דיני ראיות – אור כהן

[**מבוא ומושגי יסוד** 3](#_Toc12839074)

[**מונחים חשובים** 4](#_Toc12839075)

[**הזמנת עדים להעיד** 5](#_Toc12839076)

[**כשרות עדים** 5](#_Toc12839077)

[**חריגי הכשרות: קרובי משפחה** 5](#_Toc12839078)

[**מבחנים לסיווגה של עבירה כעבירה שהכלל של חריגי כשרות משפחה לא חל עליהם:** 6](#_Toc12839079)

[**מגבלה נוספת – עדות ילדים** 8](#_Toc12839080)

[**שותף לעבירה** 9](#_Toc12839081)

[**חסיונות** 10](#_Toc12839082)

[**מושגים עיקריים** 11](#_Toc12839083)

[**חסיון לטובת הציבור/המדינה** 12](#_Toc12839084)

[**מתי יוסר החיסון ומהן תוצאות הסרתו**? 13](#_Toc12839085)

[**הסרת החיסיון – מהלך תלת שלבי** 15](#_Toc12839086)

[**חסיון מפני הפללה עצמית וזכות השתיקה** 16](#_Toc12839087)

[**חסיון עורך דין לקוח** 18](#_Toc12839088)

[**תנאים להתגבשות החיסיון** 20](#_Toc12839089)

[**החיסיון הבנקאי** 20](#_Toc12839090)

[**החיסיון של מסמכים משפטיים** 21](#_Toc12839091)

[**חסיון מקורות עיתוניים** 22](#_Toc12839092)

[**ראיות עדות מפי שמועה** 23](#_Toc12839093)

[**הגדרת עדות מפי השמועה** 23](#_Toc12839094)

[**חריגי ההלכה הפסוקה של עדות מפי שמועה:** 23](#_Toc12839095)

[**חריגים חקוקים** 24](#_Toc12839096)

[**הודאת חוץ של נאשם** 28](#_Toc12839097)

[**למה קיימת דרישה של החופשית ומרצון?** 30](#_Toc12839098)

[**האמצעים הפסולים** 31](#_Toc12839099)

[**1. הודיה משמשת ראיה לחובת המודה ולא לזכותו**. 33](#_Toc12839100)

[**2. הודיה משמשת ראיה כנגד המודה בלבד (כל עוד לא עלה הנאשם להעיד בפרשת ההגנה)** 33](#_Toc12839101)

[**3. הודיה בכתב של נאשם יכולה לשמש אמרת חוץ בכתב של עד כאשר מוסר ההודיה (הנאשם) הוא עד במשפט** 36](#_Toc12839102)

[**תוספות ראייתיות** 37](#_Toc12839103)

[**דבר מה נוסף (מאמתת)** 38](#_Toc12839104)

[**שתיקת הנאשם כדבר מה נוסף?** 39](#_Toc12839105)

[**סיוע (מסבכת)** 40](#_Toc12839106)

[**דבר לחיזוק (מאמתת)** 42](#_Toc12839107)

[**סיוע ("חיזוק ממשי") במשפט אזרחי** 42](#_Toc12839108)

[**נטלים וחזקות** 43](#_Toc12839109)

[**נטל השכנוע בהליך הפלילי** 44](#_Toc12839110)

[**העברת נטל השכנוע אל כתפי הנאשם – סייגים והגנות** 45](#_Toc12839111)

[**חובת ההוכחה במישור האזרחי** 46](#_Toc12839112)

[**נזק ראייתי** 47](#_Toc12839113)

[**חזקות** 48](#_Toc12839114)

[**התכלית הראייתית של חזקה** 48](#_Toc12839115)

[**חזקה מן הדין** 49](#_Toc12839116)

[**שורת חזקות הניתנות לסתירה** 49](#_Toc12839117)

03.03.19

**שיעור 1 - פרופ' עודד מודריק, מבוא**

[odedmu@ariel.ac.il](mailto:odedmu@ariel.ac.il)

רוב השיעור פרונטלי רגיל – המרצה עומד ומדבר ואנו רשאים להתערב. החומר לא הועבר למודל עדיין (הנכד צריך לעשות זאת). יש במצגת את רוב מה שהמרצה אומר. ניתן בקלות לעבור את הבחינה רק מהמצגת.

מניסיון המרצה – הייתה רק אחת בלבד שעלתה על המרצה ביותר מדרגה אחת, והיא פרופסור באוניברסיטת תל אביב. במקרה מסוים המרצה ביקש ממנה לערוך לו חוות דעת במקרה מסוים. הפרקליטות קיבלה מהמשטרה שעבדה על התיק שנתיים-שלוש שנים תיק מסודר עם סיכום חקירה מאוד מסודר של 100 עמודים, וסיכום זה מהווה מצפן. בתיק ההוא הסנגור ביקש מהמרצה לתת הוראה לפרקליטות למסור לידיו את סיכום החקירה בלי פרק ההמלצות. כך הוא יוכל להתכונן למשפט ומשך ההכנה יתקצר מאוד. הפרקליטות התנגדה בכל כוחה בחמת זעם, ולמרצה היה ברור שלו כשופט, שאם הוא רוצה שההגנה תתכונן בצורה הוגנת וזריזה, יש להיעתר לבקשתם.

**ס' 74 לחוק הסדר הדין הפלילי** אומר שעם הגשת כתב האישום יש להעביר את **חומר החקירה** לעיון הנאשם ובאי כוחו – **חומר החקירה ולא הסיכום**. הסיכום הוא לא חלק מכך. המרצה רצה בכל זאת לבצע את הדבר הזה, והוא ביקש מהמתמחה להכין חוות דעת. היא הכינה חוות דעת יוצאת מגדר הרגיל עם שילוב מקורות מכל העולם, אבל השורה התחתונה הייתה שזה לא עולה עם ס' 74. המרצה לקח את חוות הדעת ושינה את פרק המסקנות – "חרף כל מה שאמרתי לעיל אני מורה להעביר". זה חולל מהומה, וביהמ"ש העליון כתב שהוא תמים דעים עם השופט "המלומד" בכל מה שקשור לחלק התיאורטי שלו, אבל אינני יכול להסכים לתוצאה שאליה הוא הגיע, קיבל את הערעור ודחה. אם מתעוררת בעיה של סדר דין או ראיות, אין ברירה, צריך לענות במקום ולדעת את הדין.

המרצה מדלג על הסילבוס במצגת (לא כל-כך מעודכן, יש לסדר אותו).

**מבוא ומושגי יסוד**

**תכלית דיני הראיות** – מסדירים את אופן הוכחת העובדות בבית המשפט. בעצם, אין תחולה לדיני הראיות במקום בו עובדות אינן שנויות במחלוקת. כשהעובדה מוסכמת אין צורך להוכיח אותה ולא מתקיים דיון בכלל הראייתי שמסביר את הוכחת העובדה.

**הוכחה ואמצעי הוכחה** - דיני ראיות מסדירים את הדרך בה מוכיחים עובדה. מכאן ניתן להבין כי עניין משפטי הוא דבר שאינו דורש הוכחה. ההנחה היא כי ביהמ"ש מכיר את החוק והוא זה שמפרש אותו (זה בשונה להוכחת החוק הזר – יש צורך להוכיח את החוק הזר משום שביהמ"ש איננו נחשב למומחה בחוק זר) **דברים ברורים מאליו – אינם דורשים הוכחה**. לדוגמא: ירושלים בירת ישראל, או שכדור הארץ סובב סביב השמש.

**דוגמת הקולומביאני** – ניסה להבריח סמים במזוודות בטיסה מקולומביה לארץ. הישראלי היה אמור לפגוש אותו, להסיע אותו לתל אביב, שם יגיע קונה שיבדוק את החומר, ואז יקנה אותו. כך התרחש לפי הטענה בכתב האישום. צוות בלשים קפץ אל החדר וגילה את הבלדר והקולומביאני ברגע העברת הסמים. הקולומביאני אמר שהוא מוכן לשתף פעולה עם החוקרים כדי להסביר את חלקו של הישראלי. הסנגור שאל את הקולומביאני כל הזמן האם התחנה הייתה מלאה. אחרי זה הוא שאל מה הקונה עשה אחרי שקיבל את הדגימה, ושאל זאת כמה פעמים כדי שירשם בפרוטוקול. הסנגור אמר כי היה מדובר בערב יום הכיפורים – ברור שהקולומביאני משקר. אחר כך הוא הציג תמונה של גדר בין האוטוסטרדות – ואם העד טוען שכך קרה מדובר ב**עד שקרן**. המרצה לא דאג מבחינת הרכבים, אבל הגדר כן הטרידה אותו. לשופט אסור לראות את המקום אבל המתמחה יכול היה. הוא לא עשה זאת, ונסע ליד תחנת הדלק. הוא ראה **פרצה גדולה בגדר** בדיוק במעבר בין 2 התחנות, אבל המרצה לא יכול היה לומר בביהמ"ש שהוא הלך ועשה פעולת חקירה בעצמו, ולכן המרצה רמז לתביעה, אך היא לא קנתה שום רמז.

המשפט התקרב לסיומו, ולפי דברי הנאשם הישראלי, באותו יום אמר לו הקולומביאני שהוא רוצה לקנות כרטיס טיסה חזרה – "תסיע אותי לסוכנות נסיעות". הישראלי הסיע אותו לבן יהודה, והישראלי הלך לבית קפה. אכן העובדה שהוא היה בבית הקפה זו עובדה, רק שהתחולל ויכוח בבית המשפט מה היה המרחק בקו אויר מבית הקפה לבית המלון.

הסנגור אמר כי אין כי אין צורך להשתמש בבדיקה כי יש את המפה של תל אביב והיא מדויקת. המרצה אמר שזה נכון, וגם החור בגדר הוא ראיה ועובדה.

**לסיכום** - **ראיות מובאות כדי להוכיח עובדות**. חוק אין צורך להוכיח. הלכה יש מחלוקת לגבי כך, ואין צורך להוכיח את המפורסמות שאינן טעונות ראיה.

* הוכחה היא שכנוע בית המשפט בשאלה עובדתית השנויה במחלוקת.
* הוכחה מתבצעת באמצעות ראיות (אמצעי הוכחה) שהם: עדים, מסמכים וחפצים.

**מונחים חשובים**

* **רלוונטיות/שייכות** – השאלה היא עד כמה/האם הראיה תורמת משהו בעצמה או בהצטרפות לשאלות אחרות. אם הראיה מסייעת לפתרון/בירור השאלה העובדתית ששנויה במחלוקת, זו **ראיה רלוונטית**. אם היא איננה מסייעת היא לא שייכת לעניין ולמעשה בלתי קבילה (אין בה טעם) וביהמ"ש רשאי **לסרב לקבל אותה**. הקושי הפרקטי הגדול **בשיטה הלעומתית האדברסרית** שלנו, הוא שלשופט אין את כל חומר הראיות בחלק הראשון, וקשה מאוד לשופט לדעת אם הראיה רלוונטית או לא, וגם כשהשופט מבקש הבהרה מהצדדים, הם אומרים לו שהם לא רוצים לחשוף את הקלפים שלהם.

מה זה משנה אם מקבלים או לא מקבלים ראיה לא רלוונטית?

אם הראיה לא רלוונטית – היא לא תורמת דבר לבירור המחלוקת – היא **מעמיסה** על התיק בביהמ"ש. זה יהיה הרבה יותר מהר אם המרצה יעבור על הראיות לבד, אבל העובדה שהשופט שגה/לא נתן את הדעת לשאלה אם רהאיה רלוונטית או לא רלוונטית, היא חסרת משמעות.

* **קבילות** – כרטיס הכניסה של הראיה לתיק בביהמ"ש – **האם הראיה מתקבלת**. מדובר במחלוקת כשהראיה רלוונטית, אבל יש דיון בדין ובפסיקה על **קבילותה**. הראייה הבלתי קבילה העיקרית היא **עדות שמיעה**. עדות שמיעה היא עדות קבילה לחלוטין. **עדות על פי השמועה מנגד** (שמעת ממישהו על משהו שהוא חווה לפי החושים שלו) **היא לא קבילה**. כולם משתמשים בביטוי עדות שמיעה. קיימות מגבלות נוספת של קבילות, כמו **כשרות עדים**. כאשר מדובר על ראיות כאלה שהן בלתי קבילות על אף שהן קשורות, קבלתן על ידי ביהמ"ש יכולה לצאת מכשלה תחת ידיו, כיוון שהוא התבסס על ראיה שאסור היה לו להתבסס עליה.

עדות על פי השמועה איננה קבילה בגלל שאי אפשר לבדוק את מהימנותה.

* **הודאה של ילדים מול הורים** – אם העדות של הילדים לא כשירה (למרות שהעדות שלהם היא עדות ראייה) – זה מאוד בעייתי.
* **הודאת נאשם מהווה מקור אפשרי לבירור האמת**. בדין העברי הודאת פי העובר (הנאשם) אינה קבילה למעט מקרים חריגים. יש חריגים לגבי עדות משמועה – **הודאת נאשם**.
* **אמרה בכתב שנתן עד מחוץ לבית המשפט** תהיה קבילה כראיה בהליך פלילי אם נתקיימו אלה... (**ס' 10 א' לפקודת הראיות**).

*אמרת עד מחוץ לבית המשפט (תיקון מס' 5) תש"ם-1979 10א.*

1. *אמרה בכתב שנתן עד מחוץ לבית המשפט תהיה קבילה כראיה בהליך פלילי אם נתקיימו אלה:*
2. *מתן האמרה הוכח במשפט;*
3. *נותן האמרה הוא עד במשפט וניתנה לצדדים הזדמנות לחקרו;*
4. *העדות שונה, לדעת בית המשפט, מן האמרה בפרט מהותי, או העד מכחיש את תוכן האמרה או טוען כי אינו זוכר את תכנה.*

* **מהימנות** – ההכרעה בשאלה האם הראיה היא **ראייה נכונה**. אם מדובר בעדות אנושית, האם האדם **דובר אמת**. לגבי **ראיה חפצית** – האם הראיה אותנטית או מזויפת, לגבי שאלת מהימנות, במיוחד כשמדובר בעדות אנושית, יש ניסיון **להבחין בין מהימנות לאמינות**. כשאר אדם מוגבל בראיה מספר על דברים שראה ממרחק מסוים, יכול להיות שאין ספק שהוא דובר **אמת**, אבל **האם הוא** **אמין**? יכול להיות שהוא מאמין במה שהוא אומר אבל זה לא נכון.
* **דיות** – דרישה טכנית. בעניינים מסוימים דורש החוק (הכלל של המשפט הישראלי הפוך מהדין העברי – עדות אחת יכולה להספיק, לעומת המשפט העברי בו 2 עדים לפחות) **ראיה** **נוספת** שעל משמעותה נעמוד בבוא היום. יש עוד מצבים של תוספת ראייתית שבהיעדרה לא תתכן הרשעה פלילית. במשפט האזרחי אין מצב שהכרח להביא ראיה נוספת. יש לפעמים **דרישת הנמקה** – שביהמ"ש ינמק למה הסכים לבסס את ממצאיו על עדות יחידה.
* **משקל** - עדותו של המוגבל בראיה/שמיעה היא **ראיה קבילה ומהימנה** אך בעלת **משקל נמוך** עקב החשש מאמינות. משקל יכול להיות גם לאו דווקא במגבלות, גם שאלת **הודאת נאשם** שנתן אותה ברצון חופשי יכול לטעון שמשקלה מועט עקב בעיות של כוח זיכרון (לא זוכר) או בגלל שהעד נפגע מכדור בראש – לא זוכר. נראה שגם ילדים קטנים יהיו כשרים להעיד, אך לא יינתן משקל מלא לעדותם. גם אנשים בעלי אינטרס מסוים.

(המרצה ממליץ לקנות חוברת של סדרי דין וראיות ממחשבות – זה הכי פשוט).

**הזמנת עדים להעיד - סעיף 1 לפקודת הראיות** – "*ניתן להזמין כל אדם לתת עדות, שהיא קבילה ושייכת לעניין, אלא אם קיים סייג מפורש בדין."*

כשזו נקודת המוצא, החלק הראשון של המרצה יראה לנו את המגבלות שישנן בחוק על האפשרות להגביל אדם מלהציג ראייה. (מניעה/צמצום היכולת להביא ראייה לביהמ"ש).

במשפט האזרחי – יכול בעל דין להזמין את העד השני להעיד מטעמו (התובע יכול להעיד את הנתבע). מכל מקום, **הנתבע** במקרה הזה (או **התובע** את הנתבע) **לא יכול לשתוק** (לא יכול לומר שהוא אינו מעוניין להעיד) – ואז יש עליו גם חובה **להעיד אמת**. אין מניעה מוחלטת מביהמ"ש להזמין עדים כל עוד לא ניתנה החלטה מוחלטת בפסק הדין במשפט האזרחי.

בשלב שבין הכרעת הדין לפסק הדין היה ערעור, ובשלב הזה צמחו **ראיות חדשות** והשאלה הייתה **האם ניתן להביא אותם**? (שהתיק יורד חזרה), **התשובה של המרצה – כן**.

**החובות שנובעות מהאפשרות להזמין אנשים להעיד:**

* **חובת ההתייצבות – ס' 73 לחוק בתי המשפט**, אי התייצבות יכולה לגרור עונש והוראה למשטרה להביא את האדם להעיד.
* **חובת מסירת עדות –** לא מספיק שהגעת לביהמ"ש על פי הזמנה, אתה גם צריך להעיד (**פ' בזיון בתי המשפט + ס' 241 לחוק העונשין**). בהמשך נשאל האם אדם שלא אומר דבר/קורא תהילים מילא אחר החובה להעיד?הימנעות מעדות/סירוב להעיד כוללת סנקציה (241).
* **מסירת עדות אמת –** **ס' 237 לחוק העונשין**.ניתן לקבל עונש מאסר על עדות שקר. **עם זאת**, המרצה אומר כי אף אחד לא יעשה עם זה דבר – המערכת רק תתנהל בתביעות של עדויות שקריות. כולם משקרים ולא ניתן להתמודד עם זה באמצעות הטלת סנקציה משפטית. מול המרצה הייתה עדות שקרית בצורה חמורה ביותר, והמרצה פנה לפרקליטות מחוז מרכז/ת"א וביקש להעמיד את העד השקרן לדין. לא הסכימו!

**כשרות עדים**

**ס' 2 לפקודת הראיות** – *"הכל כשרים להעיד בכפוף להוראות סעיפים 3 ו-4."* הכל כשרים להעיד ואין לנו כל-כך חסרי כושר להעיד בהשוואה לדין העברי. בכל זאת יש קצת מגבלות, שגם להן יש סייגים. הנטייה היא בכיוון של היתר כללי להעיד. תכף נראה שגם חולים במחלות נפש וקטינים יכולים להעיד.

**סעיף 3** – עוסק בעדות של בני הזוג אחד כלפי השני.

**סעיף 4** – עוסק בסוגיה של עדויות ילדים כלפי הוריהם ועדות של הורים כלפי ילדים - *במשפט פלילי* (אין בעיה במשפט אזרחי) *בן זוג/הורה/ילד אינו כשר להעיד לחובת בן זוגו/ילדו/הורהו, ואין כופים אותו להעיד לחובת אדם המואשם ביחד עם בן זוגו/הורהו/ילדו בכתב אישום אחד.*

**עדות בעד אין בעיה**. עדות של ילד נגד אבא שלו אסורה. - את הוראה זו מנסים לצמצם ככל הניתן. מצמצמים אותה על ידי פרשנות מילולית תכליתית. אם מדובר על הורה "ילד" – זה לא בן דוד, סבא, סבתא או אחים. הם כן יכולים להעיד. מצמצמים את הפרשנות כדי לאחות את העוקץ של הוראה זו, שהיא שריד של הרעיון של **אחדות המשפחה**.

**חריגי הכשרות: קרובי משפחה**

הכלל חל על **עדות בבית המשפט בלבד** (בחקירת משטרה אין בעיה! הבעיה תהיה כשיגיעו לביהמ"ש).

**בפרשת כרמי** – האב ובתו נסעו להולנד. כשחזרו חזרה מצאו במזוודה של הבת סמים. האבא שתק בחקירת המשטרה והבת אמרה דברים נגד האבא. בביהמ"ש, אם מעמידים את האבא לחוד ומביאים את בתו להעיד, למרות שבמשטרה היא הפלילה אותו בצורה חד משמעית, בביהמ"ש היא לא כשרה להעיד נגדו ואז הוא יזוכה! אם יעמידו אותה לדין בנפרד ממנו, הוא לא כשיר להעיד נגדה! אין אפילו גרסה שלו כלפיה והתוצאה היא ששניהם יכולים לצאת זכאים.

**עדות כנגד שותף של קרוב משפחה** (**פס"ד מטוסיאן ע"פ 611/80**) – נניח שהיה שוד כאשר אחד היה מטוסיאן והשני חבר שלו. אשתו על פי הטענה הייתה נוכחת. היא הוזמנה לחקירה במשטרה, אישרה שהייתה נוכחת אבל אמרה שהבעל שלה לא עשה דבר בזמן שהנאשם השני עשה את השוד. כשחקרו את מטוסיאן הוא אמר שהוא בכלל לא היה בזירה! הוא היה בחיפה. תארו לכם שמביאים את האישה לעדות במשפט (והיא רצתה להעיד, כי לדעתה מה שהיא אומרת לא מפליל את בעלה) בעוד שהפרקליטות רואה בעדותה **סתירה של הנאשם** – הוא אומר שהוא היה בחיפה אבל אשתו סותרת. הוא גם הבין שהיא עוזרת לו מאוד מאוד, והפרקליטות רצתה לסמוך על אותה עדות כבסיס על סתירת בסיס הנאשם. אפשר להעיד בעד, אבל מה אם העדות בעד מתהפכת והופכת לעדות נגד? התשובה היא שזה **לא סותר**, ועדות כזו **קבילה**. התכלית הייתה להביא אותה להעיד בעד.

בעיה זו לא הייתה אצל כרמי – עדות לזכות קרוב משפחה (הורים, ילדים, בני זוג) (**פס"ד כרמי ע"פ 228/87**).

***ס' 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"*. בנוסף, התביעה לא יכולה לומר שהיא מזמינה עד להעיד בעד הנאשם. כל הזמנה מטעם התביעה נתפסת כהזמנה להעיד **נגד**. כל הזמנה מצד ההגנה נחשבת להזמנה להעיד **בעד**.

**"אין כופים אותו"** (**ס' 3-4**) – בפרשת מטוסיאן היו 2 גורמים. אי אפשר להכריח אותה להעיד אם היה עוד שותף, אבל היא הסכימה להעיד. לכאורה, לפי לשון החוק הפשוטה, אם היא מעידה שלא בכפייה, היא מעידה כנגד בעלה והיא לא כשרה להעיד נגדו. היא יכולה להעיד נגד מי ששיתף פעולה איתו. **שמגר** בפרשת מטוסיאן אמר כי מדובר בהוראת אי-כשרות. עד שאיננו כשר לא יכול להעיד. הסיפא (אין כופים אותה להעיד) מבטלת את חוסר הכשרות. אם העד **בא מרצונו** נפלה טענת הכשרות ואז השופט צריך להחליט לפי מה שהוא שומע בביהמ"ש. לכן הסיפא מפורשת על ידו כאילו השופט צריך להסיק מסקנות לא רק לגבי מי שמואשם יחד עם בן הזוג שלה אלא גם כלפי בן הזוג עצמו.

**השופט גולדברג** לא קיבל זאת **בפרשת כרמי** – הפרקליטות העמידה את האבא ובתו ביחד לדין (כי בנפרד שניהם יוצאים זכאים). יש לתביעה מזוודה מלאה בסמים. הבת צריכה לעלות לדוכן העדים ולומר כי היא לא אחראית לכך. אם המשפט יהיה **בנפרד** היא תגיד שהיא **חסרת כשרות**. אם יהיה משפט **משותף** והיא לא תעיד כנגד אביה **היא תורשע**. היא תהיה חייבת להעיד והיא תצטרך להעיד דבר כנגד אביה במשפט שלה. גם כאן יכול להיות שהיא מועמדת לדין עם מישהו נוסף, ואז אין כופים אותה להעיד. אבל לא כפו אותה להעיד – היא מעידה מרצונה. **לשיטת שמגר**, כיוון שאין כאן בעיה של חוסר כשרות, מה שהיא אומרת חייב גם לתפוס כלפי אביה. אולי זה ישחרר אותה אבל את אביה זה ירשיע. כאן היא הזמינה את עצמה, והייתה טענה של התביעה שהיא עדת הגנה מטעם עצמה ולכן יש לכך משמעות. **השופט גולדברג** אמר כי מדובר בעדות כפויה עד הסוף – היא חייבת לגונן על עצמה, וזה מצב של "כאילו כפו אותה להגיד". **המרצה** חושב שאם דברים אלו היו נבחנים דרך משקפת ההסתכלות של שמגר, המסקנה הייתה שהעדות כשרה ואין בעיה להרשיע. **דרך גולדברג** שניהם **זוכו**. (המרצה אומר שתמיד מביאים לו את כרמי ולא את מטוסיאן – תנו לשופטים להכריע).

**מבחנים לסיווגה של עבירה כעבירה שהכלל של חריגי כשרות משפחה לא חל עליהם:**

**בסעיף 5** נאמר כי יש סוגי עבירות שהכלל של חריגי כשרות משפחה לא חל עליהם – חבלת ראש, אלימות....

**סעיף 5(ב) (ב)**– *"הסעיפים 3 ו-4 לא יחולו על עדות...."* – כשבן/בת זוג מתלונן במשטרה על מעשה שביצע בן הזוג, והעדות נמסרת במסגרת חקירת התלונה, סעיפי 3,4 לא יחולו, מה שמצמצם את הוראת חוסר הכשרות מאוד. המרצה מנסה לחשוב על משמעות סעיף 5 (ב).

24.03.19

**שיעור 2 – המשך חריגי הכשרות**

בשיעור הקודם דיברנו על עדויות של קרובי משפחה. מדרג ראשון – ההורים אחד כנגד עצמם, בני זוג, ילדים כנגד הוריהם או הפוך. לפי הוראות ס' 3 ו-4 לפקודת הראיות, במשפט פלילי, עדות כזו אסורה. המרצה ניסה גם להסביר שהוראת הדין הזו שאיכשהו מדגישה את הערך של אחדות המשפחה, וכשם שאדם איננו חייב להפליל את עצמו, ככה החוק גם מאפשר למנוע מצב בו תהיה הפללה אחד של השני במשפחה הגרעינית. יש לכלל הזה הרבה יוצאים מן הכלל עד כדי כך שקשה לזהות את הכלל, וחלק מהחרגות אלו נדבר כעת (על חלק דיברנו בפעם הקודמת).

**ס' 5 לפקודת הראיות** מונה רשימה של חריגים לכלל של חריגי כשרות משפחה:

* **עדויות של קרובי משפחה בקשר לחבלת גוף או אלימות (גם אלימות כלפי רכוש)** – נשמע למרצה די מופרך, אבל יש 2 פסקי דין של ביהמ"ש העליון שעוסקים בתלונה של בת זוג על כך שבעלה הצית את ביתה. (**ע"פ 49/88 רוקח**) אם לא נפרש את הביטוי כמתייחס לרכוש היא לא תוכל להפליל את בעלה (היום יש חריג לחוק שמאפשר גם את הדבר הזה, אבל בעת ההיא לא היה כך ובית המשפט העליון הבהיר את הדין וקבע שגם אלימות כלפי רכוש נחשבת (אבל לא כל אלימות). 2 המקרים מתייחסים להצתת הבית – ביהמ"ש **פירש אלימות למרות שזה רק נגד רכוש**. (לא כל מקרה בבית שבו הבעל שובר רכוש ייחשב כעבירת אלימות).
* **עבירות של הזנחה** (של ילדים או גורמים אחרים שאתה מופקד על רווחתם).
* **עבירות מין.**
* **אי סיפוק צורכי מחייה.**

כל אלה הם בגדר חריגים. אם מדובר בעבירה מסוג זה, **הכלל של חוסר הכשרות לא מתקיים**. יכול להיות שעבירת המין תתקיים גם כלפי צד שלישי שלא קשור למשפחה! אבל אחד מבני המשפחה הגרעינית נוכח/עד. כיוון שהנושא הוא עבירת מין הוא נכנס לגדר החריג.

* **עבירה של חבלת גוף או אלימות: (ס' 5 (1))**

1. *עבירה שבין יסודותיה מצוי יסוד של חבלת גוף או אלימות.*
2. *עבירה שעל פי טיבה ומיונה מסווגים אותה ככזו.*
3. *עבירה שביצועה בפועל היה כרוך בחבלת גוף או אלימות*.

* **שוד** מופרד מגניבה כאשר יש או אין אלימות – זה פשוט. מנתחים את העבירה ובודקים אם יש אלימות.

פחות מובן זה **סעיף (2)** – התשובה היא שפשוט בתי המשפט החליטו לראות בעבירות מסוימות כעבירות שכלולה בהן אלימות אף על פי שבפועל אין שמץ של אלימות.

למשל, עבירה של **כליאת שב וסחיטה בכוח** – **עבירות סחיטה** יכולות להתקיים גם דרך פיתוי ולא אלימות דווקא. הפסיקה הגדירה את עבירות הסחיטה בין שיש בהן אלימות פיזית ובין שאין בהם. אותו דבר לגבי **כליאת שווא** – אמר לאישה עד שלא תתני לי חצי מיליון ₪ אני לא מגלה לך איפה הילד נמצא. אין כאן אלימות והיא נחשבת בגדר החריג שתסווג כפסיקת עבירת אלימות.

* **עבירה של הצתה** – כנ"ל

**עבירות שלא סווגו כעבירות אלימות -** חטיפה ממשמורת**,** עבירות בנשק, **ס' 144 לחוק העונשין**.

**סעיף 5 (ב)** – *"הסייגים שבסעיף 3 ו-4 לא יחולו על עדות של אדם שהגיש תלונה על בן זוגו, ילדו או הורהו, בין שהוא הראשון שהגיש באותו עניין ובין שהוגשה תלונה בידי אדם אחר."* נניח שבת הזוג מתלוננת על בן זוגה ומגישה תלונה במשטרה על עניין שלא מנוי בחריגים – היא טוענת שהוא שבר את הכלים בבית. אם לא נאפשר את עדותה בביהמ"ש, בהנחה שהיא עדה יחידה, למעשה **לא יהיה ניתן לקיים משפט**. (למרות שאפשר יהיה לפתוח בחקירה).

אם מדובר באדם שמרבה למבצע עבירות של הטרדה מינית של אחרים, ובין היתר גם בת זוגתו/ילדו הוא מן המוטרדים, והילד/האישה לא הולכים להתלונן, כל עוד לא יודעים, לא יודעים. העובדה שמישהו אחר מהקורבנות מגיש תלונה יכולה לגרום לקרוב משפחה גם להתלונן. היינו אומרים שעדות זו לא יכולה להיות עדות בבית המשפט, אבל אז בא **הסייג בס' 5(ב)** ואומר **שאם כבר הוגשה תלונה, כל תלונה נוספת היא בסיס לעדות כשרה ולא פסולה.**

**ס' 6 – עדות לזכות בן משפחה, ראייה לחובתו**

*"נקרא הורה או ילד להעיד זה לזכותו של זה תהיה העדות מטעם התביעה כשרה לשמש ראיה להוכחת אשמתו של הנאשם."*

כל הזמנה לעדות בביהמ"ש מטעם התביעה כמוה הזמנה להעיד נגד הנאשם. ואילו הזמנה להעיד מטעם הנאשם כהזמנה להעיד לזכותו. כל זה בלי להתחשב בטעם העדות! אם עשה כך ושינה טעמו זה לא משנה.

אם מדובר בהזמנה מטעם התביעה, **היא מראש לא יכולה להזמין את קרוב המשפחה להעיד**. יכול להיות שעומדים לדין יותר מנאשם אחת, ויכול להיות שקרוב המשפחה יסכים להעיד והדין יתיר את כשרות עדות זו. יש 2 גישות:

1. **שמגר** – כן, ברגע שאדם מתייצב על דוכן העדים אין לנו כבר שאלה של כשרות. לכן תישקל תוכן עדותו ולא מעמד פורמלי שכבר אין לו.
2. **גולדברג** – עדיין שואל את עצמו מי הזמין, לאיזו תכלית האדם הגיע, ואם הוא הגיע באופן כפוי/על בסיס האופציה להעיד כנגד נאשם שנאשם עם קרוב משפחתו, אז ביהמ"ש צריך לקבל באופן מוגבל את העדות רק כנגד מי שאיננו קרוב משפחה.

**המרצה** חושב שגישתו של שמגר יושבת לו יותר.

**מגבלה נוספת – עדות ילדים**

**החוק לתיקון דיני הראיות** (הגנת הילדים) – ס' 2, 2ג, 5', 9א, 11. (ציטוט חוק 2(א), 9(א) ו-11):

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

***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.*

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

**יש כאן 2 מונחים שצריכים הסבר**:

* **המושג ילד**. הכוונה היא ילד עד גיל 14 ביום שמישהו כבר בן 14, החוק כבר לא חל על הילד. יכול להיות שילד היה עד לעבירה מתחת לגיל 14, אבל במהלך המשפט הוא חוגג יומולדת של גיל 14. **מאותו רגע מגבלות החוק לא חלות**. אם קודם אי אפשר היה להכריח את חוקר הילדים לאשר עדות של ביהמ"ש של הילד, מרגע שמלאו לו 14 אין כבר מניעה. מניסיון המרצה – הוא ראה כבר מצבים שילדים בני 12 ו-13 היו בשלים ובוגרים ויכלו להעיד בביהמ"ש הרבה יותר מילדים שעברו את גיל 14-16.
* **חוקר ילדים** – עובדים של משרד הרווחה (לא משטרה). מדובר באנשים של עבודה סוציאלית/קרימינולוגיה/פסיכולוגיה. הם לא מועסקים על ידי המשרד לביטחון פנים אלא על ידי רשויות הרווחה. חוקרים אלו חייבים להיות מוזמנים לבצע חקירה בכל מקום שבו מעורבת תלונה של ילד בין אם החשוד מבוגר או ילד. החקירה תהיה משולבת – המשטרה תחקור את המבוגרים ואילו חוקר הילדים יוזמן לחקור את הילד. חוקר הילדים מבצע תחקור של הילד (סוג של חקירה) וחקירה זו מתועדת (חייבת להיות מתועדת באמצעים דיגיטליים). את תוצרי תשאול זה ניתן להגיש (לפי **ס' 9(א)**) כראיה לביהמ"ש במקום עדות הילד. אם החוקר לא הרשה לילד להעיד לביהמ"ש ואפילו הרשה לו – ניתן להגיש את העדות המוקלטת. זה חריג כי מדובר בעדות **מפי השמועה**. מדובר בעדות שמובאת באמצעי הנפשה ויזואליים באמצעות החוקר לביהמ"ש.

**ס' 11** – במצב דברים כזה, לא יורשע הנאשם על בסיס עדות ילד כשהיא ראיה יחידה, **יש צורך בסיוע ראיה אחרת**. מדובר בעבירות כמו עבירות זנות ותועבה, עבירות מין, חבלות ותקיפות חמורות או עבירות של האחראי על הקטין בתקיפת הקטין.

**חוק הגנת ילדים נועד לאזן בין משולש אינטרסים** –

1. האינטרס החברתי **בהעמדת עבריינים לדין**.
2. האינטרס החברתי **בלהגן על ילד מפני העמדה לדין**.
3. והאינטרס המשותף לנאשם ולחברה שיהיה **הליך הוגן** ושתתגלה האמת.

2 האינטרסים הראשונים הם פשוטים והוגנים. האינטרס של ההליך ההוגן מגולם ב-2 או אולי בשלושה:

1. **המחסום/הרף של הסיוע שצריך לעבור אותו בלי ראיה מסייעת** (סיוע זו ראיה מאוד חזקה ולא דבר של מה בכך). בלי ראייה מסייעת, עדות ילד לא תפסיק.
2. **לחוקר הילדים יש אפשרות לכתוב דו"ח** (הוא חייב) **שמסביר את שיטת התשאול שלו** שכולל גם הערכת מהימנות של הילד, והוא צריך **לבוא** אם הוא נדרש **לביהמ"ש** כדי להסביר לביהמ"ש את הדרך שבה הוא חקר והסיבות שמכוחם הוא השתכנע שעדות הילד אמינה. (**פס"ד יוסף**). המרצה חושב שזה המקרה היחיד בדיני ראיות שבו הסמכות להעריך מהימנות של ראיה מסורה גם בידי גורם אחר (לא עוברת לגמרי). לשופט יש סמכות להחליט להפסיק עדות של ילד – ברגע שהילד עלה על דוכן העדים, האחריות על הפסקת העדות שלו היא על ביהמ"ש ולא על ידי חוקר הילדים.

**דוגמא** - היה מעשה של אישה שהגישה תלונה נגד "בן הזוג" שלה (הם חיו ביחד). היא התבססה על דברי ילדתה בת ה-12.5 שהתלוננה שבן הזוג עשה בה מעשה מגונה. מתברר שהוא עבד בתור צלם בחברת אופנה, והוא אמר לילדה שהוא יכול לגרום לכך שהיא תהיה דוגמנית של החברה מה שמאוד מצא חן בעיניה, והוא אמר שנכין ספר אלבום צילומים. לפי הטענה לבושה הפך למינימלי יותר ויותר עד שהוא התחיל לשלוח גם את ידיו לכיוונים מוצנעים בגופה של הילדה. היא נחקרה על ידי חוקר ילדים, והא בא אל השופט בביהמ"ש ואמר שהיא עשתה עליו רושם מהימן. המרצה לא יכול היה לראות את הילדה על קלטת וידאו אלא רק לשמוע אותה והערכות. הסנגור מאוד רצה שהילדה תעיד. אחרי מאמצים רבים הוא שכנע את חוקר הילדים (וגם התביעה רצתה). הילדה עלתה על דוכן העדים והתאימה מאוד להיות דוגמנית, ואחרי 2 דקות של עדות היא הזילה דמעות בצורה שהמרצה הרשיע בלבבו את הנאשם בצורה חד ערכית (היה נראה מאוד אותנטי). אחרי שבוע-שבועיים באו שני הצדדים וביקשו לבטל את כתב האישום ולזכות את הנאשם. היה מדובר בפסק דין לא נכון בעליל והסנגור הציל את המרצה. המרצה אמר לסנגור שלעולם ינקוב בשמו – שרעבי (עורך דין ותיק). שרעבי אמר שנודע לו שלאימא של הילדה היה כבר חבר או שניים קודמים, ועם כל אחד מערכת היחסים הסתיימה באותה צורה – הילדה התלוננה במשטרה שבן הזוג/חבר עושה בה מעשה מגונה. בפעמים הקודמות הדברים לא הגיעו לביהמ"ש כי חוקרי הילדים איתרו את הבעייתיות, ובבדיקה מסוימת גילו שמדובר בתלונת שווא. התביעה לא ידעה על כך, וכשהסנגור ניסה להטיח עובדה זו בחוקר הילדים במקרה של המרצה, המרצה נחלץ לעזרתו ואמר כי אסור שיהיה לו מידע מוקדם שעלול להשפיע על שיקול הדעת שלו. זה הוריד בפני המרצה את הערך של חוקר הילדים.

**446/02 – מדינת ישראל נ' קובי**

אדם הורשע באינוס של קטינה בת שמונה. **הראיה המרכזית** היא חוקרת הילדים, עדות הילדה + צפייה בקלטת התחקיר. יש היעדר יכולת לקיים חקירה נגדית, ולכן צריך להקפיד שלא יהיה משהו שיזהם את החקירה של הקטינה. כאן, במקרה הזה התלונה נולדה כתוצאה מכך שמורה למשחק בבית הספר ביקשה מהתלמידים לקיים הצגה, והילדה קיימה הצגה שעוררה חשש שנעשה בה מעשה מגונה. לכן הייתה פנייה למשטרה והמורה נכחה בחקירה (דבר שאינו נכון לעשות).

הדברים הם עוד יותר חמורים כאשר הילדים מתלוננים להורים. היה מקרה כאשר בת חרשת מתגוררת בחו"ל, יש לה 2 בנות והיא באה לשבת בישראל כל שנה עם הסבא והסבתא. בשלב מסוים מתברר שלסבא ולסבתא יש חבר חירש/אילם שנוהג לבקר אצלם, הוא יושב בחדר הסלון וצופה בטלוויזיה כשמימינו ילדה בת שמונה ומשמאלו ילדה בת 12. תוך כדי צפייה בטלוויזיה הוא מחדיר את ידיו אל מתחת למכנסיים שלהן, הוא נוגע באזור המוצנע... הילדה הגדולה היא זו שהתלוננה לאימא, בנוכחות הילדה הקנה, הילדה הקטנה שומעת ואומרת שהדברים נעשו גם כלפיה! אז היא צורחת על הבן אדם, הוא בורח, היא משיגה אותו, מגישה תלונה במשטרה ומביאה את הילדות. החוקר מתשאל את הילדות בתחנת המשטרה, והילדות עונות את מה שעונות. על כך אומרים שאלו ראיות מזוהמות (אינן נקיות). המעניין בפרשה הוא הצד המשפטי, כיוון שמדובר ב-2 עבירות נפרדות. אמנם הן מבוצעות באופן סימולטני כביכול (יד-יד), והדין מחייב שלא תהיה הרשעה אלא אם תהיה לעדות הילדות סיוע, בדרך כלל עדות שטעונה סיוע מסייעת לעדות שטעונה סיוע. אם יש לנו 2 עדי מדינה ונניח שעדות של אחד מהם טעונה סיוע – הסיוע של כל אחד יכול להיות בעדות של השני.

המרצה יצר חידוש מסוים – בנסיבות כאלה כאשר המעשים מבוצעים באופן סימולטני על ידי אותו מבצע כאשר הוא יכול לבצעם ביחד ושתי המתלוננות מתלוננות באופן ספונטני פחות או יותר, **אפשר לראות כאחת מסייעת לשנייה.** **סעיף 11 של החוק** – דרישת סיוע (נכנס לכך בהמשך).

**קטין שהעיד ועדותו הופסקה** – מצד אחד יש לביהמ"ש את העדות המתועדת והערכות חוקר הילדים. מצד שני יש לו את עדות ביהמ"ש (שאינה מלאה). ביהמ"ש בפרשה זו (**פרשת מזרחי**) פסק שברגע שילד עלה על דוכן העדות והפך לעד, אין יותר צורך בסיוע ברמה הפורמלית, אלא המצב שלו הוא כמו כל עד שמסיבה זו או אחרת לא מסוגל להשלים את עדותו.

**פקודת הראיות** - **ס' 55** אומר כי ילד שאיננו בעל אחריות פלילית (ילד עד גיל 12) כשיר להעיד אבל **לא תהיה הרשעה על פי עדותו**, אלא אם כן יש **דבר לחיזוק** (שונה מסיוע, זו ראיה תומכת חלשה יותר מסיוע). לא תהיה דרישה פורמלית לתוספת ראייתית על עדותו.

**חוק הליכה חקירה והעדה** (התאמה לאנשים עם מוגבלות שכלית).

**שותף לעבירה (54א' לפקודה)**

לפי סעיף זה ביהמ"ש לא ירשיע נאשם על סמך עדותו היחידה של שותפו לעבירה אלא אם מצא **ראיות נוספות לחיזוק**. יש צורך **בראיה מחזקת**. אלא אם מדובר בעד מדינה (ואז צריך סיוע).

**שותף** – קודם לתיקון של חוק העונשין הייתה הכוונה לאנשים שהייתה ביניהם שותפות לביצוע העבירה. **לכאורה** שותפות לביצוע העבירה זה רק **מבצעים בצוותא**. מבצעים אלו הם המבצעים במשותף. עד מדינה מפרש את המונח שותפות בצורה יותר רחבה – מישהו שגם מסייע לביצוע העבירה או **משדל** לביצוע העבירה הוא שותף "לעסקת העבירה".

כשמדובר בעדות שותף רגיל הדרישה היא ל**ראיית חיזוק**. כאשר מדובר ב**עד מדינה** הדרישה הראייתית הנוספת היא של **סיוע**. מדובר בשתי ראיות שונות, **ראיה מסייעת דורשת דרישות חזקות יותר, ומחזקת יכולה להיות ראיה קלה יותר.**

מבחינת הרציונל אנו צריכים להבין למה יש הבדל בתוספת ראייתית כאשר מדובר בשותף וכאשר שותף הוא עד מדינה.

**שותף** - הדרישה לתוספת אצל השותף נעוצה בחשש ששותף לאותו מעשה ינסה להסיר מעליו אחריות ולהטיל אותה במלואה/חלקה על מישהו אחר. לחלופין, יכולה להיות כוונה לשותף לפנות לגורם המשטרית ולהיות מוכן להעיד כנגד שותפו בתנאי שיקלו עמו.

**עד מדינה** – מעמד מתגבש באמצעות 3 מרכיבים:

1. **השותפות היא שותפות לאותה עבירה**. אם לא היה שותפות בנוגע לאותו מעשה – לא יכול להתגבש מעמד של עד מדינה. אם שלושה סיכמו ביניהם שיביאו סמים, ואז אחד מהם עושה פעולת ייבוא נפרדת. נניח שאחד מהשלושה מסכים להיות עד מדינה, הוא יכול להעיד על המעשים המשותפים ויכול להיות שיש לו גם מידע לגבי המעשים שאינם משותפים. על המקרים הנוספים הוא יוכל להיחשב כעד רגיל ובכלל לא צריך להחשיב אותו כעד מדינה. נניח שהוא רואה ייבוא של סמים אבל אין לו חלק בכך – עדותו תהיה כעדות של עד רגיל ולא עד מדינה. במקרה של פעולה משותפת זה יכול להיות בסטאטוס של עד מדינה אם מצטרפים שני רכיבים נוספים.
2. **הוא מעיד מטעם התביעה** (אם הוא זומן על ידי העד השני הוא לא יהיה מטעם המדינה).
3. **העדות נעשית לאחר שהובטחה או ניתנה לו טובת הנאה**.

**מתן טובת ההנאה יוצר חשש מאוד כבד** כי ההסכמה להעיד היא תוצר של טובת ההנאה. היא יכולה להיות עד כדי ויתור העמדה לדין של עד התביעה עצמו והתמקדות בשותפו. לכן הדרישה לתוספת ראייתית ביחס לעד מדינה היא הרבה יותר **נוקבת וחמורה**.

**לסיכום** – עד מדינה הוא שותף, אבל אם לא מתקיימים שלושת התנאים של עד מדינה הוא שותף רגיל ולא עד מדינה. ככל שטובת ההנאה לעד המדינה היא משמעותית יותר, יש צורך חזק יותר בראייה מסייעת.

**הלכת קינזי** – אחרי מאמצים גדולים (30 שנה) שהלכה זו התקיימה הצליחה פרקליטות המדינה להביא לצמצומה (כמעט ביטולה). הלכה זו שלא מבוססת בחוק, אמרה כי **לא מעידים שותף לפני שמשפטו הסתיים**. נוצר מעגל שוטה, כשהדרך היחידה לפרוץ אותו היא ליצור עדות מדינה אצל אחד מהשניים. לפי **דילמת האסיר**, אם השניים יצליחו להחזיק מעמד ואף אחד לא יציע עצמו כעד מדינה, הסיכוי הוא ששניהם יזוכו. כדי להימנע מעדות שקר, נוצרה **הלכת קינזי** – השופט אמר שבאופן פרקטי הוא דורש ש**לא יעידו שותף לפני שהוא עצמו נתן את הדין**. הדרך היחידה להתמודד עם זה זו הבטחה של מעמד עד מדינה (אבל יש בכך חוסר מוסריות גדול מאוד).

**פס"ד הנדל –** ביטול הלכת קינזי, טעמי הלכה – בין יעילות המשפט למשפט הוגן.

**אבו ליטאף נ' מ"י** – "**עד מדינה לשיטתו**." מצב של מדובב שהוכנס לתא הכלא של חשוד, והצליח לקבל מפיו הודעה אחרי שהמדובב אמר לחשוד שאם הוא יודה, יש לו קשרים עם המשטרה והוא יסדר לו מעמד של עד מדינה. הוא האמין לו, קרא לחוקר ואמר לו שהוא מוכן למסור את מה שידוע לו על מעשה עבירה, אבל הוא מבקש טובת הנאה. החוקר אמר לו שהוא יראה מה הוא יכול לעשות בשבילו. בסופו של דבר לא ניתנה הבטחה והמדינה השיגה מה שהיא רצתה – ואין לנו עד מדינה. אבו ליטף – החשוד שהעידו נגדו, בא למשפטו וטען כי יש לפני השופטים בעצם עד מדינה לשיטתו (לפי סברתו) – הוא מסר את הדברים על בסיס הנחה שיסדרו לו מעמד של עד מדינה. אבו ליטאף ביקש להתייחס אליו כאילו הוא עד מדינה וביקש לראות סיוע. ביהמ"ש העליון הגיע למסקנה ש**אין דרישה לראות ראיית סיוע פורמלית**. המעמד הפורמלי של עד מדינה הוא זה שמחייב את הדרישה לראיית סיוע פורמלית.

**חסיונות**

**חיסיון** הוא מצב בו ראיה לא יכולה למצוא עצמה/לא תבוא בפני בית משפט. יש להבדיל בין מושגי סודיות, חסינות וחיסיון.

* **סודיות** – מצב שלא קשור בדיני ראיות. מדובר במצב דיוני שמכוחו של עניין מסוים נחסמת האפשרות באופן מלא/חלקי להביא לפרסום עניין מסוים. זה יכול להיות על דרך של קביעה שהמשפט יתנהל בדלתיים סגורות, זה יכול להיות דרך מניעת פרסום שם, או מניעת פרסום זהות (העד מעיד בתחפושת כדי שדמותו לא תזוהה), וזה יכול להיות על ידי הטלת חובה לשמור עניינים מסוימים בסוד אף על פי שהמשפט מתנהל באופן מלא על ידי הנאשם/סנגורו. זה לא חלק מדיני הראיות על אף שהדינים שקובעים חסיונות נקראים סודיות – שזה סוג של חיסיון.
* **חסינות** – מצב שהוא גם לא חלק מדיני הראיות שמעניק פטור מלא או חלקי מאחריות פלילית או אזרחית. כאשר החסינות מלאה, טוטאלית כמו אצל הנשיא – לא ניתן להעמידו לדין. קצב שוכנע איכשהו להסכים לקצר את תקופת כהונתו, נוהלה החקירה והעמידו אותו לדין.
* **חסיון** – מצב שבו מסיבות מסוימות לא ניתן להביא ראיה לביהמ"ש. יש מחסום והוא אומר שהיא לא תבוא לביהמ"ש (וברוב המקרים הראיה גם איננה מובאת לידיעתו של אחד הצדדים במשפט. מי שמחזיק בראיה החסויה יודע את תוכנה, אבל כלפי ביהמ"ש והצד השני היא חסויה).

**לדוגמא** – חסיון עורך דין לקוח. המשמעות היא שלא מגלים את תוכן השיחות.

31.03.19

**שיעור 3 - המשך חסיונות**

**מושגים עיקריים**

* **נהנה מול בעלים** – הנהנה מן החיסיון והבעלים של החיסיון. **לדוגמא**, הדברים שנמסרים בין הרופא והחולה הם דברים אישיים שאין אפשרות לגלותם למעט מספר החרגות. הבעלים זה החולה – הוא בעל החיסיון. הנהנה הוא הרופא! החולה מחזיק בזכות למנוע את הדבר, וכל עוד הרופא מנוע הוא איננו יכול לגלות. לפעמים יש סוג של התלכדות בין בעלים לבין נהנה – כמו מצב שיש למשטרה מקור מודיעיני שהמשטרה לא מוכנה לחשוף אותו לפני הנאשם וביהמ"ש והיא מוציאה צו חיסיון. הבעלים של החיסיון הוא לא המודיע, אלא המשטרה/המדינה, ועליה גם מוטלת חובה שלא לגלות.
* **חסיון מוחלט מול חסיון יחסי** – **חסיון יחסי** הוא חסיון שניתן להסרה/ביטול, במובן שיש אינטרס גילוי שעולה בחשיבותו על האינטרס החסיוני. לדוגמא, במקרה של המודיע המשטרתי האינטרס החסיוני דיי ברור – המשטרה לא רוצה לחשוף את המקורות המודיעיניים שלה. אבל מה אם עדותו של המודיע היא הראייה החזקה ביותר לטובת הנאשם דווקא? אם אגרום לחסיונם של ראיות מסוימות יישארו רק ראיות שיפלילו את הנאשם, כאשר יכול להיות ראיות תחת חסיון שיזכו את הנאשם! ביהמ"ש יצטרך להחליט איזה אינטרס עדיף – הגילוי או החסיוני. לכן זה נקרא חסיון יחסי – צריך להשוות את היחס בין האינטרס ולהחליט האם לאזן ביניהם או לקבוע איזה מהם עדיף.

**חסיון מוחלט** – לא ניתן להסרה, יהיה אינטרס הגילוי אשר יהיה. מדובר בבעיה גדולה – יכול להיות שיהיה אינטרס שהדעת לא סובלת שלא יהיה אינטרס מנגד. חסיון מוחלט אחד הוא חסיון בין עורך דין ללקוח (חסיון בין רופא ללקוח הוא יחסי) חסיון מוחלט נוסף – חסיון כהן דת. חסיון זה אומר שכהן דת לא חייב לגלות את מה שהמאמין מתוודה לפניו אם לפי כללי הדת החשיפה של הווידוי אסורה (כמרים/כהני דת קתוליים).

* **חסיון יחסי: איזון אינטרסים** – איזונים עשויים ללבוש 2 צורות – איזון אופקי ואנכי. איזון אנכי – הכרעה חד ערכית איזה אינטרס עדיף. אם הגילוי עדיף אז כל אינטרס יהיה חלש מולו. אבל יש מצבים שבהם אפשר לעשות איזון אופקי – לקצץ קצת מהחיסיון ולאפשר גילוי/הפשרה מסוימת של הראייה החסויה, וכך לשרת אינטרס שמנגד.

יש חיסיון שמאוד מחמיר לגבי אינפורמציה שמובאת לפקיד השומה בענייניו של נישום, והאפשרות שלו להציג מידע זה בביהמ"ש אפילו לא נתונה בביהמ"ש אלא להחלטה של שר האוצר. חלק מהחסיונות חקוקים וחלק מהם נוצרים מהפסיקה. (הרוב הם חסיונות חקוקים). **ב4708/03 לילי חן נ' משרד משרד האוצר** – **השופטת חיות** אמרה כי כאשר החוק קבע כי השיח בין רופא למטופל זו קביעה של החוק, וההחלטה של ביהמ"ש להסיר את החיסיון היא החלטה קונקרטית – הגילוי מתגבר על אינטרס החיסוי במקרה הקונקרטי. אחר כך **אהרון ברק** בביהמ"ש העליון יוצר ממש דין/דוגמא לחקיקה שיפוטית/עקרונית – כך שאין סיכוי שיגידו שהפסיקה היא אנטי-משילותית. לדעת המרצה מדובר בפסיקה חשובה שעוזרת לשופט כשהוא מתחיל לדון בהסרת חסיונות.

* **חיסיון יחסי – בדיקת עצם ההצדקה לחיסיון** – חלק מהחסיונות הם תוצאה של חקיקה שיוצרת נורמה – חקיקה נורמטיבית. **לדוגמא** – יחסי רופא חולה, חל חסיון. יש גם חסיונות שבסיסם בדין אבל הם נוצרים על ידי הכרזה/קביעה של רשות מוסמכת – כמו ההכרזה על סודות מדינה (הכרזה של שר הביטחון/רוה"מ), או חסיונות שהמשטרה מבקשת. כל מידע שיכול להזיק לישראל – שר החוץ יכול להכריז עליו כחסוי כדי שלא יגיע לביהמ"ש. צריך שיהיה חשש/בסיס לכך שגילוי המידע יפגע בביטחון ישראל.

**לדוגמא** – יש יחסים של קונסול עם מאהבת בחו"ל, ואשתו מגישה תביעה הכוללת עניינים כספיים. נניח שמבקשים להעיד את הגברת מהמדינה – להביא אותה לביהמ"ש שתספר את הסיפור. פונה הקונסול לשר החוץ ואומר שזה יכול לפגוע ביחסים עם המדינה. נניח שהשר משתכנע ומוציא תעודת חסיון, האישה מבקשת להסיר את החיסיון – צריך לשקול את **אינטרס הגילוי** (חקר האמת) **לאינטרס החיסוי** (יחסים עם המדינה). המרצה אומר שכאן יש בדיקה שחייבת להיות בביהמ"ש – הוא צריך לבדוק האם בכלל יש אינטרס חיסוי. אולי אין סמכות לצד להוציא את תעודת החיסיון. הטענה של המרצה היא שאת העתירה במקרה כזה יש להגיש לביהמ"ש שעוסק בשאלת הסרת החיסיון – האם השר החליט משיקולים לא ענייניים או שהחלטתו הייתה מופרזת. אם ביהמ"ש משתכנע שאכן יש בסיס לחסיון, **רק אז** עולה השאלה האם יש אינטרס מוצדק יותר שדורש לבטל את החיסיון/לצמצם אותו.

* **תחולה – ס' 52 לפקודה** – דיני החיסיון חלים לא רק בביהמ"ש אלא גם לפני **גופי חקירה**. **לדוגמא** – מידע חסוי לא יכול להימסר לא רק לביהמ"ש אלא גם לגורם החוקר – גורם משטרתי או בין אדם לחברו. אבל בין אדם לחברו אף אחד לא יכול לאכוף את האחר לגלות. אם מתקיים סכסוך בין א' לב' אז מתגלים דברים בביהמ"ש. בביהמ"ש זה מתרחש כאשר יש חקירה בבית הדין, והשאלה היא האם החוקר יכול להיכנס לפרטים הללו או לא. המשטרה תצטרך להביא את החומר בארגזים לשופט שלום כדי שיחליט מה נכנס לחסיון עורך דין לקוח ומה איננו נכנס.
* **הטוען לחסיון עליו הראייה** – אם אתה טוען שמתקיימים בינך לבין האחר יחסי עורך דין לקוח אתה לא צריך להוכיח זאת. אם המדינה טוענת כי יש בידה מידע חסוי היא צריכה להוכיח.
* **לא ניתן להסכים על הסרת חסיון אלא בהסכמת הבעלים** – גם חסיון מוחלט – הבעלים יכול להסכים להסיר אותו**.**

יש פסיקה רחבה ושלמה למתי אדם יכול להסתמך על עורך הדין שלו כאשר ההתנהלות היא הפרה של הדין. אם אנו נכנס היום לביהמ"ש ונשאל 95% מהשופטים האם אפשר להוציא מידע **מהלקוח** כשעורך הדין מסרב – יגידו לנו שלא. נורא קשה לאתר את הפסיקה שאומרת את זה, אבל יש מוסכמה שכזאת. עורך הדין והלקוח שניהם בעלים מופשטים.

**חסיון לטובת הציבור/המדינה (ס' 44/46)**

מקורות לעיון: **מנחם לבני נ' מ"י, בנזימן נ' שר הביטחון, השר לביטחון פנים נ' וולפא, מאזריב נ' מ"י** – המרצה רוצה שנכיר את ארבעת פסקי דין אלו.

* **ס' 44 (א)** *– "אין אדם חייב למסור, ובית המשפט לא יקבל, ראיה אם ראש הממשלה או שר הבטחון הביע דעתו, בתעודה חתומה בידו..."* – עניינים **שבטחון המדינה חוסה עליהם**/או שיחסי החוץ של המדינה חוסים עליהם הם בעיקרון עניינים חסויים. ההחלטה הקונקרטית היא של רוה"מ או שר הביטחון בענייני בטחון המדינה, או רוה"מ/שר החוץ בענייני החוץ. קודם כל צריך לראות האם ההחלטה להטיל חסיון כוללת בסיס. **לדוגמא** – ההחלטה שיש סוד מדינה מאחורי מכירת הצוללות הגרמניות למצרים. אם כבר יש ביהמ"ש שיושב על המדוכה בבקשה להסרת החיסיון – סמכותו הטבעית היא לדון גם בעצם ההצדקה העקרונית לשאלת החיסיון, ולא רק שאלת האיזון.
* **ס' 44 (ב)** *הוגשה לבית המשפט תעודה כאמור בסעיף קטן (א), רשאי בית המשפט, על פי בקשת בעל הדין המבקש גילוי הראיה, להפסיק את המשפט לתקופה שיקבע כדי לאפשר הגשת העתירה לגילוי הראיה, ואם ראה לנכון - גם עד להחלטה בעתירה.* – ביהמ"ש צריך לבדוק **האם עשיית הצדק גוברת על החיסיון הביטחוני**. יש טעם לחשוב שאולי זה צריך להיות שופט אחר (שיבדוק את הנושא החסוי כדי שזה לא יפריע לו בעת העיסוק בדין). במקרה הנ"ל מדובר בשופט עליון, אבל זה יכול גם להגיע לדיון בביהמ"ש השלום (ואז ישר לעלות לעליון).
* **ס' 45 *(א)*** *- אין אדם חייב למסור, ובית המשפט לא יקבל, ראיה אם שר הביע דעתו, בתעודה חתומה בידו, כי מסירתה עלולה לפגוע בענין ציבורי חשוב, אלא אם מצא בית המשפט הדן בדבר..."* – כל דבר ששר מביע שהוא חסוי. אין אדם חייב למסור וביהמ"ש לא יקבל – לכאורה הנהנה הוא אותו אדם שמחזיק במידע, אבל אם הוא מחליט למסור באה ההוראה ואומרת שביהמ"ש לא יקבל זאת – **הוא לא רשאי לקבל אם יש תעודה שאוסרת את הגילוי**. כשבאים לביהמ"ש בבקשה להסרת החיסיון, ביהמ"ש צריך לבדוק האם עדיף הגילוי לטובת העניין הציבורי או החיסיון.

באחד המקרים שר ביקש **להפשיר ראייה מסוימת**. באו **לאהרון ברק** והוא עשה בדיוק את מה שהמרצה טוען כשלב מקדמי – **מהו הנימוק הביטחוני**? למה יש הסתרה ביטחונית? (עוד לפני ששואלים למה עדיף להסיר את החיסיון. שואלים למה בכלל יש חיסיון) אמרו לו שיש דברים רגישים שם.

**דוגמא מהמרצה** -לימים כאשר בעיה דומה של תצפית באה אל המרצה בביהמ"ש המחוזי – כאשר ביקשו לצפות בחבילת סמים גדולה שעוברת בהרצליה, המשטרה שיודעת מראש על המהלך הזה מתמקמת במקום שניתן לצלם את האנשים (קשה לזהות פרצופים) וכן מצלמת עם המכונית עם מספר הרישוי, אבל המספר מצולם שלא כהלכה – יש בעיה בזיהוי. אנו לא נהיה מוכנים שיהיה זיהוי של הדירה שלנו ובעלי הבית – המשטרה הבטיחה והוציאה צו חיסיון באמצעות השר לביטחון פנים, ופנו אליו. המרצה מוצא טעם רב בחיסיון ולא מוצא טעם רב בהסרת החיסיון – לא ברור מה יראו מהדירה שבה השוטרים צילמו.

* **46 (א)** "*הדיון בעתירה לגילוי ראיה לפי סעיפים 44 או 45 יהיה בדלתיים סגורות*." **כששופט מסתכל על ראיה שנטענת להיות חסויה ומגלה שאין בה שום השלכה על עניינו של נאשם, זה לא נורא שהיא נשמרת בזכרונו. אם הוא מגלה שיש השלכה, ברוב המוחלט של הדברים הוא חייב לגלותה – זו הפסיקה הנורמטיבית העקרונית של ברק.**

במקום שבו לראייה החסויה יש השלכה מהותית על האפשרות שהנאשם יזוכה, זה מתגבר על כל טעם ציבורי יהיה ערכו של הטעם החסיוני אשר יהיה. גם אם יגולו סודות מדינה הוא יזוכה. ההנחיה של ביהמ"ש העליון היא שהשופט צריך להורות על הגילוי – לעזאזל בטחון המדינה. אבל למדינה יש תרופה לכך – **ביטול כתב האישום**. בית המשפט רשאי לדרוש שהראיה או תוכנה יובאו לידיעתו, רשאי לקבל הסברים מגורמי הביטחון/הגורמים המשטרתיים מהי הראיה החסויה ומהי הבעיה.

**פרשת צאלים ב'**

היה רעיון לחסל את סאדם חוסיין באמצעות טיל מונחה יבשתי. היה מדובר בטיל מסווג ביותר. הניחו שהמטרה הייתה סאדם חוסיין ולכן סיבת הסודיות. היו קטעים במשפט הזה – המקרה היה בנאלי. הגורמים המתאמנים לא ישנו 24 שעות, והגורם היורה חשב שהוא מקבל פקודת ירי רטוב בעוד שנותן הפקודה התכוון רק לירי יבש. חל בלבול, ונפגעו חיילים שהוצבו על גבעה כביום אויב, נהרגו ונפצעו כמה. המשפט נקבע להתנהל בדלתיים סגורות, והייתה בעיה יותר גדולה – לא רצו להכניס את משפחות הנפגעים. הגענו לשלב שבו הנאשמים דווקא. הייתה מחשבה שאהוד ברק – הרמטכ"ל האחראי לדין, אבל בפתיחת המשפט הפרקליטות אמרה שאין טעם ושהם רק יהיו עדים.

בשלב מסוים הסר"נים ביקשו להציג את האימונים המבצעיים שכנראה הוסרטו, ועליו היה חסיון של סודיות מהמעלה הראשונה. הם ביקשו להראות זאת כדי להדגים אילו סיכונים הם נוטלים על עצמם ואיך אפשר להגיע לטשטוש חושים. שר הביטחון מיהר והוציא לבקשת הרמטכ"ל תעודת חיסיון על תיעוד המבצע הזה. לכן ביהמ"ש לא יכול לעיין בריאה. התובע הכיר את הפעילות, הנאשמים הכירו, והחיסיון למעשה הופנה כלפי המרצה. הנאשמים אמרו שיפנו לשופט ביהמ"ש כדי שיעיין בראיה ויקבע אם היא חסויה או לא. יום לפני הדיון בביהמ"ש לפני העלאת הנושא לביהמ"ש, הרמטכ"ל ישב בחדר וחשב – יש אפשרות שזה יגיע לשופט ביהמ"ש העליון. אפשרות שנייה – אפשר לגלות זאת רק למי שנמצא בדיוק כאן, ואכן וויתרו על העתירה ועשו **גילוי חלקי**. ספק רק אם לרמטכ"ל היה ממה לחשוש (**הלכת לבני**). הרמטכ"ל החליט להפשיר את הראיה ולתת לביהמ"ש של המרצה לעיין בה, ואז הוא מחק חלק מחסיונה.

**מתי יוסר החיסון ומהן תוצאות הסרתו**?

**פס"ד לבני נ' מ"י** (פלילי – **השופט ברק**) – לבני הייתה מחתרת שאחד מנאשמיה היה אביו של עמית סגל. מחתרת שביצעה פעולות חבלה שבהם נהרגו פלסטינאים. הם עמדו למשפט פלילי וכפרו באשמה. הראיה המרכזית בעניין שלהם הייתה ההודאות שלהם – האמרות שהם מסרו בחקירה. הם נחקרו כנראה על ידי שירות הביטחון הכללי, והטענה הייתה שלא הודו בדבר – כל ההודעות מפוברקות ששירות הביטחון פברק – Fake Investigation. שירות הביטחון אמר כי זה לא מפוברק – יש דיוק שלא יכול לבוא אלא מפי מי שהיו במקום הזה ויודעים מה בדיוק התרחש. הנאשמים אמרו אין בעיה – תפתחו את תיקי הביטחון ונראה אם יש שם פרטים או אין. אם המציאו אמרות או לא. שמע שר הביטחון ומיהר להוציא תעודת חיסיון על מקורות המידע שיש לשירות הביטחון הכללי. אמר נציגם בביהמ"ש – לא עולה על דעתי שגורם אזרחי יקבל תיקים של השב"כ ויחטט בהם.

**השופט ברק** אמר כי אין ממש בטענת הנאשמים – אם הוא מגלה את פרטי הפרטים בנתונים של השב"כ, המשמעות של כך היא שהזיכוי כמעט מתבקש. ברק אמר שמבחינה עניינית הוא לא מצא את מה שהנאשמים טוענים בתיקים, כך שאין בעיה עם החיסיון. אבל ברק זרק פצצה – **אם הראיה החסויה כוללת מידע שיש לו השלכה מהותית על אינטרס הנאשם, אינטרס הגילוי מתגבר על החיסוי**, ואז אם תרצה המדינה היא תחזור בה מכתב האישום. הנאשמים הורשעו ושוחררו מהר מאוד מהכלא.

**פס"ד מחאג'נה** (פלילי) – גורמים ישראלים אוספים תרומות ומעבירים זאת לגופים בסוריה/לבנון שנקראים ארגוני צדקה, ולפי הטענה זה בסה"כ כסות לארגוני חבלה/דעא"ש ואחרים. המדינה אספה חומרים, והציגה מידע גלוי מהתקשורת שמראה כי הארגונים הם כסות לאירועי חבלה, ומצד שני הסתמכה על ראיות חסויות. הטענה של בא כוח הנאשמים הייתה שהוא מבקש לעיין בראיות החסויות. יכול להיות שראיות אלו כוללת דברים לטובת הנאשמים/פרשנות שונה.

השופטת של ביהמ"ש שעיינה בחומרים (**בייניש**) השתיתה את פסק דינה בראש ובראשונה על החלק הגלוי – היא אמרה שאם החלק הגלוי "מפליל" את הנאשמים, ומראה את הקשר שלהם אל ארגוני הטרור, למה יש צורך בחלק ה"חסוי"? **לדעת המרצה כאן ה"פטנט" של ברק** **נכשל** – תעיין קודם בחלק החסוי ותראה אם הוא יכול לעיין (לאפס) את החלק הגלוי. המרצה לימד את פסק הדין שנתיים, ואז התבדה – יש פסקה שמראה כי היא עברה על החומר החסוי ולא מצאה שיש בו להועיל עם הנאשמים – עם זה הוא לא יכול להתמודד.

"אין חקר לחוכמת סנגור מוכשר" – אמירה של השופט שאף פעם לא אומרים. **השופט חשין** עושה עצמו לסנגור לשעה – הוא מחליף את הסנגור. למעשה אני מחפש במקום הסנגור מה יכול להיות שם שיהיה לטובת הנאשמים.

כשהתביעה עומדת על מדוכת הדיון שבה עומדים חסיונות, טובת הציבור ובטחון המדינה, כאשר מדובר בתביעה אזרחית, הבעיה קשה יותר כיוון שאין מי שיכול להחליט שהוא חוזר בו – או שהנתבע מסכים לתביעה ומוותר על הבאת החומרים החסויים, או שהתובע מוותר. אבל למה שיעשו זאת? אף אחד לא רוצה לוותר. דברים כאלו התרחשו ב**פס"ד בנזימן**.

**פס"ד בנזימן** (אזרחי) - בעקבות מלחמת לבנון הראשונה בנזימן פרסם כתבה שאומרת ששר הביטחון דאז אריאל שרון הונה את הממשלה. שרון נפגע מאוד והגיש תביעת לשון הרע נ' העיתונאי. העיתונאי אמר שאמר אמת לאמיתה. שרון העלה רעיון שכדי לבדוק האם יש ראייה או לא – להביא פרוטוקולים של ישיבות המטה הכללי (שרון לא היה אז בממשלה – אחרי אירועי סברה ושתילה). היועמ"ש הפעיל את שר הביטחון שהוציא צו חיסיון נ' הפרוטוקולים בעת היציאה למלחמה. אז הייתה שאלה לגבי הסרת החיסיון. העיתונאי הגיש עתירה לבטל את החיסיון. מהצד השני התייצב היועמ"ש וגם אריאל שרון שהעלה את הרעיון אבל עכשיו מבקש להתנגד להסרת החיסיון.

שופט ביהמ"ש העליון – **תיאודור אור**. אתה לא יכול לאמץ את **פסק דין לבני**. ברור שהפרוטוקולים פותרים את המשפט הזה – לפי **הלכת לבני** חד משמעית הפרוטוקולים מסייעים לבנזימן. השופט אור אמר שבמצב דברים כזה בתביעה אזרחית בהבדל מאישום פלילי, צריך לעשות **איזון בין האינטרסים**. אין קביעה שהאינטרס הביטחוני מתגבר תמיד או הפוך. **בן זימן** – תביא את מקורותיך לביהמ"ש. העיתונאי אמר שיש חיסיון של מקורות עיתונאים. השופט אמר מי אומר שהחיסיון שלך עדיף על החיסיון של המטה הכללי? זאת הייתה הפסיקה – **מבחינת המשפט האזרחי צריך להשוות את החומרה של הגילוי/חיסוי ולהחליט מה עדיף על מה**. זה לא הועיל לשרון – ביהמ"ש דחה את תביעתו של לשון הרע.

07.04.19

**שיעור 4 – המשך הסרת החיסיון**

בעיקרון המרצה אמר שהחיסיון הזה מבחינת הציבור ומבחינת הסרתו (כלומר ביטול החיסיון בעניין משפטי מסוים בכל מקרה מסוים בתחום הפלילי) מושתת על העיקרון **בפס"ד לבני** שאומר שכאשר אינטרס הגילוי מבוסס על כך שהראיה שמבקשים להשאיר אותה בחיסיון היא בעלת השפעה משמעותית לטובה על עניינו של הנאשם, אז **אינטרס הגילוי יתגבר על כל אינטרס חיסוי אחר**, וזה מתקיים רק בנושאים של **חיסיון לטובת המדינה/ציבור**, ולא בחסיונות האחרים.

השאלה אם לראיה החסויה יש השפעה מוחשית על הנאשם או אין לה זה בדיקה לעניינו של ביהמ"ש לפי הוראה ס' 45 או 44 לפקודה – נתונה לבדיקתו של ביהמ"ש הדן בדבר. אותו שופט שאם הוא יאשר את הראייה החסויה הוא גם יתבקש להשתמש בה, או אם ידחה אותה היא עשויה להישאר בזיכרונו והשאלה היא כמה הוא מסוגל לנתק עצמו מהראייה. לכאורה החוק אומר ש**אותו שופט עליו מוטלת המשימה להחליט אם הראייה בעלת תרומה משמעותית לנאשם או לא**.

יכולים להיות מצבים שהשאלה של הסרת חיסיון תעלה לראשונה בביהמ"ש העליון – כמו עתירות לבג"ץ, ואז שוב חוזרת השאלה – השופט שדן בתיק יעסוק בשאלה זו. המרצה לא רואה קושי בכך ששופט אחר ידון בדבר.

בית המשפט זה לא אותו שופט של ביהמ"ש (מוגדר ביהמ"ש בחוק).

הבקשה להסרת חיסיון ברוב המקרים תעלה בתחילת המשפט כי הסנגוריה תגיד שהיא רוצה שמכלול הראיות יהיה אצלה. ואז אין משמעות אם זה שופט זהה או אחר.

הדיון בעתירה לגילוי הראיה יהיה בדלתיים סגורות, וביהמ"ש שדן בכך רשאי לעיין בראיה כדי לבדוק אם יש לה משמעות או לא (ס' 46(א)) עד כאן המשפט הפלילי.

**חסיון לטובת הציבור/המדינה – מתי יוסר החיסיון ומהן תוצאות - המשך**

במשפט האזרחי עולות שאלות אחרות ונוספות

**פס"ד וולפא** – בפירוש מדובר בעניין אזרחי. היה שם סכסוך אזרחי שבמסגרתו הייתה הסכמה בין היריבים שהותנתה בכך שאחד הצדדים לא יגיש תלונה למשטרה (לסכסוך האזרחי הזה היה רקע די קרוב לפלילי אם לא פלילי ממש). אחרי שהושגה הסכמה זו, והתביעה האזרחית נסגרה, איכשהו התחילה להתנהל חקירה משטרתית. השאלה הייתה **מי גרם לכך שהמשטרה תתחיל לדון בתלונה**? האם זה אותו אדם שהתחייב לא להתלונן או גורם חיצוני כלשהו?

כיוון שהמשטרה סירבה לגלות את מקורותיה, הוגשה בקשה להסרת החיסיון על המקורות – עתירתו של וולפא. המנגנון שביהמ"ש הפעיל זה בדיוק אותו מנגנון של בנזימן (תביעה אזרחית) והושגה פשרה שהמשטרה הסכימה להגיד אם המתלונן זה האדם המדובר או אדם אחר, והיא שללה את הטענה.

מדובר בפס"ד חשוב פחות **ועדיף להתמקד בפס"ד בנזימן** שקובע את העיקרון של **איזון יחסי**: כאשר מדובר בבקשה להסרת חיסיון לטובת הציבור/המדינה במשפט אזרחי, תפקידו של ביהמ"ש לערוך מערכת איזונים שבמסגרתה ביהמ"ש בוחן את משקל הראיה שביהמ"ש שוקל בעניין סכסוך זה בביהמ"ש. אם אין לה סיבה להסיר את החיסיון או שתרומתה מינימלית להכרעה במשפט האזרחי אין סיבה להסיר את החיסיון.

מהצד השני של המאזניים ניצב **האינטרס החיסיוני**, וככל שהוא חזק יותר כך תהיה נטייה פחותה להסיר את החיסיון. זה לא כל-כך הוגן אבל אין ברירה – אם אנו לוקחים תביעה של 100,000 ₪ שהיא עולם ומלואו לאדם, וצריכה לעלות עדות שחושפת סוד ביטחוני כבד ביותר, מבחינת האיזון יכול להיות שביהמ"ש יגיד " אין הצר שווה בנזק המלך ", המאזניים לא שוקלות את הצדדים באותה המידה, אף שה-100,000 ₪ יכולים להוות עולם ומלואו.

לכן לפי בנזימן אפשר לומר שכאן אפשר להשתמש בחוכמת השופט. אבל גם בפרשה הזו **השופט אור** הוכיח חוכמה מסוגר חוכמתו – הוא אמר לעיתונאי שהוא מייצג אינטרס גילוי חשוב מאוד, ואין ספק שחשיפת הפרוטוקול תפתור את השאלה העובדתית ששנויה במחלוקת – האם שר הביטחון הונה את רוה"מ או לא. מצד שני, כיוון שחשיפת הפרוטוקולים היא חשיפה של סודות לא פשוטים תביא אותם לביהמ"ש ולא נצטרך להתמודד עם פגיעה של סוד חשוב. אפשר לנסות לצמצמם קצת את מרווח הביטחון החסיוני, ומצד שני הדברים ישמרו בסודיות.

**הסרת החיסיון – מהלך תלת שלבי**

1. **בדיקת תחולת החיסיון על הראייה** – עד שדנים בהסרת חיסיון צריך לבדוק קודם אם יש הצדקה עקרונית לחיסיון, שלא החליט השר לביטחון פנים להטיל חיסיון על ראיה שאין בה שום דבר, שאין שום סיבה הגיונית להשאירה בחיסיון. (במשך שנים השמות של ראש המוסד והשר לביטחון פנים היו חסויים, עד שביהמ"ש שאל למה בעצם?) (**לנדסברג נ' מ"י**).
2. **בדיקת ההצדקה לחיסיון** (**מוזס נ' מ"י, רביב נ' מ"י**). בדר"כ לא נכנס בפסקי הדין הללו לקרביים של הדיון כאשר השופט יאמר שהוא עיין בראייה ואמר שהוא לא מצא לנכון להסיר את החיסיון. במקרים נדירים הוא יורה להסיר את החיסון – פס"ד של השופט חשין, כאשר התביעה חזרה בה מכתב האישום בעקבות הצורך לחשוף את הראיות החסויות.
3. **בדיקת חיוניות הראייה** – הראיה חיונית (הסרת החיסיון **לבני נ' מ"י**) חיוניות חלקית (איזון **לנדסברג נ' מ"י**) – או שננסה למצוא איזון ולקצץ מעט ולהשאיר חלק, ולפעמים ההחלטה היא אנכית – אינטרס אחד גובר על השני באופן מוחלט.

כדי לאפשר בקשה לגילוי הראיה צריך לתת תמצית במה היא עוסקת. השופט יוכל לבקש מהתביעה לגלות קצת רק כדי להבין במה הראייה עוסקת, אם המקור עוסק בליבת האירוע או בעניין משני.

**במקרה אחד**, השופטים רצו לדעת איך המשטרה נפלה על הבחור שמואשם בזה שדקר חבר קבוצה אחרת שהתחרו על בחורה. איך זה קרה? המשטרה אומרת שזה מקור והוא חסוי. פנו אל המרצה וביקשו לדעת מי הצביע עליו. אולי יש לאדם שהצביע עליו אינטרס כדי להגן על מישהו אחר. האדם במקרה הזה הייתה אימא שהבן שלה סיפר לה ואם היו חושפים את זה היו הורסים את כל המבנה (ומסכנים את הבן בנידוי/סכנה בשכונה). היא גם לא עדת ראייה ואיש לא התוודה בפניה – זו עדות מפי השמועה. אין לעדות שלה כוח להרשיע את הנאשם, ואז יוצא שהגילוי הוא סתם בשביל גילוי. אז ביקשו מהמרצה לעשות פרפרזה יותר ברורה, ויכול להיות שהמרצה אמר *"המקור הוא מקור, אבל לא המבוע"* – המקום שממנו נובע המעיין, כלומר המקור שממנו מובעת הידיעה. הידיעה היא מהדיבורים שבשכונה.

* **המשקל הראייתי "מונה עוצמה"** – **פס"ד מזאריב נ' מ"י** – סיפור מעניין. המשטרה ביקשה לגלות ספקי סמים בכפר מסוים (כפר צ'רקסי או בדואי בגליל) והיא שלחה סוכן שהוא מודיע משטרתי אל הכפר ואמרה לו ללכת לנסות לקנות סמים, תראה מי מוכן לספק סמים בכפר, ותציג את עצמך כמתווך שהקניין ממתין מחוץ לכפר בנקודת מסתור כלשהי. הסוכן נכנס לכפר והביא אותו (את מוכר הסמים) לנקודת המפגש, התנפלו עליו שוטרים, והביא אותו למעצר. גם בחקירות הוא שמר על זכות השתיקה. בשלב מסוים אחרי מפגשים עם עורך דין הוא פתח את סגור פיו ואמר דבר כזה "בסה"כ פנה אלי אותו מקור/סוכן, ואמר לו שהוא עובד עם המשטרה, תפקידו לאתר סוחרי סמים, בוא תסייע לי לאתר את סוחרי הסמים, אקח אותך החוצה, אפגיש אותך עם אנשי המשטרה ואתה תספר על מי שמוכן לספק סחורה. אמר האדם שהוא ילך בכפר, יראה מי מוכן למכור סמים, אביא ראייה לאנשי הכפר וכשהם יבקשו אכנס איתם בכפר ואצביע עליהם. הוא ביקש הסרת חיסיון על פרטי הסוגיה כדי להוכיח את חפותו.

הסוגיה הגיעה לביהמ"ש העליון, ולפי **הלכת לבני** הייתי טוען שלדברים יכולה להיות השפעה גדולה – לפחות צריך לשאול את הסוכן. זו הייתה שאלה קשה! מצד אחד לפי הלכת לבני צריך להסיר את החיסיון ומצד שני זה יהווה פגיעה לא פשוטה במקור משטרתי. אולי הלכת לבני לא טובה לכל עניין.

**השופטת דליה דורנר** אמרה שאין חוכמות – קבענו את **הלכת לבני**, היא שייכת לעניין זה, צריך להורות להסיר את החיסיון ואם המשטרה רוצה שתוותר על כתב האישום.

**השופט ברק** שכתב את פסק דין לבני היה בנפש חצויה – הוא לא ידע מה להחליט. בסופו של דבר הוא **צרף את קולו** לדליה דורנר.

**השופט חשין** העלה רעיון מעניין – אין ערך לטענה של הנאשם זה כי היא לא מתקבלת על הדעת בטענה הכי בסיסית. אם אתה סייען של המשטרה, מובילים אותך החוצה ואתה מוצא את עצמך נעצר על ידי המשטרה בעצמך, עולה על הדעת של מישהו שהוא ישמור על זכות השתיקה? צריכה לבוא כאן מיד **צעקה איומה** – מה אתם עושים, איך עוצרים אותי? לכן אין כל היתכנות להשיג את התוצאה המצופה. אם פלוני יעלה על דוכן העדים הוא יכחיש כל מכל. ברוב דעות החיסיון הוסר והמשטרה הוצלה בדרך אחרת – היא הפעילה את אותו אדם במקום אחר והאדם עלה והעיד במקום אחר – הוא נשרף ממילא אז כל החיסיון לא היה משנה.

**המרצה מוצא היגיון ברעיון של חשין**, שצריך להשתכנע שהראייה תניב מידע לביהמ"ש במידה ותיחשף, ושהמידע יהיה לטובת הנאשם. אם היא לא עונה על הגדרות אלו אין טעם להסיר את החיסיון.

**חשין** מדבר על ראיה שנראה על פי הדברים שהיא לא תניב תוכן. **לבני** לא בודק אם הראיה המדובר שקרית או לא. **חשין** מבקש בדיקה מראש של אמינות הראייה וביטול החיסיון רק אם יש סיכוי סביר שהראייה תניב תועלת לנאשם.

**לבני** אומר לנו להסתכל על התוכן שנשקף מהראייה, ולא לבדוק אם העד שאמור להעיד על הראיה אמין או לא אמין. האם המסמך מזויף או לא – אין מקום לבדוק דברים אלו, אלא להסתכל על התוכן הגולמי – מועיל או לא לנאשם.

**חשין** מבקש/מציע לרתום את העגלה לפני הסוסים – בנסיות מסוימות אבדוק האם יש לראיה איזושהי היתכנות ראייתית. האם יכול להיות שנוציא ממנה דברים שיוכלו להשפיע על ביהמ"ש. אם הראייה היא "הבל ורעות רוח" מראש למרות הדברים שלכאורה מועילים לנאשם, לא אסיר את החיסיון. לשיטת חשין אפשר לבדוק אם האדם באמת מביא ראיה שביהמ"ש יכול לסמוך עליה.

**חסיון מפני הפללה עצמית וזכות השתיקה – מקורות**

* חסיון מפני הפללה עצמית וזכות השתיקה.
* **פס"ד מ"י נ' גלעד שרון**
* **פס"ד מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי**
* **פס"ד אלמליח נ' מ"י**

**זכות השתיקה** (הזכות שלא למסור עדות/לומר דבר), זכות כזו בוודאי קיימת ביחסים בין אדם לחברו. בעיה מתחילה כאשר הדרישה לדבר באה מגורם בעל סמכות לחקור. אז השאלה אם אנו מחויבים במענה לגורם החוקר בעל סמכות חקירה או שאיננו חייבים. כולם מהללים את זכות השתיקה. הזכות העקרונית לשתוק נובעת מכך בין היתר שאם לא תהיה זכות עקרונית לשתוק, אם אני אחקור אותך ומבקש להוציא מפיך דברים, מה שיעשו לי לא יפגע בזכות שלי ויבוצעו מהלכים שהחברה לא תהיה מוכנה לסבול, שיהיו חוקיים במובנים מסוימים. כמו לחקור יומם ולילה.

ממה בכל זאת בחוק מוגדרת הזכות לשתוק? מתברר שהיא מעוגנת בחקיקה מאוד ישנה (מנדטורית) – **ס' 2 לפקודת הפרוצדורה הפלילית – עדות**. הסעיף היחיד ששרד מהוראה זו.

פרט לשפה הישנה מסעיף זה לא עולה ממנו הזכות לשתיקה. לא אוכל להגיב בשתיקה לחקירה אלא אם המענה לשאלה עלול להפליל אותי. אבל אם אשאל מהו שמי או באיזו שנה נולדתי, לכאורה לפי הפקודה אני לא רשאי לשתוק. אז מאיפה באה ההתנהגות של הנאשמים הפליליים הכבדים "תדבר אל הלמפה" (המנורה)?

זכות השתיקה בוססה על סעיף 2. איך זה משקף זכות שתיקה מלאה? נגיע **לפס"ד שרון**. למעשה ההוראה לא קובעת זכות שתיקה מלאה אלא זכות השתיקה היא איכשהו תולדה של פרשנות של ביהמ"ש ושל בתי המשפט כלל, שיש זכות שתיקה ושמקור העיגון שלה הוא בהוראת פקודת הפרוצדורה הכללית – עדות.

**הזכות להימנע מהפללה עצמית** כתובה בצורה מפורשת יותר ב**ס' 47 (א, ב', ג') של פקודת הראיות**:*"אין אדם חייב למסור ראיה אם יש בה הודיה בעובדה שהיא יסוד מיסודותיה של עבירה...."*

החלק הראשון של **ס' 47(א)** אומר שאין אדם חייב למסור ראיה. ראיה, הכוונה היא לא רק מסירת עדות אלא גם **מסירת חפצים/מסמכים שאדם מחזיק** – הוא לא חייב למסור מרצונו אותם אם במסמכים/חפצים הללו יש בחזקת הודאה ביסוד מיסודות העבירה. (אם יש צו חיפוש הוא כמובן חייב לקיים).

השאלה שמשדר **פס"ד גלעד שרון** (בנו של אריאל שרון) שקשורה לשאלה שבה אומרים שאתגרו את אריאל שרון, היא השאלה של מסירת מסמכים **שבידי הנאשם עצמו** (לא במסגרת צו חיפוש/על ידי המשטרה, אלא בקשה של המסירה). האם בקשת מסמכים מקבילה לשתיקה כאשר מנסים לדובב אדם?

היו חשדות ששרון קיבל כספים מגורמים יהודים זרים, כמו איל ההון מרטין שלפט, והתחילה חקירת משטרה. בשלב הזה אריאל שרון לא נחקר (אין שום ראיה ישירה – הטיפול בעניינים היה בידי גלעד שרון) והוא היה במחסום, בין היתר בשאלות של כשרות עדות – הוא לא יכול להעיד נגד אביו. המשטרה חשדה שיש ברשות גלעד שרון מסמכי בנק שיכולים להפליל שהיא לא יכלה לקבל אותם מהבנקים בחו"ל ואז התעורר דיון בפרקליטות/משטרה האם ניתן לערוך חיפוש בחוות שקמים בנגב עם בנו. בגלל כללי החסינות שחלים על רוה"מ (חסין מפני חיפוש) ההחלטה שנפלה בפרקליטות היא שבגדר החסינות מחיפוש חלה כל החווה כולל הבית של גלעד שרון ולכן לא נכנסו לחפש בביתו. הזמינו אותו לחקירה וביקשו ממנו להביא מסמכים מסוימים – **מסמכי בנק**. שרון טען לזכות השתיקה. המשטרה טענה שהזכות לשתוק ולא לומר דבר היא רק למי שחשוד – ושרון לא חשוד. אם לא מזהירים אותך אתה אינך חשוד ולא זכאי להיות מוגן על ידי זכות השתיקה. עדיף לי לא ליהנות מהזכות לשתוק ולשמור החפות. אבל מכיוון שגלעד נחקר באזהרה עומדת לו זכות השתיקה שמקיפה גם את הזכות שלא למסור כל מסמך- מפליל או לא.

**בביהמ"ש העליון** **השופט אור** עושה הבחנה בין זכות השתיקה לחיסיון להפללה עצמי.

מה הרעיון של זכות השתיקה למעשה?

**סיבה ראשונה** – הוא נובע מכך שהחברה חוששת שאם לא תהיה זכות שתיקה לחשוד, יפעילו נגדו החוקרים אמצעים בלתי חוקיים כדי לאלצו לדבר, שהרי זכותם לדרוש ממנו לדבר. כיוון שהם ידרשו מהנחקרים לדבר יש חשש גדול שהם יחצו גבולות ויפעילו אמצעים לא תקינים.

**סיבה שניה** – כיוון שחשוד נמצא במצוקה כאשר חובתו לדבר והוא בין הפטיש לסדן, אז הוא יעדיף לשקר לחוקרים כדי להינצל מאימת הדין במקרה של הרשעה, ואז יש בסיס לעידוד לשקר. לכן קבעו את הכלל של זכות השתיקה.

**סיבה שלישית** – על ידי חיוב חשוד לדבר אתה הופך אותו למביא ראיות נ' עצמו – לגורם שמפליל את עצמו, וזה נגד העיקרון, כיוון שהתביעה היא זו שצריכה להוכיח, כאשר הנאשם רשאי ליהנות מכל ספק. שהתביעה תביא ראיות.

המרצה לא חסיד של 2 ההנמקות הראשונות. הזכות לשתוק זה לא התוויית הנגד שתמנע שקרים, אבל העניין השלישי נראה למרצה הגיוני.

**השופט אור** אומר ששלושת הרציונליים שהמרצה דיבר עליהם כדי שהמשטרה לא תדובב את האדם כולם לא מתקיימים בהקשר למסמכים. המסמך לא ישנה את תוכנו אם ינסו לראות אותו. הוא לא ישקר או יילקח באמצעים פסולים. אבל העניין השלישי לפי השופט אור – **על ידי הבאת המסמך הנאשם לא יוצר ראיה נגדו**. הוא לא הופך להיות התובע של עצמו – לא עצם המסירה מפלילה, אלא המסמך עצמו הוא הגורם המפליל. הפעולה של המשטרה למעשה לא מפלילה ולא פעולה של סיוע בתהליך החקירה – לא גורמת לנאשם להיות התליין של עצמו. השופט אור לא יכול לחייב אותי להביא ראיה שעצם ההחזקה שלה היא עבירה – כמו להביא סמים או אקדח ללא רישיון, ואת זה אני לא חייב לעשות.

ביהמ"ש יגיד שיש לך זכות לאי הפללה עצמית, אבל להביא את הראיה לגורם המשטרתי אתה חייב. השאלה האם יוגש כתב אישום על בסיס הראיה תלויה באמת בשאלה אם היא מפלילה או איננה מפלילה, ובזה יצטרך ביהמ"ש להחליט. באופן מעשי צריך להביא מסמכים אלו לשופט שלום שיבדוק את הראיה ויבחן האם התוכן שלהם מגלם יסוד מיסודות העבירה שהנאשם מואשם/עשוי להיות מואשם בה, ואז הוא יכול להורות שהראייה תוחזר לנאשם.

לפי **ס' 47 ב'** – כאשר אדם ביקש להימנע מלמסור ראיה מחמת שהיא עלולה להרשיעו וביהמ"ש דחה את הבקשה (לביהמ"ש יש סמכות לקבוע אם הוא מסרב ומורה בכל זאת למסור את הראיה למרות היסוד המפליל שבה) לא תוגש הראיה נגד אותו אדם במשפט שבו הוא מואשם מהעובדה שמתגלה מהראיה שהיא יסוד מיסודותיה של העבירה. כלומר, ביהמ"ש השלום יורה לך בכל זאת למסור את המסמכים למרות הטענה שהם עלולים להפליל אותך, ביהמ"ש יבדוק אם אכן המסמכים עלולים להפליל. אם הם לא עלולים להפליל אין שום בעיה, ואם הם כן עלולים להפליל ביהמ"ש יכול לסרב לבקשת הנחקר שהמסמכים יוחזרו לו ויאמר שהוא מורה להשאירם ביד המשטרה, אבל אז אי אפשר יהיה להשתמש בהם כראיה נגדך! (גלעד שרון) – **חיסיון שימוש למעשה**.

כאן ביהמ"ש עושה הבחנה שקצת קשה לקבל אותה. ביהמ"ש עושה **הבחנה בין מסמכים ציבוריים לבין מסמכים אישיים**. כאשר מדובר במסמך אישי כגון מכתב שכתב אדם או יומן שאדם מנהל, זה כמו שהאדם מבטא את עצמו – זה אקוויוולנטי לחקירה של אדם. אם הדברים נכתבו במכתב/יומן פגישות זה בדיוק אותו דבר. אבל אם מדובר במסמך רשמי/ציבורי כמו הסכם הלוואה או צ'ק או שטר שהעברתי לבנק שבעצם לא כולל שום התייחסות אישית, אז אומר ביהמ"ש העליון בלי לתת ביסוס הגיוני שמסמכים כאלה כוללים אפשרות שייסוגו גם מפני הפללה עצמית.

על עניין חסיון השימוש המרצה לא ידבר כעת אלא בהמשך. כשנדבר על שימוש בהודאות הנאשם – דברים שהנאשם/עד מסר, איזה שימוש אפשר לעשות בהם, נדבר גם על מצבים אלו.

המרצה כן צריך לומר שהשאלה **על אילו מעגלים מתפרס חסיון השימוש** היא שאלה דיי בעייתית. ברור שאם מחליטים שאמרה מסוימת שאומר אדם יש בה הודאה מיסוד יסודותיה של העבירה אי אפשר להגיש כתב אישום בהסתמך ההודעה מפיו. החיסיון חל רק בביהמ"ש, והוא לא חל על הליכי החקירה. מה אם כתוצאה משמיעת גרסת הנאשם או כפייתו באמצעות **ס' 47(ב)** למסור הודאה שהתוכן שלה מפליל ושבה אי אפשר להשתמש, אבל בעקבות זה מתגלה למשטרה מידע שאם יחקרו אותו יביאו לגילוי ראיות אחרות? האם גם עליהם חל חיסיון השימוש?

נניח שמדובר בעד ללא זכות שתיקה אבל עם זכות להימנע מהפללה עצמית, מבקשים ממנו למסור גרסה ומסירתה נכפת עליו באמצעות **ס' 47 (ב)**, ואז הוא מספר איפה הסכין ששימש לביצוע העבירה נמצא. בתור עד הוא לא צפוי להעמדה לדין אבל נניח שהגילוי מפליל אותו (טביעת אצבע שלו על הסכין) האם חסיון השימוש משתרע גם על ראיה משנית? על זה יש מחלוקת בפסיקה וזה לגמרי לא ברור.

בדברים אלה נדון בשיעור הבא – דבריו של אדמונד לוי בפרשת מילשטיין וס' 47 (ג), ונתקדם.

28.04.19

**שיעור 5**

**חסיון עורך דין לקוח – ס' 48 לפקודת הראיות**

מדובר באחד משני החסיונות המוחלטים שלא ניתנים בעיקרון להסדרה.

*"****סעיף 48 לפק' הראיות***

1. *דברים ומסמכים שהוחלפו בין עורך דין לבין לקוחו או לבין אדם אחר מטעם הלקוח ויש להם קשר עניני לשירות המקצועי שניתן על ידי עורך הדין ללקוח, אין עורך הדין חייב למסרם כראיה, אלא אם ויתר הלקוח על החסיון; והוא הדין בעובד של עורך דין אשר דברים ומסמכים שנמסרו לעורך הדין הגיעו אליו אגב עבודתו בשירות עורך הדין.*
2. *הוראות סעיף קטן (א) יחולו גם לאחר שחדל העד להיות עורך דין או עובד של עורך הדין."*

אין כאן אופציה להסיר את החיסיון – אי אפשר לפנות לביהמ"ש ולומר שמטעמים של גילוי האמת צריך לקבוע שהחיסיון מוסר/מצטמצם כדי שביהמ"ש יקבל אינפורמציה לא חסרה. אז האם זה אומר שעבריין יכול להעביר לעורך דין כל מסמך או חפץ שאמור לשמש כראייה במשפט שלו, או לגלות לו עובדות מסוימות או לקבל ממנו הנחיות והכל יהיה כמו באיזה כספת אטומית? **התשובה היא לא**.

אנו צריכים לקרוא את הדברים בס' 48 **בפרשנות די מצמצמת**, וכל אחד ואחד מהרכיבים של ס' 48 יש בו גם כדי לצמצם את הפרשנות:

* כאשר מדובר על **דברים שהוחלפו בין עורך דין ולקוח**, דברים שנמצאים בחזקת הלקוח שהוא תכנן להביא לעורך דין הם לא במסגרת החיסיון, או דברים/מסמכים שהכין עורך הדין ולא העביר אותם ללקוח. כאשר לא התחילו חילופי הדברים בין עורך הדין והלקוח והמשטרה רוצה לגשת לחומרים, לא התחיל אפילו החיסיון.
* הסטטוס המורכב יותר להיווצרות זה **סטטוס של לקוח** – לא כל מי שעורך דין מקיים איתו דין ודברים הוא לקוח. לקוח זה אומר שיש ביניהם הסכמה, וזה לא מחייב תשלום של שכר טרחה. יכול להיות סיוע ללקוח שהוא חינם. יכול להיות אפילו היצע בתשלום או חוות דעת בתשלום בלי שנותן חוות הדעת ייחשב כעורך דין. ההסכמה יכולה להיות בעל פה, והיא יכולה גם להיות בלי אמירה מפורשת שנובעת מהנסיבות/התנהלות, כשברור מכוח מה שקורה (מכוח ההתנהלות שמתרחשת בפועל) – ברור שיש עו"ד ולקוח.

**לדוגמא** – לראובן יש בעיית התנהלות בדוחות הכספיים שמשולבת גם בבעיה משפטית. הוא פונה לרואה חשבון/יועץ מס ומבקש חו"ד. בין השניים יש יחסי עובד - לקוח. יועץ המס/רואה החשבון רוצה לקנות לעצמו שירות – חו"ד כדי להיות משוכנע שמה שהוא אומר ללקוח נכון, והוא פונה לעורך דין. בין העורך דין שפנו אליו ללקוח אין יחסי עו"ד לקוח, אלא בין העו"ד ליועץ המס. **לעומת זאת**, אם ראובן פונה לעו"ד ומבקש חו"ד שתופנה לרואה חשבון פלוני, אז בהחלט נוצרים יחסי עו"ד לקוח בין הלקוח לעורך דין

המשולש של עורך דין לקוח ואדם אחר מופיע בחוק בס' 48 – **החיסיון יתקיים בין כל השלושה כאשר יש קשר ענייני**.

* **ס' 48 לא מדבר על חובה** – עורך הדין איננו חייב למוסרה כראייה. אם ירצה הוא כן יכול למסור. על זה בא **ס' 90 לחוק לשכת עורכי הדין** – "דברים ומסמכים שהוחלפו בין לקוח לבין עורך דין ויש להם קשר עניני לשירות המקצועי שניתן על ידי עורך הדין ללקוח, **לא יגלה אותם עורך** הדין בכל הליך משפטי, חקירה או חיפוש, מלבד אם ויתר הלקוח על חסינותם."

מדובר כאן בעבירה משמעתית (לא פלילית), וזה עלול לעלות לו ברישיונו באופן זמני או תמידי.

**מקרה מהמרצה -** היה מקרה בו משפחה ברחה עם בת וחטפה אותה מאב גרוש. העורך דין שמכר את הבית שלהם מסר את הפרטים והפר את סעיף 90, ולשכת עורכי הדין לא רצתה להעמיד אותו לדין. זה לא עזר יותר מידי כי אז המשפחה עברה מארה"ב לרוסיה אחרי יומיים. איתרו את הכתובת ברוסיה, הבחור (האבא) יצא לרוסיה כדי לפגוש את ביתו, והוא ראה אותה ברחוב. האימא צעקה עליו שיסתלק, הגיע המשטרה הרוסית ואמרו לו שיש לו 3 שעות לעזוב את רוסיה והוא הסתלק משם. ניהלו מו"מ עם הפרקליטות והמשטרה ובסוף סוכם שהיא תבוא ,לא תיעצר, מיד תועמד לדין והמשפט יתנהל בפני המרצה. המרצה בסוף הרשיע אותה וגזר 7 שנות מאסר. היא טענה שהיא לא חטפה את הילדה – עזבה את הארץ ברשות. השתנו התוכניות והחליטו להישאר ברוסיה, אבל לפי החוק בישראל אפשר להעמיד אזרח ישראל שעבר עבירה ברוסיה אם מדובר בעבירה לפי דיני המקום (וברוסיה זה לא עבירה)

המרצה אמר שראשית המחשבה הפלילית יחד עם התחלת הביצוע (והתכנון לחטוף את הילדה) היה בישראל, וביהמ"ש העליון קיבל גישה זו. המרצה גזר לה 7 שנות מאסר וקבע כי מפתחות בית הכלא בידיים שלה – לשכנע את הבת לחזור לארץ עם הילדה, ואז לא יהיה בית סוהר. בהתחלה היא אמרה שהיא מוכנה, ואז אמרה שהיא לא בוטחת בפרקליטות. ביהמ"ש העליון הוריד לה את העונש לחצי. יום אחד שמעון פרס נסע להיפגש עם פוטין, ופוטין אמר שהוא רוצה שהד"ר תשוחרר מבית הסוהר. שמעון פרס לחץ להגיע לסידור, והסידור היה שהבת תגיע עם הנכדה לארץ, יעשו את הסדרי הראיה, ואז היא תשוחרר מהכלא.

עורך הדין הגיע להעיד מול המרצה במשפט. המרצה אמר לו שהוא לא חייב להפר את חובת החיסיון פעם שניה, והוא אמר שהוא כבר עשה את זה ואין בעיה, אבל במחשבה שניה הוא לא ידבר. מישהו בכיתה לפני שנים שאל איך אתה כשופט נותן יד לעבירה? המרצה אמר שעורך הדין לא הורשע בשום עבירה. הוא עשה מעשה שיכול להוות בסיס לעבירה משמעתית, אבל יש סמכות לפרקליט המחוז/תובע לא להגיש כתב אישום, וכאן בשל אינטרס ציבורי הוא לא צריך להגיש כתב אישום משמעתי. לכן גם השופט לא עשה דבר שאסור לו לעשות.

* בחזרה לנושא – הדבר החשוב **בס' 48** זה הדרישה של **קשר ענייני לשירות המקצועי שניתן ללקוח**. לדוגמא – כאשר עו"ד מסביר ללקוח איך לעבור עבירה זה קשר **בלתי ענייני, פסול**, ועורך הדין לא יכול ליהנות מחיסיון, כאשר הדברים שהוא מחליף עם הלקוח זה כיסוי למעשה עבירה או איך לכסות עבירה. הכספת בין עו"ד ללקוח לא יכולה לכלול דרכים לבצע עבירות. היום עורכי הדין יודעים להסתיר איך הדברים יראו כדברים כשרים, אבל גם גורמי האכיפה יודעים לזהות (לדוגמא, לדבר על איך תיאורטית אפשר לעקוף).
* בנוגע **לסעיף ב** - הכוונה היא **לאותם עניינים שהתגלו לעורך הדין בזמן היחסים של עו"ד לקוח**. העובדה שעו"ד ראובן הוא עורך דינו של שמעוני ומפסיק להיות עו"ד של שמעוני ואחר כך מתגלית לו איזושהי אינפורמציה בלי קשר בין ראובן לשמעוני של עו"ד לקוח (אחרי ניתוק הקשר המקצועי) עורך הדין לא בחיסיון. הוא נשאר לעולם לגבי אותו מידע שהתקבל אצל עורך הדין או נמסר מפי עורך הדין כל עוד היחס מתקיים.

הערה - החיסיון חל בכל הליך אחר ולא רק בהליך פלילי.

**תנאים להתגבשות החיסיון**

זהות עורך הדין איננה חלק מהשירות המקצועי. גם גובה התשלום של שכר הטרחה אינו חלק מהשירות המקצועי. בנוסף, לא חייב להיות הסכם ייצוג והיחס יכול לנבוע מנראות.

**בג"ץ 744/97 - גוזלן נ' השופט א' אמינוף** – שני בעלי עסקים (מינימרקט) שהיו אחד ליד השני כאשר אחד מקנא בעסקו של השני. הוא החליט להחריב מן העולם את העסק של היריב – והוא בחר את אדון גוזלן, תעלה באש את העסק הזה ואני מאחוריך. אם יתפסו אותך אשלח את עורכת הדין שלי שתייצג אותך חינם אין כסף. וכך היה – העסק הוצת, גוזלן נתפס, וגם עורכת הדין הוזמנה להעיד במשפט. לפי זה גוזלן הוא בעל העסק שביקש להצית את העסק של היריב שלו, אבל המשטרה הבינה שזה שליח ולכן הפרקליטות הזמינה את עורכת הדין, והיא אמרה שהיא מנועה למסור מידע, גוזלן אמר שהוא משלם לה, אבל ביהמ"ש פסל את התזה – **היו יחסי עו"ד בינה לבין גוזלן, והם נגמרו. עכשיו יש יחס עו"ד לקוח בין המצית**.

**על"א 17/86 פלונית נ' לשכת עו"ד; ע"א 632/77** - בפס"ד אחר המרצה אומר שניתן לראות כי ביהמ"ש נוקט בצעדים לא כלכך מובנים/מקובלים. היה מעשה בין שנים שהחליטו לעשות הסכם על מכירת מגרש/דירה בין עצמם. הם פנו לעו"ד וביקשו ממנה שתעשה את החוזה. היא עשתה וביקשה שכר טרחה מסוים. אז אומר האחד לשני למה אנו צריכים גם לשלם לעורכת הדין כסף רב וגם למס שבח? בוא ניקח את הטיוטה ונחתום עליה בעצמנו, וגם נוריד את המחיר – חלק מהתשלום יהיה מתחת לשולחן וחלק יהיה נקוב בחוזה. על זה נדווח לרשויות המס, מס מופחת וללא שכר טרחה. עו"ד גילתה זאת ופנתה למשטרה ודיווחה על עבריינות המס. השניים נחקרו והועמדו לדין, והיא הגיע למשפט להעיד. היא מסרה את כל מה שיש לה למסור. הם הורשעו ולשכת עורכי הדין על 2 הערכאות שלה הרשיעה את עורכת הדין. (היום ערעורים אלו הולכים לבהימ"ש המחוזי, אבל בזמנו הערעורים של בית הדין לערעורים הופנו לביהמ"ש העליון) והיא ערערה לביהמ"ש העליון על ההרשעה המשמעתית שלה.

**השופטת שטרסברג** עמדה בבעיה מסוימת – טכנית יש כאן פריצה של החיסיון. פרטי החוזה לרבות הסכום שנקוב בהסכם זה חלק מהדברים והמסמכים שהוחלפו. השופטת שטרסברג אומרת כי מדובר כאן בניסיון לגבות שכר טרחה, וברוב המדינות המערביות כאשר הריב בין עורך הדין ללקוח עצמו על גביית שכר הטרחה, החיסיון לא מתקיימת, אחרת עורך הדין לא יוכל לגבות מלקוחו את שכר הטרחה. אבל היא אמרה עוד משהו – גורמי אכיפת החוק לרבות גורמי האכיפה של לשכת עורכי הדין לא יכולים להפוך לעבריין אדם שכל מה שהוא עשה זה למסור לשלטונות שאדם אחר עושה עבירה. אי אפשר לראות בגילוי עצמו כמשה עבירה. זה לא שותף לעבירה אלא אדם שרוצים לקבוע שהוא עבריין בעצם הפעולה של גילוי עבירה של אחרים. המרצה חושב שזו גישה נכונה.

פקודת הראיות היא לא המקור הסטטוטורי היחיד לחסיונות:

**החיסיון הבנקאי** – חיסיון מכוח ההלכה הפסוקה (ביהמ"ש העליון):

הדרישה של אדם לראות את מסמכי הבנק של אלמוני שמצויים בחשבון הבנק של אלמוני, והבנק אומר לא – עד שהלקוח לא ירשה לי **לא אתן לאף אדם לעיין בחשבון**. האם באמת יש חיסיון כזה?

**גילוי מסמכים** – כאשר יש תביעה בין אחד למשנהו, כל צד רשאי לדרוש מהצד השני שיגלה מסמך רלוונטי לסכסוך, וכל צד מחויב לעשות כן. מסמכים כאלו למעשה אינם חסויים אם אין חיסיון ספציפי אחר שחל עליהם. אז האם יש חיסיון על מסמכים שבמקום להימצא במשרד של אחד מהם נמצאים בבנק בכספת/חשבון? האם עליהם חל חסיון?

**סקולר נ' ג'רבי רע"א 1917/92** – בימים ההם הייתה קדושה מסוימת מעל מסמכי הבנק – הבנק לא דולף החוצה. המערכת הבנקאית השוויצרית הייתה ידועה כמערכת חסומה שלא ניתנת לפריצה – הגנה על סודיות הלקוח. התחושה הייתה שאם לא תהיה אמינות בין הלקוחות לבנקים נחזור לתקופה הניאנדרטלית של עסקאות חליפין ולא ישתמשו בניירות ערך. לכן פסק ביהמ"ש העליון שבאופן עקרוני **יש לבנק זכות לחיסיון** – הוא נהנה מחיסיון למסמכי לקוחו, אבל הוא חיסיון יחסי שניתן להסיר בהתקיים 4 תנאים:

1. יש להוכיח שהמסמך **רלוונטי** לטובת הוכחת הסכסוך.
2. יש להוכיח **היתכנות** להימצאות הראיה.
3. יש לשכנע את ביהמ"ש שאין לי אמצעי ראייתי **אחר** – **לדוגמא**, ניתן לחסוך את ההפקדות בחשבון, אבל אפשר גם להעיד את המזכירה שהפקידה, זה אמצעי ראייתי אחר.
4. **מידתיות** – הגילוי צריך להיות פרופורציונאלי לצורך פתרון הסכסוך ולא יותר מכך.

אפשרות פריצת החיסיון מתקיימת גם לגבי **מסמכי צד ג' שאינו תמים** – אם שמעון משתמש באמו/איש קש שפותח עבורו חשבון שאליו הוא ינתב את הכספים שנגנבים מהשותף, איש צד ה-ג' איננו תמים וגם חשבונו הופך להיות גלוי באותה מסגרת. לעומת זאת, כאשר מבקשים להיכנס לחשבון של צד ג' תמים, בלי אישורו לא ניתן להיכנס לחשבון.

במשפט זה הייתה גם השקפת תמימות של **חשין** – הוא לא רואה הבדל בין גילוי מסמכים רגיל במשפט לבין גילוי מסמכים שנמצאים בחשבון בנק. כל מסמך רלוונטי צריך לגלות, ואם יש חיסיון יחסי זה לגבי **מסמכי צד ג'** **תמים**, אותם נגלה רק על דרך של הוכחת רלוונטיות, היתכנות, אמצעי רלוונטי אחר ומידתיות.

**החיסיון של מסמכים משפטיים** – נקבע על ידי הפסיקה **בפס"ד ההסתדרות מדיצינית הדסה נ' גלעד רע"א 1412-94**

מסמך שבא לעולם לצורך הליך משפטי, ואפילו שההליך היה חסוי באותו רגע, מסמך כזה יהיה חסוי והצד לא יהיה חייב לגלות מסמך שהוא ייצר לצורך הליך משפטי.

המסמכים שהמרצה מדבר עליהם אלו מסמכים שנוצרו **לאחר** שהתגבש הסכסוך וכל צד מתכונן/מכין עצמו לביהמ"ש ומייצר לעצמו מסמכים, למשל, בחילופי מסמכים עם עורך עדין, אבל גם עם אנשים אחרים – אני עושה לעצמי את ההכנה למשפט. המסמכים הללו לא נמצאים בליבו של הסכסוך ולא גרמו להתגבשות הסכסוך, אלא כלים שכל צד מכין לעצמו כדי לנהל את המשפט.

מדובר בחיסיון מוחלט אבל לביהמ"ש מותר לבדוק האם המסמכים הוכנו לצורך המשפט או לא.

דוגמא לכן - **פס"ד ההסתדרות מדיצינית הדסה נ' גלעד רע"א 1412-94** – אדם מסוים התאבד בביה"ח, ולמרות שהיו חששות להתאבדות המשפחה טענה שלא הייתה השגחה מספקת על ידי הרופאים. בית החולים הקים ועדת חקירה פנימית (בתור גוף ממשלתי) והממצאים נמסרו למשפחה, אבל המשפחה ביקשה לעיין בעדויות של הרופאים והאחיות בוועדת החקירה. בית החולים התנגד כיוון שאז יהיה חשש שרופאים ואחיות **לא ירצו למסור בעתיד עדויות לוועדות פנימיות**, ותכלית הועדות היא למנוע הישנות של התופעה. לכן הוגשה בקשה לביהמ"ש להורות על גילוי תכני העדויות של כל מי שהעיד בוועדת החקירה הפנימית. בסופו של דבר **השופט דאז ברק** (לימים נשיא ביהמ"ש העליון) אמר כי מסמך שהוכן לקראת משפט הוא אומנם חסוי, אבל התנאי הוא שהמשפט הצפוי יהיה העילה היחידה/העיקרית ליצירה המסמך. כאן המסמך נוצר בכלל לא למטרת משפט אלא כדי למנוע את הישנות התופעה הלא רצויה שהתרחשה שם.

המרצה קרא מאמר מעניין של השופט **יצחק עמית** **"קבילות חסיון ואינטרסים מוגנים בהליכי גילוי במשפט אזרחי" (ספר אורי קיטאי תשס"ח)** (רשות). השופט עמית במאמרו אומר כי משמצא בית המשפט שמסמך מסוים שייך (רלוונטי) לזירת המחלוקת העובדתית הוא צריך להורות על גילויו. (הכלל הרגיל). אבל יוצאים מכלל זה מסמכים הנתונים בחסיון – זה מתגבר על תקנות סדר הדין האזרחי. כאשר יש טענה לחיסיון יש לטעון את הדבר ולהצביע על המקור החוקתי/פסיקתי של חיסיון. השופט עמית אומר שמשפטנים נוטים להתבלבל בין אי-קבילות לחיסיון.

**בין אי-קבילות לחסיון -** חסיון מתקיים כאשר יש אינטרס למנוע גילוי מכל גורם זולת הבעלים של החיסיון והנהנה ממנו. אי-קבילות נועדה למנוע מבית המשפט לבסס ממצא על הראיה הבלתי קבילה. מכאן שכל מסמך חסוי אינו קביל אך מסמך לא קביל אינו בהכרח חסוי.

כל מסמך חסוי הוא בלתי קביל, אבל לא כל מסמך לא קביל הוא חסוי.

**מהו הדין של מסמכים שהכין בעל דין לקראת הליכי מו"מ לפשרה או הליך חילופי להליך השיפוטי** (כגון גישור)?

**הכלל הוא שהליכי משא ומתן לפשרה או הליכי גישור הן ראיות בלתי קבילות**. האם המסמכים האלו חסויים? **לא בהכרח**. הצדדים מודעים להם ואחרים יכולים להיות מודעים. החיסיון כן יכול בתנאי שמדובר במסמכים שהוכנו **לצורך ההליך החלופי** מתוך ידיעה שההליך יתקיים או שיש צפי ברור שההליך יתקיים. כשצד להליך גישור מכין מסמך לקראת ההליך או בתוך מסגרת ההליך, המסמך הזה הופך להיות חסוי ואז הצד השני גם לא יעיין בו, בדיוק כמו שהצד השני לא יכול לעיין במסמך שפלוני הכין לכבוד המשפט עצמו. מסמכים שאדם מכין לעצמו לכבוד המגשר הם גם חסויים ולא קבילים. מה שלא חסוי זה השיחות של הצדדים עם המגשר (וההצעות), אבל עולה שאלה של קבילות.

**בפרשת בנק דיסקונט נ' שירי** אומרים כי יכול להיות אינטרס ציבורי בגילוי הראיה החסויה – מסמכים שהכין צד לקראת הליך הגישור/פשרה במצבים קיצוניים של אינטרס לגלות אותם. **השופט עמית** גורס כי מדובר בחיסיון מוחלט.

**דוגמאות:**

*"דו"ח, חוות דעת או כל מסמך אחר היוצא מתחת ידי מבקר פנים מכוח חוק הביקורת הפנימית תשנ"א 1991 לא ישמש ראיה בהליך משפטי (זולת הליך משמעתי)."* נפסק שזו הוראה **שוללת קבילות** אך **אינה מונעת עיון מצד למשפט**. הוא הדין לגבי דו"ח מבקר המדינה. למעשה, דו"ח של מבקר בפנים או דו"ח של מבקר המדינה שרלוונטי למשפט מסוים, הצדדים יכולים לעין בו אבל הוא לא יכול לשמש ראיה במשפט. זו הוראה ששוללת קבילות אבל לא יוצרת חיסיון – אם היא הייתה יוצרת חיסיון אף אחד לא היה יכול לעיין בה.

**חסיון מקורות עיתוניים**

**ב"ש 298/86 ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין**. פס"ד של **הנשיא שמגר** – אמצע שנות ה80. פרשה של דיון משמעתי שהוזמן אליו עיתונאי. הוא כתב דברים בעיתון שנאמרו על ידי עורכי דין. עורך הדין אמרו שהוא לא יודע איך מסרו את המידע, והזמינו את העיתונאי והוא לא רצה לבוא בכלל, אז קנסו אותו (למרות שהוא לא עורך דין), ועל זה הוגשה הפנייה לביהמ"ש העליון (על הקנס) **והשופט שמגר** יוצר **חיסיון של מקורות עיתונאיים** – אין חובה על עיתונאי לגלות את זהות מקורותיו, זהו חיסיון יחסי, ואם יש אינטרס ציבורי ראשון במעלה שמתגבר אפשר לבקש ממנו גילוי מקורות. אם אין אינטרס ציבורי יוצא דופן אז לכל היותר אין ללשכת עורכי הדין הוכחות שפלוני פרסם את עצמו. בהיעדר אינטרס ציבורי חשוב לא יהיה גילוי של מקורות עיתונאיים.

**רע"פ 761/12 מדינת ישראל נ' מקור ראשון המאוחד (הצופה) בע"מ -** דרישת גורמי החקירה המשטרתית מצלמת לחשוף לפניה את צילומי משתתפי הפגנה יהודית אלימה מול משרדי חטמ"ר אפרים.ביהמ"ש העליון מרחיב (כאן) את החיסיון העיתונאי וקובע **כי החיסיון העיתונאי על חשיפת מקור** שנקבע בפרשת ציטרין (ב"ש 298/86) יחול גם על **מידע העלול לחשוף את המקור**, אשר על פי טיבו נמסר מתוך אמון שישמר בסוד וזאת בכפוף למבחני הסרת החיסיון שנקבעו בעניין ציטרין. בנסיבות דנן, הבקשה להסרת החיסיון לגבי מסירת תמונות שצילמה המשיבה 2 במהלך התפרעות מפגינים בחטמר אפרים, עומדת על פניה כולה במבחני הרלוונטיות והמהותיות.

למעשה – **לא רק זהות המקור אלא כל מידע שיכול לחשוף את זהות המקור**.

המשטרה פנתה אל העיתון וביקשה שימסור תמונות שצלם צילם במסגרת הפגנה מסוימת, והמשטרה רצתה לגלות את משתתפי ההפגנה ואם ההפגנות היו אלימות לזהות את המשתתפים ולהעמיד אותם לדין.

במקרה הזה הצילומים לא נוצרו על ידי מקור ראשון. הטענה של העיתון הייתה שאם היא תמסור את המקור יחשפו שאר המקורות שלהם עיתונאי שמוסר את מקורותיו לא יוכל להמשיך להיות עיתון. במקרה הזה הבקשה להסרת החיסיון הוסרה.

**המרצה פסק בפרשת הנשיא קצב** שהואשם במעשה אונס. אחת הבקשות של עורכי הדין של קצב הייתה לעיין בקלטת של ראיון שנתנה גברת א' לתוכנית פופולרית בטלוויזיה – עובדה או תכנית אחרת. כאורה היא נתנה ראיון גלוי שמצוי בידי הסנגורים, אלא שהתברר שבשיחה בראיון הייתה הפסקה, השאירו את המצלמות פתוחות והשיח הלא פורמלי בינה לבין העיתונאים נקלט, נשמע וצונזר. היו גם פרטים מסוימים שהושמטו מהריאיון המוקלט כי מסגרת השידור היה קצר מידי. עורכי הדין רצו **א'** את השיח הלא פורמלי מההפסקה **וב'** את הפרטים החסרים.

הפרקליטות והגברת טענו כי מדובר בחיסיון מקורות עיתונאיים וסירבו לגלות. עורכי הדין של קצב אמרו שלא מדובר כאן בזהות מקור – כל העולם יודע שזאת א'. אין בעיה עם זהות המקור, אלא פרטים מסוימים שהמקור מסר ונשארים בחיסיון. החיסיון שטוענים לו מסתמך רק על זהות המקור ולא תוכן דבריו. כאן **המרצה אמר שני דברים**:

1. אותו חלק בשיחה שמראש היא הייתה מוכנה שישודר לכל העולם וצונזר רק **מטעמים פרוצדוראליים – באמת צריך למסור**.
2. אשר לתכנים האחרים, במיוחד לשיחה שהושמעה בהפסקה שיחה שהגברת לא התכוונה שישודר ברבים. כאן המרצה אמר שהוא מרשה לעצמו **להרחיב** במידה מסוימת את חסיון המקורות העיתונאיים **גם על פרטים שמסר המקור שהם כשלעצמם לא מזהים את המקור אבל הם נמסרו על סמך הבטחה שלא יגולו לכל העולם**. מדובר באותו היגיון כמו ברק בציטרין – בלי זה העיתונות לא תתקיים, אף אחד לא ימסור מידע.

**ראיות עדות מפי שמועה**

**הגדרת עדות מפי השמועה** - *עדות על הצהרה שניתנה מחוץ לבית המשפט בכתב בע"פ או בהתנהגות בדבר עובדה כשהעדות מובאת לבית המשפט במגמה להוכיח את אמיתות ההצהרה (העובדה).* למעשה, **מדובר בעדות על הצהרה מחוץ לביהמ"ש**. נניח שאדם מצהיר בהתנהגות על ידי זה שהוא מסמן שהוא כרת למישהו את הצוואר – זה הצהרה בהתנהגות. זה יכול להיות גם פעולה של בריחה מהזירה. עדות של הצהרה שנתנה מחוץ לביהמ"ש בכתב, בהתנהגות או בע"פ הופכת לעדות מפי שמועה. אם ראיתי את שמעון בורח ושמעתי קולות "תפסו את הגנב", יש לנו הצהרה על מראה עיניים ושמיעת אוזניים. ראובן הוא המצהיר. אם מביאים את ראובן לביהמ"ש להעיד על מה שהוא ראה ושמע, יכולות להיות 2 מטרות לעדות זו:

1. **להעיד את ראובן על מה שעיניו ראו ואוזניו שמעו** – מדובר בעדות מקור ראשון שהיא כשרה לחלוטין.
2. אם רוצים להשתמש בהצהרה של ראובן כדי להוכיח ששמעון הוא הגנב, עם זה **יש בעיה** **כיוון שלא מדובר כאן בעדות מקורית**, אלא מדובר ב2 ראיות נסיבתיות שאינן ראיות שיכולות להוכיח את אמיתות ההצהרה.

יש כאן **2 הצהרות** – **עצם הבריחה** של שמעון שראובן מעיד עליה – היא עדות מפי השמועה, כי הוא מעיד על הבריחה ולא על פעולת הגניבה. הוא מעיד על **הצהרה של מישהו אחר** – הצהרה דרך ההתנהגות. אם שמעון היה מצהיר באוזניו על עבירה שביצע, אין בעיה, זה עדות ישירה. אבל אם ארצה להרשיע את שמעון לפי מה שראובן אומר שאמר – זה עדות בלתי קבילה. **העדות של ראובן קבילה כדי להוכיח שהוא ראה/שמע משהו, אבל לא קבילה כדי להוכיח את אמיתות תוכנה של העובדה הכלולה בהצהרה.** אם ראובן היה שומע ממישהו שהוא התוודה אז ברור שזה עדות שמועה. **עם זאת**, למרות שזה לא יהיה קביל (ההתוודות או שמיעת הקריאות) זה יכול לחזק – זה יכול להסביר התנהגויות. הדברים בעיקרון לא קבילים ולא יכולים להתקבל, ואז לשמש כסיוע או כחיזוק. הדברים יכולים לשמש ראיה רק לשם כך שהם נשמעו על ידי מי ששמע, ולא כראיה נגד הצד.

05.05.19

**שיעור 6 – המשך עדות מפי השמועה (וחריגיה מן החוק והפסיקה)**

**עדות מפי השמועה בשפה עממית**: עדות שנקלטה בחושיו של אחר והגיעה לידיעת העד. כלומר, העד לא קלט את תוכן העדות בעצמו (באמצעות חושיו) אלא הוא שמע מפי אחר על מה שאחר קלט בחושיו, ולכן עדות המקור שנמסרת על ידי אדם אחר היא עדות מפי השמועה. עדות זו **פסולה לראיה לאמיתות תוכנה אבל לא לעצם מסירת הדברים**.

**למה כן נרצה אולי להשתמש בעדות מפי שמועה?** אולי זה הסבר למה שאדם עשה על בסיס של מה שהוא עשה. הדברים אינם קבילים מבחינת התוכן אבל הם יכולים להבהיר נסיבות.

זה יכול להיות כלי בידי גורמי משפטרה וחוקרים פרטיים כדי לתת להם כיווני חקירה מסוימים

יש הרבה חריגים לכלל הפוסל עדות מפי השמועה, אבל אנו נעסוק רק במעט מהם:

**חריגי ההלכה הפסוקה של עדות מפי שמועה:**

1. **אמרות נפטרים:**
2. **אמר נפטר בעת מילוי תפקידו** - כשל לוגי בעיני המרצה כי הנפטר לא ממלא תפקיד/מדבר. הכוונה היא לאמרה שהשמיע אדם בעת מילוי תפקידו ואז נפטר. אפשר לומר שאמרת/הצהרת אדם בעת מילוי תפקידו שלא ניתן להביא מפני שהוא נפטר, יכולה להתקבל גם כראייה לאמינות/נכונות התוכן שלה. **לדוגמא**, אם אדם משמש כשומר לחניון והוא רושם את מספרי הרכב. אותו אדם נפטר ומתעוררת טענה במסגרת משפט שפלוני שעובד/מבקר תדירות בבניין המשרדים היה/לא היה ביום מסוים. מבקשים את **רשימותיו של הנפטר** כדי לבדוק את הטענה. הרשימה מגלה האם האדם נכנס או לא נכנס לחניון באותו יום. רשימה זו היא **הצהרה בכתב ולא בעל פה**, והצהרה זו כחריג יכולה להתקבל כראיה וגם להוכיח את השאלה האם האיש נכנס לחניון או לא.
3. **אמרת נפטר בניגוד לאינטרס רכושי שלו**. (**פס"ד ביידר נ' לוי**) מדובר בראייה במשפט האזרחי. כשנפטר מצהיר הצהרה שהיא מנוגדת לאינטרס רכושי, ההנחה היא שאין לו סיבה לשקר, ולכן נוטים לקבל כראייה הצהרה זו אף על פי שאי אפשר להשמיע את עד המקור. בפס"ד הייתה אמרה נגד אינטרס רכושי שלמרות זאת הייתה מועילה לתובע.
4. **חוות דעת של מומחה** – כל חוות דעת של רופא נחשבת לעדות סברה. המומחה סבור ומסתמך על נתונים מסוימים, כמו חוקר תאונות דרכים.
5. **חוות דעת רופא** – מסתמך על נתונים וזה עדות סברה.
6. **חוות דעת חתומה בידי ראש הצוות** – יכול להציג לביהמ"ש את עבודת הצוות כולו לרבות הפרטים, כמו בדיקת סם במעבדה. אבל אם הצד שמנגד רוצה הוא יכול לדרוש שכל אחד ממרכיבי הפעולה יגיע לביהמ"ש ואז הוא (הרשם) יעיד לכל חלק כזה באופן אישי בנפרד. אם אין דרישה מיוחדת אפשר לקבל את הדברים מפי ראש הצוות.
7. **דו"ח ועדת חקירה באשר לנסיבות מות חולה** – אותו דבר לגבי דו"ח של ועדת חקירה (הדו"ח עצמו הוא סיכום פעולות של אנשים שפעלו בוועדת החקירה). הדו"ח מתבסס על עבודה של אנשים אחרים, הוא עדות מפי שמועה וגם עדות סברה – ניתן להגיש את הסיכום לביהמ"ש ולהשתמש בו בראייה, כפוף לכך שמי שמעוניין בדבר יכול להזמין כל אחד ממרכיבי הדו"ח (האנשים) ולחקור אותם בחקירה נגדית.
8. **"רס גסטה" "חפץ + משהו"** – התבטאות עניינית לגבי עניין מסוים בשעת מעשה.
9. אמרה...
10. ..
11. ...

המרצה מדלג על כך – זה קבוע בחוק והמרצה עובר לדבר על חריגים חקוקים.

**חריגים חקוקים**

1. **סעיף 9 לפק"ר** – **אמרת עד בעת ביצוע עבירה**
2. האמרה נאמרה **בשעה** **שנעשה מעשה עבירה או סמוך** לפני התרחשותו או לאחריו.
3. האמרה **נוגעת במישרין לעובדה השייכת** לעניין.
4. האמרה **נאמרה ע"י אדם שהינו עד במשפט** (סייגי **פס"ד ז'אפר – ע"פ 7293/97**).

**תרחיש** – התרחש שוד לאור היום (בבנק) ומיד לאחר השוד יצא אדם שנכח בביצוע / דקות ספורות אחרי השוד הגיע לסניף הבנק שוטר, והוא מתשאל את הנוכחים ואחד הנוכחים מתאר את השודד. השוטר רושם את התיאור, ונניח שהתיאור מספיק מדויק כדי לעורר חשד אצל פלוני שמועמד למשפט, והשוטר בא להעיד במקום על התיאור שנמסר לו דקות ספורות אחרי שהעבירה התבצעה. אפשר גם לומר שבעת ביצוע השוד אחד מעובדי הסניף מתקשר למוקדנית ומתאר את מה שעיניו רואות, וזה מוקלט. מוזמנת המוקדנית להעיד בביהמ"ש נגד פלוני. אפשר להעיד אותה בביהמ"ש אבל זה **עדות לפי שמועה**.

בא **סעיף 9 לפקודת הראיות ואומר לנו שבנסיבות אלו אפשר להעיד את המוקדנית**, כי האמרה נאמרה בשעת מעשה העבירה, סמוך לפני או סמוך לאחר, היא נוגעת במישרין לעובדה השייכת לעניין (תיאור השוד), אבל אז בא תנאי ג' ואומר שאם אנו רוצים שתוכן השיחה ישמש כראיה נגד השודד, **צריך שגם מי שאמר/שוחח בטלפון גם הוא יהיה עד במשפט**. אז למה צריך את המוקדנית? יש 2 הסברים:

1. **זה בעצם תימוכין/סיוע**. אולי כאן לא באמת צריך את התימוכין, אבל יכולים להיות מקרים בהם למוסר האמרה יש אינטרס לומר את מה שאמר (כמו המוקדנית), **למשל** – שהוא הסתכסך עם פלוני והחליט להעליל עליו עלילה. צריך לראות באילו נסיבות נמסרה התלונה למשטרה/מוקדנית. לפני שהתחולל סכסוך? אחרי? לעדות של המוקדנית בנסיבות מסוימות יכול להיות ערך תומך ואפילו מקלקל.
2. **יש אפשרות שנותן האמרה** שהוא אמנם עד בביהמ"ש יעלה על דוכן העדים **ויגיד "לא נכון"**, או שיתכחש בכלל למה שאמר. במצבים כאלה, אם מוסר האמרה עצמו חוזר בו/לא מגיע לביהמ"ש, אנו נמצאים רק עם עדות מפי השמועה. זה יצריך את השופט לומר כי הוא לא מאמין לעד המקור.

**פס"ד ז'אפר** – של **דורנר**. תמיד נכלל בבחינה וכולם עונים על כך באופן נכון. הוא מתאר בדיוק סיטואציה של טלפון למוקדן של מישהו שרואה שוד בסניף בנק לנגד עיניו, אלא שהדברים שייכים לשנות ה90 של המאה שעברה (97). השיחה אל המוקדן היה דרך טלפון ציבורי והמוקדן לא היה יכול לזהות מי המשוחח, והוא היה ביום הראשון של התפקיד שלו ומרוב התרגשות לא תיעדה את של המתלונן. היה תיאור מפורט כולל מספר כל הרכב שאליו נמלטו השודדים, ותיאורים שהלמו את הנתונים, אבל זהות השודדים הייתה כמובן תלויה באמינות דברי המתלונן הזה ולא הייתה העדות שלו. **השופטת דורנר** כתבה בפסק דין ז'אפר על בסיס חקיקה שיפוטית (שנוגדת את הוראת סעיף 9 – שאדם צריך להיות עד במשפט), אמרה השופטת **שאם היעדרו של אדם נובע מחוסר יכולת לאתר אדם, או שהוא חלה, תשוש נפש או שלא יכול פיזית להגיע ולהעיד, ניתן לוותר על דרישת הנוכחות של עד המקור**.

1. **ס' 10 לפק"ר** **אמרת קורבן אלימות**
2. אמרה של **קורבן** מעשה אלימות.
3. האמרה נוגעת **למעשה האלימות או לנסיבות הלוואי** שלו.
4. האמרה **קבילה גם אם אומרה אינו עד**, משום שהוא נפטר/תשוש/חולה/נעדר מן הארץ.
5. מתקיימת אחת **החלופות**:

ד1. האמרה נאמרה **בשעת מעשה האלימות או בסמוך אחריו** או לאחר שהייתה ההזדמנות הראשונה להתאונן.  
ד2. האמרה **נוגעת למעשה האלימות לפי סדר האירועים** עד כדי היותה חוליה בשרשרת הנסיבות הקשורות במישרין לביצועה העבירה.  
ד3. האמרה נאמרה **בשעה שהיה גוסס או האמין שהוא גוסס** בעקבות מעשה האלימות.

**הכלל של ז'אפר** מוחל כאשר מדובר **בקורבן עבירת אלימות**.

גם אם האמרה נאמרה הרבה זמן אחרי ההתרחשות כאשר האדם גסס/האמין שהוא גסס, האדם הזה יכול להעיד עליהם.

**פס"ד יעקובוביץ'** – אדם הלווה כספים בשוק האפור (אב ובנו), סכומי כסף גדולים, והם סרבו להחזיר לו. הוא החליט לגבות את הכסף מהם, ולפני כן אמר לאמו שהוא הולך ליעקובוביצ'ים לגבות את הכסף. הוא חזר בתא המטען של המכונית כאשר ראשו ערוף/חנוק. העדות של האימא נאמרה לה לפני ביצוע מעשה האלימות אבל אפשר לראות את הדברים כמעשה שנאמרה על רצף השתלשלות העניינים עד ביצוע מעשה העבירה. עדות האימא היא **עדות קבילה**, לא רק לגבי עצם העובדה שהיא שמעה מבנה שהוא הולך ממשפחת יעקובוביץ' לגבות כספים, אלא כדי להוכיח שהוא הלך **למשפחה זו** כדי לגבות כספים שמגיעים לו. כמובן שדבר כזה הוא יותר מקצה חוט ללכת ולעצור את אב ובנו, ולברר האם ידם במעשה העבירה.

**לסעיף 9 ו10** יש תחולה הן **במישור הפלילי** והן **במישור האזרחי**. התביעה אזרחית שמתעורר צורך להעיד עדות מפי השמועה להעיד על אדם שהיה קורבן לעבירת אלימות, נניח שהוא לא נפטר ויש תביעת נזיקין של הנתקף כלפי התוקף ויש צורך להשמיע את דברי הקורבן, אפשר להשתמש ב**ס' 10** על ידי השמעת דברים של מי ששמע את הקורבן לדבר.

1. **סע' 10א' לפק"ר** – **אמרת חוץ של עד** – דברים שאמר עד מחוץ לביהמ"ש. אדם אומר לאדם דבר כלשהו, זה בעיקרון עדות מפי השמועה.

**תחולת הסעיף** **במישור הפלילי בלבד**. סעיף 10א' (רבתי) עוסק בהקשר של משפטים פליליים בסיטואציות בהן אפשר להסתפק בעדות השמיעה, למרות שאם עד המקור קיים ומסרב לחזור על עדותו.

**הרקע לחקיקת הסעיף** – סעיף זה בא לתאר מצבים בהם בכל זאת אפשר להכשיר עדות מפי השמועה. רבו המקרים בהם עדית חזרו בהם בעדותם מאז החקירה המשטרית בין אם בגלל לחצים, חשש, פחד או סיבות אחרות. נוח מאוד לאם לומר כי זה לא אני אלא הוא ולחלץ את עצמו, אבל בביהמ"ש הוא אומר שזה לא אני וגם לא הוא, ואז לא היה אפשר לעשות לו כלום (אולי להעמיד לדין על עדות שקר/עד עוין). בחקיקה מהפכנית שעוררה רעש ברחבי העולם על כך שמעמידים למשטרה כלי שלא ניתן להתגבר עליו – לקחת מהסנגור את הכלי של ביצוע חקירה נגדית לנייר. **אתה מאפשר להגיש את הנייר הכתוב שעליו מצויה העדות במשטרה ואת הנייר הכתוב אי אפשר לחקור**. כסנגור אתה מקסימום יכול לחקור את העד, אבל עדיין כוחה הראייתי של הדברים שהוא מסר במשטרה יישמר מכוח **ס' 10א**.

**המרצה** חייב לומר שהסנגורים למדו לחיות עם סעיף זה, ולפעמים הפכו אותו אפילו לכלי בעבור הסנגורים. הגישו תביעה **כדי שהעד יחזור בו**. הסנגור התחנן ושאל למה אתה חוזר בך ממה שאמרת במשטרה? אתה הרי מזיק לנאשם! תכף יגישו את הדברים שהוגשו במשטרה ולי לא תהיה דרך להתמודד עם דברים אלו. מוטב שלא תחזור בך ואז אוכל לחקור אותך, ואז התביעה לא תוכל להגיש את הנייר הכתוב. אנא אמור שמה שאמרת במשטרה זה נכון. העד העבריין אומר למה שאתמוך בכך? מה שאמרתי היה שקר. העד עמד על התכחשותו, האמרה הוגשה כראייה, ואז בסיכומים הסנגור אמר שזה לא הגיוני שהוא יעמוד על דברים שמזיקים לנאשם אלא אם הוא יודע את האמת.

המרצה מציג את **סע' 10א לפק"ר**. יש פה מספר חלקים:

1. מצב בו **האדם החוזר** בו מעדות המשטרה הוא **עד במשפט**, מתן האמרה **הוכח במשפט** והעדות **שונה** עם פרט מהותי/העד מכחיש את העדות/לא זוכר אותה.
2. **העד שמסר את האמרה איננו נוכח בביהמ"ש**. גם במצב כזה **ניתן לקבל את אמרתו** אם הוא איננו עד משום שהו מסרב להעיד או אינו מסוגל להעיד, או שלא ניתן להביאו לביהמ"ש משום שהוא אינו בחיים/לא ניתן למציאה. התנאי הוא שביהמ"ש משוכנע שאי-ההגעה/הסירוב נובעים **משיקולים פסולים שהופעלו נגד העד**. זה בדיוק המקרים של העדים טעוני ההגנה שרגע לפני שהם מגיעים לביהמ"ש מישהו מצליח לטרוד אותם מן העולם או להפעיל השפעה כזו כשהעד נמלט ואיננו מגיע לביהמ"ש.
3. סעיף קטן ג' אומר שכאשר **הוגשה אמרת חוץ של עד** רשאי ביהמ"ש **להעדיף אמרה זו על הדברים שהעד אומר בביהמ"ש**. לאמרת חוץ זו יש מעמד כמו של עדות בביהמ"ש אם הוא רואה שבנסיות העניין לרבות נסיבות מתן האמרה יש הצדקה לסמוך ממצאים על עדות אמרת החוץ.
4. **עניין הדיות** – **לא יורשע אדם** על סמך אמרה שנתקבלה על סמך סעיף זה **אלא אם יש בחומר הראיות דבר לחיזוקה** (אי אפשר להרשיע על סמך אמרת חוץ של עד אלא אם כן יש תוספת ראייתית שמחזקת אותה).

במילים אחרות - התיאור הכללי של ס' 10א' זה שיש לו 4 חלקים. 10א בקבילות וגם ב, ג' וד' במשקל. שני סעיפים הקבילות (א וב) מבחינים בין 2 סיטואציות:

**סיטואציה אחת** היא שעד נמצא בביהמ"ש וחוזר/סותר את אמרת החוץ שלו.

**מצב שני הוא עד שאינו נוכח במשפט**, ומבקשים להגיש את אמרת החוץ שלו, אמרת החוץ תוגש רק אם יתברר שאי הנוכחות הוא כתוצאה מנקיטת אמצעים פסולים נגד עד.

**חלק שלישי** – לבימה"ש יש זכות להחליט איזה מבין 2 הגרסאות, זו שבאמרת החוץ או זו של העד בביהמ"ש אמינה בעיניו (יכול להעדיף את אמרת החוץ).

**החלק האחרון** – אפילו תהיה העדפה של אמרת החוץ, אין אפשרות להרשיע על בסיס אמרת החוץ אלא אם יימצאו לה תימוכין מסוימים.

**ס' 10(א) -** *"אמרה בכתב שנתן עד מחוץ לבית המשפט תהיה קבילה כראיה בהליך פלילי אם נתקיימו אלה:"*

1. ***אמרה בכתב***:

**פס"ד טובול ד"נ 23/85** – *"לרבות מזכר, בשים לב לסמיכות הזמנים"*

**פס"ד יעקובוביץ ע"פ 4004/93**– *"לרבות תנועות וסימנים"*

**פס"ד טובול** - שאלה זו עלתה בשני היבטים, הגיעה לביהמ"ש העליון, הראשון אפילו לדיון נוסף (הרכב של חמישה שופטים) בשאלה **האם מזכר הוא בגדר אמרה בכתב**?

– אפילו אם הם נכתבים על ידי חוקר והעד חוקר, זוהי אמרתו כפי שנמסרה בכתב. אבל מה אם **העד מוסר דברים** **בעל פה לחוקר**? אז אין לנו אמרה בכתב. אבל אם החוקר מתאר ללא נוכחות העד דברים. אם הדברים מאוד מורכבים יכול להיות שהוא משקף את הדברים בכללותם ולא כל מילה. אם הדברים נרשמים מיד אפשר לקוות שזה מדויק. אם הדברים נרשמים אחרי זמן עולה השאלה האם הזיכרון מספיק מדויק.

נוצרו תופעות בהם עדים סרבו למסור הודאות מתועדות – מוכנים לומר בעל פה אבל לא בכתב. **באחד המקרים** הלכו לחוף הים לתת את הסיפור מול החוקר, אבל אז החוקר חזר למשרד וכתב את הדברים, ואז הזמין את החשוד לחתום והחשוד סרב לחתום/אמר לא היה ולא נברא. עכשיו באים לביהמ"ש ושואלים האם יש כאן אמרה בכתב? (טובול)

**ביהמ"ש עליון** ברוב של 3 נגד 2 **הכשיר את האמרה כמזכר קביל**. **שמגר** אמר שהמרשם קביל רק בתנאי שהרישום נעשה לאחר **זמן סביר**, ואילו **השופט ברק** חשב **שלסמיכות הזמנים אין חשיבות** – אין חשיבות לצורך הקבילות אם הדברים נרשמו בסמיכות זמנים לאמירתם או לא. 2 השופטים האחרים אמרו שהמזכר איננו אמירה בכתב. מאז **אף אחד לא מעלה השגות כנגד קבילותם של מזכרים**. אף אחד ב20 שנות המרצה בביהמ"ש המחוזי.

אבל מה קורה מזכר נכתב **זמן רב** לאחר שהעד אמר את דברו לחוקר? מגיע העד לביהמ"ש ואומר שלא היו דברים מעולם, לא אמרתי לו דבר וכל זה המצאה ממוחו הקודח של החוקר. התביעה מבקשת להגיש את המזכר אמרה בכתב שנתן עד מחוץ לכותלי ביהמ"ש (**ס' 10א**) ואז אומרת פסק דין טובול (מזכר). אבל בפסק דין זה יש 2 שופטים שאמרו שמזכר איננו קביל בכלל, ויש שופט שלישי (שמגר) שאמר שהמסמך קביל בתנאי שנכתב בסמיכות לעבירה. מכיוון שזה נעשה לאחר זמן מסוים יש כאן פסול למעשה, **ואז לכאורה המזכר פסול**.

1. ***מתן האמרה הוכח במשפט*** – תנאי נוסף ופשוט. מספיק להביא את החוקר שיגיד "כן, האדם הזה על חוף הים מסר לי את מה שמסר, ואז תיעדתי אותו במזכר". אם הדברים מועדים בכתב ויש חתימה בקצה העדות מציגים את החתימה.
2. ***מוסר האמרה הוא עד במשפט*** (אלא אם התקיימו תנאי סע' 10א(ב)) – אלא אם אי נוכחות העד היא כתוצאה מאמצעים פסולים שהופעלו כנגד.

**פס"ד יעקובוביץ** – ניתן גם כנגד נאשם במשותף.

**בנוסף - ניתנה לצדדים הזדמנות לחקור את העד.**

**עד שתקן ופטפטן**: **דנ"פ 4390/91 מדינת ישראל נ' חג' יחיא, פ"ד מז (3), 661 (1993)**

גם אם העד נמצא במשפט לפעמים הנוכחות שלו אינה תורמת – הוא לא רוצה לומר דבר מפיו (שותק) או לחילופין הוא כן רוצה לדבר אבל לא לעניין (מזמר). האם הוא עד במשפט? הסנגור יגיד שלא ניתן לחקור אותו. הדבר היחיד שנשאר לי במצב דברים שמאפשרים עדות שמיעה להתקבל זה לנסות לחקור את העד ולשכנע שהגרסה שלו היא הנכונה ולא גרסת החוקר. **אם העד שותק/מפטפט סתם ואינני יכול לחקור אותו, נשמט בידי העורך דין הכלי הגדול שלו.** על כך התעוררה מחלוקת בין **השופט שמגר והשופט בך**.

**שמגר** אומר שדרישת החוק פשוטה – היה העד במשפט והייתה לצדדים הזדמנות לחקור. הזדמנות הייתה, וזה שאי אפשר היה לממש הזדמנות זו, זה לא משנה כי באספקט פורמלי מתמלא התנאי.

**בך** אומר מה זה אומר? לא עוסקים בפורמליזם אלא בעניין מהותי של קיומה של חקירה נגדית. ללא חקירה זו אין לשופט כלים לשפוט איזה גרסה נכונה ואיזה לא. **שמגר אומר שהחקירה הנגדית אינה חזות הכל!** הראיה, היא שכאשר מדובר על מצב בו העד לא נמצא במשפט (**10א(ב)**) יש מצב שהעד לא נמצא בכלל במשפט ובכל זאת החוק מקבל את קבילות גרסתו במשטרה. עצם נקיטת האמצעים אומרת שיש דברים בגו – מעין תחליף מסוים לחקירה הנגדית. **הגישה של שמגר התגברה**. העד השתקן אינם דברים של אי קבילות לעד הזה.

**מצב חריג** **ע"פ 4763/11 יעקובי נ' מ"י** (**שתיקת העד מוגנת על ידי חוקה זרה**) – מצב בו שתיקת העד מוגנת על ידי חוקה זרה. **למשל**, אם העד ידבר בביהמ"ש הוא צפוי להיות מואשם בארצו שלו על פריצת הסודיות של הבנקים. אם זהו המצב אז לא רואים את שתיקתו כעדות סרבנית (עד סרבן שמסרב לחזור על אמרת החוץ שלו) ולהשתמש במסירת הדברים שמסר במשטרה. במצב דברים כזה **אי אפשר** ואין עדות.

1. ***העדות שונה מן האמרה בפרט מהותי או שהעד מכחיש את תוכן האמרה או שאינו זוכר אותה*** – לפעמים מתעוררים ויכוחים בין השונות בעמדה שמוצגת בביהמ"ש והעמדה שמוצגת העדות החוץ. **זה צריך להיות שוני מהותי ולא משני**. הסנגורים מתאמצים להראות שהסתירות אינן מהותיות כדי למנוע את קבילות אמרת החוץ.

**כאשר מוסר האמרה איננו עד במשפט**, צריכים להתקיים **תנאי סע' 10א(ב)**:

* ***שימוש באמצעי פסול*** - יכול להיות שהעד יחזור בו מגרסתו, והסנגור ישאף להשתמש באמרת החוץ של העד. אלו מצבים נדירים מאוד אבל הם יכולים להתרחש.
* ***זיקה בין האמצעי הפסול להיעדר העדות*** - בגלל שהתביעה לא הפעילה את האמצעי הפסול, היא מניחה שאמצעי פסול הופעל על העד באמצעות הנאשם או שליחיו.
* ***נטל הוכחת האמצעי הפסול*** - למעשה, נטל השכנוע שהיה אמצעי פסול הוא על מי שמבקש להשתמש באמרת החוץ כאשר העד לא הגיע למשפט. הרבה פעמים הראיות אינן ישירות, ואכן הפסיקה אומרת שכדי להוכיח את האמצעי הפסול אפשר להשתמש גם במיידעים שהם כשלעצמם אינם ראיה קבילה. אפילו שמועות.

עדות מפי השמועה יכולים להיות **דברי רכילות**, שנראה לשופט שיש משהו מאחוריהם ולא סתם המצאה. **נטל התביעה הוא נמוך** – להראות שעד יום יומיים היה ניתן למצוא את האדם, ו**פתאום**, **דווקא** במועד שנקבע למשפט הוא **איננו**. זה לא שצלף חיסל אותו, אלא שהוא לא הגיע בדרכים נסתרות. מי שמבקש להעיד אותו צריך להצביע על אמצעי פסול – לחץ, שוחד... השופט צריך להיות משוכנע שזה לא מצב שאין להם שמץ של מידע עליו – **הם צריכים בתום לב לומר שזה מה שהם שומעים בעולם התחתון, וזה יכול להספיק**.

**תוצאות השימוש בס' 10א':**

* בית המשפט רשאי **להעדיף את האמרה על פני העדות** – **סע' 10א(ג)**
* השלכות אפשריות של **פס"ד יששכרוב**
* יידרש **דבר לחיזוק לשם הרשעה** – **סע' 10א(ד)**

**הודאת חוץ של נאשם – ס' 11-12 לפקודת הראיות**

**הגדרות והבהרות**

* **הודעה** –עדות בחקירה – הודעה שמוסר עד בחקירה (להבדיל מהודאה בא').
* **הודאה / הודיה** - הודאה באשמה או בעובדה מפלילה.
* **אמרת חוץ** – אמרה מחוץ לכותלי בית המשפט (של עד או של נאשם).

**הבחנה מקובלת במשפט הפלילי**

* **הודיה** – **ההודאה** של הנאשם עצמו.
* **ראשית הודיה** – אמירה שמבטאת **מקצת אשמה**.
* **התנהגות מפלילה** – התנהגות **שמלמדת**, כמו אדם שנמלט מזירת עבירה.

**ראשית הודיה** – זה כמו לומר "אכלתי אותה" או "אני בצרות". היו כאלה שניסו לטעון ש-*"אין לכם הוכחות לכך שעשיתי את זה"* גם יכול לקבל מעמד של ראשית הודיה (כנראה שלא), אבל *"אכלתי אותה ואני בצרות"* בהחלט כן.

**ההבדלים בין הודיה לראשית הודיה**

* **במישור הקבילות** – על הודיה לעמוד בתנאי הקבילות של **ס' 12**. (לדעת **המרצה**, שלא כדעת **קדמי**, גם ראשית הודיה צריכה לעמוד בתנאי הקבילות של ס' 12).
* **במישור המשקל** – **הודיה יכולה לשמש בסיס להרשעה** (בתוספת דבר מה נוסף); **ראשית הודיה יכולה להיות תוספת ראייתית** ולהצטרף לראיות אחרות (היא לא תהווה דבר מה נוסף להודיית נאשם)

**ס' 11** – **הוכחת אמרה של נאשם** *"אמרתו של נאשם מותר להוכיח בעדותו של אדם ששמע אותה..."*

כלומר, **כל עדות** שמסר נאשם בחקירתו **מחוץ לכותלי ביהמ"ש**, **מותר להוכיח אותה** בעדות של אדם **ששמע אותה**. זה בעצם עדות מפי השמועה, אבל מותר להוכיח אותה באמצעות האדם ששמע אותה. (לאו דווקא גורם אכיפת החוק – אי מרות או **כל אדם אחר**).

הודיית חוץ שנמסרה בפני **איש מרות** ושאינו איש מרות שתיהן קבילות אם עומדות בתנאי **סעיף 12**, אולם הודיה בפני **אדם "רגיל"** תיבחן בזהירות יתרה על ידי בית המשפט.

**ס' 12** – אדם פלוני אמר משהו לאלמוני, אבל הדברים שאמר מפלילים את פלוני כאשר פלוני מעיד מחוץ לביהמ"ש בין לפני גורם חקירה מוסמך ובין לפני אדם רגיל אחר והוא מודה בעצם במעשה עבירה/עובדה מפלילה**, אז הקבילות** **איננה אוטומטית**. אז צריך לפי ס' 12 שהעדות תהיה קבילה *"רק אם הביא התובע עדות בדבר הנסיבות שבהן ניתנה ההודיה ובית המשפט ראה שההודיה הייתה חופשית ומרצון."* סעיף זה גם כולל שייכות רק למשפט הפלילי. **מחוץ למשפט הפלילי אין קבילות של אמרת חוץ/עדות מפי השמועה.** החוק מאפשר זאת בתנאי שהוכח על ידי התביעה **שההודיה הייתה חופשית ומרצון.** (משפט זוטא – משפט בתוך המשפט)

אבל למעשה **אין מי שמוסר דברים בחופשי ומרצון בחקירה משטרתית**. מול חבר זה קורה, אבל הסיכוי שהראיה תגיע קטנה. אם זה קורה ההוכחה הרבה ביותר פשוטה, אבל גם היא עלולה להיות מסובכת – כאשר המשטרה שולחת מדובב לתא מעצר של חשוד. במסגרת יחסי החברות שנוצרו מבקש המדובב להציל דברים מפי המדובב. גם במצב דברים כזה שהוא לכאורה חופשי ומרצון יכולות להתעורר טענות שבמסגרתן אומר המדובב שהופעל עליו לחץ. זה לא הייתה אמירה מאוד פשוטה מרצוני אלא רק אחרי שהוא הכשיל וגרר אותי. **דוגמא** – מדובב שהצליח לשכנע חשוד שידבר איתו וימנע מהתייעצות עם עורך הדין שלו (רימה אותו ואמר לו שהעורך דין שלו ימכור אותו למשטרה).

**הודיה בכתב** – כתב ידו של הרושם, המודה או הקלטה.

**בפס"ד יעקובוביץ** נאמר שאפילו באותות ובסימנים, כאשר הנחקר מתאר איך הוא חנק מישהו ומתאר בתנועות ידיים, זה גם **הודאה** מבחינת **ס' 11 ו12**. בסעיפים 11 ו12 **אין לנו דרישה לכתב בכלל!** יש מתן לגיטימיות לעדות מפי השמועה (אמרת חוץ של עד) אם האמרה מפלילה וניתנה מרצון חופשי של החשוד/נאשם.

המרצה ייכנס לגופם של ס' 11 ו12 ולהלכת יששכרוב בשיעור הבא...

12.05.19

**שיעור 7**

**לפי ס' 11,** אם א' חשוד בכך שהוא ביצע מעשה שוד ב1.1.19 **בסניף בנק בתל אביב**, וא' סיפר לב' שבאותו תאריך בשעה שבה מיוחס לו מעשה העבירה הוא בכלל **היה בחיפה** ולא בתל אביב, האמרה של א' לב' נכללת בס' 11 כי **אין בה שום יסוד של הפללה/הודאה בעובדה** (להיפך! יש בה אלמנט מזכה שמרחיק את ב' ממעשה העבירה). לא' תהיה סיבה טובה להתנגד להגשת דברים אלו מפני שהם **יכולים לשמש כבומרנג** – אם יש בידי התביעה יכולת להפריך את האפשרות שא' היה בחיפה בזמן המעשה. יוצא שהאמירה שהוא אמר לב' שקרית שאולי מנסה לטשטש את הקשר שלו בעבירה. כך למעשה יכולה להיות לא' **התנגדות לעדות מפי שמועה גם כאשר היא לא תפליל אותו**, אבל מבחינת קבילות **אין עם זה כל בעיה**.

הדברים מסובכים יתר כאשר בהתבטאותו של חשוד/נאשם כלולים דברים שיש בהם הודאה בעבירה. ובכך דן **סעיף 12 לפקודת הראיות**:

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

הנחת החוק היא שהאדם לא שם עצמו כרשע (כעובר עבירה), אין סיבה שאדם יעמיד את עצמו כעובד עבירה סתם, ואם זה בכל זאת קורה הדין מתנה את קבילות האמרה הזו שמושמעת מפי אחר בהוכחה שהאדם הודה במה שהודה באופן חופשי ומרצון.

כשהודאה כזו באה אחרי ישיבה ראשונה שהנאשם כפר בהאשמות, ואחרי זמן הנאשם אומר שכפירתו איננה נכונה – הוא מוכן להודות בחלק מהעבירות, **זו בעיה** **דיונית**. השופט צריך להשתכנע שזה אמיתי ולא מלאכותי, אבל **אין כאן שאלה של קבילות**. כאשר הדברים מתייחסים להודאת נאשם **מחוץ לכותלי ביהמ"ש** (בין אם בחדרים או באופן פומבי) ביהמ"ש צריך להשתכנע שההודאה הייתה חופשית ומרצון. קשה למצוא מצבים בהם אדם מודה בביצוע עבירה באופן חופשי ומרצון. המונחים חופשי ומרצון הם מונחים שקיבלו **הגמשה בפסיקה** מסיבה זו.

להליך הפלילי יש שלושה-ארבעה שלבים דיוניים כאשר מדובר בנאשם במעשה העבירה או שיש צדדים שאינם מסכימים ביניהם:

1. **שלב הגשת הראיות** – מתחיל בהגשת ראיות התביעה ואז שלב הגשת ראיות ההגנה.
2. **חקירה ראשית** - ראיות אלו מוגשות במהלך שנקרא **חקירה ראשית**. העד שמעיד נחקר על ידי הגורם שביקש אותו לעדות. הוא נחקר בחקירה ראשית עם מגבלות מסוימות.
3. **חקירה מנגד** - כל עד כזה נתון ל**חקירה שמנגד**. חקירה נגדית כוללת הרבה פחות מגבלות. ההגנה גם מגישה עדויות של עדים שעומדים לחקירה נגדית מצד התביעה. בדין האזרחי מוגש תצהיר ועליו ניתן לקיים חקירה נגדית עם הצד שמנגד מעוניין בכך.
4. **חקירה חוזרת** – החקירה החוזרת מאפשרת לצד שהזמין את העד להעיד, במיוחד כאשר הוא מאוד מבואס ממה שקרה בחקירה הנגדית (גם הגרסה התערערה), על בסיס הבהרה של דברים או דברים שלא עלו בכלל בחקירה הראשית/נגדית עולות חקירות חוזרות.

המרצה חושב **שהתקנות החדשות מצמצמות מאוד** את האפשרות להגשת תצהירים. הכל מתוך מגמה שהדברים יוגשו ויתקיימו בביהמ"ש ביום אחד (המרצה לא בטוח).

במצב הקיים יש לנו **עדות ראשית** ו**חקירה שמנגד**. אם העדות ראשית היא אורלית או עדות בתצהיר היא כפופה לחקירה נגדית.

**הודאת חוץ** (**ס' 12**) – במידה וחוקר מקליט אדם ושואל אותו איך לנסוע לווילה והנאשם מוקלט שאומר כן ולא, האם זה הודאת חוץ או לא? של מי?

**למה קיימת דרישה של החופשית ומרצון?**

1. **הרצון לקבל רק הודיית אמת** - חשש מהודאות שווא.
2. **ערך חברתי** – אמרה שאין לקבל בגלל הדרכים בה הושגה, זכויות נחקרים. אנו לא רוצים לקבל הודאה תוך כדי פגיעה זכויות הבסיסיות של האדם.
3. **גישה הרתעתית לגורמי אכיפת החוק** – אם גורמי אכיפת החוק יודעים שאמרות שנגבו לא באופן חופשי יפסלו הם יזהרו מנקיטה באמצעים פסולים.

**אנו מוצאים 3 אסכולות של המונח "חופשית ומרצון"**

* אסכולת **הנשיא לנדוי**
* אסכולת **השופט ח. כהן**
* אסכולת **השופט גולדברג**

**ע"פ 115/82 מועדי נ' מ"י** - את שלושת הגישות ניתן לראות בפרשת מועדי – הוא היה מנהיג של העדה הדרוזית שעשה הסכם עם אחד המנהיגים של הבדואים מתוך הנחה שהאלקטורט לא יספיק לייצוג בכנסת, אם רק אחד ייבחר אחרי תקופה מסוימת הוא יפנה את המקום לשני (אחרי שנתיים). אדון מועדי קיים במשך שנתיים, ואז לא מבין למה אף אחד לא העלה את הרעיון שאם המחליף שלו יחוסל לא יהיה החלפה? בסופו של דבר 2 מבני משפחתו של מועדי הועמדו לדין והם טענו שההודאה הושגה באמצעי כפייה פסולים.

**בפסיקה התגבשו 3 גישות**:

* **לפי לנדוי המבחן הוא מבחן אובייקטיבי** של שימוש באמצעים פסולים. מה זה אמצעי פסול? תרמיות, מצב נפשי, פיזי... אם מוכח שימוש באמצעים פסולים, ויש יסוד לחשוב שההודאה של מועדי הייתה אמתית, אבל מצד שני יש הוכחות ברורות שהודאתם הושגה תוך שימוש באמצעים פסולים (שלא היו פשוטים – אדם לא יודה ברצח אם יפעילו נגדו אמצעים פסולים רכים).

לפי הגישה של הנשיא לנדוי – השיטה היא **אובייקטיבית לגמרי**. אם השתמשו באמצעים פסולים, זה לא משנה אם האמרה אמת או איננה אמת. אם היא לא חופשית ומרצון זה לא יהיה קביל. אם השופט היה משוכנע במקצת מההודאה זה היה יוצר פתח לחוקרים – ולכן לא רוצים. **לנדוי אומר שהוא לא שוקל האם האמרה כוללת אמת או לא, הדין לא מאפשר לקבל אותה**.

* **השופט חיים כהן – מבחן סובייקטיבי** – **פשעי חוקרים לחוד ופשעי נאשם לחוד.** החוקר אולי התנהג באופן לא חוקי – תעמידו אותו לדין. השופט רוצה שהעבריין יורשע וייתן את הדין, ואם השופט משוכנע שתוכן ההודאה אמת, לא משנה לו מה הגורם שהביא אותו לכך (פסול או תקין). לא צריך ליצור זיקה בין האחד לשני. זה נורא מעניין כי השופט לנדוי נחשב ל"שמרן" (אנטיתזה לאהרון ברק)
* **גישת השופט גולדברג – דרך ביניים: מבחן אובייקטיבי וסובייקטיבי**: אם האמצעי שננקט או האמצעי פסול **חמור**, אז יש הנחה מאוד חזקה שגם תוכן ההודאה **איננו אמיתי**, ולכן **אם האמצעי הפסול הוא חמור ההודאה תיפסל**. אבל אם האמצעי הפסול **איננו חמור** מבחינה יחסית ואתה משתכנע (לפי שיטת כהן) שתוכן ההודאה **אמת** – **תקבל אותה**. זה היה הקו שהנחה את המרצה. המרצה אישר את קבלת האמרה כאשר הביאו בן של נחקר כדי להפעיל עליו אמצעי פסיכולוגי. (המרצה השתכנע שהאמירה היא אמת).

**רצח ענת פלינאל** – פנו לאדון פרחי ואמרו לו שבודקים את קשר הרצח ומבקשים דגימת DNA, ואם אין קשר לרצח לא ישתמשו בדגימת הDNA לאף דבר למעט הרצח, והוא נתן את הדגימות. במעבדה לזיהוי פלילי האישה האחראית אמרה שכשהיא קוראת פרופיל DNA זה כמו להסתכל על תמונה. אם צילמת אדם ואתה עובר על התמונות ואומר שזה האדם בזירה – בשבילה זה אותו דבר כמו פרופיל DNA. כשקיבלה את הפרופיל של פרחי היא זיהתה אותו באלבום הפושעים (זירות האונס)

אז קראו לפרחי, הציעו לו כוס קפה וסיגריה. אז סילקו את בדלי הסיגריה וכוס הקפה למעבדה, הוציאו פרופיל/בדיקות DNA והיה להם **התאמה מוחלטת**. עכשיו קל מאוד לחקור – לקחו מפרחי את מכשיר הטלפון שלו ובדקו את שיחות הטלפון ומיקומו בעת ביצוע שיחות הטלפון. אז מתברר שממש בשעות ביצוע הפשע (4 מוקדים שונים) הוא מקבל ומוציא שיחה בזמן ביצוע המעשה באותה חורשה/שדה. יש כאן מערכת של **ראיות חד משמעיות**, אבל הבסיס שלהן זה ב**פרי עץ מורעל**. יש לנו עץ מורעל שמגולם בהבטחה של המשטרה שלא יעשה שימוש אלא אם יתגלה קשר למעשה הרצח. המשטרה מתגברת במרמה על זכות השתיקה של החשוד למעשה. אז מה עושים? התביעה רוצה להגיש אבל ההגנה אומרת שיש כאן השגת ראיות בדרך פסולה. הנאשם לא התוודה גם אחרי כל הדברים הללו.

למרצה זה מתקשר **למעצר עד תום הליכים** – הוא צריך שתהיה עילת מעצר וראיות לכאורה. המרצה בדק את הסוגיה לאור **הלכת יששכרוב**.

**הלכת יששכרוב** – קצת טרפה את הקלפים והזיזה הצידה את הסוגיה הזו במקצת – אין קבלה מוחלטת אבל יש **קבלה יחסית**. **השופטת בינייש** השאירה פתחי מילוט שמאוד קשה לך להתעלם מראיה שהושגה שלא כדין – **תוכל לקבל אותה למרות הכל**.

**מקרה של המרצה - ינתאל פרחי** - מול המרצה עמד אדם שבאופן וודאי כמעט עשה 4 מעשי אונס – אי קבלת הראיה זה לא רק שחרור, הוא **יזוכה**. מדובר בפגיעה חמורה **באינטרס הציבורי** יותר ממתן גיבוי מסוים להליך שנקטה המשטרה, והמרצה אישר את ההליך.

**לנשיא גרוניס** היה פתרון מאוד פשוט – הוא מחזיר את הדיון לביהמ"ש המחוזי כדי שהשופט המחוזי המכובד (המרצה) יבחן האם יש אפשרות **להשתמש בראיות שאינן קשורות בDNA**? כמו טלפון? (אבל לא היו מגיעים לטלפון בלי הDNA). זה סוג של מהלך של נוחות – שהשופט המחוזי יחליט. השופט המחוזי אמר שהוא לא הבין במה מדובר והוא לא עושה שום הבחנה – הוא חוזר על ההחלטה והחזיר את זה לביהמ"ש העליון. זה הגיע **לשופט גרוניס** פעם נוספת, רק שבין זה לבין זה התחולל מהלך דיוני פשוט – הביאו את אדון פרחי למשפט בהרכב של שלושה שופטים באשמת 4 מקרי אונס, והראיה הראשונה שהתביעה רצתה להגיש זה **ראיית האונס – השופטים קיבלו זאת**. השופט גרוניס אמר שאחרי שהראיה הוגשה והיא כבר ראיה לכאורה, אין כבר מקום לדון בכך. כשניתן פסק הדין זה יגיע לביהמ"ש העליון, אבל הוא כבר לא אהיה בעליון ויש עוד 2 שופטים. **פסלו את הראיות והרשיעו את הנאשם** (המרצה לא מבין עד היום איך עשו זאת).

**ע"פ 5121/98 הלכת יששכרוב** – יצרה **דוקטרינת פסילה פסיקתית** על ראיות שהושגו שלא כדין (לא רק כלפי הודאת נאשם לפי ס' 12). **ס' 12 לפקודת הראיות** מגלם בחובו דוקטרינה של **פסילה חוקית**, כלומר **חקוקה** – חוק אומר מתי צריך לפסול אמרת חוץ של נאשם, והפסילה היא כאשר האמרה **איננה חופשית ומרצון**, בכפוף להשקפות השונות מהי חוקית ולא מרצון. **ביהמ"ש העליון** גילה שהחוק לא שלם מספיק, ולא מקיף א כל מגוון האפשרויות, ולהשקפת השופטים יתכנו נסיבות שיצדיקו **פסילה של ראיה גם אם הראיה הושגה באמצעי לא פסול לפי** **ס' 12** לפקודת הראיות. אם מדברים על **עניין ינתאל פרחי** – המרצה לא יודע אם אפשר לדבר על שימוש באמצעי פסול כלשהו – אין כאן אמצעי פיזי, נפשי, פיתוי... יש כאן הערמה, וזה דבר בעייתי בעצמו כי יש תחבולות מותרות.

**האמצעים הפסולים**:

1. **אלימות ואיום באלימות**.
2. **שיטת תחקור בלתי הוגנת** (שעות חקירה רבות, תחקור דורסני – חקירה לא הגונת).
3. **לחצים נפשיים בלתי הוגנים** (גידופים, כליאה בתא מבודד, השפלה, שימוש בנתונים בריאותיים מסוימים, מעצר ממושך, תנאי כליאה קשים, איומים) – **לדוגמא**, כאשר מדובר על אישיות ציבורית. פעם היה מישהו שהיה ממלא תפקיד בנקאי בכיר, ופשוט עצרו אותו והכניסו אותו לתא מעצר שהיה בו חומר דטרגנטי חריף ביותר (חומר ניקוי – ליזול), שפכו שם כמויות של החומר והוא היה מוכן להודות כל עוד מוציאים אותו מהמעצר הזה.
4. **שימוש בתחבולה בלתי הוגנת** – נפסדת או נסבלת? בעיני המרצה זה דבר פרובלמטי כי חקירה משטרתית כל כולה מבוססת על תחבולות. גיוס עדי מדינה זה תחבולה. יש תחבולות של רמאות ברורה – מדפיסים במיוחד עבור החשוד משהו שנראה כמו דף ראשון של עיתון אותנטי ובפנים יש ידיעה שהשותף העצור שלו הודה במעשה העבירה והטיל את האחריות עליו.

באחד מפסקי הדין בהקשר לעולם הפשע - **עזבון המנוח יוני אלזם ז"ל נ' מדינת ישראל**, שואל ביהמ"ש עצמו: *"הנה כי כן, חוקרי המשטרה רשאים, ולעיתים אף חייבים, להשתמש בתחבולות; אך על האמצעים שהם נוקטים להיות סבירים. מה גדרה של סבירות זו?*

ביהמ"ש העליון אומר **שגבול ההיתר נתחם על ידי 2 סייגים עיקריים**:

1. **האחד**, **שאין להשתמש בתחבולה המפרה את זכות החשוד להימנע מהפללה עצמית** – המרצה חושב שאמת מידה זו אינה סבירה בכלל.
2. **והשני**, **שאין לנקוט באמצעי חקירה שהשימוש בהם פוגע בשורת עשיית הצדק** – מה פוגע ומה לא פוגע?

בפסיקה זו ביהמ"ש מסתמך על **ב"ש 22/87 ביטר נ' מדינת ישראל**, והמרצה ניסה לגבש אמת מידה קצת יותר ברורה ומוסכמת. בביטר הציגו לחשוד דוח מעבדה לזיהוי פלילי שאמר שנמצאה תביעת אצבע של החשוד במקום העבירה. מדובר בראייה של 100% - ראיה כמעט החלטית. האפשרות להתגונן מראיה כזו אינה גבוהה. אם אתה לא יכול לתת הסבר סביר לתביעת האצבע הפסדת במשפט. **חוות הדעת הייתה כאילו אמתית**. – רצו ליצור תחבולה שתביא את החשוד להודות. **ביהמ"ש העליון פסל את ההודאה הזו** – אמר שהיא הושגה באמצעי תחבולה בלתי תקין שפוגע בעשיית הצדק ומפר את זכות החשוד להימנע מהפללה עצמית. **לעומת זאת**, אין ספור פעמים הכשירו את **העיתון** שהמרצה דיבר עליו קודם לכן **כאמצעי להשגת הודאה מפלוני**.

1. **שימוש באמצעי פיתוי והשאה בלתי הוגנים** – כמו שחווה אומרת.

חזרה **להלכת יששכרוב** – הסיפור מאוד דומה – היא מדובר בחייל פשוט שנשלח למאסר קצר בכלא 6 בגלל שימוש בסמים, ובאיזשהו שלב תופסים אותו משתמש בסמים גם בתא המעצר ורוצים לחקור אותו. **אף אחד לא אומר לו שזכותו לפי החוק להתייעץ עם עו"ד**. הוא בגאווה רבה מספר לחוקרים שהשתמש בחשיש בתאו, העמידו אותו לדין ומבקשים להשתמש בהודאת החוץ שלו כראיה נגדו. נתנו לו סנגור צבאי עתודאי (רועי בלכר), הוא התחיל לבדוק את העניין וניסה להשתמש בפרי העץ המורעל. הוא עובר את כל הערכאות הצבאיות, אחת השופטות אמרה שזה פסול אבל כולם קיבלו את האמרה וזה הגיע לביהמ"ש העליון.

אין כמעט ספק שהאמרה שיצאה מפיו באופן רצוני וחופשי, אבל לפי פקודת הראיות יש כאן בפירוש **הודאה תקינה**. ביהמ"ש העליון אומר שבכל זאת נ**מנעה ממנו זכות חשובה – זכות ההיוועצות עם עורך דין** שאיש לא העמיד אותו בפניה. לא רק שיש כאן שלילת זכות, יש גם תוצאה מעשית – עורך הדין היה אומר לו "שמור על זכות השתיקה". נגמרה כאן **פגיעה ביכולת של הנאשם להתגונן** אבל במיוחד בהוגנות של ההליך כשהוא לעצמו. פסיקת ביהמ"ש העליון בסופו של דבר אומרת שלביהמ"ש שיקול דעת לפסול קבילתה של ראיה בפלילים אם נוכח לדעת שהראיה הושגה בפלילים וקבלתה תפגע בזכות הנאשם להליך הוגן שלא בהתאם לפסקת ההגבלה.

**ההלכה הזו צומצמה**. יש אפשרויות פרשנית לומר שלא נפגעה הוגנות המשפט כתוצאה מנקיטה בתהליך זה או אחר או שההתגוננות לא נפגעה, או מפני שתוצאת פסילת הראיה תביא לתוצאה לא מתקבלת על הדעת. השימוש היום בהלכת יששכרוב הוא דיי מצומצם אבל היו מקרים שהודעות נפסלו. **לדעת המרצה** – אם חלק מההליך המשפטי ההוגן זה לאפשר לנאשם/המיועד להיות נאשם להתגונן בהליך של שימוע, אם אנו רואים את זה כחלק מההליך המשפטי ההוגן מצד אחד, ומצד שני אנו אומרים לו לעמוד לשימוע, **עצם הפגיעה בהליך ההוגן ובעיקרון של ההליך ההוגן זה יסוד בשיטה המשפטית שלנו**. במדינה נאורה המרצה חושב שהפסיקה הזו נכונה, והמרצה משוכנע שאם נבדוק לפי המשפט העברי בתקופת הסנהדרין הוא היה אפילו יותר דווקני מיששכרוב.

**פרשת עזבון המנוח יוני אלזם** – אלזם נחשד בביצוע רצח במסגרת "חיסול חשבונות" בעולם התחתון (הוא עצמו נרצח לאחר מכן בהיותו במעצר) כעציר נשלחו לתאו מדובבים. הם הצליחו לחלץ מפיו **הודאה במעשה העברה**.

בפסק הדין נבחנה טענתו שההודאה הוצאה מפיו תוך **פגיעה בזכותו להיוועץ בעורך דין ופגיעה בזכות השתיקה** (המדובבים השפיעו על העציר לוותר על התייעצות בטענה שהסנגור משתף פעולה עם התביעה) **רוב השופטים** ראו כאן בסיס ליישום הלכת יששכרוב. **השופט אדמונד לוי** חלק על כך.

**פרשת אסף שי נ' מ"י** – **פגיעה חמורה בזכות ההיוועצות של המערער**. הטיעון של יששכרוב **לא צלח כאן**. בדרך כלל הטענות של יישום יששכרוב נדחו כאשר המשטרה העמידה את הזכות להיוועץ עם עורך דין אבל הוא לא מימש את הזכות, או מקרים שבהם אדם בפועל ובעצמו ביקש לקרוא לעורך דין והתייעץ איתו. מצד אחד המשטרה הפרה את חובתה אבל הוא קיבל ייעוץ, אבל מצד שני האדם יודע שהוא זכאי להתייעץ עם עורך דין/אפילו התייעץ לפני. יש כאן הפרת מחויבות אבל המרצה לא חושב שזו פגיעה בהליך ההוגן.

**ע"פ 5002/09 מדינת ישראל נ' מאיר ז'אנו** – כולל הסבר נרחב יותר על הלכת יששכרוב, המרצה מבקש שנקרא אותו:

*"ההלכה שנקבעה בפרשת יששכרוב. כידוע, הלכה זו יצרה* ***דוקטרינת פסילה יחסית****, מכוחה מוסמכות הערכאות להורות על אי קבילותה של ראיה שהושגה בדרכים שאינן כשרות. האם תחולתה של ההלכה* ***מוגבל למצבים בהם האמצעי הפסול שימש בחקירתו של הנאשם דווקא****? התשובה לכך* ***שלילית****. דוקטרינת הפסילה "אינה מגבילה עצמה להודאות נאשם, ותחולתה היא כללית - על כל סוגי הראיות בהליך הפלילי אשר הושגו שלא כדין על-ידי רשויות אכיפת החוק" (שם, בפסקה 38). משכך,* ***ההלכה עשויה לחול גם מקום בו נעשה שימוש באמצעי פסול בחקירתו של עד****. מסקנה זאת אף מתיישבת עם הרציונל הניצב בבסיס דוקטרינת הפסילה כפי שעוצבה במשפטנו. בית-משפט זה קבע כי המודל המניעתי – זה המבקש להגן על טוהר ההליך הפלילי ולמנוע שימוש בראיה שיסודה בחטא – הוא הניצב בבסיס הדוקטרינה. הודגש, כי פסילת הראיה לא נועדה לשמש סעד מתקן בגין הפגיעה הראשונית שנגרמה לנאשם במהלך החקירה (שם, בפסקה 60). התכלית הניצבת בבסיס ההלכה חלה אפוא גם מקום שבו נמצא פגם חמור בחקירתו של עד.* ***יחד עם זאת****, אני רואה לנכון להדגיש את השקפתי, כי פגיעות שהסבה החקירה לנאשם עצמו, בשל שימוש באמצעי חקירה נפסד, היו ונותרו כאלה הניצבות בליבת ההלכה שנקבעה בפרשת יששכרוב. תהא זו פגיעה בעלת עוצמה מיוחדת שנגרמה לעד בחקירתו, למשל שהודעתו נמסרה נוכח איומים, שימוש באלימות, הפחדה או נסיבות מיוחדות אחרות, שיצדיקו להורות על פסילתה של ראיה כזו במשפט הנאשם."*

**נקודות נוספות:**

1. **הודיה משמשת ראיה לחובת המודה ולא לזכותו** – אם אדם אמר במשטרה שלא ביצע את מעשה העבירה, היה במקום אחר, ביצע בתום לב.... כל מני הסברים. אם אדם אומר שלא הייתה לו כוונה להרוג אדם בעת זריקת האבן, יש כאן ראיה כנגדו אבל גם לטובתו – יידויי האבן וזיכוי מאשמת רצח. אם הנאשם מבקש להגיש את הראיה, היא יכולה להיות מוגשת מטעם התביעה לביהמ"ש. אם יש מלבד הראיה הזו עוד ראיות נסיבתיות שקושרות אותו ב**מעשה מכוון**, בעוד שקבוצת הראיות השנייה היא שהנאשם זרק את האבן ללא כוונה, ואז הנאשם בוחר לא להעיד במשפט (יש רק ראיות התביעה ואלו מכוונות להרשעתו ברצח). בא הנאשם ואומר לשופטים לקחת בחשבון את מה שהוא אמר בחקירתו במשטרה – אמר שזרק אבן **בלי כוונה לפגוע**. על זה בא הכלל ש**הודיה משמשת ראיה לחובת המודה ולא לזכותו**. **החלקים לזכות המודה כאן לא יחשבו** – האמרה מתקבלת כחריג מהכלל של עדות מפי השמועה. אם אתה רוצה להקל עם עצמך – תעלה על דוכן העדים, תעיד על זריקת האבן ואז **תחקר נגדית**. אמרת חוץ היא ראייה כשהיא מוגשת מטעם התביעה והתכלית שלה היא נגד הנאשם.

הנאשם יכול להשתמש באמרתו כדי לומר שהוא **לא המציא את הגרסה הזו היום על דוכן העדים**. כבר בהזדמנות הראשונה שנחקר אמרתי שזה היה תאונה ולא מעשה מכוון – לכך אפשר להשתמש באמרה, אבל רק יחד עם עדות בביהמ"ש.

1. **הודיה משמשת ראיה כנגד המודה בלבד** (כל עוד לא עלה הנאשם להעיד בפרשת ההגנה) – לדוגמא, כאשר יש ראיה כנגד שני נאשמים, אחד הודה והפליל את השני והשני שמר על זכות השתיקה. **ההודאה היא נגד המודה בלבד**, כנגד מישהו אחר זה לא. כדי שזה יהיה מישהו אחר הנאשם צריך לעלות לעדות ולהעיד כנגד שותפו!
2. **הודיה בכתב של נאשם יכולה לשמש אמרת חוץ בכתב של עד** כאשר מוסר ההודיה (הנאשם) הוא עד במשפט – נדבר על כך בשיעור הבא.

19.05.19

**שיעור 8**

**1. ההודיה היא ראיה לחובה ולא לזכות.**

**2. הודיה משמשת ראיה כנגד המודה בלבד (כל עוד לא עלה הנאשם להעיד בפרשת ההגנה)**

שימוש בהודאת נאשם כעדות נ' אחר (הנאשם אינו מעיד כעד הגנה) – הודיית החוץ משמשת ראיה למודה בלבד ולא למי שנאשם יחד איתו. אם רוצים שזה יהיה כלפי הנאשם השני צריך שהנאשם הראשון יעיד.

הנאשם בחר **שלא להעיד בבית המשפט**. במצב דברים זה, **הודאות החוץ שמסר יכולות להתקבל כראיה נגדו בלבד,** ואילו כלפי אחרים, דינן כדין **עדות מפי השמועה** אלא אם כן הופכת ההודיה ל"**אמרת עד בכתב**" כמשמעותה **בסעיף 10א** לפקודת הראיות (**ע"פ 11426/03 חוואמדה נ' מ"י** – הנאשם בחר שלא להעיד במשפט, ובצב כזה הודעת החוץ שמסר יכולה להתקבל כנגדו בלבד.)



**הבעיה** – לא ניתן להכריח את נאשם 1 להעיד. אני אפילו לא יכול להזמין אותו להעיד במשפט פלילי (התובע לא יכול להזמין נאשם כעד).

**פתרון 1** יכול להיות **פיצול**. אם אוכל כתובע לגרום לכל נאשם לעמוד לדין **בנפרד**, אז במשפט של נאשם 2 **הביטוי "נאשם 1" נעלם** – הוא הופך להיות **עד**. הוא כבר לא נאשם אלא מוזמן בתור עד.

זה מוצג באופן פשוט כאן, אבל אם הפרשיות סבוכות ויש מספר נאשמים ביהמ"ש יחטוף חררה אם יבקשו ממנו לפצל את המשפטים (דבר שקורה בכל משפט כזה גדול, מטעם ההגנה בדר"כ כי הנאשמים הקטנים לא רוצים להיות עם הנאשמים הגדולים).

**אז מה יהיה עם נתבע 1?** אפשרות אחת היא שאני יכול לומר לו לא להעיד, ואז הוא לא ידפוק את נתבע 2. אבל מצד שני אפשרות שניה היא כשהוא רוצה לעלות להעיד ולהתמודד עם אמרת החוץ, לשלול אותה ככל שאפשר.

**אם אין דבר מה נוסף** – הסנגור יגיד "**שתוק, אל תעיד**". אבל אם יש דבר מה נוסף ואפילו יותר מדבר מה, בוודאי שהסנגור של נאשם אחד יגיד לו **לעלות להעיד** – או שאכלת אותה או שנשכנע את השופט שמה שנאמר באמרה איננו נכון. הנה, באמצעות **דילמת אסיר** פשוטה, נפתרה הבעיה של נאשם 2, כי נאשם 1 הופך להיות עד במשפט.

נאשם אחד יוכל לנסות לשלול את ההודעה בשני אופנים: **לא נכון** בלבד, או **נכון רק לגבי נאשם 2**. אם הוא מאשר כנגד נאשם 2 יש לנו **עדות כנגדו**. מה יהיו ההשלכות של צעדים אלו?

לכל היותר יעלה נאשם 1 לדוכן העדים, וסנגור 2 יודע שהוא ישלול גם את הדברים נגדו וגם נגד 2.

**שימוש בהודאת נאשם כעדות נ' אחר** (הנאשם מעיד כעד הגנה לעצמו) - אין מניעה מלעשות שימוש בהודעות החוץ שמסר נאשם א' לחובתו של נאשם ב' שכן *"נאשם-משותף, המעיד בפרשת ההגנה כעד לעצמו – יהיה 'עד במשפט' כמשמעותו בסעיף 10א; וניתן להגיש 'אמרת חוץ' שלו כראיה נגד נאשמים-משותפים, לאותו כתב אישום, לרבות הודיית חוץ שמסר במסגרת חקירתו".*

יש לנו 2 נאשמים – נאשם 1 עולה כעד הגנה ושולל דברים חשובים שאמר באמרת החוץ שלו.



**התובע** יכול לבקש להפעיל את **ס' 10א** כדי להגיש **אמרת חוץ של עד** אם העד **מסרב** לחזור על אמרת החוץ שלו בבית המשפט/שותק/אומר דברים בניגוד לאמרת החוץ שלו.

נאשם 1 צריך לעלות לדוכן העדים כדי להתמודד עם אמרת החוץ שלו. אם הוא לא יעשה את זה הוא **יאכל אותה** (אם יש **דבר מה נוסף**). ברגע שהוא עולה לדוכן העדים – **נאשם 2 חושש**. אם נאשם 1 יחזור בו מהודעתו יבקש התובע להשתמש בס' 10א כדי להגיש את אמרת החוץ כאמרת חוץ של **עד**. זהו מהלך שני של התביעה מביהמ"ש בנוגע לאמרת החוץ.

**בפס"ד יעקובוביץ** נאמר ששעה שנאשם **לא נמנע כליל מלהעיד** בפני בית המשפט, אלא נחקר בחקירה ראשית ובחקירה נגדית באופן **חלקי** בלבד. מעמדו של נאשם א' הוא, אפוא, כמעמדו של "**עד שותק**" – אם הוא מסרב לחזור על אמרתו הוא כמו עד שותק שהתייצב בבית המשפט, ולכן **ניתן לעשות שימוש בהודאת החוץ שלו גם כנגד הנאשם השני**.

1. המרצה הניח כי ההודאה של **נאשם 1** התקבלה לפי **ס' 12** (לא הוצאה האמצעים פסולים). אם נאשם 1 לא העיד אז נאשם 2 **בטוח** (לפעמים יש לו עדי הגנה לטובתו).



1. **אבל יש גם אפשרות אחרת – ההודאה נפסלה עקב שימוש באמצעים פסולים**. אבל בואו נניח שיש ראיות אחרות חוץ מהודאתו של נאשם 1, והראיות מתייחסות בעיקר לנאשם 1. מה שיש לנו בהודיה המקורית היא **הודיה נ' נאשם 2** (ההודעה שנפסלה) שעשויה להתקבל מכוח **ס' 10א**



*"****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.****"*

לכאורה, אין את העניין של **אמצעים לא חוקיים**. גם היא יכולה להיות מוגשת (אמרת חוץ של עד, במקרה של נאשם אמרת החוץ שלו צריכה לעמוד במבחני הקבילות שאליהם נוספו מבחני **הלכת יששכרוב**).

**מבחינת משקל (מהימנות)**, ביהמ"ש רשאי לשקול בין היתר את **נסיבות מתן האמרה** (סעיף (ב)). למעשה מתקבלים כל התנאים לקבל את אמרת העד מכוח **ס' 10א.**

כשאמרה זו התקבלה (לאחר שנפסלה לפי ס' 12 לפקודה), התביעה **לא תוכל לבקש מביהמ"ש** לקבוע ממצאים נ' בנימין, כי **נגדו האמרה הזו נפסלה**. רק ניתן לבקש שהאמרה **תשמש כראיה נ' הנאשם השני – אהוד**. בשביל כך ביהמ"ש יצטרך לשקול ולהחליט האם הנסיבות בהם ניתנה האמרה מצדיקות להשתמש בה/מצדיקות מתן משקל לה. נצטרך **ראיית חיזוק** כדבר הכרחי (ראיות שלא קשה להשיגן, לא כמו ראיית סיוע).

**יעקובוביץ'** – אב ובן כאשר האשמה היא רצח, כאשר שני היעקובוביצ'ים לפי הטענה לוו כסף מאדם אחד וסירבו לשלם לו. כשהוא בא לגבות הם חנקו אותו, שמו אותו בתא מטען של מכונית וזרקו אותו בוואדי. **מדוע בעיית הכשרות לא מתעוררת ביעקובוביץ'**? האבא שתק במהלך כל החקירה והבן דיבר באוזני מדובב. למה כאן אין בעיה של חוסר כשרות? **כי מדובר בעבירה של אלימות**, שלא כוללת את הכשרות, לכן הבן לא היה יכול להימלט מלהעיד**, ואז עלתה השאלה אם הוא עולה להעיד** כנגד בביהמ"ש, אפילו שהוא לא יעיד כנגד אבא שלו, **יבקש התובע להסתמך על עדות החוץ באמצעות ס' 10א ועדות זו תשמש כנגד האב**.

המדובב ידע עברית אבל לא ידע לכתוב בעברית, ולכן כשהוא יצא מהתא הוא קרא לחוקר ואמר לחוקר שהבן הודה, והחוקר ישב וגבה ממנו עדות, בה הוא תיאר מה אמר לו יעקובוביץ' הבן.

**ס' 10א'** מדבר על אמרה בכתב שנתן עד מחוץ לכותלי ביהמ"ש, **ואין כאן כתב**. אם המדובב היה כותב בעצמו זה אמרה בכתב. הקלטה גם הייתה מהווה, אבל המסירה של הדברים שנכתבו בידי חוקר, בעיני רוב השופטים נראתה כמו **שרשרת עדויות שמיעה ששוללת את העדות**. **השופט קדמי** חשב שאין סיבה לבטל את הקבילות אבל היא נמנעה.

**מצב אידיאלי** – נאשם 1 בוחר להעיד, והודאה כנגדו עומדת במבחני הקבילות, יהיה מדובר במצב אידיאלי בו ס' 10א וס' 12 יחולו יחדיו.

1. **מצב א'** – **עד שמסר הודאה למשטרה כחשוד והסכים להעיד על תוכנה או הסכים להגשתה בכפוף לסעיף 47.** אפשרות השימוש בהודאה נגדו במשפטו. עכשיו מזמינים אותו להעיד במשפט של מישהו אחר, והוא אמר שהוא מסכים להעיד על תוכן הודעתו, או שהוא אומר שהוא מסכים להעיד על תוכן הודעתו כפוף ל**ס' 47** – סעיף המאפשר לכוף אדם שלא מעוניין לענות לשאלה שמפלילה אותו להעיד, תוך הבטחה שהדברים שיאמר במשפט **לא ישמשו כראייה במשפט שלו עצמו**. עכשיו כעבור שנה המדינה מביאה את אמרת החוץ כנגד אותו אדם (למרות שהוא העיד לפי ס' 47). את אמרת החוץ השניה שניתנה בבית המשפט אי אפשר להגיש, אבל את **האמרה הראשונה כן אפשר להגיש** – מעשית בתוכן זה אותו דבר, אבל אחת מוגבלת על ידי ס' 47 והשנייה לא.
2. **מצב ב'** **– עד שמסר הודאה כנ"ל וסירב להעיד בבית המשפט תוך טענה שהדברים מפלילים אותו.** הגשת העדות מכוח **ס' 10 א'** תוך הפעלת **סעיף 47** – הוא סרב להעיד בגלל ההפללה העצמית (כנגד מישהו אחר) ואז ביהמ"ש אומר לו להעיד בכל זאת ויובטח לו סעיף 47 (חסיון השימוש) והוא **עדיין מסרב**. אי אפשר לפתוח לו את הפה בכוח – זה הופך להיות **עד סרבן**, ואם ביהמ"ש סירב להעיד למרות שביהמ"ש חייב אותו, נפעיל את ס' 10א וס' 47. מגישים את אמרת החוץ במשטרה ואמרת החוץ הזו חל עליה **חסיון השימוש**. אז במקום הפרוטוקול מוגשת **אמרת החוץ שלו** שהיא כשלעצמה זוכה לחסיון שימוש.
3. **מצב ג'** – **עד שמסר הודאה במשטרה אך טוען שהושגה באמצעים לא חוקיים** - הגשה כמו במצב ב' תוך שימת לב להוראת **סעיף 10א (ד)**. אני עד סרבן, ואני מתנגד כי לטענתי גבו ממני את העדות באמצעים לא חוקיים. עדיין **תוגש עדותי** לפי ס' 10א (ד) כי מבחינת הקבילות זה לא משנה – הטענה לא תעזור לי. לימים יעמידו אותי למשפט ויבקשו להשתמש באותו מסמך, הפעם מכוח ס' 12 כהודאת חוץ של נאשם – אומר שהיא נגבתה **באמצעים לא חוקים, ואז אם השופט יקבל זאת האמרה לא תוגש.**

**3. הודיה בכתב של נאשם יכולה לשמש אמרת חוץ בכתב של עד כאשר מוסר ההודיה (הנאשם) הוא עד במשפט**

**היחס בין פס"ד יששכרוב ל-ס' 10א' לפקודת הראיות**

**דוקטרינת פסילה יחסית** - שיקול דעת לבית המשפט לפסול ראיה שהושגה שלא כדין.

**ככלל כל ראיה רלוונטית – קבילה.** **אולם** אם קבלת הראיה תיצור **פגיעה מהותית בזכות הנאשם** **להליך הוגן** שלא בהתאם לגדריה של פסקת ההגבלה , **ניתן לפסול את הראיה**. הכל תוך התחשבות בחומרת העניין, חומרת אי החוקיות, מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הלא חוקיים על הראיה שהושגה שיקולי עלות – תועלת חברתית.

ככלל כל ראיה רלוונטית קבילה, אבל אם קבלת הראיה תיצור פגיעה מהותית בזכות הנאשם יכול להיות שלא. במקרה של **יששכרוב** – אם נפגעה זכות ההיוועצות שלו להיוועץ עם עורך דין, נפגעת זכותו של הנאשם להליך הוגן, כי יש כאן ראיה שהושגה תוך בפגיעה בזכות יסוד להתייעץ עם עו"ד. פגיעה זו **אינה בסיס לפסילה לפי ס' 12** כי רצונו החופשי של הנאשם אינו נשלל – נמסרה גרסה מפלילה במשטרה ללא עכבה ולכן לא נוכל לפסול את הודאת החוץ, **אבל כן נוכל להחיל עליה את הלכת יששכרוב** – נפגעה **זכות ממשית** שכתוצאה מכך ההליך שיינקט נגד האדם לא יהיה הוגן.

**עכשיו נשאלת שאלה** – האם הלכת יששכרוב יוצרת **בסיס גם** **לפסול עדות של עד או רק לפסול את עדותו של הנאשם?** אם יש שני חשודים, אומרים לאהוד שיש לו זכות להתייעץ עם עורך דין (אין בעיה עם הקבילות) ולבנימין לא אומרים שיש זכות להיוועץ עם עו"ד אף על פי שהוא חשוד והוא נחקר כך. עכשיו במשפט של אהוד אנו מבקשים להעיד את בנימין שמסרב להעיד, נעשה שימוש **בס' 10א**, אבל אז הסנגור אומר שהאמרה הושגה **בדרך לא תקינה**.

**ע"פ 5002/09 מ"י נ' ז'אנו**: *"****השופט א. לוי*** *– (א) הלכת ייששכרוב אינה מוגבלת לאמצעי פסול בחקירת הנאשם דווקא, שכן תכלית ההלכה לשמש כמניעה לשימוש בראיה שיסודה בחטא. (ב) החלה על עד – רק במקום שהפגיעה בו עוצמתית. (23- 24)"*. נגיד שהרביצו לו ופגעו בזכויות שלו בצורה חמורה! אבל רגע, במשפט של אהוד בנימין הוא **עד**, ואם אנו רוצים להגיש את אמרת החוץ של **עד**, **הלכת יששכרוב לא צריכה לחול על עד!** מקסימום ביהמ"ש ישקול את נסיבות גבייתה בסוף. יש לנו חוק שמאפשר באופן ברור את קבילותה של האמרה גם אם נסיבות גבייתה לא תקינות.

**הלכת יששכרוב ופסילת עדות עד – הגישה של המרצה:**

**דוקטרינת הפסילה ההלכתית תחול על פסילת עדות עד רק אם קבילות העדות הפסולה תפגע באורח מהותי בזכות הנאשם למשפט הוגן; קרי, ביכולת ההתגוננות של הנאשם**

**זה עולה ב2 מקרים:**

**ע"פ 5002/09 מ"י נ' ז'אנו** – **הרב המתחזה**. בקשה לפסול את האמרה של העד כראיה במשפט נוכח נסיבות גבייתה. העד מסרב להגיב ורוצים להשתמש בס' 10א, אבל האמרה נגבתה שלא כדין במהלך התחזות הרב. המרצה היה אומר **שאין לזה קשר**, אין שאלה של קבילות. **ס' 10א'** לא מתנה את הקבילות בתקינות קבלת האמרה. לכן לדעת המרצה בפרשת ז'אנו **אין מקום להשתמש בהלכת יששכרוב ככל הנוגע לעניין העד.**

**ע"פ 1361/10 זגורי נ' מ"י** – המשטרה הצליחה להשיג עדות של עד מדינה, ולפי הדין כל המהלך של המו"מ עם עד מדינה חייב להיות מתועד על לפירור האחרון. צריך שיהיה ברור איך אדם חתם על הסכם עד מדינה. במקרה של זגורי לא נערך תיעוד מלא. העד מסרב להעיד בביהמ"ש, התביעה רוצה להשתמש באמרת החוץ, ואז אני אטען שתפגע זכות מהותית של הנאשם למשפט הוגן – **אין תיעוד**. אם תהיה הסתכמות על עדותו של עד המדינה, אנו לא יודעים אם תהליך קבלת העדות היה כזה המאפשר לפסול אותה. כאן המרצה חושב שהיה מקום להשתמש **בהלכת יששכרוב** – אם מקבלים את עדות העד בהיעדר ההתיעוד שיאפשר לסנגור לתקוף עדות זו, אז תתקיים פגיעה בהליך ההוגן.

במציאות, בשתי התביעות **לא השתמשו בס' 10א ולא עשו את ההבחנה**. זה הרעיון שהמרצה מנסה לקדם.

26.05.19

**שיעור 9**

בנוגע למבחן – רק חקיקה ניתן להכניס למבחן, היא יכולה להיות ממורקרת.

**תוספות ראייתיות**

הכלל לפי שיטת מדינת ישראל הוא **שאפשר להרשיע אדם ולפסוק את הדין** (גם במשפט אזרחי) **על סמך עדות יחידה או ראייה יחידה** שמגלמת את היסודות העובדתיים של התביעה – זה מספיק כדי להרשיע/להשיג סעד אזרחי. אבל **במשפט הפלילי** (ורק בו) יש ראיות שאם הן מוגשות כראיות יחידות **הדין איננו מסתפק ודורש ראיה נוספת**. זאת לא ראיה מושלמת (שיכולה לספק את דרישת הראייה היחידה). לכן יש דרישה לתוספת ראייתית. יש 3 סוגי תוספות:

* דבר מה נוסף.
* סיוע.
* דבר לחיזוק.

**דבר מה נוסף ודבר לחיזוק דומים, וסיוע זה שונה**. נראה מתי הדין דורש את התוספות השונות. הדין דורש את התוספת, וגם אם השופט שמנהל את המשפט משוכנע בנכונותה של ראיית הבסיס, בהיעדר תוספת במקום בו היא נדרשת לא תוכל להרשיע.

**במשפט האזרחי** יש הוראה אחת **בפקודת הראיות בס' 54** שאומר שבנסיבות מסוימות בית משפט שפוסק **בעניין אזרחי** ונסמך על עדות יחידה צריך לתת **הנמקה** איך זה שהוא נותן סעד מכוח עדות יחידה. באופן עקרוני אין צורך בכך במשפט האזרחי ומספיקה ראייה אחת, אבל יש מצבים שבהם היינו מצפים שבהם תהיה יותר מראייה אחת. **לדוגמא** – כאשר העדות שעליה נשענת התביעה היא עדות של קרוב משפחה/בן זוג/שותף לעסק, כל מני טיפוסי עדים שברור שיש להם אינטרס מסוים זהה לאינטרס של התובע, ולכן הדין מתייחס קצת בחשדנות לכאלה עדויות, ואומר שאם השופט החליט לבסס פסק דין על עדות כזו, תראה שאתה מודע לכך שמדובר בעדות יחידה ושבכל זאת יש לך ביטחון מספיק להקנות את הסעד – זה המשפט האזרחי.

**בחזרה למשפט הפלילי** – לתוספות הראייתיות יש ביתה יותר חזקה, ושלושת הסוגים של התוספות הראייתיות נחלקים בעצם ל2:

* **ראיה מאמתת** – **מהווה אמת מידה לבחינת אמיתותה של ההודיה**, לא חייבת להיות בנקודה שנויה במחלוקת. הראייה שנועדה להקנות **ביטחון בראיה הראשונית**. דבר מה נוסף לדוגמא יהיה ביטחון שתקנה אמינות לראייה שדורשת תוספת. ראייה מאמתת צריכה לאמת את הראיה הנתמכת. לפעמים יכול להיות בראיה הנתמכת נתון/עובדה שהוא כלל לא מיסודות העבירה, אבל הצגת הראייה על אמיתותה תקנה ביטחון באמרה כולה.

**למשל – טענת אליבי** – כשהנאשם מודה באמרת חוץ בביצוע העבירה כשיש לה זמן ביצוע מוגדר וטוען בשלב כלשהו שההודאה כוזבת כי הוא לא היה בכלל באזור האירוע בזמן ההתרחשות, אם יש לתביעה ראיה שמוכיחה את הימצאותו של הנאשם באזור העבירה בזמן הנטען, או ראייה ששוללת הימצאותו במקום אחר, אז יש בכך תמיכה/אימות להודעת החוץ אף עלפי שהראייה התומכת כשלעצמה איננה מפלילה – היא רק אומרת שפלוני היה במקום אחד ולא אחר. כך אפשר להעלות על הדעת כל מני נסיבות שהם כשלעצמן אינן מהוות בסיס לאישום פלילי, אבל תומכות. דבר מה נוסף וראיות לחיזוק מאמתות.

* **ראייה מסבכת** – **עצמאית, מסבכת או נוטה לסבך, נוגעת לנקודה שנויה במחלוקת**.

מדובר בסוג שונה – כמו ראייה לסיוע. אם נבודד ראייה זו היא כשלעצמה **מסבכת את הנאשם בעבירה**, לא רק מאמתת את הראייה הנתמכת, אלא גם כשלעצמה היא מסבכת/נוטה לסבך את הנאשם בנקודה מהותית ששנויה במחלוקת.

**לדוגמא** – **עבירת אינוס** דורשת **כפייה** של עצמך כלפי מישהו. עכשיו, כשאדם טוען שזה נעשה בהסכמה אין אינוס/אונס, וכך, אם אביא ראיות שקוימו יחסי מין בין פלוני לאלמונית אין בכך כלום כי ראיות אלו לא תומכות בנקודה עובדתית ששנויה במחלוקת. **המחלוקת היא בהסכמה** – צריך להביא ראייה שתראה את היעדר ההסכמה או שתהיה בה לפחות לסבך את הנאשם. אם הנפגעת תגיע **בוכה** וכואבת לתחנת משטרה ותגיד שפלוני עשה את מה שהוא עשה זה הראייה הראשונית. אם פלוני אומר שיחסי המין נעשו בהסכמה מוחלטת, אז עצם העובדה שהיא הגיעה מיד לאחר מעשה להתלונן ונראתה כפי שנראתה **יכול לשמש לסיבוך הנאשם**. ככל שהראייה מסבכת יותר עוצמתה חזקה יותר.

**דבר מה נוסף** (מאמתת)

תוספת ראייתית שנדרשת **רק לגבי אמרת חוץ של נאשם**, ואין לה עיגון בפקודת הראיות. הוא **תוצר של הפסיקה** – בערעור הפלילי הראשון בישראל (אחד הראשונים) הוזכרה פסיקה אנגלית ישנה שדרשה דבר מה נוסף כדי שיהיה אפשר לסמוך על אמרת חוץ של נאשם במשפט פלילי, והדבר מאוד השתרש.

אנו דורשים דבר מה נוסף כי **החשש להודאות שווא גובר יותר ויותר**. זה נראה לא הגיוני שאדם יודה במעשה עבירה שהוא לא ביצע. זה בטח מקרים יוצאי דופן, וככל שהמעשה חמור יותר כך הדעת סוברת פחות שאדם ייקח על עצמו אחריות למעשה כזה. אם אדם נוטל אחריות למעשה עבירה פלילית על עצמו, או שיש איזה טעם (מגן על מישהו אחר) או שיש לו איזושהי בעיה נפשית או שהופעלו כנגדו אמצעים כופים/קשים.

**המרצה חושב** (ממושב השיפוט) שהטענות לשימוש באמצעים פיזיים/פסולים הולכות ופוחתות, בין היתר משום שגם המשטרה/גורמי החקירה שינו כיוון הם מתבססים יותר על **תחבולות**, החל מתחבולה בנאלית של מדובב והמשך בתחבולות יותר מתוחכמות שכוללות האזנות סתר/תרגילי חקירה. נניח שמתרחש מעשה עבירה עם שותפים (רצח) והמשטרה עוצרת מישהו ומחשידה אותו בביצוע המעשה ומגלה לו אמצעים שיש בידה ומחזיקה אותו כמה ימים ומשחררת אותו, והיא מעריכה/מקווה שהוא יצור קשר עם החבורה שהוא פעל איתו, ועוד ועוד.... התוצאה היא שבסופו של דבר **הצורך בשימוש באמצעים פיזיים יורד והתוצרים של ההודאות פוחתים**. יחד עם זאת מדובר **בדרישה טכנית** של הוספת דבר מה לאמרת חוץ של נאשם והיא נותרה על עומדה.

**הגדרה**: *"אין מרשיעים על פי הודיית חוץ של נאשם, אלא אם כן מצוי בחומר הראיות דבר מה נוסף, התומך* ***באמיתות ההודיה****"* (לאו דווקא ראייה מסבכת). לכאורה ברור שראייה מסבכת היא גם ראייה מאמתת, אבל המרצה יראה לנו בהמשך מצב בו עניין זה עולה לשאלה (שתיקת נאשם במשפט).

בעיקרון **הודעת שווא** יכולה להיות תוצאה של **לחץ חיצוני/פנימי** – לחצים שמופעלים על ידי גורם חיצוני על הנחקר.

* **במקרה של לחץ חיצוני - ס' 12 לפקודת הראיות** מטפל במצב של לחץ חיצוני – הוא דורש מביהמ"ש שכנוע שההודיה הושגה באופן **חופשי ומרצון**. (פיתוי, מכות)
* **במקרה של לחץ פנימי** שלא ניתן לבררו על ידי השופט, נדרש **דבר מה נוסף**. מדובר במצב הנפשי הספציפי של הנאשם, ולכן במצבים אלו נדרש הדבר מה הנוסף.

**בכל מצב של אמרת חוץ של נאשם נדרש דבר מה נוסף** – זאת בגלל שלא ניתן לשלול את מצב הלחץ הפנימי.

**ע"פ 6296/13 אמג'ד נ' מ"י** – ביהמ"ש זיכה רק כי לא נמצא דבר מה נוסף.

דבר מה נוסף נדרש להודיית חוץ של נאשם, להבדיל מהודאה בבית המשפט.

**כיצד נבחנת הודאת הנאשם?**

באמצעות **מבחן כפול**

1. **בחינת ההודאה מבחינה פנימית** – האם ההודאה קוהרנטית/הגיונית, האם היא לא נסתרת מכוח עצמה, האם הדברים שנאמרים בה מתאפשרים באופן סביר ולא מוכח/מתברר למי שקורה את ההודאה שהיא אבסורדית כשלעצמה?
2. **סימנים חיצוניים תומכים שמלמדים על אמיתות ההודאה - המבחן החיצוני** – הדבר מה שנמצא מחוץ להודאה, ולכן אי אפשר שהדבר מה ינבע מהנאשם עצמו, הוא צריך להיות מחוץ להודאה.

יש כאלו שהפרידו זאת (את המבחן הכפול להודאת הנאשם) **למבחן משולש**:

"מי אמר", "מה אמר" ו"דבר מה"

1. **"מי אמר" - ההיבט הראשון** עוסק בזהותו של הנאשם שהודה. הוא שואל מיהו הנאשם. בין היתר נכון לבדוק האם הוא משתייך לאחת מהקבוצות אשר נשקף מהן סיכון מוגבר למסירת הודאת שווא.
2. **"מה אמר" - ההיבט השני** בוחן את תוכן ההודאה, תוך כניסה בעובי הקורה של סיפור ההודאה ובחינת התמונה הכוללת, הן מבחינת פרטיה של ההודאה, והן מבחינת עיתוי מסירתה והקשרה. יש לשקול היטב מה אמר הנאשם.
3. **"דבר מה" - ההיבט השלישי** עניינו המבחן החיצוני והידרשות לראייה חיצונית לנאשם. אלא שיודגש שאין מדובר רק בבדיקת קיומו של "דבר מה נוסף" בעוצמה מינימלית, אלא הקניית שיקול דעת לבית המשפט האם יש להרשיע את הנאשם או לא.

כשבוחנים את "דבר מה נוסף", אומר לנו **פס"ד אמג'ד** שצריך לבדוק **לא רק אם יש דבר מה נוסף**, אלא **אם המציאות גם משקפת דבר מה חסר או דבר מה סותר** – האם בהודאה יש חסר באיזושהי נקודה חשובה? **למשל**, כשנאשם מפרט בהודאתו את דרך גרימת המוות (חניקה) ונתיחת הגופה מראה שהמנוח נפטר **מחניקה וטביעה**? לכאורה מדובר בדבר מה חסר, ועדיין יש חסר מסוים באמרה שלא מסביר את ההתרחשות באופן מלא.

**דוגמא נוספת** – נאשם אומר היכן מוטמנת הגופה, זה דבר מה מעולה. אבל נניח שלא מוצאים שם את הגופה ומוצאים אותה אחר כך במקום אחר, אם זה קרוב זה טעות מובנת, ואם זה קילומטרים רבים זה מראה שהציון שהנאשם ציין לא היה נכון (במכוון או שלא), אבל הפסיקה מציינת שגם כשיש דבר מה חסר/סותר זה לא בהכרח מוביל לזיכוי. **העובדה שהגופה נטמנה רחוק אומר שהדבר מה הזה (מקום הימצאות הגופה) הוא לא דבר מה כי הוא נסתר, אז צריך דבר מה אחר**.

**השופט הנדל** אומר **בפס"ד אמג'ד** שאם דבר מה סותר/חסר היה מביא אוטומטית לזיכוי, הנאשמים היו מוסיפים/מטביעים בתוך אמירותיהם גם פרטים שקריים שמובילים לזיכוי.

בדרך כלל נהוג לומר שהיחס של ההודאה והדבר מה נוסף מהווה "**מקבילית הכוחות**" = יחס הפוך בין משקלה הפנימי של ההודיה לבין משקל הדבר מה הנוסף הנדרש. אם יש לנו אמרת נאשם חזקה שמשקפת חוזק וביטחון באמינותה, אז הדבר מה הנוסף שנידרש לו יכול להיות מוחלש בעוצמתו, אבל תמיד יידרש דבר מה, והפוך – כאשר האמרה לא נראית כלכך קוהרנטית/אמינה על פניה, יהיה צורך בתמיכה יותר חזקה לה.

**מבחנים בסיסיים של דבר מה נוסף**:

1. **מבחן ידיעת הפרטים / מבחן הפרטים המוכמנים** – כאשר הנאשם כולל **תיאור מפורט** של המעשה ויש פרטים **שאינם ידועים** לכל/לרבים ובכל זאת הוא מציינם, זה אומר שככל הנראה הודעתו היא **הודאת אמת** – **לדוגמא**, כאשר הוא יודע לפרט לפרטי פרטים את ביתו של הקורבן. אם הוא ביקר שם רבות אז זה סביר שהוא יודע זאת. אם הוא פורץ וכל מה שהוא אומר זה שיש שם כיריים ומקרר זה לא מחזק, אבל אם הוא מתאר לפרטים את סוג המקרר, תיאור הכיריים אז יש בכך דבר מה נוסף.

אם הנאשם יודע **לשחזר ולתאר** מה הוא עשה – רואים בזה דבר מה נוסף ואפילו יותר מכך, במיוחד אם הביצוע מורכב. יכול להיות שאם הנאשם לא ביצע את המעשה הוא לא יוכל לשחזר אותו.

1. **מבחן הזדמנות מיוחדת** – **לדוגמא**, עניין הריגול שהתבצע בבניין השגרירות במדריד – אתה מוכיח שהוא **ביקר** בשגרירות **באופן תכוף ואין לביהמ"ש הסבר** מדוע עשה זאת, זה בוודאי יכול לשמש את דרישת הדבר מה.
2. **מבחן השתלבות ההודיה במציאות** – ניתן למצוא אזכורים בפסיקה למבחן ההשתלבות, הוא יותר **נדיר** מהבחינה שרוב מעשי העבירה הם **מעשים שמתפרסמים** (שוד/רצח/אונס) ואז העובדה שאדם אומר שעשה זאת ואכן בוצע המעשה היא בספק דבר מה. אבל אם מדובר באירוע שלא קנה לו פרסום ואדם יודע לומר שהוא עשה זאת במועד/מקום מסוים ואכן מתברר שבמקום הזה אכן התבצע מעשה עבירה זה בהחלט יכול להוות דבר מה.

**דוגמאות של דבר מה נוסף:** שחזור אירוע, שקרים בעניין מהותי שהופרכו, כישלון טענת אליבי, ידיעת פרטים מוכמנים, התנהגות מפלילה ומסבכת, הודאה בפרטים מהותיים במהלך דיון / הליכי מעצר, קיומה של ראיה עצמאית נוספת ומסבכת, זהות גרסאות, שתיקת נאשם...

**שתיקת הנאשם כדבר מה נוסף?**

**סעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי** – *"הימנעות הנאשם מלהעיד עשויה לשמש חיזוק למשקל הראיות של התביעה וכן סיוע לראיות התביעה במקום שדרוש להן סיוע"...*

אנו עוסקים במשפט הפלילי – קשור למשפט הידוע של "שתיקה כהודאה". במשפט שלנו שתיקה אינה מהווה הודאה, אבל בסיטואציה מסוימת במשפט **שתיקה יכולה לשמש חיזוק/סיוע לראיות התביעה**. **ס' 162** לחוק הסדר הדין הפלילי מדבר על שלב תחילת פרשת ההגנה. אחרי שמסתיימת פרשת התביעה והנאשם נקרא להעיד (בעיקרון, הוא נקרא ראשון מבין עדיו) והוא מסרב להעיד (שותק). החוק אומר במצב זה שהשתיקה היא חיזוק לראיות נגדו ואפילו סיוע, כלומר, אם יש לנו משפט שמבוסס על עדות של עד מדינה – היא טעונה סיוע (לא דיי בדבר מה).

**אדון גנור** או כל אחד מ3 עדי המדינה (**פילבר**), כל אלה עדי מדינה. תארו לכם שיש רק את עדות עד המדינה. בשלב הראשון של המשפט התביעה מעידה את עד המדינה והוא חוזר על גרסתו – אומר במדויק את מה שאמר בחקירת המשטרה, לתביעה אין ראיות נוספות והיא אומרת שאלו הם עדיה. עורך הדין יוכל לחשוב שהוא יכול לטעון no case to answer, אבל זה לא נכון! **אפשר לעבוד עם עדות הבסיס** (היא מספיקה) **כדי לחייב את הנאשם להשיב לאשמה.**

בעקבות **ס' 162** עלתה השאלה **האם שתיקת נאשם מהווה גם דבר מה נוסף?** דבר מה נוסף זה לא חיזוק ולא סיוע, אז מה הפירוש? למה לא אמרו זאת בפירוש?

**המרצה** אמר שדבר מה צריך להיות ראיה **שחיצונית לנאשם**. הנאשם עצמו יכול להודות באמרות חוץ אלף פעמים, אבל **שום הודיה שלא היא דבר מה להודיה קודמת – צריך משהו חיצוני**. יוצא שלפי ס' 162 שתיקתו היא התבטאות שלו ולא מהווה ראייה חיצונית ולכן היא עקרונית לא יכולה להוות דבר מה. היא כן יכולה להוות סיוע/דבר לחיזוק, כי אלו תמיד נדרשים לעדות שהיא איננה עדות הנאשם. לכן, שתיקת הנאשם ביחס לראייה המסייעת/מחזקת היא אמירה חיצונית. ולכן עלתה השאלה.

**בכל זאת** הקשר הלוגי הזה הניע את השופטים לקבוע **ששתיקת נאשם יכולה להוות דבר מה נוסף**: **פרשת איתי מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי**. **השופטת ארבל** הציעה **שלושה תנאים מצטברים**, במקרים **חריגים**, בהם אפשר **יהיה לראות בשתיקה דבר מה נוסף להודאת חוץ של נאשם**:

1. **במ"ש שוכנע ע"פ מבחן פנימי, שמדובר בהודאת אמת** – המרצה לא מבין איך ביהמ"ש עושה זאת.
2. **במ"ש שלל את האפשרות שהנאשם הודה מלחץ פנימי** – ביהמ"ש התרשם שההודיה לא נבעה מלחץ פנימי.
3. **אין אינדיקציות שהשתיקה בבמ"ש נובעת מלחץ כלשהו** – נראה דומה לדעת השופט.

מאז פסק דין זה לא עולה השאלה האם שתיקת נאשם מהווה דבר מה נוסף או לא – **היא תמיד תהווה דבר מה נוסף**.

**השופט אדמונד לוי** הציע שהדבר ייבדק/ייבחן על בסיס הסרטה/הקלטה של גביית האמרה.

חוק סדר הדין הפלילי שעוסק בחקירת חשודים מחייב להקליט/להסריט כל חקירה שעונשה הוא 10 שנות מאסר ומעלה. חקירת ברמה נמוכה מפשע חמור אפשר לתעד אבל אין חובה.

**סיוע** (מסבכת)

דרישת הסיוע שונה במהותה מדבר מה נוסף ודבר לחיזוק. ראיית הסיוע – מסבכת; האחרות – מאמתות. **3 מאפייני הסיוע:**

1. ***ממקור נפרד ועצמאי***– לא קשורה בראיה המסתייעת/נתמכת.
2. ***הראייה מסבכת או נוטה לסבך את הנאשם****.*
3. ***הראייה המסתייעת מתייחסת לנקודה ממשית השנויה במחלוקת****.*

רק אם אפשר להצביע על שלושת המאפיינים הללו בראיה מסבכת ניתן לומר כי מדובר בסיוע.

עד **שנת 1982** הייתה **דרישה של תוספת ראייתית של סיוע** בנוגע לעניינים הבאים:

1. סיוע **לעדות שותף לעבירה**.
2. סיוע **לעדות קרבן לעבירת מין**.
3. סיוע לגבי **עדות שקר**.
4. סיוע **לעדות קטין ללא שבועה**.

**1. עדות שותף עבירה שהוא עד מדינה** - הכי נפוץ, שותף לסיוע שהוא עד מדינה.

**סעיף 54א(א) לפקודה** – עדות יחידה במשפט פלילי של שותף לעבירה שהינו עד מדינה.

מיהו עד מדינה?

1. שותף **לאותה עבירה**.
2. מעיד **מטעם התביעה**.
3. עדותו לאחר שניתנה או הובטחה **טובת הנאה**.

**לדוגמא**, שהובטח סיקור אוהד בוואלה (אלוביץ'). נמצא עד (פילברג) שיכול להעיד בקשר לכף המאזניים שעוסקת בטובות ההנאה בבזק. כדי שהוא ייחשב כעד מדינה אנו צריכים לבדוק שהוא אמור היה להעיד מטעם התביעה, הובטחה לו טובת הנאה (לא להיות מועמד לדין) והוא היה שותף לעבירה של רוה"מ. אם שלושת תנאים אלו מתקיימים, אז מדובר בעד מדינה.

**אם הוא לא שותף לעבירה אז הוא רק עד תביעה – ואז** **אין צורך בסיוע, ואין צורך בשום תוספת ראייתית**. אם הוא כן עבר עבירה והבטיחו לו לוותר על ביצוע העבירה, צריך לבדוק שמדובר באותו מעשה שמיוחס גם לחשוד/הנאשם העיקרי. **יכול להיות מצב שבו שותף לאותה עבירה לא יקיים את שתי הדרישות האחרות** – כמו אדם שמעיד ללא הבטחת טובת הנאה (ניקוי מצפון).

**עד מדינה לשיטתו** – **ע"פ 7450/01 אבו לטאף נ' מ"י** **ע"פ 1361/10 מ"י נ' זגורי**. בפרשה זו שוכנע שותף לעבירה על ידי איש שמקורב למשטרה שירוץ לדווח על מעשה העבירה של אבו לטאף אחרת אבו לטאף יקדים אותו יהיה עד מדינה. אותו מדובב אמר שיש לו קשרים עם המשטרה ואמר שיסדרו לו מעמד של עד מדינה – לך תעיד, תמסור לחוקרים את מה שאתה יודע, תקדים את אבו לטאף ואדאג לך שתהיה עד מדינה. אותו אדם השתכנע ודיווח לחוקרים על מעשה העבירה שלו ועל מעשה העבירה של אדון אבו לטאף. אותו אדם התבקש להעיד במשפט. **הוא עד מטעם התביעה אך לא הובטח לו כלום** – אבו לטאף אומר שהאדם לא היה מעיד אלמלא המשטרה הייתה יוצרת סיטואציה שבה הוא מאמין שהוא יהיה עד מדינה ואז הוא יעיד.

גם כאן זה פחות או יותר אותו הדבר, אבל **הגורם שהבטיח אינו המשטרה/תביעה** – לא מדובר בגורם מוסמך להבטיח. לכן, הטיעון הוא ל**עד מדינה לשיטתו**. לסברתו של אבו לטאף העד האמין שיהיה עד מדינה ולכן דיבר, ולכן **צריך סיוע**. **ביהמ"ש העליון אמר שהסיוע הטכני לא נדרש** כי **לא הוקנה מעמד פורמלי של עד מדינה.**

ביהמ"ש העליון אומר שיכול להיות מצב שביהמ"ש ישתכנע שהעד מסר את עדותו תוך האמנה עמוקה שיהיה עד מדינה. חוסר האמון של ביהמ"ש במקרה זה יהיה כזה גדול שהוא ירצה לראות ראיית סיוע (לא דרישה פורמלית).

**2. עדות קורבן עבירת מין** - **סעיף 54א(ב)** – **בוטלה** דרישת סיוע, במקומה נכנסה "**חובת הנמקה**".

**3. אישום בעבירה של עדות שקר** – בעבירה של עדות שקר נדרש **סיוע לפי חוק העונשין**. אי אפשר להכריע בעבירה על עדות שקר על בסיס עדות יחידה. אם העדתי במשפט ונקבע שעדותי שקרית, הועמדתי לדין וכך קבע ביהמ"ש, הולך מישהו ומתלונן נגדי על עדות שקר. העובדה שעדותי נקבעה כשקרית לא מספיקה כדי להרשיע אותי בכך, אלא יהיה צורך **בראייה מסייעת**. (לרוב לא עוסקים בהרשעה על עדות שקר, כי כולם משקרים)

**אישום בעבירה של שוחד -** במשפט על עבירה לפי סימן זה [עבירות שוחד] רשאי בית המשפט להרשיע על יסוד עדות אחת, אף אם זו עדות של שותף לעבירה [סעיף 296 של חוק העונשין].

**4. עדות קטינים** – דיברנו על כך ועל המוסד של חוקר נוער. אנא הסתכלו על כך בשיעורים הראשונים ובהפרש הגילאים.

* המרצה רק רוצה לציין שלפי *"****תיקון דיני ראיות*** *(הגנת ילדים), עדות ילדים בהקשר לעבירות מין כלפיהם / שהם עדים להם; עבירות תקיפה כלפיהם / שהם עדים להם; עבירות אלימות בתוך המשפחה או הזנחה של ההורים כלפיהם או שהם עדים להם."* **עד גיל 14** - **עדות מוסרטת של הילד בפני חוקר הילדים תשמש כראייה, ויש צורך בסיוע**.
* חוקר ילדים מעיד במקום הילד – **תוספת סיוע**.
* ילד המעיד ברשות החוקר:

1) עד גיל 12 – **חיזוק**;

2) מעל גיל 12 – **ללא תוספת**.

קטין שנחקר על ידי חוקר ילדים ומעיד בבית המשפט בעצמו הוא כמו עד קטין ובמקום שעדותו עומדת כראיה יחידה בבסיס ההרשעה היא טעונה דבר **לחיזוק**.

**מה יכול לשמש כתוספת של סיוע**?

* **ראשית הודיה** – מצב בו הנאשם אומר "אין לכם ראיות נגדי" או שהנאשם אומר לאנשים אחרים "הלך עלי" - אפשר לראות בכך התבטאות מפלילה אבל לא ראשית הודיה. זה צריך להיות דברים **מסבכים**.
* **שתיקת הנאשם בבית המשפט** – **סעיף 162 לחסד"פ** – אם הנאשם שותק צריך דבר מה נוסף, אמרת הנאשם תשמש כסיוע ועדות עד המדינה היא הרבה יותר מדבר מה נוסף לעדות הנאשם. אם אמרת הנאשם יכולה לשמש כסיוע, גם ראשית הודיה של הנאשם גם היא יכולה לשמש כסיוע.
* **שקרים של הנאשם**: פרטים מהותיים – ברורים – מוכחים מתוך עדות אחרת.
* **ידיעת פרטים מוכמנים** – יכולה לשמש סיוע לפעמים.
* **מצב נפשי / מצב פיזי של קורבן העבירה**.
* **עדות הטעונה תוספת ראייתית של סיוע** – גם עדות שטעונת סיוע יכולה לשמש עדות שטעונה סיוע – אם יש לנו 2 עדי מדינה, כל אחד מהם יכול להוות סיוע לאחר.

**דבר לחיזוק** (מאמתת)

נובע מהוראות החוק הבאות:

* **ס' 54 א (א) לפקה"ר** – **עדות שותף לדבר עבירה** – עדות שותף שאיננו עד מדינה טעונה דבר לחיזוק. אילו היה אחד משלושת עדי המדינה המפורסמים מוותר על מעמד עד המדינה (גנור לא מוגדר לכאורה כעד מדינה אבל עדיין שותף לדוגמא) עדותו תהיה טעונה דבר לחיזוק.
* **ס' 10א' (ד) לפקה"ר** – **הודעת עד שמוגשת במקום עדותו כשהוא מסרב** או מתכחש להודעתו בבית המשפט – אמרת חוץ של עד שהוגשה כשהעד מתכחש לכך.
* **ס' 55 לפקה"ר** – **עדות קטין מתחת לגיל 12 כשהוא עצמו מעיד בבית המשפט** – **אין הגבלה גילאית על עדות ילד**, מהרגע שילד יכול להעיד, אם הוא מתחת לגיל 12 עדותו טעונה דבר לחיזוק.

**ג(1)** "הדבר לחיזוק" הנדרש **בס' 54א(א) לפק"ר**, אינו ראיית סיוע בדרגה חלשה יותר אלא **תוספת ראייתית השונה במהותה מן הסיוע** – תוספת מאמתת שדיי דומה לדבר מה נוסף.

**(2)** הדבר לחיזוק **אינו חייב להיות ראיה עצמאית**, ויכול הוא גם לעלות מן העדות הטעונה חיזוק.

**(3) אין על הדבר לחיזוק להתייחס בהכרח לדברי העד בדבר זהות הנאשם**, ודי הוא כי יאשר את מהימנותו של העד בנושא הרלוונטי לביצוע העבירה.

**ע"פ 92 / 6147 מדינת ישראל נ' יוסף בן שלמה כהן מח (1) 62, עמוד 63** – באיזשהו מקום בוצע שוד בסניף בנק, 3 מבצעים, אחד המתין במכונית מחוץ לסניף הבנק, 2 נכנסו לבנק, אמרו שמדובר בשוד, מילאו שקים עם כסף, יצאו מהסניף, אחד השקים נפתח ושטרות כסף התעופפו באוויר, אחר כך נכנסו למכונית, נסעו ודחפו את המכונית לוואדי, הציתו אותה ונמלטו. אחד מהשלושה **מסר עדות במשטרה לא במעמד עד מדינה, אבל הוא שותף, ולכן עדותו טעונה חיזוק**. הוא סיפר את הסיפור במלוא פרטיו, והתיאור של ההתרחשות בתוך הבנק הלם את מה שקרא לפי החוקרים. אנו יודעים שעדותו טעונה דבר לחיזוק, ודבר לחיזוק זו ראייה שתכליתה לתמוך את מהמנות העד והיא לאו דווקא ראייה מסבכת כשלעצמה. **הנאשמים באו ואמרו שהם לא חולקים** על זה שהיה שוד וזה שהוא התרחש כפי שתואר בביהמ"ש, הם רק טוענים **שלא השתתפו בשוד זה**. נכון שיש דרישה בדין לדבר לחיזוק, רק שהדבר לחיזוק חייב לגעת בנקודה ששנויה במחלוקת – והשאלה שהייתה היא **שאלת זהות המבצעים!**

**ביהמ"ש העליון ברוב דעות אמר שאין ברירה** – הדרישה היא דרישה לחיזוק ולא לסיוע. מבחינת דרישה לחיזוק, אנו רק צריכים להשתכנע שהעד נתן **עדות אמת**. אנו לא צריכים לקבל ראיה שתראה לנו מי הם המצבעים – אנו צריכים להשתכנע **בראיה חיצונית שהפרטים שמסר העד הם נכונים** (ויש ראיות כאלה –השריפה של המכונית והפריצה לבנק ותיעודו). **דעת הרוב הרשיעה את 2 הנאשמים**.

**שופט המיעוט (בך)** הראה כל מני אפשרויות לדבר לחיזוק שעדיין לא יהווה סיוע/לא יהיה ראייה מסבכת של סיוע אבל עדיין יהווה דבר לחיזוק אמיתי שיפתור את השאלה במחלוקת.

**המרצה** מבקש שנקרא את פסק הדין הזה – יש היגיון רב במה שאומר, ואף על פי כן ההלכה היא לפי **חשין**. **דליה דורנר** גם נטלה חלק במשפט הזה והדעה שלה בעיני המרצה קרובה לדעתו של בך אבל היא כן נתנה יד להרשעת הנאשם, ולכן גישתו של השופט חשין משקפת את ההלכה הנכונה.

**מה יכול לשמש דבר לחיזוק?**

1. **כל פרט עובדתי** שמגביר את **מהימנות** דברי העד.
2. מה שיכול להוות **סיוע**.
3. **סעיף 152 לחסד"פ** – הימנעות הנאשם **מלהשיב** לאשמה.
4. **סעיף 162 לחסד"פ** – הימנעות הנאשם **מלהעיד**.
5. **ראיה שלה נדרש חיזוק** יכולה לשמש חיזוק לראיה אחרת הדרושה חיזוק.
6. סירוב חשוד **לביצוע חיפוש** בגופו; בדיקות; וכו'.
7. ידיעת **פרטים מוכמנים** ומסבכים ביחס למעשה העבירה.

**סיוע ("חיזוק ממשי") במשפט אזרחי:**

**ס' 54** – אין צורך בתוספת במשפט האזרחי **אלא אם** העדות היחידה היא עדות של קטין מתחת לגיל 14, בעל דין, בן זוג שלו, הורו או אדם שמעוניין בתוצאות המשפט, או שהתובענה היא נגד עיזבון, קטין, חולה נפש, או שהדרישה היא מעבר לראייה יחידה – הדרישה היא **שביהמ"ש יפרט מדוע הוא מסתפק בעדות יחידה,** וגם זה לא בכל מקרה, אלא רק באחד מ5 הסיטואציות שהמרצה פירט (במצגת, מפורט בקצרה כאן)

**הודאת בעל דין בהליך אזרחי - יש צורך להבחין בין 2 סוגי הודאות**:

* **הודאה פורמלית** - **הודאת בעל דין במסגרת הליך פורמלי בהליך האזרחי**, התייחסות לעובדות במובנן הרחב – כתב הגנה, קדם משפט, בתוך בית משפט במסגרת המהלך הפורמלי שצד למשפט יכול להודות בעובדה. אם הודאת בעובדה בכתב טענות/קדם משפט העובדה אינה טעונה הוכחה.
* **הודאת חוץ** – **אמרות בעל דין מחוץ להליך העיקרי** – יש כל מני הודאות של בעל דין מחוץ למשפט, כמו במקרה ש2 מתנגשים, אדם יוצא מהרכב ואומר שהוא אשם – מדובר במצב של הודאת בעל דין מחוץ לכותלי בית המשפט. מדובר בראייה. יש לשים לב לכך שהודאה מסוג זה היא למעשה הודיה באשמה – מדובר בהודיה באחריות אבל לא הודית בעל דין – הודית בעל דין צריכה להתייחס לעובדה – אני מודה שלא עצרתי בשלט עצור **לדוגמא**. לכן, מהודאת חוץ בעל דין במשפט אזרחי יכול לחזור בו – הוא יכול להתכחש, ואפשר להביא ראיות לסתור אותה. אני יכול להביא ראיות נגד ולומר שהייתי נרגש ובעצם כן עצרתי. ניתן גם להביא עדי ראייה שמעידים שעצרתי. אם אני אומר בכתב הגנה שלא עצרתי בשלט עצור הראייה לא טעונה הגנה יותר, כי אז אסתור את ההודיה הפורמלית שלי.

(דרישת ההודאה בכתב ירדה מהחומר, אין צורך)

16.06.19

**שיעור 10 – נטלים וחזקות**

* **חובת ההוכחה במשפט** : נבחין בין נטל השכנוע לבין חובת הראיה. (**ע"פ 28/49 זרקא נ' היועמ"ש**). הביטוי המקובל בעולם המשפטי הוא "**נטל הראיה**"- על צד מסוים. דיוק גדול יותר יבחין בין נטל השכנוע לבין חובת הראיה.
* **נטל השכנוע**: החובה להוכיח בראיות את קיומה של עובדה ברמת הוודאות הנדרשת על פי הדין - מי שרוצה להוכיח את הטענות העובדתיות שלו במשפט, **עליו לשאת בנטל לשכנע שהעובדות שהוא טוען להן אכן התקיימו.** כיון שהמשפט שלו הוא לפחות דו-צדדי, כלומר תמיד יש צד שכנגד, ולכן השאלה היא:

1. **מיהו זה שחב בנטל השכנוע מבין הצדדים?**
2. **מי מתחיל בשכנוע ובהצגת הראיות שלו?** - בשאלה זו עוסקת **חובת הראיה**: החובה המוטלת על בעל דין להביא ראיותיו (חובה דיונית). מי שנושא בנטל השכנוע יביא ראיותיו ראשון. **זוהי חובה דיונית**, בנוגע לשאלת מהו הסדר התקין במשפט של מי פותח בהבאת הראיות. בד"כ מי שנושא בנטל השכנוע מביא את הראיות ראשון.

* **חובת ההוכחה**- שני הנטלים יחד.
* **מידת ההוכחה**- **רמת הוודאות הנדרשת**. תמיד במשפט צריך להוכיח מעל רמת הסתברות מסוימת. ("מעל לכל ספק סביר", "מכריעה") כלומר עמידה **במאזן ההסתברויות**. (הליך אזרחי, כאשר בין שתי ורסיות יש ורסיה אחת שמוליכה להכרעה, גרסת צד אחד מוכחת ברמה יותר גבוהה מאשר זו של הצד שמנגד). יכול להיות שעם אותה רמת הוכחות של שופט פלוני ושופטת פלונית התוצאה תהיה אחרת לגמרי.

בנושא של **קרוב לוודאי** – בין **98%-100% במשפט הפלילי** (זה לא כתוב בשום חוק חוץ מהמשפט הפלילי) – זה לא המשפט המנהלי.

יש כמה מאמרים של פרופסורים מלומדים שמבינים בסטטיסטיקה, קשים להבנה על ידי המרצה, וזו מגרעת של שופט שהוא לא חושב באופן סטטיסטי.

קיים **מקרה בארה"ב - Harred V Collin** בו גברת קשישה נדחפה, עגלתה נפלה ומישהו גנב לה את הארנק. היא הבחינה בשחור מזוקן שנכנס למכונית ספורט שנהוגה על ידי בלונדינית. היא דיווחה, עשו מערבים ומצאו את הרכב והאנשים. לא מצאו את הארנק, אבל מצאו כסף. מהי מידת ההסתברות שמדובר בזוג האשם? היא לא יכלה לזהות כי לא ראתה תווי פנים. **הסטטיסטיקה** אמרה שלפי **ההסתברות** של מכונית ספורט, תסרוקת זנב סוס, שחור, זקן... עשו מכפלות והתוצאה הייתה שיש הסתברות של 1:1000000 שלא מדובר בזוג האשם. יש כתיבה עצומה על מקרה זה.

* **הוכחה לכאורה** – כוחה של ראיה לעמוד **בנטל השכנוע** – מהי מידת הסבירות שראיה מסוימת תעמוד בנטל השכנוע? אם אני צריך להוכיח עובדה מסוימת, השאלה **אם יש לי לכאורה ראיות** להוכחת עובדה זו, התשובה לכך תלויה בשאלה אם בהנחה שהראיה הזו תתקבל כראיית אמת, יינתן לה מלוא המשקל, **האם היא מספיקה להוכחת העובדה ששנויה במחלוקת**?

**נטל השכנוע בהליך הפלילי**

המרצה מבחין בין 3 שלבים בהליך הפלילי:

1. **נטל השכנוע במעצר עד תום ההליכים** - מדובר במעצר **לפני הרשעה בדין** – מעצר לאורך המשפט, שזה כשלעצמו מצב מאוד לא רצוי מפני שאדם נענש/נפגעת חרותו עוד לפני שהורשע בדין. לכן מתעוררת השאלה מתי/באילו נסיבות/מהי רמת ההוכחה שצריך להוכיח את האישום נגדו **כדי שהמעצר ייחשב לסביר** ולא לפגיעה בזכות חוקתית של האדם להלך חופשי?

**צריך שיתקיימו שני תנאים:**

1. **התקיימות עילת בת-מעצר.** לא כולן בנות מעצר– אפילו עבירות פשע צווארון לבן הן לא בנות מעצר אם לא נובע מהן סיכון לחיי בני אדם או שלומם של אנשים. זה נכון שסכנה לשיבוש הליכי משפט גם יכולה להוות עילת מעצר (בכל העבירות), אבל יש להזיז זאת הצידה – לא שייכת לדיני הראיות.
2. **יש צורך בראיות לכאורה להוכחת העבירה בת המעצר** – מהן ראיות לכאורה? פלונית אומרת שאלמוני אנס אותה ואלמוני אומר שלא עשה כך. **יש לנו 2 גרסאות**, **האם זו ראיה לכאורה?** **כן** – המתלוננת מעידה שאנס אותה. כפי שהמרצה אמר מקודם, אם בסוף ההליך תדברר העדות כאמינה יהיה ניתן להרשיע על בסיסה. **האם היא ראיה לכאורה לשלב המעצר בו הנאשם לא הורשע עדיין?** התשובה צריכה להיות **לא**, מפני שמצד אחד הראיה מצד תוכנה היא ראיה לכאורה, אבל מצד המשקל והאמינות שלה אנו לא יודעים דבר. אז כשמדובר בהגשת כתב האישום, בעצם הגשת כתב האישום (שמשנה את הסטטוס של האדם), ההשלכות המעשיות של שינוי הסטטוס הן לא כלכך רבות. **לעומת זאת**, המעצר הוא פגיעה מידית. לכן, כל עוד אין לנו ביטחון שעדות זו תחשב לאמינה יש קושי בהחלטה לעצור.

שאלה זו עלתה לביהמ"ש העליון ב-**בש"פ 8087/95 זאדה נ' מ"י פ"ד נ (2) 133**, שחוות הדעת העיקרית בו נכתב על ידי **השופט ברק**, והוא אומר שלדעתו ראיה לכאורה בהליך של מעצר היא ראיה שאם תקבל בסוף המשפט את המשקל הראוי ותיחשב לראיה מהימנה, היא ראיה לכאורה מספקת, אלא אם כן אפשר לזהות בה כבר בשלב הראשוני הזה של ההליך ספק טבוע שקשה מאוד להסירו. לא כל ספק – אלא ספק שברור שיהיה קשה לתביעה להתגבר עליו.

**במקרה אחר** אישה הואשמה בכך שהטביעה את בעלה ברכבו בנחל הירקון, אבל היא אמרה שהיא הייתה בחו"ל באותו זמן – אפשר לומר שיש ספק טבוע, והיה קושי לעצור אותה. היו הרבה ראיות שקשרו אותה לביצוע העבירה, ומצד שני יש ראייה שמטילה ספק האם אפשר לעצור. בתביעה עצמה התביעה טענה שהיא נסעה לחו"ל אבל עשתה תרגיל דומה למה שעשה ראש לשכת עורכי הדין – יצאה וחזרה מיד (כמו שעשה אפי נווה) והצליחה להגיע בזמן כדי לבצע את משימת חייה.

**דלייה דורנר** ישבה עם ברק וחלקה עליו בפס"ד זאדה – חשבה שכל פעם שיש גרסאות סותרות צריך לראות את גרסת הנאשם שיוצרת ספק, אבל היא אמרה למרצה שלא הבין את השקפתה והמרצה הוריד מהמצגת את השקפתה של השופט דורנר.

1. **נטל השכנוע בגמר פרשת התביעה (אין להשיב לאשמה)** – סיום פרשת התביעה בהליך הפלילי. בסיום פרשת התביעה יש לנאשם זכות לטעון (לפי **ס' 158 לחסד"פ**) שאין שמץ של הוכחה כלפיו בראיות ולכן הוא **פטור מלנהל פרשת הגנה** ויש לזכות אותו – No Case To Answer (אין להשיב לאשמה).

מהו הרף הראייתי שהתביעה צריכה לצלוח כדי לעבור את שלב זה? או מהו הרף הראייתי שבו הנאשם יצליח בטענתו?

**מבחינת הנאשם** – זה התגשמות האמירה האלמותית: *"אין כלום כי לא היה כלום ולא יהיה כלום."* אבל מה בכל זאת הופך כלום למשהו שבעזרתו התביעה צולחת את השלב הזה? התשובה **ע"פ 7332/76 מ"י נ' כחלון פ"ד לב(1) 170) – (שמגר)** התביעה צריכה להראות שהציגה **ראיות בסיסיות אף כי דלות**. התביעה צריכה להוראות כי הראתה חשד מסוים כלפי הנאשם – המשפט לא הסתיים ויכול להיות שתשיג את מה שחסר לה באמצעות חקירה/ראיות הזמה מסוימות. כל עוד הסיכוי הסביר הזה מתקיים, אין סיבה שלא לחייב את הנאשם לעבור לפרשת ההגנה. **אבל** אם באמת מתברר שמה שהביאה התביעה בראיותיה **אינו מספק** אפילו ראיות בסיסיות (למרות שדלות) – **צריך לבטל**.

* לא צריך להבחין במבחני מהמנות את הראיות – די שהמתלוננת אמרה את מה שאמרה למרות שהגיעו ראיות שיוכלו להטיל ספק בדברי המתלוננת – לא כאן שוקלים מהימנות.

1. **נטל השכנוע בסיום המשפט** - נטל השכנוע מוטל עקרונית על התביעה הפלילית. עליה להוכיח את כל יסודות האישום מעבר לכל ספק סביר. העיקרון נגזר מ"**חזקת החפות**":

*"לא יישא אדם באחריות לעבירה אלא אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר"* **(סעיף 34כב(א) לחוק העונשין.** ראיות נסיבתיות ספק סביר –  **27400-02-12 שעשוע**

**העברת נטל השכנוע אל כתפי הנאשם – סייגים והגנות**

**סייג** – כשאדם פועל בנסיבות שמהוות סייג לאחריות הפלילית, הסייג **מעקר את האחריות הפלילית** – אין מעשה פלילי. **לעומת זאת, במצב של הגנה** – היה מעשה פלילי ואתה **מוגן מאחריות פלילית**.

**למשל** – במצב של אי שפיות הדעת אין עבירה פלילית (סייג). היום אמרו שמדובר בסייג לאחריות וזה כמו מעשה פלילי שביצע ילד מתחת לגיל 12 – זה נראה כמעשה פלילי, אבל בגלל שאין אחריות פלילית לא התקיים מעשה פלילי.

**הדין מקים עוד חזקה** – בעיקרון, כל פעולה שאדם עושה, **חזקה שהוא עושה אותה בתנאים שאין סייג לאחריות פלילית**. אם אדם ביצע מעשה עבירה (רצח), נקודת המוצא היא שהוא לא עשה זאת מתנאים של סייג (אי שפיות הדעת/הגנה עצמית – סייגים). **ס' 34ה' לחוק העונשין** – הנחת המוציא היא שהסייג לא מתקיים**. אז מי צריך להוכיח את הטענה?**

מתברר שהטענה יכולה לעלות **בלי שהנאשם מעלה אותה**. יכול להיות שהתובע כבר ייערך לטענה זו ויתכונן אליה בראיות מתאימות כדי לשלול את טענת הסייג. אבל יכול להיות שהטענה לסייג תעלה **אחרי שמוגש** כתב אישום כשחומר הראיות הגיע להגנה, ואז עולה טענה של אי-שפיות הדעת על ידי בדיקת מומחים, וגם עולה טענה של הגנה עצמית.

**באחד מפסקי הדין של המרצה** (הוא בוטל/שונה כי המרצה כתב שמתוך הדברים שהעיד הנאשם) עולה האפשרות לטענת הגנה עצמית, אבל לא הוא טען אותה, והתביעה לא הגיבה לדבר הזה. אז אמרו למרצה כי הוא היה צריך להעלות טענה זו וליזום את בירור הסייג.

**ס' 34כב(ב) לחוק העונשין**: *"התעורר ספק סביר שמא קיים סייג לאחריות פלילית, והספק לא הוסר, יחול הסייג"*. הסעיף נטרלי – "התעורר", והספק לא הוסר. מי צריך להסיר את הספק? מדובר **במשפט פלילי** ולכן את הספק **צריכה להסיר התביעה**. מי שבדרך כלל יעורר את הספק זה **הנאשם**, אבל לפעמים זה יכול להתעורר בלעדיו – עדי ההגנה ולא הוא.

עכשיו התביעה, כיוון שאיש לא טען את זה **מתעלמת** עד סוף המשפט. אם הנאשם בפרשת ההגנה יחזור על זה שהוא הותקף והגיב להתקפה, עמד בסכנת חיים, ביהמ"ש יצטרך לשאול עצמו האם התביעה הסירה את הספק שהתעורר בתוך הפרשה שלה. ואם הוא לא יטען נגיע למצב שהמרצה היה בו – השאלה התעוררה בפרשת התביעה, היא לא עשתה דבר להסרת הספק, הנאשם לא טען **וביהמ"ש כנראה היה צריך לשאול עצמו** האם יש ביטחון שהסייג התקיים/לא התקיים.

**בקיצור** – כשאנו בסיטואציה של סייג, הנחת המוצא היא **שאדם מתנהג בתנאים ונסיבות שעליהם לא חל סייג**, אבל אם **עולה טענת הסייג** ולא חשוב איך היא מתעוררת, **הסרת הסייג/החשש לסייג מוטלת על התביעה**.

**איך מבחינים בין סייג לטענת הגנה?**

אמת המבחן העיקרית שיש לנו אומרת **שתחולת הסייג היא כללית**. היא לא נוגעת לעבירה ספציפית. שום עבירה פלילית לא תתגבש כאשר המבצע פועל באי-שפיות הדעת/במסגרת הגנה עצמית. אבל טענות ההגנה הן בדר"כ קונקרטיות לסעיפי עבירה מסוימים.

* **סעיף 52ו לחוק ניירות ערך** *– "לא ישא אדם באחריות פלילית...אם הוכיח אחת מאלה*:

*(4) מטרת השימוש במידע פנים לא הייתה, או בעיקרה לא היתה, עשיית רווח או מניעת הפסד לעצמו או לאחר;*

*(9) בנסיבות העניין היתה הצדקה לביצוע העיסקה"*.

ס' זה פוטר/מגן על מי שעשה שימוש במידע פנים בנסיבות מסוימות. אחד מהם – אם השימוש במידע פנים **לא נעשה** למטרת רווח/מניעת הפסד לעצמו/אחר, אלא לצורך עסקה שהחברה עשתה. מדובר בדוגמא **להגנה שלא משתרעת על כל סוגי העבירות** אלא חלה על ניירות ערך.

* "**הגנה**", בהבדל מסייג, **חלה על דין מסוים ואינה כוללנית**. בדרך כלל ההגנה **תפטור** את הנאשם מאחריות פלילית **בשל נסיבה "חיצונית"** (ההגנה שבחוק ניירות ערך פוטרת בשל "מטרת העסקה" או "הצדקה לעסקה" שהן "חיצוניות" בהבדל מ"הגנה עצמית" שהיא נסיבה "פנימית").

על כן בדרך כלל הוכחת "הגנה" מוטלת על הנאשם ברמה של "**עמידה במאזן ההסתברויות**". סייג שלילתו מוטלת על התביעה בעוד נטל השכנוע בעניין התקיימותה של הגנה מוטל על נאשם – זה אחד מהמקרים המעטים בהם הנטל עובר מהתביעה.

**חובת ההוכחה במישור האזרחי**

* מושגי היסוד **זהים** לאלה שבדין הפלילי – גם כאן אנו מדברים על **נטל השכנוע וחובת הראיה**.
* **הכלל: המוציא מחברו עליו הראיה**. היינו יכולים לחשוב שמגיש התביעה נושא בנטל השכנוע בתביעה האזרחית, אבל **זה לא כך**, כי במשפט האזרחי ביטוי זה מתייחס **לכל טענה שכל צד טוען אותה**. מי שטוען טענה שעומדת בניגוד לטענה שמנגד הוא זה שצריך להוכיח. התובע נושא בנטל השכנוע של היסודות העובדתיים של תביעתו, והנתבע צריך לשאת בנטל השכנוע ביסודות העובדתיים של הגנתו. לפעמים הם משתלבים אחד בשני כשהתובע אומר *"הילוותי לנתבע ואני מבקש את פירעון ההלוואה"*, והנתבע אומר שלא לווה דבר, התובע צריך להוכיח את היסוד העובדתי של תביעתו – ממילא הנתבע לא צריך להוכיח דבר (אלא אם יש לו יכולת לסתור אותם, אבל הוא לא צריך להוכיח שלא לווה). אם יש לנו מצב שהתובע אומר "הילוותי" והנתבע אומר שלווה ופרע – יש יסוד עובדתי שנטען על ידי הנתבע שהוא לא פועל יוצא מהיסודות העובדתיים שהתובע צריך להוכיח – הוא צריך להוכיח שהלווה, אבל הנתבע עושה "**הודאה והדחה**" – מודה ומוסיף נתון עובדתי שמסיר את התביעה.
* **למשל: ס' 197 לחוק התכנון והבנייה** מאפשר לבעל קרקע שנפגע מתוכנית בניין עיר (תב"א) **לתבוע פיצוי** בגין הפגיעה מן הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה – נגיד שהמרצה גל בחולון ובקצה השכונה סללו את נתיבי איילון וקרבו את התנועה לחצר ביתי, אני נפגעתי מתוכנית בניין עיר. **אולם סעיף 200 לחוק פוטר את הוועדה** אם הפגיעה נוצרה **בנסיבות מסוימות** כגון קביעת צורת בנייה ומראה חיצוני של מבנים (**סעיף 200(4) לחוק**). (נגיד שהפגיעה היחידה היא בנייה רבוייה (מספר קומות) שעד כה השכונה הייתה בתי קרקע וגגות רעפים – בגלל מראה חיצוני אני טוען שהערך ירד). התובע צריך להוכיח כי הנכס שלו נפגע מן התוכנית ואילו הוועדה המקומית צריכה להוכיח שהפגיעה היא מן הסוג הפוטר אותה מחובת פיצוי .
* אני כתובע אצטרך להוכיח שנפגעתי, ויש טענה מנגד שהתקיימו נסיבות שפוטרות מתשלום הפיצוי, וטענה זו צריכה להיות מוכחת על ידי הרשות הנתבעת [**ע"א 210/88 החברה להפצת פרי הארץ בע"מ פ"ד מו(2) 627**]

מקרה בו שופטי ביהמ"ש העליון לא ידעו מה לעשות - **רע"א 4418/02 מפעל הפיס נ' כהן** (הוכחת המצוי בידיעת הנתבע). אדון כהן זכה בלוטו, וכשהוא הלך לקבל את זכייתו גילה שנותנים לו רק חמישית מהפרס הגדול – אמרו לו שהיו עוד 4 שהצביעו על המספרים הנכונים. הוא אמר מאיפה לי לדעת שזה נכון? אמרו לא שלא מחויבים למסור לו את המידע הזה, ומשלמים רק 20%. הוא הגיש תביעה וגם זכה בה כנראה בטענות של נטל השכנוע (אבל לא במשפט בעליון) – הוא אמר שהוא טוען שלא היו מלבדו זוכים. אם הם טוענים אחרת בבקשה שיוכיחו – הוא לא יכול להוכיח זאת. **ביהמ"ש העליון** שקיבל את הערעור של מפעל הפיס במידה מסוימת – **אין כאן טענה של הודאה והדחה**. אין כאן טענה ונתון נוסף, אלא **טענה מצדך שאתה זוכה יחידי** – **תוכיח את זה, עליך הנטל** (פסק דין מוטעה של ביהמ"ש המחוזי) – אבל כולנו מבינים שיש בעיה – **איך הוא יוכיח? הוא לא יכול**. **השופט גרוניס** אמר שמה שנדרש כאן מהתובע זה להוכיח עובדה שלילית – לא היו זוכים מלבדי. להוכיח שאין לך אחות זה בעיה הרבה יותר קשה מלהוכיח שיש לך אחות, ולכן מידת הראיה (ולא רף הראיה שצריך לחצות אותו) משתנה. **מבחינת כמות הראיה – אפשר להסתפק בראיות מינימליות**. יכול להיות לעצם העובדה שאני מוכיח שאני זוכה אם אין ראיה מנגד זה מספיק לשלב הראשוני... אולי... (עוצמה ראייתית נמוכה). (המרצה ניסה למצוא מה קרה עם זה ולא צלח).

* **נטל השכנוע הולך אחר הדין המהותי** – הדין יכול לקבוע על איזה צד חל נטל השכנוע.

**לדוגמא** – **פקיד שומה** חייב את המרצה בחוב גדול של מס. אשתו אומרת "מה זה משנה? כבר הרווחת", המרצה אומר שכבר שילמת הכל. פקיד השומה שם את הנישום, ולנישום יש מחלוקת. בוודאי שהנישום, כאשר הוא מגיש ערר, הוא בגדר המוציא מחברו והוא צריך להוכיח את טענתו העובדתית שהשומה מופרזת.

**אבל,** **פקודת מס הכנסה אומרת בס' 130** שכאשר עוסק/מנהל פנקסי חשבונות תקינים שבוקרו על ידי רואה חשבון שנתן חוות דעת על הדין והחשבון של הנישום בלי שום הסתייגות, חייב פקיד השומה להראות למה הוא פוסל אותה. בעצם, ס' 130 ח לפקודת מס ההכנסה **מעביר את נטל השכנוע אם ניהלתי ספרים כראוי.**

* **לפעמים החוק משתנה ויחד איתו נטל השכנוע** – **לדוגמא**, **פקודת הירושה המנדטורית** - **סעיף 12** - היא אמרה שביהמ"ש יכיר בצוואה כתובה אם התקיימו כמה תנאים, שביניהם *"שהמצווה לא נפתה לכתוב את הצוואה בתרמית או בכוח השפעה בלתי הוגנת"*.

מהוראת החוק עולה שהמבקש את קיום הצוואה **נושא בנטל השכנוע** **שלא הייתה תרמית**.

**סעיף 30(א) לחוק הירושה** קובע ש**"*הוראת צוואה שנעשתה מחמת אונס, איום השפעה בלתי הוגנת, תחבולה או תרמית – בטלה"*** – מי **שמבקש את קיום הצוואה היום** **לא צריך** להוכיח שהיא נעשתה בתנאים של תחבולה/תרמית, אבל **מי שמבקש לטעון** שהיה תרמית/אונס/השפעה בלתי הוגנת הוא זה שנושא בנטל השכנוע.

**הוכחת טענות הגנה**

* **העברת נטל השכנוע אל הנתבע**.
* "**הודאה והדחה**" - טענת הגנה זו קמה כאשר ה**נתבע מודה בכל עובדות התביעה אך מוסיף טענות עובדה מצדו השוללות את כוח התביעה**. מין טענת "כן, אבל". **למשל** מודה בכך שלוויתי כסף אבל פרעתי. [**ע"א 642/61 טפר נ' מרלה**; **ע"א 8837/05 מרשוד נ' אל שורטי** - בפס"ד זה נידון חוזה מכר של נכס מקרקעין. היו "בקיעים" בטענות משני הצדדים. אולם הקונה החזיק ייפוי כוח בכתב שאמר שהתמורה התקבלה ושזכותו להעביר את הנכס על שמו. ייפוי הכוח הוא ראיה בכתב וסתירתו אפשרית רק על ידי ראיה בכתב או "ראשית הוכחה" בכתב וזאת בהתאם **לסעיף 80 לחוק הפרוצדורה האזרחית העותומני**]. מבחינת המרצה יותר חשוב **פס"ד הראשון** ולא השני שעוסק בסתירה של ראיות בכתב מפני שהמרצה לא יעסוק בעניין סתירת ראייה בכתב.

**נזק ראייתי**

**נזק ראייתי במשפט האזרחי**

*"ככלל, הימנעות צד מהבאת ראיה או מהעדת עד, יוצרת בכך* ***ראיה נסיבתית*** *העשויה להקים לחובתו של אותו צד* ***חזקה עובדתית*** *כי אילו הובאה אותה ראיה, היה בה כדי לפגוע בגרסתו."*

אם במסגרת של תביעה אזרחית אני טוען שחוזה סוים זויף ושונה, ואני הוא האדם שמחזיק את טיוטות החוזה בידיי, והייתי יכול להביא את טיוטת החוזה שאני טוען שזויפה, ונמנעתי מלהביא זאת (למרות שהיא ברשותי) **נגרם פה נזק ראייתי** – לביהמ"ש אין ראיה שיכולה לשפוך אור על העובדות. **מי הניזוק מהנזק הראייתי**? העיקרון של נזק ראייתי אומר שכשהצד שהראיה הייתה ברשותו ויכול היה להביא אותה ונמנע לעשות כן, ההנחה היא שאילו היה מביא את הראיה הזו היא הייתה סותרת את טענתו, כי אחרת אין סיבה להביא את הראיה.

**במשפט האזרחי** אמרנו שזה עובד בדרך הבאה: **גורם במשפט** שהייתה לו **נגישות לראיה** ולא הביא את הראייה (יכלה לסייע לו), ביהמ"ש צריך להניח שאילו הייתה מגיעה הראיה היא הייתה פועלת **לחובתו של אותו צד**, ובהתאם לכך צריך השופט לפסוק.

**נזק ראייתי במשפט הפלילי**

במשפט הפלילי הגישה קצת שונה – צריך להבחין בין 2 סוגי מקרים של נזק ראייתי לנאשם:

1. **גורמי חקירה נמנעו מפיתוח כיווני חקירה שיכלו לטענת הנאשם לסייע בהגנתו** – בהרבה מקרים הטענה היא מסוג *"למה לא חיפשתם ממצאי DNA? תביעות אצבע? שמישהו אחר ביצע את העבירה?"* במקרים כאלו **אין משמעות לדוקטרינת הנזק הראייתי**, וכיווני החקירה שלא פותחו יוכלו לשמש כראיות שמקימות ספק סביר אם אמנם נראה לביהמ"ש שמתקיים ספק. אם בכל זאת הנאשם יכול להראות שהראיות שהתביעה הביאו לא מושלמות והימנעות מכיווני חקירה מצמצמת במשקל ראיות התביעה זה בסדר, אבל לא לומר מלכתחילה שהראיות החסרות פועלות בכיוון ההפוך באופן חיובי לנאשם.
2. **קצת שונה הדבר כאשר מדובר בראיה שהוגשה לביהמ"ש** – כאשר הראיה נמצאת בביהמ"ש ואתה יכול להצביע על **פעולות שהיו צריכות להיעשות ולא נעשו**, כאן מחדלי החקירה **מגבילים באופן ממשי את יכולתו של הנאשם לערער על מהימנותה של הראיה**, ואף על קבילותה. **לדוגמא** – כאשר טוענים שמסמך מזויף, רואים שיש שינויים אבל לא נעשתה בדיקה של מומחה, וזה כן הוגש לביהמ"ש, והנאשם אומר שאילו הייתה נערכת בדיקת מומחה בעוד מועד זה היה יכול להוכיח את הטיעון שלי, כאן, במצבים דברים כזה **צריך לתת לנזק הראייתי משקל גדול יותר**. בסוג זה של מקרים, מן הראוי לאמץ את דוקטרינת הנזק הראייתי באופן המותאם לתכלית ולמבנה הדין הפלילי.

**2869/09 זינאתי נ' מ"י** – קרא לזונה שתקיים איתו יחסים בתמורה לתשלום. הם נכנסו למריבה, ובאמצע הלילה גוף של אדם התעופף ונחת על הרצפה (נהג מונית הבחין) – היא מתה אחרי קפיצה מהקומה השנייה. הוגש נגדו כתב אישום שהוא **דחף אותה** מהמעקה – אשמת הריגה. זו הייתה שאלה ראייתית קשה, הרבה ראיות נסיבתיות, למרות שאיש לא ראה אותו מבצע את פעולת הדחיפה, לרבות נהג המונית. בסופו של דבר האדם טען **שהערבוב של סמים** ואלכוהול גרם לה לתחושה שהיא יכולה לעופף והיא התעופפה – מעין **וונדר וומן** שכזו.

נערך לה ניתוח לאחר המוות ומצאו שאריות של **אלכוהול וסם**, אבל **לא הייתה חוות דעת לגבי השילוב** – האם זה יכול לגרום לאדם לחוש כאילו הוא יכול לעוף באוויר? הביאו מומחה, אבל מומחה לרעלים אף אחד לא הביא. **ההגנה טענה לנזק ראייתי** – אם צריך להוכיח שאין השפעה לסמים ולאלכוהול כדי שתתרחש התופעה, התביעה צריכה להוכיח זאת. **המרצה חשב שאין מקום לזה** – יש מערכת שלמה של ראיות נסיבתיות שנראתה מספיקה, והעובדה שאין עדות מומחה מהצד השולל לא משפיעה כלכך.

**לדעת המרצה** – כיוון שמדובר בראיה שכן הוגשה, בא הפתולוג ואומר שהוא לא שולל את ההשפעה של סמים ואלכוהול, כאן **ביהמ"ש העליון** אמר למרצה שהוא היה צריך לחשוב על הנזק הראייתי בצורה אחרת. (גזרו לו שנתיים על שיבוש ראיות ושלחו אותו הביתה כי שהה שנתיים במעצר)

**חזקות**

החזקה היא **אמצעי הוכחה עקיף** במקום שאין ראיות ישירות להוכחת התרחשות מסוימת. **2 סוגים**:

1. **חזקה שבעובדה** (למשל "חזקת התקינות של המעשה המנהלי) – חזקה זו אומרת שאם אין הוכחה אחרת, המעשה של הרשויות המנהליות נעשה כדין (חזקת התקינות).
2. **חזקה שבדין** - **יכולה להיות ניתנת להפרכה** (לדוגמה: **סעיף 200 – לחוק העונשין** *"גבר הגר עם זונה או שהוא רגיל להילוות אליה דרך קבע או משתמש בפיקוחו או בהשפעתו עליה בדרך שיש בה כדי לסייע בידה או להכריחה לזנות, חזקה עליו שהוא חי על רווחיה, זולת אם הוכח היפוכו של דבר."*) – חזקה שהוא יכול לסתור.

**חזקה שבדין יכולה להיות חלוטה** – **לדוגמא** – *"אם נשלח צו בדואר רשום יש חזקה שהגיע לידי הנמען תוך 48 שעות."* **חזקה זו לא ניתנת לסתירה** – לא משנה איפה היית, החוק אומר שיש חזקה (מעין **פיקציה** משפטית) שהיית מודע לזימון לשירות חובה/מילואים)

**דוגמא נוספת** - **סעיף 20(ב)(2) לפקודת השטרות**: *"אבל שטר שהוא בידי אוחז כשורה, חזקה חלוטה היא שהייתה מסירה כשרה על ידי כל הצדדים שקדמו לו, כדי להחיבם כלפיו"* – אדם שמחזיק בשטר ורוצה לתבוע את החתומים על השטר, **הוא יכול לתבוע כל אחד בשרשרת**. אם הוא אוחז כשורה, יש חזקה חלוטה שמסירת השטר מאחד לשני הייתה בדרך כשרה והוא לא צריך להוכיח שהייתה מסירה כשרה, וכאן אי אפשר לסתור. מדובר בהנחה חלוטה.

**התכלית הראייתית של חזקה**

חזקה ככלי ראייתי מיועדת **להוכיח קיומה של עובדה השנויה במחלוקת**. ההוכחה בנויה משני נדבכים:

1. נדבך הבסיס שהוא **תשתית עובדתית** – כשהיא לעצמה טעונה הוכחה - נדבך שהוא אוחז כשורה.
2. נדבך עליון שהוא בגדר **הסקת מסקנה** (היקש) **עובדתית** מקיומו של נדבך הבסיס – לדוגמא, יש היקש שכל מי שחתום על השטר קיבל אותו כמסירה בדין.

במקום שהחזקה מן הדין ניתנת להפרכה, לא ניתן לסתור את הנדבך העליון (גם אם נסתר נדבך הבסיס). **את הנדבך העליון לא ניתן לסתור**.

* **חזקה שבעובדה אינה מעוגנת בחוק** - חזקה שבעובדה באה לספק את היגיון הדברים כפי שאדם בר הבנה תופס אותם, ואשר, אילו היה השופט מתנכר לו, היה חוטא לשכל הישר ולתפקידו כאחד. **לשון אחר**: חזקה שבעובדה כמוה כראיה נסיבתית שבהתקיימה (נדבך בסיס) ניתן להסיק ממנה התקיימות העובדה השנויה במחלוקת וטעונה הוכחה במשפט. (**בוונדר וומן** הפסיקה של המרצה הייתה שיש ראיות נסיבתיות שהוכחו ומהם ניתן להסיק את העובדה שנטענה על ידי התביעה שהנאשם הוא זה שדחף את הקורבן. אם המסקנה ההגיונית אינה הכרחית ויש מקום למסקנה נוספת, אז לראיה הנסיבתית אין משמעות/תוקף. **בכל פעם שהסקת את נדבך הבסיס – ניתן להסיק את קיומו של הנדבך העליון**.
* **רגילים לומר שהחזקות שבעובדה הן פרי יצירת ההלכה הפסוקה**. יתר החזקות העובדתיות נקבעות על ידי פסקי הדין – כמו **חזקת התקינות/הרגולריות** – חזקה שבתי המשפט הצהירו עליה. **פרופ' פלר** גורס שחזקה כזאת אינה "נורמה", אפילו לא נורמה פסוקה (פלר **"על הקטגוריה של החזקות" (מחקרי משפט יג תשנ"ז – 1996 357**) – כל פעם שמתרחש אירוע שאתה יכול להסיק מעובדות הבסיס שלו מסקנה מסוימת, נוצרה לך מסקנה עובדתית. זה לא שביהמ"ש העליון קבע שכל פעם שמתקיים מעשה מסוים ניתן להסיק ממנו מסקנה מסוימת.

בתי המשפט התייחסו לסיטואציות משפטיות רווחות שבדרך כלל ינבע מהם ההיקש המדובר. **לדוגמא,** **חזקת חזקה תכופה** – כאשר **נגנב רכוש** והרכוש הגנוב **נמצא זמן קצר אחרי** הגניבה בחזקתו של פלוני, ההנחה היא **שפלוני הוא הגנב** או שפלוני לפחות קיבל את הרכוש הזה בידיעה שהוא גנוב. (**ע"פ 831/81 שרף נ' מ"י; ע"פ 480/88 בן דוד פרץ נ' מ"י**) – מוטל על הנאשם נטל השכנוע להוכיח ברמת עמידה של מאזן ההסתברות שלא הוא הגנב או שקיבל בלי לדעת שמדובר ברכוש גנוב – **לדוגמא**, כאשר הרכוש הגנוב הוצע למכירה בחנות שסוחרת ברכוש גנוב, בלי לדעת שמדובר ברכוש גנוב. חזקות שבעובדה הן תוצאה של סיטואציות מסוימות שדורשות **היקש לוגי** שמשתמע מהן, אך לא מדובר בתוצאה של נורמה חקוקה/פסוקה.

**דוגמא נוספת - חזקת מעשה שחיתות**, הנובעת **ממודעות עובד ציבור לצפייה שבמילוי תפקידו יטה חסד למי שנתן לו מתנה** *"קיימת חזקה שבעובדה, שלפיה עובד ציבור יודע שהנזקקים לשירותיו אינם נותנים לו את מתנותיהם, אלא כדי שייטה להם חסד במילוי תפקידו"* (**ע"פ 419/92 מ"י נ' כהן**) – כהן היה חלק מוועד עובדים מסוים שהיה מארגן נופשים לעובדים, והם עצמם היו מקבלים את ההשתתפות בנופש חינם מידי המארגנים, ואגב כך קיבלו מתנות נוספות מהמארגנים כדי שיבחרו בקבוצה זו כדי להעביר את ימי החופש. הטענה הייתה שהיה מדובר בפגישות עבודה, אבל ביהמ"ש אמר שניתנה מתנה ולא בחינם, אלא על מנת שתטו להם – שוחד בסופו של דבר.

* **סתירת חזקה שבעובדה** – **ע"י הקמת ספק סביר**. קיומה של חזקה שבעובדה אינו מעביר את נטל השכנוע על גבי הנאשם.

**חזקה מן הדין**

חזקות שבהן מרכיב היסוד מוגדר באורח ספציפי בחוק, והיא **עשויה להיות מופרכת אם** **הדין מאפשר את ההפרכה**. אם הדין לא מאפשר (חזקה חלוטה) לא ניתן להפריך אותה.

הפרכת חזקה מן הדין שאינה חלוטה **מותנית בעמידה במאזן ההסתברויות**. מרכיבי היסוד של החזקות שבדין הם אפוא **ייחודיים**, **מזוהים מראש** **וקבועים באורח ספציפי בחוק**; בהתקיים המרכיב המיוחד הראשון מתחייב השני, המזוהה מראש אף הוא והמיוחד באופן נורמטיבי. המסקנה הכלולה בחזקה מוכתבת אפוא על ידי החוק עם קביעת החזקה, וניתן לגרוס כי הפרזומפציות שבדין הן דרכי הוכחה **שמניחות במישרין את דעת המחוקק בלי תיווך הנחת דעתו של השופט**.

**המחשות:**

**סעיף 21 לפקודת הסמים המסוכנים**

1. *"העושה אחת מאלה, דינו – מאסר עשרים וחמש שנים ...:*
2. *נותן לקטין סם מסוכן;*
3. *בהיותו אחראי לקטין מניח לו להשיג סם מסוכן או להשתמש בו;"*

- משדל קטין להשיג סם מסוכן או להשתמש בו.

**סעיף 24 לפקודה**

*"חזקה על אדם שעבר אחת העבירות לפי סעיף 21 אם עשה אחת מאלה:*

1. *נתן לידי קטין או לאחר בשבילו כלי הנועד לשימוש בסם מסוכן;*
2. *הזמין קטין למקום שבו רגילים אנשים להשתמש בסמים מסוכנים;*
3. *הזמין קטין למקום שבו יכול הקטין להשיג סם מסוכן או להשתמש בו;*
4. *הפנה קטין למקום כאמור בפסקאות (2) או (3) או עיכב אותו במקום כאמור."*

**אין קביעה** שהחזקה ניתנת להפרכה לכן **יש לקבוע שזו חזקה חלוטה**.

אם נתת לקטין את הכלי הזה **קמה חזקה שנתת לקטין סם מסוכן**. אותו הדבר אם מתקיים המצב השני, שלישי או רביעי. בהוראת הדין הזו (בס' 24) **אין אמירה שניתן לסתור חזקה זו**, הדין לא מניח אפשרות לסתור אותה ולכן היא חזקה חלוטה. אם יש הוכחה ששלמה מסר כלי שבאופן מובהק מיועד לשימוש בסם, מעצם העובדה שהוכחת את זה הוכחת את העובדה שפלוני נתן סם מסוכן. הדין יוצר כאן את החזקה החלוטה ומקנה לתביעה כלי ראייתי להשתמש בו.

**סעיף 31 לפקודה - שורת חזקות הניתנות לסתירה**

*"במשפט נגד אדם על עבירה לפי פקודה זו או תקנות לפיה –*

1. *הטוען שבידו תעודה, רשיון, היתר, רשומה או מסמך לענין פקודה זו – עליו הראיה;* - אם קיבלתי קנאביס רפואי – אני צריך להוכיח **שיש לי היתר**. יש חזקה מן הדין שסם מסוכן אסור להחזקה, ואם אני טוען להיתר צריך להוכיח.
2. *היה המשפט על עבירה לגבי סם, חזקה על הנאשם שידע כי הסם הוא מסוכן, והטוען להגנתו שלא ידע על כך – עליו הראיה*; ההנחה של הדין הוא **שידעתי שהסם מסוכן** אבל הדין מעניק לי **אפשרות להפריך זאת**..
3. *מי שהחזיק סם מסוג המפורט בתוספת השניה בכמות העולה על הכמות המפורטת לצידו – חזקה שהחזיק בסם שלא לצורך צריכתו העצמית ועליו הראיה לסתור;* - **כך גם כל היתר**.

(6) *קבע בית המשפט לפי סעיף 36א(ב) שנידון הוא סוחר סמים –*

*(א) כל רכוש של אדם כאמור, ורכוש של בן זוגו ושל ילדיו אשר טרם מלאו להם עשרים*

*ואחת שנים, וכן רכוש של אדם אחר שהנידון מימן את רכישתו או העבירו לאותו אדם*

*ללא תמורה, ייראה כרכוש של הנידון שהושג בעבירה של עסקת סמים, אלא אם כן*

*הוכיח הנידון אחד מאלה:*

*(אא) האמצעים להשגת הרכוש היו חוקיים;*

*(בב) הרכוש הגיע לידיו או לידי בעליו לא מאוחר משמונה שנים שקדמו ליום הגשת כתב*

*האישום בשל העבירה שעליה נדון;*

פס"ד על פי ראיות פסולות – המרצה מוריד לנו (לא הספיק)

**דגשים למבחן** – אין למרצה מבחן לדוגמא כי כל השאלות שהמרצה שואל הן שאלות חסויות, נעשה שימוש חוזר במאגר. ראשית ישלחו שאלות 2-3 לדוגמא. השנה יישאלו **רק שאלות אמריקאיות** (יתרון וחיסרון) השנה נעשתה בדיקה בנוגע לשאלות משנים עברו ואיתרו את השאלות שענו עליהם טוב – ויצא 17 שאלות שאחוז המענה הנכון עליהם היה חיובי. הפעם יכול להיות שיהיו 25 שאלות – צריך לקחת 17 שאלות קלות ועוד 8 שאלות ברמה מאתגרת. השאלות של המרצה הם מין קייסים קטנים יש שעתיים – אולי שעתיים וחצי.

**מותר להכניס כל דבר חקיקה**, מותר להכניס את פקודת הראיות וסעיפי חוק אחרים שהוכנסו – שאים למרקר כמה שרוצים את הוראות החוק, רק לא להוסיף הסברים/דברים בכתב, ולא חומרים מתוך המצגות. לא מדובר בשאלות מסובכות, רק צריך קצת להתרכז. תמיד המרצה היה מקבל את התוצאות והיא הייתה מנרמלת. מחר המרצה יכין את הבחינה וישתדל שזה לא יהיה קשה מידי. כל המענים לשאלות נמצאים בתוך השקפים (לא צריך חומר חיצוני). כן יש כמה פסקי דין שישלחו אלינו שהמרצה היה רוצה שנדע אותם בערך ברמה שהוצגה במצגת ואולי קצת יותר. בוודאי שלא צריך לדעת את כל פסק הדין, אלא רק בחומר שלנו מתוך פסק הדין (כמו נזק ראייתי).

**סילבוס יש לנו נראה למרצה, אבל הוא יצמצם אותו**, ובוא יהיו פסקי הדין שהוא רוצה שנדע, וכל האחרים יורדו (הסילבוס לא יהיה אתנו בבחינה).

המרצה לא ישאל מה אומר פס"ד יששכרוב, אבל הוא כן יכול לומר אמה פס"ד אומר – 4 אופציות...

המרצה לא יישאל "ההלכה שדוקטרינת הפסילה ההלכתית עולה מאיזה פס"ד" – לא מעניין את המרצה בזכירת המספר/שם, אלא ההלכה. זהו בערך. אני אהיה בבחינה ואענה לשאלות. מאחל לנו בהצלחה גדולה בבחינה ובבחינות ובחיים.