז אפשר להכשיר את האמרה. באמקייס – ברגע שהקורבן מגיע למצב של גסיסה והוא אומר משהו במצב כזה, גם אם זה נאמר שלושה שבועות אחרי מעשה האלימות, סביר שהוא לא ישקר. התנאים להכשיר את האמרה:

א. האמרה צריכה להיאמר על ידי קורבן מעשה אלימות שגוסס (אובייקטיבית גוסס). אותו קורבן האמין שהוא גוסס (סובייקטיבית).

דוגמא: ירי, מעיפים למישהו שתי אצבעות הוא רואה מישהו ואומר לו שהוא הולך למות מאיבוד דם ורוצה להגיד לו מי ירה בו וכו'. גם אם זו לא ההזדמנות הראשונה, אפשר להחשיב. גם אם הצליחו להציל אותו ואמרו שהוא לא באמת היה במצב של גסיסה.

ב. מצב דברים זה נגרם בעקבות מעשה האלימות כשהוא היה קורבן. הרציונאל לתנאי זה: כאשר קורבן מעשה אלימות רואה עצמו גוסס, הוא לא יעז לשקר. כלומר, אם אדם חושב שהוא עומד למות ושואלים אותו מה קרה, ההנחה היא שהוא יאמר אמת ולא יעוות את האמת בשביל לסגור חשבונות כי כנראה שהוא חושב שלאחר מכן הוא לא יוכל למסור עדות אז שהאמת תצא לאור דרך אותו אדם.

מיהו גוסס?

פס"ד אמקייס: השופט לנדוי קובע שגוסס הוא מי שנמצא ברגעיו האחרונים של החיים ואפסה התקווה שימשיך לחיות (גסיסה אובייקטיבית).

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

פס"ד אדרי: אדרי רצח את הקורבן. הגיע למקום עבודתו של הקורבן, ירה לעברו שלושה כדורים, הקורבן התמוטט. העובדת הכירה את הקורבן והוא צעק לה "ראית? ראית? זה עמרם". הכשירו את האמרה של קורבן מעשה אלימות כי אמרו שלא רק שהוא גסס אובייקטיבית אלא הוא גם עומד למות. ראייה לאמיתות התוכן.

פס"ד מורלי: מורלי הנאשם. הקורבן היה ערבי מוסלמי. הוא ירד להתפלל בצד הדרך, מורלי ירד מהרכב שלו עם תת מקלע עוזי וירה בו למוות. הנאשם טען שהוא בא אליו עם סכין וצעק אללה וואכבר והפריכו את גרסתו. הנאשם לא ידע שברגע שהוא עזב את זירת העבירה, הגיעו שלושה עוברי אורח שהם קרובי משפחה שלו והוא סיפר שמישהו מרכב מזדה בא עם אקדח וירה בו וזכר אפילו חלק מלוחית הרישוי. הקורבן מת לאחר מכן. האמרה שמסר הקורבן לאותם שלושה עוברי אורח זו אמרת קורבן מעשי אלימות מכוח סעיף 10(3). מכשירים את האמרה כראייה לאמיתות התוכן. ההנחה היא שהוא לא ישקר כי הוא גוסס.

הפסיקה קבעה כי כאשר אמרת הגוסס נעשתה בתגובה לחקירה ודרישה, נקבעו בפסיקה ובפס"ד אמקייס בעיקר, מספר כללים הבאים להבטיח את משקל האמרה:

א. אמרה צריכה להירשם בעת אמירתה או בסמוך אחריה. כלומר, אם שוטר נכנס לגוסס אחרי תאונת הדרכים והוא שואל מה קרה, הוא צריך לתעד את האמרה תוך כדי שהוא מוסר לו או בסמוך לאחר המסירה.

ב. האמרה צריכה להירשם במלואה ולהיות מוגשת לבית המשפט בשלמות. כלומר, כל מה שהוא אומר צריך להיות מוגש כראייה, גם אם זה לא נוגע לאלימות. את כל האמרה במלואה צריך להגיש לבית המשפט.

ג. במידת האפשר, האמרה צריכה להיות ספונטנית, בלשון הדובר ומיוזמתו ולא בתשובה לשאלות מדריכות.

המרצה: אם הוא לא באמת גוסס, אף אחד לא יתן לנו להכשיר אמרה כזאת כי ברגע שמתחקרים אותו זו לא אמרה ספונטנית. אבל ברגע שזו אמרה של גוסס, אפשר לשאול אותו שאלות אבל לא מדריכות. דוגמא לשאלות: איזה סוג של רכב? איזה צבע? וכו'.

נועד להשפיע על משקל האמרה ולא על קבילותה.

← עדיף לנסות להכשיר אמרת קורבן מעשה אלימות לפי כל החלופות ולא רק לפי חלופה אחת.

פס"ד טוטמן (2003): נאשם הצית את אשתו, היא למעשה סיימה להתקלח. הלכה מחדר המקלחת לכיוון חדר השינה כדי להתלבש. שפך עליה בנזין כשהיא הייתה עירומה, הצית אותה וכשהיא שרופה, היא נמלטה מהבית, התיישבת בחדר המדרגות ואז למעשה, השכנים שלה ראו אותה ושאלו אותה מה קרה, היא עוד הייתה בהכרה (נפטרה לאחר מכן). היא אמרה לשכנים שלה כשהייתה בהכרה שבעלה הצית אותה ושהיא נשרפה. הם הזמינו פרמדיקים, אמבולנס וגם שם היא סיפרה שבעלה הצית אותה. זמן מסוים לאחר מכן היא נפטרה. אפשר להכשיר את האמרה ולעצור בסעיף 10(1). אבל כאן בית המשפט עובר על כל החלופות.

בית המשפט העליון: המנוחה אמרה לשכנים, לעוברי אורח ולאנשי עזרה ראשונה, מיד לאחר מעשה האלימות כי המערער הצית אותה. השכנים גם ראו אותה בחדר המדרגות מוצתת והם האנשים הראשונים שיכלה לספר להם (גם בסמוך וגם בהזדמנות הראשונה – סעיף 10(1)).

האמרה הייתה חלק מהמסכת העובדתית ולכן ניתן להכשיר מכוח סעיף 10(2).

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

הדברים שאמרה המנוחה שלפיהם המערער הצית אותה היו מילותיה האחרונות שכן, היא הגיעה לבית החולים והורדמה (עד שנפטרה שלושה חודשים לאחר מכן). זאת אומרת, באותה עת, המנוחה גססה במובן האובייקטיבי, אף שמתה כעבור זמן ארוך יחסית וכן, מתייחסת החלופה הראשונה האובייקטיבית של סעיף 10(3) וגם החלופה השנייה של סעיף 10(3) חל כאן כיוון שהיא הייתה מודעת למצבה ולכך שהיא גוססת.

בית המשפט מרשיע את הנאשם בהצטבר לראיות האחרות שהיו בתיק.

המרצה: לא מכיר שום פסק דין שהרשיע נאשם על סמך עדות מפי השמועה כראיה יחידה. תמיד צריך משהו שיחזק את הגרסה של הקורבן כי בית המשפט עדיין חושש מעדות מפי השמועה. סביר להניח שהפרקליטות מלכתחילה לא תגיש כתב אישום כשיש עדות אחת והיא מפי השמועה.

האם יש צורך בתוספת ראייתית כדי להרשיע נאשם על סמך עדות שמועה שהוכשרה מכוח סעיף 10 לפק"ר?

לפי החוק אין דרישה לתוספת ראייתית. כלומר, בית המשפט יכול להרשיע את ראובן בתקיפה של צילה על סמך העדות של אהובה כעדה יחידה כי לפי החוק לא צריך תוספת ראייתית – זה תיאורטית. בפרקטיקה, המרצה אומר שהוא לא מכיר שום פסק דין על סמך עדות שמועה של עדה יחידה.

אמרת עד בעת ביצוע עבירה

סעיף 9 לפק"ר -

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.

סעיף זה חל גם בהליך פלילי וגם באזרחי.

ההוראה הזו מכשירה כראיה לאמיתות התוכן שלה אמרה שנאמרה על ידי אדם כלשהו (לא חייב להיות קורבן) מחוץ לבית המשפט, סמוך לפני התרחשותו של מעשה העבירה או בעת התרחשותה או בסמוך לאחר התרחשותה, ובלבד שהאמרה הקשורה לעבירה ושהאומר (המקור – מי שאמר את האמרה) הוא עד במשפט.

דוגמא: ראובן הוא עד ראייה לעבירת שוחד. ראובן מתקשר לצילה ואומר לה שעכשיו הוא היה במשרד, הוא ראה את הבוס שלו (ראש העיר) מקבל שוחד. צילה במקרה הזה היא עדות של העדות מפי השמועה (לא ידוע אם זה נכון, אולי הוא שיקר לה). האמרה של ראובן צריכה להיות ספונטנית (תוך כדי זה שהוא רואה שהבוס שלו מקבל שוחד הוא מתקשר לצילה או מיד לאחר מכן) והאמרה קשורה למשהו שקשור לעבירת השוחד. העדות של צילה על מה שראובן אמר לה על כך שהבוס שלו מקבל שוחד, תהא קבילה אם מי שמסר את האמרה זה עד השוחד. כלומר, אם רוצים להעיד את צילה כראיה קבילה על אמיתות התוכן, צריך שראובן יהיה במשפט. **כדי שהעדות תהיה קבילה, צריך שהמקור יהיה על דוכן העדים.** חשוב לציין שהקבילות של העדות של צילה תלויה בעדות של המקור.

בסעיף 10 אפשר להעיד את השכנה גם אם הקורבן מת. כאן אין כזה דבר, המקור חייב להעיד.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

אם המקור יעיד במשפט כמו שצריך וצילה תעיד על מה שהמקור אמר לה – יש לנו שתי ראיות קבילות כאשר העדות מפי השמועה תהיה קבילה. כל אחת מהעדויות תתמוך בשניה ולכן, המשקל של העדויות המפלילות יהיה יותר גבוה.

מצב שני שבו המקור עולה לדוכן העדים ומשבש את העדות אומר שהוא לא ראה ולא שמע וכו' (חוזר בו מהגרסה המקורית) אז המקור יורד מדוכן העדים, מעידים את העדה מפי השמועה. כל מה שהיא תעיד קביל כי המקור אמר לה.

יש מקור שאומר X ויש עדות מפי השמועה שאומרת Y אבל היא ראייה קבילה כיוון שהיא מעידה על מה שהמקור אמר לה, בית המשפט יכול לקבל את העדות שלה על פני העדות של המקור.

לכן, יש שתי אופציות כפי שהוסברו לעיל – האחת שהמקור מעיד והעדה מפי השמועה גם תעיד והמשקל יהיה גבוה יותר עם שתי העדויות. השנייה שהמקור חוזר בו או משבש את החקירה והעדה מפי השמועה מעידה כי זו ראייה קבילה כבר ואז בית המשפט יכול להעדיף את העדות שלה.

שלושה תנאים מצטברים כדי שאמרה תוגש כראיה קבילה מכוח סעיף 9:

1. **עיתוי**: משמעו שהאמרה צריכה להימסר בשעת העבירה או בסמוך לכך (תוך כדי השוחד או מיד לאחר מכן מתקשר לעד).

2. **תוכן**: האמרה נוגעת במישרין לאותה עבירה.

3. **תנאי הזהות**: אומר האמרה צריך להיות עד המשפט.

אם אחד התנאים לא מתקיימים, אי אפשר להכשיר את האמרה.

← התנאי השני והשלישי אינם מעוררים קושי כלשהו!

← תנאי העיתוי הוא תנאי גמיש והוא מעורר קושי כי על פי אותו תנאי, דורשים שהאמרה נאמרה ממש בשעה שנעשה מעשה העבירה או בסמוך לביצוע העבירה או לאחר. **הדרישה היא סמיכות זמנים כי זו הערובה לאמיתות המידע. אם זו אמרה ספונטנית, ההנחה היא שהיא אמיתית.**

לגבי קורבן אלימות ראינו שהפסיקה מפרשת את הדרישה הזו בהרחבה – פס"ד אמקייס – קיבלו שלושה שבועות לאחר מכן שהיא מסרה אמרה כי היא הייתה גוססת וכו'. קורבן מעשה אלימות יכול לאבד הכרה, חצי שנה בקומה, הוא מתעורר והאדם הראשון שהוא רואה הוא מספר לו. יש עדיין סמיכות זמנים. כשמדובר בסעיף 9 אין הזדמנות ראשונה אלא מדובר בסמיכות זמנים. כשמדובר בעדים נטרליים, דורשים שהאמרה תהיה ספונטנית.

מה זה ספונטנית ומה זה בסמוך?

הפסיקה פירשה את סמיכות הזמנים בצמצום אבל יחד עם זאת, בית המשפט קבע שגם עניין זה מטבע הדברים נקבע בהתאם לנסיבות העניין ולשכל הישר. גם כאן, אין פסק דין שאומר 4 דק' זה סמיכות זמנים ו-20 דק' זה לא סמיכות זמנים – אין פסק דין כזה.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

פס"ד באשה: קטטה במסעדה שאחד מהם נכנס, נתן מכה לאדם נוסף ואז התפתחה שם תגרה ויצאו מהמסעדה והנאשם אמר "היום אני ארצח אותך", חבר שלו נכנס למסעדה, לוקח סכין קצבים והם יוצאים מהמסעדה. הם נכנסו לרכב וחיפשו את הקורבן המיועד, ראו אותו לאחר מכן, היו מכות, דקירות ובסופו של דבר, הקורבן מת. מי שהיה עד ראייה לרצח של הקורבן זה היה דוד שלו שבאח – היה מקור לאירוע הרצח. לאחר מכן, אותו שבאח פוגש את שכנתו, אילנה, לא מספר לה דבר לגבי האירוע שבו הותקף אחיין שלו. לאחר מכן, הוא פוגש את הבת שלו רונית וגם לה הוא לא מספר דבר על זה שאחיין שלו הותקף. בהמשך הוא פוגש אדם נוסף בשם סמי ולא מספר לו כלום. לאחר מכן, הוא מקבל שיחת טלפון ואומרים לו שאחיין שלו נפטר מפצעי הדקירה. לאחר מכן, הוא פוגש את אותו סמי ויהודית ומספר להם על הכל. בין האירוע עד שסמי ויהודית שומעים על כך עוברים שעתיים או שלוש. אם היו עוברות 10 דקות או 5 דקות זו אמרה ספונטנית, אם היה עובר יום, ברור שלא. האם האמרה של שבאח לסמי ויהודית אפשר להכשיר מכוח סעיף 9? יש לציין כי לפי סעיף 10 לפק"ר, לא ניתן היה להכשיר כי בסעיף 10 נדרשת הזדמנות ראשונה. בסעיף 9 אין תנאי של הזדמנות ראשונה אלא בסמוך.

בית המשפט שאל את עצמו האם שעתיים עד שלוש זו אמרה ספונטנית? השופט הנדל – אומר כי יש סמיכות זמנים. נכון שעברו שלוש שעות אבל עדיין הוא היה תחת ההשפעה של האירוע. שבאח שוחח עם סמי ויהודית באופן חופשי בלי שיתחקרו אותו ולכן, התנאי מתקיים.

בית המשפט המחוזי: קיבל את עמדת התביעה וקבע שהוא עומד בתנאי סעיף 9. הסניגוריה טענה גם במחוזי וגם בעליון שאי אפשר להכשיר את האמרה מכוח סעיף 9 כי היא לא ספונטנית. עברו 3 שעות והוא נפגש עם כל מיני אנשים ולא מספר להם ולכן, היא אמרה לא ספונטנית. השופט הנדל אומר שמקובלת עליו העמדה של עדנה ארבל בפס"ד פלוני שצריך לפרש את סעיף 9 בצמצום אך יחד עם זאת, כל מקרה לגופו. הוא אומר שכשמדובר במקרה גבול, יש קושי וזה נתון לשיקול דעת בית המשפט. הוא קובע כל מיני תנאים שמסייעים לבית המשפט – **3 תנאי עזר (לא מצטברים):**

1. מבחן סמיכות המקום – ככל שמקום מסירת האמרה קרוב לאירוע, כך מתחזקת האמרה.
2. מבחן הסמיכות העניינית – האם ישנה זיקה מהותית בין העבירה לבין מסירת האמרה כך ששניהם נמצאים על אותו רצף? כלומר, האם המצב הפיזי או הנפשי של העד עדיין תחת אותה השפעת האירוע? האם ישנם אירועים שקטעו את אותו אירוע שעליו הוא העיד. בנוסף לכך, אומר השופט הנדל שנכון שעברו שלוש שעות אבל הוא עדיין היה תחת טראומה/השפעה של האירוע. השופט הנדל אומר שזה לא רק עניין של שעות, כשמדובר על סמיכות זמנים צריך לבדוק האם העד היה תחת טראומה מסוימת, איפה הוא מסר את העמדה? האם יש למקום זיקה?

3. מבחן האינטרקציה בין השומע לבין האומר – במסגרתו נבחן את טיבו של המפגש בין השניים. אומר הנדל – האם מתקיימים בין בעל האמרה לבין השומע יחסי מרות? האם היה כאן תפעול מטעם איש מרות? האם השומע תחקר את מוסר האמרה או נתן לו לדבר בחופשיות?

לאחר כל אלה אומר הנדל שמבחינה כרונולוגית יש סמיכות זמנים.

השופט עמית מצטרף למסקנה של הנדל שאפשר להכשיר את האמרה גם אם נפרש את סעיף 9 ודרישת הסמיכות בצמצום. הוא אומר שהוא לא צריך את המבחנים שקבע הנדל כדי להחליט זאת. גם השופט גיבוראן וגם השופט

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

עמית אומרים שהם מקבלים את זה שיש לפרש את סעיף 9 בצמצום ודווקנות ועדיין ניתן יהיה להכשיר את האמרה הזו ואין צורך לדון במבחנים אשר קבע השופט הנדל.

שאלה נוספת שהתעוררה לגבי סעיף 9 – מה קורה עם העד מוסר את האמרה שלו בפני שוטר?
לגבי סעיף 10 – הכשירו את האמרה, כל עוד השוטר לא מתחקר אותו אין שום בעיה כל עוד זה לא שאלות מדריכות.

השאלה הזו לא הוכרעה לגבי סעיף 9, מה קורה כשאדם פונה לשוטר או לתחנת המשטרה והאם ניתן להכשיר אמרה שנמסרת בפני איש מרות?

פס"ד סעד (2013): השופטים: לעניין סעיף 9 לפקודת הראיות, אין לקבל את הטענה כי אמרה שניתנה במסגרת תשאול של איש מרות תסווג כבלתי קבילה ולא תבוא בגדר סעיף 9. ביהמ"ש אומר כי כל עניין צריך להיבחן לפי נסיבותיו, כאשר זהות האדם שכלפיו הופנתה האמרה ואופן אמירתה, הם רק חלק מן השיקולים שאותם יש להביא בחשבון לשם בחינת קבילותה.

במילים אחרות, כשאני ניגש לאדם ואני שופך את מה שיש לי זה קביל אבל מה קורה אם שוטר מתשאל אותי? זה ששוטר מתשאל אותי זה לא פוסל את הקבילות של האמרה, זה שיקול שצריך לקחת במסגרת הדיון. אם השוטר מתשאל אותי שאלות סתמיות ואני שופך כל מה שקרה, לפי סעד אפשר להכשיר אמירה כזאת מכוח סעיף 9 (שאלות סתמיות ולא תחקור זו עדיין אמרה ספונטנית).

שאלה שעשויה להתעורר:

מה קורה כשמקור המידע לא נמצא ואי אפשר להעיד את מוסר האמרה?

בסעיף 9 זה תנאי שהמקור חייב להעיד. אבל מה קורה אם המקור לא נמצא?

דוגמא: ראובן מתקשר לתחנת המשטרה, עונה לו היומנאי במשטרה והוא מספר לו שמחוץ לבנק יצאו שלושה אנשים רעולי פנים, נכנסו לרכב מזדה אדומה עם לוחית רישוי ונותן מספר, מתאר את כולם ומספר לאן הם נוסעים. העד לא רוצה להזדהות ומנתק את הטלפון. היומנאי רושם את הכל בפנקס, כל מה שהוא כתב זה עדות מפי השמועה כי הוא לא ראה ולא יודע אם זה נכון או לא. אם היינו יודעים מי זה ראובן או מאתרים אותו, היינו מעידים את ראובן ואת השוטר – אמרה ספונטנית תוך כדי ביצוע העבירה, המקור נמצא ולכן, יש זכות להעיד את השוטר לא רק לעצם אמירת הדברים אלא גם לאמיתות התוכן. אם שניהם אמרו את אותו דבר, זה מצב מועדף.

מה קורה אם לא מוצאים את ראובן? אי אפשר להכשיר את האמרה מכוח סעיף 9 כי הוא דורש שהמקור יגיע.
חריג פסיקתי שנקבע בפסיקה וקשור לקבוצת החריגים הפסיקתיים. קבוצה של ארבעה חריגים ושם הוא RES GESTA.

RES GESTA

מונח לטיני שמשמעותו "חלק מהסיפור/התרחשות". מדובר במונח הכולל קבוצת אמרות המוכרות במשפט האנגלי כחריגים לכלל הפוסל עדות מפי השמועה (חריג לכלל הפסילה). **כל כללי הרס גסטה חלים במישור הפלילי**

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

וגם באזרחי. המשותף לכל האמרות ששייכות לקבוצה זו הוא שמדובר באמרות ספונטניות אשר נתפסות על ידי בית המשפט כחלק בלתי נפרד מהאירוע נשוא המשפט ועל כן, אין יסוד להניח שהן שקריות/התוכן שלהן שקרי. סעיפים 9 ו-10 הם חריגים סטטוטוריים שנלקחו ל'רס גסטא'. עם השנים עלתה השאלה האם יש הסדר שלילי? יש כאלה שאומרים שאם המחוקק לקח שני חריגים מהמשפט האנגלי זה אומר שלא צריך את השאר. הגישה היום היא שאפשר לקחת את החריגים מהמשפט האנגלי אם בית המשפט מוצא לנכון לקחת אותם למשפט הישראלי. ברגע שאני מאפשר לדלת להיפתח ולהכניס את העדות מפי השמועה, זה לא משנה מכוח איזה חריג – חקיקתי או פסיקתי.

חשוב לציין: המיוחד בחריגים אלו זה שאין צורך להעיד את מקור המידע בבית המשפט, בשונה מסעיף 9 ששם חייבים. לכן, אם יש לנו את ראובן, נכשיר את האמרה מכוח סעיף 9 ואם אין למשטרה את ראובן, ניתן להכשיר את עדותו מכוח רס גסטא כי הוא לא דורש שהמקור יגיע לבית המשפט. וכל זה עלה בפס"ד ג'אפר עמר: נאשמים ביצעו שוד. באותו זמן ביומן המשטרתי היה מתנדב של המשמר האזרחי. אישה אנונימית התקשה בעת ביצוע השוד למשטרה, היא אמרה שהיא רואה את השודדים נוסעים ברכב הונדה סיוויק בצבע סגול, נתנה את מספר לוחית הרישוי של השודדים כי ראתה אותם. היא סירבה להזדהות וניתקה את שיחת הטלפון. השוטר רשם הכל בפנקס. בעקבות התיאור והכל תפסו את השודדים. השאלה שהייתה היא אם אפשר להכשיר את האמרה שמסרה האישה לשוטר מכוח סעיף 9. הסניגור טען שאי אפשר להכשיר את האמרה מכוח סעיף 9, התביעה אמרה שהם לא יודעים מי היא ולכן רוצים להכשיר אותה אבל הסניגור לא הסכים כי סעיף 9 לא מאשר להעיד אותה בלי המקור. בית המשפט: רק אם יש לכם מקור אתם יכולים להעיד אותו ונכשיר לפי סעיף 9. במקום בו לא קיימת אפשרות אובייקטיבית להביא את מוסר האמרה לבית המשפט להבדיל ממקום בו אומר האמרה לא מעוניין להגיע לצורך העניין או לא זמין, אין זה מונע מבית המשפט להכשיר את העדות. בית המשפט קובע שרס גסטא הוא קביל ובנסיבות המקרה אף יש לתת להן משקל מלא.

במשפט הישראלי יש לנו את חריגי 9 ו-10 ויש עוד ארבעה חריגי רסט גסטא מכוח הפסיקה:

1. **אמרה ספונטנית תוך כדי התרחשותו של אירוע מרגש או בגינו:** פסק הדין לעיל, האישה הייתה עדה לשוד שהינו אירוע מרגש ולכן, הכשירו את עדותו של היומנאי מכוח הרס גסטא – אם אין אפשרות להעיד מסיבה אובייקטיבית – אפשר להכשיר את העדות לפי הרס גסטא. סעיף 9 מדבר על עבירה אבל הקבוצה הראשונה מכוח הרס גסטא מדבר על אירוע מרגש. **דוגמא**: גם לידה היא אירוע מרגש. ניתן לתבוע גם על עוולה נזיקית באירוע מרגש. **בניגוד לסעיף 9 לא מדברים רק על עבירה אלא על כל אירוע מרגש.**

אמרה ספונטנית שאפשר להכשיר אותה גם אם לא ניתן להעיד את מקור המידע.

2. **אמרה ספונטנית הנלווית למעשה ומסבירה אותו** – הכלל הוא כי אמרה ספונטנית בכתב או מעשה המלווה מעשה שעושה האומר ואשר יש בה כדי להאיר את המעשה ולהסבירו, תתקבל כראיה לאמיתות תוכנה על אף שהאומר איננו עד ולא ניתן להעידו. אם אדם עושה מעשה והוא מתקשר למישהו ומסביר לו את מה שהוא עושה או שהוא כותב מכתב והוא מסביר את מה שהוא עושה, שיחת הטלפון או המכתב, אם הם מסבירים באמת את מה שהוא עשה, זו עובדה שקשורה לאירוע עצמו. דוגמא: אם אני הולך לכספומט ומפקיד כסף ומדבר עם מישהו

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

בטלפון ומספר לו שאני מעביר כסף בדיוק בבנק וקרה משהו. בתביעה אזרחית טוענים שלא החזרתי את הכסף, אותי אי אפשר להעיד, אני המקור, אפשר להעיד את האדם שדיבר בטלפון כי הוא יסביר את חלק מהאירוע שנעשה באירוע ולכן, אפשר להכשיר את תוכן השיחה כראיה לאמיתות התוכן. לעניין המשקל בין 0 ל-100. בפסיקה היה מקרה שמישהו שלח כסף לאחיו דרך צד ג', אמרו שהמכתב מסביר את העברת הכסף ולכן זה רס גסטא.

מה מכשירים באמצעות החריג הזה? יומנים אישיים. במשפט הפלילי, אם רוצים להכשיר אמרות שכתב/כתבה קורבן הראיה כראיה לאמיתות התוכן. דוגמא: מישהי נאנסה והיא כתבה יומן אישי וסיפרה מה קרה לה באותו יום ולא לפני שנה. ביומן היא מספרת מה שקורה באותו יום ולכן היא שופכת אור לכך. כל עוד לא אומרים את מה שאומרים על דוכן העדים זה עדות מפי השמועה. יומן אישי הוא עדות מפי השמועה. אם רוצים להכשיר את היומן או קטעים מסוימים רלוונטיים, אפשר להכשיר דרך הקבוצה השנייה של הרס גסטא. בית המשפט צריך לבדוק.

3. **אמרה ספונטנית המבטאת הלך נפש של האומר בעת אמירתה:** הכלל הוא שאמרה ספונטנית של אדם בדבר מצבו הנפשי בעת האמירה (עכשיו אני אומר שאני עצוב/שמח/פחד) בדבר כוונותיו, רצונותיו, ציפיותיו, תחושותיו כלפי הזולת, אמרה שכזו היא קבילה מפיו של השומע גם אם האומר אינו מעיד. עושים שימוש באמרות כאלה כשצריך להוכיח מצב נפשי. אם נניח שקורבן האינוס רוצה לתבוע את האנס שלה בהליך אזרחי על אינוס שקרה לה לפני 10 שנים על נזקים שנגרמו לה, לה יהיה קשה להוכיח אבל היא יכולה להעיד את חברות שלה שהיא סיפרה להן מה עובר עליה ומה התחושות שלה, כראיה לאמיתות התוכן. משתמשים בזה בתביעות על נזק נפשי.

4. **אמרה ספונטנית המשקפת מצב בריאותי של האומר באת מסירת האמרה:** הכלל הוא שאמרה ספונטנית של אדם בדבר מצבו הבריאותי בעת האמירה תתקבל כראיה לאמיתות התוכן מפי השומע, גם אם האומר אינו מעיד ובלבד שהאמרה הייתה ספונטנית ונאמרה דרך שגרה בלי לחשוש שהיא כוזבת. **דוגמא:** ילד מגיע לשכנים שלו ושואל אותם אם יש להם לאכול כי הוא רעב כי ההורים שלו מרעיבים אותו. לימים הוגש כתב אישום כנגד ההורים המרעיבים על הזנחת ילד. ניתן להעיד את השכן על סמך מה שהילד אמר כראיה לאמיתות התוכן שההורים באמת לא נתנו אוכל. לעניין המשקל – בין 0 ל-100 אבל הראיה הזו היא קבילה.

דוגמא נוספת: בדרך כלל משתמשים בזה בפסיקה כשרוצים להעיד רופא על מה שהעד אמר לו. אם אני רוצה להעיד רופא, אז העדות היא עדות מפי השמועה. אני בא היום לרופא ומדבר על המצב הרפואי שלי כדי לקבל טיפול רפואי, אני המקור אבל אי אפשר להעיד את המקור. רוצים להעיד את הרופא בעדות מפי השמועה אבל כל עוד היא אמרה ספונטנית המשקפת את המצב הבריאותי של המקור, היא קבילה. - בפסיקה באנגליה קבעו שכשאדם בא לרופא כדי לקבל אישור מחלה אין פה ראיה לאמיתות התוכן. הראיה תהיה קבילה רק אם היא נועדה לקבלת טיפול רפואי.

סיכום: אלו הם חריגי הרס גסטא – אמרות ספונטניות שנאמרו בעקבות אירוע מרגש, נוגעות לאירוע מסוים, אמרות לגבי הלך הנפש או מצב בריאותי – את אמרות אלו ניתן להכשיר כראיות קבילות.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

- יש חריגים סטטוטוריים – סעיפים 9 ו-10 לפק"ר.
- יש חריגי רס גסטא – 4 אמרות.

חריגים פסיקטיים – אמרות נפטרים:

קבוצת חריגים נוספת לכלל הפוסל עדות מפי השמועה זו קבוצת החריגים של אמרות נפטרים. היום: 'אמרות נפקדים' – לא רק מי שנפטר אלא מי שנפקד ואי אפשר לאתר אותו. בקבוצה זו, בית המשפט רשאי לקבל כראייה אמרה של אדם שלימים נפטר ומי ששמע את אותו אדם מעיד על אותה אמרה, זו עדות מפי השמועה. נכון להליך פלילי ואזרחי (כל החריגים פלילי ואזרחי). ישנם שני סוגים עיקריים של אמרות נפטרים/נפקדים:

1. אמרת נפטר בניגוד לאינטרס הרכושי – אם אדם מוסר משהו שנוגע לאינטרס הרכושי שלו, החזקה היא שהאמרה נכונה. כי אומרים שאם מישהו מוסר משהו שהוא לחובתו, שאם יום אחד יגישו נגדו תביעה והראיה תהיה ראייה חשובה לצד שכנגד, ההנחה היא שהראיה נכונה. אם אנשים מדברים על עצמם לרעה, חזקה שהדברים נכונים.

הפסיקה קבעה מספר כללים כדי להכשיר אמרה דרך החריג הזה:

פס"ד בינדר נ' לוי – (1) תנאי ראשון - בשעת אמירתה, ההודעה או האמרה נוגדת את האינטרס הרכושי של מוסר האמרה. כלומר, איך יודעים שהיא נוגדת את האינטרס הרכושי כי מספיק שהיא עומדת בכוחה לתמוך בתביעה אזרחית ממונית נגדך. (2) תנאי שני הוא שבעת האמירה ידע המנוח שההודעה עלולה לפגוע באינטרס הרכושי שלו – הוא מודע לזה שהאמרה מנוגדת לאינטרס הרכושי. (3) תנאי שלישי שלמנוח הייתה ידיעה אישית על העובדות הכלולות בהודעה. (4) נסיבות האמרה אינן מקימות חשש לנאמנותה. ברגע שא' מוסר אמרה שאם יום אחד יגישו נגדו תביעה והאמרה תפעל לחובתו, אומר שהאמרה נכונה.

דגשים לחריג זה:

- אמרה שמתקבלת מכוחו של חריג זה מהווה ראייה לכל האמור ולא רק לחלק הנוגד את האינטרס הרכושי. כלומר, אפשר להכשיר את כל מה שראובן אמר ללוי אבל כדי להכשיר את כל האמרה, צריך שבתוכה יהיה פרט שנוגד את האינטרס הרכושי. כי ברגע שבכל הסיפור הזה יש פרט קטן שנוגד את האינטרס הרכושי, ההנחה היא שהכל נכון. הפרט הקטן הוא העוגן שנותן להאמין לאמרה.
- החריג הנ"ל הורחב גם למקרים בהם לא ניתן להעיד את העד בשקידה סבירה – להראות שאי אפשר לאתר אותו (ברלשטיין נ' היועמ"ש – בית המשפט אומר שזה לא רק אמרות נפטרים אלא גם נפקדים).

2. אמרת נפטר בעת מילוי תפקידו – מקום בו אדם מוסר אמרה (בע"פ או בככתב) תוך מילוי תפקידו והוא נפטר לאחר מכן או נפקד לאחר מכן, אמרתו כשרה כראיה להוכחת העובדות המפורטות. הטעם לכך הוא שממלא תפקיד עושה את המוטל עליו כהלכה ודיווח שנמסר במסגרת מילוי תפקידו הוא דיווח אמיתי. דוגמא: רופא כותב על הגיליון שעל מיטת החולה שהוא נתן לחולה מספר כדורים מסוג X ולאחר מכן היא נפטרה. המשפחה שלה רוצה לתבוע את הרופא שהוא נהג ברשלנות. אי אפשר להעיד את הרופא שהוא נתן את

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

הכדורים אבל הגיליון הוא עדות מפי השמועה. אומרים שאם הרופא כתב את מה שהוא כתב במסגרת מילוי תפקידו, ההנחה היא שהדיווח נכון. אפשר להגיש את הגיליון עצמו מכוח החריג של אמרות נפטרים בעת מילוי תפקידם. הפסיקה אומרת שלא מספיק להכשיר אמרה כזאת צריך למלא כמה תנאים:

א. צריך להראות שממלא התפקיד נפטר/נפקד.

ב. האמרה נעשתה במסגרת מילוי תפקיד – לאו דווקא תפקיד ציבורי אלא במהלך עיסוקו הרגיל.

דוגמא: בעל מכולת שיש לו פנקס חובות. בעל המכולת נפטר, אני רוצה לצורך העניין לתבוע את החובות.

אני יכול להגיש תביעה כשהראיה המרכזית היא המחברת הזאת. אם אוכיח שהמחברת הזאת נעשתה וכל מה שנכתב בה נעשה במסגרת מילוי תפקידו, הנחה שמה שנרשם שם נכון ואותנטי. לכן, אפשר להגיש את המחברת עם החובות לבית המשפט כראיה לאמיתות התוכן. כמובן שניתן לטעון לעניין המשקל אבל אפשר להגיש את הראיה הזו כראיה קבילה לאמיתות התוכן.

ג. הפרטים שבאמרה מתייחסים לפעילות שכבר בוצעה בעבר על ידי ממלא התפקיד להבדיל מפעילות עתידית. כלומר, כל מה שנעשה מוכשר כראיה. כל מה שבגדר דבר שצריך לעשות – לא נחשב. אם כתוב בגיליון: נתתי לחולה זריקה בשעה X ועוד שעה אבוא ואעשה לו עוד זריקה, זה לא ראיה כי אי אפשר לדעת מה קרה בין לבין. **מדובר רק במה שנעשה בעבר!**

בפסיקה היה מקרה של דוח נתיחה מאבו כאביר שהמנתח הפתולוגי נפטר. בית המשפט אפשר להגיש את דוח הנתיחה למרות שהרופא נפטר מכוח החריג.

ד. נסיבות מסירת האמרה אינן מקימות ספק באשר לאמיתות תוכן. כלומר, צריך להראות שמידי יום הוא נהג לציין.

דוגמאות לאמרות שנעשו מכוח חריג זה: דוגמאת הרופא שכתבנו, דו"ח בדיקה רפואית שנעשה על ידי המכון הפתולוגי (פס"ד עוואד), דו"ח בוחן שנעשה על ידי בוחן משטרה לאחר שהבוחן נפטר.

דגשים לחריג הזה:

- החריג הזה הורחב לגבי נפקד. היום בניגוד לעבר לא צריך להראות שממלא התפקיד נפטר אלא שאי אפשר לאתר אותו – הוא נפקד.

- רק הממצאים העובדתיים שבחוות הדעת קבילים כראייה במסגרת החריג הנדון ואילו חוות הדעת של מוסר האמרה, פסולה (פס"ד עוואד) – בחוות הדעת יש חלק ראשון של עובדות, החלק השני הוא חוות הדעת ← מה שקביל מכוח החריג הוא רק החלק הראשון של העובדות כי הוא יכול לטעות בחוות הדעת. לכן, אם יש דו"ח של פתולוג או רופא לצורך העניין – את החלק הראשון מכשירים מכוח החריג ואת החלק השני אי אפשר. לוקחים את החלק הראשון, מעבירים לפתולוג אחר ואומרים לו "זה מה שהרופא כתב", ומבקשים שיכתוב חוות דעת על סמך זה. **מה שקביל מכוח החריג זה רק העובדות ולא חוות הדעת.**

פס"ד חליפה: פסק דין אזרחי. ערעור על פסק דין של בית המשפט המחוזי בחיפה שבו נדחתה תביעה של הולדה בעוולה והתביעה הזו הייתה כנגד משרד הבריאות/קופת חולים בשל רשלנות של משרד הבריאות. הגיעה אישה שהייתה בהריון באום אל פאחם, הגיע למרכז בגין טיפול בתינוק או ילד והציעו לה לעבור בדיקה של חלבון עוברי. בדיקה די פשוטה שנועדה לגלות מומים במערכת העצבים. הציעו לאמא לעשות את הבדיקה והיא סרבה.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

נולד לה ילד עם מומים מאוד קשים. מה שהיא עשתה זה לתבוע את משרד הבריאות על רשלנות רפואית – איך יכול להיות שלא איתרו את המום הזה? האחות שהציעה לעשות את הבדיקה נפטרה. היא תיעדה הכל בכרטיס של האם והיא ציינה כך: "חלבון עוברי 17/6/90 – לא בוצע, לא מעוניינת" וזה הפיל את התביעה. אם האחות הייתה מעידה אז היא הייתה אומרת שהיא הציעה לה והיא לא רצתה. אבל יש אמרה של אדם בעת מילוי תפקידו על מה שקרה, זה עובדות ולא חוות דעת וזה הפיל את התביעה כי למעשה קיבלו את מה שהאחות כתבה כראיה לאמיתות התוכן ובית המשפט העניק משקל גבוה.

17 בדצמבר 2018

אמרת חוץ בכתב של עד בפלילים

סעיף 10א' לפק"ר – פלילי בלבד!

סעיף זה לא חל בהליך אזרחי.

בהליך הפלילי עדים נכנסים קודם כל לתחנת המשטרה כדי למסור גרסה. אם לימים הגישו כתב אישום, הוא מתבסס על עובדות שהעדים קלטו בחושים שלהם. ברגע שיש משפט מכינים את העד לקראת העדות ונותנים לו לקרוא את העדות שלו במשטרה. אם העד עולה על דוכן העדים וחוזר בדיוק על מה שאמר בתחנת המשטרה זה מצוין. יהיו מקרים בהם שהעד לא זוכר דברים או שהוא סותר את הגרסה שלו או שותק או מקשקש ולא מדבר לעניין. במקרים שבהם העד סותר את הגרסה שלו, השאלה היא מה אפשר לעשות? חל כלל הפוסל עדות מפי השמועה, אך יש את סעיף 10א' לפק"ר שמאפשר לתת את אמרת החוץ שניתנה בתחנת המשטרה כראיה לאמיתות התוכן. אני לא רוצה להראות שהעד הייתה בתחנת המשטרה וזה מה שהיא אמרה, **אני רוצה להראות לבית המשפט שמה שהיא אמרה בתחנת המשטרה באמת קרה.** לצורך זה יש לנו חריג והחריג הוא סעיף 10א' לפק"ר.

שימושים באמרת חוץ בכתב של עד

אמרה = אמרה של עד.

חוץ = נמסרה מחוץ לדיון בבית המשפט.

בכתב = היא צריכה להיות "בכתב" – הפרשנות של המונח כתב היא רחבה.

עד = לא נאשם.

בהליך פלילי בלבד!

דוגמא קלאסית: הודעה בתחנת המשטרה.

ישנם שני שימושים שאנחנו עושים באמרת חוץ בכתב של עד – מישור דינוני/מישור מהותי:

1. **במישור הדינוני:** במסגרת המישור הדינוני אמרת החוץ של העד מוגשת כראיה לעצם מסירתה בלבד. כלומר, האמרה מוגשת לבית המשפט לשם העמדת עדותו של העד במבחן של נאמנות. **אני מגיש אמרת חוץ בכתב של**

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

עד במישור הדיוני בין אם לקעקע את המהימנות שלו ובין אם לחזק את המהימנות שלו. כלומר, אם העד בתחנת המשטרה אמר X ובבית המשפט הוא גם אומר X, האם אני יכול להגיש את האמרה בבית המשפט? כן כי זו לא ראייה לאמיתות התוכן. אני יכול להגיש את האמרה גם כדי לקעקע את המהימנות שלו. נניח שהוא עד תביעה שאומר X בתחנת המשטרה ועל דוכן העדים הוא אומר Y, כסניגור חשוב לי להראות שהעד משקר ומסר גרסה שונה במקום אחר. אבקש להגיש את החקירה במשטרה לבית המשפט כדי להראות שהעד לא מדויק. **האמרה במישור הדיוני אינה מוגשת כראיה לאמיתות התוכן אלא כדי לתמוך או לקעקע את המהימנות.**

השימוש באמרת חוץ בכתב של עד במישור הדיוני יכול להיעשות בשלושה מקרים:

א. במסגרת חקירה נגדית של העד כדי לקעקע את המהימנות של העד - אם במקום אחר הוא מסר גרסה שונה, לא צריך שום חריג.

ב. כאשר אנו מבקשים מבית המשפט להכריז על העד שלנו כעד עוין - מגישים את האמרה לבית המשפט כראיה לעצם הרישום, כלומר, רק כדי להראות שיש סתירה בין הדברים. כדי להראות שבמקום אחר הוא אמר דבר שונה.

ג. בתגובה לרענון זכרון של עד מבלי להכריז עליו כעד עוין – כשאנו רוצים לרענן את הזכרון של העד אנו מפנים את בית המשפט למה שהוא אמר בגרסה קודמת. בית המשפט יכול לקבוע שהעד שקרן או לא מדייק כי יש שתי גרסאות, הוא לא יכול אבל לקבוע איזה גרסה לא נכונה.

2. במישור המהותי: אמרת החוץ של העד מוגשת כראיה **לאמיתות התוכן** ולא כדי שבית המשפט יראה שבמקום אחר הוא אמר משהו שונה. כלומר, אני מבקש מבית המשפט שיקבע ממצאים בפסק הדין על סמך הראיה הזו כאילו העד אמר זאת בבית המשפט.

כשאנחנו רוצים להגיש את האמרה כראיה לאמיתות התוכן, מדובר בחריג לכלל הפוסל עדות מפי השמועה וסעיף 10א' לפק"ר מאפשר לנו להכשיר אמרת חוץ כראיה לאמיתות התוכן.

חשיבות חקיקתו של סעיף 10א' והרקע לחקיקתו

הסעיף נחקק בשנת 1980 והיו לכך שתי סיבות:

1. טעם כללי: מגמת המעבר מכללי קבילות לכללי משקל – אחד מהביטויים המובהקים למגמת המעבר. אם בעבר אי אפשר היה להגיש אמרות חוץ בכתב של עד כראיה לאמיתות התוכן, החל משנת 1980 אפשר להגיש את הראיה הזו.

2. טעם ספציפי: הטעם העיקרי לחקיקת הסעיף היה נעוץ בתופעה מדאיגה משנות ה-70 שהלכה ופשטה של הפעלת לחצים פסולים על עדים. נאשמים למדו דיני ראיות והם ידעו לנצל את דיני הראיות לטובתם. הם אמרו שיש עד ראייה שהפליל אותם בתחנת המשטרה וכנראה שיתן עדות בבית משפט על העדות המפלילה מהמשטרה. אם הנאשם יעלים את העד, העד לא יוכל להעיד בבית משפט.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

בתי המשפט התריעו על המצב הזה בפני המחוקק וקראו למחוקק להסדיר את הקושי הזה בהקדם. בעקבות זאת הוקמה וועדת לנדוי שבראשה עמד שופט בית המשפט העליון, השופט לנדוי, והיא המליצה על חקיקתו של סעיף 10א' לפק"ר. בשנת 1980 הכנסת קיבלה את המלצת הוועדה וחוקקה את סעיף 10א' והתכולה היא רטרואקטיבית.

סעיף 10א' חולל מהפכה בדיני הראיות כי ברגע שהוא נחקק, הוא אפשר לבית המשפט להעדיף את הגרסה שמסר העד בתחנת המשטרה על פני הגרסה שלו על דוכן העדים. בית המשפט יכול היה להעדיף את אמרת החוץ בכתב של העד ולקבוע את הממצאים גם כשהעד לא מגיע לבית המשפט כי העלימו אותו למשל או הפעילו עליו אמצעי פסול.

למה הסעיף עורר מהפכה?

החריג הזה שונה מכל החריגים האחרים. כל החריגים שדיברנו עליהם עד עכשיו כמו סעיף 9 או סעיף 10 לפק"ר – הייתה ערובה לאמיתות המידע. כלומר, היה בסיס למהימנות המידע. בכל החריגים היה משהו שנתן לנו לתת אמון באמרה וכאן אין שום דבר למהימנות המידע. אדם יכול להגיע לתחנת המשטרה ולמסור עדות שקר ויכול גם לשתוק על דוכן העדים וכו'. אישה מוכה נותנת גרסה בתחנת המשטרה על אלימות קשה מבעלה ובבית המשפט נותנת עדות שונה. יכול להיות מאוד שהגרסה של אותה אישה מוכה בבית המשפט היא הנכונה, יכול להיות שבעלה רק דחף אותה ולא בעט בה ולא נתן לה אגרופים. הסעיף הוא סעיף של קבילות ולא משקל – יכול להיות שבית המשפט יעדיף את הראיה של אמרת החוץ בכתב של העד ולא את העדות בבית המשפט. כלומר, **סעיף 10א' אומר לשופט שהוא יכול להעדיף את העדות מפי השמועה (האמרה בכתב) על פני העדות בבית המשפט על דוכן העדים.**

סעיף 10א'(א) + (ב) לפק"ר – עוסקים בתנאים של קבילות.

סעיף 10א'(ג) + (ד) לפק"ר – עוסקים בתנאים של משקל.

התנאים להכשרת אמרת חוץ בכתב כראיה לאמיתות התוכן

כדי להכשיר אמרה מכוח סעיף 10א' יש שלושה תנאים מקדמיים שחייבים להתקיים:

1. **אמרה בכתב:** הפסיקה נתנה למונח 'אמרה בכתב' פרשנות רחבה והכוונה היא לכל אמצעי המקפיא את הדברים ושומר עליהם במצב אמין. **אמרה בכתב הכוונה היא לכל אמרה שהונצחה בכל אמצעי תיעוד אובייקטיבי המשקף את מה שנאמר.** כלומר, כל מה שהקפיא את האמרה שלי ושומר עליה במצב אמין, זו אמרה בכתב. אז אם עכשיו אמרתי משהו לחוקר והוא העלה את הדברים על כתב, זו אמרה בכתב קלאסית. אם אני אומר לחוקר והחוקר אומר שהוא מקליט אותי עכשיו, זו אמרה בכתב. האמרה שלי נשמרת במצב אמין גם בעוד 50 שנה. אם השוטר מצלם אותי ואומר שהחקירה עכשיו מצולמת, זו גם אמרה בכתב. אני יכול להגיש לבית המשפט את האמרה שאמר החוקר, את הקלטת אודיו שהקליט החוקר, את הקלטת החזותית שצילמו את

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

החקירה שלי. גם אם האמרה שלי שמורה על הארד דיסק זו גם אמרת חוץ בכתב של עד. כל עוד זה שמור במצב אמין, אפשר.

שאלה שעלתה בפסיקה בעניין זה: האם זכרון דברים הוא 'אמרה בכתב'?

זכרון דברים = אמרת חוץ של עד בעל פה שהועלתה בשלב מאוחר יותר על כתב, כלומר, לא בשעת אמירתה. **דוגמא:** אם אני מוסר אמרה בנקודת זמן X והשוטר מעלה את האמרה על כתב באותו רגע – זו אמרה בכתב. אם אני מוסר אמרה ומקליטים אותי, גם זו אמרה בכתב. זכרון דברים זה אחרת כיוון שזו אמרה שנאמרה בנקודת זמן מסוימת והועלתה בשלב מאוחר יותר על כתב.

נניח אני בא למשטרה ב-1/1/19 והשוטר מעלה את זה ב-15/1/19, יכול להיות שהוא לא זוכר בדיוק מה שנאמר ב-1/1/19.

אם אני אומר שזכרון דברים זו אמרה בכתב, אני אקבל גם ראיה שעלתה מאוחר יותר כראיה לאמיתות התוכן. השאלה לעיל הועלתה לדיון והוכרעה **בד"נ טובול:** מבחינה עובדתית טובול הועמד לדין על עבירות סמים והמדינה ביקשה להגיש במשפט שלו שלושה זכרונות דברים שערכו העדים בעקבות שיחה שעשו לאחת העדות. הם לא העלו את השיחה תוך כדי שהעדה מסרה את העדות אלא ימים אחר כך או שעות אחר כך. התביעה ביקשה להגיש את זכרון הדברים כאמרת חוץ בכתב.

בית המשפט המחוזי קבע שזכרון דברים אינו אמרה בכתב ולכן הוא זיכה את טובול. בית המשפט קבע שנכון שאין להם מה להשיב לאשמה כי אין ראיות אם פוסלים את זכרון הדברים. בע"פ טובול כשהגיע לעליון – הערעור של המדינה נדחה.

בדעת רוב בעליון נקבע שזכרון דברים הוא לא אמרה בכתב של 10א' – אי אפשר להגיש זכרון דברים כראיה לאמיתות התוכן כי מי מבטיח שמה שהשוטר העלה בנקודת זמן מאוחרת יותר זה מה שנאמר בתאריך? השופט נתניהו בדעת מיעוט החליטה שזכרון דברים הוא אמרת חוץ בכתב. התביעה הגישה בקשה לדיון נוסף ואכן בית המשפט מקיים דיון נוסף ששם נקבעת הלכה.

בדיון נוסף בעליון השופטים ברק ושמגר מצטרפים לדעת נתניהו ומי שהיה רוב נשאר שניים.

באותו פסק דין בית המשפט קובע שזכרון דברים הוא אמרת חוץ בכתב של עד. השופט שמגר: אמרה בכתב כוללת כל דבר שמתעד את האמרה, יכול להיות בכתב יד, הקלטות וידיאו או אודיו וכו'. אין צורך שהאמרה בכתב תינתן דווקא לשוטר אלא לכל אדם. יתר על כן, האמרה יכולה להינתן לשוטר או ושוטר ב' יכול להעלות אותה על כתב בזכרון דברים. באשר לקבילותם של זכרון דברים, יש לשאוף לבצע זכרון דברים בשעה שהם נאמרים על ידי העד. אולם, בנסיבות מתאימות ניתן גם להכיר ברישומים שלא נערכו בו זמנית. היינו, אין ללמוד מנוסחו או מגמתו של סעיף 10א' כי תנאי בלעדי הוא שתהיה חפיפה בין האמרה לבין העלתה על כתב.

כלומר, לא תמיד תהיה אפשרות להעלות את הדברים תוך כדי. **דוגמא:** יש עצור שמסיעים אותו לבית המשפט והוא אומר לנהג שאף אחד לא יודע שזה שמעון שביצע את העבירה, תפסו את העצור אבל זה שמעון בכלל ויש ראיות לזה שזה שמעון. הנהג לא יכול תוך כדי להקליט אותו או לכתוב.

ברגע שביט המשפט אומר שאפשר להכיר בזכרון דברים כאמרת חוץ בכתב – השאלה היא האם הדרישה לסמיכות זמנים היא תנאי לקבילותה של האמרה או שיקול לעניין המשקל שלה?

השופט ברק וגם השופט שמגר היו בדעת רוב אבל הם היו חלוקים בדעותיהם.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

השופט ברק: סמיכות זמנים אינה תנאי של קבילות אלא שיקול לעניין המשקל. כלומר, הריחוק בזמן עלול להשפיע על משקלה של האמרה ולא לשלול את הקבילות שלה. אם נניח האמרה הועלתה על כתב ב-5/1/18 ובמקרה אחר ב-15/1/18 ובמקרה אחר ב-30/12/19, היא לא עלתה אבל אם אחרי שנה היא עלתה זה פוגע בקבילות או במשקל? השופט ברק אומר שסמיכות זמנים היא תנאי לעניין המשקל. אומר השופט ברק כי ככל שהרישום סמוך למתן האמרה, עולה משקלה וככל שהרישום מתרחק ממועד מסירת האמרה, יורד משקלה כיוון שמן המפורסמות הוא שזכרונו של אדם נחלש עם חלוף הזמן.

ברק פועל לפי לשון החוק – אין בסעיף 10א' תנאי של סמיכות זמנים. השופט שמגר: שמגר חלק על גישתו של ברק באותה נקודה. הוא אמר שסמיכות זמנים היא תנאי של קבילות ולא שיקול לעניין המשקל. כלומר, אם ניקח את זכרון הדברים שהשוטר ערך שנה לאחר מכן – שמגר ייקבע שזה לא קביל. הוא אומר שהכתיבה הרחוקה בזמן אינה יוצרת אמרה בכתב אלא תזכורת של שוטר. נכון שאין חובה ברישום בו זמני, אך חייבת להישמר זיקה שבהגיון הכורכת את שלב האמירה עם שלב הכתיבה.

הגישה של ברק היא הגישה שהתקבלה בפסיקה כיוון שהיא פרקטית. אמרת חוץ בכתב של עד בפלילים כוללת גם זכרון דברים – גם כאלה שנרשמו זמן רב לאחר נתינת העדות זה עניין של משקל ולא קבילות.

נניח וא' מוסר אמרה לב' וב' מעביר אותה לג' וג' האחרון הוא זה שמעלה אותה על כתב. מדובר בזכרון דברים אבל השאלה היא - האם אפשר להכיר באותו זכרון דברים כאמרת חוץ בכתב של א' כראיה לאמיתות התוכן?

א' = עד = האמרה של א' ← ב' = שוטר ← ג' = זכרון דברים.

אם א' היה מוסר את האמרה לב' השוטר שהיה מעלה על כתב זה בסדר וזו אמרת חוץ.

במצב שנתנו מדובר בעדות מפי השמועה כפולה.

- האם אפשר להכיר באמרה שערך שוטר ג' כאמרת חוץ בכתב של א'?

נניח וא' עולה לדוכן העדים ואומר שהוא לא ראה שום דבר, האם ניתן להעיד את שוטר ג' שיעיד על אמיתות התוכן של העדות של א'?

גישה ראשונה: תנאי של קבילות ולומר שזה לא יכול להיות. ברגע שהמידע עובר חוליה נוספת, כל שכן, מספר חוליות, בהכרח שהמידע משובש.

גישה שנייה: ברוח מגמת המעבר וברוח פסק דין טובול, אפשר לומר שהכל עניין של משקל וברוח המגמה הכל זה עניין של משקל.

פס"ד יעקובוביץ': יצחק האב ודורון הבן רצחו את הקורבן. פיצלו אותם והכניסו אותם לשני מעצר שונים. לתאים שלהם הכניסו מדובבים. האב היה חשדן ולא אמר דבר למדובב והבן אמר הכל. המדובב נכנס עם מכשיר הקלטה אז רוב הדברים שדורון אמר הוקלטו. זה שאחר כך הוא יוצא ויש קלטת – אמרה בכתב. העניין הוא שלא כל הדברים באמת נשמעו בקלטת. יש דברים שהוא לחש אותם באוזניים של המדובב, כשהמדובב שאל על חלקו של האב, דורון לחש באוזן ולא שמעו את זה בהקלטה. אמרו למדובב להעלות על כתב כי לא שמעו בהקלטה. אם המדובב היה מעלה על כתב, זו אמרת חוץ בכתב – זכרון דברים הוא אמרת חוץ בכתב. המדובב

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

לא העלה על כתב אלא סיפר למפעיל מה דורון אמר לו והמפעיל הוא זה שהעלה על כתב. בפסק דין יעקובוביץ' ביקשו להגיש את האמרה שרשם המפעיל כאמרת חוץ בכתב של דורון. בית המשפט המחוזי קיבל את האמרה, זה עולה לעליון וההגנה טוענת שאין כזה דבר כי זה עובר חוליה נוספת וזו לא אמרת חוץ בכתב.

השופט קדמי בדעת מיעוט: הסכים עם בית המשפט המחוזי, אמר שגם אמרה שכזו היא אמרת חוץ בכתב ואין משמעות לכך שהאמרה הועברה לגורם נוסף שהעלה אותה על כתב. כל עוד מה שכתב השוטר המפעיל משקף את מה שהמדובר אמר לו, אין בעיה. אין צורך שהמדובר יחזור מילה במילה על מה שדורון אמר לו כל עוד זכרון הדברים משקף את מה שדורון אמר. השופט קדמי מרחיב את מה שנפסק בטובל. הוא אומר שגם זאת וגם זאת משקפות את אמרת העד כפי שנחרטה בזכרונו של השומע ולאופן הרישום, יש משמעות טכנית בלבד. קדמי דוחה את הערעור.

השופטים מצב ושטרסברג כהן בדעת רוב: ההלכה שחלקה על דעת המיעוט של קדמי, למעשה ההלכה מצמצמת את הלכת טובל. הלכת יעקובוביץ' קובעת שאין לקבל אמרת חוץ בכתב מכלי שלישי. הוא אומר כי הוא סבור שעמדת קדמי מרחיבה את הלכת טובל והוא לא מסכים להרחבה. הם קובעים כי לא מדובר באמרת חוץ בכתב של העד אלא של השוטר. בית המשפט פוסל את הראיה, הוא לא משנה את התוצאה של פסק הדין כי היו מספיק ראיות מפלילות. מה שחשוב זה שבאמת נקבעה הלכה בפעם הראשונה בנושא זה.

מאמר של המרצה: בונה תזה שאומרת שאפשר לקבל עדויות מפי השמועה גם מכלי שלישי אבל זאת בתנאי שקיים צורך בשימור האמרה והערובות שיש למהימנות המידע לא נפגעו.

2. שנתן עד: אמרה בכתב שניתנה על ידי עד (כל מי שמזומן בהליך הפלילי) ובמסגרת עדותו מבקשים להגיש כראיה לאמינות התוכן את ההודעה שלו מכוח סעיף 10א'.

האם נאשמים הם עדים? האם מכוח סעיף 10א' אני יכול להגיש אמרת חוץ שמסר נאשם? **לא.** סעיף 10א' לפק"ר הוא סעיף של עדים ולא נאשמים, יש סעיף אחר שמאפשר להכשיר הודאת חוץ של נאשמים (נלמד בהמשך). עד ניגש לתחנת המשטרה ואמר שהוא ראה את יוסי גונב רכב בחניון, אם העד עולה לדוכן העדים ואומר שהוא לא ראה את יוסי גונב רכב, יש לי אמרת חוץ בכתב של עד. אבל אם הנאשם עולה ואומר שהוא לא גנב, אי אפשר להגיש אמרת חוץ בכתב על ידי נאשם.

אמרת חוץ מכוח סעיף 10א' מאפשר לי להגיש אמרות של אדם שמפליל אדם אחר.

פס"ד חזן/מריאשווילי (בעיקר חזן): ההלכה הפסוקה כי נאשם משותף המעיד בפרשת ההגנה כעד לעצמו, יהיה עד במשפט כמשמעותו של סעיף 10א' וניתן יהיה להגיש את אמרת החוץ שלו כראיה נגד נאשמים משותפים לאותו כתב אישום, לרבות, הודאת חוץ, שמסר במסגרת החקירה. יתר על כן, אפילו אם הודאת החוץ שלו נפסלה כראיה נגד מי שמסר אותה בשל כך שלא הייתה חופשית ומרצון, אין בכך כדי לפסול אותה כאמרת חוץ בכתב של סעיף 10א' שכן, זו משמשת ראיה כנגד האחרים (ולא כנגד האומר) ונסיבות נתינתה אינן מעלות או מורידות לעניין קבילותה.

דוגמא: ראובן, שמעון ולוי שותפים לשוד. ראובן מפליל את שמעון בתחנת המשטרה בפני שוטר. אני רוצה לקרוא לראובן במשפט של שמעון, למה? כי מדובר בכתבי אישום נפרדים ואין בעיה להעיד אותם בכל שלב. אני מצפה

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

שראובן יאמר על דוכן עדים ששמעון שדד. אבל ראובן אומר ששמעון לא שדד, לא הוא ולא שמעון. התובע יכול להגיש את אמרת החוץ של ראובן כראיה לאמיתות התוכן.

נגיד שהם נמצאים באותו כתב אישום – ראובן מוותר על זכות השתיקה. אם הוא מוותר על זכות השתיקה ניתן לשאול אותו כל שאלה שרוצים על כל שותף. אני שואל אותו על שמעון כי הוא זה שסיפק לי את הראיה המפלילה. כתובע אני אומר לו אמרת שלא אתה עשית אבל תסכים איתי ששמעון עשה את השוד? האם אני יכול להגיש את הודאת החוץ של ראובן מתחנת המשטרה בה הוא מפליל את שמעון? כן, הוא וויתר על זכות השתיקה. כדי שהתביעה תוכל להגיש את האמרה של ראובן כנגד שמעון, הוא חייב לוותר על זכות השתיקה כדי להפוך לעד. אם הוא לא מוותר על זכות השתיקה, הוא לא עולה על דוכן העדים והוא לא עד ולכן, אי אפשר להגיש אמרת חוץ של נאשם מכוח סעיף 10א'. זה שהוא מוותר על זכות השתיקה זו ראיה נגדו אבל הסניגור של שמעון מרוויח כי התביעה לא תוכל להגיש את העדות של ראובן כנגד שמעון בתחנת המשטרה.

כדי שהתביעה תוכל להציג את האמרה המפלילה של ראובן כנגד שמעון – היא חייבת שהתנאים ימלאו את סעיף 10א'.

הסיפא של ההלכה אומרת כך: אפילו אם הודאת החוץ שלו נפסלה כראיה כנגד מי שמסר אותה מפני שלא הייתה חופשית ומרצון, אין בה כדי לפסול אותה כאמרת חוץ בכתב של סעיף 10א' שכן, זו משמשת ראיה כנגד אחרים ולא כנגד האומר ונסיבות נתינתה אינה מעלות או מורידות.

במילים אחרות: אם ראובן נחקר על ידי השוטר אזולאי. השוטר אומר לראובן שהוא יודע שהוא וחברים שלו עשו את העבירה. ראובן שומר על זכות השתיקה. השוטר אזולאי מפעיל כוח ומרביץ לראובן. ראובן מתייאש ואומר לשוטר שיכתוב שהוא ביצע את השוד. השוטר אומר לו שזה לא מספיק והוא רוצה לדעת מה שמעון עשה, אז ראובן אומר שגם הוא ביצע את השודוגם שמעון ולוי.

החלק הראשון – "אני ביצעתי שוד" – אמרת חוץ של נאשם.

החלק השני – "שמעון ביצע שוד" – אמרת חוץ בכתב של עד.

לפי הסיפא חייב שתהיה הודאה שנעשתה באופן חופשי ומרצון, במקרה דנן, השוטר אזולאי הרביץ לראובן ולכן, אי אפשר להגיש את הודאת הנאשם כהודאת חוץ.

לגבי החלק השני, גם אם הוא הפליל את שמעון אחרי שהרביצו לו, אפשר לקבל את הראיה.

← בית המשפט אומר שכדי להכשיר הודאת חוץ צריך להוכיח שהיא חופשית ומרצון. לעומת זאת, כשרוצים להכשיר עדות כנגד אדם אחר, לא צריך להוכיח שהיא חופשית ומרצון. לכן, גם אם השוטר/חוקר הפעיל אמצעים פסולים על העד שהפליל את חברו, הראיה לא נפסלת מכוח סעיף 10א'.

← אין תנאי של חופשי ומרצון לפי סעיף 10א' לפק"ר.

3. האמרה ניתנה מחוץ לבית המשפט: המשמעות היא שהאמרה ניתנה מחוץ לדיון הנוכחי שבמסגרתו הוא צריך להעיד.

האם אפשר להגיש במסגרת סעיף 10א' פרוטוקולים שאמר העד במקום אחר? **כן.**

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

אם ראובן לצורך העניין, בדיון מעצרים שלו, אומר לשופט כי הוא לא אשם וזה שמעון הוא זה שעשה את זה, ניתן להשתמש בפרוטוקול של הדיון ולהשתמש בו כאמרת חוץ בכתב.
מחוץ = לא רק מחוץ לבית המשפט אלא מחוץ לדיון שבו הוא נדרש להעיד ולכן, ניתן להביא פרוטוקול מדיון אחר.

עד עכשיו דיברנו על כך שמדובר באמרה בכתב שאמר עד מחוץ לבית המשפט.
כעת נדון בשתי החלופות.

סעיף 10א(א) לפק"ר –

אמרת עד מחוץ לבית המשפט (תיקון מס' 5) תש"ס-1979
10א. (א) אמרה בכתב שנתן עד מחוץ לבית המשפט תהיה קבילה כראיה בהליך פלילי אם נתקיימו אלה:

- (1) מתן האמרה הוכח במשפט;
- (2) נותן האמרה הוא עד במשפט וניתנה לצדדים הזדמנות לחקרו;
- (3) העדות שונה, לדעת בית המשפט, מן האמרה בפרט מהותי, או העד מכחיש את תוכן האמרה או טוען כי אינו זוכר את תכנה.

3 תנאים שצריך להוכיח:

1. מתן האמרה הוכח במשפט: מי שמבקש להגיש את אמרת החוץ בכתב של העד נושא בנטל ההוכחה כי האמרה נתנה על ידי העד שלו מייחסים אותה. כלומר, קודם כל צריך להוכיח שהאמרה היא של העד.
דוגמא: אם נגיד לאישה המוכה האם זו האמרה שלה והיא תגיד כן, שכל מה שכתוב שם זה שלה אבל זה לא נכון, הוכחנו את עצם מתן האמרה. אם העד אומר שזה לא הוא בכלל, מביאים את מי שחתם על האמרה וכתב אותה, ומעידים אותו על כך שהעד הוא אכן העד שמסר את האמרה. לצורך העניין, אם לא העד לא חתם על האמרה, נשאל את השוטר למה לא חתום העד והשוטר ישיב שכשהוא ביקש מהעד לחתום, הוא לא רצה לחתום ולכן, האמרה לא חתומה.
2. נותן האמרה הוא עד במשפט וניתנה לצדדים הזדמנות לחקור אותו: אם ראובן מפליל את שמעון, צריך לדאוג שראובן יעלה על דוכן העדים. ניתנה לצדדים הזדמנות לחקור אותו – העד צריך לדבר בחקירות. שאלה שעלתה בפסיקה – מה דינו של העד השותק? יש עדים שבאים למשפט אבל הם שותקים או מקשקשים או לא עונים לעניין. אם עד שותק נכנס לסעיף 10א(א) לפק"ר, אין בעיה ואפשר להגיש את האמרה שלו גם אם הוא שותק כי זה כמו סתירה.
האופציה השניה - סעיף 10א(ב) מדבר על עדים שלא התייצבו בבית המשפט בעקבות אמצעי פסול וצריך לשכנע את בית המשפט שדוכן העדים ריק מישוהו איים עליו או העלים אותו או פגע בו בגלל הדיון. הוא נותן מענה לתופעה של העלמת עדים כי הפעילו עליהם אמצעי פסול.
עד שותק זה סעיף 10א(א) לפק"ר – צריך להראות למה הוא שותק ולהראות שיש סתירה, אם עד שותק, אין לנו הזדמנות לחקור אותו וזה כאילו לא הביאו אותו לדוכן העדים וצריך להוכיח שהעד שותק כי מישוהו איים עליו או כי הופעל אמצעי פסול (לפי סעיף 10א(ב) לפק"ר).

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

השאלה שעלתה בפסיקה היא מה דינו של העד השותק? האם הוא נכנס לסעיף 10א'(ב) או לסעיף 10א'(ב).

ההלכה התהפכה 4 פעמים במסגרת השאלה של מה דינו של העד השותק:

הלכת אשכנזי (1986): היכולת לחקור את העד היא דרישה מהותית ולכן, עד שותק או עד שמסרב להעיד או מקשקש, אפילו אם הוא ניצב על דוכן העדים, יבוא בגדר מי שאיננו עד ויחול על קבילות אמרתו סעיף 10א'(ב) לפק"ר. הלכת אשכנזי ← עד שותק = 10א'(ב) לפק"ר.

הלכת לוי (1990): התהפכה הלכת אשכנזי. המבחן עם העד השותק יבוא באחד מהסעיפים הללו הוא מבחן נוכחותו של העד על דוכן העדים. ברגע שהעד נוכח על דוכן העדים, אוטומטית מדובר בסעיף 10א'(א). לפי הלכת לוי, הדרישה לחקור את העד היא דרישה פורמאלית, אבל הוא חייב לבוא לדוכן העדים. אם הוא שותק או מקשקש וכו' יש להגיש את אמרת החוץ שלו. זה שונה מהלכת אשכנזי.

ע"פ חאג' יחיא (1991): ביטלה את הלכת לוי. החזירו את הלכת אשכנזי על כנה. אומרים שמדובר במבחן מהותי ואם עד שותק ולא רוצה להשיב על שאלות הצדדים הוא כאילו לא נמצא בבית המשפט וצריך להוכיח אמצעי פסול.

דנ"פ חאג' יחיא (1993): במסגרתה הושבה על כנה הלכת לוי וזו ההלכה היום. מבחן פורמאלי – מקום שהעד נוכח על דוכן העדים, בין שהוא מקשקש, בין שהוא שותק, בין שהוא מסרב להעיד ובין שהוא משנה את גרסתו, הרי שהוא עד לפי סעיף 10א'(א) לפק"ר.

3. העדות שונה, לדעת בית המשפט, מן האמרה בפרט מהותי, או העד מכחיש את תוכן האמרה או טוען כי אינו זוכר את תכנה: צריך להראות שינה את טעמו. כלומר, שהעד לא חוזר בדוכן העדים על דברים שהוא אמר בתחנת המשטרה, מכחיש את נתינת האמרה וכו'.

יכול להיות שהעד לא רוצה להפליל את הנאשם, זה יכנס לסעיף 10א'(א) לפק"ר או שהוא חולה במחלה מסוימת והוא לא זוכר כלום, גם אז מדובר בסעיף 10א'(א) לפק"ר – **מספיק להראות שהוא שינה את טעמו ולא צריך להראות שאמצעי פסול גרם לו לשכוח את הדברים.**

סעיף 10א'(ב) לפק"ר:

(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.

בניגוד לסעיף 10א'(א) לפק"ר שמדבר על עד שמגיע לעדות אבל שותק, סעיף זה מדבר על מי שלא נמצא על דוכן העדים. צריך להראות שהוא לא נמצא בגלל שהפעילו עליו אמצעי פסול. הדרישה הבסיסית של סעיף זה זהה לדרישות של סעיף 10א'(א) – גם פה צריך להוכיח את עצם מתן האמרה אבל פה צריך להראות שנותן האמרה אינו עד בבית המשפט בעקבות כך שהפעילו עליו אמצעי פסול.

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

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

1. העד מסרב להעיד
2. אינו מסוגל להעיד
3. לא ניתן להביאו לבית המשפט מכיוון שאינו בחיים
4. לא מוצאים אותו

← על כל התנאים הללו, חייב להוכיח שהם קרו בגלל שהפעילו עליו אמצעי פסול.

♥ יש לשים לב: מקרים של עדים שחתכו את הורידים שלהם בעקבות כל מיני איומים שהשמיעו כלפיהם/הנאשם או מי מטעמו העבירו מסרים לעד שיסתום את הפה לפני העדות/ התנהגות חסרת הסבר סביר של העד/העד לא סתם נעלם אלא נעלם כי קרה משהו ← סביר להניח שהופעל עליו אמצעי פסול.

הפסיקה קבעה מספר דברים לגבי אמצעי פסול:

פס"ד הרצל אביטן ופס"ד קלבוני: מי שנקט באמצעי הפסול יכול להיות כל אדם ולא דווקא הנאשם. בנוסף, הפסיקה קבעה כי תחושת פחד של העד שאינה תולדה של נקיטה באמצעי פסול, אלא פרי תחושתו של העד מן הצפוי לו אם יעיד, אינה בגדר אמצעי פסול. כלומר, אם העד אומר שהוא לא הולך להעיד כנגד ראש ארגון פשיעה, זה לא סעיף 10א(ב) לפק"ר, זה אומר שצריך להוציא לעד צו הבאה ואם לא מוציאים לו צו הבאה זו בעיה של התביעה ואי אפשר להביא אמרת חוץ בכתב של עד.

פס"ד סבן: הפסיקה גם קובעת כי השכנוע אינו חייב להיות מעבר לכל ספק סביר גם אם המסקנה מוסקת במידת סבירות גבוהה מן הנסיבות, יחד עם זאת, אין להסתפק בהשערה. לא צריך להוכיח מעבר לכל ספק סביר שהוא קיבל 10 שיחות טלפון מכלא מעשיהו ושתי דקות לאחר מכן, לא מצאו אותו. **די שהמסקנה ההגיונית היא שהופעל עליו אמצעי פסול.** צריך לשכנע את בית המשפט במידת סבירות גבוהה כמו 70 או 80 אחוז ולא 95 אחוז.

סעיף 10א(ג) לפק"ר –

(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.

לא חייבים לקבל את כל מה שהוא אמר – יכול להיות שיאמצו חלק מהגרסה שנמסרה בתחנת המשטרה אבל צריך לנמק את נסיבות מתן האמרה. כלומר, אם בית המשפט מעדיף אמרת חוץ על פני עדות בבית המשפט או אם אין עדות כי העלימו את העד, הוא צריך לנמק את ההחלטה שלו.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

סעיף 10א'(ד) לפק"ר –

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

לא ניתן להרשיע נאשם על סמך אמרת חוץ בכתב שמסר העד ללא תוספת ראייתית מאמתת מסוג דבר לחיזוק. הפסיקה קבעה כי משקלה של הראיה המחזקת עשוי להשתנות ממקרה למקרה והוא עומד ביחס הפוך למשקלה ולמהימנותה של אמרת החוץ הטעונה חיזוק – המרצה כותב זאת גם במאמר. נניח שהעד שרצחו אותו מסר גרסה מעולה, אומרים שהראיה המחזקת המשקל שלה יכול להיות לא גבוה, כי אם המשקל של הראיה העיקרית גבוה, משקל הראיה המחזקת יכול להיות נמוך. אבל הפוך זה בעיה. אנחנו צריכים תוספת כשבית משפט נותן אמון בראיה העיקרית. אם המשקל של הראיה העיקרית נמוך, צריך לזכות את הנאשם.

מספר כללים שנקבעו בפסיקה:

1. מקום שעדות העד טעונה תוספת ראייתית, גם אמרת החוץ אשר באה בנעלי העדות, טעונה אותה תוספת. כלומר, אם העד סוחר איתו תוספת אחרת, נניח סיוע, התוספת שתדרש היא תוספת מסייעת. נניח שהנאשם רצח את עד המדינה צריך סיוע כי למעשה, התוספת הגבוהה יותר תמיד בולעת את התוספת הקטנה.

2. כאשר האמרה מצריכה תוספת של דבר לחיזוק מכוח הוראה אחרת (כמו קטין מתחת לגיל 12 או שותף לעבירה) הרי שיש צורך בחיזוק אחד אלא שהוא צריך להיות מוגבר – 4400/13 פס"ד עבאסי ופס"ד שאאדה.

דוגמא: אם יש לנו עד מדינה שמעיד – צריך סיוע. אם רוצים להביא את הגרסה של עד המדינה מכוח סעיף 10א' לפק"ר – צריך גם אז סיוע.

נניח שיש לנו ילד מתחת לגיל 12 – אם הוא מעיד צריך דבר לחיזוק. אם הילד שותק – פונים לסעיף 10א'(א) על סמך מה שבית המשפט אמר בתחנת המשטרה.

בית המשפט אומר שצריך חיזוק מחוזק במצב כזה או חיזוק מוגבר (זה לא סיוע!). החיזוק צריך להיות הרבה יותר משמעותי.

בפסיקה גם אומרים ששתי עדויות של שני עדים שהוגשו מכוח סעיף 10א' יכולות לחזק אחת את השנייה. נניח שיש לנו שני עדי ראיה ואת שניהם הנאשם העלים, אני אקח את אמרת החוץ של העד הראשון שהעלימו אותו כי היא יותר טובה, ואז אני אקח גם את האמרה של העד השני – אחת תחזק את השנייה.

סעיף 10ב' לפק"ר – קבלת אמרה בהסכמה

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

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

סעיף זה מאפשר לצדדים ועורכי הדין בהליך הפלילי, להגיש לבית המשפט אמרת חוץ בכתב של עד בהסכמה.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

כלומר, התובע והסניגור ביחד מסכימים שראיות מסוימות כמו עדויות של עדי הגנה או של התביעה, תוגשנה כראיה קבילה בהסכמה.

המטרה היא לקבל בהסכמה אמרות חוץ של עדים כדי למנוע את ההגעה לבית המשפט.

יש 3 תנאים כדי להגיש אמרה מכוח סעיף זה:

1. הסכמה של התביעה/סניגור.
2. יש צורך להצהיר שתוכן האמרה אינו שנוי במחלוקת – אם אנחנו מסכימים ומגישים, זה אומר שאנחנו מסכימים על מה שכתוב שם.
3. הנאשם ייוצג באותו דיון על ידי עורך דין.

המשקל = בין 0 ל-100. זה שהגשתי בהסכמה לא אומר שבית המשפט צריך לקבוע על פי זה.

סעיף 10ג' לפק"ר – שמירת דינים

שמירת דינים (תיקון מס' 5) תש"ס-1979

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

סעיף זה מתייחס גם לסעיף 10א' כולו וגם לסעיף 10ב' כולו.

ההוראה הזו נועדה להבהיר שאין בהוראות סעיפים 10א' ו-10ב' כדי להכשיר ראיות שהן פסולות מכוחו של דין אחר ואין בסעיפים האלה כדי לפסול ראיות שהן קבילות מכוחו של דין אחר. למעשה אומרים לנו שאם יש ראיה שהיא קבילה היא תשאר קבילה לפי סעיפים 10א' ו-10ב' אבל אם יש ראיה שהיא פסולה, היא פסולה ואי אפשר להגיש אותה מכוח סעיף 10א' או 10ב'. **דוגמא:** אישה לא יכולה להעיד נגד בעלה. הבעל רוצח את אשתו או מעלים אותה. התביעה באה ואומרת שהיא צריכה עדה, הוא רצח, מדובר באמצעי פסול, האם היא יכולה להגיש מכוח סעיף 10א'(ב) אמרת חוץ בכתב של עד? **לא.** אי אפשר לעקוף את הראיה הפסולה.

חשוב: אי אפשר לעקוף הוראות חוק שפוסלות ראיות מכוח סעיף 10א' או 10ב' ואת זה קובע סעיף 10ג'.

במבחן:

שאלה: ליום הולדתו ה-19 של אור נתן לו אביו, עומרי, מתנה, רכב, שבדיעבד התברר כי נגנב מסוכנות רכבי יוקרה. עומרי אמר לאור, אל תשאל איך האוטו הגיע לידיי כי מוטב שלא תדע. המדינה הגישה נגד עומרי האב כתב אישום בדבר גניבת רכב וביקשה להעיד את אור בדבר האמרה ששמע מעומרי. כתב אישום הוגש גם נגד אור בקבלת רכב חשוד גנוב. כתבי האישום נפרדים. האם אפשר לכפות על אור להעיד במשפטו של עומרי?
א. כן, היות שאינו קטין.

ב. כן, גם אם טרם נגזר דינו של אור בעבירה שבה הואשם.

ג. לא (אי אפשר להעיד בן כנגד אביו).

ד. לא, אלא אם דינו של אור כבר נגזר בגין העבירה שבה הואשם.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

שאלה: אשר הנאשם בעבירת גניבה, הוא אביו של גל. התובע במשפטו של אשר מבקש להגיש אמרה בכתב של גל שניתנה מחוץ לבית המשפט כראיה לאמיתות תוכנה בהליך הפלילי מאחר שאף שגל אינו עד במשפט, הרי שלטענת התובע עולה מנסיבות העניין כי אמצעי פסול שימש להניא או למנוע מגל להעיד. מה הדין?
א. התובע רשאי להגיש את אמרתו של גל כראיה לאמיתות תוכנה רק אם גל הוא עד במשפט.
ב. התובע רשאי להגיש את אמרתו של גל כראיה לאמיתות תוכנה אם שוכנע בית המשפט כי אמצעי פסול מנע מגל להעיד.

ג. התובע אינו רשאי להגיש את אמרתו של גל כראיה לאמיתות תוכנה גם אם בית המשפט שוכנע כי הופעל עליו אמצעי פסול (סעיף 10ג' לפק"ר).

ד. התובע אינו רשאי להגיש את אמרתו של גל כראיה לאמיתות תוכנה אלא אם שני הצדדים הסכימו להגשתה (לא נכון כי סעיף 10ג' חל גם על 10א' וגם על 10ב' – אי אפשר להעיד בן כנגד אביו – זו ראיה פסולה).

שאלה: דן הועמד לדין בעבירה של שוד. בידי התביעה מצויה הקלטה של יוחנן שאינה האזנת סתר, בה הוא מספר לחברו כי ראה את דן מבצע את השוד. יוחנן זומן להעיד על ידי התביעה ועלה על דוכן העדים אולם שתק בתגובה לשאלות שהופנו אליו. התביעה מבקשת להגיש את ההקלטה של יוחנן כראיה בכפוף לתנאי הקבילות הקבועים בדין. איזה מהמשפטים הבאים נכון?

א. ניתן להגיש את ההקלטה של יוחנן כראיה רק אם בית המשפט שוכנע ...

ב. לא ניתן להגיש את ההקלטה של יוחנן כראיה כיוון שהיא אינה נחשבת לאמרה בכתב.

ג. ניתן להגיש את הקלטת של יוחנן כראיה.

ד. לא ניתן להגיש את ההקלטה של יוחנן כראיה מאחר והדברים לא נאמרו על ידי אדם מרשויות החקירה (לא נכון כי לפי ההלכה מדובר בכל אדם).

24 בדצמבר 2018

הודאת חוץ של נאשם (רק פלילי)

סעיפים 11 ו-12 לפק"ר

לאחר שמוגש כתב אישום הנאשם נדרש להשיב לאשמה. בית המשפט מקריא לנאשם את כתב האישום והנאשם נדרש להשיב כתב האישום. במצב רגיל שבו הנאשם עולה לדוכן העדים ומודה בעובדות המיוחסות לו, בית המשפט מרשיע אותו באותו רגע (הכרעת דין), נותן לצדדים לטעון לעונש (טיעונים לעונש) ואז הוא גוזר את דינו. מרבית כתבי האישום בהליך הפלילי מסתיימים בהסדר טיעון.

כאשר הנאשם מודה מחוץ לדין שבו מבררים את אשמתו, ההודאה הזו נקראת הודאת חוץ.

הודאת חוץ היא הודאה שלא נמסרה בפני השופט שגבה את העדות שלו אלא בפני כל אדם.

ברגע שהשופט עולה על דוכן העדים ולא מודה באישומים המיוחסים לו אבל התביעה יודעת שהוא הודה בתחנת המשטרה, לוקחים את ההודאה שלו בפני המדובר או השוטר ומביאים בפני בית המשפט. הבעיה היא שברגע שהנאשם מודה שלא במסגרת הדיון על דוכן העדים זו הודאת חוץ – עדות מפי השמועה וזה אומר שזו ראיה

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

פסולה לאמיתות התוכן. בית המשפט לא יכול לקבוע ממצאים על פי ההודאה הזאת או להחליט על פי ההודאה הזאת.

סעיפים 11 ו-12 לפקודה מאפשרים לנו להכשיר הודאת חוץ כראיה לאמיתות התוכן. לא רק שהוא אמר את הדברים האלה אלא שהדברים שהוא אמר הם נכונים. זה מאפשר לבית המשפט להרשיע אותו על סמך מה שהוא מסר לחוקר/שוטר/מדובב וכו'.

אם תביעה רוצה להרשיע נאשם על סמך הודאת חוץ יחידה, הפסיקה קבעה שיש צורך בתוספת ראייתית מסוג דבר מה – הראיה היחידה שתוספת מסוג דבר מה נדבקות אליה.

ההנחה היא שעדיין אנחנו רוצים ראיה נוספות שתאמת את ההודאה (לא את הגרסה בכלל אלא את ההודאה). גם כאשר הנאשם מודה לא בפני השופט, קיים חשש שההודאה שלו היא הודאת שווא, לכן, אנו רוצים ראיה נוספת שתאמת את ההודאה.

הערה:

הודעה = עד מוסר גרסה בתחנת המשטרה.

הודאה = להודות בעבירה.

הודיה = שגיאה לשונית.

הודאה/הודיה = אותו דבר.

הודאה

בישראל אמצנו גישה מרחיבה לפיה כל אמרה של נאשם מחוץ לכותלי בית המשפט אשר נוגעת לעניין (רלוונטית) ויש לה, לכאורה, משקל ראייתי להוכחת אשמתו של הנאשם. במילים אחרות, הודאה היא כל אמרה שיש בה כדי להפיל את הנאשם בביצוע העבירה. כל דבר שיוצא מהפה של הנאשם ומכוחו אפשר ללמוד שהוא ביצע את העבירה, זו הודאה.

הודאה יכולה להמסר בעל פה, יכולה להמסר בכתב, יש גם הודאה בשפת גוף (סימנים מוסכמים) – סימנים ותנועות המדברים בפני עצמם כמו למשל, פנטומימה.

שפת גוף הכוונה היא לסימנים ותנועות מסכמים כי התנהגות מפלילה היא לא הודאה. למשל, אם לצורך העניין אני נכנס לסניף הבנק ואני רואה משטרה נכנסת ומישהו נמלט מהבנק ועולה על אוטובוס. אפשר לומר שזו התנהגות מפלילה אבל האם זו הודאה? לא. יכול להיות שזה אחד השבויים ששחררו אותו, יכול להיות פקיד שברח, רוצח וכו' אבל זה שהתנהגות שלו מחשידה ומפלילה, זה לא הופך את זה להודאה. הודאה בהתנהגות = הודאה בסימנים מוסכמים.

בפס"ד חביו: חביו הורשע עם השותף שלו עופר ברצח של שני אנשים. חביו ישב ולידו עופר השותף שלו ובפני צד ג' הוא הודה ברצח וכל מה שחביו אמר, עופר הנהגן עם ראשו. אומר השופט קדמי כי יש לתת להנהגן את המשמעות המקובלת להנהגן ראש בין בני אדם, היינו, הסכמה.

אם אדם אומר שהוא אנס את שושנה, זו הודאה באיננוס. כל מילה שמפלילה אותי בביצוע עבירה – זו הודאה.

הפסיקה מבחינה בין שתי התבטאויות שאדם מפליל את עצמו. הודאה לראשית הודאה:

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

"הודאה": הודאה היא התבטאות ישירה של נאשם לפיה הוא מודה בעובדה מפלילה. **דוגמא**: אני רצחתי, אני אנסתי, אני שדדתי וכו'.

"ראשית הודאה": התבטאות מקרית של נאשם המבטאת תחושה של אשמה או התבטאות במסגרת חקירה המציגה משאלה, הלך נפש, או הנמקת מהלך (לנמק מהלך שאני עושה) שממנה בית המשפט יכול להסיק בעקיפין שהנאשם הודה או מודה בעובדה מפלילה כלשהי.

דוגמא לראשית הודאה: השוטר נגש לזירת העבירה, רואה את שושנה מתה ומתבוססת בדמה והנאשם אומר "אכלתי אותה" או "תפסתם אותי על חם" או "הגיע לה" וכו'... אלה כל מיני התבטאויות שמעידות על אותו אדם שהוא באמת מעורב בביצוע העבירה. הוא לא מודה בעובדות המהוות בסיס של העבירה, אבל בעקיפין אפשר להבין שהוא ביצע את העבירה.

לגבי הלך נפש: כאשר החשוד מציע מיוזמתו להיות עד מדינה. זה שהוא הציע לשוטר להיות עד מדינה זו ראשית הודאה, מי שמציע להיות עד מדינה, זה מי שמעורב בעבירה. בקשה להיות עד מדינה זו אחת הראיות הכי חזקות שיש. שוטר יכול להציע להיות עד מדינה אבל אם נאשם מציע להיות עד מדינה זה אומר שהוא היה מעורב בביצוע העבירה. **דוגמא**: הצעת חשוד לעסקת טיעון עם המשטרה. עצם ההצעה שלו שהוא פונה לתובעת או לתובע, ברגע שיש מזכר כזה בתיק החקירה, זו אחת הראיות הכי חזקות שיש. כשזה מגיע מעורך הדין זו לא ראשית הודאה.

הדומה בשתי ההתבטאויות:

גם הודאה וגם ראשית הודאה הן קבילות בתנאי שייקבע שהן נמסרו כשהן חופשיות ומרצון. סעיף 12 למעשה מתנה את קבילותה של הודאת חוץ של נאשם בכך שהיא הייתה חופשית ומרצון. הדומה לגבי שתי הראיות שגם הודאה וגם ראשית הודאה צריך להוכיח שהן נתנו מרצונו הטוב והחופשי של הנאשם. גם אם הוא אמר שהוא רצח את שושנה או גם אם הוא אומר אכלתי אותה.

השוני בתי ההתבטאויות:

ההבדל ביניהן נאוך בכוח הראייתי שיש לכל אחת מהן. כלומר, שתיהן עשויות להיות ראיות קבילות אם הן תצלחנה את המבחן של חופשי ומרצון אבל לגבי המשקל יש הבדל. הודאה יכולה לשמש בסיס להרשעה בתנאי שתמצא לצידה תוספת ראייתית מסוג דבר מה נוסף. כלומר, אם אנו רוצים להרשיע על סמך הודאה, יש למצוא דבר מה נוסף, ואז אפשר פוטנציאלית להרשיע את הנאשם. הודאה יכולה להיות בסיס להרשעה רק למצוא תוספת קלה של דבר מה נוסף.

לעומת זאת, ראשית ראיה, יכולה להתווסף לראיות אחרות ולשמש להן תוספת ראייתית או שהיא יכולה לתמוך בראיות אחרות ולהכריע את הכף לחובת הנאשם. כלומר, הפסיקה קבעה שראשית הודאה יכולה לשמש תוספת ראייתית מסוג סיוע והיא יכולה לשמש גם דבר לחיזוק והיא יכולה לתמוך בראיה אחרת כדי לבסס את ההרשעה.

הפסיקה קבעה שראשית הודאה של נאשם לא יכולה לשמש דבר מה נוסף להודאת החוץ שלו.

← למה זה לא יכול להיות דבר מה? דבר מה וראשית הודאה, שתיהן מאותו מקור. הנאשם הוא שמודה והוא גם זה שאומר "אכלתי אותה" אז איך התבטאות אחת של נאשם תאמת התבטאות שנייה שלו? בכל התוספות

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

שעד עכשיו דיברנו עליהם, מישהו אחר הפליל את הנאשם. כאן, זו הפעם הראשונה שהוא מפליל את עצמו, לכן, אם הוא מפליל את עצמו ואני צריך תוספת שתאמת את ההודאה שלו, איך הוא יכול לאמת את עצמו? ← הפסיקה קובעת שראשית הודאה היא מאוד חזקה אבל היא לא יכולה להוות דבר מה משום שמדובר באותו מקור, אותו אדם וזו פעם ראשונה שהוא מפליל את עצמו ולכן, אנו רוצים שמישהו אחר או ראיה אחרת תאמת את הגרסה שלו.

הדומה: שתיהן צריכות להיות חופשית ומרצון. ברגע שהוכחנו שזה חופשי ומרצון זה נכנס לבית המשפט. השונה: ראשית הודאה לא יכולה להוות דבר מה להודאה של הנאשם.

תנאי הקבילות של הודאת חוץ של נאשם

אמרנו שראשית הודאה והודאת חוץ זה עדויות מפי השמועה. כדי להגיש הודאה כראיה קבילה היא חייבת לצלוח את המבחן של חופשית ומרצון. נטל הקבילות מונח על כתפי התביעה, התביעה היא זו שצריכה להוכיח שהנאשם מסר את ההודאה שלו כשהיא חופשית ומרצון, מעבר לכל ספק סביר. כפי שהיא מוכיחה את יסודות העבירה, היא צריכה להוכיח שההודאה הייתה של הנאשם ונמסרה חופשית ומרצון.

תנאי קבילות של הודאת חוץ הם תנאים מצטברים

1. סעיף 11 לפק"ר – התביעה צריכה להוכיח את הודאת הנאשם, כלומר, שהוא זה שמסר אותה.
2. סעיף 12 לפק"ר – התביעה צריכה להוכיח שההודאה הייתה חופשית ומרצון.

פירוט התנאים:

1. תנאי ראשון - הוכחת הודאת הנאשם:

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

11. אמרתו של נאשם מותר להוכיח בעדותו של אדם ששמע אותה; נרשמה האמרה בכתב והנאשם חתם עליה או קיים אותה באופן אחר, מותר להוכיחה בעדות על כך ממי שהיה נוכח באותו מעמד. אמרה שנרשמה כאמור מותר להוכיחה אף בתצהיר בכתב של מי שהיה נוכח באותו מעמד, אם הנאשם מיוצג וסניגורו הסכים לכך או - כאשר האמרה נוגעת לאישום בעוון או בחטא - אם הנאשם, במענה לשאלת בית המשפט ולאחר שביית 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.

צריך להוכיח את עצם ההודאה מפי מי שהיה נוכח שעה שההודאה נרשמה או נמסרה. בדרך כלל הנאשמים מודים בתחנת המשטרה אז זה יהיה השוטר שגבה את ההודאה והוא יעלה לדוכן העדים ויעיד אבל לא רק, אפשר להוכיח את ההודאה על ידי כל אדם ששמע אותה. למשל, אם הנאשם הודה בפני השוטר והמנקה שמעה את זה, אפשר להעיד אותה, דרכה אני מוכיח שבאמת הוא הודה.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

אם אדם מודה, מעלים את זה על כתב למרות שלא צריך (בניגוד לסעיף 10א'). גם אם עכשיו שוטר לא רצה להעלות על כתב, הוא יכול לבוא לדוכן העדים ולהגיד שבזמן שהוביל את החשוד לתא המעצר, הוא התוודה בפניו שהוא רצח.

תיאורטית לא חייבים אבל בפרקטיקה כמובן שמעלים את ההודאה על כתב – זו מלכת הראיות, חשוב מאוד שהיא תהיה בתיק ותהא כתובה.

לגבי הודאה, גם כאן אנו עושים הבחנה בפסיקה ובחוק בין הודאה בפני איש מרות. כשמדברים על הודאה צריך להוכיח את עצם מתן ההודאה והפסיקה מבחינה בפני איש מרות (משטרה) להודאה בפני כל אדם.

הודאה בפני איש מרות:

איש מרות הוא אדם המוסמך על פי דין לחקור חשודים ולגבות הודאות, כאשר לצד הסמכות לחקור, עומדת החובה של הנחקר להשיב תשובות אמת למעט תשובות שיש בהן כדי להפליל אותו בביצוע העבירה וזאת, מכוח סעיף 2 לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות) –

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

2. (1) קצין משטרה בדרגת מפקח ומעלה, או כל קצין 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 קצין משטרה או אותו קצין מורשה אחר כנ"ל ורשאי הוא לרשום בכתב כל הודעה, שמוסרה אדם הנחקר כך.
(2) אדם, הנחקר כך, יהיה חייב להשיב נכונה על כל השאלות, שיציג לו בשעת החקירה אותו קצין משטרה, או קצין מורשה אחר כנ"ל, חוץ משאלות שהתשובות עליהן יהיה בהן כדי להעמידו בסכנת אשמה פלילית.

כלומר, אם שואלים איך קוראים לו, הוא חייב להגיד, אם שואלים אותו איפה הוא גר, הוא חייב להשיב, אבל אם שואלים אותו מה הקשר לתיק, הוא לא חייב לענות – חסיון מפני הפללה עצמית ובנוסף גם יש לנאשם זכות שתיקה גורפת. אין הפרת הוראה חוקית במקרה הזה לעומת מצב בו עד נשאל שאלה והוא חייב להשיב ואם לא, אפשר להעמיד אותו לדין על הפרת הוראה חוקית.

שוטר שחוקר חשוד **בביצוע העבירה**, צריך להזהיר אותו תחילה שהוא לא חייב לומר דבר, כל דבר שיאמר ירשם וישמש נגדו אם באמת לימים יוגש כתב אישום וכי המנעות מלהשיב על השאלות עשויה לחזק את הראיות נגדו. אי אפשר להעמיד אותו לדין על זה שהוא שותק אבל עליו לקחת בחשבון שאם הוא ישתוק, עצם השתיקה בסופו של דבר תחזק את הראיות האחרות שתאספנה בסופו של דבר נגדו.

נשאלת השאלה בפסיקה: מה הנפקות של העדר אזהרת חשוד בדבר קיומה של זכות השתיקה?

האם זה שאנו לא מזהירים אותו עלול לפסול את ההודאה?

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

פס"ד סמירק (2002): סמירק היה אזרח גרמני שהתאסלם והצטרף לשורות החזבאללה, הוא נסע ללבנון ומשם הוא נשלח לישראל במסווה של תייר כדי לאסוף מידע לגבי מקומות פוטנציאליים לביצוע פיגוע התאבדות. היה מידע מודיעיני, השב"כ חיכה לו בנתב"ג והוא הורשע בסופו של דבר ונידון ל-10 שנות מעצר. חקרו אותו גם בנתב"ג וגם במתקני השב"כ וההודאה שלו נרשמה אלא שבמשפט שהתנהל הוא כפר באישומים שיוחסו לו ושההודאות שלו אינן קבילות אלא פסולות. הוא טוען שהוא לא הוזהר בחקירה בנתב"ג וגם בשב"כ ואי האזהרה פוגעת בקבילות ההודאות שלו. כלומר, ברגע שלא יידעו אותו על הזכות לשתיקה ועל הזכות להיוועץ בעורך דין זו בעיה. התנהל משפט זוטא ובית המשפט קבע שההודאות שלו קבילות, הוא הורשע וקיבל 10 שנות מאסר. הוא ערער למשפט העליון ושם השופטת בייניש נדרשה לענות על השאלה לעיל – האם זה שלא הזהירו את החשוד זה פוסל את ההודאה שהוא מסר?

השופטת בייניש חזרה על הלכה שנפסקה בעבר (הלכת יאסין משנות ה-60), לפני חקיקתו של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, לפיה, אין בהעדר אזהרת חשוד כדי לפסול את הודאתו, כל עוד הוכח כי ההודאה הייתה חופשית ומרצון. הרי המבחן הוא לא המבחן של האזהרה או לא אלא אם ההודאה הייתה חופשית ומרצון ואם כן, היא עברה את מבחן הקבילות. בייניש אומרת שהיא לא מוצאת לנכון לסתור אותה אלא שפסקי הדין הללו וגם פסק דין יאסין ניתן לפני חקיקת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, ולאחר החקיקה הזו, בייניש למעשה בודקת את התקפות של הלכת יאסין לאחר חוק היסוד – האם יש מקום להלכה הזו גם לאחר החקיקה? האם אי אזהרת חשוד בדבר זכות השתיקה עולה כדי הפרה של זכות חוקתית?

בייניש אומרת שהמגמה הפרשנית לאחר חקיקת חוקי היסוד מחייבת בחינה מחודשת של איזון מחדש בין זכויות הנאשם לבין ההגנה על אינטרס הציבורי. בהתאם לכך, עשויות להיות נסיבות באי אזהרת חשוד כדי להביא לפסילת ההודאה שמסר בחקירה. אולם, אין לקבוע בעניין זה כלל פסילה גורף והיא משאירה את זה לימים יבואו.

לגופו של עניין, השופטת אומרת שזה תלוי בנסיבות העניין, יתכנו מקרים שבהם השוטר לא הזהיר את הנחקר ויכול להיות שנפסול את ההודאה, כאן לא פוסלים את ההודאה כי היא פצצה מתקתקת. בייניש אומרת שאי אזהרתו בשדה התעופה ובמתקן השב"כ נבעה מהסכנה המידית עם בואו ארצה. העדר אזהרתו לא היה הגורם שהשפיע על החשוד למסור את הגרסה בשדה התעופה ובשב"כ.

יש לשים לב שפס"ד סמירק ניתן לפני יששכרוב. **בפס"ד יששכרוב** נקבע כלל פסילה גורף, כשלא מיידעים את החשוד על זכות השתיקה זו פגיעה בהליך הוגן וזוהי זכות חוקתית ומשנת 2006, פס"ד יששכרוב, אפשר לפסול הודאה שניתנה ללא אזהרה (בנסיבות העניין). זה לא כלל פסילה שאומר לשופט שהוא חייב לפסול, סביר להניח שבעבירות בטחוניות כמו מחבל שהולך לעשות פיגוע, לא יהיה זמן לחכות לעו"ד וכו'.

הודאה בפני כל אדם:

הודאה יכולה להינתן בפני כל אדם, שזה אומר: חבר, מי שהאזין באקראי, שותף לתא המעצר, מדובב, סוכן סמוי, קורבן (אם הנאשם בא לקורבן ואומר שהוא מצטער על מה שעשה לה אתמול ורוצה לפצות אותה והיא מקליטה אותו, זו הודאה), שותף וכו'.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

דינה של ההודאה בפני כל אדם כדין הודאה בפני איש מרות, היינו, גם היא צריכה להינתן כשהיא חופשית ומרצון. גם פה יש צורך בתוספת ראייתית מסוג דבר מה נוסף. כלומר, אם המרצה מודה בפנינו, צריך להוכיח שההודאה נמסרה באופן חופשי ומרצון וגם פה, אם בית המשפט ירצה להרשיע את המרצה על סמך מה שכתבנו בהרצאה, גם פה צריך דבר מה נוסף.

כשמדובר "בפני איש מרות" – המשקל הוא בין 0 ל-100.

אבל יש הבדל אם אתה מודה בפני איש מרות וזה מוסרט ומוקלט וההנחה היא ששוטר לא ישקר. לעומת זאת, "בפני כל אדם" הפסיקה בחודשים האחרונים נותנת דגש על מי זה כל אדם. אם הודית בפני הקורבן, בית המשפט יצטרך לחשוב פעמיים כי המשקל יצטרך להיות גבוה. האם הודית בפני אדם שאין לו אינטרס או יש לו אינטרס. מי שאין לו אינטרס הוא אובייקטיבי. לעומת זאת, מי שיש לו אינטרס הוא סובייקטיבי וצריך לחשוש וזה עלול להשפיע על המשקל.

2. תנאי שני: צריך להוכיח שההודאה הייתה חופשית ומרצון:

מופיע בסעיף 12 לפק"ר וקובע כי ההודאה תתקבל קבילה לאמיתות התוכן שלה (אני מרשיע את הנאשם על סמך מה שהוא אומר לשוטר) בתנאי שהתביעה תוכיח מעבר לכל ספק סביר שההודאה חופשית ומרצון. "חופשית ומרצון": הפסיקה למעשה אומרת שמדובר בהודאה שנמסרה בנסיבות בהן נשמרה למוסר ההודאה יכולת הבחירה אם למסור את ההודאה ואם לאו, ואם ירצה, גם להיוועץ קודם לכן, בעורך דין.

כלומר, חופשית ומרצון מדבר על הנסיבות שבהן נמסרה ההודאה. אם אני אומר שבשעה שהוא הודה ההוא יכול היה להודות או לשתוק ולא הכרחתי אותו, זה חופשית ומרצון. אבל אם שמטתי את הבסיס ליכולת הבחירה, לא נתתי לו את יכולת הבחירה, אז לקחתי לו את ה"חופשית ומרצון".

למה ההודאה צריכה להיות חופשית ומרצון? הסיבה נעוצה בכך שאנו רוצים להבטיח שכל אדם, לרבות אדם שנחקר על ידי איש מרות, יוכל להנות מזכות השתיקה, מזכות ההיוועצות בעו"ד ולכן, אנו אומרים שכאשר שוללים ממנו את הזכויות האלה, ההודאה לא חופשית ומרצון.

שאלה שעלתה בפסיקה: מה קורה כאשר חשוד מודה מתוך לחץ נפשי פנימי כשהוא לא מודע להשלכות של ההודאה? לדוגמא, נרקומנים, אלכוהליסטים או אדם שיש לו בעיות נפשיות - זה משפיע עליהם בצורה שהם לא מבינים את ההשלכות של ההודאה שלהם.

פס"ד מסיקה: מדבר על הודאה מתוך לחץ נפשי פנימי. היה חולה נפש וביצע מספר עבירות ביניהן הצתת רכב, וגניבה. הוא נחקר במשטרה והראיות העיקריות היו שתי הודאות שהוא מסר בפני תחנת המשטרה והוא גם שחזר למחרת היום את ההודאות הללו. כנראה שגם בתקופה שהוא מסר את ההודאה הוא היה במצב פסיכופטי. התביעה ביקשה להציג בפני בית המשפט את ההודאות שהיו חופשית ומרצון. בית המשפט המחוזי ערך משפט זוטא, השוטרים העידו ואמרו שכשהוא הודה הוא היה נראה נורמלי לגמרי, שפוי בדעתו. למעשה, הוא הודה כשהוא הגיע למשטרה להתנדב במשמר האזרחי.

בית המשפט המחוזי פסק שההודאה שלו אינה קבילה. בית המשפט המחוזי אומר שעל אף שהודאות של חולי נפש הן קבילות, יחד עם זאת, יש לקרוא מעבר ללחץ החיצוני בסעיף 12, גם לחץ פנימי. כלומר, מאחר שההודאה

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

ניתנה בין שני התקפים פסיכויטיים, הרי שההודאה אינה קבילה. במילים אחרות, בית המשפט המחוזי קובע שסעיף 12 כולל לא רק לחץ חיצוני אלא גם לחץ פנימי. כלומר, גם אם לא שמטתי את יכולת הבחירה אבל הנאשם היה במצב פסיכויטי ולא מודע להשלכות, ההודאה גם אז אינה חופשית ומרצון. המדינה ערערה לבית המשפט העליון. הערעור של המדינה התקבל פה אחד ובית המשפט החזיר את התיק למחוזי שניהל את המשפט.

השופט אור בעליון חזר על הלכת מיזן משנת 1957: שם למעשה נקבע שהודאה של חולה נפש היא כשרה להתקבל כראיה אם היא ניתנה בהעדר לחץ חיצוני, כאמור בסעיף 12. על ההלכה הזו חזרו כל השופטים בעליון. גם במיזן **בית המשפט אומר שהשאלה שמתעוררת לגבי הודאה כזו היא שאלה של משקל.**

מוסיף השופט אור ואומר כי לעניין משקלה של הודאה של חולה נפש, על בית המשפט להיות זהיר כשהוא מעריך הודאה של חולה נפש, כשם שיש להתייחס בזהירות לעדות של חולה נפש על דוכן העדים. כשחולה נפש מודה, השאלה היא של משקל ויש להתחשב במבחנים של פס"ד ברדה. בית המשפט מאמץ את הלכת מיזן למרות שעברו הרבה שנים.

הודאה של חולה נפש לא נפסלת כי הוא חולה נפש, כל עוד היא הייתה חופשית ומרצון וזה אומר לחץ חיצוני ולא לחץ פנימי. הפסיקה אומרת שתמיד צריך לשים לב מי מסר את ההודאה בכדי לדעת אם יש להזהר עם המשקל או לא.

לעורכי הדין מאוד קשה להילחם על הקבילות של ההודאה. המלחמה היא רק על המשקל.

חופשי ומרצון - כאשר נשמרה לנחקר יכולת הבחירה בין להודות ללשתוק. כששוטר מפעיל אמצעים פסולים על נאשם (שובר לו את השיניים / נותן לו אגרוף) אין לנאשם באמת יכולת בחירה. כשיש אמצעים פסולים ההודעה אינה חופשית ומרצון.

אמצעים פסולים - אלימות

אני אגיד: מי מודה אחרי שנותנים לו סטירה? מחשידים אותו ברצח והוא מודה רק כי נתנו לו סטירה? ואז היא אומרת רגע, זה מה שהוא הולך לעשות לי? עדיף שאני אודה. זה לא פשוט מתי זה אמצעי פסול ומתי זה לא אמצעי פסול.

אמרנו באופן כללי שאמצעי פסול זה אמצעי אשר עלול לשלול מהנחקר את יכולת הבחירה – אם לעשות שימוש בזכות הפסיקה או להודות? ברגע שהאמצעי הפסול שולל ממנו את יכולת הבחירה אם לשתוק או לדבר, אז אנו אומרים שמדובר באמצעי פסול.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

הפסיקה מאמצת את ההבחנה של קדמי שבספרים שלו מחלק את האמצעים הפסולים ל-5 קבוצות כדי להראות שאמצעי פסול זה לא רק אלימות:

1. אלימות או איום באלימות פסולים: הפסיקה קובעת שלא כל שימוש באלימות ייחשב כאמצעי פסול. אם מדובר במגע פיזי קל, אז זה לא אמצעי פסול (כמו לגעת בו ולהגיד לו לשבת או בעיטה קלה). שאלה של מידה האם הכוח סביר או לא. אלימות ואמצעי באלימות יכולים להיות אמצעים פסולים.
 2. נקיטה בשיטת תחקור בלתי הוגנת: למעשה, אם האמצעי הראשון נועד לשבור את הנאשם מבחינה פיזית, כאם זה נועד לשבור אותו מבחינה רגשית. **לדוגמא**: חוקרים אותו בין 3 בבוקר ל-4, מעירים אותו כל חצי שעה או 20 דקות לחקירה. **משך חקירה ותחקור דורסני זה אמצעי פסול**.
 3. יצירת לחצים נפשיים בלתי הוגנים: גידופים והשמצות, כליאה בתא בודד, נותנים לו לאכול אבל זורקים לו את האוכל על הרצפה, מעצר ממושך בתנאים קשים, מכניסים אותו לצינוק כשלא צריך, הרעה, עושים שימוש לרעה במצב הבריאותי שלו כמו לאיים עליו שהוא לא יקבל אינסולין אם הוא לא ידבר והוא חולה סוכרת. אין לו באמת יכולת בחירה במצב כזה.
 4. שימוש בתחבולה בלתי הוגנת: תחבולה = מרמה. המטרה של התחבולה היא באמת להכשיל את הנחקר. ככלל, תחבולות הן מותרות, מותר לנקוט בפעולות חקירה מסוימות שיש בהן תחבולה שהן מטבע בריאתן סוג של שקר. אם התחבולה שומטת את יכולת הבחירה בין לשתוק או לדבר, זו תחבולה. **לדוגמא**: מדובב זו תחבולה. הוא מתחבר לנאשם ונותן לו הרגשה שהוא חבר הכי טוב שלו, אבל המשטרה הכניסה אותו וזו תחבולה מותרת כי אף אחד לא מכריח אותו להודות בפני המדובב, אם הוא מודה בפניו באופן חופשי ומרצון זה תחבולה מותרת. תחבולה אסורה היא תחבולה ששומטת את יכולת הבחירה של הנאשם, **לדוגמא**: פברוק של DNA. ברגע שיש ראייה מדעית הנאשם מבין שהוא לא יכול להתמודד מולה במשפט ולכן, אסור לעשות זאת.
 5. שימוש באמצעי פיתוי והשאה בלתי הוגנים: השאה זו שליטה ברצון הזולת שעשויה לכבד את המחשבה שלו ודרך ההתנהגות שלו. למעשה, השוטר איפשהו שולט בו. כלומר, מדובר בכל מיני הבטחות שונות ומשונות, כל מיני טובות הנאה שמשבשים את יכולת הבחירה של הנחקר. **לדוגמא**: אומרים לו "תקשיב, יש לי הצעה ואתה יכול לסרב לה. בוא תהיה עד מדינה. ואז הוא אומר מה עד מדינה? שתדע שרק סיפקתי את האקדח ולא רצחתי" אבל אין כוונה להפוך אותו לעד מדינה. ברגע שמבטיחים למישהו להיות עד מדינה כשאינן באמת כוונה, משבשים את התודעה שלו ולכן, זו לא סתם תחבולה אלא שליטה בהתנהגות של הנחקר. דוגמא נוספת: הבטחה שישחררו את בני המשפחה העצורים שלו אם ישתף פעולה ויודה. זוהי השאה – אני שולט ברצון שלו, ברור לי שהוא יגיד שכן ויודה.
- ברגע שמבטיחים לו כל מיני הבטחות, כל מיני טובות הנאה, תמורות שמשבשות את יכולת התודעה שלו ושומטות את יכולת הבחירה, זה למעשה אמצעי פסול.

מבחנים שנקבעו הפסיקה להיות ההודאה "חופשית ומרצון"

אנו אומרים שכאשר הופעל אמצעי פסול, ייתכן שההודאה אינה חופשית ומרצון ובעניין זה, הפסיקה מבחינה בין שני סוגים של אמצעים פסולים בהתאם להלכה שנקבעה **בפס"ד מועדי**:
האם כל אמצעי פסול יביא לפסילת ההודאה?

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

1. **אמצעים פסולים שאינם קיצוניים:** הלכת מועדי קובעת שכאשר מדובר באמצעי פסול שאינו קיצוני, ההודאה לא תפסל באופן אוטומטי אלא על בית המשפט לבחון האם האמצעי הפסול שלל את חופשיות הרצון של מי שמסר אותה. כלומר, כשמדובר באמצעי פסול שאינו קיצוני **המבחן הוא סובייקטיבי**. בודקים האם האמצעי הפסול שאינו קיצוני באמת השפיע על חופשיות הרצון – צריך לבדוק האם זה שנתנו לנאשם סטירה זה שלל את חופשיות הרצון?

2. **אמצעים פסולים קיצוניים:** כשמדובר באמצעי פסול קיצוני, דעות השופטים בפס"ד מועדי היו חלוקות. גישת השופט גולברג – הגישה השולטת בפסיקה: לפיה, כאשר הופעלו אמצעים פסול באופן קיצוניים, כך שהפעלתם מגיעה כדי פגיעה בצלם דמות האדם, תפסל ההודאה מבלי לבחון את ההשפעה של אמצעי הפסילה הפסול על חופשיות הרצון. במקרה זה, ניתן משקל הבכורה להגנה על הזכות לכבוד ולשלמות הגוף והנפש. כלומר, כשמדובר באמצעי פסול באופן קיצוני **המבחן הוא אובייקטיבי טהור** – לא בודקים אם השפיע על הנאשם למסור הודאה או לא. דוגמא: אלוף הארץ באגרוף נחקר במשטרה ויושב שוטר צנום ואומר לו שהוא יתן לו אגרופים ושיזהר ממנו. אחרי חצי שעה שמכים אותו באגרופים, הנחקר מודה. אין ספק שאגרופים זה אמצעי פסול קיצוני. גולברג אומר שהוא לא הולך לבדוק האם זה מה שגרם לו להודות. ברגע שהוא אומר שמכות אגרוף הן אמצעי פסול קיצוני, אני פוסל את ההודאה מבלי לבדוק אם זה השפיע עליו או לא. מבחן אובייקטיבי טהור זה עניין של חוק. פסק דין מועדי התקבל בשנות ה-80. הגישה של גולדברג מגנה על שלמות הגוף והנפש.

גישת השופט יצחק כהן: לגישתו של השופט יצחק כהן – אם יתברר כי על אף השימוש באמצעי הפסול, נותרה לנחקר יכולת הבחירה החופשית למסור את ההודאה, אזי ההודאה תתקבל והדיון יתמקד במשקלה הראייתי. כלומר, לפי השופט יצחק זה מבחן סובייקטיבי. דוגמא: נניח יש אנורקסית שרגילה לא לאכול אלא רק לשתות והיא מגיעה לתחנת המשטרה והחוקר אומר לה שאם היא לא תדבר היא לא תאכל ארוחת בוקר או צהריים וכו' ומסתבר שהרעיבו אותה במשך יום וחצי, היא מבחינתה רגילה לא לאכול 3 ימים. כעבור יום וחצי היא אומרת שהיא רוצה להודות, ברור שזה אמצעי פסול קיצוני להרעיב נאשם במשך יום וחצי. יצחק כהן אומר שנכון שזה אמצעי פסול קיצוני אבל מסתמן שזה לא מה שגרם לה להודות והיא מסכימה עם זה, הוא אומר שזה סימן שזו הודאה חופשית ומרצון. הגישה שהתקבלה של גולדברג.

בדיון נוסף גוזלי: השופט שמגר אימץ את הפסיקה של השופט גולדברג. לימים השופט גולדברג ישב בוועדת גולדברג שבדקה את סוגיית קבילות הודאות נאשמים והתוצאה הסופית של הוועדה היא שהיא אימצה את הדעה של גולדברג בפסק דין מועדי.

נטל הוכחת קבילות ההודאה:

התביעה היא זו שנושאת בנטל ההוכחה של ההודאה לפי סעיף 11 ו-12 מעבר לכל ספק סביר. אם הנאשם מעוניין להתנגד להצגת ההודאה שלו בבית המשפט, הוא חייב להתנגד ברגע שהתביעה מבקשת להגיש את ההודאה. אם התביעה מגישה את ההודאה והסניגורים לא אומרים שיש להם טענה כנגד קבילות ההודאה אלא לעניין המשקל,

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

זה אומר שהם מסכימים שההודאה נעשתה חופשית ומרצון. התביעה בדרך כלל מעידה את השוטר. שואלים את השוטר באיזה נסיבות נגבתה ההודאה והוא עונה שהיא ניתנה חופשית ומרצון – זה הכי חשוב שהוא יגיד. אם טוענים שההודאה פסולה ורוצים לטעון כנגד הראיה צריך להתנגד להצגת הראיה וצריך לשכנע את בית המשפט שיש ראיה שיכולה לפסול את ההודאה.

בית המשפט עושה משפט קטן בתוך משפט גדול – משפט זוטא.

משפט זוטא = המטרה היא לברר את קבילותה של הודאת החוץ של הנאשם. בית המשפט צריך לפסוק בתוך המשפט זוטא האם ההודאה קבילה או לא.

← החלטה במשפט זוטא זו החלטת ביניים בהליך פלילי ואי אפשר להגיש ערעור אלא בסוף ההליך אם רוצים להגיש ערעור על פסק הדין אפשר להגיש ערעור גם על הזוטא.

← אם בית המשפט פוסל את הראיה, אסור לתביעה להציג אותה.

ברגע שההודאה עברה את מבחן הקבילות, עדיין נדרש בית המשפט לבחון את המשקל שלה וזאת כדי להפיג את החשש שמא מדובר בהודאת שווא.

על פניו נראה שהודאת שווא אינה התנהגות רציונאלית – מי מודה בעבירה שהוא לא ביצע? יחד עם זאת, צריך לקחת בחשבון שציבור הנחקרים אינו עשוי מקשה אחת, כלומר, לא כל הנחקרים מתנהגים בדרך שהיינו מצפים מאדם סביר להתנהג בחקירה. החקירה מעמידה את האדם בסיטואציה קשה ומאיימת שהוא אינו רגיל אליה. יכול להיות שהאיום המרחף מעל ראשו יגרום לו להתנהג בצורה לא רציונאלית ויודה.

כדי להפיג את החשש שאדם יודה בעבירה שהוא לא עשה, נקבע בפסיקה שמשקלה של הודאת חוץ תעשה בעזרת שני מבחנים מצטברים:

1. מבחן פנימי: מבחן הבוחן את המשקל העצמי של ההודאה. המבחן הפנימי מתייחס לתוכן ההודאה והוא בודק את סימני האמת העולים מתוכה כגון: הגיונה או חוסר הגיונה הפנימי – כלומר, אם היא הגיונית או לא? סידורם ובלבולם של הפרטים בהודאה וכיוצא באלה, סימנים של שכל ישר מביאים אדם להתייחס לדברי זולתו באמון. לא מחפשים רק הודאה אלא צריך בדיוק לראות מה הוא אמר. לפני שהולכים לדבר מה, בודקים את התוכן.

2. מבחן חיצוני (דבר מה נוסף): בודק את ההודאה על פי סימני אמת החיצוניים לה אשר יש בהם לפי מבחני השכל הישר כדי לשפוך אור על אמיתותה. זוהי דרישת הדבר מה נוסף ותכלית דרישת הדבר מה נוסף היא להפיג את החשש שמא הנאשם יודה בעבירה שהוא לא ביצע או לא ביצע במלואה. הפסיקה קבעה שאפשר להסתפק בכל ראיה כדי להוכיח דבר מה ויש בה כדי לאשר את תוכן ההודאה.

איך בודקים את המשקל? קודם בודקים את ההודאה. אם רשום אני רצחתי ואני לא רוצה להגיד כלום, המשקל יהיה אפסי. אבל אם ההודאה תהא מפורטת, המשקל יהיה גבוה אבל צריך ראיה נוספת.

היחס בין שני המבחנים: הפסיקה קובעת שישנה השפעה בין שני המבחנים באופן שככל שקטן המשקל העצמי של ההודאה כך גדל המשקל הנדרש לדבר מה הנוסף. אומרת עדנה ארבל בפס"ד סטרקל – ויש שדרגתו תגיע אף לידי ראיה מסייעת. היא אומרת שככל שהמשקל הפנימי של ההודאה נמוך, כך הדרגה של התוספת הראייתית

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

תעלה. כלומר, אם המשקל גבוה, מסתפקים בדבר מה אבל אם המשקל נמוך, התוספת הראייתית עולה ויכולה להגיע אף לתוספת מסבכת וההפך.

אם אתה מאמין לבן אדם אז אתה אומר רגע, יש לי עדיין בעיה, אני מאמין לילד מתחת לגיל 12 אבל הוא עדיין לא בר אחריות פלילית והוא יכול לשקר. אני רוצה משהו שיאמת את הגרסה שלו.

התוספות הראייתיות נדרשות דווקא כשבית המשפט רוכש אמון לראיה היחידה.

מה שעדנה ארבל אומרת לא מתיישב עם זה, אם לראייה היחידה יש משקל נמוך, לא צריך סיוע אלא צריך לזכות את הנאשם. לעומת זאת, אם בית המשפט יתרשם לחיוב מההודאה שלי והוא אומר שהוא עדיין לא יכולה להרשיע אותי כי הוא צריך משהו מאמת.

המרצה: מבקר במאמר את המשוואה שהם עושים כי מבחינה משפטית תוצאתית היא לא נכונה. מה שנכון הוא שככל שהמשקל גבוה יותר, כך בית המשפט יכול לחפש ראיה נמוכה יותר אבל אם המשקל הפנימי של הראיה הוא נמוך, צריך לזכות.

בפס"ד וולקוב שניתן בשנת 2010 ופס"ד אדריז שניתן ב2015: בית המשפט העליון קבע כי לשם יישום המבחן הפנימי והחיצוני, נדרשת בדיקה משולשת הבוחנת: (1) מי אמר, (2) מה אמר (3) ודבר מה נוסף. המבחנים האלו יהיו כשצריך לאזן.

א. מי אמר? ההיבט הראשון עוסק בזהות של הנאשם שהודת. המבחן הזה בודק האם הנאשם משתייך לאחת מהקבוצות אשר נשקף מהן סיכון מוגבר למסירת הודאת שווא (נקשר למסיקה). בודקים האם הנאשם הודה כי הוא נתון ללחץ חברתי, האם מדובר באדם אלכוהליסט או נרקומן או אדם שלוקה בנפשו או בשכלו. חשוב מאוד לראות מי הודה.

ב. מה אמר? ההיבט השני בודק את תוכן ההודאה תוך כניסה בעובי הקורה של סיפור ההודאה. כלומר, צריך לבדוק את מהימנותה של ההודאה, את העיתוי של מסירת ההודאה, האם היא מפורטת או מבולבלת וכו'.

ג. דבר מה נוסף: הראיה החיצונית שצריכה לאמת את הודאת הנאשם. בית המשפט לא מחפש ראיה בעוצמה מינימלית אלא מקנים בכך שיקול דעת לבית המשפט – האם יש להרשיע את הנאשם או לא?

כלומר, בית המשפט אומר שכשבודקים את הדבר מה הנוסף, צריך לבדוק ראיות לחיוב או לשלילה. לא מתעלמים מכל הראיות המזכות או המפלילות האחרות כי יש דבר מה. בית המשפט אומר שכשבודקים דבר מה נוסף, צריך לשים לב שאין דבר מה סותר או דבר מה חסר. בית המשפט אומר שאם הנאשם אומר שהוא רצח את שושנה והוא אומר איפה הגופה ומוצאים את הגופה באותו מקום, זה דבר מה נוסף. לעומת זאת, אם הוא אומר שהוא רצח את שושנה ומוסר את מיקום הגופה ומוצאים אותה במקום אחר, זה דבר מה סותר וצריך לתת את הדעת לעניין זה.

שאלה שעלתה בפסיקה: האם שתיקה של נאשם במשפטו יכולה לשמש דבר מה נוסף להודאת החוץ שלו?
אמרנו שראשית הודאה זה לא דבר מה כי זה מגיע מאותו מקום.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

לנאשם יש זכות שתיקה במשפט שלו, אבל אומרים שאם הוא הודה בתחנת המשטרה ובצורך העניין במענה לכתב האישום הסניגור אומר שמרשו כופר באישום ובמהלך פרשת ההגנה הוא שומר על זכות השתיקה – האם זה שהוא שומר על זכות השתיקה יכולה להוות דבר מה להודאת החוץ שלו?
לגבי שתיקה בחקירה – אמרנו שלנאשם יש זכות שתיקה אבל זה מחזק את הראיות נגדו.
סעיף 162 לחסד"פ – שתיקה של נאשם במשפטו שווה לסיוע או דבר לחיזוק.

פס"ד מילשטיין: האם השתיקה יכולה להוות דבר מה נוסף כאשר נאשם שותק במשפטו? הואשם בעבירה של שימוש בסמים, הוא שתק במשפט שלו והתביעה הצבאית ביקשה להגיש את ההודאות שלו בפני התובעים הצבאיים. התביעה אמרה שיש הודאת חוץ והוא שותק במשפט, אפשר להרשיע אותו על סמך הראיות האלה.
בית המשפט העליון – השופטת עדנה ארבל אומרת שכשאנו מסתכלים על סעיף 162, הוא מקנה ערך פוזיטיבי לשתיקה. אם הנאשם שתק במשפט, השתיקה שווה סיוע או דבר לחיזוק ולכן, היא אומרת שעיון בסעיף 162 עשוי להוות מקור חוקי לראות בשתיקת הנאשם במשפטו דבר מה נוסף. מצד שני היא אומרת שבמקרים חריגים שתיקת נאשם במשפטו לא תהווה דבר מה נוסף. יש פה תפיסה הררכית שהמרצה יוצא נגדה, עדיין יש מקרים שהשתיקה אינה מאמתת את הודאתו. הוא שותק כי מפחד שהרוצח האמיתי ירצח אותו ולכן גם הודה. ביהמ"ש קובע כלל וחריגים – אין להתיר בשתיקת הנאשם במשפטו תוספת ראייתית מסוג דבר מה נוסף, יש מקרים חריגים בהם כן ניתן להכיר בשתיקת הנאשם כדבר מה נוסף.

בית המשפט קובע בפעם הראשונה שאם יענו על שלושת הדרישות במילשטיין, בית המשפט יכול לראות בשתיקת הנאשם כדבר מה נוסף להודאת החוץ שלו. הדרישות הן:

1. על ההודאה להיות בעלת משקל פנימי גבוה במיוחד באופן שישכנע את בית המשפט כי מדובר בהודאה העומדת בפני עצמה לאור משקלה העצמי. כלומר, אם אתה רוצה להכיר בשתיקה כדבר מה, אתה חייב דבר ראשון לתת משקל גבוה ביותר להודאה שלו.
 2. על בית המשפט לשלול במידת האפשר את האפשרות שמא הנאשם פעל מתוך לחץ פנימי. כלומר, שהלחץ הזה הביא אותו לידי נטילת אחריות על עבירה שהוא לא ביצע – שלא הכריחו אותו, שלא איימו עליו, שלא חיפה על עבריו אחר וכו'. גם אנשים כאלה יכולים לשתוק ואנחנו לא רוצים שהשתיקה שלהם תאמת את הודאת החוץ השקרית שלהם.
 3. על בית המשפט להשתכנע על בסיס נסיבות העניין כי שתיקתו של הנאשם אינה נובעת ממניע תמים ועל כן, המסקנה המתבקשת היא שאין לנאשם תשובות (הוא לא סתם שותק, הוא שותק כי הוא מסתיר) נגד האשמות המופנות אליו, אשר ביחס אליהן הוא הודה בחקירתו.
אומרת השופטת עדנה ארבל: בהתקיימן במצטבר של שלוש אמות מידה אלה, יוכל בית המשפט לקבוע כי יש בשתיקה של נאשם במשפטו להוות דבר מה נוסף להודאה שלו.
- דוגמא לדבר מה נוסף:** שחזור יכול להיות דבר מה נוסף כל עוד הוא נעשה ביוזמת הנאשם/הודאה בפרטים מהותיים במהלך הדיון/ידיעת פרטים מוכמנים/ראיה מסייעת יכולה להיות דבר מה במקרים מסוימים/זהות גרסאות של הודאות חוץ של שני נאשמים (בית המשפט יכול לראות בהודאה אחת כדבר מה נוסף להודאה השנייה במקרה כזה). סבירותה של ההודאה וכו' (מפורט במחברת התרגול).

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

יש מקרים שבהם צריך דבר מה מוגבר ששם העוצמה של הדבר מה היא גבוהה יותר כמו מצב בו הקורבן מתכחש להודאה שלו/חולי נפש/שיכורים/מסוממים/אנשים בעלי פיגור. ברגע שבית המשפט רואה שמי שמסר את ההודאה שייך לקבוצות סיכון מסוימות וצריך דבר מה בעל עוצמה גבוהה – זה דבר מה מוגבר.
- דבר מה מוגבר זה לא חיזוק!

פסילת ראיות שהושגו שלא כדין

אנחנו נדבר על הנושא הזה בהקשר של הודאות חוץ של נאשם. פסילת ראיות זה כל ראייה אבל מרבית הפסיקה עוסקת בראיות חוץ של נאשם.

פסילת ראיות שהושגו שלא כדין – משמעה שראיות שהושגו בניגוד לדין, תחשבנה כראיות בלתי קבילות ולא ניתן יהיה להציג אותן בבית המשפט.

בפסק הדין יששכרוב - בית המשפט העליון קבע כי המונח 'ראייה שהושגה שלא כדין' משמעותו ראייה שהושגה באמצעי חקירה בלתי חוקיים, מנוגדים לראייה הקבועה בחוק, בתקנה או בנוהל מחייב, באמצעים בלתי הוגנים או באמצעים הפוגעים שלא כדין בזכות יסוד מוגנת (שזה הרוב).

האם דיני הראיות צריכים לפסול ראיות רק משום שהן הושגו בניגוד לדין?

דוגמא: אומרים לחשוד שהוא חשוד, לא מיידעים אותו לגבי זכות השתיקה או שהוא יכול להיוועץ עם עורך דין והוא מודה. הראייה הושגה שלא כדין כי הדין מחייב ליידע אותו על כל אלה.

בארה"ב אין שיקול דעת לשופטים, ברגע שיש ראייה שהושגה בניגוד לדין, היא פסולה ולא ניתן להסתמך עליה. עד שנת 2006 היו **בישראל** כללי פסילה ספציפיים שפסלו ראיות ספציפיות וניתן למצוא עד היום את הכללים האלה בחוקים מסוימים. **לדוגמא:** סעיף 13 לחוק האזנת סתר – האזנת סתר היא האזנה ללא הסכמה של אף אחד מהדוברים והוא קובע כי דברים שנקלטו בהאזנת סתר, לא יהיו קבילים כראייה בבית המשפט. כלומר, המחוקק הסדיר ראיות שנגבו בניגוד לחוק האזנת סתר. זה ראיות ספציפיות שמראש המחוקק אמר שאם השגת ראייה בניגוד לחוק האזנת סתר, היא לא תהיה קבילה.

סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות – קובע כי חומר שהושג תוך פגיעה בזכות לפרטיות יהיה פסול לשמש כראייה ללא הסכמת הנפגע וגם כאן, זה חוק ספציפי שפסל ראיות שהושגו בניגוד לחוק הגנת הפרטיות. סעיף פסילה נוסף – סעיף 12 לפסילת הראיות – כלל פסילה ספציפי שפוסל הודאות חוץ של נאשמים אם הן לא היו חופשיות ומרצון.

בשנת 2006 התקבל בפסיקה **כלל פסילה גורף** לפיו ניתן לפסול כל ראייה שהושגה שלא כדין, אם קבלתה במשפט תוביל לפגיעה משמעותית בזכות הנאשם להליך הוגן.

לכלל הזה קוראים: **דוקטרינת הפסילה הפסיקתית** אשר נקבע **בפסק דין יששכרוב**. חשוב לציין כי למרות שהדוקטרינה מדברת על פסילה של כל ראייה שהיא ולא דווקא ראייה שנמסרה בתחנת המשטרה או במסגרת חקירה, הפסיקה עוסקת ברובה הגדול בטענות לפסילת הודאות ולכן, הדיון שלנו יתמקד בדוקטרינת הפסילה הפסיקתית ככל שהיא חלה על הודאת חוץ של נאשמים.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

אם כך, בצידו של מבחן הקבילות "החופשי ומרצון" כאמור בסעיף 12 לפק"ר, חל גם היום הסדר נוסף הקרוי דוקטרינת הפסיקה הפסיקתית והיא נקבעה בפסק דין יששכרוב:

חייל במילואים שהחזיק סמים, מצאו את הסמים אבל הוא הודה גם בעבירות נוספות של החזקת סמים. השוטר הצבאי למעשה, לא יידע אותו בזכות השתיקה ולא אמר לו שיש לו זכות להיוועץ בעו"ד והוא היה חייל במילואים שלא היה מודע לזכויות שלו. העניין הוא שהוא הודה בעבירות נוספות מלבד שתפסו עליו את הסמים. ההודאה שלו לא נפסלה מכוח סעיף 12 כי היא הייתה חופשית ומרצון אבל בית המשפט העליון פסל אותה מכוח הדוקטרינה הפסילה הפסיקתית שנקבעה באותו פסק דין.

ההנחה היא כי הזכות של הנאשם להליך הוגן היא זכות יסוד חוקתית והיא נובעת מהזכות לחירות וכבוד שאלה זכויות שמעוגנות בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו ולכן, פגיעה בזכות להליך הוגן, היא פגיעה בזכות חוקתית שהפגיעה בה, צריכה להיעשות על פי התנאים ובהתאם לפסקת ההגבלה. לכן, דוקטרינת הפסילה הפסיקתית קובעת כי ראיה שהושגה שלא כדין, תפסל אם קבלתה במשפט תוביל לפגיעה קשה ומשמעותית בהגינות ההליכים כלפי הנאשם לתכלית שאינה ראויה ובמידה שעולה על הנדרש – מותר לפגוע אבל לא בכל מחיר ולא בכל שלב.

מדוע בצד ההסדר של סעיף 12 צריך גם את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית?

משנת 2006 אפשר לפסול הודאות בשתי דרכים: (1) מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. (2) מכוח סעיף 12 – "חופשית ומרצון".

סעיף 12 לפק"ר מגן על האוטונומיה של הנחקר, מגן על שלמות הגוף והנפש של הנחקר וזכותו של כל אדם לכלכל את צעדיו באופן חופשי, אם הוא רוצה הוא ישתוק ואם הוא רוצה הוא יודה. לכן, סעיף 12 "חופשית ומרצון" מגן על חופש הבחירה של הנאשם אם לשתוק או לדבר.

לעומת זאת, דוקטרינת הפסילה הפסיקתית מגנה על משהו אחר, על זכותו של הנאשם להליך הוגן, על הזכות שלו להיוועץ בעורך דין, על הזכות שלו לשתוק וכו'. לכן, התכליות של כל אחד מהסעיפים היא שונה.

משנת 2006, יש מקרים בפסיקה שההודאה נפסלה מכוח סעיף 12 ומכוח הדוקטרינה, יש מקרים שנפסלה מכוח סעיף 12 ולא מכוח הדוקטרינה וההפך.

יש שני דרכים ואפשר להעלות את הרלוונטיים – אם שניהם רלוונטים, מעלים את שניהם.

לאורך השנים, הפסיקה אמרה שהזכות להליך הוגן היא נגזרת של הזכות לכבוד והזכות לחירות ולכן, כשקבעו שהזכות הזאת היא חוקתית, לאורך השנים היה צריך לתת לה מעמד חוקתי.

מה הטעמים שעומדים בבסיס זכות החשוד להיוועץ בעורך דין?

הפסיקה מדברת על כך שזכות ההיוועצות תורמת להבנת הנחקר את הזכויות שלו במהלך החקירה. ההנחה היא שברגע שהחשוד מתייעץ עם עורך דין הוא יסביר לו על הזכויות שלו, הוא יסביר לו מהי חקירה הוגנת ומתי החקירה לא הוגנת או פסולה. הוא יסביר לו על זכות השתיקה בפירוט. אלה דברים שעורך הדין יגיד ללקוח שלו ויש עליהם חסיון וסביר להניח ששוטר לא יגיד אותם. לכן, הפסיקה ראתה בזכות ההיוועצות כאספקט לזכות השתיקה. מעבר לכך, רואים בזכות ההיוועצות כזכות חוקתית – מניעה של ניצול לרעה של יחסי הכוחות בין החשוד לבין השוטרים שחוקרים אותו. מאחר שחוק כבוד האדם וחירותו העלה את זכויות האדם – נדרשת

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

נקודת איזון גמישה - שמחד גיסא היא מגנה על האינטס הציבורי ומאידך גיסא היא מגנה על זכויות הנאשם בהליך הפלילי.

בית המשפט לא אומר שראיה שלא כדין תפסל. פסק דין יששכרוב בית המשפט העליון קובע שלבית המשפט יש סמכות אם הוא רוצה, לפסול ראיה שהושגה בניגוד לדין. יש לבית המשפט שיקול דעת על פי אמות מידה.

בית המשפט ביששכרוב קובע 3 אמות מידה שעוזרות לו להחליט אם לפסול או לא לפסול:

שיקול ראשון: אופיה וחומרותה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה – השיקול הזה מתמקד בהתנהגות הפסולה של רשויות החקירה. לכן, צריך לבדוק האם מדובר בהפרה גסה של הזכות להליך הוגן או בהפרה קלה/טכנית. האם הפגיעה בזכות נעשתה במזיד/בכוונה/בתום לב? שוטר צעיר שלא יודע שצריך להזהיר וכו'.. או שזה נעשה במכוון כטקטיקה של חקירה. האם ישנן נסיבות מקלות? האם אפשר היה להשיג את הראיה הזאת באמצעות חוקיים? אומר בית המשפט שכשמדובר בהשגת הראיה בהפרה טכנית, הנטייה תהיה לא לפסול את הראיה, אם ההפרה קשה, הנטייה תהיה לפסול וכך הלאה.

שיקול שני: מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה – במסגרת זאת, על בית המשפט לבדוק האם אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה עשויה הייתה להשפיע על מהימנותה ועל ערכה ההוכחתי של הראיה. שוטרים נכנסו לעשות חיפוש ללא צו. זה שהם נכנסו ללא צו ומצאו סכין מגואלת בדם זה לא השפיע על המהימנות של הסכין. זה שהם נכנסו ללא צו, זה לא השפיע. אבל אם אני שובר לנאשם שיניים, זה משפיע על המהימנות של הראייה (קשר סיבתי שיביא לפסילת הראיה).

שיקול שלישי: נזק מול תועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראיה – בית המשפט העליון אומר שהשאלה שצריך לשאול האם המחיר החברתי הכרוך בפסילת הראיה גבוה מהתועלת שתצמח מכך? נזק מול תועלת. אם בית המשפט יפסול את הראיה איזה נזק או תועלת יגרמו? הפרמטרים העיקריים בעניין זה, אומר בית המשפט, חשיבות הראיה להוכחת האשמה, כמה הראיה הזו חשובה לתביעה – אם היא באמת חשובה הנטייה לא לפסול. השיקול השני – מהות העבירה המיוחסת לנאשם ומידת חומרותה – ככל שזה חמור יותר והראיה חיונית לתביעה, הנטייה היא לא לפסול.

אומר בית המשפט שכאשר מדובר בראיה חשובה ומכרעת לתביעה וכאשר העבירות המיוחסות לנאשם חמורות מאוד, פסילת הראיה עשויה לפגוע באינטרס הציבורי שהוא לחימה בפשיעה והגנה על שלום הציבור. בנסיבות אחרות, פסילת הראיה תביא לכך שמי שצריך לתת את הדין לא יעשה זאת ואז יפגע שלום הציבור.

במקרה הזה, בית המשפט פוסל את ההודאה של יששכרוב כי היא נעשתה בניגוד לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית שנקבעה בפסק הדין, בית המשפט אומר שהשוטר לא אמר לו במכוון. בית המשפט אומר שלגבי נזק מול תועלת, הוא הואשם בהחזקת סמים, ולא יהיה נזק אם יפסלו את הראיה, זו עבירה קלה.

המרצה: יש כאן קושי – הקושי העיקרי זה אמת המידה השלישית. בית המשפט אומר שאם הראיה חיונית לתביעה, לא לפסול כי אנשים שמואשמים בעבירות חמורות, יצאו הביתה. הנטייה להשיג ראיות שלא כדין היא

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

דווקא בראיות חמורות ביותר ודווקא שם, צריך להזהיר את השוטרים. כאן בית המשפט אומר משהו הפוך, ככל שהראיה חמורה יותר והראיה חיונית לתביעה, כך נבליג מכוח החוק.

דעתו של בועז סנג'ור: מבקר את הפסיקה. הביקורת שלו היא נכונה אבל מצד שני, החשש ששופטים יפסלו ראיות לא כי שברו לו את השיניים והכל אלא כי לא יידעו אותו על זכות השתיקה והוא הודה בביצוע העבירה ובסוף יפסלו אותה רק כי לא אמרו לו שיש לו זכות לשתוק, לכן, איפשהו זה לא מתיישב. אנחנו נראה שהביקורת הזאת נקלטה בפסק דין יוני אלזם.

פס"ד יוני אלזם: הואשם ברצח, העיד כנגד השותף ורצחו אותו בתא המעצר. העזבון שלו הגיש ערעור בשמו כדי לנקות את שמו ובית המשפט פסל את ההודאות שלו מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית.

31.12.2018

דיני ראיות / שעור 11

פסילת ראיות שהושגו שלא כדין

התפתחות דוקטרינת הפסילה הפסיקתית

בעבר היה כללי פסילה ספציפיים שפסלו ראיות ספציפיות **דוג:** סעיף 12 לפק"ר הודאה שלא נמסרה מרצון טוב וחופשי, סעיף 13 לחוק האזנת סתר, סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות.

פס"ד יששכרוב (2006):

דוקטרינת "פסילת ראיות שהושגו שלא כדין" מאפשרת לבימ"ש לפסול ראיות שהושגו בניגוד לדין, כלל הפסילה הגורף מאפשר לפסול כל ראיה באשר היא. הכלל פסילה הוא יחסי, גם כאשר נפגעה הזכות של הנאשם להליך הוגן, בימ"ש יכול לקבוע משיקולים כאלה ואחרים שהוא לא פוסל את הראייה, ייתכן שבמקרים אחרים כן יפסול את הראייה.

פס"ד יוני אלזם (המנוח) (2009):

עברת רצח והנאשם מת. בימ"ש עליון פסל את ההודאות של יוני אלזם לאחר שהורשע בעבירת הרצח לאור הפגיעה בזכות ההיוועצות בעו"ד שלו ופגיעה בזכות השתיקה. בימ"ש קבע שאפשר לפסול את הראיות בשתי דרכים:

1. ההודאה פסולה מכוח סעי' 12 לפק"ר לא נמסרו חופשית ומרצון, המדובבים (השוטרים) נהגו בתחבולות פסולות.

2. ההודאה פסולה מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית.

דילמה- איך פס"ד אלזם מסתדר עם אמת המידה השלישית שנקבע בפס"ד יששכרוב?

ככל שהעברה חמורה יותר כך בימ"ש יטה שלא לפסול את הראיה שהושגה תוך פגיעה בהליך הוגן. גם במקרים שנפגעה הזכות של הנאשם להליך הוגן, בימ"ש אומר מצד שני יש להגן על אינטרס הציבור, על ערכים

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

חברתיים, אז ככל שהעברה חמורה יותר, כמו עברת רצח, כך הנטייה יותר שלא לפסול את הראיה. ביששכרוב זו הייתה עברה קלה, שימוש עצמי בסמים, עברה מסוג עוון במקרים כלה הנטייה כן לפסול, אבל פה מדובר ברצח עברה חמורה והנטייה אמורה להיות שלא לפסול. סימ"ש בפס"ד אלזם פסל את ההודאה שלו למרות שעברת רצח. יוני אלזם נרצח בתא בכלא (שיבוש הליכים) העיזבון הגיש ערעור בשמו, טען שיש לזכות אותו. הנאשם נרצח. כשבימ"ש מזכה את יוני אלזם בעברת הרצח כשמדובר בעברה החמורה בחוק העונשין אז אפשר לומר שאין באמת נזק לחברה, **אמת המידה השלישית שואלת: מה התועלת החברתית שתצמח מפסילת ההודאה לעומת הנזק? במקרה הזה אין נזק, כי כאן בימ"ש מזכה אדם שכבר מת.** למעשה, זה שבימ"ש זיכה את יוני אלזם מעברת הרצח, למעשה מבחינה תוצאתית אין שום נזק לחברה, אבל מצד שני אפשר לומר שפסה"ד מאוד חשוב כי בימ"ש אומר לכולם דבר כזה:

בפס"ד יששכרוב בימ"ש פסל ראיה שהושגה תוך פגיעה בהליך הוגן, אבל היה מדובר בעברה יחסית קלה, יש עברות סמים קשות אבל זו הייתה קלה אחזקת/שימוש בסמים בפס"ד יוני אלזם העליון לא אומר "כשמדובר בעברת רצח אפשר לפסול את הראיה אם הנאשם נפטר" אלא "אני פוסל הודאה מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית על אף שמדובר בעברת רצח". זה נותן "אור ירוק" לכל בתי המשפט לפסול ראיות מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית בכל עברה שהיא כולל בעברות הרצח.

עד יוני אלזם לא היו פס"ד שבהם המחוזי פסל הודאות מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית כי למעשה אמרו שכשאר מדובר בדוקטרינת הפסילה הפסיקתית מדובר בעברות קלות, בועז סנגירו מתח ביקורת "על מה מפעילים את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית על עברות חנייה?". **בפס"ד יששכרוב אמרו שאם מדובר בעברות חמורות הנטייה לא לפסול את הראיות וכאן בימ"ש בפס"ד יוני אלזם בימ"ש עליון נתן "אור ירוק" לערכאות הדיוניות שהם יכולים לפסול ראיה שהוגגה תוך פגיעה בהליך הוגן, בכל עברה שהיא גם עברת הרצח שהיא החמורה שיש.**

פס"ד אל עוקה (2011):

עברת רצח והנאשם לא מת. ציון דרך נוסף בהתפתחות דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, על עוקה הורשע בבימ"ש מחוזי ברצח בכוונה תחילה. רצח משנת 2005. כנקמה על רצח אחיו. אל עוקה מסר 4 הודעות (הוא לא הודה). ובכולם הכחיש את המיוחס לו. הכניסו לתא המעצר שלו מדובב והוא התוודה בפניו על כך שביצע את הרצח העביר למדובב כל מני פתקים, לאחר שנודע לאל עוקה שמי שמדבר איתו זה מדובב, והפתקים עברו לחוקרים, הוא למעשה הודה בפני החוקרים על מעורבותו ברצח. שינה את הגרסה שביצע לבד ואף שחזר את הרצח.

טענת אל עוקה: לפני שהוא הודה בפני החוקרים הוא **ביקש להיוועץ בעו"ד שלו והחוקרים סרבו** ואמרו לו "עוה"ד שלך לא יכול לעזור לך כדאי שתתחיל לדבר כי אנחנו יודעים מה עשית" על סמך כל מה שהמדובב סיפר להם.

החקירה הוקלטה ושמעו את החוקר אומר לו על זה שביקש את העו"ד שלו: "אין לך אף אחד בעולם אף אחד לא יכול לעזור לך חוץ ממני, עו"ד שלך לא תשב בבית הסוהר במקומך, היא יושבת בבית קפה עכשיו ורואה את הדולרים שלך, רק אני יכול לעזור לך, ספר לי רק את החלק שלך אני לא אסבך אותך עם אף אחד אחר".

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

בימ"ש עליון: הוסבר למערער כי מונעים ממנו להיפגש עם עורך דינו שכן הדבר עלול להביא לשיבוש בחקירה, ואז ביקש שתיכרת איתו עסקה לפי הוא יודה בתמורה לכך שבני המשפחה שלו ינוכו מכל חדש ואז החוקר הסכים ואז הל לדבר. לאחר שהודה בביצוע העברה רק אז נתנו לו להיוועץ עם העו"ד שלו אלא כשהיוועץ איתה חלה תפנית, הוא כפר באשמה טען שההודאות שלו אינן קבילות, הוא חף מפשע בדיוק כמו שטען בבימ"ש. **אל עוקה טען בבימ"ש טען שההודאות שלו אינן קבילות מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית משום שהן לא ניתנו מרצונו הטוב והחופשי. ההודאות בפני המדובר וגם בפני החוקרים לא קבילות.**

בימ"ש מחוזי: דחה את הטענה שההודאות לא קבילות במסגרת **טענת הזוטא** (ניהול משפט קטן בתוך משפט גדול כאשר ההודאה אינה חופשית ומרצון) הורשע ברצח ונגזר עליו מאסר עולם. מוטב שהחוקרים לא היו אומרים לו את מה שאמרו והסכים עם התביעה שאם היו נותנים לו להיוועץ עם עו"ד שלו כנראה שהייתה משבשת את החקירה. הנאשם ערער לבימ"ש עליון כנגד הקבילות של ההודאות בפני המדובר ובפני השוטרים.

בימ"ש עליון: **ההודאות בפני המדובר קבילות מכוח סעיף 12 לפק"ר ההודאה נמסרה מרצונו הטוב והחופשי, המדובר לא נקט באמצעי פסול התחבר איתו והוא הודה מרצונו הטוב והחופשי, אבל קיבל את הטענה של אל עוקה לפיה, ההודאה בפני החוקרים אינה קבילה מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. השופט הנדל:**

האינטרס הציבורי לחשיפת האמת ובמלחמה נגד עבריינות כשמדובר בעברת רצח הוא רב ביותר, יש להשתמש בכל דרך ראויה לחשיפת האמת להוכחת אשמתו של הנאשם ולמיצוי הדין איתו, אולם מבלי לפגוע בזכות שלו להליך הוגן. המטרה לא מקדשת את האמצעים. **זכותו של הנאשם להיפגש עם עו"ד היא זכות חוקתית.** על יסוד הנפסק בפס"ד אלזם קיים מקום לפסול הודאת חשוד הגם שמדובר בעברת רצח, כלומר בימ"ש עליון משתמש בפס"ד זה כתקדים "על יסוד מה שנפסק בפס"ד אלזם" למעשה בימ"ש עליון נתן "אור ירוק" לבימ"ש האחרים לפסול ראיות מכוח דוקטרינת יששכרוב גם כשמדובר ברצח. כאשר נפגעה באופן מהותי זכות למשפט הוגן.

ההלכה: החידוש בפס"ד אל עוקה - **בימ"ש העליון בפעם הראשונה הסתייג מהגישה המעניקה משקל ממשי לחומרת העברה כשיקול נגד פסילת ההודאה מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית.** כאשר מדובר בהפרה חמורה של הזכות להליך הוגן, וזה האיזון, כשמדובר ברצח מדובר בהפרה חמורה בזכות להליך הוגן, **הרי שעצם חומרת העברה אינה יכולה להצדיק את הכשרת הראייה שהושגה באופן הסותר את הזכות להליך הוגן. הטעמים לקביעה:**

1. פס"ד יוני אלזם, שם נפסלו ראיות שהושגו שלא כדין בעברת רצח.
2. עיון בפס"ד יששכרוב מראה כי נושא חומרת העברה בתור שיקול נגד הפעלת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית לא היה מקובל על דעת הרוב.
3. האיזון יובא בכך שהלכת יששכרוב תיושם במקרה של פגיעה בזכות להליך הוגן היא מהותית בנבדל בפגיעה שולית או שאינה ממשית.

** באל עוקה בימ"ש מחוזי אומר שהוא לא פוסל את ההודאה מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית כי שם אומר שביששכרוב פסלו ראייה בעברה יחסית קלה ולא בטוח בימ"ש שאפשר לפסול ראיות שהושגו שלא כדין כשמדובר ברצח. למה הרי היה את פס"ד יוני אלזם ב-2009? העניין כשאל עוקה נדון במחוזי פס"ד יוני אלזם טרם ניתן, כשהרשיעו את אל עוקה במחוזי אלזם טרם ניתן בעליון. בגלל זה המחוזי לא היה בטוח שיכול

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

לפסול ראייה שהושגה שלא כדין כשמדובר בעברת הרצח. כשפס"ד אל עוקה הגיע לעליון, פס"ד אלזום כבר ניתן ולכן בימ"ש עליון מפנה אליו. היה כבר את הפסיקה של אלזום.

הכרעה: בימ"ש פסל את ההודאות של אל עוקה בפני החוקרים, **בימ"ש משאיר את ההודאה שלו בפני המדובב ולכן לא זיכו אותו.**

יש ראיות אחרות והוסיפו את ההודאה בפני המדובב. עדיין יש את "מלכת הראיות" בפני המדובב וכל עוד היא קבילה והמשקל שלה גבוה בימ"ש מותר את ההרשעה על כנה.

סיכום:

מבחינה תוצאתית, בפס"ד יוני אלזום זיכו אדם שמת ופס"ד אל עוקה פסלו הודאה בעודו בחיים (פסלו רק את ההודאה בפני החוקרים) אך בכל זאת לא זוכה. מציינים את פסקי דין הללו כציוני דרך מרכזיים משום שבפס"ד אלזום בפעם הראשונה בימ"ש מפעיל את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית כשמדובר ברצח, ובפס"ד אל עוקה על זמן מה שנפסק בפס"ד אלזום מפעילו את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית פעם נוספת על עברת רצח, מבטל את ההודאה ולא מזכה את הנאשם משום שהיו ראיות נוספות.

פס"ד שמש (2012):

2 תאונות דרכים קטלניות של רכבות. המשטרה פתחה בחקירה היו הרוגים וזימנה עובדים למסירת גרסה. במקביל, רשות הרכבות הקימה וועדות חקירה כדי להפיק לקחים ותפקידן לברר את נסיבות התרחשות התאונות. הוועדות גבו הודעות מהעובדים אבל עפ"י נוהל הרכבת העובד אסור לו להיות מיוצג בפני וועדות החקירה הפנימיות. העובד צריך להתייצב לבדו ולא מוזהר,

בוועדות לא מזהירים את העובדים, לא מיוצגים ע"י עו"ד, חייבים למסור אמת, ואין זכות שתיקה" -

חייבים לדבר אחרת עלולים לפטר אותם. לעומת זאת, בתחנת המשטרה מזהירים אותו ומיידעים אותו שיש לו "זכות שתיקה" אם לא רוצה להפליל עצמו, או שידבר ואז חייב למסור אמת. העובדים מסרו גרסאות, כשעובד מוסר גרסה בוועדה הוא יוצא מנקודת הנחה שהגרסה תשמש את רשות הרכבות בלבד רק כדי למנוע תאונות ולהפיק לקחים, הוא לא חושב על זה שהוא עלול להפליל עצמו, שהרכבת תעביר המידע למשטרה שתשמש כראיה לחובתו. אם היו מזמנים אותו לתחנת המשטרה ולא היה רוצה להפליל עצמו אז היה שותק, וגם היה יכול להיות מיוצג ע"י עו"ד (זכות היוועצות), אבל כאן בוועדות לא היו מיוצגים, לא מיידעים אותם על זכות שתיקה. הרכבת לא אישרה להם להיוועץ עם עו"ד ולא אומר להם "כל מה שתגיד יכול לשמש נגדך, אם המשטרה תבקש את החומר אנחנו נעביר לה תחשוב פעמיים אם אתה רוצה להפליל עצמך". וזה בדיוק מה שקרה. המשטרה העבירה לפרקליטות וזו החזירה להם כי צריכים השלמות חקירה, שיביאו הודאות של העובדים, שיביאו פרוטוקולים כל הגרסאות של העובדים בפני הוועדות הבדיקה של רשות הרכבות.

בימ"ש לתעבורה: המשטרה הלכה לבימ"ש לתעבורה וביקשה צו. סעיף 43 לחסד"פ: "ראה שופט שהצגת חפץ (ההודעות של העובדים) נחוצה ורצויה לצרכי חקירה ומשפט, רשאי הוא להזמין כל אדם שלפי ההנחה חפץ נמנה באחזקתו או ברשותו (וועדת רשות הרכבות) להתייצב ולהציג את החפץ ולהמציאו בשעה ומקום הנקובים בהזמנה". **בימ"ש לתעבורה למעשה הורה לרכבת להמציא את כל החומר שרלוונטי למשטרה כולל ההודעות שנגבו בפני וועדות רשות הרכבות.** הרכבת התנגדה, ובימ"ש דחה את טענות הרכבת. אמר שאם יום

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

אחד עובדים ירצו לטעון לקבילות הראייה שיעשו את זה בהמשך אם יוגש נגדם כתב אישום. בשלב זה מדובר בחקירה משטרתית ולמשטרה יש סמכות לשים את ידה על כל חומר שרלוונטי לתאונה. הרכבת מערערת לבימ"ש מחוזי.

בימ"ש מחוזי: מותיר את ההחלטה של בימ"ש לתעבורה לא מתערב בהחלטה. הרכבת כבר לא מערערת כי מיצתה את הזכות מגישה בר"ע (בקשת רשות ערעור) לעליון. בקשת הרשות התקבלה ברוב דעות. במקביל המשטרה הגישה כתב אישום בנוגע לשתי התאונות לגבי חלק מהמעורבים.
בימ"ש עליון:

דעת רוב: הרכבת רשאית שלא להעביר למשטרה את הודעות העובדים שלה בפני וועדות הבדיקות הפנימיות. אם הרכבת תעביר את הודעות עובדיה למשטר בכך **נפגע בזכות שלהם להליך הוגן** והפגיעה הזו מקורה בכך שבהתאם לציפיות הסבירות של העובדים ההודעות שלהם היו אמורות להיות חסויות, סודיות ולא לשמש נגדם בהליך הפלילי. כשהם נדרשו להתייבב בוועדות הבדיקה הם למעשה היו חייבים לומר אמת, לא היו מיוצגים, לא אמרו להם שאם יום אחד המשטרה תבקש שיחשבו פעמיים אם רוצים להפליל עצמם, ולכן **נוכח הציפייה הסבירה** כשאדם מוסר הודעה לפני וועדת בדיקה שהחומר לא יעבור למשטרה וישמש נגדו ניתן למנוע את העברת ההודעות למשטרה **מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית**.

השופט דנציגר: **מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית** שהוכרה ביששכרוב ניתן למנוע עוד בטרם הגשת כתב האישום את העברת המסמכים למשטרה אם הדבר יביא לפגיעה בהגינות ההליך. **הזכות להליך הוגן בשונה מכל מה שהכרנו עד עכשיו, חלה בכל שלביו של ההליך הפלילי, ובכלל זה שלב החקירה המשטרתית.** יתר על כן אם אנחנו נחייב את הרכבת להעביר את הודעות העובדים למשטרה זה יצור "**אפקט מצנן**" בפעם הבאה שעובדים יזמנו לוועדות בדיקה פנימיות הם לא ישתפו פעולה ואין שום חוק שמחייב אותם לשתף פעולה, והרי כל הוועדות מטרתן להפיק לקחים למנוע תאונות, ואז כל תכלית זו תפגע. יפגע האינטרס הציבורי. **נוכח הציפייה לסודיות ולאור העובדה שלא יוצגו ע"י עו"ד בוועדות הבדיקה לא הוזהרו ולא נתנו להם לשמור על זכות השתיקה יש למנוע את העברת החומר למשטרה.**

החידוש: בפעם הראשונה שתי שופטים בבימ"ש עליון קבעו, **הזכות להליך הוגן חלה לא רק בהליך העיקרי אלא בכל השלבים של ההליך הפלילי גם מתחנת המשטרה.** מדוע יש שוני מהפס"ד האחרים?

פס"ד יששכרוב: אמרו שדוקטרינת הפסילה הפסיקתית חלה כשרוצים להגיש לשופט ראייה ואז הסנגור טוען "הראייה הושגה שלא כדין" ואז בימ"ש הערכאה הדיונית אומרת "נראה האם ההפרה נעשה בזדון, בתום לב, האם ההפרה השפיע על אמות המידה, על מהימנות הראייה, מה הנזק החברתי שיצמח אם נפסול/נקבל את הראייה" ז"א דוקטרינת הפסילה הפסיקתית יחסית נתונה לשק"ד של השופט לא של השוטר רק לאחר שהוגש כתב אישום ובימ"ש יודע בדיוק איזה עברות מיוחסות לנאשם רק אז השופט יכול לשקול את כל השיקולים ולומר לתביעה "אני דוחה או מקבל את הראיה".

פס"ד יוני אלזם: גם שם מי שקבע שהראייה לא קבילה מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית היה בימ"ש.

פס"ד אל עוקה: בימ"ש מחוזי היה צריך לקבוע שהראייה של החוקרים לא קבילה אבל העליון בסוף קבע.

בפעם הראשונה, לא מדובר על "כתב אישום שהוגש נגד עובד". התביעה ניסתה להגיש הודעה של עובד שלא נמסרה בתחנת המשטרה אלא בפני וועדות בדיקה כשלא היה מיוצג בעו"ד, הבטיחו לעובד שלא יועבר החומר

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

למשטרה, לא ניתנה לעובד הזכות לשמור על זכות השתיקה, זה פגיעה חמורה בזכות להליך הוגן. אם היה מוגש כתב אישום בוודאות בימ"ש היה פוסל את הודעה, יש גם פגיעה קשה בזכות להליך הוגן. (זכות היועצות, זכות שתיקה, אמרו לעובד שלא יעבירו את החומר למשטרה).

זה לא העניין פה, זה לא המצב שמדובר בעובד והוגש כתב אישום נגדו, והפרקליטות רוצה להגיש את ההודעה שלו בפני וועדות הבדיקה ואותו עובד טוען שזה לא קביל, כאן למעשה הרכבת אומרת למשטרה "את לא יכולה לשים את הידיים שלך על חומר ראייתי מסוים בשל הפגיעה שתיגרם לאותו עובד בזכות שלו להליך הוגן, זו הפעם הראשונה ששופט בבימ"ש עליון אומר שהזכות להליך הוגן חלה בכל השלבים של ההליך הפלילי כולל במשטרה.

הקביעה הזו לא מסתדרת עם המצב המשפטי הקיים, כי מי פה לא יקבל את המידע? המשטרה. (ברגע שיש ערעור פלילי משטרה לא יכולה לקבל) למה לא נתנו למשטרה לעיין בהודעות העובדים? כי אמרו שאם יעבירו ויוגש כתב אישום נפגע בזכות להליך הוגן, אבל המשטרה שמה את ידיה על כל חומר ראייתי באשר הוא **דוגמא**: אישה לא יכולה להפליל את בעלה בבימ"ש, אבל בכל זאת מזמנים אותה לתחנת המשטרה אז גם זה "המשטרה שמה ידה על חומר ראייתי שלא קביל". **דוגמא**: עבר פלילי אסור להגיש בשלב ההוכחות אבל עובדה שהעבר הפלילי של הנאשם נמצא בתוך חומר החקירה, השוטרים כן יודעים אם הנאשם עבריין סדרתי או לא.

דוגמא: חומר חסוי או סודי לא מוגש למשפט אבל שוטרים כן רואים אותו, ז"א זה שהמשטרה שמה ידיה על ראיות גם לא קבילות זה לא אומר שהחומר הראייתי הזה יום אחד יוגש לשופט. השופט אדמונד לוי בדעת המיעוט: אפשר לחייב את הרכבת להעביר את ההודעות של העובדים בפני וועדות החקירה הפנימיות, להעביר למשטרה בשני נימוקים:

1. עניינו של פס"ד יששכרוב הוא בקבילותן של ראיות במסגרת הליך הוכחות, במסגרת הליך ברור האשמה, והוא לא התכוון למנוע מהמשטרה לעשות שימוש בחומר ראייתי קיים, ז"א דוקטרינת הפסילה הפסיקתית מתייחסת למה שקורה בבימ"ש ולא מה שקורה בתחנת המשטרה.

2. בפס"ד הזה השופטים אומרים בין היתר שבגלל שהעובדים לא היו מיוצגים יש לפסול, אבל דוקטרינת הפסילה הפסיקתית היא דוקטרינה יחסית, גם אם הטענה הזו הייתה מועלת מאוחר יותר בבימ"ש לא בטוח שבימ"ש היה פוסל, זו דוקטרינה יחסית ובימ"ש צריך לשקול את כל אמות המידה שנקבעו בפס"ד יששכרוב, הוא יכול לקבל או לא לקבל את ההודעה. ההחלטה לפסול ראייה לא תתקבל אוטומטית אלא נתונה לשק"ד בימ"ש.

פס"ד יוני אלזם ופס"ד אל עוקה, ההגנה העלתה טענה לפיה ההודעה לא קבילה מכוח דוקטרינת הפסילה, ומי שהיה צריך לקבוע זה בימ"ש. כאן לראשונה הרכבת מעלה את הטענה הזו במסגרת הליך של "המצאת חפץ" כשאין בכלל כתב אישום ומי שמחליט זה השוטר, ופה העליון קובע שמי שצריך להחליט זה בימ"ש ולא השוטר, כאשר הוגש כתב אישום. המדינה מבקשת דיון נוסף, בגלל שזו סוגיה עקרונית.

בימ"ש עליון בדיון נוסף: 7 שופטים. ההחלטה התהפכה.

השאלה המשפטית: מהו השלב בהליך הפלילי שבו ניתן להכריע בטענה בדבר אי קבילות ראיות שהושגו שלא

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

כדין תוך פגיעה בזכות הנאשם להליך הוגן, וזאת בהתאם דוקטרינת הפסילה הפסיקתית שנקבעה בפס"ד יששכרוב?

ההלכה: הכרעה בשאלת קבילותה של ראיה זו או אחרת, בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית, ככלל אינה צריכה להיעשות בהליך משפטי מקדמי, בשלב בו מתנהלת חקירה משטרתית, אלא בנסיבות מסוימות בתום החקירה, בשלב בחינת אפשרות העמדה לדין ע"י התביעה, או בנסיבות מתאימות ע"י בימ"ש במסגרת ההליך המשפטי העיקרי.

ככל מן הראוי לערוך את הברור המשפטי לגבי הקבילות של אותן ראיות שהושגו תוך פגיעה בזכות להליך הוגן מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית בהליך המשפטי העיקרי, בשלב ההוכחות ולא קודם לכן.

משום שדוקטרינת הפסילה הפסיקתית מחייבת את בימ"ש ולא את המשטרה, לערוך איזון בין האינטרסים, להילחם בפגיעה להגיע לחקר האמת לעומת להגן על זכות הנאשם להליך הוגן, והאיזון הזה בין הזכות להליך הוגן שמכוחה נפסול ראיה לעומת זאת, אם נפסול את הראיה לא נאפשר לבימ"ש להגיע לחקר האמת, האיזון המורכב הזה ראוי שיעשה רק ע"י בימ"ש, בשלב ההוכחות בשלב ההליך העיקרי ולא קודם לכן. מתן רשות למשטרה לעיין בכל החומר שייתכן שלא יהיה קביל במשפט, זה מה שהרכבת אמרה שאם אנחנו נעביר למשטרה את החומר וייתכן ולא קביל זה יפגע בזכות הנאשם להליך הוגן, אומר בימ"ש אין בעיה אבל עדיין לא הוגש כתב אישום, כשיוגש כתב אישום כנגד העובדים, והתביעה ברור שלא תבקש להגיש ראיות לא קבילות, את ההודעות של העובדים, דיי ברור שיש שם פגיעה חמורה בזכות להליך הוגן, ולכן גם אם יגישו אז כמובן שההגנה תוכל לטעון לפסילת הראייה מכוח פס"ד יששכרוב- דוקטרינת הפסילה הפסיקתית ובימ"ש סביר להניח ייעתר לבקשה, אבל זה לא העניין, המשטרה רוצה לשים ידיים על אותו חומר ראייתי לעבור על ההודעות ולראות אם יש ראיות נוספות ואם יכולה להשיג את אותם ראיות בדרכים פסולות. המשטרה ייתכן שתעיין בראיות שלא יהיו קבילות בבימ"ש ולהיעזר בו לצרכי חקירה, אין המשמעות שאותו חומר יגיע לבימ"ש ויתקבלו כראיות קבילות. עדים שאינם כשרים להעיד בבימ"ש מגיעים למשטרה ומחויבים למסור הודעות, מידע חסוי, ראיות חסויות, עבר פלילי כל מני ראיות שאינן קבילות ברור לכולם שלא ניתן להגיש אותם לבימ"ש עדיין התביעה יכולה לשים ידיים על החומר הזה. התביעה תיעזר בחומר כדי לקדם את החקירה בלבד זה לא אומר שתגיש ראיות לא קבילות לבימ"ש.

בפס"ד הזה הייתה שאלה נוספת בעניין "חיסיון בפני הפללה עצמית", (בשיעור תרגול נלמד על זה), שם ביקשו שבימ"ש יכיר בחיסיון חדש, חיסיון שעומד לעובדים שמעידים בפני וועדות בדיקה, כמו שמגיעים לכומר,

חיסיון פסיקתי- חיסיון למי שמוסר גרסה בפני וועדות בדיקה, ברגע שיש חיסיון כל עובד שיצטרך למסור גרסה בפני וועדת בדיקה, ברגע שהוא יודע שהמידע שלו חסוי העובד יאמר את האמת. יש אינטרס לשיתוף פעולה עם הוועדות בדיקה שתכליתן הפקת לקחים ומניעת ליקויים עתידיים. **בימ"ש סרב להכיר בחיסיון פסיקתי חדש.** כל חיסיון חדש פוגע בחקר האמת ויעילות ההליך. כי מידע מסוים שיש לו חיסיון לא יובא לבימ"ש. בימ"ש יקים חיסיון חדש במקרים קיצוניים וחריגים וזה לא המקרה.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

סיכום:

ציון הדרך בהתפתחותה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית:

פס"ד שמש (2012): הייתה שאלה לעניין תאונות רכבת האם ניתן למסור הודעות של עובדים שנמסרו לוועדת חקירה של רשות הרכבות למשטרה (הודעות שניתנו לוועדות ללא זכות היועצות/ללא זכות שתיקה/ עם הבטחה שהחומר לא יעבור למשטרה) העליון לראשונה מנסה לקבוע שדוקטרינת הפסילה הפסיקתית חלה על כל השלבים של ההליך הפלילי, ואז בדיון נוסף העליון קובע חלה ככלל בשלב ברור האשמה, שלב ברור ההוכחות. לכן הטענה של פגיעה בנאשם בזכות להליך הוגן, זו טענה שיש להגיש לבימ"ש לפני ערכאה דיונית/הערעור שצריכה לדון באותה ראייה. למעשה מחזירים אותנו לקביעה ביששכרוב.

דוקטרינת הפסילה הפסיקתית יש לעלות בשלב העיקרי, שלב ההוכחות. אם היה מוגש כתב אישום כנגד העובדים, והתביעה הייתה מבקשת להגיש את ההודעה שנמסרה לא בתחנת המשטרה אלא בפני וועדות החקירה של הרשות הרכבות, אז למשעה הסנגור של העובד צריך לטעון לפסילת הראייה לא מכוח סעיף 12 לפק"ר כי הייתה **חופשית ומרצון**, אלא מכוח **הפגיעה בזכות להליך הוגן**. בימ"ש למעשה אומר זה שאני מחייב את הרכבת להעביר את ההודעות זה לא שאני מבקש מהתביעה להעביר את ההודעות הללו בבימ"ש אם באמת יוגש כתב אישום כנגד אותם עובדים. לכן הטענה של "דוקטרינת הפסילה הפסיקתית" יש להעלות בשלב ההוכחות.

פס"ד יוני אלזם: בימ"ש עליון הכיר בזה שניתן להפעיל את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית גם בעברה חמורה כמו רצח, זיכה את הנאשם אבל הוא כבה היה מת.
פס"ד אל עוקה: בימ"ש עליון פסל הודאה שנמסרה לחוקרי המשטרה מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, גם עברת רצח.
פה היה בחיים. לא זוכה גם בימ"ש קיבל את ההודאה שנמסרה למדובב מכוח סעי' 12 לפק"ר התקיימה הדרישה "מרצונו החופשי".

פס"ד חייבטוב (2.8.2018):

עברות שוד, רצח וקשירת קשר לביצוע פשע- זוכה מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית.
בימ"ש עליון: במקרה הזה השוטרים פגעו בזכות של הנאשם להליך הוגן, בזכות היועצות בעו"ד ע"י המדובב. (בימ"ש פוסל פה כמו שקבעו בפס"ד שמש שרק בימ"ש רשאי לפסול). הוא הורשע ונידון למאסר עולם, ומערער לבימ"ש עליון.

ההודאה שלו בפני המדובב צולחת את מבחני הקבילות של סעיף 12 לפק"ר, חופשית ומרצון (המדובב לא הפעיל אמצעי פסול, לא הפעיל אלימות כלפי חייבטוב), עם זאת, יש לפסול את ההודאה שלו מכוח דוקטרינת הפסילה הפסיקתית מכוח הפגיעה בזכות להליך הוגן, מכוח פס"ד יששכרוב.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

מניעת אפשרות להיוועץ עם עו"ד במשך למעלה מ-3 שבועות, עולה כדי פגיע מהותית וחריפה, בזכות הנאשם להליך הוגן (זכות ההיוועצות). הפגיעה בזכות ההיוועצות הייתה בעוצמה גבוה ביותר, וכי גורמי החקירה עשו הכל בסיוע המדובר למנוע מהמערער לממש את הזכות הבסיסית שלו להיוועץ בעו"ד, פגיעה חמורה הזו בזכות ההיוועצות השליכה על השגתה ועל תוכנה של ההודאה כאשר בחקירות האחרות הנאשם הכחיש בתוקף את המיוחס לו. לנוכח עוצמת הפגיעה בזכות ההיוועצות, ומאחר שהפגיעה בזכות ההיוועצות השליכה על תוכנה על הנאמנות של ההודאה בפני המדובר יש להורות על פסילת הראייה כדי למנוע פגיעה מהותית ובלתי מידתית בזכות הנאשם להליך הוגן, כמו הפגיעה בהגינות ההליך הפלילי. מאחר וההרשעה של הנאשם הייתה מבוססת בעיקרה על ההודאה שמסר למדובר הרי שהנאשם זוכה מהעברות שיוחסו לו. (הרשיעו אותו בעברות אחרות אבל זוכה משוד ורצח).

העובדות:

בתקופת המעצר של חייבטוב, היה עצור בעברות אחרות ואמרו לו שחשוד בהצתה כדי לעצור אותו. היה רצח בסנוקר נכנס עם אדם נוסף בשם ממוקה, נכנסו לסנוקר ב-4 בבוקר. חייטוב אחז באקדח וממוקה בסכין, נכנסו לסנוקר ומאיימים על המנוח שנרצח. גנבו את הכסף וברחו. החקירה נקלעה למבוי סתום ומהמאמצים של המשטרה להתחקות אחרי מבצעי העברות עלו בתוהו כי היו רעולי פנים ואף אחד לא ראה מי הם. כשלוש שנים לאחר האירוע התקבל מידע מודיעיני במשטרה שמי שביצע את השוד והרצח לפני 3 שנים זה אותו ממוקה וחייבטוב. המשטרה פתחה בחקירה. וגילתה שממוקה נהרג בתאונה, מי שנשאר זה חייבטוב. המשטרה עצרה אותו אמרה לו שהמעצר בקשר להצתה ולא בקשר לעברות השוד ורצח כי החקירה הייתה סמויה. בשנת 2006 נחתם הסכם עם המדובר שהמטרה שלו הייתה לנסות להוציא הודאה מחייבטוב ולימים ההסכם תוקן והגדילו את הסכום אם יצליח להוציא הודאה הסכום יהיה גבוה יותר. העבירו את חייבטוב מכלא דקל לתא מעצר בשדרות, בימו מפגש בינו לבין המדובר והוא מתחיל לדבר. שניהם עברו לתא מעצר בקריית מלאכי שם גם הייתה מבויס, חיכה שם תא מעצר עם מכשירי הקלטה והאזנה לכבודו של חייבטוב. הוא הודה בפני המדובר בעברת הרצח והשוד, ההודאה נקלטה אצל המדובר, היו גם אמצעי הקלטה, ז"א לא רק שהמדובר סיפר גם שמעו אותו במכשיר הקלטה, ומשך כל הזמן הזה שוטרים צותתו לתא. למעשה יש הודאה בשלושה ערוצים:

1. הקלטה של חייבטוב. 2. המדובר ששמע ומספר 3. השוטרים שצותתו ותמללו הכל. כדי שלימים לא יאמר "לא אמרתי למדובר"

בשלב מסוים המדובר מוציא הרואין ומריחואנה, הוא וחייבטוב משתמשים בסמים כאשר כל השוטרים שומעים ורואים.

במקביל, בתקופת המעצר שלו, הוא מבקש לדבר עם עו"ד. וכל פעם דוחים את הבקשה שלו. בשלב מסוים הוא מכריז על שביתת רעב כי רצה לדבר עם המשפחה שלו שיביא לו ציוד, ומרחו אותו. אח"כ נתנו לו לדבר עם משפחה והכניסו לו ציוד שביקש.

באיזה שלב הוא העביר מכתב לאחיו ושם מבקש ממנו שיפנה לעו"ד בנייה שיגיע אליו דחוף, מבקש להיוועץ עם עו"ד.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

שבועיים לאחר המעצר בשדרות הוא נחקר בהזרה בעברת השוד והרצח, בתגובה טען שהוא לא מדבר ללא נוכחות עו"ד.

חוזר לתא וחושב לעצמו שהוא צריך לראות שופט תוך 24 שעות כי זה הפעם הראשונה שהחשידו אותו. המדובב מציע לו את עו"ד פלדמן, שהוא מייצג גם אותו (ואין בכלל משהו כזה), חייבטוב מסכים להצעה של המדובב. הביאו את חייבטוב בפני שופט מעצרים ואין בכלל עו"ד איתו לא בנייה ולא פלדמן. לא עוד בנייה כי אף אחד לא התקשר אליו ולא עו"ד פלדמן כי אין משהו כזה. המדובב סתם המציא. ואז השופט שואל אותו אם הוא רוצה להיוועץ עם עו"ד מטעם הסנגוריה.

(באולם מעצרים יש סנגור תורן כל הזמן, סנגור מטעם הסנגוריה כי אם משהו מגיע עם עו"ד פרטי אין בעיה ואם אין לו עו"ד הסנגוריה הציבורית מקנה לו סנגור שייצג אותו (זה תיקים טובים כי מי שיהיה עו"ד מטעם סנגוריה ציבורית במעצרים אח"כ רשאי להמשיך לייצג את הנאשם בשלב הוכחות בהליך העיקרי זה כלל חדש שנכנס)

חייבטוב עונה שלא צריך סנגור כי יש לו עו"ד פלדמן שצריך להגיע ואם לא יגיע יש לו את עו"ד בנייה ולכן לא צריך בשירות הסנגוריה, זה מה שנרשם, מאריכים את המעצר שלו. כשחזר לתא המדובב הכניס טלפון נייד, "הבריה", כי החוקרים ידעו שחייבטוב יבקש לעשות שיחות ורצו שהשיחות יוקלטו, הוא מתקשר למשפחה ומתאם איתם את עדות האליבי.

ולא מבקש להיוועץ בעו"ד (במחוזי זו הייתה טענה של התביעה איך יכול היה לבקש מהמשפחה שישלחו לו עו"ד או להתקשר לעו"ד שלו, לממש את זכותו להיוועץ עם עו"ד ובמקום זה התקשר למשפחה לתאם איתם אליבי).

הודה בפני המדובב שביצע את השוד והרצח, הכל הוקלט ותומלל.

בימ"ש מחוזי: ההודאה נקלטה בשלושה ערוצים שונים. אמרו שיש כאן פגיעה כלשהיא אבל לא פגיעה מהותית בהליך הוגן, כי הציעו לו סנגור מהסנגוריה הציבורית, והוא לא רצה, שהכניסו לו טלפון לתא לא התקשר לעו"ד אלא כל שעניין אותו זה לתאם אליבי עם המשפחה. היו לו מס' אפשרויות להיוועץ עם עו"ד אבל לא ניצלן את ההזדמנויות.

בימ"ש עליון: יש פגיעה קשה ומהותית בזכות של נאשם להליך הוגן. לא נתנו לו להיוועץ עם עו"ד, עשו כל תרגיל כדי למנוע ממנו, המדובב הציעו לו סכום כסף נוסף אם יצליח לגבות הודאה, מה שהיה חשוב להם לחלץ הודאה וכל האמצעים כשרים. העליון פסק שההודאה לא קבילה.
טענות בימ"ש העליון על נימוקי בימ"ש המחוזי:

הרי בימ"ש מחוזי אמר שלא באמת פגעו בזכות להיוועץ בעו"ד כי כשנתנו לו הוא לא רצה.

בימ"ש קמא הכיר אמנם שמדובר בפגיעה בזכות ההיוועצות אך לטעמו לא מדובר בפגיעה חמורה ובלתי מדתית, באורך שנפגעה הזכות שלו להליך הוגן תוך הפרת "זכות השתיקה". בימ"ש מחוזי הציג 5 טיעונים מדוע לא פסל את ההודאה:

1. בימ"ש מחוזי: אם נאשם טוען שהפעילו עליו אמצעים פסולים, אבל כשצריך לטעון את זה הוא שומר על זכות השתיקה, מצד אחד לא יכול לומר "אמצעים פסולים" ומצד שני "אני שומר על זכות השתיקה". תשובת

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

העליון: אין לקבל נימוק זה. זה מבחן אובייקטיבי, שופט יכול לקבוע שמנעו מנאשם להיוועץ עם עו"ד גם אם שומר על "זכות השתיקה", לא צריך שיראה לי מה אמרו לו, ואיך הכו אותו. זה מנותק מזכות השתיקה.

2. **בימ"ש מחוזי:** מערער התלבט והתחבט בסוגיה ההיוועצות עם עו"ד לא ידע עם מי להתייעץ גם ככה היה במערער. **תשובת העליון:** אין לקבל נימוק זה. אין חולק שהמערער ביקש לכל אורך הדרך להיוועץ עם עו"ד וזה נמנע ממנו.

3. **בימ"ש מחוזי:** סירובו של המערער להיוועץ עם סגור ציבורי. **תשובת העליון:** אין לקבל נימוק זה. הופקר לנפשו ואי אפשר לצפות ממנו שייתן אמון בסגור שלא מכיר ובקיא בתיק.

4. **בימ"ש מחוזי:** המערער לא ניצל את האופציה להתקשר לעו"ד כשהוכנס טלפון לתא, לכן זכות ההיוועצות לא הייתה בראש מעייניו. **תשובת העליון:** אין לקבל נימוק זה. המערער ניצל את ההזדמנות כדי לחזק את האליבי שלו ולברר פרטים לגבי המדובב. ולא בטוח אם היה לו את מס' הטלפון של העו"ד שלו.

5. **בימ"ש מחוזי:** המערער היטיב להכיר את כללי החקירה המשטרית והיה מודע לזכויותיו ולא התעקש לממשם. וויתר על זכות ההיוועצות מבחירה. הוא שבת רעב כשרצה להיפגש עם אימו ולא כדי להיוועץ עם עו"ד. **תשובת העליון:** אין לקבל נימוק זה. אין לדרוש מנחקר לנקוט באמצעי מחאה או שביתת רעב כדי לממש את זכותו הבסיסית להיוועץ עם עו"ד. מחובתם של החוקרים להודיע לנחקר על זכות ההיוועצות שעומדת לו ולאפשר לו להיפגש עם עו"ד ללא דיחוי. על אחת כמה וכמה כאשר הנחקר דורש להיפגש עם עו"ד.

נקבע שלנוכח פגיעה חמורה בזכות ההיוועצות יש להורות על פסילת הראיה בעברות החמורות של שוד ורצח במועדון הסנוקר, כשהפגיעה בזכות להליך הוגן כ"כ קשה אין להתייחס לחומרת העברה.

ראיות נגזרות

סוגיה שנדונה לאחרונה נגעה לקבילותן של ראיות נגזרות. מה דינן של ראיות הנגזרות מהראייה הראשית, לאחר שהראייה הראשית נפסלה ע"י בימ"ש? ברגע שבימ"ש פוסל ראייה משום שהושגה בניגוד לדין האם זה פוסל את הראיות האחרות הנגזרות ממנה?

דוגמא: המשטרה נכנסה לדירה לבצע חיפוש ללא צו, החיפוש לא חוקי. האם הסכין המגואלת בדם או הצ'קים המזויפים או אקדח שהמשטרה מצאה, האם הראיות הללו קבילות? "הראייה הראשית" (החיפוש), החיפוש עצמו לא קביל, כלומר הראייה הראשית לא קבילה, האם כל הפירות של החיפוש הם קבילים או לא.

ארה"ב:

"תורת העץ המורעל": ברגע שהגזע של העץ מורעל, השורשים מורעלים, כל הפרות מורעלים. ולכן אם המשטרה נכנסה לדירה ללא צו כל מה שנמצא במסגרת החיפוש הלא קביל לא חוקי. כל מה שימצא בדירה לא יהיה קביל כראיה אם לא קודם לכן הושג צו חיפוש חוקי.

ישראל:

השאלה הנ"ל הועלתה לדון בישראל לראשונה בפס"ד פרחי, האם ניתן להכיל בישראל את "תורת העץ המורעל" כמו בארה"ב. האם ראיה שהושגה שלא כדין, כל הראיות יהיו לא קבילות? **דוג:** הסכין המגואלת בדם או הצ'קים המזויפים, כל ראייה שתמצא היא ראייה לא קבילה. ברגע שהחיפוש לא חוקי "הראייה

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

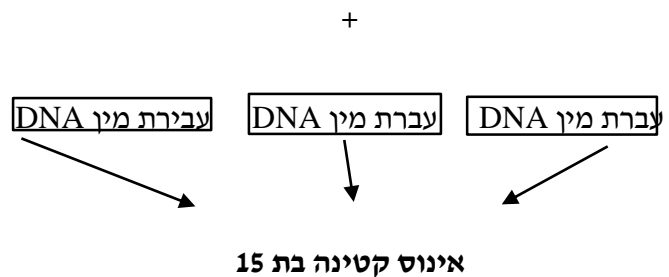
הראשית לא קבילה כל הפירות של הראייה הזו מורעלים, כל הראיות לא יהיו קבילות.

פס"ד פרחי: נדון גם בצל פס"ד יששכרוב.

בימ"ש דן בשאלה: מה דינן של אותן ראיות נגזרות לאחר שהראייה הראשית נפסלה?
עובדות: בתיק של פרחי למעשה, פרחי הוצע להשתתף במדגם שערכה המשטרה לגבי תיק רצח, היה תיק רצח לא מפוענח המשטרה נקלעה למבוי סתום ורצתה לבנות פרופיל חשודים, אנשים תמימים שישתתפו במדגם והציעו לפרחי להשתתף במדגם, אמרו לו "אתה לא קשור לעברת הרצח הבדיקה של DNA רק לצורך בניית פרופיל" מדובר בבדיקת DNA בהסכמה. הבטיחו לו שלא ישוו לשום דבר ולא ייקחו את זה לשום מקום ולא יעשו עם זה שום דבר, רק לצורך פיענוח תיק הרצח.

פרחי הסכים, כשה-DNA, עבר למעבדה לזיהוי פלילי החוקרת זיווה אגמי, ראתה את רצף ה-DNA ואמרה שמוכר לה הרצף. הכניסו אותו למאגר ומסתבר שבעבר פרחי ביצע עברות מין מאוד חמורות, ביניהם אינוס ע"י קבוצה של קטינה בת 15 בכל העברות מין שביצע נשאר שיירים של זרע, המשטרה הפיקה DNA משיירי הזרע. המשטרה ראתה את זה הפיקה DNA, מהאישה הראשונה ומהקטינה השנייה וזירת העברה השלישית. המשטרה הגיע למסקנה שזה אותו DNA, מי שביצע את העברה בשלושת הקורבנות זה אותו אחד. לכן יש סימן שאלה כל ה-DNA, שייכים לאותו אדם ולא ידעו מי זה האדם הזה.

מעשה מגונה בפומבי:



לימים, פרחי נחקר בתחנת המשטרה, הציעו לו להשתתף במדגם ממש במקרה, ברגע שנתנו את ה-DNA, בהסכמה "בינגו" ראו שזה הוא! האדם שחיפשו כ"כ הרבה זמן. המשטרה הבינה שלא יכולה להשתמש ב-DNA. ואחת הראיות הכי מפלילות שיש זה DNA. המשטרה במסגרת תרגיל חקירה נתנה לפרחי לעשן סיגרייה ואז זרק את בדל הסיגרייה. נקרא לזה: DNA-סיגרייה. המשטרה לקחה את בדל הסיגרייה הפיקה ממנו DNA, וראתה שה-DNA, הזה זהה לאותו DNA שנמצאו בעברות מין. בעקבות זה עצרו את פרחי בחשד לכל אותם עברות מין. בעקבות אותו DNA שנמצא ונבדק. **היו גם ראיות נוספות, ראיות נגזרות:**

1. **איכוני טלפון**: לפי הטלפון ניתן לראות איפה היה וראו שזה היה בזירת העברות
2. **התנהגות מפלילה (ראשית הודיה)**: התנהגות מפלילה בחקירה- אי שיתוף פעולה בחקירה (לא רצה להשתתף במסדר זיהוי וכו')

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

- הראייה הראשית - DNA בהסכמה
- ראייה נגזרת - DNA - סיגריה
- ראייה נגזרת - איכוני טלפון
- ראייה נגזרת – התנהגות מפלילה (ראשית הודיה)

למה אלו "ראיות נגזרות"? כי אם המשטרה לא הייתה שמה את הידיים שלה על ה-DNA, לא הייתה מגיע לשם. לא הייתה מגיעה לסיגריה, לאיכוני הטלפון וההתנהגות מפלילה גם, כי בכלל לא היו מגיעים אליו.

בימ"ש העליון: השאלה שנדונה: מה דינו של אותו ראיות נגזרות לאחר שהראייה הראשית נפסלה? אם יוצאים מנקודת הנחה שה-DNA בהסכמה הושג תוך פגיעה קשה בזכות להליך הוגן, רימו אותו, לכאורה א תרמית מכוונת במקרה נתן DNA ונמצא במעבדה לזיהוי פלילי ע"י החוקרת זיווה אגמי רצף מוכר. נשאלת שאלה: ברגע שבימ"ש פוסל ראייה ראשית, האם הראיות האחרות פסולות? **ארה"ב**: ברור. "תורת העץ המורעל" פוסלת את כל הראיות הנגזרות. ברגע שה-DNA בהסכמה, זה "הגזע המורעל" פסול, הכל פסול. אם ה-DNA בהסכמה הוא ראייה לא קבילה אז כל מה שהושג בעקבות זה לא קביל. זה בארה"ב אבל לא בישראל ולכן נדון בבימ"ש עליון.

בימ"ש מחוזי קיבל את כל "הראיות הנגזרות", DNA-סיגריה, איכוני טלפון והתנהגות המפלילה(ראשית הודיה). בהצטרף לראיות האחרות אמר שאין בעיה להרשעה את פרחי, גם קיבל את "הראיה הראשית" DNA בהסכמה. צירוף מקרים זה מה שהוביל למעצרו של פרחי ולא שימוש אסור בנתוני הזיהוי שמסר, לא כל חשש לפגיעה בהגינות ההליך. המחוזי מקבל את כל הראיות. מרשיע את פרחי בשלוש עברות מין שביצע בעבר, מעשה מגונה בפומבי (על זה היה ראיות). נדון ל-25 שנות מאסר. הוא ערער על ההרשעה לעליון. פרחי מבקש לפסול את "הראייה הראשית" שהיא "DNA בהסכמה" כי השיגו אותו תוך פגיעה קשה בזכות להליך הוגן, וברגע שיפסלו את הראיה הזו יש לפסול את כל "הראיות" הנגזרות האחרות. טענת המדינה: המדינה בעליון כבר טענה שהיא מסכימה עם הנאשם לגבי:

1. "DNA בהסכמה" הוא ראיה בלתי קבילה
2. שפגעו בזכות שלו להליך הוגן.

הבטיחו לפרחי שלא ישוו את ה-DNA, ועל סמך זה הוא הסכים לתת, וברור לכולם שאם היו אומרים לו "ניקח את ה-DNA, שלך ונכניס למאגר משטרתי" הוא לא היה מסכים לתת. ולהשתתף במדגם. התביעה מסכימה לפסול את ה-DNA בהסכמה, אבל מבקשת שיתר הראיות ("הראיות הנגזרות") יהיו קבילות. כלומר שההרשעה של בימ"ש מחוזי תישאר על כנה.

טענת בימ"ש עליון: המשטרה הצהירה שלא תעשה שימוש מסוים בראיה שנמסרה לה בהסכמה, גם פועלת בניגוד לאותה הצהרה, ועושה שימוש בראיה זו לצורך הרשעתו של מוסרה, האם על הראיה הזו להיפסל ומה

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

דין של הראיות הנוספות שהושגו מכוח או בעקבות אותה הפרה?

1. **בימ"ש פוסל את ה-DNA בהסכמה**: הושגה תוך פגיעה קשה בזכות להליך הוגן, פגיעה גם בזכות לפרטיות, מסירה בהתנדבות, אם היה מסרב לחיפוש על גופו לא היה ניתן לבצע חיפוש. הובהר לו מה השימוש שיעשה בדגימה, אם היה חושב שישתמשו בדגימה לא היה מוסר אותה. המערער הסתמך על הבטחת המטרה. לאור ההסתמכות שלו מחייבת ההגינות, התנהגות המשטרה לא עולה כהתנהגות המצופה מרשות שלטונית ומובילה לתחושה כי המטרה של מיצוי ההליך הפלילי מקדשת את כל האמצעים. לכן, הראיה פסולה! אז מה דין "של הראיות הנגזרות" ממנה? הרי ברור לכולם שאם לא היה מוסר את DNA בהסכמה, המשטרה לא הייתה מגיעה ל-DNA- סיגריה, איכוני טלפון וההתנהגות המפלילה (ראשית ההודיה).
 2. **הראיות הנגזרות (חלק התקבלו וחלק לא)**: האם אי החוקיות שדבקה בראיה הראשית משפיעה על הראיות הנגזרות ממנה. הואיל ודוקטרינת "פרי העץ המורעל" לא נקלטה בשיטה הישראלית, משמעות הדבר ככלל ראיה נגזרת תהיה קבילה במשפט, בארה"ב ראיה נגזרת לא קבילה. **הכלל בישראל- ראיה נגזרת קבילה! עם זאת, ראיה נגזרת לא תהיה חסינה לעולם מפני פסילה, מה שזה אומר, בניגוד לארה"ב ששם השופט חייב לפסול, בישראל נותנים לבימ"ש שק"ד, אומרים לשופט: "ככלל ראיה נגזרת קבילה אבל אתה יכול לפסול".** כדי שראייה נגזרת תפסל במשפט, על המערער הנטל להוכיח כי בדומה "לראייה הראשית" שנפסלה קבלתה של "הראיה הנגזרת" תוביל לפגיעה מהותית ושאינה מדתית בזכות הנאשם להליך הוגן, אמות המידה שמכוכן נפסלה "הראיה הראשית" ינחו אותנו גם לגבי "הראיה הנגזרת", אבל אם נבחן את כל אחת מהראיות לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית נראה שתהיינה קבילות. כי DNA- סיגריה נעשתה כדיון, נתנו לו סיגריה זה תרגיל חקירה מותר, איכוני טלפון גם קביל (הלכו לחב' הסלולר אמרו לו מיקום שהיה הנאשם) גם ההתנהגות המפלילה (זה שהוא סרב להשתתף במסדר זיהוי), הכל נעשה כדיון! למעשה בימ"ש אומר, אם נבחן את קבילות "הראיות הנגזרות" לפי **אמות המידה של פס"ד יששכרוב רוב הסיכויים שהראיות יהיו קבילות**. יחד עם זאת לבימ"ש יש סמכות לפסול, יש להביא את אופייה הייחודי של "הראייה הנגזרת" הבא לידי ביטוי בזיקה המתחייבת בינה ובין "הראייה הראשית", ז"א שאם בימ"ש יגיע למסקנה "שהראיות הנגזרות" הושגו כדיון, (אם הושגו שלא כדיון בניגוד לזכות להליך הוגן ברור שנפסול אותם) בימ"ש צריך לבדוק את "הזיקה" בין כל אחת "מהראיות הנגזרות" ובין הראייה הראשית. ז"א האם הפסול שנפל "בראייה הראשית" משפיע או מכתים את "הראייה הנגזרת", משליך על אי החוקיות שבמסגרתה נלקחה "הראיה הנגזרת".
- על רוב בחינת חוקיותה של "ראייה נגזרת" במנותק "מהראיה הראשית" תוביל למסקנה כי קבלתה במשפט לא תוביל לפגיעה קשה בהגינות ההליך המצדיקה את פסילתה, במקרים אלו יש לתת משקל מרכזי לאופי הזיקה בינה ובין הראיה הראשית, וככל שהזיקה בין הראיות חזק יותר, ככל שהזיקה בין "הראיה הנגזרת" ובין "הראיה הראשית" חזקה, הקשר הדוק יותר עשויה אי החוקיות שדבקה "בראייה הראשית" להכתים גם את "הראיה הנגזרת" וכך תגבר הנטייה לפסול אותה.
- ומה הזיקה שתוביל לקביעה כי אי החוקיות שנפלה "בראייה הראשית" תכתים את "הראיה הנגזרת", יש כאן סיבתיות כפולה, וצריך לבדוק שתי מבחנים:

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

1. "סיבתיות עובדתית":

נדרש קש"ס בין קיומה של "הראיה הראשית" לאפשרות השגתה של "הראיה הנגזרת". האם יש קש"ס? אלמלא "הראיה הראשית" היו משיגים את "הראיה הנגזרת"? לא. כלומר יש "סיבתיות עובדתית".

בארה"ב עוצרים היינו פה, כי אומרים "אלמלא השוטר נכנס לדירה ללא צו הוא היה שם ידיים על הסכין המגואלת בדם בדירה? לא". ולכן זה פסול. **בישראל** אנחנו לא עוצרים פה, כי אין את "תורת העץ המורעל" ולכן בימ"ש מוסיף מבחן נוסף, כי אם יעצור "בסיבתיות עובדתית" זה יהיה כמו בארה"ב.

****** אם אין "סיבתיות עובדתית" זה אומר שהיא לא "ראיה נגזרת", אם יש "סיבתיות עובדתית" זה אומר שהיא כן "ראייה נגזרת"

2. "סיבתיות משפטית":

מבחן זה טומן בחובו שק"ד שיפוטי באשר לנסיבות התומכות לפסילת "הראייה הנגזרת" (להבדיל מארה"ב שם אין שק"ד לשופט).

צריך לבדוק "קיומה של זיקה המהותית". כאשר חרף קיומה של "סיבתיות עובדתית" (למרות שאין "סיבתיות עובדתית"), אם התקיים נתק מהותי בין הפסול שנפל "בראייה הראשית" ובין "הראייה הנגזרת" תפחת הנטייה לפסול את "הראיה הנגזרת" כלומר בימ"ש יקבל את "הראייה הנגזרת". ובמקרים אחרים בהם הפסול שנפל "בראייה הראשית" מכתים גם את "הראייה הנגזרת" באופן היורד לשורש העניין יהיה זה צודק לפסול אותה. (מזכיר קש"ס עובדתית וקש"ס משפטי).

בימ"ש נותן שתי דוגמאות, מתי יש לפסול את "הראייה הנגזרת" ומתי לא נפסול את "הראיה הנגזרת":

א. שוטרים נכנסו לדירה, לבצע חיפוש שלא כדין, החיפוש שלא כדין, ובמסגרת החיפוש מוצאים אקדח, תופסים את האקדח ומגיעים לנאשם וחוקרים אותו ואומרים לו: "מצאנו אקדח בדירה שלך כדאי שתודה". ואז הנאשם מודה.

האקדח "הראיה הראשית" הוא "ראיה בלתי קבילה" (את האקדח יפסלו כראיה כי החיפוש היה שלא כדין) **ההודאה** "ראיה נגזרת" האם קבילה?

האם יש "סיבתיות עובדתית"? כן!

אם לא היינו מוצאים את האקדח ומוציאים ממנו טביעות אצבע לא היינו מגיעים לנאשם לחקור אותו, כלומר, הנאשם לא היה מודה אלמלא האקדח שנמצא שלא כדין.

האם יש "סיבתיות משפטית"? לא!

הפגם שנפל "בראייה הראשית" לא יכתים את "ההודאה", היא נמסרה מרצונו הטוב של הנאשם ולכן אין בעיה. כלומר, בימ"ש אומר שהפסול שנפל "בראייה הראשית" לא מכתים את "ההודאה" כי נמסרה מרצונו הטוב והחופשי. כל עוד נתנו לנאשם להיוועץ בעו"ד, אמרו לו שיש לו "זכות שתיקה" ובכל זאת הודה אז "הראיה הנגזרת" של "ההודאה" תתקבל.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

ב. המשטרה נכנסה לדירה שלא כדין, מוצאת צ'קים. המשטרה לא לוקחת את הצ'קים המזויפים כי יודעת שזה נעשה בניגוד לדין, ולכן המשטרה מצלמת את הצ'קים. הצילום של הצ'ק זו "ראיה נגזרת".

הצ'קים המזויפים "הראיה הראשית"

הצילום של הצ'קים "ראיה נגזרת"

האם יש "סיבתיות עובדתית"? כן!

האם המשטרה הייתה יכולה לשים את ידיה על הצילום של הצ'קים אלמלא נכנסה לדירה ללא צו? לא.

האם יש "סיבתיות משפטית"? כן!

האם הפגם שנפל בראיה הראשית מכתים גם את "הראיה הנגזרת"? כן. זו אותה ראיה. זה צילום של הצ'ק עצמו, המשטרה תגיד: "לא נגע בצ'ק כי לא קביל אבל נצלם אותו" אין הבדל. צילום גם לא יהיה קביל.

במקרה זה מדובר בהעתק של אותה ראיה. זה מזכיר את ה-DNA - סיגריה

ההלכה:

האם יש "סיבתיות עובדתית"? כן!

האם יש "סיבתיות עובדתית" בין DNA - סיגריה ובין DNA - בהסכמה? כלומר, האם ה-DNA - סיגריה נתפס

בעקבות DNA - בהסכמה? כן!!

האם יש "סיבתיות משפטית"? כן!

האם אי החוקיות שנפלה בהשגת ה-DNA - בהסכמה, מכתימה גם את ה-DNA - סיגריה. כן!! מדובר בדיוק באותה ראיה.

המשטרה למעשה מה שהיא עשתה, ידעה שרוב הסיכויים שבימ"ש יפסול את ה-DNA - בהסכמה, כי נלקח

שלא כדין, לכן היא הלבניה את "הראיה הראשית" כי ידעה שלא תוכל להשתמש בה (DNA - בהסכמה),

הייתה צריכה להשיג DNA, בצורה חוקית. לכן נתנה לו לעשן סיגריה, לכן אומר בימ"ש הפגם שנפל בראיה

הראשית" (DNA - בהסכמה) מכתים את "הראיה הנגזרת" (DNA - סיגריה). זה בדיוק כמו "הצ'ק" והצילום

של הצ'ק. זה העתק של אותה ראיה לכן, בימ"ש פוסל:

את "הראיה הראשית": DNA - בהסכמה

את "הראיה הנגזרת": DNA - סיגריה כי מדובר באותה ראיה!!

יחד עם זאת, בימ"ש מקבל:

את "הראיות הנגזרות": איכוני טלפון + ההתנהגות המפלילה כי הראיות הללו אותרו במסגרת חקירה,

זה לא שהפסול שנפל ב-DNA - בהסכמה השפיע עליהם. איכוני טלפון המידע שהיה אצל חברות הסלולר היה

עוד כשביצע את עברות המין, נכון שיש "סיבתיות עובדתית" אבל אין כאן זיקה. זה פרי של פעולת חקירה

נפרדת. כשלא משתפים פעולה בחקירה זו ראיה שהנאשם בעצמו מספק, אמנם זו "ראיה נגזרת" אבל יש נתק

בין DNA - בהסכמה ובין ההתנהגות המפלילה ההתנהגות של הנאשם במסגרת החקירה, ולכן בימ"ש לא פסל

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

את הראיות הללו.

"באשר לראיות הנוגעות להתנהגותו של המערער לאחר מעצרו, סירובו לשתף פעולה בהליכי חקירה, וראשית הודאה (ההתנהגות המפלילה) שעלתה מאמירותיו, אלו נוצרו במחדליו ומעשיו של המערער, שנבעו משיקול דעתו ורצונו החופשי כשהיה מיוצג ואין שמץ של אי חוקיות בתיעודם, באלה יש לנתק את "הקשר הסיבתי המשפטי" בינו לבין ה"ראיה הראשית".

אי החוקיות שדבקה "בראיה הראשית" לא השפיעה במישרין על תוכן הראיות, או עצם האפשרות להשיג אותן, השפעתה של "הראיה הראשית" בהקשר זה מוגבלת רק למישור העובדתי, בכך שהובילה למעצרו של המערער ותו לא.

הוא הדין לגבי איכוני טלפון של המערער, אכן הצביעה כחשוד לביצוע המעשים סייעה לגיבוש רישומי שיחות הטלפון כראיה מפלילה, אך מבחינה מהותית הקשר בינה לבין "הראיה הראשית" רופף, דוח איכוני הטלפון מתבסס על נתונים שהולדתם קודמת לאי החוקיות, הטלפון מדובר בראייה אובייקטיבית ועצמאית שהפקתה היא פרי של מאמץ חקירה נפרד שלא כרוך במידה כלשהיא באי החוקיות שהביאה להשגת ראיית ה-DNA- בהסכמה, מספר הטלפון של המערער נמסר לחוקי המשטרה גם ע"י המערער וגם ע"י אשתו כשנחקרה בפרשה. עוד יצוין כי הראיות הנוגעות לאיכוני הטלפון הוגשו גם לבימ"ש בהסכמה.

לעומת זאת באשר לראיית ה-DNA שהופקה מבדל הסיגריה, שוכנעתי כי זיקתה לראייה הפסולה היא כה אדוקה שהפסול בה יורד לשורשיו, אופייה ותוכנה כה זהים לראייה הפסולה עד שלמעשה מדובר באותה ראיה ממש, הגם שאופן השגתה לא היה מעורר קושי בד"כ, הרי שבנסיבות בפרשה זו יש בקבלתה כדי להכשיר את הפסול שנפל בראיה הראשית ולזה לא אוכל להסכים".

לסיכום:

למרות שפסלו את "הראיה הראשית" DNA- בהסכמה, ו"הראיה הנגזרת" DNA- סיגריה עדיין היו ראיות נוספות. גם המתלוננות מסרו עדות. נתנו תיאור דומה לפרחי. הוא לא שיתף פעולה בחקירה שזו גם הייתה ראיה מחזקת, היו לא מעט ראיות מפלילות.

זה היה ערעור פלילי (ע"פ) על ההחלטה הזו פרחי הגיש בקשה לדיון נוסף, רצה הרכב מורחב אולי יהפכו את ההלכה, אבל השופט גרוניס דחה את הבקשה.

גם זה בעקבות פס"ד יששכרוב כי פעם ראשונה אמרו, שאפשר לפסול ראיה שהושגה שלא כדין, והאם באמת פוסלים ראיות נגזרות. הכלל: **ראיה נגזרת קבילה! יחד עם זאת לבימ"ש יש שק"ד. השלבים של הבדיקה:**

1. האם הראיה הושגה בניגוד לדין, תוך פגיעה בזכות להליך הוגן?

- אפשרות אחת: אם כן, יש לפסול אותה!

- אפשרות שנייה: אם לא ←

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

2. יש לבחון את "הזיקה" שבין "הראייה הראשית" ובין "הראיה הנגזרת". וכאן לבימ"ש יש שק"ד:
א. אם הפגם שנפל "בראייה הראשית" מכתים את "הראיה הנגזרת" – נפסול
ב. אם הפגם שנפל "בראייה הראשית" לא מכתים את "הראיה הנגזרת" – לא נפסול (כמובן נתון לשק"ד של השופט).

המבחן הראשון הוא "מבחן עובדתי" של "סיבתיות עובדתית":

זה קודם לבחון אם הראייה היא "ראייה נגזרת", המבחן העובדתי נועד לקבוע אם הראייה נגזרת, אם לא מתקיים אז הראייה היא לא נגזרת! ואם המבחן מתקיים, הראייה נגזרת!
במבחן : אם שואלים "מה דינה של ראייה נגזרת?" אם הראייה היא נגזרת זה אומר שכבר התקיים המבחן העובדתי "סיבתיות עובדתית", וכל מה שנותר לבחון זה אם התקיים נתק או לא "סיבתיות משפטית".

המבחן שני הוא "מבחן משפטי" של "סיבתיות משפטית":

בוחנים אם התקיים נתק בין "הראייה הראשית" הפסולה "לראייה הנגזרת" כלומר, האם הפסול של "הראייה הראשית" משליך גם על "הראייה הנגזרת", ואם כן, הראייה הנגזרת לא תתקבל
****** הראיות הנגזרות שצינו לעיל, הם ראיות נגזרות בעקבות זה שהשיגו את ה-DNA - בהסכמה יש רק "זיקה עובדתית" לא הייתה "זיקה משפטית" לגבי איכוני הטלפון וההתנהגות המפלילה, איכוני טלפון זה איפה הנאשם היה בשעה שביצע את העברה, הנתונים נולדו לפני שמסר את ה-DNA. יש קש"ס עובדתי אבל אין קש"ס משפטי, אין "זיקה" בין שתי הראיות. זה שהשיגו את ה-DNA - בהסכמה שלא כדין האם זה אומר שהראייה האחרת הושגה בניגוד לדין? לא. מדובר בחקירה נפרדת גם לגבי ההתנהגות המפלילה.
****** יש להבחין בין "ראייה נגזרת" לבין "זיקה עובדתית" ובין "זיקה מהותית משפטית". מבחינה "עובדתית" יש זיקה, אבל אין זיקה משפטית. הראיות הנגזרות האחרות לא נפסלו כי יש כלל ראיות נגזרות לא פוסלים!! אלא אם כן קיימת זיקה מהותית, שממש מדובר בהעתק של אותה ראייה. **דוג:** "צילום הצ'ק" זה העתק של הצ'ק. וה-DNA - סיגריה זה העתק של ה-DNA - בהסכמה, ולכן נפסלו שניהן. לעומת זאת הראיות האחרות לא נפסלו.

****** קבוצה נוספת של ראיות שעמדו לחובת המערער, סירב לשתף פעולה בחקירה חרף האישומים החמורים שהואשם בהם:

1. בחירתו לא להעיד בפני בימ"ש- שמר על זכות השתיקה במשפט
2. סירובו לתת דגימה של רוק, לבדיקת מעבדה
3. הימנעותו להשתתף במסדר זיהוי
4. סירובו להתעמת עם המתלוננות
5. בחירתו לא להעיד בפני בימ"ש

לאילו הצטרפו, עדויות המתלוננות על מראהו של מי שתקף אותן, דמיון למראהו החיצוני של המערער, קביעת

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

בימ"ש קמא לפיה ניתן למצוא ראשית הודאה במספר אמירות של המערער בפני חוקריו בעת מעצרו, ולבסוף איכוני הטלפון הנייד שלו בסמוך לשלושת הזירות בהם בוצעו עברות האינוס.

****** ברגע שיש DNA זה אבוד. אם היו פוסלים את כל הראיות הנגזרות, עדיין יש את "השתיקה בבימ"ש ובחקירה" והסירובים הנ"ל. ההתנהגות שלו בעקרון לא נגזרת עומדת בפני עצמה אבל לא היינו מייחסים לזה משמעות אלמלא "הראיה הראשית" ה-DNA בהסכמה. אם היה מסרב להשתתף במסדר זיהוי אבל גם ככה לא חשוד בביצוע העברה אין ערך לזה גם ככה. זה ברור. לא היינו יכולים להסיק מסקנה מפלילה אם לא היינו משיגים את ה-DNA שלו.

כלל הקפאת הזכירה שבעבר: (כלל פסיקתי) (פלילי/אזרחי)

(פס"ד שניר) **הריג** (נוסף) לכלל הפוסל "עדות מפי השמועה".

כאשר עד מעלה על כתב פרטיה של התרחשות שהוא עד לה (קלט בחושיו), סמוך להתרחשותה, ולאחר מכן נקרא להעיד בבימ"ש בדבר אותה התרחשות ועפ"י עדותו ניתן לקבוע כי זכרונו של העד ביחס לאירוע נפגע משמעותית, רשאי בימ"ש לקבל את הרישום שנעשה בשעתו כראייה לאמיתות התוכן, ואף לתת לו משקל מועדף על-פני עדותו של העד בבימ"ש.

הפסיקה קובעת שהרישום שערך אותו עד תתקבל "כראיה לאמיתות התוכן", לא רק "לעצם הרישום" (שהשוטר היה בזירת העברה) אלא כל מה שכתב במסגרת "זיכרון הדברים" הזה יהיה קביל, והפסיקה קבעה שהתנאים לקבלת "רישום עצמי" מכוח "כלל הקפאת הזכירה" הם שני תנאים מצטברים שיש להוכיח:

1. **עורך הרישום עצמו** (זה שכתב) מעיד בבימ"ש על נסיבות עריכת הרישום (מתי זה קרה? איפה ערך את הרישום?) תוך הדגשת אמונתו כי תוכנו הוא אמת.

2. **עפ"י עדותו ניתן לקבוע** (של אותו אדם שערך את הרישום), שאין הוא מסוגל לזכור את הפרטים שברישום, או שיש להעדיף את הרישום על-פני מה שנותר חרוט בזיכרונו של העד.

דוג: מעידים שוטרים בבימ"ש על כל מני דוחות פעולה שרשמו, שוטר שמגיע לזירת עברה עושה רישום מה ראה, אבל לא עושים את זה בזירת העברה אלא בתחנת המשטרה אחרי "שסיימו סידורים אחרים", דוח הפעולה נכנס לתיק החקירה ולימים אם מוגש כתב אישום על סמך תיק חקירה השוטר צריך להגיע לבימ"ש, חיי, אחרת זה "עדות מפי השמועה" מה שכתב, וצריך להעיד. בשלב ראשון: מנסים לרענן את זיכרון השוטר, נניח אומר "זה היה לפני שנתיים אני לא זוכר". מציגים את דוח הפעולה, שיקרא וירענן את זכרונו, אחרי שקרא נניח אומר "זה כתב היד שלי, חתימה שלי אני מניח שזה מה שקרה אבל אני לא זוכר כלום ואתה מבקש שאני אעיד על משהו שבאמת אני לא זוכר". אם הצלחתי לרענן את זכרונו מה טוב, אם לא...

בשלב שני: במצב כזה התובע יכול להגיש את "דוח הפעולה" שזה למעשה "עדות מפי השמועה" כראיה לאמיתות התוכן.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

מה ההבדל בין "כלל הקפאת הזכירה" ובין סעיף 10א לפק"ר (גם "זיכרונות דברים"):

סעיף 10א לפק"ר (זיכרונות דברים): הוא עולה לדוכן העדים אבל הוא סותר את מה שאמר **דוג**: השוטר אומר: "ניגשתי לזירת העברה והקורבן היה במצב רוח טוב היה פצוע קל" ובדוח הפעולה בכלל כתוב משהו אחר "הגעתי הפצוע לא נשם". ואז מנסים לרענן את זכרוננו אבל הסתירה נשארת. אז ניתן להגיש את "דוח הפעולה שלו" כראיה לאמיתות התוכן מכוח סעיף 10 א' לפק"ר "זיכרונות דברים". ז"א הוא עולה לדוכן העדים והוא סותר את מה שכתב או שהשוטר שותק/ מקשקש אז נלך לסעיף 10א.

כלל הקפאת הזכירה: הוא לא סותר, להפך אומר שכל מה שכתוב בדוח הפעולה זה נכון, אבל הוא לא זוכר מה היה. זה בעיקר "דוחות פעולה" אבל ניתן להשתמש בכלל הקפאת הזכירה גם כשעובר המון זמן **דוג**: יש רישום עצמי של העד ונניח נפגע הזיכרון שלו במחלה, הוא אומר שזה הכתב יד שלו, אבל לא זוכר, נפגע לו הזיכרון. אז ניתן להגיש את הרישום שערך העד מכוח כלל הקפאת הזכירה. זה שונה מסעיף 10 א לפק"ר והרי כדי להרשיע נאשם לפי סעיף 10 א' נדרש תוספת ראיתית- "דבר לחיזוק". כדי להרשיע נאשם על סמך "דוח פעולה" שכתב השוטר מכוח "כלל הקפאת הזכירה" לא נדרש תוספת ראיתית. לא צריך כלום.

יש הבדל עצום בין השניים. במסגרת ריענון זיכרון של עד, יש לקחת בחשבון שכשאנחנו מרעננים את זיכרון העד אנחנו מגישים לבימ"ש את "דוח הפעולה" לצורך- רק כדי להראות שבאמת אצר את זה, בימ"ש מקבל את הדוח פעולה רק כראיה לעצם הרישום, שהשוטר באמת רשם, הוא לא יכול לקבל את הדוח פעולה כראיה לאמיתות התוכן אנחנו צריכים להכשיר את זה מכוח **חריג**, ולכן אם אני מגיש את הדוח פעולה את הראייה הזו במהלך ריענון הזיכרון של העד, השופט יכול לומר "או קיי אני מבין שהוא אמר את זה אבל אני לא יודע אם כל מה שכתב זה באמת נכון" "כלל הקפאת הזכירה" זה **החריג** "לכלל הפוסל עדות מפי השמועה", למעשה אומרים לבימ"ש: "קבל את הראיה לא רק לעצם זה שהשוטר רשם ב-1.1.2018. אלא גם שיקבל את הראיה כראיה לאמיתות התוכן, שכל מה שכתב זה באמת נכון. (ברור אם יגיעו שוטרים אחרים ויעידו משהו אחר יהיה משקל נמוך).

ראיות נסיבתיות: **פלילי/אזרחי**

חשוב מאוד כי יש תקים שיש בהם רק ראיות נסיבתיות. ראיות מדעיות כולן ראיות נסיבתיות

דוג: תיק רצח. לרצח יש עד ראיה לעברת הרצח, וזו שושנה. עד ראיה= "עדות ישירה" (משהו שבאמצעותו ניתן להוכיח עובדה שנויה במחלוקת, זה יכול להיות חפץ/מסמך/ משהו שקלט בחושיו. "עדות ישירה" מוכיחה באופן ישיר עובדה שנויה במחלוקת. אם שושנה אומרת ששמעון רצח קלטה בחושיה את הרצח.

דוג: במצב אחר, נניח ראובן נכנס לבית של שושנה ואז הוא רואה את שמעון נמלט כשהבגדים שלו מגואלים בדם, ומחזיק סכין מגואלת בדם. יוצא מהדירה. ראובן נכנס לדירה ורואה שושנה ללא רוח חיים. אני רוצה להעיד את ראובן על מה שראה. מגישים על סמך זה כתב אישום כנגד שמעון בטענה שרצח א שושנה. שמעון יטען: "לא רצחתי, יש ראיה שמהו רואה אותי רוצח את שושנה?". התביעה תטען: "לא, אבל יש לי פה עד

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

שלא ראה אותך רוצח את שושנה אבל ראה אותך שאתה יוצא מהבית של שושנה בריצה, הבגדים שלך מלאים בדם והסכין מגואלת בדם אז אנחנו מניחים שרצחת את שושנה".
לשים לב, שהעדות של ראובן היא לא "עדות ישירה", הוא לא קלט בחושיו את הרצח, העדות שלו מהווה "ראיה נסיבתית", היא לא מוכיחה עובדה שנויה במחלוקת, היא מוכיחה נסיבה.
האם בימ"ש יכול להגיע בסוף למסקנה שמי שנמלט מזירת העברה, מבית הקורבן, בסמוך למעשה הרצח, כשהבגדים שלו מלאים בדם עם סכין מגואלת בדם. האם אפשר להגיע למסקנה הגיונית שהוא הרוצח? כן!
האם אפשר להגיע למסקנה שהוא לא הרוצח? גם כן!! אולי ניסה להציל את שושנה, אולי שמע אותה צועקת, ניסה להנשים אותה, שלף את הסכין מבית החזה שלה ורץ להזעיק עזרה, או שכשנכנס נבהל וחשש שיחשבו שהוא רצח אותה ולכן נמלט. אולי משהו אחר רצח אותה או הוא עצמו. ברגע שיש לי "ראיה נסיבתית", "שמעון נמלט כשהבגדים שלו מגואלים בדם, ומחזיק סכין", אז או שהיא התאבדה, או שיש רוצח אחר, או שמעון הרוצח.

אם ראובן היה רואה את שמעון רוצח זה "עדות ישירה", בימ"ש אומר: "ייתכן שראובן משקר, לא באמת ראה את שמעון רוצח, עדיין קיים חשש שהעדות שקרית", אבל זה נכון לגבי כל עד. אבל כשמדובר בראיה נסיבתית מעבר לזה שראובן יכול לשקר שלא באמת ראה את שמעון, קיים חשש נוסף שנוגע למסקנה של בימ"ש. בימ"ש יכול לטעות, האם ניתן להרשיע נאשם רק על סמך זה שמשוה ראה אותו נמלט? בדגים עם דם? כן אפשר אבל בתנאי שבימ"ש יאמר שהמסקנה ההגיונית היחידה האפשרית מכל מה שראיתי כאן זה שהוא הרוצח.
בימ"ש קובע שניתן לקבוע ממצאים עובדתיים על סמך ראיה נסיבתית, **התנאי**: המסקנה העולה מאותן עובדות או נסיבות היא המסקנה ההגיונית היחידה בנסיבות העניין.
מי יעלה תזות מזכות? ההגנה. הסנגור יאמר "בימ"ש זה שראו אותו עם חולצה עם דם אולי שושנה התאבדה וניסה להציל אותה"

מי יעלה תזות מרשיעות? התביעה. התובע יאמר "נמלט, בגדים עם דם, וסכין מגואלת בדם בידו".
אם בימ"ש בסוף המשפט יפסול את התזות של ההגנה ויאמר "נשארתי רק עם הזתה המרשיעה, אבל היא ההגיונית בנסיבות העניין", בימ"ש ירשיע את הנאשם על סמך "הראיה הנסיבתית". אבל אם הסנגור, יצליח לעורר ספק סביר **דוג**: שושנה הייתה אובדנית, כל שני וחמישי אמרה שרוצה להתאבד או שהיו לה אויבים, או רצח על כבוד המשפחה חיה עם משהו אחר, יש סיבה טוב שרצחו אותה אז למה ששמעון ירצח אותה. אז כשבימ"ש רואה שיש תזה מפלילה, ותזה מזכה שמעוררת ספק סביר אי אפשר להרשיע על סמך ראיה נסיבתית. וזה בדיוק ההבדל בין "ראיה ישירה" ובין "ראיה נסיבתית".

מהי ראיה נסיבתית?

ראיה circumstantial evidence. ראיה עקיפה להוכחת עובדה (לא "ישירה"). ראיה נסיבתית אינה מוכיחה במישרין עובדה הטעונה הוכחה, (לא מוכיחה מי רצח את שושנה), אלא מוכיחה קיומה של "נסיבה" (שמעון נמלט עם סכין מדממת), שממנה על דרך היסק הגיוני (לוגי), ניתן להסיק את דבר קיומה של עובדה הטעונה הוכחה.

פס"ד זדורוב:

היו המון ראיות נסיבתיות. מצאו טביעות נעל, התביעה טענה אם מצאו את טביעות הנעל, והנעל המיוחדת הזו

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

שייכת רק לו אז המסקנה ההגיונית היחידה שהנעל שלו, אבל במקרה זה לא הרשיעו רק על סמך הנעל היו ראיות נסיבתיות אחרות נוספות. אבל אין ספק שטביעת הנעל זו ראיה נסיבתית, זה שהוא הכניס גפרורים למנעול במקלט ששם היו הבגדים המגואלים שלו ואח"כ זרק, זה ראיה נסיבתית, האם זה אומר שכל מי ששם גפרורים במנעול הוא הרוצח? לא. אבל בימ"ש הגיע למסקנה יחד עם הראיות האחרות שהוא הרוצח. העניין הוא ששתי צורות ההוכחה, "ראיה ישירה" וגם "ראיה נסיבתית", הן דרכים קבילות להוכחת עובדה. עם זה אין בעיה. העליונות של "הראיה הישירה" על פני "הראיה הנסיבתית" משתקפת בכך "שלא ראיה הישירה" יש קושי אחד, החשש מפני שקריות הראיה. זה לגבי כל ראיה ישירה. לגבי "ראיה נסיבתית" קיים חשש כפול, (1) שקריות הראיה דוג: ראובן שיקר שראה את שמעון נמלט עם דם על בגדיו. (2) הטעות האפשרית שבמסקנה של בימ"ש, בהיסק ההגיוני, בראיה הנסיבתית בעובדה שרוצים להוכיח. בימ"ש חושש לטעון שירשיע את שמעון ברצח למרות שהוא לא הרוצח, שושנה הייתה אובדנית.

חשוב!!

למרות הקושי הכפול, בימ"ש קובע שניתן לקבוע ממצאים עובדתיים על סמך ראיה נסיבתית בתנאי שהמסקנה העולה מאותן עובדות או נסיבות היא המסקנה ההגיונית היחידה בנסיבות העניין. האם אפשר להרשיע נאשם על סמך ראיה נסיבתית אחת? כן! אם בימ"ש יגיע למסקנה, שהמסקנה ההגיונית היחידה שהוא ביצע את העברה.

איזה סוגים של ראיות נסיבתיות יש?

DNA.1

2.טביעת אצבע

דוג: מצאו את ה-DNA של פרחי בזירת העברה, אף אחד לא ראה שהוא אנס את הקטינה, לא היו עדי ראיה, אבל אומרים, אם ה-DNA, שלך נמצא על גוף הקורבן, אז המסקנה ההגיונית חד משמעית שאתה אנסת אותה, אבל אם שכבה עם 4 גברים אח"כ, בימ"ש יאמר זה ראיה נסיבתית מפלילה אבל הסגור יעיד עדים לפני ואחרי ואולי שכב איתה פרחי בהסכמה, ואז בכלל זה שזה ראיה נסיבתית זה לא מוכיח כלום, לכן בימ"ש קובע כאשר המסקנה אינה חד משמעית הרי שלא ניתן לקבוע ממצא עובדתי, עם זאת כד להתמודד. עם הקושי של ראיות נסיבתיות השתרשה בבימ"ש עליון דרך פעולה לבחינת ראיות נסיבתיות וקביעת ממצאים עובדתיים על פיהם. העלון אומר אם רוצים לקבוע ממצאים ע סמך ראיות נסיבתיות נדרש לבדוק אותן עפ"י המבחן התלת שלבי:

1. שלב ראשון- נבחנת כל ראיה נסיבתית בפני עצמה כיד לבדוק אם ניתן להשתית עליה ממצא עובדתי: כלומר, לוקחים את ה-DNA, את העד שראה את הנאשם יוצא מזירת העברה עם סכין מדממת, לוקח את טביעת האצבע על הסכין (כל אלה ראיות נסיבתיות) ובימ"ש צריך לבחון את עוצמת הראיות, מהיימנות של אותן ראיות, כדי לבחון האם אפשר לבסס עליהם ממצא. אם זה DNA של הנאשם, אפשר לבסס ממצא

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

עובדתי? כן!! אם זה טביעת נעל אפשר לבסס ממצא עובדתי? אטלי כן אולי לא. תלוי במקרה עצמו.

2. שלב שני- נבחנת מסכת הראיות כולה לצורך קביעה האם היא מערערת לכאורה את הנאשם בביצוע העברה : לוקחים את כל הראיות שיש לא רק את ה-DNA, טביעת נעל וכו' הכל ביחד. כאשר המסקנה מפלילה, היא תולדה של הערכה מושכלת של ראיות בהתבסס על ניסיון החיים ושכל ישר. אין צורך שהמסקנה המפלילה בשלב הזה תהיה מעבר לכל ספק סביר מספיק שהתביעה תוכיח שזה ה-DNA שלו וזה טביעת האצבע שלו ויש משהו שראה משהו שדומה לו, מספיק שבימ"ש יסיק מסקנה לכאורה שהנאשם אשם בביצוע העברה "לכאורה" לא צריך מעבר לכל ספק סביר.

3. שלב שלישי- מועבר הנטל אל הנאשם להציע הסבר אשר עשוי לשלול את ההנחה המפלילה נגדו :
אומרים לנאשם "מצאו DNA, שלך וטביעת אצבע שלך ויש עד שאומר שראה אותך נמלט עם בגדים מדממים".

הנטל עובר לנאשם להציג ראיות מזכות אם יש לו- האם יכול להציג הסבר סביר. נניח יאמר "באתי להציל את שושנה, מקרה הייתי בדירה אני חבר של הבן, אני הוצאתי את הסכין להנשים אותה". הנאשם צריך להציג הסבר סביר. בימ"ש קובע, הסבר חלופי למערכת הראיות הנסיבתיות אשר עשוי להותיר ספק סביר באשר להנחה המפלילה. קיומו של ספק סביר, משמעו כי ניתן להסיק מהראיות הנסיבתיות הסבר אפשרי אחר השולל את האחריות הפלילית.

בתי המשפט גם טענו, כשמדובר על יצירת ספק סביר, כשיש ראיות נסיבתיות, ההסבר צריך להיות מתקבל על הדעת, מגובה בראיות, ולא הסבר מאולץ סתם כמו "היא התאבדה". על ההסתברות להתקיימותה של תזה אחרת, (שהתאבדה ולא רצחת אותה), עליה להיות מהותית ולא זניחה, צריך שתהיה לה אחיזה בחומר ראייתי (צריך להביא ראיות לזה שהייתה באמת אובדנית), ועליה לעמוד במבחני השכל הישר וניסיון החיים (למה שבחורה בת 25 פתאום תתאבד) יתר על כן, הצגת הסבר תמים לכל ראיה נסיבתית, (במקרה עברתי שם), הצגת הסבר תמים לכל ראיה נסיבתית בפני עצמה לא מספק, משום שהמסקנה המרשיעה מושתתת על כל הראיות כולן, לכן על הנאשם להציג גרסה שלמה המתייחסת לכל הראיות הנסיבתיות, ("ראובן האויב שלי לכן אמר שראה אותי נמלט" אין בעיה עכשיו תסביר את טביעת האצבע וה-DNA שנמצאו ההסבר צריך להתייחס לכל הראיות). ההסבר צריך להתייחס לכל הראיות וההסבר צריך לשלול את ההנחה המפלילה, גם אם הנאשם אינו מוצא הסבר מזכה על בימ"ש לבחון ביוזמתו הסברים אפשריים כאלה.

לאחר השלב השלישי, על השופט להכריע האם התביעה עמדה ברף הנדרש כדי לקבוע שהנאשם אשם מעבר לכל ספק סביר.

רק אחרי השלב השלישי בימ"ש צריך לקבוע האם המסקנה המפלילה היא המסקנה ההגיונית היחידה מעבר לכל ספק סביר וזו שגוברת על כל תזה מזכה אחרת.

** **ראיה נסיבתית יכולה להיות בסיס להרשעה, להרשיע על סמך ראיה נסיבתית אחת, כמו DNA או טביעת אצבע. התיק ריק רק זה יש. "ראיות מדעיות" כולן "ראיות נסיבתיות".**

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

משקל:

הכוח הראייתי של "ראיות נסיבתיות", גם להן צריך לתת משקל בין 0-100. אם בימ"ש נותן לה משקל משמעותי הכוח שלה כמו "עדות ישירה" כמו עד ראיה שראה את הנאשם מבצע את העברה. **כמובן שראייה נסיבתית צריכה להיות קבילה

פס"ד חרמון (שנות ה-80):

בימ"ש מרשיע עו"ד ברצח על סמך ראיות נסיבתיות. לא היו "ראיות ישירות" אף אחד לא ראה אותו רוצח את הקורבן.

חרמון היה עו"ד שרצח אחות במקצוע כרמלה בלס, היא הייתה בהיריון ממנו בחודש רביעי. בנתיחה נקבע שהמוות שלה נגרם בעקבות שברים בגולגולת, תוצאה של מכה ישירה עם חפץ כבד. ההרשעה שלו התבססה רק בהסתמך על "ראיות נסיבתיות" לא היו עדים לרצח שלה. הייתה בהיריון רצה שתעשה הפלה, היא סירבה ורצתה שהוא יכיר בילד שייוולד.

מבחינה עובדתית בימ"ש קבע שהוא חבט בה, לקח מנעול הגה של רכב, וחבט בראשה והמית אותה. החביא את הגופה מתחת למיטה שלו, יצא לבילוי עם החברה שלו, חזר ושם את הגופה בתא המטען של רכבו, שרף את הגופה גלגל במחצלת. המשטרה כעבור זמן מצאה את הגופה השרופה והגיעו אליו באמצעות ראיות נסיבתיות. בימ"ש עליון הרשיע אותו רק על סמך הראיות הנסיבתיות:

1. ראיה נסיבתית אחת- הייתה עדות של שכן שלמחרת הרצח הוא שטף את הרכב רחיצה יסודית תוך עקירת ספסלי הרכב.

תזה מזכה: "הלקוח שלי מאוד נקי", אבל בימ"ש אמר שזה שניקה את הרכב במשך שעתיים זה אומר שיש משהו שנשאר ברכב.

2. ראיה נסיבתית שנייה- נסע למוסך החליף צמיגים כל הארבעה למרות שחלקם היו חדשים, המיג עצמו כעו"ד וביקש הנחה. בימ"ש אמר שחשכנותו הניכרת לא מתיישבת עם זה שהחליף את כל הצמיגים ועוד לא במוסך הרגיל שלו. התביעה טענה שרצה להעלים עקבות של הצמיגים הישנים. האם על סמך זה ניתן לומר שרצח? לא, אבל היו עוד ראיות נסיבתיות...

3. בתא המטען על גבי פיוז התגלה כתם דם של הנרצחת. תזה מזכה: הייתה איתי ברכב ונפצעה", או שטען שגם לאבא שלו יש סוג דם מסוג "O", אבל בימ"ש אמר חבל מאוד שהציג את זה רק במשפט.

4. הגופה השרופה הייתה במחצלת, כשלקחו אותה לזיהוי פלילי היה על המחצלת 5 שערות של כלב מסוג דוברמן, כלבו

5. השכן זיהה ויכוח בין עו"ד לכרמלה, הכיר את הקול של העו"ד, ואז היה קול רועם ושתיקה וזה הסתדר עם התזה של התביעה שהכה אותה עם מנעול הגה והוא נפל על הרצפה. זה גם ראייה נסיבתית, השכן לא ראה אותו רוצח אבל שמע את הקולות זה כמו שמשוהו רואה משהו נמלט עם בגדים מגואלים בדם.

נערך ונכתב ע"י מיטל הרוש
השימוש במחברת על אחריות המשתמש

6. מניע- הריון לא רצוי (רצה שתעשה הפלה והיא סירבה ורצתה שיכיר בילד) . כמו רצח על כבודה המשפחה זה שהוא אח שלה והיא פגעה בכבודה המשפחה זו גם ראייה נסיבתית, כי בימ"ש אומר שרוב הסיכויים שהוא רצח.

אז לוקחים ניקיון רכב והחלפת צמיגים, כתם דם, מחצלת עם הגופה ושערות כלב שלו, מאוד קשה להציג תזה מזכה, וגם בימ"ש בשום אופן לא יקבל הסבר נפרד לכל ראייה נסיבתית, כשלוקחים את כל הראיות הנסיבתיות אומרת **השופטת בן פורת** : נחה דעתי שכל הראיות הנסיבתיות במצטבר (לא אחת אחת) כפי שפירוט לעיל אכן מובילות למסקנה ההגיונית היחידה (חייבת לומר את זה "מסקנה הגיונית יחידה") שהמערער הוא זה שהביא למות המנוחה.

לכן רואים שהרשעה על סמך ראיות נסיבתיות גם **פס"ד פיזר** אותו סיפור. **פס"ד זדורוב**. **פס"ד פרחי**. אין תיקים שאין ראיות נסיבתיות. סירוב לעמוד במסדר זיהוי זה לא אומר שרצחתי אז זה ראייה נסיבתית, מוצאים את הטלפון שלך בזירת העברה, ה-DNA שלך שייך זרע בזירת העברה אז אומרים רוב הסיכויים שזה אתה.

אין תיק שאין בו ראיות נסיבתיות גם בפלילי וגם באזרחי. **באזרחי** לא צריך "מעבר לכל ספק סביר" כי אין, האם הראיה הנסיבתית מותרת מסקנה הגיונית, אבל בשלב השלישי בימ"ש אומר שהוא מטה את ההסתברות לטובת הנתבע, באזרחי אין צורך במעבר לכל ספק סביר אבל גם שם אפשר להשתמש בראיות נסיבתיות.

****** "ראיה ישירה"- נבחנת גם במשקל, אם נוכיח שראובן משקר לא ניתן לקבוע על פיה ממצא עובדתי.

"בראיה נסיבתית" החשש הוא כפול:

(1) שהעד משקר : שראובן משקר שראה שמעון נמלט עם סכין

(2) שבימ"ש יטעה : שגם אם ראובן לא שיקר ובאמת שמעון נמלט עם סכין אבל לא בטוח שהוא הרוצח. ****** בתחילת הסמסטר אמרנו שערכאת הערעור לא תתערב בממצאים של ערכאה הדיונית, אלא אם מדובר בשיקולים של ההיגיון. ראיות נסיבתיות זה בדיוק זה, כשיש הרשעה על סמך "ראי נסיבתית" ניתן להגיש ערעור כי כאן לערכאה הדיונית אין יתרון, רק אומרים שההיגיון אומר שיש לזכות ולא להרשיע.