



דיני ראיות

פרופ' עודד מודריק

תוכן עניינים

3	מבוא
11	חסיונות
12	עקרונות
12	חיסיון לטובת הציבור/המדינה
16	חיסיון מפני הפללה עצמית וזכות השתיקה
19	חיסיון עו"ד-לקוח
20	חיסיון בנקאי
21	חיסיון מסמכים משפטיים
22	חיסיון מקורות עיתונאים:
23	עדות מפי השמועה
23	הגדרה
23	חריגי הפסיקה
23	אמרות נפטרים
24	חוות דעת מומחה
24	רס גסטא (Res gestae)
25	חריגים חקוקים
25	ס' 9 לפק"ר – אמרת עד בעת ביצוע העבירה:
25	ס' 10 לפק"ר – אמרה של קורבן לאלימות
26	ס' 10א לפק"ר – אמרת עד מחוץ לביהמ"ש
29	ס' 11 לפק"ר – הוכחת אמרה של נאשם
30	ס' 12(א) לפק"ר – הודיה
31	הלכת יששכרוב
34	אמצעים פסולים
38	תוספות ראיות
38	דבר מה נוסף
41	סיוע
44	דבר לחיזוק
45	סיוע ("חיזוק ממשי") במשפט אזרחי
45	הודעת בעל דין בהליך אזרחי:
46	נטלים וחזקות
46	נטל השכנוע בהליך הפלילי
47	העברת נטל השכנוע אל כתפי הנאשם – סייגים והגנות
47	חובת ההוכחה במישור האזרחי
48	נוק ראיתי

מבוא

דיני הראיות מסדירים את אופן הוכחת העובדות בביהמ"ש. הם מסדירים עובדות שנויות במחלוקת, שיש צד אחד לפחות שלא מסכים עליהן. אם למשל יש צד שמודה שקיים מערכת יחסים עם פלונית אבל טוען שזה היה בהסכמה, על התביעה להוכיח שלא הייתה הסכמה.

אין צורך להוכיח את האקט עצמו (הבעילה) כיוון שהצדדים מסכימים שהיה, אלא יש להוכיח שלא הייתה הסכמה וכי למעשה היה אונס – הנטל הזה מוטל על התביעה. עצם הבעילה ועצם יחסי המין, מצויים מחוץ לדיני הראיות שלא מעוניינים בהם כי יש הודאת בעל דין.

לכן הוכחה היא שכנוע של ביהמ"ש בשאלה עובדתית השנויה במחלוקת. ההוכחה מתבצעת באמצעות ראיות, יש כמה סוגים ואמצעים של הוכחה. לרוב באמצעות: עדים, חפצים ומסמכים.

יש ראיות דוגמת טביעות אצבע שהן לא בדיוק חפץ או מסמך.

נתעסק בעיקר בראיות מסוג **עדים וחפצים**. לגבי מסמך, יש דרך להתמודד אתו אבל הדרך הזו היא מעטה.

על-מנת להתמודד עם ראיה של מסמך יהיה ניסיון להוכיח שלא מדובר במסמך אותנטי. אולם זה מצב קשה מכיוון שרוב רובם של המסמכים מקוריים והם לא מהווים בעיה. כמוכן שחלקם מזויפים ולא נאמן למקור אבל מדובר על אחוז קטן מהמסמכים.

לעניין חפצים – אם חפץ הוא ראיה, דוגמת סמים או אקדח שמביאים לביהמ"ש, הם מעידים בעד עצמם. אולם, אם יש צורך להוכיח שהאקדח תקין ושניתן לירות בו, יביאו חו"ד של מומחה שיהיה על-תקן עד שמעיד על טיב האקדח.

סיפור מקרה

שני שותפים – ישראלי וקולומביאני הורשעו בבית המשפט המחוזי בעבירה של קשר לסחר ולהספקת סם מסוכן, וכן בהחזקת סם מסוכן. הישראלי ביקש מהקולומביאני להגיע לישראל עם מזוודת סמים על-מנת שיפיץ אותם בישראל ואכן כך היה: השני הגיע מקולומביה עם סמים והראשון קיבל את פניו בשדה"ת, טייל אתו בת"א ובירושלים ולמחרת לקח אותו לתחנת הדלק בגני-יהושע, שם פגשו ישראלי נוסף שקיבל דוגמית של הסם מהקולומביאני ע"מ לעמוד על טיבו של הסם. לאחר מכן הסם הופץ, ולאור ה"הצלחה", השותפים החליטו לעשות ייבוא נוסף של סמים לארץ. הקולומביאני התקשר לבלדר מקולומביה וביקש ממנו להגיע לארץ עם מזוודה נוספת מלאה בסמים. כשהגיע, אספו אותו השניים ונסעו אתו למלון ברח' בן-יהודה בת"א. המשטרה, שידעה מבעוד מועד על הברחת הסמים ארצה, עקבה אחרי השניים, וצוות בלשים תפס את הבלדר בדיוק בשלב מסירת מזוודת הסמים לקולומביאני.

צוות בילוש נוסף עקב אחרי הישראלי שנכנס באותם רגעים של התפיסה לבית-קפה סמוך. כאשר התקבלה הודעה על תפיסת מזוודת הסמים ומעצר הקולומביאנים, נעצר גם הישראלי והוא הובא למשפט. השותף הקולומביאני להברחה נשבר בחקירה והסכים להעיד נגד הישראלי.

על דוכן העדים עמד הקולומביאני ונחקר בחקירה נגדית (יילמד בהמשך) ע"י סנגורו של הנאשם הישראלי. שואל אותו הסנגור האם התחנה הייתה מלאה בכלי רכב ואנשים כשפגש את הישראלי? (הוא שאל אותו את השאלה הזו כמה פעמים). השאלה הבאה הייתה – מה עשה הישראלי לאחר שמסר לו את דגימת הסמים? הוא השיב שראה את הישראלי הולך לצד השני ולא ראה מה עשה שם כי ירדה החשיכה. הוא נשאל כיצד עבר – בריצה או בהליכה? השיב שבריצה. הוא נשאל האם בטוח שהייתה חשיכה? הוא השיב שכן.

הסנגור הסביר את מהות השאלות ששאל בכך שהפרשה התרחשה בתאריך מסוים (לפי המועד שבו נחתה הטיסה בשדה התעופה בישראל) ולפי מה שנאמר, במשך יום ולילה הם הסתובבו בין ת"א לירושלים והגיעו אל תחנת הדלק. הסנגור הוציא לוח שנה והראה שהתאריך המדובר הוא ערב יום כיפור ולא סביר שבתאריך כזה, ובשעה כזו – התחנה תהיה הומה בכ"כ הרבה מכוניות ואנשים, ומכאן שניתן להסיק כי הקולומביאני בודה דברים מלבדו.

בנוסף, הסנגור שלף מכיסו מערכת צילומים מודפסים והראה לשופט שבין חלקי השדרה, על רח' רוקח, הפרידה גדר שהיא מספיק גבוהה כך שלא ניתן לרוץ בין הקצוות כפי שהקולומביאני תיאר, והמעבר הוא רק דרך מעברי חצייה מסודרים שלא נמצאים מול תחנות הדלק ולכן העד משקר.

זה מה שהטריד את השופט (יותר מהתאריך) – סבר שהעד התבלבל ביום אחד אבל לא ניתן להתבלבל בעניין של הגדר. השופט (פרופ' מודריק) הנחה למותמחה שלו, שבדרך הביתה יסתכל על הגדר ויבחן האם ניתן לעבור שם בריצה או לא. המתמחה אמר לו יום אחרי זה שלא ישן בבית ולכן לא בדק. יום לאחר מכן אמר לו ששכח ויום לאחר מכן אמר לו ששוב שכן. השופט נסע בעצמו וראה שיש פרצה גדולה מאוד בגדר בדיוק מול תחנת הדלק כך שאין בעיה לעבור בריצה. השופט ניסה לשכנע את התובעת להביא את מהנדס העיר לעדות, היא לא הבינה למה. התעוררה מחלוקת בין הצדדים – מה מידת המרחק בין בית הקפה בו ישב הישראלי לאחר שהוריד את חברו למקום בו נעצר הישראלי? התביעה טענה שזה מרחק של 500 מ' בעוד הסנגור טען שיש לפחות ק"מ. זה חשוב כי מרחק של 500 מ' וקילומטר בקו אווירי – יש הבדל שמתבטא גם בזמנים וייתכן שזה יכול לזכות אותו.

השופט הורה לצדדים להביא מומחה לבדוק את המרחק. הסנגור טען שלא צריך משום שזה "מפורסמות שלא צריכות ראייה", כלומר – אין צורך להוכיח את מפת ת"א שידועה לכל. כולם יודעים מה המרחק בין מקום א' למקום ב' בת"א. השופט אמר לו שהוא צודק, זו באמת מפת ת"א ואם היא כה מפורסמת, אז הוא יודע שהיה חור גדול בגדר – כי זה מן המפורסמות, זו ראייה והשופט יודע. הסנגור ניסה להתווכח אבל השופט ביסס את החלטתו בכך שהידיעה הזו שמן המפורסמות תומכת בעמדת העד הקולומביאני.

מונחים חשובים:

- **רלוונטיות/שייכות** – ראייה שאינה רלוונטית למשפט או לדיון, אין צורך להשתמש בה. בדוגמת האונס יש מחלוקת לעניין ההסכמה ולא לעניין עצם קיום הבעילה. אם התביעה תביא ראיות שאינן קשורות (לדוג' – הקורבן סטודנטית מצטיינת), השופט לא יסכים לקבל את הראיות כדי להוכיח את העובדה ששנויה במחלוקת. אם ההגנה תביא ראיות לכך שהשניים קיימו פעמים רבים יחסי מין, והתלונה באה על המקרה האחרון שלפי הטענה היא נאנסה, נשאלת השאלה – האם יש לכך רלוונטיות? העובדה כי השניים קיימו יחסים לפני כן, לא מעידה שום דבר לגבי המקרה הספציפי, אך כן יכול להיות שהדבר יכול להשפיע על מהימנות העד. הנאשם יכול להגיד כי הוא הסיק כי יש הסכמה בגלל הפעמים הקודמות, השופט יכול עדיין שלא לקבל את דבריו, אך הוא לא יכול להתעלם מההסכמות הקודמות לגמרי. מה קורה אם בכל זאת ראייה שאינה רלוונטית נכנסה לתיק ביהמ"ש? מעשית לא קרה שום דבר מלבד הגברת עומס על ביהמ"ש.
- **מהימנות** – עד יכול להיות מהימן אך העדות שלו אינו אמינה. למשל: מישהו שסובל מקוצר ראייה אך מעיד על משהו שהוא ראה. העדות שלו לא בהכרח אמינה, למרות שהוא עצמו כן אדם מהימן. גם לעניין עדים מומחים – אחד מהם בעל שיעור קומה והשני פחות. שניהם מגישים חו"ד דומה, אך חו"ד של המומחה הגדול יותר אמינה ומהימנה לעומת החו"ד של השני, גם אם הם רשמו את אותו הדבר.
- **משקל** – אם מערכת עדי המדינה מעידה באופן מוחלט על מעשי העבירה שביצע הנאשם, ואילו האחרון לבדו יחד עם העדים שלו סותרים את העדות הראשונה, לאיזו מן העדויות ביהמ"ש ייתן את המשקל הגדול יותר? משקל – גם אם הראיות קבילות, מהימנות וקבילות יש עדיין את שאלת המשקל – לאיזה עדות בוחר ביהמ"ש לתת משקל גדול יותר? העדויות שמקבלות משקל מלא הן בסופו של דבר העדויות המכריעות. מה שמשפיע על המשקל שניתן לעדויות הוא הנסיבות העובדתיות ודרך מתן העדות.
- **קבילות** – טענה טכנית שמנעת מן הראייה לקבל כרטיס כניסה לכותלי ביהמ"ש. גם אם נכנסו לתוך התיק, דינן להיפסל. למשל: ראיות חסויות.
- **דיות** – "לא על פי שניים דברים יקום דבר אלא עדות אחת מספקת" – הדבר נכון באופן מלא במשפט האזרחי. הוא לא לגמרי נכון במשפט הפלילי. שכן במשפט האזרחי ניתן להסתפק בעדות אחת (ס' 54 לפקודת הראיות). לדוגמא, במשפט הפלילי החוק (ס' 54א) דורש שלעדות של עד מדינה תהיה תוספת ראייתית כדי ששני הדברים ביחד ישלימו את דרישת הדיות בכדי להרשיע, אם ביהמ"ש ייתן בהם אמון. ייתכן שיש גם עד מדינה וגם ראייה, אך ביהמ"ש לא יקבל את העדות של עד המדינה, או שהוא מקבל דווקא את טענות ההגנה על פני עדויות התביעה ולכן ההרשעה אינה אוטומטית.

ס' 1 לפקודת הראיות – סמכות להזמין עדים: "מותר להזמין כל אדם ליתן עדות שהיא קבילה ושייכת לעניין; והוא, כשאין הוראה אחרת בפקודה זו".

החובות הנובעות מכך:

1. חובת התייצבות (ס' 73 לחוק בתי המשפט).
 2. חובת מסירת עדות (פק' ביזיון ביהמ"ש + ס' 241 לחוה"ע).
 3. חובת מסירת עדות אמת (ס' 237 לחוק העונשין).
- ניתן להזמין כל אדם לתת עדות שהיא קבילה ושייכת לעניין, אלא אם קיים סייג מפורש בדין.

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

ס' 3 – סייג לעדותם של בני-זוג: "במשפט פלילי אין בן זוג כשר להעיד לחובת בן זוגו, ואין כופים אותו להעיד לחובת אדם המואשם יחד עם בן זוגו בכתב אישום אחד."

ס' 4 – סייג לעדותם של הורה וילד: "במשפט פלילי אין הורה וילד כשרים להעיד האחד לחובת משנהו, ואין כופים אחד מהם להעיד לחובת אדם המואשם יחד עם משנהו בכתב-אישום אחד."

חריגי הכשירות – קרובי משפחה (ס' 3-4 לפקודה)

במשפט פלילי בן זוג/הורה/ילד אינו כשיר להעיד לחובת בן זוגו/ילדו/הורהו, ואין כופים אותו להעיד לחובת אדם המואשם ביחד עם בן זוגו, הורהו או ילדו בכתב אישום אחד.

במשפט פלילי, בעקרון, אי אפשר שבן זוג/הורה/ילד יעידו האחד כנגד השני. רק בני הזוג בינם לבין עצמם, וכנ"ל לגבי ההורים והילדים, אך אין מניעה שאחים יעידו אחד נגד השני או קרובי משפחה אחרים שמחוץ למשפחה הגרעינית. אולם, במשפט אזרחי אין את המניעה הנ"ל.

ישנם חריגים לס' 3-4 בס' 5(ב): "הסייגים שבסעיפים 3 ו-4 לא יחולו על עדות של אדם שהגיש תלונה נגד בן זוגו, ילדו או הורהו, לפני העניין, במשפט פלילי בעניין אותה תלונה, בין שהוא הראשון שהגיש תלונה באותו עניין ובין שהוגשה כבר תלונה באותו עניין בידי אדם אחר".

למשל ילדה שנאנסה ע"י אביה והגישה נגדו תלונה, היא תוכל להעיד נגדו, למרות ההוראה של ס' 3-4. אך אם התלונה הוגשה ע"י שכן שראה את האונס, הילדה לא תהיה עדה כשרה (במשפטי אונס או אלימות מסוג אחר יכולה להיות מושמעת עדות גם ע"י מי שלא התלונן – יידון בהמשך).

פרופ' מודריק מציין כי מדובר בהוראה חדשה יחסית ולאורך שנים הוא לימד את הקורס מבלי שהייתה את ההוראה, והדבר כמובן יצר ואקום משמעותי בכל הנוגע לעדים.

(להשלים את הסיפור של סוחרי הסמים עם היהודייה שהתחתנה עם המוסלמי והקאדי אישר את זה למרות שהם לא התחתנו באותו מקום).

כאמור, הכלל חל רק על עדות בבית המשפט אך לא על קרובי משפחה:

• **עדות כנגד שותף של קרוב משפחה – ע"פ 611/80 מטוסיאן נ' מ"י**

שני אנשים הואשמו בשוד. אחת מנשות הנאשמים העידה שבזמן השוד היא שהתה בזירה יחד עם בעלה וכי הנאשם השני בשוד הוא זה שביצע בפועל את הפשע, ובכך היא למעשה הטילה את כל האשמה עליו ופטרה את בעלה מהשוד. אולם, היא לא ידעה כי בזמן החקירה של בעלה, הוא אמר שבעת השוד הוא היה בעיר אחרת.

למעשה, האישה פוגעת בבעלה בכך שהיא לא חושבת על כך שהוא מסר אליבי והיא שוללת את האליבי בעצם עדותה שהוא שהה עמה. הגבר הזמין להעיד אותה בביהמ"ש כדי שהיא תטיל את ביהמ"ש על השותף ולא עליו, ושם ההגנה טענה כי היא עדה לא כשרה מכיוון שבעצם עדותה היא למעשה מפלילה אותו והדבר נוגד את ס' 3-4. התביעה צריכה לנסות ולהכשיר את העדות שלה, כך שנטענה טענה – כיצד הם יעשו זאת?

התביעה יכולה להסתמך על הסיפא של הסי' שקובע כי לא מחייבים אותה להעיד נגד בן-זוגה, שבו יש לצד הנאשם עוד נאשמים, אך אם היא רוצה להעיד נגד השותף היא יכולה לעשות זאת ובכך היא עדה כשרה. אי אפשר לחייב אותה ואכן לא חייבו אותה, אלא היא התנדבה מתוך רצון להגן על בעלה ולזכות אותו. הסניגור בא וטען נגד טענת התביעה כי אמנם לא חייבו אותה להעיד נגד השותף, אך נגד הבעל מעיקרה של ההוראה לא ניתן להעיד.

השופט שמגר: יש שאלה לעניין כשרותו של עד. שמגר קבע כי אכן מלכתחילה לא ניתן להכריח את האישה להעיד נגד בעלה ואם אכן היו מכריחים אותה, היא לא הייתה עדה כשרה. אולם, מרגע שהיא העידה מרצון היא עדה כשרה, שאלת חוסר הכשרות נפלה והשאלה כנגד או לזכות מי העידה היא לא רלוונטית.

• **עדות לזכות קרוב משפחה – ע"פ 228/87 כרמי נ' מ"י**

מקרה של אב ובתו (שניהם אנשים מבוגרים) שטסו לבלגיה והביאו משם מזוודה מלאה בסמים שהבת נשאה איתה. כנראה שלמשטרה היה מידע מקדים מכיוון שהם חיכו להם כשירדו מהמטוס – עצרו אותה, פתחו את המזוודה והראו לה את תוכנה. אביה גם הוא היה איתה באותה טיסה, והוא טס ללא מזוודה. הבת העידה בחקירתה כי אביה ביקש ממנה לקחת את המזוודה ודרש ממנה שלא לבדוק מה יש בתוכה. היא חשדה שמדובר במשהו מפוקפק, אך מכיוון שהם הגיעו מבלגיה היא חשבה שמדובר ביהלומים, ולא חשבה שמדובר בסמים. האב שתק לגמרי בחקירה.

שניהם עלו למשפט והיא העידה כי לא הייתה לה מודעות לתוכן המזוודה. הסניגור של האב טען כי מדובר בעדות לא כשרה מכיוון שמדובר באב ובתו, לפי ס' 3-4 לפק' הראיות.

אם התביעה הזמינה את העדות מדובר בעדות שאינה קבילה/כשרה. אך אם ההזמנה הגיעה מההגנה, מדובר בהזמנה להעיד בעד, גם אם תוכן העדות תהיה נגד. במקרה זה ההגנה הזמינה אותה להעיד, והסניגור של האב טען כי מדובר בהגנה של הנאשמת השנייה ומכאן שהיא למעשה דומה להזמנה של התביעה. שכן, אם לא נהייתה נענית להזמנת העדות של הסניגור שלה, היא הייתה מפלילה את עצמה ולכן העדות שלה היא כפויה והיא לא קבילה כעדות כנגד אביה. **השופט בך** קיבל את טענת סניגור האב, ובכך למעשה לא קיבל את גישתו של שמגר כפי שהיא באה לידי ביטוי בפס"ד מטוסיאן.

ס' 8 לפקודת הראיות הוא סעיף הגדרות:

- "בן זוג" – לרבות הידוע בציבור כבן זוג, ולמעט מי שחי בנפרד מבן זוג ואינו מנהל עמו משק בית משותף מתוך כוונה לפרק את חיי המשפחה באופן קבוע, אף אם הם מתגוררים תחת קורת גג אחת.
- "הורה" ו"ילד" – לרבות מאמץ ומאומץ לפי הדין (אימוץ מחתרתי לא נחשב).

ס' 5 לפק' הראיות – עדות מותרת

ס' 5(א)(1): (א) הסייגים שבסעיפים 3 ו-4 לא יחולו במשפט פלילי בשל אחד מאלה:
(1) חבלת גוף או אלימות או איום באחד מאלה;

הסעיף קובע מצבים בהם עדות בן זוג/הורה/ילד כנגד קרוב משפחתו תהיה מותרת – במצבי חבלת גוף או אלימות, כולל עבירות רכוש. ישנה אפשרות בה חבלת גוף נגרמת גם ללא אלימות דוגמת תאונה. הפסיקה התחבטה בשאלה לעניין הגדרת הסעיף "חבלת גוף, אלימות או איום בכל אחד מאלה" והציעה מבחנים.

המבחנים החלופיים שהפסיקה הציעה (פס"ד בלוט)

1. **עבירה שבין יסודותיה מצוי יסוד של חבלת גוף או אלימות.**

✓ עבירת שוד, אונס, תקיפה וכו'.

2. **עבירה שעל פי טיבה ומיונה מסווגים אותה ככזאת.**

✓ עבירה של כליאת שווא וסחיטה בכח הן עבירות אלימות (פס"ד חבשי).

✓ עבירת ההצתה (פס"ד רוקח).

✓ עבירה הכוללת "בעילה" בין יסודותיה (פס"ד איכא ופס"ד פיאקה).

+ **עבירה נגזרת:**
ניסיון, שידול או סיוע של אחת מהעבירות הללו

- חטיפה ממשמורת היא לא עבירת אלימות (כל עוד העבירה לא התבצעה תוך שימוש באלימות). מקרה מעניין בנושא הוא הברחת ילדה בידי אמה וסבתה מחוץ למדינת ישראל כדי למנוע מאביה לפגוש אותה.
 - עבירות בנשק לפי ס' 144 לחוק העונשין הן לא עבירות אלימות (לדוגמה, עבירה של אובדן נשק).
3. **עבירה שביצועה בפועל היה כרוך בחבלת גוף או אלימות.**
- ✓ עבירה בה האלימות היא לא יסוד מיסודותיה, אבל בכל זאת הביצוע הצריך שימוש באלימות.

ע"פ 49/88 רוקח נ' מ"י

רוקח הורשע בבית המשפט המחוזי בעבירה של הצתה. ההרשעה התבססה על ראיות נסיבתיות: מספר שעות לאחר ההצתה הגיע המערער לבית החולים כשהוא סובל מכוויות רציניות בחלקים שונים בגופו, שהתאימו, לפי עדות רופאה העוסקת ברפואה משפטית, לאופן ביצוע העבירה, היינו שפיכת בנזין במצב של כריעה והצתתו. המערער ניסה להסתיר את עובדת הימצאותו בבית החולים וביקש מאחיו לספר כי הוא באילת. גרסת המערער לנסיבות גרם הכוויות נדחתה כלא אמינה על-ידי בית המשפט ונסתרה, למעשה, על-ידי הודעות שנתן במשטרה, שהמפלילה ביניהן, שהתקבלה כראיה במשפט, על-פי סעיף 10א לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, ניתנה, לאחר שנאמר לה כי לא תצטרך להעיד נגד בעלה בבית המשפט. מכאן הערעור (מתוך פסק-הדין).

← נקבע כי הצתת רכוש יכולה להוות עבירת אלימות לצורך סוגיית כשרות עד.

ס' 5(א)(2): "עבירה לפי סעיפים 337 או 362 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן – חוק העונשין), או לפי סימן י' בפרק ח' ולפי סימנים ה' או ו' 1 בפרק י' לחוק העונשין, שעבר בן זוג נגד בן זוגו, הורה נגד ילדו או ילד נגד הורו";

הסעיף עוסק במקרים של הזנחה, עבירות מין, אי-סיפוק צרכי מחיה וכיו"ב. גם במצבים כאלה הסייגים בס' 3 ו-4 לא יחולו, וקרובי משפחה יוכלו להעיד אחד לחובת האחר.

ס' 5(ב): "הסייגים שבסעיפים 3 ו-4 לא יחולו על עדות של אדם שהגיש תלונה נגד בן זוגו, ילדו או הורו, לפני העניין, במשפט פלילי בעניין אותה תלונה, בין שהוא הראשון שהגיש תלונה באותו עניין ובין שהוגשה כבר תלונה באותו עניין בידי אדם אחר". כלומר כאשר בן המשפחה הוא המתלונן עדותו כשרה.

ס' 5(ג): "לעניין סעיפים קטנים (א) ו-(ב), אחת היא אם העד הוא נפגע העבירה או אדם אחר".

במקרים של עבירות אלימות, אין נפקות לכך שקורבן האלימות הוא לא אחד מקרובי המשפחה. לדוגמה, ילד יכול להעיד נגד אביו על כך שאנס את אמו, כיוון שמדובר בעבירת אלימות שמאפשרת עדות מצב קרובי משפחה וכן זה לא משנה שהילד עצמו לא היה נפגע העבירה אלא צד ג'.

ס' 6 – עדות לזכות בן משפחה – ראיה לחובתו: "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". כשם שראינו בפס"ד כרמי, ס' 3 אוסר על בני משפחה להעיד לחובת קרוב-משפחה, אבל אין הוא אוסר להעיד לזכות. ועדיין, אם קרוב משפחה נקרא להעיד לזכות קרובו אבל בפועל מעיד לחובתו – עדותו נחשבת.

עדות ילדים

עד כה דיברנו על קטגוריית קרובי משפחה וראינו שברירת המחדל היא שהם פסולים מלהעיד נגד קרוביהם. עדות ילדים לעומת זאת, כשרה לשמש כראייה אם כי היא פרובלמטית במובנים מסוימים שעליהם נותן החוק את דעתו.

החוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התשט"ו-1955.

ס' 2(א) – העדת ילד: "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." לצרכי החוק, ילד הוא כל מי שמתחת לגיל 14. ההוראה הראשית אומרת שילד לא יעיד בביהמ"ש בעבירות שמנויות בתוספת לחוק אלא אם כן חוקר הילדים התיר את עדות הילד. מדובר בעבירות שמתן עדות עליהן יכולה להזיק נפשית לילד. אם הוחלט כי הילד יעיד בביהמ"ש, הרי שהוא יכול לעמוד לחקירה נגדית.

ס' 9(א) – ראיות כשרות: "עדות בעבירה המנויה בתוספת, שתועדה בידי חוקר ילדים בהתאם להוראות חוק זה, וכן זיכרון דברים או דין וחשבון לעניין חקירה שתועדה כאמור, שנרשמו בידי חוקר ילדים בשעת החקירה או אחריה – כשרים להתקבל כראיה בבית משפט."

גם אם חוקר הילדים לא מאשר את מתן העדות של הילד בביהמ"ש, הוא יכול עדין לגבות בעצמו את העדות מהילד והיא תהיה כשירה כראיה בתיק. תנאי לכשירותה הוא שהעדות תהיה מוקלטת אודיו-ויזואלית יחד עם זיכרון דברים או דין-וחשבון שממלא החוקר באופן שמתאר את הפעולה שלו ואת ההתרשמות שלו. הוא יכול לרשום כי לדעתו הילד אמין או לא אמין ולכך יינתן משקל.

על אותה הודעה ועדות של חוקר הילדים הוא יעמוד לחקירה נגדית, שבה הסנגור ינסה לשמוט את הקרקע תחת עדותו ולשמוט את הקרקע תחת התוצר של חקירת החוקר – דהיינו, ההודעה. ההבדל בין עדות פיזית לעדות מוקלטת הוא שעדות מוקלטת לא נתונה לחקירה נגדית ולכן לא ניתן לבחון את מהימנותה.

ע"פ 1741/99 יוסף נ' מדינת ישראל

יוסף הואשם בביצוע מעשי אלימות בבני משפחתו. כתב-האישום בוסס, בין היתר, על חקירתם של בנו ושל בתו, אשר היו בעת הדיון בני למטה מגיל 14, בפני חוקרת נוער. חוקרת הנוער אסרה על העדתם במשפט. המערער טען במשפט כי ילדיו משקרים במצוות אמם. במהלך פרשת התביעה, שהתנהלה כשנתיים וחצי לאחר התרחשות האירועים נושא האישומים, ביקש הסניגור מבית-המשפט להורות לחוקרת הנוער לחזור ולבחון את האיסור בדבר העדת הילדים, לנוכח פרק הזמן הארוך שחלף מאז החלטתה בעניין זה. בקשתו של הסניגור נדחתה, והמערער הורשע בדיון. עיקר הדיון בערעור נסב על השאלה אם בית-המשפט מוסמך להורות לחוקר נוער לבחון שנית קטין.

- עדות מוקלטת מטעם חוקר הילדים נחשבת באופן רגיל לעדות שמיעה. ואע"פ כן, מאפשר החוק לחרוץ על פיהן גורלו של נאשם לשבט או לחסד בעבירות חמורות שעונש מאסר ממושך בצידן.

ס' 11 – עדות מסייעת: "לא יורשע אדם על סמך ראיה לפי סעיף 9, אלא אם יש לה סיוע בראיה אחרת." מכיוון שלא ניתן לבחון את מהימנותה של עדות מוקלטת בחקירה נגדית, הרי שהיא לבדה לא מספיקה כדי להרשיע, וצריך סיוע בראיה אחרת. אם הילד היה מעיד בביהמ"ש לא היה נדרש סיוע בראיה אחרת. הכלל הוא שאם עדות טעונה סיוע, היא יכולה להוות סיוע לעדות טעונה סיוע. סיוע היא לא ראיה שלמה שיכולה לכשעצמה להפיל, זאת ראיה שמעלה חשד על הנאשם.

התוספת

הכוונה לעבירות זנות ותועבה, עבירות מין, חבלות ותקיפות חמורות, עבירות של אחראי על קטין בתקיפת קטין.

רע"פ 3904/96 מזרחי נ' מדינת ישראל

מזרחי הואשם בבית-משפט השלום בביצוע מעשה מגונה בקטין. מחמת גילו הצעיר של המתלונן, נגבתה עדותו על-ידי חוקרת נוער, בהתאם להוראות החוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים) (להלן – החוק או חוק הגנת ילדים). חוקרת הנוער החליטה להעיד את המתלונן במשפט. בנוסף על-כך אישר ביהמ"ש את הגשת עדותו בפני חוקרת הנוער ואת הדו"ח שערכה. המתלונן נחקר בחקירה ראשית, ועדותו תאמה, ככלל, את עדותו בפני חוקרת הנוער, שעליה התבסס כתב-האישום. אולם, במהלך חקירתו הנגדית לא יכול היה המתלונן להמשיך בעדותו והיא נפסקה. בהכרעת-דינו הסתמך בית-המשפט הן על עדותו של המתלונן בפני חוקרת הנוער והן על עדותו בבית-המשפט, אולם בשל קטיעת העדות, החליט להשאיר את דרישת הסיוע על כנה. את הסיוע הנדרש מצא בית-המשפט במצבו הנפשי של המתלונן לאחר האירוע, והרשיע את המבקש. ערעורו לבית-המשפט המחוזי נדחה. הבקשה נסבה בעיקרה על טענת המבקש, כי משהוחלט להעיד את המתלונן במשפט, אי-אפשר היה עוד להגיש את עדותו בפני חוקרת הנוער ואת הדוח שהכינה, ומשנקטעה עדותו בבית-המשפט, היה על בית-המשפט להתעלם ממנה. עוד טען המבקש שהסיוע שנמצא לגרסת המתלונן איננו מספק משום שאין הוא קושר את המבקש לביצוע העבירה.

חוק הגנת הילדים נועד לאזן בין שלושה אינטרסים:

1. האינטרס החברתי בהבאת עבריינים לדין והענשתם;
 2. האינטרס החברתי והפרטי להגן על הילד מנזק נפשי נוסף כתוצאה מחשיפתו להליכם משפטיים, ובכללים חקירתו הנגדי;
 3. האינטרס המשותף לנאשם ולחברה בקיומו של הליך הוגן ובגילוי האמת.
- ההסדר הקבוע בחוק הגנת ילדים מעניק לחוקר הילדים **שיקול דעת רחב**, הן בהחלטה אם להתיר את עדות הילד בבית המשפט והן בגביית עדותו של הילד.

רע"פ 446/02 מ"י נ' קובי

בית-המשפט המחוזי הרשיע את קובי (רע"פ 523/02) בביצוע עבירות של מעשים מגונים בקטינה, מעשים מגונים בכוח בקטינה, אינוס ומעשה מגונה בפומבי. את ההרשעה סמך בית-המשפט על עדות הקטינה בפני חוקרת ילדים ועל ראיות סיוע. עדות הילדה בפני חוקרת הילדים תועדה באמצעות מצלמת וידאו. התרשמותה של חוקרת הילדים הייתה כי עדות הקטינה מהימנה ביותר, בשל סימני האמת וההיגיון שנתגלו בה. בית-המשפט המחוזי – לאחר שצפה בקלטת החקירה – התרשם אף הוא מאמינות גרסתה של הקטינה. המערער טוען, בין היתר, כי בהליך גביית העדות והסקת המסקנות ממנה היו מעורבים גורמים נוספים (מורתה של הילדה, שהילדה הסכימה לדבר רק בנוכחותה), ולכן קיים "זיהום" של החקירה. בנוסף, ישנו קושי לעניין עדות מצולמת שכן יש חוסר יכולת לחקור את העד בחקירה נגדית. ביהמ"ש העליון קבע כי אמנם נפלו פגמים בהליך החקירה, ובהם מעורבות של מורתה של הילדה בחקירה והפסקה בהקלטת העדות, אך חרף פגמים אלה, אכן היה ראוי לסמוך על תוכן עדותה של הילדה בפני חוקרת הילדים, בחלק המרכזי שבה, וככל שהיא מתייחסת לעובדות הנוגעות לעבירות המעשים המגונים. לא קיבל את טענת סנגורו של הנאשם כי היה זיהום של החקירה וסבר כי עדותה של הילדה אותנטית וכי היא דוברת אמת. על סמך העדות המוקלטת וכן ראיות מסייעות נוספות מכח ס' 11 לפק"ר (שקרים שסיפר הנאשם, התנהגות מפלילה – בריחה משוטרי, מצבה הנפשי של הילדה לאחר ביצוע העבירה וכן ידיעת פרטים מוצנעים על גוף הנאשם) – הוא הורשע במיוחס לו, אך זוכה מעבירת האינוס מחמת הספק.

ייתכן כי קטין המעיד בביהמ"ש ירצה להפסיק באמצע בגלל מצבו הנפשי. במצב כזה, דרישת הסיוע הופכת להיות **דרישה טכנית** ונצטרך להיעזר בסיוע של ראיה אחרת שמשקלה נמוך (לדוג' שקרי הנאשם). אך אם הקטין השלים את עדותו, אין צורך בסיוע. במידה שהילד עבר את גיל 14 רצוי להעיד אותו גם אם כבר העיד בפני חוקר ילדים. אם עדותו סותרת את עדותו המוקלטת, השופט צריך לבחור למה להאמין. אם הוא מסתמך על העדות המוקלטת, צריך גם ראיית סיוע.

ס' 55 לפקודת הראיות – עדות קטין שאינו בר-אחריות פלילית:

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

קטין שאינו בר אחריות פלילית מחמת גילו הוא ילד מתחת לגיל 12. אין להרשיע על סמך עדותו של הקטין בלב, כאמור, אלא אם כן יש ראיה שמחזקת אותה. ראיית חיזוק פחותה מראייה מסייעת. קטין יכול להעיד בבית המשפט במידה שחוקר ילדים אישר זאת או במידה שלא מדובר בעבירה מעבירות המנויות בתוספת.

לסיכום:

- ילד מתחת לגיל 12: חוק הגנת הילדים חל. לכן, אם הוא מעיד צריך ראיית חיזוק, אם עדותו מוקלטת צריך ראיית סיוע.
- ילד בין גילים 12-14: חוק הגנת הילדים חל, לכן אם הוא מעיד לא צריך ראיית חיזוק/סיוע, אם עדותו מוקלטת צריך ראיית סיוע.
- ילד מעל גיל 14: אין מגבלות, אם הילד מעיד לא צריך ראיית חיזוק/ סיוע.
- ❖ כל הנ"ל נוגע רק לעבירות מהתוספת! כאשר העבירה אינה מנויה בתוספת אין צורך בחוקר ילדים.

עדות שותפים לעבירה

עדות של שותפים לעבירה כמוה כעדות ילדים במובן זה שהיא כשרה, אך כראיה יחידה לא ניתן לבסס עליה הרשעה בפלילים ללא ראיית סיוע, ולכן היא פרובלמטית במידה מסוימת.

ס' 54א(א) לפקודת הראיות – הכרעה על פי עדות יחידה במשפט פלילי: "בית המשפט לא ירשיע נאשם על סמך עדותו היחידה של שותפו לעבירה, אלא אם מצא בחומר הראיות דבר לחיזוקה; ואולם אם היה השותף עד מדינה – טעונה עדותו סיוע; לעניין זה, "עד מדינה" – שותף לאותה עבירה המעיד מטעם התביעה לאחר שניתנה או שהובטחה לו טובת הנאה."

החוק מתאר בעייתיות בהסתמכות על עדות של שותף כעדות יחידה בהרשעה בפלילים ומבחין בין שני סוגים של שותפים: שותף רגיל ושותף עד מדינה. הביטוי "שותף" הוא ביטוי ארכאי כיוון שהוא נקבע בפקודת הראיות לפני התיקונים שנערכו בחוק העונשין שקבעו את דינם של הצדדים לעבירה (מסייע ומשדל). הפקודה כיוונה למבצעים בצוותא כשהיא כתבה "שותף", אך הפסיקה הרחיבה על הפקודה והבחינה בין המבצעים בצוותא לבין המעורבים בעבירה: לפי הפסיקה, שותף רגיל יכול להיות גם מבצע בצוותא וגם צד לעבירה ולכן לא ניתן לבסס הרשעה על סמך עדותו בלבד ללא ראיית חיזוק.

החוק מגדיר עד מדינה כשותף לאותה עבירה (1) המעיד מטעם התביעה (2) לאחר שהובטחה/ ניתנה לו טובת הנאה. שוב עולה הצורך להגדיר מיהו שותף – האם הוא כל מעורב בביצוע העבירה או רק מבצע בצוותא? אם נלך על ההגדרה הראשונה הרי שמסייע לא ייחשב עד מדינה לעניין סעיף זה ולכן לא נצטרך ראייה מסייעת לעדותו. פרופ' מודריק הגיע למסקנה ע"פ הפרקטיקה הרווחת, כי הביטוי שותף בהקשר של עד מדינה מכיל את כל סוגי המעורבות בעבירה ולכן התוספת הראייתית הכבדה מסוג "סיוע" חלה גם על משדל שהוא עד מדינה לדוגמה. הסיבה נעוצה בכך שמבחינת ההיגיון שלכל שותף עד מדינה יש אינטרס, טובת ההנאה שהוא מקבל, ולכן קיים חשש שהעדות שלו תהיה מוטית. למעשה זה נכון לעניין כל סוגי המעורבים בעבירה.

הלכת קינוי

כלל טכני שביהמ"ש העליון אימץ בשנת 75', לפיו אין להעיד שותף לפני שהמשפט שלו הסתיים או שהתקבלה החלטה כלשהי שמסיימת את ההליך בעניינו (דוגמת סגירת תיק). כלומר – אין להעיד שותף כנגד שותפו כשהוא עדיין נמצא בסכנה של הרשעה בדין. הסיבה היא שאם השותף מעיד, הוא מעיד מטעם התביעה כי למעשה הוא עוזר לה להפליל

את השותף האחר שאותו היא מעמידה לדין. היא לא מעוניינת להפיל את השותף שבה להעיד מטעמה ולכן הוא יצפה לקבל תגמול כלשהו מטעם התביעה בעניין ההליך שלו. כך יוצא שהוא מעיד מתוך אינטרס וקיים חשש שהעדות שלו מוטית, ולכן מראש לא מעידים אותו כל עוד לא הסתיים ההליך בעניינו. הקושי שטמון בכלל הזה הוא שאנחנו נמצאים בתוך מעגל שוטה, אם עדותם של השותפים אחד כנגד השני היא העדות החזקה היחידה בהליך של כל אחד מהם, הרי שלא ניתן להעיד אותם אחד כנגד השני כי אף הליך לא יסתיים. פרופ' מודריק מציע פתרון לשבירת המעגל והוא הבטחה לאחד מהשניים להיות עד מדינה. הבעיה בפתרון הזה היא שאם שניהם מבצעים בצוותא שאחרים במידה שווה לביצוע העבירה, כיצד נחליט מי מבניהם יהיה עד המדינה?

בג"ץ 11339/05 מ"י נ' ביהמ"ש המחוזי ב"ש (עתירה כנגד החלטה של **השופט הנדל** כשהיה שופט מחוזי) העתירה הופנתה כנגד החלטת ביהמ"ש המחוזי שלא לאפשר העדת נאשם כנגד שותפו, בטרם הסתיים משפטו. הדיון נסב אודות שאלת תוקפה של 'הלכת קינזי': האם רשאית התביעה לזמן נאשם שמשפטו תלוי ועומד, כעד מטעמה במשפט נפרד המתנהל כנגד שותפו לעבירה, בגין אותה פרשה?

שלושים שנה לאחר שהתקבלה – **בוטלה הלכת קינזי**, ונקבע כי מקום בו אין חשש שעדותו של השותף כנגד שותפו תהיה מוטית, נקדים את שפיטת האחד לשפיטת השני. זה לא ברור מאליו שכל פעם ששותף מעיד כנגד שותפו הוא מסדר את העדות שלו באופן שיעלה בקנה אחד עם האינטרסים של התביעה. במובן מסוים ההלכה בחרה את היעילות על פני הליך הוגן כי עמידה על ההליך ההוגן מונעת מאתנו לקיים את המשפט.

ע"פ 7450/01 אבו ליטאף נ' מדינת ישראל

ביהמ"ש המחוזי הרשיע את המערער בעבירת רצח. ההרשעה התבססה על עדותו של שותף לעבירה אשר נתמכה בחיזוקים. גם בהכרעת דין משלימה שניתנה לאחר החזרת התיק לביהמ"ש המחוזי בשל חשיפת ראיות חדשות הורשע המערער. בשתי הכרעות הדין קבע ביהמ"ש כי השותף אינו עד מדינה, שעדותו טעונה ראיית סיוע. נקבע כי הבטחה בלתי מוסמכת של מדובב או שוטר איננה מספיקה כדי להקנות מעמד של "עד מדינה" וכי תקווה של חשוד לקבלת הטבות תמורת עדות מפלילה אין בה די כדי לעשותו עד מדינה. עלתה שאלה – האם נדרשת ראייה מחזקת או מסייעת לעדותו, וזאת בתלות בשאלה אם עדותו היא של שותף רגיל או של שותף עד מדינה? נקבע ששותף שלא קיבל באופן פורמלי מעמד של עד מדינה הוא לא באמת כזה, לכן נדרשת ראיית חיזוק (ולא סיוע).

חסינות

נהוג להבחין בין שלושה סוגים של ראיות שיש קושי להביא אותן לבית משפט, משום שהן מסתתרות מאחורי חומה של סודיות מסוימת:

- סודיות** – היא לא מונעת אינפורמציה מביהמ"ש, אלא דורשת שהאינפורמציה שנמסרת לידי תישאר בין כתליו. לעיתים דרישת הסודיות מונעת גילוי של ראיה. לדוגמה: בפקודת המס יש הוראה אשר אוסרת על פקידי מס לגלות מידע שהם קיבלו מנישומים בכל הליך שהוא ללא אישור שר האוצר. כששופט דורש גילוי של מידע שכזה זה הופך למעין חיסיון ששר האוצר צריך להסיר. ניתן להתגבר על דרישת הסודיות באמצעות ניהול המשפט בדלתיים סגורות או בקביעה שאין לפרסם את אותה ראיה שחוסה תחת דרישת הסודיות. מבחינת דיני הראיות אין חשיבות לראיות שחוסות תחת סודיות כי אין לזה השפעה על הכרעה משפטית כל אימת שהן נמסרו לביהמ"ש.
- חסינות** – חסינות מצמצמת את היכולת להעמיד אדם מוגן לדין. היא מתחלקת לחסינות דיונית וחסינות מהותית, כשהחסינות של נשיא המדינה היא הרחבה ביותר. לדוגמה, לא היה ניתן להעמיד את משה קצב לדין בעודו מכהן כנשיא המדינה. רק לאחר שסיים את התפקיד הועמד לדין והורשע באונס.
- חיסיון** – ראייה חסויה היא ראייה שמכוח הדין והפסיקה לא ניתן להציג אותה לביהמ"ש. היא ראייה כשירה וקבילה אך יש מניעה להביאה לביהמ"ש או לכל גורם שלא חשוף לתוכנה. לדוגמה, הליך שעוסק בסוגיה רפואית וישנה ראייה שחוסה תחת חיסיון רופא-מטופל. עורך הדין של המטופל יכול להיות חשוף לתוכן הראייה החסויה

במידה שהמטופל וויתר על החיסיון לטובתו. הוויתור על החיסיון יכול להיות טוטאלי ויכול להיות חלקי. כשמוטל חיסיון על ראייה מסוימת ביהמ"ש יכול לבדוק האם קיימת הצדקה לכך.

עקרונות

- חיסיון יכול להיקבע בדין או בפסיקה.
- הבעלים הוא האדון על החיסיון, אותו אחד שהחיסיון נעשה לטובתו. הנהנה הוא הגורם שהבעלים יכול לצוות עליו שלא לגלות את תוכן הראייה החסויה. לדוגמה, רופא הוא הנהנה ומטופל הוא הבעלים.
- **חיסיון מוחלט** הוא כזה שלא ניתן להסרה או לצמצום על ידי שום גורם **מלבד הבעלים**, מעטים החסיונות שזכו להגנה מוחלטת שכזו. לדוגמה, חיסיון כהן דת קתולית (ס' 51) וחיסיון עו"ד לקוח (ס' 48).
- מרבית החסיונות זכו להגנה חלשה יותר המתבטאת ב**חיסיון יחסי** אשר קביעת היקפו נתונה לשק"ד של ביהמ"ש בכל מקרה ומקרה. **המחוקק** ערך **איזון אינטרסים עקרוני** בכל חיסיון בעוד **שביהמ"ש** עורך **איזון אינטרסים קונקרטי**: המחוקק הכריע במצבים מסוימים אם אינטרס החיסוי עדיף על אינטרס הגילוי (חקר האמת). כשביהמ"ש מחליט בכל זאת להסיר את החיסיון היחסי, הדבר תקף לאותו מקרה.
- היחסיות משתקפת בכך שהשופט מחליט איזה אינטרס גובר על האחר בכל מקרה לגופו – אינטרס הגילוי לעומת אינטרס החיסוי. אם אינטרס הגילוי גובר – נבטל את חיסיון הראייה.
- לפני שניגשים לבחינת איזון האינטרסים בחיסיון יחסי, **יש לבחון האם כלל יש הצדקה לחיסיון הראייה**. זה רלוונטי בעיקר בחיסיון לטובת המדינה ולטובת הציבור. האם יש סיבה מוצדקת שהראייה לא תוצג בפני ביהמ"ש? במידה שלא – החיסיון יוסר. במידה שכן, נבחן האם במקרה הקונקרטי עדיף אינטרס הגילוי על פני אינטרס החיסוי. לדעת פרופ' מודריק, כמו שלשר הרלוונטי יש סמכות להחליט האם יש הצדקה לכלול ראייה בתעודה, כך גם לשופט יש את הסמכות הזו.
- תחולת החסיונות היא על **כל שלבי ההליך הדיוני**, כך שגם אם המשטרה מבקשת להתבונן בראייה אשר לפי טיבה היא ראייה חסויה לצורך חקירה, היא צריכה לקבל היתר מביהמ"ש (ס' 52).
- הטוען לחיסיון עליו הראייה.
- לא ניתן להסכים להסרת חיסיון **אלא בהסכמת הבעלים**.

חיסיון לטובת הציבור/המדינה

נקודת המוצא היא שהכל כשרים להעיד וכל עדות או ראייה יכולה להיות מוגשת אם היא קבילה, רלוונטית וכשרה. עם זאת, קיימות ראיות שדרכן לביהמ"ש פתלתלה, הן מחמת חיסיון, והן מחמת סודיות וחסינות.

ס' 44(א) לפקודת הראיות – חיסיון לטובת המדינה

"אין אדם חייב למסור, ובית המשפט לא יקבל, ראייה אם ראש הממשלה או שר הביטחון הביע דעתו, בתעודה חתומה בידו, כי מסירתה עלולה לפגוע בביטחון המדינה, או אם ראש הממשלה או שר החוץ הביע דעתו, בתעודה חתומה בידו, כי מסירתה עלולה לפגוע ביחסי החוץ של המדינה, אלא אם מצא שופט של בית המשפט העליון, על-פי עתירת בעל-דין המבקש גילוי הראייה, כי הצורך לגלותה לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שיש לא לגלותה..."

- המדינה היא הבעלים של החיסיון הביטחוני, מאחר והיא גוף ערטילאי הרי שנציג בשמה יכול לוותר על החיסיון על ידי משיכת התעודה או צמצום התעודה.
- חיסיון הראייה מוגן הן ע"י ביהמ"ש (לא יקבל את הראייה) והן ע"י נציג המדינה שמחזיק בראייה.
- כאשר מדובר בראייה שנוגעת לביטחון המדינה, שר הביטחון או ראש הממשלה הם אלה אשר מוסמכים להטיל עליה חיסיון. כאשר מדובר בראייה שנוגעת ליחסי חוץ, שר החוץ או ראש הממשלה הם אלה אשר מוסמכים להטיל עליה חיסיון. ההחלטה על הטלת החיסיון היא בהתאם ל**שיקול דעתם**.

ס' 45(א) – חיסיון לטובת הציבור

"אין אדם חייב למסור, ובית המשפט לא יקבל, ראייה אם שר הביע דעתו, בתעודה חתומה בידו, כי מסירתה עלולה לפגוע בעניין ציבורי חשוב, אלא אם מצא בית המשפט הדין בדבר, על-פי עתירת בעל דין המבקש גילוי הראייה, כי הצורך לגלותה לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שיש לא לגלותה..."

הבדלים בין הסעיפים:

- החשש בהסרת החיסיון על הראייה הוא פגיעה בעניין ציבורי חשוב ולא בביטחון המדינה או יחסי החוץ שלה.
- כל שר יכול להוציא תעודת חיסיון על ראייה שכזו (יש לשים לב שראש ממשלה הוא גם שר).
- ביהמ"ש שמוסמך לדון בהחלטת הסרת החיסיון הוא לאו דווקא ביהמ"ש העליון, אלא ביהמ"ש אשר דן בדבר.

ס' 46(א) – הדיון בעתידה לגילוי ראייה חסויה

"הדיון בעתירה לגילוי ראייה לפי סעיפים 44 או 45 יהיה בדלתיים סגורות; לשם החלטה בעתירה רשאי השופט של בית המשפט העליון או בית המשפט, לפי העניין, לדרוש שהראייה או תכנה יובאו לידיעתו, ורשאי הוא לקבל הסברים מהיועץ המשפטי לממשלה או מנציגו ומנציג המשד הממשלתי הנוגע בדבר, אף בהעדר יתר בעלי הדין."

כשביהמ"ש דן בהסרת חיסיון הוא מקבל את המידע על הראייה החסויה ומעיין בה. במידה שהוא מחליט שלא לחשוף את הראייה, עדיין הוא נחשף לתוכן שלה, וגם אם אין לה מידת השפעה מכרעת על התיק יש לה השפעה כזו או אחרת על שיקול דעתו של השופט. הבעיה הזו רלוונטית כשהחיסיון הוטל לטובת הציבור, שאז השופט בביהמ"ש שדן בדבר הוא שמוסמך לדון בחיסיון הראייה. הקושי הזה לא מתעורר מקום בו החיסיון על הראייה הוטל לטובת ביטחון המדינה משום שביהמ"ש שדן בהסרת חיסיון הראייה הוא לא ביהמ"ש שדן בדבר, אלא ביהמ"ש העליון (אין חשש להטיית השופט כי הגורם שמעיין בראייה החסויה הוא אובייקטיבי).

ההתגברות על הקושי מגיעה מלשון החוק – הסעיף קובע כי ביהמ"ש שדן בדבר ולא השופט שדן בדבר. לכן, לדעת פרופ' מודריק, כאשר מוגשת בקשה להסרת חיסיון על ראייה שכוללת אינטרס ציבורי חשוב – הדיון בדבר יעבור לידי שופט מביהמ"ש שדן בדבר ולא תידון בפני השופט שדן באותו תיק. כך הוא לא יהיה חשוף לתוכן הראייה והוא לא יושפע ממנה בהחלטתו. שופטים אחדים לא מסכימים עם דעתו של פרופ' מודריק ולדעתם השופט שדן בתיק הוא שצריך לבחון את חיסיון הראייה.

מתי שופט יחליט להסיר חיסיון ומהם העקרונות שמנחים את שיקול דעתו בהחלטה?

ב"ש 838/84 לבני נ' מ"י

העותרים הואשמו בביהמ"ש המחוזי בפרטי אישום שונים, שעניינם פעילות בארגון טרור, חברות בו, קשירת קשר לבצע פשע, רצח, ניסיון לרצח ועבירות נוספות. העתירה הוגשה, אחרי ששר הביטחון הוציא, מכוח סמכותו לפי סעיף 44 לפק' הראיות, תעודת חיסיון, המתייחסת לראיות שונות, המצויות בידי שירות הביטחון הכללי ואשר גילויין עלול, לדעתו, לפגוע בביטחון המדינה.

חברי המחוזית מסרו מידע לחוקרי השב"כ במהלך החקירה, שעל בסיסם התביעה העמידה אותם לדין. הנאשמים טענו שההודאות המפילות לא נאמרו על ידם מעולם וכל המסמכים שהוגשו לביהמ"ש הם המצאות של התביעה והחוקרים. התביעה טענה שאין שחר לטענות הללו משום שההודאות כוללות פרטים ודקויות, כאלה שלא ניתן להמציא, כך שרק מי שביצע את העבירות יכול היה לפרט אותן בצורה כזאת. הנאשמים ביקשו לעיין בתיקי החקירה של השב"כ על מנת להוכיח שהפרטים בדבר העבירות היו ידועים עוד לפני החקירות. התביעה כמוכן הוציאה תעודת חיסיון על התיקים באמצעות שר הביטחון משום שמדובר בסודות מדינה. הנאשמים עתרו לעליון (כיוון שמדובר בעניין ביטחוני לפי ס' 44) בבקשה להסרת החיסיון, והתיק הגיע לפני השופט ברק.

ברק קבע מידה די פשוט להחלטה בדבר הסרת חיסיון שהפך להלכה: אם הראייה החסויה היא בת תועלת ממשית לנאשם, הרי שיש להורות על גילוייה שכן זכות הנאשם למשפט הוגן עדיפה על כל סוד ביטחוני שהוא. במידה שהמדינה לא מוכנה להסתכן בחשיפת הסוד הביטחוני היא יכולה למשוך את כתב האישום ולשחרר את הנאשם.

כך יוצא שההלכה מובילה לשתי תוצאות גרועות – או שנחשף סוד ביטחוני, או שעברין סדרתי ומסוכן לציבור משוחרר. פסק הדין רלוונטי לעניין ההליך הפלילי.

פרופ' מודריק מעביר ביקורת על פסק הדין וטוען שברק נתן הלכה מפוצצת כמו "גיבור גדול". תוכן הראיה שבאה לפניו להסרת חיסיון לא הייתה בת תועלת ממשית לנאשמים ולכן הוא יכול היה לדחות את העתירה. הוא לא התמודד עם החלטה קשה שבה היה צריך לבחור אם לכרות את יד ימין או לכרות את יד שמאל. מודריק חיפש פסיקה שבעצם תראה את הבעייתיות בהלכה של ברק.

בש"פ 11493/03 מחמוד מחאג'נה נ' מדינת ישראל

המבקשים הואשמו בכך שפעלו לסייע במימון פעולות הטרור של ארגון החמאס. בפרשת התביעה העידו עדים מומחים השייכים לזרועות הביטחון ולגורמי המודיעין, ובעדותם הסתמכו הן על חומר גלוי (עיתון ותקשורת), הן על חומר שהוצאה לגביו תעודת חיסיון. לטענת המבקשים, יש לחשוף את כל החומר החסוי שעליו הסתמכו העדים בקביעת מסקנותיהם בדבר הזיקה לארגון החמאס, ואם לא ייחשף החומר – כך הטענה – כי אז יש לפסול את העדויות בכללותן, שכן בהיעדר אפשרות לבחון את החומר שעליו מתבססות מסקנות המומחים אי אפשר להפריך את מסקנותיהם.

לפי הלכת לבני, אם המומחים גיבשו חו"ד על סמך חומר חסוי הרי שהוא חיוני לנאשם ולכן יש להורות על הסרת החיסיון גם אם מדובר בסודות מדינה. זוהי בדיוק ההתנגשות שפרופ' מודריק חיפש בין האינטרס הביטחוני לבין הזכות להליך הוגן. כשהוא חפר בהחלטה הוא גילה שחונת הדעת התבססה בעיקרה על החומר הגלוי ולא על החומר החסוי ולכן בסופו של דבר הראיה החסויה לא באמת הייתה חיונית לנאשם כחלק מזכותו להליך הוגן. פסה"ד לא המחיש את הבעייתיות בהלכה.

בש"א 723/97 עוזי בנזימן נ' שר הביטחון

בנזימן הוא עיתונאי שבמסגרת מלחמת לבנון הראשונה פרסם כתבה, לפיה אריאל שרון הונה את ראש הממשלה בכך שהוא מסר לו אינפורמציה מוטעית. בתגובה לכתבה, שרון הגיש תביעת דיבה וטען שכל המהלכים במלחמה דווחו בזמן אמת למזכיר הצבאי של ראש הממשלה והכל מתועד בפרוטוקולים. אם כן, ביקש בנזימן לחשוף את הפרוטוקולים כיוון שהוא סבר שהם יוכיחו את ההפך ממה ששרון אומר. הדבר הגיע לידיעת שר הביטחון שחתם על תעודת חיסיון, אשר משאירה את הפרוטוקולים של דיוני המטה הכללי חסויים. כך למעשה הדרך להוכחת הטענות נחסמה, משכך, עתר בנזימן לביהמ"ש העליון (מכח ס' 44 לפק') להסרת החיסיון על הפרוטוקולים. אילו היה מדובר בהליך פלילי והיינו צריכים להחיל את הלכת לבני, הרי שהיינו מסירים את החיסיון כי הראיה היא בת תועלת ממשית חיונית לנתבע. הבעיה היא שלא ניתן להחיל את הלכת לבני בהליך אזרחי, משום שאין צד שמוכן לוותר על האינטרס שלו כדי לשמור את הסוד. בנזימן ושרון מבינים את הצורך באי חשיפת סודות ביטחוניים, אבל יש להם את האינטרס הפרטי שלהם. בהליך הפלילי המדינה היא זו שמוותרת על אחד האינטרסים שלה, או שהיא בוחרת לחשוף את הסוד או שהיא בוחרת למשוך את כתב האישום ובכך לשחרר את הנאשם.

בהליכים אזרחיים צריך לעשות ככל הניתן כדי לאחוז בזה ולאחוז בזה, לעשות איזון אופקי, ורק כשאין כל אפשרות אחרת לעשות איזון אנכי ולמעשה להכריע מי מבין האינטרסים הוא יותר חשוב – אינטרס הגילוי של האזרח או אינטרס החיסוי של המדינה?

לפני שהשופט אור ניגש לבחינת האינטרסים ולבחינת החיוניות של הראיה, הוא מנסה לבחון חלופות אחרות. החלופה שהוא מציע היא חשיפת המקורות של בנזימן שעליהם הוא התבסס כשפרסם את הכתבה, שהרי הפרוטוקולים לא היו חשופים לו ממילא.

הסרת החיסיון בהליך הפלילי – מהלך תלת שלבי:

(1) בדיקת תחולת החיסיון על הראיה

ההחלטה לחתום על תעודת החיסיון היא החלטה שבשיקול דעתו של השר המוסמך לעשות כן. לכן קודם כל צריך לבחון את עצם ההצדקה להטלת החיסיון עוד לפני שנעשים איזונים. זאת בדרך של תקיפה ישרה בבג"ץ על עצם ההחלטה של השר להטיל חיסיון על ראיה, או בדרך של תקיפה עקיפה בבג"ץ בהסרת החיסיון.

(2) בדיקת חיוניות הראיה

בדיקה האם הראיה חיונית לנאשם כדי שנוכל להפעיל את הלכת לבני. אם היא חיונית השופט יורה על הסרת החיסיון, אם היא חיונית באופן חלקי השופט יבצע איזונים – עדיפות לאיזון אופקי:

בש"פ 3490/14 יהודה לנדסברג נ' מדינת ישראל

המבקשים הואשמו בעבירות שעניינן הריסת והצתת רכוש השייך לתושבים מהכפרים הפלסטינאים הסמוכים לחוות גלעד. העתירה היא לגילוי ראיה חסויה לפי סעיף 44 לפקודת הראיות.

העתירה נדחתה, ונקבע כי החומר החסוי נופל כולו בגדר תעודת החיסיון ולא נכללות בו ראיות שעשויות להיות חיוניות להגנת המבקשים. התועלת שעשויה לצמוח להגנה מחשיפת חומר זה, ככל שקיימת, אינה שקולה כנגד הפגיעה האפשרית בביטחון המדינה לו יחשף החומר. מסקנה זו יפה אף לגבי טענות הזוטא שהועלו; הפרפראזה שהועברה למבקשים מאזנת כראוי בין הצורך לחשוף את טיב החומר החסוי לבין האינטרס החיסיוני.

(3) המשקל הראייתי ("מונה עוצמה")

ע"פ 889/96 מזאריב נ' מ"י

למשטרה הגיע מידע על כפר בצפון שיש בו הרבה סוחרי סמים. הם ניסו ללכוד אותם ולהטמין להם פח ע"י סוכן משטרה שיתחזה לסוחר סמים וכך יפליל אותם. מזאריב נפל בפח ולאורך כל החקירה הוא שמר על זכות השתיקה. לבסוף הוא טען שהוא היה בכלל משתי"פ של המשטרה ולכן לא ניתן להאשים אותו. הוא רצה לזמן את סוכן המשטרה להעיד ולעמוד לחקירה נגדית על עדותו אבל מהר הוציאו תעודת חיסיון על זהותו. מזאריב עתר לביהמ"ש העליון להסרת החיסיון על הסוכן בהתבסס על הלכת לבני. דורנו פסקה לפי הלכת לבני כך שבגלל שהראיה חשובה לנאשם יש להורות על הסרת החיסיון, גם אם זה במחיר חשיפת הסוכן. חשין אמר שאם מזאריב אכן היה משתי"פ של המשטרה הוא לא היה שותק לאורך כל החקירה ולכן זה מעלה ספק עצום לעניין אמינותו. מה גם שאם היינו מסירים את החיסיון, הסוכן המשטרתי לא היה מודה.

מכאן המבחן השלישי – גם אם הראיה חיונית לנאשם, יש לבחון האם יש סיכוי שהיא תוביל לתוצאה שהסגור מכוון אליה. אם סביר שלא, נדחה את העתירה מהטעם הזה. במקרה הספציפי הזה חשין סבר שכן יש לקבל את העתירה משום שהסוכן המשטרתי פעל בעוד כמה כפרים ובמשפט של האנשים שהוא הפיל בפח לא הייתה בעיה למשטרה לחשוף את זהותו.

הסרת חיסיון בהליך האזרחי

א. בדיקת תחולת הצו ובדיקת ההצדקה.

לדוגמה אם יש חיסיון על אמצעים משטרתיים, נבדוק אם הוא חל על האמצעי המשטרתי הספציפי שמבקשים לגלות.

ב. איזון בין אינטרס הגילוי לאינטרס החיסוי (כמו בחיוניות חלקית בהליך הפלילי) (פס"ד בנימין לעיל).

ג. משקל ראייתי, מונה עוצמה, בחינת קיומם של תחליפים.

חיסיון מפני הפללה עצמית וזכות השתיקה

מקובל להבחין בין זכות השתיקה לזכות החיסיון מפני הפללה עצמית:

זכות השתיקה מאפשרת שלא להשמיע דבר בשעה שהוא מתבקש ע"י גורמים פרטיים להשמיע. כאשר מדובר בגורמים שעפ"י חוק רשאים לדרוש מאדם פרטים, נשאלת השאלה האם הוא חייב לדבר או שמא מותר לו לשתוק? מקובל לראות בס' 2(2) **לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות)** את הבסיס לזכות השתיקה. כותרת הסעיף – **חקירת עדים ע"י קצין משטרה וכו'**. לשונו: **"אדם, הנחקר כך, יהיה חייב להשיב נכונה על כל השאלות, שיציג לו בשעת החקירה אותו קצין משטרה, או קצין מורשה אחר כנ"ל, חוץ משאלות שהתשובות עליהן יהיה בהן כדי להעמידו בסכנת אשמה פלילית."**

ראשית, חשוב לעמוד על האבחנה בין נחקר וחשוד:

חשוד הוא אדם שמתקיים כלפיו חשד שביצע עבירה. כאשר קיימת מידה מספקת של חשד, על השוטר להזהיר את החשוד שהוא עומד לחקור אותו, להטיח בפניו את החשד, וליידע אותו שכל דבר שיגיד יכול לשמש נגדו ושיש לו הזכות לשתוק. לעומת זאת, אם מדובר באדם שמגיע להגיש תלונה/למסור עדות במשטרה הרי שמדובר ב**נחקר** ואין לו את זכות השתיקה או להזהיר אותו. כלומר, **ההבדל בין נחקר לחשוד נעוץ בחובת האזהרה וזכות השתיקה**. העובדה שנחקר עדיף על חשוד מצד החוקרים (שכן לנחקר אין את זכות השתיקה) עלולה לגרום לחוקרים להימנע מלהטיח בו את האשמה. אי הטחה מהווה פגיעה בזכות יסוד שכן עצם ההחשדה עשויה לגרום להם לבחור לשתוק. מבחינה משפטית, כנראה שהחזקה של אדם כנחקר ולא כחשוד פוגעת בו, אלא שאנשים ציבוריים מעדיפים את המגרעת הראייתית שעלולה להיגרם להם לשם הכרזה כי הם רק נחקרו ואינם חשודים.

רע"פ 3445/01 אלמליח נ' מדינת ישראל

אלמליח (המערער), שהתמודד בבחירות לתפקיד יושב-ראש ההסתדרות החדשה במרחב חיפה, הגיש במהלך מערכת הבחירות תלונה למשטרה נגד יריבו בבחירות בחשד ללקיחת שוחד. במסגרת התלונה מסר אלמליח למשטרה מסמך שממנו עלתה לכאורה אשמתו של יריבו. המשטרה חשדה כי המסמך מזויף ופתחה בחקירת המערער. לאחר שבדיקת המסמך העלתה כי הוא אכן מזויף, נחקר המערער שוב, **הוזהר** כי הוא חשוד בשיבוש הליכי משפט ובמסירת ידיעות כוזבות. בהמשך הוגש נגד המערער כתב-אישום בגין שיבוש הליכי משפט והפרת חובה חקוקה להשיב תשובות אמת לשאלות המשטרה. המערער הורשע בעבירה הראשונה וזוכה מן העבירה השנייה. ערעורו לבית-המשפט המחוזי נדחה. מכאן הערער.

בערעור טען אלמליח שעוד מההתחלה הוא הוחשד, אך לא בצורה פורמלית, ולא הזהירו אותו למרות שכן היה צריך, ולכן נתונה לו זכות שתיקה מכוח היותו חשוד ולא ניתן לפרש את השתיקה שלו לרעתו. ביהמ"ש פסק כי כאשר הנסיבות האובייקטיביות מלמדות שמדובר בנחקר שהוא הלכה למעשה חשוד אך לא הטיחו בפניו את החשד (כלומר פורמלית אין מדובר בחשוד) מגיעות לאותו נחקר כל הזכויות של חשוד (שכן מהותית הוא אכן חשוד).

בעבר היה ברור שכל דבר שנחקר אומר (כאשר מהותית הוא **חשוד**) יכול לשמש נגדו כראיה, בין אם הוא הוזהר ובין אם לאו. היום יש קושי עם גישה זו, אך מסיבות פרקטיות שקשורות באפקטיביות של החקירה דבריו של נחקר יכולים לשמש כראיה במידה והתקיים הליך הוגן ולא סוכלה יכולתו של הנאשם להתגונן. בלשון ס' 2(2) לפקודה הפרוצדורה הפלילית (עדות) מפורטת אמירה כללית שאדם המגיע לחקירה בפני קצין משטרה מוסמך חייב להשיב לכל שאלותיו למעט על שאלות אשר עלולות להעמיד אותו בסכנת אשמה פלילית. ניתן לראות כי אין מדובר פה בזכות שתיקה אלא **בזכות להימנע מהפללה עצמית**. שכן לגבי שאלות שאינן עלולות להעמיד בסכנה פלילית **לא קיימת זכות השתיקה**. פרופ' מודריק טוען כי משום שלא כל כך ברור אילו שאלות עלולות להעמיד בסכנת אשמה פלילית ואילו לא – גזרו מהסעיף זכות שתיקה גורפת.

* פקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות), 1927

ס' 47(א) לפקודת הראיות – ראיות מפלילות: "אין אדם חייב למסור ראיה אם יש בה הודיה בעובדה שהיא יסוד מיסודותיה של עבירה שהוא מואשם בה או עשוי להיות מואשם בה."

הסעיף משמש גם הוא בסיס לזכות להימנע מהפללה עצמית – הכלל הוא שאדם לא חייב למסור ראיה שקושרת אותו לעבירה בה הוא מואשם או עשוי להיות מואשם (כלומר, ראיה שעלולה להפליל אותו). התביעה רשאית לבקש מביהמ"ש לקבל את הראיה חרף ההתנגדות. אם ביהמ"ש קיבל את הבקשה הוא הפך את החיסיון על הראיה לחיסיון יחסי. במקרה כזה, לא ייעשה שימוש בראיה במשפט שאפשר לקיים נגד מי שהתנגד להגשת הראיה. דוגמה למצב שכזה: לשמעון יש ראיה שמפלילה אותו ואת ראובן. שמעון רשאי שלא למסור את הראיה לביהמ"ש. אם התביעה ביקשה את מסירת הראיה בכל מקרה וביהמ"ש אישר את הבקשה, על שמעון למסור אותה. **אולם**, הראיה אינה יכולה להיות מוגשת כראיה במשפטו של שמעון אלא לשמש רק נגד ראובן.

לרוב, התביעה תשתמש בכלי הזה כשאין כל ראיה אחרת ועדיף להאשים אחד מהמעורבים מאשר אף אחד מהם (בבחירת "טוב ציפור אחת ביד משתיים על העץ"), או במקרים בהם אשמתו של אחד גדולה מהשני. הבעלים של החיסיון מפני הפללה עצמית הוא העד. כפי שאמרנו בעבר, לנאשם יש אוטונומיה להעיד או לא להעיד.

ס' 47(ג): "נאשם שבחר להעיד במשפטו כעד הסניגוריה, לא יחול עליו סעיף זה לגבי העבירה שהוא מואשם בה באותו משפט." לפי הסעיף – אם הנאשם מחליט להעיד במשפטו של כעד הסניגוריה, לא יחול עליו הסעיף לגבי העבירה שהוא מואשם בה. כלומר, החיסיון הוא מוגבל.

רע"פ 8600/03 מ"י נ' גלעד שרון

המשיב, בנו של ראש-הממשלה, חשוד בעבירות פליליות. במסגרת חקירתו סירב להשיב לשאלות החוקרים וכן סירב להמציא מסמכים שנדרשו בצו שהוצא על-פי סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], תשכ"ט-1969. המשיב לא חלק על חוקיות הצו, אך טען כי זכות השתיקה העומדת לו כחשוד כוללת גם את זכותו לסרב למסור מסמכים. בית-משפט השלום קבע כי על המשיב להמציא את המסמכים האמורים בצו. בית-המשפט המחוזי קיבל את ערעורו של המשיב וקבע כי לחשוד עומדת זכות שתיקה מוחלטת המשתרעת גם על מסירתם של מסמכים, ועל-כן המשיב אינו חייב במסירתם. מכאן הערעור.

בפס"ד הועלתה השאלה של היקף זכות השתיקה ותחולת החיסיון להפללה עצמית בהקשר להמצאת חפצים. היה חשד ששרון השתמש בכספים לא חוקיים לשם מימון מערכות הבחירות שלו. היה קושי להשיג ראיות שכן העדים המרכזיים לא היו תושבי ישראל. במהלך החקירה הועלתה האפשרות שבחוות השקמים של משפחת שרון קיימות ראיות מפלילות, אלא שעפ"י חוק יש חסינות למקום המגורים. מדובר בחווה גדולה מאוד שבה גר גם בנו של רה"מ, גלעד, בבית נפרד. המשטרה עצרה את גלעד שרון לחקירה ודרשו ממנו להביא מסמכים מסוימים. שרון ענה כי יש עומדת לו זכות השתיקה. במקרה כזה המשטרה יכולה לבקש מביהמ"ש שיחייב את הבן להביא את המסמכים והם לא יוכלו לשמש נגדו. נדגיש שהמשטרה לא מעוניינת בשרון הבן אלא בשרון האב, ובכך שהיא מחייבת את הבן להביא את המסמכים היא מתחייבת שלא להשתמש בהן במשפט הבן, ובצורה כזו אפשר "לתפוס" את האב.

ביהמ"ש – ס' 2(2) לפקודה הפרוצדורה הפלילית (עדות) לא מדבר על זכות השתיקה, אך הוא מקבל את זה שהסעיף הפך להיות הבסיס הנורמטיבי לזכות. השופט **אור** מעלה שאלה – מדוע מוענקת זכות השתיקה ומונה שלוש תשובות:

1. אם אין לנאשם זכות לשתוק פירושו של דבר שהחוקר יכול להכריח אותו לדבר. אמנם אסור לחוקר להפעיל אמצעים בלתי חוקיים על הנאשם (כמו אלימות) ע"מ שידבר, אך עולה חשש כי אילו החוקר ידע שהוא שהנאשם חייב לדבר כאשר הוא דורש ממנו הוא עלול להפעיל אמצעים אלו. כלומר, הרציונל הוא **הקטנת עבריינות השוטרים**. פרופ' מודריק לא מסכים עם רציונל זה, שכן אין עניין לקביעת פרוצדורה שנועדה לא להכשיל שוטר, ועל השוטר לשאת באחריות במידה שהוא בחר לפעול בניגוד לחוק.
2. **חרב פיפיות** – אם לא תינתן זכות השתיקה הנאשם יעמוד בפני דילמה: או שהוא ישקר או שהוא ישתוק ואז יעבור על עבירה המחייבת אותו לענות. לפרופ' מודריק ביקורת גם על הרציונל הזה. לפי מודריק, כפי שלא צריך לדאוג לחוקרים כך גם לא צריך לדאוג לנאשמים שקרנים.
3. **לא הוגן לדרוש מאדם להפליל את עצמו**. כאשר מעוניינים להרשיע אדם בדין פלילי, על התביעה להוכיח שלא קיים ספק סביר בנוגע לאשמתו. הנאשם צריך רק להוכיח ספק. כאשר לא קיימת זכות שתיקה – הנאשם מפליל את עצמו, ובכך הוא הופך למסייע של התביעה.

← **ביהמ"ש טוען ששלושת הרציונליים הנ"ל אינם רלוונטיים להמצאת מסמכים**: לחוקר ולנחקר אין דרך לשנות מסמך, הוא אובייקטיבי, ולכן שני הרציונליים הראשונים לא רלוונטיים. לגבי הרציונל השלישי טוען ביהמ"ש שאדם יכול בדיבורו להפלייל או לא להפלייל, אך בהבאת מסמך אין הפללה עצמית, זה לא האדם המפלייל את עצמו אלא המסמך שמפלייל אותו.

← **בשורה התחתונה, קובע ביהמ"ש כי זכות השתיקה אינה כוללת בתוכה מסמכים. גם במידה שיש במסמכים אפשרות להפללה עצמית, חייבים למסור אותם בהוראת ביהמ"ש. או אז, זה יהיה לפי התנאים של ס' 47.**

אם כן, נשאלת השאלה למה נוגע ס' 47 בכל הנוגע להבאת מסמכים? לפי פרופ' מודריק יומן אישי, למשל, יכול להיחשב בגדר סעיף זה.

שתיקת הנאשם במשפט כסיוע

יש הטוענים כי מעצם שתיקת הנאשם ניתן לגזור מסקנות משפטיות. פרופ' מודריק סבור כי ברגע שיש זכות שתיקה לא ניתן להשתמש בה כנגד האדם שמממש אותה. הוא מוצא לכך הוכחה בס' 162 לחוק סדר הדין פלילי לפיו שתיקת הנאשם במשפטו עשויה להשתמש כסיוע (ראיה מסייעת) או כחזוק. ניתן לכך דוגמא: דיברנו על כך שבמצב של עד מדינה יש צורך בראיית סיוע. כאשר נאשם בוחר שלא להעיד במשפטו עדותו הדבר מהווה ראיה מסייעת לאשמתו. כלומר, לפי המרצה אילו המחוקק היה רוצה שיגזרו מסקנות משפטיות משתיקתו של אדם הוא היה מתייחס לכך, וניתן לראות שהוא אכן התייחס לכך במקרה מסוים. התעוררה השאלה האם שתיקה (במשפט) יכולה לשמש "דבר מה נוסף". "דבר מה נוסף" הוא תוספת להודאה שהייתה בחקירה. השאלה התעוררה משום שהביטוי הזה לא הופיע בס' 162. נחזור לשאלה זו בהמשך. אלו מוכיחים לנו שהחיסיון להפללה עצמית הוא יחסי [לדעת פרופ' מודריק, אם המחוקק רוצה לאפשר להסיק מהשתיקה, עליו לומר זאת במפורש, והוא לא עשה זאת במפורש על "דבר מה נוסף"].

רע"פ 4142/04 מילשטיין נ' התובע הצבאי

המערער ששמר על זכות השתיקה במשפטו, הורשע בעבירה של שימוש בסם מסוכן בהסתמך על הודאתו בחקירה. הדיון נסב בשאלה: האם שתיקתו של נאשם הנקרא להעיד במשפטו עשויה לספק את הדרישה ל"דבר מה נוסף" להודאות שמסר במהלך חקירתו, ואשר במסגרתן נטל אחריות לעבירות המיוחסות לו? בהקשר זה נדונה הסוגיה האם ניתן וראוי לפרש את סעיף 162 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן: חסד"פ), כמאפשר לראות בשתיקתו של נאשם לא רק "סיוע" ו"חזוק", כפי שמצוין בסעיף, אלא גם "דבר מה נוסף" לצורך הרשעתו על בסיס הודאתו בחקירה, וזאת על אף שההוראה לא עוסקת במפורש בתוספת ראייתית זו? אמנם קיימת זכות שתיקה, אך לא מדובר על חיסיון שלם. שכן, לעתים השתיקה יכולה דווקא להפלייל את החשוד. זכות השתיקה עומדת באיזון מול הזכות לקיום משפט הוגן.

אי-תחולת החיסיון מפני הפללה עצמית

1. **נאשם שמעיד להגנתו** – ס' 47(ג) (נידון לעיל).
2. **כאשר הובטח לנאשם שלא יועמד לדין (עד מדינה), כבר זוכה (Double Jeopardy), הורשע (כנ"ל), התיישנות העבירה.**
3. **חקיקה ספציפית** – פקודת מס הכנסה (אדם עשוי לחשוב כי אילו ידווח למס הכנסה דבריו יפליילו אותו אלא שהחוק מחייב מסירת מידע זה) ופקודת פשיטת הרגל (הוראות דומות).

חיסיון עו"ד-לקוח

ס' 48(א) לפקודת הראיות – עדות עורך-דין: "דברים ומסמכים שהוחלפו בין עו"ד לבין לקוחו [...] אין עו"ד חייב למסרם כראיה אלא אם ויתר הלקוח על החיסיון...".

ס' 90 לחוק לשכת עורכי הדין – סוד מקצועי: "דברים ומסמכים שהוחלפו בין לקוח לבין עורך דין ויש להם קשר ענייני 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."

שני הסעיפים הנ"ל בצירוף יוצרים את החיסיון בין עורך הדין ללקוח. הפקודה אמנם לא מחייבת להימנע מלמסור, אך חוק לשכת עורכי הדין מחייב את העורך דין שלא לגלות.

הרציונל של החיסיון הוא יצירת ערוץ תקשורת חופשי בין עוה"ד ללקוח, ע"מ לאפשר ללקוח לממש את הזכות שלו לייצוג והתייעצות מקצועית. הרציונל מבוסס על נקודת הנחה כי אם ללקוח לא יהיה ביטחון שדבריו לא ידלפו לגורמים אחרים, ואף יריבים – אין סיכוי שהוא יתייעץ וייועץ עם עורך-דינו.

יש לשים לב שיחסי עו"ד-לקוח נוצרים כאשר עורך הדין והלקוח מבקשים לקיים יחס כזה ביניהם. אדם שמחזיק בתואר ורישיון עו"ד ומקיים שיחת חולין עם מישהו שלא במסגרת המקצוע שלו, לא חייב בחיסיון עו"ד-לקוח בהכרח. גם בפלילים, כשעו"ד מתוודע לכך שהלקוח עשה עבירה, הוא צריך לשמור בסוד על כך, ולא לגלות על כך למשטרה. נשאלת השאלה, האם עורך הדין יכול לגלות את שידוע לו על מנת למנוע את עבירה עתידית?

לפי פרופ' מודריק, אם המידע שיש לעורך הדין על עבירה נמשכת שהיא בת סיכון לחיי אדם או גופו ושלומו של אדם – עורך הדין לא יכול להסתיר את זה, קל וחומר כשהוא מתבקש להעיד על זה.

תנאים להתגבשות החיסיון:

1. **עו"ד-לקוח:** קשר מקצועי-ענייני.
2. **מיהו עו"ד?** ← האם התשלום מעיד? או הסכם ייצוג?
3. **מיהו לקוח?** ← אין להרחיב למי שלא ביקש עבור עצמו שירות מעו"ד. אין להפוך את מקצוע עריכת הדין לעיר מקלט לעבריינים.

בג"ץ 744/97 סיגל גוזלן נ' השופט אהרון אמינוף

גוזלן היא עורכת-דין. היא טיפלה בעניינו של לקוח שהורשע בעבירת הצתה. המשיב 3 (להלן – שבו) מואשם בכך שהזמין את אותה הצתה. על-פי האמור בכתב-האישום, שבו הוא שביקש מהעותרת לייצג את קדוש ואף שילם את שכרה. התביעה ביקשה שגוזלן תעיד במשפטו של שבו על עצם הפנייה אליה, על זהותו של מזמין השירות, על שכר הטרחה ועל סוג השירות שניתן. שבו וגוזלן טענו לחיסיון החל על יחסי עורך-דין-לקוח, אך הטענה נדחתה על-ידי בית-המשפט המחוזי. לדבריהם, על-אף שאין העותרת מייצגת את שבו במשפטו, הרי שהוא בגדר "לקוח" שלה שכן היה "לקוח לשעבר" ו"לקוח פוטנציאלי". טענה נוספת שהועלתה על-ידי לשכת עורכי-הדין היא, שכאשר פלוני מזמין שירות משפטי בעבור אלמוני, זכאי פלוני בנסיבות מסוימות לטעון כי הוא בגדר "לקוח".

בדיון נאמר כי העובדה שלא שולם שכר טרחה לא אומר שאין יחסי עו"ד-לקוח. גוזלן מתבקשת להעיד על דבר שלא כלול בחיסיון.

4. **מהו שירות מקצועי?**

על"ע 17/86 פלונית נ' לשכת עורכי הדין

עורכת דין שתיווכה בעסקת מכר במקרקעין קיבלה לידה סכום כסף לצורך תשלום מס-שבח למוכר. באותו זמן אושר בביהמ"ש הסכם פשרה בין המוכר לקונים (אותם ייצגה עוה"ד) מבלי שהיא הייתה מודעת לכך. לאחר שאושר ההסכם והיא עיינה בו, היא הבינה כי ההסכם בין הצדדים נועד להונות את רשויות המס וכדי לקפח את שכר-הטרחה שהגיע לה מתוקף תפקידה. המערערת תבעה מלקוחותיה את שכרה אגב הטלת עיקול על כספי הפיקדון שבידה. בתביעתה ציינה המערערת, כי הסכומים המוצהרים בהסכם הפשרה הם למראית עין. על-כן היא הואשמה בעבירות משמעת מטעם לשכת עוה"ד והורשעה בעבירות של עיכוב כספי פיקדון והפרת חיסיון הן ע"י ביה"ד המשמעתי המחוזי באישור ביה"ד המשמעתי הארצי של הלשכה. מכאן הערעור.

השופט שטרסברג-כהן: בלתי אפשרי שעו"ד ייתן שירות ובטענה של חיסיון הלקוח ימנע תשלום שכ"ט. לכן הלקוח צריך לדעת שבמקרה בו הוא לא משלם שכר טרחה – הוא צריך להיות צפוי לגילוי. כאשר הלקוח מגיש תביעה זה כמו ויתור על החיסיון.

פקודת הראיות אינה המקור היחיד ליצירת חיסיון סטטוטורי, יש חוקים נוספים המקימים חסיונות:

1. **ס' 3 לחוק המרשם הפלילי:** קובע כי המרשם הפלילי חסוי.
2. **ס' 23 לחוק עוולות מסחריות:** סוד מסחרי של בעל דין או אדם אחר לא יפורסם.

חסיונות שנקבעו בפסיקה:

חיסיון בנקאי

נקבע ב-דע"א 1917/92 סקולר נ' גרבי:

בני הזוג המנוחים התחתנו בשנת 1972. בשנת 1989 נפטרה האישה, ובשנת 1990 הלך הבעל לבית עולמו. המבקשים, ילדיה של המנוחה מנישואיה הקודמים ויורשיה היחידים על-פי צוואה שעשתה, הגישו תביעה נגד המשיבים 1-4, בתו ויורשי בנו של המנוח מנישואיו הקודמים, להצהיר כי מחצית הכספים שהיו בחשבונות בני הזוג ביום פטירת המנוחה שייכים ליורשיה החוקיים. כמו כן תבעו המבקשים את הבנקים, המשיבים 5-7, להעביר את מחצית החשבונות על כל הפירות שעשו עד ליום התשלום בפועל לידי המבקשים. לאחר הגשת התביעה, הגישו המבקשים לבית המשפט המחוזי הודעה על בקשת רשות לעיין בספר בנקאי במעמד צד אחד, על-פי סעיף 39 לפק' הראיות, כדי להעתיק את הרישומים בספרי הבנקים בכל הנוגע לחשבונות על שם המנוח ועל שמו ועל שם ג'רבי או על שמו ועל שם המנוחה. בית המשפט המחוזי דחה את הבקשה. מכאן הבקשה לרשות ערעור, שנדונה כערעור, ושנסבה על השאלה אם זכאים המבקשים לעיין בחשבונות הבנק האמורים.

בהליך האזרחי מושתת גילוי הדדי, כיוון שבהליך הפלילי רוב הגילוי נעשה בחקירה המשטרתית. יש דברים שהמשטרה לא מגלה בחקירתה, ורק הנאשם יודע עליהם ואין לו חובת גילוי. אולם בהליך האזרחי יש חובת גילוי. נשאלת השאלה – האם אפשר להטיל את חובת הגילוי לא רק על הצד השני היריב למשפט, אלא גם על מי שמחזיק מסמכים או פרטי מידע אחרים שנוגעים לאותו יריב?

על כך אין כמובן תשובה בחוק – אם מסתכלים על תקנות סד"א, הן אומרות שכל צד צריך לגלות לצד השני את המידע שברשותו. כלומר, ליריב לצד מסוים מגיע לדעת על כל המסמכים שרלוונטיים – בין שמחזקים אצל היריב או בין אצל מישו ממטעמו.

לעניין פסק-הדין: האם בנק מוסמך לתת מידע כזה? מה ההבדל בין בנק לבין כל צד ג' אחר? התשובה נעוצה ביחסי האמון המיוחדים בין הלקוח לבין הבנק. פסה"ד דנן נידון בשנת 1992, וייתכן שכיום ישנן כל מני מערכות פיננסיות שהיחס של האמון בינן לבין הלקוח לא נופל מיחסי האמון בין הבנק לבין הלקוח. לכן לא ברור האם הפסיקה הזו שחלה על בנק תחול גם על חברות השקעה או על מוסדות פיננסיים אחרים דוגמת קופות גמל, חברות מסחר וניירות ערך עבור לקוחות, או על חברות ביטוח שחלקן פועלות היום בחלקים גדולים בפעילות הבנקאית (לפחות בחלקה).

פרופ' מודריק מניח שפחות או יותר אותן דרישות שהפסיקה קבעה לגבי בנקים, צריכות להתקיים גם לגבי מוסדות פיננסיים אחרים. בית המשפט העליון קבע כי בין הבנק ללקוח יש יחסים המבוססים על אמון – הבנק בעל מידע רב על ענייניו הכלכליים של הבנק ועל אמצעי הנזילות שלו. ביהמ"ש העליון קבע שניתן לראות בחיסיון המתבקש בחיסיון יחסי. מדובר בחיסיון יחסי שהתרתו אפשרית בהתקיים ארבעה תנאים שהציב **השופט גולדברג**:

- 1) **הוכחת רלוונטיות** – המבקש גילוי של מסמך המוחזק בידי בנק צריך להראות את הרלוונטיות של המסמך לפתרון הסכסוך המשפטי שמתחולל בין הצדדים.
- 2) **היתכנות להימצאות הראיה** – יש להוכיח כי יש היתכנות לכך שהראיה חשובה.
- 3) **היעדר אמצעי ראייתי אחר** – יש להוכיח כי הפנייה אל הבנק היא האמצעי האחרון.

4) **מידתיות** – חובת הגילוי משתרעת על מתחם הנחוץ לעניין הנידון – אין מקום לאפשר עיון כללי במסמכי הבנק לכל דורש. הרשות לעיון תהיה מידתית ותתייחס למסמכים ספציפיים. ייתכן שאף באותם מסמכים ספציפיים, העיון יוגבל לחלקים הרלוונטיים בלבד ולגבי יתר המסמך לא יינתן צו גילוי.

הני"ל חל גם על מסמכי צד ג' שאינו תמים – לפני-כן הראינו כי ניתן לדרוש גילוי מצד ג' במידה שלא מדובר במסמכי בנק. אולם, כאשר מסרנו מסמכים לצד ג' וביקשנו ממנו שיפקיד אותם בחשבון הבנק שלו עבורנו, הוא כבר לא תמים לגמרי, שכן הוא יכול להבין שהחשבון שלו משמש כמקלט פיננסי עבורנו. במקרה שכזה תחול על צד ג' חובת גילוי, כפי שחלה עלינו, שכן הוא פועל כשלוח שלנו. אולם – אם נעביר מסמכים לצד ג' שיפקיד אותם בחשבון כהפקדה עבור עצמו, מבלי לדעת שהוא עוזר לנו בהחבאת מסמכים ושימוש בחשבון כ-"עיר מקלט", לא יוכלו לחייב את הבנק של צד ג' לגלות את המסמכים הללו, גם אם כל ארבעת התנאים הוכחו, וזאת מכיוון שמדובר במסמכים שלו ולא שלנו שמוחזקים אצלו.

לדעת **השופט חשין** אין הבדל בין מצב שבו מסמכים רלוונטיים מוחזקים בכספת של צד למשפט בביתו לבין החזקתם בכספת בבנק – זה בדיוק אותו דבר, והבנק הוא רק כלי להחזקת מסמכי הלקוח. אם כך, אז כשם שאילו המסמכים היו מוחזקים בבית הלקוח הוא היה מחויב בגילויים לפי סד"א, כך גם אם הם מוחזקים אצל הבנק. לעומת זאת, אם הועברו המסמכים מצד למשפט לידי צד ג' שהוא תמים, אז הגילוי יהיה יחסי בהתאם לארבע הדרישות של השופט גולדברג בדעת הרוב בפס"ד סקולר לעיל.

חיסיון מסמכים משפטיים

ההלכה הפסוקה היא שמסמך שבא לעולם לצורך הליכים משפטיים, היו אותה שעה תלויים ועומדים או אפילו רק צפויים – הוא חסוי.

החיסיון מוחלט, אך לביהמ"ש מותר לבדוק אם אכן המסמכים הוכנו לצרכי משפט (נקבע בע"א 407/73 גואנשיר נ' חברת החשמל).

רע"א 1412/94 הסתדרות מדיציניית הדסה עין-כרם נ' גלעד

צוות רופאים בבית-חולים הכין דו"ח בדיקה פנימי. הדו"ח הוכן בעקבות מקרה מוות שאירע בבית החולים. בגין אותו מקרה מוות הוגשה תביעת נזיקין כנגד בית החולים. התובע ביקש לעיין בדו"ח הבדיקה הפנימי. בית החולים טען לחיסיון. עם מי הדין? טל גלעד ז"ל ניסה (ב-26.91.91) להתאבד. הוא הובהל לביה"ח הדסה עין-כרם. הוא נותח וחייב ניצלו. הוא אושפז במחלקה וב-8.7.91 חמק ממנה, עלה לקומה השמינית של בית החולים וקפץ אל מותו. בעקבות זאת מינה מנהל בית החולים צוות רופאים פנימי לבדיקת נסיבות האירוע. הצוות הגיש את הדו"ח הפנימי למנהל בית החולים. לימים הגישו בני משפחת המנוח (המשיבים) תביעה נגד המערערת. לטענתם התרשל בית החולים בטיפולו במנוח. המשפחה דרשה לחשוף את הדו"ח, וביה"ח טען כי חל על הדו"ח חיסיון.

"במקרה דנן, הוכן דו"ח הבדיקה הרפואי הפנימי, על-פי בקשת מנהל בית החולים. בזמן הכנתו התקיים צפי להגשת תביעה משפטית. אך הכנת הדו"ח לקראת משפט לא הייתה מטרתו היחידה ולא הייתה מטרתו העיקרית או הדומיננטית. לכל היותר ניתן לומר כי הייתה זו אחת המטרות, וייתכן אף מטרה שולית. ביסוד הכנת הדו"ח עמד גם העניין של בית החולים לדעת מה אירע על-מנת להפיק לקחים. לפיכך, אין החיסיון של מסמך שהוכן לקראת משפט עומד למערערת" (מתוך פסק-הדין).

נקבע כי אמנם המסמך שהוכן לקראת המשפט היה חסוי, אך התנאי הוא שהמשפט הצפוי יהיה העילה היחידה או לפחות העיקרית ליצירת המסמך לא התקיים. המסקנה היא, שאם המסמך הוכן בראש ובראשונה עבור ההליך השיפוטי, מותר להשאירו בחיסיון והוא אפילו מוחלט. בד"כ הפסיקה לא קובעת חסיונות מוחלטים.

הלכת הדסה מצביעה על חשיבות היקף הגילוי במשפט האזרחי, בלי הדו"ח התובע יתקשה להוכיח את טענתו.

השופט יצחק עמית – קבילת חסיון ואינטרסים:

השופט עמית ניסה במאמרו לערוך הבחנה בין גילוי מסמכים בהליך אזרחי – ס' 111-120 לתקנות סד"א לבין חסיון ראיות:

- משמצא ביהמ"ש שמשמך מסוים רלוונטי לזירת המחלוקת העובדתית הוא צריך להורות על גילוי. יוצאים מן הכלל מסמכים שנתונים בחיסיון.
- בהליך הגילוי יש לטעון שמשמך חסוי ולהסביר את מקור החיסוי במסגרת הימנעות הגילוי.
- חיסיון מתקיים כאשר יש אינטרס למנוע גילוי מכל גורם זולת הבעלים של החיסיון והנהנה ממנו

מה הדין של מסמכים שהכין בעל-דין לקראת הליכי מו"מ לפשרה, או הליך חילופי הליך השיפוט (כגון גישור)?

- ✓ הכלל הוא שכל מסמכי ההליך אינם קבילים. אולם העדר קבילות אינה בהכרח חיסיון. האם המסמכים חסויים?
- ✓ מתקיים חיסיון בתנאי שמדובר במסמכים שהוכנו לצורך ההליך החלופי או בעיקר עבורו, מתוך ידיעה שההליך יתקיים או שיש צפי ברור שההליך יתקיים. ייתכנו מצבים חריגים של אינטרס ציבורי לגילוי (רע"א 2235/04 בנק דיסקונט נ' אלי שירי).
- ✓ השופט יצחק עמית במאמרו, גורס שחיסיון יציר פסיקה זה הוא חיסיון מוחלט (אולי בגלל זיקת הקרבה שיש לו לחיסיון עו"ד-לקוח שהוא מוחלט).

- אי קבילות נועדה למנוע מביהמ"ש לבסס ממצא על הראיה הבלתי קבילה. מכאן שכל מסמך חסוי אינו קביל אך מסמך לא קביל אינו בהכרח חסוי.
- ← השופט עמית גורס שהמעמד של הליך גישור ואפילו דיוני פשרה דומים לסטטוס של הליך משפטי מתקיים ובלבד שאת המסמכים הכינו אותם לצורך ההליך הזה.
- (תהליך הסרת החיסיון לפי פרופ' מודריק הוא תלת שלבי, ועמית רואה את זה כדו שלבי. ההבדל טכני).

חסיון מקורות עיתונאים:

החיסיון התגבש ב-ב"ש 298/86 בן ציון ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב:

בשתי כתבות, שפרסמו המבקשים בעיתונים שבהם הם עובדים, ציינו המבקשים את שמותיהם של שני עורכי-דין ופרסמו את תמונותיהם. לשכת עורכי הדין ראתה בפרסומים משום עשיית פרסומת אישית, האסורה על עורכי-דין, ונקטה הליכים משמעתיים נגד עורכי הדין הנוגעים בדבר. המבקשים זומנו להעיד לפני המשיב 1 ונשאלו על מקורות המידע, ששימש כיסוד לכתבות בעיתוניהם (החשד היה שמדובר בעורכי הדין שפורסמו בכתבות). משסירבו המבקשים למסור את מקורות המידע, קנס המשיב 1 את המבקשים, מכוח הסמכות הנתונה לו בסעיף 66 לחוק לשכת עורכי הדין. לטענת המבקשים, עומד להם חיסיון, אשר על יסודו רשאים הם לסרב לגלות את מקורות המידע, הגם שפקודת הראיות, אינה מביאה הוראה מפורשת בדבר חיסיון עיתונאי.

הנשיא דאז, **מאיר שמגר** ז"ל, יצר את החיסיון של מקורות עיתונאיים: מכיוון שעיתונות חופשית היא **תנאי הכרחי במשטר דמוקרטי**, היא תתקיים רק כאשר תהיה הבטחת זרימת מידע חופשי לעיתונאים. לכן נקבע **חיסיון יחסי של מקורות**. במקרים יוצאי דופן, המשקפים עניין ציבורי חשוב, יוסר החיסיון לשם העברת מידע מהותי רלוונטי שלא ניתן להגיע אליו באמצעים חלופיים.

רע"פ 761/12 מדינת ישראל נ' מקור ראשון המאוחד (הצופה) בע"מ

עלתה דרישה מצד גורמי החקירה המשטרתית שצלמת שצילמה הפגנה יהודית מול משרדי חטמ"ר אפרים, תמסור את הצילומים אליה.

ביהמ"ש העליון מרחיב (כאן) את החיסיון העיתונאי וקובע כי החיסיון העיתונאי על חשיפת מקור שנקבע בפרשת ציטרין יחול גם על מידע **העלול לחשוף את המקור** (ולא רק המידע של המקור עצמו), 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 בחטמ"ר אפרים, עומדת על פניה כולה במבחני הרלוונטיות והמהותיות.

פרופ' מודריק הרחיב את החיסיון העיתונאי במסגרת משפט קצב – א' מבית הנשיא ידעה שהיא מתראיינת, ולכן אין בעיה להביא לסגורים את הריאיון המלא ששודר לציבור. אולם – על החלק שצולם בזמן הפסקת הפרסומות חל חיסיון עיתונאי וזאת מכיוון שא' כלל לא ידעה שהיא מצולמת וידעה שזה חלק שאינו משודר.

במידה שהמקור לא מסכים שהדברים יפורסמו ומדבר Off the Record החיסיון העיתונאי חל עליו.

אם המקור מוסר דברים שיפורסמו עם או בלי הזיהוי שלו – תוכן הדברים צריך להתפרסם כיוון שיש וויתור על החיסיון, אבל אם המקור לא מוכן ואומר שמראש אינו מוכן שיצוטט – החיסיון יורחב גם על תוכן דברי המקור ולא רק על זהותו. אין על זה בסיס בפס"ד של ביהמ"ש העליון או בחוק, אלא ברציונל שיצר את החיסיון הזה (עד היום לא ניתן פס"ד שחותר מתחת לפני הרעיון של פרופ' מודריק).

עדות מפי השמועה

הגדרה

עדות מפי שמועה ("עדות שמועה") הינה עדות בכתב, בע"פ או בהתנהגות, על הצהרה שניתנה מחוץ לביהמ"ש, במגמה להוכיח את אמיתות תוכן ההצהרה (העובדה) – **זוהי עדות משנה על עדות מקור**. לדוגמה, שמעון ראה גנב בשעת מעשה וצעק "תפסו את הגנב". שוטר ששמע את הצעקה, רץ בעקבות הגנב. השוטר לא נכח בגניבה עצמה, והוא תפס לכאורה את הגנב בעקבות הצעקות. לכן עדותו של השוטר לא תהיה קבילה אם מטרתה היא להוכיח שהייתה גניבה כי הוא לא עד מקור. הוא כן יוכל להעיד על מה ששמע ואף להיחקר על כך, אבל אין בכך כדי להוכיח שאכן התבצעה גניבה/אמיתות ההצהרה. שמעון הוא עד המקור ולכן הוא יוכל להעיד על מה שקלט בחושי – גם אם מדובר בחוש השמיעה. לדוגמה, כעד מקור הוא יכול להגיד להעיד ששמע פיצוץ.

הסיבה שאנחנו לא מקבלים עדות מפי השמועה היא שמדובר ב-"טלפון שבור" שקשה להסתמך עליו, וכן שהעד לא יכול לאמת את הדברים ששמע.

❖ **דגש** – עדות שמיעה קבילה לחלוטין משום שהיא נקלטת באמצעות חוש השמע. עדות מפי שמועה/ עדות שמועה היא לאו דווקא קבילה כי היא מבוססת על עדות המקור.

עדות מפי שמועה היא עדות אשר:

- נקלטה בחושי של אחר והגיע לידיעת העד מפי השמועה.
 - עדות מפי השמועה פסולה כראיה לאמיתות תוכנה, אך לא לעצם מסירת הדברים.
- לעיתים עשויה להיות לכך חשיבות רבה. לדוגמה – ראובן רצח את פלוני וסיפר על כך לשמעון. מדובר בעדות שמועה, ולכן שמעון יוכל להעיד אך ורק על כך שהוא שמע מראובן שהוא רצח מישהו ולא על כך שבאמת מישהו נרצח. ועדיין, עדותו משמעותית משום שכך ראובן לא יוכל לשנות את גרסתו. הוא לא יוכל להגיד שמעולם הוא לא אמר את זה, ובמידה שכן – נעמת אותו עם העדות של שמעון, לפיה הוא כן אמר את הדברים. בכך יהיה כדי לערער את אמינותו של ראובן.

לכלל הפוסל עדות מפי השמועה יש חריגים שנובעים מהפסיקה ומהחוק. **הכוונה בחריגים היא שנקבל עדות מפי השמועה כאילו היא עדות מקור, באופן שיהיה בה כדי לאמת את העובדה/תוכן ההצהרה**. למשל עדותו של השוטר היא עדות מפי השמועה. אם היא הייתה מתקבלת כחריג, היינו רואים בה כאילו היא מעידה על עצם מעשה הגניבה ממקור ראשון ולא כמה שנשמע מהמקור הראשון.

חריגי הפסיקה

אמרות נפטרים

א. אמרת נפטר בעת מילוי תפקידו

חזקה כי דבריו של אדם, שנאמרו במסגרת מילוי תפקידו לפני שנפטר, הם נכונים. לדוגמה: שוטר רושם דו"ח תנועה לאדם. אותו אדם מערער על הדו"ח ורוצה להופיע בפני שופט. טרם הגעת מועד הדיון השוטר (שהוא למעשה העד המרכזי) נפטר. לכאורה במצב הדברים הזה לא ניתן לקיים את המשפט, אלא שהשוטר רשם את הדו"ח במסגרת מילוי תפקידו. הדו"ח הוא עדות מפי השמועה (כאמור יכולה להיות בכתב) ולכן היא לא קבילה לצורך הוכחת התרחשות עבירת התנועה. החריג דן בא לפתור את הבעיה ומתייחס לאותו דו"ח כעדות ממקור ראשון, שכן חזקה

שמה שרשם השוטר במילוי תפקידו לפני שנפטר הוא נכון. לכן הדו"ח הזה קביל לצורך הוכלת התרחשות עבירת התנועה.

אלא, שפרופ' מודריק מסייג את דבריו ואומר שבסופו של דבר אותו דו"ח לא חוסה תחת חריג "אמרת נפטר בעת מילוי תפקידו". **החריג נכון לאותם המקרים בהם מי שפועל במסגרת מילוי תפקידו אדיש לדברים שהוא כותב או אומר.** במקרה זה השוטר בוודאי לא אדיש ואובייקטיבי בעת כתיבת הדו"ח שכן מטרתו היא להרשיע. זה נובע מהסתכלות אישית.

כן היינו מקבלים את הדו"ח כעדות מקור במצב אחר – לדוגמה, אדם שעורך רישום שעת כניסה לחניון של מכוניות. האדם נפטר וצריך את הרישום לצורך אליבי במשפט שהמכונית נכחה בחניון בשעה מסוימת. אותו רישום הוא עדות מפי שמועה ואנחנו נקבל אותו כעדות ממקור ראשון, באופן שיעיד כי המכונית הייתה או לא הייתה בחניון, כך שלמעשה נחיל את החריג ונתייחס לרישום כאילו הוא נכון. **הסיבה שנקבל את הרישום היא שאותו אדם היה אדיש בכתיבת שעות כניסת המכוניות, לא היה לו אינטרס וכל מה שהוא עשה היה את עבודתו.**

לסיכום:

- (1) הדברים נאמרו או נכתבו ע"י אדם במסגרת מילוי תפקידו לפני שנפטר.
- (2) חזקה כי הם נכונים.
- (3) הם נאמרו או נכתבו מתוך אדישות ואובייקטיביות.

ב. אמרת נפטר בניגוד לאינטרס רכושי שלו

עד מקור, לפני שנפטר, מעיד על הדבר שלגביו הוא עד מקור בפני חברו. חברו הוא עד מפי השמועה ולכן הוא לא יכול להעיד על אמיתות תוכנה, אלא רק על מה ששמע. עם זאת, העדות תתקבל אם אמירתו של הנפטר ששמע החבר נוגדת את האינטרס הרכושי (כולל כספי) של הנפטר, ובעצם תוכל לבסס את אמיתות תוכנה. הרציונל הוא שאם הנפטר אמר דבר שנוגד את האינטרס הרכושי שלו הוא לא משקר, יש סבירות גבוהה שתוכן עדות השמיעה הוא נכון ואובייקטיבי.

ע"א 601/68 ביידר נ' לוי

בית-המשפט המחוזי סירב לקבל כעדות הודעה של אדם שניתנה בעת שנחקר במשטרה, ומת לפני המשפט. נקבע כי כאשר מדובר בתביעה נגד העיזבון, נטל השכנוע המונח על כתפי התובע גבוה יותר, מאחר שאין מי שיתנהל מולו מנגד ויתגונן.

חוות דעת מומחה

(א) חוות דעת רופא

חוות הדעת מבוססת בעיקרה על סברה משום שהיא לא מסוג הדברים שאדם "קולט בחושיו", ולכן זו עדות מפי השמועה. עם זאת, קיימת סבירות גבוהה שהיא מהימנה ולכן נקבלה.

(ב) חוות דעת מומחה חתומה בידי ראש הצוות

ראש הצוות מרכז את כל החומרים שאספו חברי הצוות ומעיד על הכל בביהמ"ש. הוא לא אסף את כל החומרים בעצמו, ולכן בחלקם הם עדות מפי השמועה. בכל זאת, נקבלם כאילו הם עדות מקור ראשון.

(ג) דו"ח ועדת חקירה באשר לנסיבות מות חולה

רס גסטא (Res gestae)

דברים שנאמרים תוך ביצוע מעשה כאשר ניתן להניח שהם אינם מוכוונים מטרה:

(א) אמרה המלווה מעשה ומסבירה את עשייתו

אדם נורה ברחוב. בעודו על ערש דווי הוא מספר לעובר אורח מי ירה בו. סביר להניח שאמירתו אמיתית ונטולת אינטרס, לכן נקבל את עדות השמועה מפי עובר האורח כך שתוכל להוכיח את זהות היורה.

(ב) אמרה המציגה מצב בריאותי

(ג) אמרה המבטאת הלך נפשי

חריגים חקוקים

ס' 9 לפק"ר – אמרת עד בעת ביצוע העבירה: יעדות על אמרה שנאמרה בשעה שנעשה, לפי הטענה, מעשה עבירה, או בסמוך לפניו או לאחריו, והאמרה נוגעת במישרין לעובדה השייכת לעניין, תהא קבילה אם אמר אותה אדם שהוא עצמו עד במשפט.

תנאי הסעיף:

- 1) האמרה נאמרה בשעה שנעשה מעשה העבירה, או סמוך לפני התרחשותו, או לאחריו.
- 2) האמרה נוגעת במישרין לעובדה השייכת לעניין.
- 3) האמרה נאמרה ע"י אדם שהינו עד במשפט.

ע"פ 7293/97 ז'אפר נ' מדינת ישראל

המערערים הורשעו בבית-המשפט המחוזי בעבירות של קשירת קשר לביצוע פשע, גניבת רכב ושווד בנסיבות מחמירות. ההרשעה התבססה, בין היתר, על עדותו של מתנדב המשמר האזרחי (להלן – המתנדב), שבשעת ביצוע השוד שהה במוקד המשטרה. המתנדב קיבל שיחת טלפון אנונימית מאישה, שמסרה לו כי היא רואה את השודדים, וכן את מספר הרכב שבו נסעו. המתנדב רשם את מספר הרכב בפנקסו הפרטי, והרישום הוגש כראיה במשפט. ברכב שנמצא נתגלו טביעת אצבעו של המערער 1 על השמשה וטביעת אצבעו של המערער 2, אחיו הקטין של המערער 1, על חפיסת סיגריות שנמצאה ברכב. הרכב עצמו נגנב יום קודם לשוד. עיקר הערעור נסב על השאלה אם ניתן היה לקבל את הרישום ואת עדות המתנדב בדבר מספר הרכב שנמסר לו כראיה במשפט, בהיותה בגדר אחד מהחריגים המכשירים עדות שמיעה, הגם שהאישה שמסרה את ההודעה לא נמצאה ולא הובאה להעיד.

תנאי ס' 9 לא מאפשרים זאת משום שאותו אלמוני הוא לא עד במשפט. למרות זאת, **השופט דורנר** פסקה שבאותן נסיבות בהן לא ניתן להעיד את מוסר האמרה מפני שהוא נפטר/כתובתו לא ידועה/מצבו לא מאפשר לו להעיד, עדות מפי השמועה עדיין תתקבל.

ס' 10 לפק"ר – אמרה של קורבן לאלימות: יעדות על אמרה שאמר אדם שנעשה בו, לפי הטענה, מעשה אלימות, והאמרה נוגעת לאותו מעשה או לנסיבות-לואי שלו, תהא קבילה אף אם האדם שאמר אותה אינו נוכח כעד ואף אין להביאו למשפט משום שהוא נפטר או תשוש או חולה או נעדר מן הארץ, ובלבד שנתקיימה באותה אמרה אחת מאלה:

- 1) היא נאמרה בשעת מעשה האלימות, או בסמוך לאחריו, או לאחר שהייתה לו ההזדמנות הראשונה להתאונן עליו;
- 2) היא נוגעת למעשה האלימות לפי סדר האירועים עד כדי היותה חוליה בשלשלת הנסיבות הקשורות במישרין לביצוע העבירה;
- 3) היא נאמרה בשעה שהוא היה גוסס, או האמין שהוא גוסס, בעקבו של מעשה האלימות.

תנאי הסעיף:

1. אמרה של קורבן מעשה אלימות.
2. האמרה נוגעת למעשה האלימות או לנסיבות הלוואי שלו.
3. האמרה קבילה גם אם אומרה אינו עד, משום שהוא נפטר/תשוש/חולה/נעדר מן הארץ (חידוש לס' 9).
4. מתקיימת אחת החלופות:

- 1) האמרה נאמרה בשעת מעשה האלימות או בסמוך אחריו או לאחר שהייתה ההזדמנות הראשונה להתאונן עליו.
- 2) האמרה נוגעת במישרין למעשה האלימות לפי סדר האירועים עד כדי היותה חוליה בשרשרת הנסיבות הקשורות במישרין לביצוע העבירה.

ע"פ 4004/93 יעקובוביץ נ' מדינת ישראל

המערערים הורשעו בבית המשפט המחוזי ברצח קורבן שהיו חייבים לו כספים, בעקבות לקיחת הלוואה שטפחה. הקורבן מסר לאמו כי הוא הולך לרמת השרון לקבל חזרה כספי הלוואה שנתן, ואף הביע חשש לעניין הפגישה, ונעלם. גופתו נתגלתה מקץ ימים מספר בתא המטען של מכוניתו.

בגלל שיחת הטלפון בינו לבין אמו ניתן להעיד אותה למרות שהיא עדת שמועה. נתייחס לעדות שלה כאילו זו עדות שבנה היה נותן אם היה חי.
(3) האמרה נאמרה בשעה שהיה גוסס או האמין שהוא גוסס בעקבות מעשה האלימות.

ס' 10א לפק"ר – אמרת עד מחוץ לביהמ"ש

אחד הסעיפים הידועים ביותר בפקודת הראיות. הוא חל רק במישור הפלילי (ס' 9 ו-10 יכולים לחול גם במישור האזרחי). הסעיף חוקק על רקע תופעה שכיחה, לפיה עדים מוסרים גרסה במשטרה וחוזרים בהם מעדותם בבית המשפט, וזאת מתוך חשש להעיד כנגד הנאשם. במצב כזה התביעה עומדת חסרת אונים כי יוצא מכך שעדיה לא אמינים. הפרקטיקה הזאת תמרצה נאשמים לגרום לעדים רבים להעיד בחקירת המשטרה כדי שהתביעה תחשוב שיש לה בסיס ולאחר מכן היא תבין שאין לה כלום. חקיקה זו מאפשרת בנסיבות מסוימות להשתמש בדברי העד כפי שנמסרו בחקירת המשטרה כראיה.

ס' 10א מבקש להתמודד עם הבעייתיות הזאת והוא כולל ארבעה חלקים – כאשר שניים עוסקים בקבילות ושניים עוסקים במשקל לשון הסעיף:

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

- (1) מתן האמרה הוכח במשפט;
- (2) נותן האמרה הוא עד במשפט וניתנה לצדדים הזדמנות לחקרו;
- (3) העדות שונה, לדעת בית המשפט, מן האמרה בפרט מהותי, או העד מכחיש את תוכן האמרה או טוען כי אינו זוכר את תכנה.

(ב) בית-המשפט רשאי לקבל אמרה כאמור בסעיף קטן (א) אף אם נותן האמרה אינו עד, בין משום שהוא מסרב להעיד או אינו מסוגל להעיד, ובין שלא ניתן להביאו לבית-המשפט משום שאינו בחיים או לא ניתן למצאו, ובלבד שבית-המשפט שוכנע שמנסיבות הענין עולה, כי אמצעי פסול שימש להניא או למנוע את נותן האמרה מלתת את העדות.

(ג) בית המשפט רשאי לסמוך ממצאיו על אמרה שנתקבלה לפי סעיף זה, או על חלקה, והוא רשאי להעדיף את האמרה על עדותו של העד, והכל אם ראה לעשות כן לנוכח נסיבות הענין, לרבות נסיבות מתן האמרה, הראיות שהובאו במשפט, התנהגות העד במשפט ואותות האמת שנתגלו במהלך המשפט, והטעמים יירשמו.

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

- ← ס' 10א(א) עוסק במי שהוא "עד במשפט".
- ← ס' 10א(ב) עוסק במי שאינו עד במשפט כי הדבר נמנע ממנו.
- ← ס' 10א(ג) מעניק לביהמ"ש סמכות להעדיף את אמרת החוץ על פני העדות בביהמ"ש או לקבלה כראיה במקום עדות העד שנעדר
- ← ס' 10א(ד) קובע דרישת תוספת ראייתית של "דבר לחיזוק".

ס' 10א(א) קובע שאמרה בכתב שנתן עד מחוץ לביהמ"ש תהיה קבילה כראיה בהתקיימם של מסי' תנאים. יש לשים לב שמדובר באמרה בכתב ולא בע"פ וכן שזוהי עדות מפי השמועה.

א. **אמרה בכתב** (בין שמדובר בצילום, העתקה או הדפסה):

ד"נ 23/85 מדינת ישראל נ' דוד טובול

המדינה ביקשה להגיש במשפטו של טובול שלושה זיכרונות-דברים, שנרשמו על-ידי אנשי המשטרה לאחר ששוחחו עם עדה במשפט. שופטי הרוב במושב ששמע את הערעור בבית המשפט העליון סברו שיש לזכות את המשיב, שכן סעיף 10א דורש שהאמרה תינתן על-ידי העד, ובנסיבות של כתיבת זיכרון-דברים על-ידי אדם אחר משקפים הדברים שנרשמו את גרסת הכותב על שנאמר לו ואינם יכולים להיחשב כאמרה בכתב, שניתנה על-ידי העד.

במקרים רבים, הנחקרים שאינם בחזקת חשוד או נאשם, אלא כאלה שמעידים בפרשה מסוימת ומכירים את הוראת ס' 10א(א) יודעים שאם הם יגידו משהו וזה ירשם על פי החוקר, יהיה אפשר להציג את זה כראייה בבית

המשפט. בעניין טובול, כמו בהרבה מקרים, היה מקרה בו שוטר ערך שיחה בלתי פורמלית עם חשוד (שלא במסגרת חקירה) ולאחר מכן כתב מזכר בו תעד על פי הזיכרון שלו את מה שאמר לו הנחקר באותה סיטואציה (על חוץ הים). במקרה הנ"ל התעוררה שאלה האם המזכר הזה עונה תחת ההגדרה של "אמרה בכתב"? אלו שמתנגדים להכללת האמרה הזו כחלק מההגדרה אומרים כי הנחקר לא משולב בעניין זה באופן מלא ולא חותם על הדברים ועל כן זה לא יכול להיכנס תחת ההגדרה, ואילו התומכים הביאו דעות משל עצמם. בפסק-הדין, שלושה שופטים סברו כי המזכר קביל ושני שופטים סברו כי המזכר אינו קביל מאחר ומדובר במקרה של "טלפון שבור" או מזכר המבוסס על בסיס דברים שלא נאמרו בהכרח או שנבעו מכשל בהבנה של מה שנאמר לחוקר.

השופט ברק (בדעת רוב): המזכר יהיה קביל בתנאי שהוא נרשם מאד סמוך לזמן שבו החשוד מסר את אמירותיו. ההנחה במקרה הזה היא שאם מדובר בזמן קצר הזיכרון נשמר. שופט אחר סבר שעניין הזמן לא משנה, הוא היה בדעה שיש כאלו ששוכחים מהר ויש כאלו ששוכחים תקופה ארוכה והוא לא רוצה למנוע את קבילות המזכר שנרשם לאחר תקופה ארוכה יחסית כל עוד אותו אדם שרשם את המזכר הוא בעל זיכרון ארוך. אותו שופט סבר ששאלת המורכבות של המזכר היא המפתח במקרה הזה – אם המזכר הוא מלא פרטים אז אפשר להניח שהוא מתעד נכון את הדברים שנאמרו אבל אם המזכר הוא כוללני, יש חשש שהדברים אינם מתועדים כהלכה ושהפרשנות שנותן החוקר לדברים שנאמרים לו היא פרשנות בעיני המתבונן. מתוך זה יוצא שנפסקה הלכה בדבר קבילותו של מזכר, אלא שמבחינת יחסי רוב-מיעוט יש שני שופטים (**לוי וחלימה**) שקובעים שבכל תנאי צריך שלא לקבל מזכר ומולם יש את **שמגר וברק** – על-פי גישתם, ניתן יהיה לקבל את המזכר רק במקרים מסוימים או על פי טווח הזמן או על פי פירוט המזכר עצמו. למרות זאת, אף אחד לא עשה את ההבחנות הללו בביהמ"ש, וידוע לכל כי פסק הדין הכשיר את המזכרים כראייה ומאז הם "זורמים" לתיקי בתי המשפט. פס"ד יעקובוביץ מרחיב אף יותר ואומר כי **תנועות הידיים** של נחקר או עד יכולות גם הן להוות אמרה בכתב. במקרה דנן אחד העדים תיאר את הרצח באמצעות תנועות ידיים שמראות על חניקה ונשאלה השאלה האם יש פה תיעוד בכתב.

ב. **מתן האמרה הוכח במשפט**. צריך להוכיח לביהמ"ש שהעד מסר אמרה בכתב מחוץ לביהמ"ש. איך עושים זאת? מי שקיבל את האמרה בכתב, החוקר – אם זה היה חוקר, פשוט מעיד שסופר לו סיפור והוא תיעד אותו בכתב. לפעמים יש גם חתימה של העד על הדברים שמסר. העד תמיד מתבקש לחתום אבל לא תמיד מוכן לכך. אם יש חתימה זו הוכחה חזקה יותר, אך גם אם אין – זה יכול להספיק (העדות) לצורך כך.

ג. **מוסר האמרה הוא עד במשפט** (אלא אם התקיימו תנאי ס' 10א(ב)).

ד. **ניתנה לצדדים הזדמנות לחקור את העד**. השאלה היא מה הכוונה ב-"ניתנה לצדדים הזדמנות לחקור את העד" כשמדובר בעד ששותק או לחילופין, כשמדובר עד פטפטן (מדבר הרבה אבל לא לעניין). האם מתקיימת האפשרות או ההזדמנות לצדדים לחקור את העד במצב כזה?

דני"פ 4390/91 מדינת ישראל נ' חג' יחיא

באופן רגיל, כשיש עד מפי השמועה, לא ניתן לחקור את עד השמועה על תוכן או אמיתות דברי המקור. כשמגישים את האמרה, שהיא כשלעצמה עדות בפני השמועה, רק עד המקור יכול להיחקר עליה. במקרה הזה – חג' יחיא יכול להיחקר על דבריו במשטרה ולא השוטר ששמע את זה. ביהמ"ש יכול היה להשתכנע שאין אמת באמרתו ולא לייחס לה משקל. אך אם משמיטים את הכלי של חקירה נגדית, מה שבעצם נשאר היא עדות מפי השמועה על כל המגרעות שלה. **השופט בך** אומר שאין סיבה לקבל אותה אם אין שום כלי לאושש את מהימנותה. כלומר – האפשרות לחקירה נגדית היא הכלי היחיד שעוד נשאר כדי להצדיק על בסיסו את קבילותה אמרת חוץ. **שמגר** חולק עליו ומסביר שס' 10א(ב) קובע כי חקירה נגדית היא לא מה שמקיים או מפיל את קבילות הראייה. חלק ב' מאפשר לביהמ"ש לקבל, בנסיבות מסוימות, אמרת חוץ של עד גם בלי חקירה נגדית בכלל, ואילו בחלק א', החקירה הנגדית היא לפחות אפשרות. אז אם אפשר לקבל אמרת חוץ של עד כשהוא לא מעיד כלל, קל וחומר שאפשר לקבל אמרת חוץ של עד שנמצא על דוכן העדים ויש אפשרות לחקור אותו. הוא אומר שלא ניתן להחיל את חלק ב' על חלק א'.

התוצאה המעשית – אמרת חוץ של עד יכולה להתקבל לפי 10א גם אם העד שתק או פטפט ובלבד שהייתה הזדמנות לחקור אותו (הדיון הנוסף היה במותב של תשעה שופטים, כאשר התוצאה הייתה 4: 5).

כאמור לעיל, לסי' 10א יש ארבעה חלקים, כאשר שניים מהם עוסקים בקבילות הראיה ושניים עוסקים במשקל הראיה. במקרים בהם מדובר בעד במשפט שמסתייג מהאמרה שהוא נתן מחוץ לכותלי ביהמ"ש הדברים פשוטים. אך מה קורה במצבים בהם העד לא הגיע לביהמ"ש ואין הזדמנות לחקור אותו?

סי' 10א(ב): אם העד נפטר כדרך העולם לפני שהגיע מועד עדותו, זו לא תוצאה של אמצעי פסול וזה לא משמש בסיס להצגת אמרת החוץ שלו. אי הנוכחות צריכה להיות תוצאה של הפעלת אמצעים פסולים (דוגמת רצח). הסעיף נועד להתמודד עם תופעת רציחת העדים כדי למנוע מהם להעיד.

כך קרה עם העד המרכזי במשפט של אולמרט – עד המדינה עלה על דוכן העדים, ובעודו על הדוכן הרגיש רע ונפטר שעות לאחר מכן, כך שלמעשה הוא לא הספיק לסיים את עדותו. לא היה ניתן להוכיח הפעלת אמצעים פסולים (העד סבל מבעיות בריאותיות קשות), וביהמ"ש "נתקע" עם עדות לא מושלמת ולא יכול היה להתבסס על אמרות העד מחוץ לכותלי ביהמ"ש.

אולם, כאשר מפעילים אמצעים פסולים, או אז נכנס המנגנון של סי' 10א שקובע שאפשר לקבל את אמרת העד מחוץ לכותלי ביהמ"ש.

"שוכנע שמנסיבות העניין עולה" – הכוונה היא שביהמ"ש יכול לסמוך גם על עדויות מודיעיניות/ רכילות/ עדות שמועה לפיהן הופעלו האמצעים הפסולים על העד.

סי' 10א(ג): ביהמ"ש יכול להעדיף אמרת חוץ של עד על פני עדותו בביהמ"ש במקום בו הוא מסתייג ממה שאמר מחוץ לביהמ"ש. כשהוא שוקל לעשות זאת הוא לוקח בחשבון את כל נסיבות העניין, כולל אם הופעל על העד לחץ מהמשטרה כדי שיעיד (הטענה הרווחת). הלחצים שהופעלו על ידי המשטרה לא פוסלים את קבילותה של אמרת החוץ של העד המסתייג אלא מפחיתים במשקל שניתן לאמרת החוץ שאמר העד.

במצבים שכאלו, אמרת החוץ תהיה קבילה, אך המשקל שלה יהיה תלוי בהחלטת ביהמ"ש נוכח נסיבות מתן האמרה, התנהגות העד, הראיות ואותות האמת שהתגלו במהלך המשפט. דהיינו – על ביהמ"ש לשקול שני סטים של ראיות: הן אמרת החוץ והן אמרת הפנים בביהמ"ש, ועל סמך כל הנסיבות הללו יחליט ביהמ"ש מה עדיף.

סי' 10א(ד): דרישה טכנית לתוספת ראייתית שקרואה 'דבר לחיזוק'.

סי' 10א יוצר מנגנון שמאפשר להעדיף את עדות השמיעה על פני עדות ברורה בביהמ"ש. למעשה, מדובר במנגנון מיוחד מאוד כיוון שיש את עדות המקור בביהמ"ש, ולמרות זאת רשאי ביהמ"ש שלא להעדיף אותה. העד מעיד בביהמ"ש, ומסתייג מהדברים שאמר במשטרה ואומר שלא כך היה, וכי המציאות למעשה שונה לחלוטין. מתן האפשרות לקבל בנסיבות האלה את עדותו העד במשטרה היא חריג עצום לכלל שאוסר קבלת עדות מפי השמועה.

לעניין כך אומר ה**שופט בך** שהוא לא חולק על הצורך בסי' 10א, אבל אם יש איזושהי חגורת ביטחון שאנחנו מקבלים את העדות מחוץ לכותלי ביהמ"ש ויכולים להשתכנע שזו עדות אמת, זה באמצעות החקירה הנגדית של העד המסתייג. חקירה נגדית, עם כל חשיבותה, היא לא חזות הכל כיוון שבנסיבות מסוימות אפשר לקבל עדות מחוץ לביהמ"ש בהיעדר חקירה נגדית. היעדר חקירה נגדית לא מונע באופן נחרץ את קבילות העדות.

לשון סי' 10א: "**ניתנה** לצדדים הזדמנות לחקור..." – העד נמצא בביהמ"ש ומכאן שיש הזדמנות לחקור אותו. במידה שלא ניתן לממש את ההזדמנות זו כבר בעיה אחרת.

טרמינולוגיה

- **הודעה** – עדות בחקירה (מחוץ לביהמ"ש).
- **הודאה/ הודיה** – הודאה באשמה או בעובדה מפלילה, היא יכולה לשמש בסיס להרשעה אם מתווסף לה "דבר מה נוסף". בשונה מראשית הודאה, כדי שהודאה כאמרת חוץ תתקבל כראיה עליה לעמוד בתנאי ס' 12 לפקודה.
- **אמרת חוץ** – אמרה מחוץ לכותלי ביהמ"ש של עד או נאשם. קבלת אמרת חוץ כראייה לאמיתות תוכנה היא חריג לאיסור עדות מפי השמועה.
- **ראשית הודיה** – התבטאות ספונטנית של הנאשם, המשקפת תחושה של אשמה או הלך נפש, ללא הודאה ישירה בקיומה של עובדה מפלילה או מסבכת, אשר נאמרת בד"כ באקראי וללא כוונה להודות (לדוגמה, "אכלתי אותה"). היא לא יכולה להוות לכשעצמה בסיס להרשעה כי אין בה הוכחה מפלילה, אבל היא יכולה להיות תוספת ראייתית. היא גם לא יכולה להוות "דבר מה נוסף" להודאת הנאשם משום שדבר מה נוסף צריך להיות חיזוני לנאשם.
- **התנהגות מפלילה** – ראייה שאינה שוות ערך להודאה בעובדה מפלילה. אם לא ניתן להסביר את התנהגות הנאשם באופן סביר היא יכולה להוות תוספת לראיות נגדו. לדוגמה, נאשם יודע שהמשטרה מחפשת אחריו והוא נמלט. הבריחה היא לא הוכחה מפלילה אבל היא מחזקת את החשד נגדו.

ההבדלים בין הודיה לבין ראשית הודיה

- **במישור הקבילות** – הודיה מלאה מתקבלת בתנאי שהיא עומדת בתנאי ס' 12 (תנאי הקבילות). לדעת פרופ' מודריק, גם ראשית הודיה צריכה לעמוד בתנאי ס' 12 (בניגוד לדעת השופט קדמי) – אם הביטוי הזה הוא תוצאה של לחץ פיזי או נפשי, אז לדעת פרופ' מודריק לא צריך להיות לביטוי הזה משקל, בדיוק כמו שהודיה מלאה לא תהיה קבילה אם ניתנה בתנאי לחץ, אבל השופט קדמי חשב שראשית הודיה לא כפופה לתנאי הקבילות של ס' 12.
- **במישור המשקל** – הודיה יכולה לשמש בסיס להרשעה בתוספת דבר מה נוסף. ראשית הודיה לא יכולה להיות כשלעצמה בסיס להרשעה כי אין בה שום הוכחה לעובדה מפלילה, אך היא יכולה להיות תוספת ראייתית ולהצטרף לראיות אחרות (אך היא לא תהווה 'דבר מה נוסף' להודיית הנאשם). היא לא תהווה 'דבר מה נוסף' כי 'דבר מה נוסף' לדברי נאשם, צריך להיות **חיזוני ולא תלוי בנאשם**. דהיינו – לא חלק מההתבטאויות שלו, וראשית הודיה תלויה בהתבטאות הנאשם. היא כן יכולה בנסיבות מסוימות להיות דבר לחיזוק של עדות אחרת (לא של הנאשם) אבל בשום מצב לא 'דבר מה נוסף'.

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

הסעיף דן בהוכחת אמרת חוץ של נאשם, כל אמרה חוץ מאמרה שמפלילה אותו. הסעיף חריג לכלל איסור עדות מפי השמועה, משום שכל אדם או איש מרות יכול להעיד על מה ששמע מהנאשם. בשונה מס' 10א, ס' 11 **לא מחייב** שאמרת החוץ של הנאשם תהיה כתובה. מאחר והסעיף מדבר על עדות על אמירה של נאשם שמעידה על תמימותו, אין מגבלות או תנאים לקבלה מלבד שמי ששמע אותה או כתב אותה יעיד על כך. מטרת הסעיף היא **לתת כלי לתביעה** שלא יכולה להכריח את הנאשם להעיד, ולכן היא משתמשת בעדויות על אמרות חוץ שלו כראיה לאמיתותן. אמרת חוץ של נאשם היא ראייה נגדו שמוגשת מטעם התביעה ולא ראייה שלו שהוא יכול להגיש, כי בסופו של דבר מדובר בדברים שהוא אמר ולכן הוא גם יכול להעיד עליהם. עם זאת, יש מצבים בהם הנאשם יכול להשתמש באמרת חוץ שלו – למשל, אם הוא מעיד אבל שוכח את סדר הדברים הוא יכול להיעזר באמרת חוץ שנתן בסמוך למקרה כדי לרענן את זיכרונו. בנוסף, הוא יכול להסתייע באמרת חוץ שלו

כדי להראות שאת הגרסה שהוא מעיד עליה הוא כבר נתן בעבר והוא לא ממציא אותה היום. חשוב להבהיר שבשביל להוכיח את תוכן דבריו הוא חייב להעיד ולא יכול להשתמש באמרת החוץ. הוא לא יכול להשתמש בה כדי ליצור גרסה אלא פשוט כדי להראות שהגרסה הזו לא הומצאה.

אמרת חוץ של נאשם יכולה להיות בשלוש דרכים

1. **בכתב** – בכתב ידו של הרושם/המודה/אמצעי דיגיטלי אחר. לרוב, כדי להוכיח אמרת חוץ בכתב של נאשם מביאים עד שהיה נוכח בזמן רישום ומסירת העדות, ובמרבית המקרים מדובר ברושם העדות עצמו.
2. **בעל-פה** – נאמרת ע"י המודה ונקלטת בזיכרונו של השומע. כאשר אמרת החוץ בע"פ נמסרת ל"איש מרות" מן הדין כי ירשום את תוכנה במסגרת זיכרון דברים סמוך ככל שניתן למועד אמירתה ובאופן דומה ככל שניתן ללשון המודה ולניסוחו.
3. **בהתנהגות** – דוגמת תנועות ידיים של חניקה (פס"ד יעקובוביץ' ופס"ד חביו – הנהון הראש מצד נאשם כהסכמה לדברי נאשם אחר אודות רצח (ע"פ 4600/94)).

ס' 12(א) לפק"ר – הודיה: "עדות על הודיית הנאשם כי עבר עבירה, תהא קבילה רק אם הביא התובע עדות בדבר הנסיבות שבהן ניתנה ההודיה ובית המשפט ראה שההודיה היתה חפשית ומרצון."

הודאת נאשם מחוץ לביהמ"ש היא מקרה ספציפי של אמרת חוץ, והיא קבילה רק אם ניתן להוכיח שהיא ניתנה באופן חופשי ומרצון. עדות על הודאת חוץ שנמסרה בפני איש מרות ובפני איש "רגיל" – שתיהן קבילות אם הן עומדות בתנאי ס' 12, אולם הודאה בפני אדם "רגיל" תיבחן בזהירות יתרה ע"י ביהמ"ש. הדרישה ל"חופשיות ומרצון" קיימת על-מנת למנוע מצב של הודאות שווא, וכדי להרתיע את גורמי אכיפת החוק מלהשיג הודאות תוך שימוש באמצעים פסולים. כאן אנחנו שמים דגש על הדרך שבהן מושגות ההודאות (זכויות נחקרים), כעניין חברתי. הבעיה היא שאף נחקר במשטרה לא מוסר הודאה שמפילה אותו באופן חופשי ורצוני, לכן אנחנו נדרשים לפרשנות של ביהמ"ש לעד כמה צריך להיפגע החופש או הרצון החופשי כדי שהודאת החוץ של הנאשם לא תתקבל.

אסכולת הנשיא לנדוי: מאמץ מבחן אובייקטיבי של שימוש באמצעים פסולים. הודאת חוץ נפסלת אם נעשה שימוש באמצעים פסולים משום שלא ניתן להכשיר את פשעי החוקרים. בנוסף, קשה לייחס אמינות להודאה שניתנה תחת השימוש באמצעים הללו. עצם השימוש הוא שפוסל את קבלת הודאת החוץ ולא נבחנת השפעה שלה על הרצון החופשי של הנאשם עצמו.

אסכולת השופט חיים כהן: מאמץ מבחן סובייקטיבי של שימוש באמצעים פסולים. בעת שימוש באמצעי חקירה פסולים ייבדק המקרה לגופו – נשאל האם האמצעי שלל בפועל את רצונו החופשי של הנאשם במסירת הודאתו אם לאו. אי החוקיות בגביית ההודעה אינה פוסלת לכשעצמה את קבילותה, כל עוד לא נשלל רצונו החופשי של הנאשם במסירת הודאתו ואין חשש שתוכן ההודאה עוות באורח לא וולונטרי.

אסכולת השופט גולדברג: מציע דרך ביניים – מבחן אובייקטיבי סובייקטיבי. כל עוד משתמשים באמצעים פסולים שאינם קיצוניים או חמורים, נבחן את השפעתם הסובייקטיבית על הנאשם והאם השפיעו על רצונו במסירת ההודאה? במקרים שהאמצעים הפסולים חמורים ביותר ובלתי אנושיים, תישלל קבילות ההודאה בלי לבחון את ההשפעה בפועל על חופשיות רצונו של הנאשם.

ע"פ 115/82 מועדי נ' מ"י

בינואר 1981, נרצח ח"כ אבו-רביע ושלושת המערערים נעצרו לאחר מכן כחשודים ברצח. ביהמ"ש המחוזי הרשיע את השלושה ברצח כשההרשעה מבוססת בעיקרה על הודעות שמסרו המערערים במשטרה. ביהמ"ש העליון אישר את ההרשעה של שניים מהמערערים ואילו הרשעתו של דאהש מועדי ברצח בוטלה והוא הורשע בסיוע לאחר מעשה. פסה"ד ניתן מפי השופט גולדברג, והוא מתייחס בעיקרו למדיניות הכללית באשר לקבילות הודאות של נאשמים במשטרה, שניגבו ע"י חוקרים באמצעים שיש בהם לפעמים כדי לשלול את הרצון החופשי של מוסר ההודאה, וכאשר במקרה הנדון ברור שההודאה היא אמת.

נקבע כי כל עוד משתמשים באמצעים פסולים שאינם קיצוניים או חמורים, נבחן את השפעתם הסובייקטיבית על הנאשם: האם השפיעו על רצונו במסירת הודאה. במקרים שהאמצעים הפסולים חמורים ביותר ובלתי אנושיים: תישלל קבילות ההודאה בלי לבחון את ההשפעה בפועל על חופשיות רצונו של הנאשם.

בעקבות חו"י: כבוד האדם וחירותו, התגבש קו בפסיקה אשר מדגיש לא רק את החשש שבשל אמצעים פסולים עלולה להיפגע אמינות ההודאה, אלא גם את הצורך לראות בהגנה על חופש הרצון של הנחקר "תכלית העומדת בפני עצמה ומהווה טעם נכבד ועצמאי לפסילת קבילותה של ההודאה לפי ס' 12 לפקודה" (פרשת יששכרוב להלן).

הלכת יששכרוב

ע"פ 5121/93 יששכרוב נ' התובע הצבאי

דוקטרינת פסילה פסיקתית על ראיות שהושגו שלא כדין (לא רק כלפי הודאת נאשם לפי ס' 12).

רקע: כנגד העורר הוגש כתב אישום בבית-הדין הצבאי המחוזי האוחז ארבעה אישומים שעניינם שימוש ואחזקה של סם מסוכן. בית הדין המחוזי קיבל בדעת-רוב טענת הסנגור כי בנסיבות העניין יש לפסול את קבילות ההודאה שמסר מרשו בחקירה, עקב כך שנגבתה ממנו בלא שהוזהר כדין בדבר זכותו להיוועץ בעורך-דין טרם תחילת החקירה ולפיכך אין להתיר הגשתה כראיה. לפיכך, זוכה המערער מהאשמות של שימוש בסם מסוכן שיוחסו לו בשלושת פרטי האישום הראשונים בכתב-האישום, והוא הורשע על-פי הודאתו בעבירה של החזקת סם מסוכן לפי פרט האישום הרביעי. התביעה הצבאית ערערה בפני בית-הדין הצבאי לערעורים כנגד פסילת קבילותה של ההודאה הנדונה, וכנגד זיכויו של המערער בדעת-רוב מהעבירות של שימוש בסם מסוכן. בית-הדין הצבאי לערעורים קיבל את הערעור פה-אחד בקובעו כי בנסיבות העניין, אין לפסול את קבילות הודאתו של המערער על כך ערעור זה.

ביהמ"ש העליון פסק כי לביהמ"ש נתון שיקול הדעת לפסילת קבילותה של ראיה בפלילים, אם נוכח לדעת שהראיה הושגה שלא כדין וקבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן, שלא בהתאם להוראות פסקת ההגבלה. הלכת יששכרוב משקפת מהפך במדיניות השיפוטית משום שעד ראשית שנות האלפיים, הגישה שרווחה היא שחקר האמת הוא חזות הכל וכל דבר שעומד מנגד, כולל זכויות אדם וזכויות נאשמים, הוא משני. התפיסה של חקר האמת מנוגדת לגישה האמריקאית שראתה את ההגנה על זכויות הפרט כדבר בסיסי ומכוח זה נאסר השימוש בפרי העץ המורעל (ראיה שהושגה שלא כדין).

הלכת יששכרוב שרירה וקיימת, אך ישנם מצבים בהם שופטים מצאו דרכים להימלט ממנה, משום שלא תמיד מדובר בפגיעה מהותית בזכות להליך הוגן של נאשמים או ברצון ובחופש הבחירה במסירת הודאתם שמצדיקה פסילה של ראיות. לדוגמה – מקרים בהם לא ניתנה אזהרה פורמלית לנאשם אבל הוא ידע על זכותו, או מצב אחר בו אדם נחקר אחרי שהוא התייעץ בפועל עם עו"ד.

ע"פ 5002/09 מדינת ישראל נ' מאיר ז'אנו

בכתב-אישום יוחסו למשיבים עבירות של רצח, ניסיון רצח, גרימת חבלה חמורה בכוונה מחמירה וקשירת קשר לביצוע פשע ("חיסול חשבוניות" בעולם התחתון – תכננו לרצוח את דומראני ובמקום זה פצעו מישהו אחר והרגו נערה). המשטרה ניסתה לשכנע את אחד החשודים להעיד נגד ז'אנו, שהיה הנאשם המרכזי. הפעילו עליו לחץ שיספר את מה שקרה והוא אמר שהוא מוכן למסור עדות מלאה בתנאי שהרב שלו יאשר לו. אחד החוקרים התחזה לרב ונתן לו רשות למסור את הדברים, בעקבות כך הוא מסר עדות מפלילה נגד ז'אנו.

עורך-דינו של ז'אנו טען שצריך לפסול את עדות העד מפני שהיא נגבתה תוך הפעלת אמצעים פסולים וביקש לסמוך את טיעונו על הלכת יששכרוב שמדברת על ראיות שנגבו בדרך בלתי חוקית.

השאלה המשפטית שעלתה היא – האם דוקטרינת הפסילה היחסית, שמכוחה מוסמכות ערכאות להורות על אי קבילותה של ראיה שהושגה בדרכים שאינן כשרות (שימוש באמצעי פסול/ אי עמידה על זכויות וכו'), מוגבלת בתחולתה על מצבים שבהם אי הכשרות הייתה כלפי הנאשם בחקירתו או גם כלפי עד בחקירה?

ביהמ"ש משיב על כך בשלילה. דוקטרינת הפסילה הפסיקתית היא כללית וחלה על כל סוגי הראיות בהליך הפלילי שהושגו שלא כדין ע"י רשויות אכיפת החוק. משכך, ההלכה עשויה לחול גם מקום בו נעשה שימוש באמצעי פסול בחקירתו של עד. ביהמ"ש סבור כי בבסיס הדוקטרינה ניצב המודל המניעתי, המבקש להגן על טוהר ההליך הפלילי ולמנוע שימוש בראיה שיסודה בחטא.

ביהמ"ש העליון קבע כי הדוקטרינה חלה גם ביחס לעדים, הרי שהיא הופעלה ונפסלה עדותו של העד. פרופ' מודריק לא מסכים עם הפסיקה ועם גישתו של ביהמ"ש העליון. הוא סובר כי דוקטרינת הפסילה היחסית תחול על פסילת עדות עד רק אם קבילות העדות הפסולה תפגע באורח מהותי בזכות הנאשם למשפט הוגן, וביכולת ההתגוננות של הנאשם.

המודל המניעתי שעמד בפני ביהמ"ש העליון בהלכת יששכרוב היה הגנה על טוהר ההליך הפלילי מקום בו הוא לקוי ובכך נפגעת יכולת הנאשם להתגונן. אי ההוגנות כלפי העד לא פוגעת ביכולת הנאשם להתגונן. אנחנו לא צריכים לדאוג להוגנות כלפי העדים כי לא מתקיימים כנגדם הליכים פליליים.

ע"פ 1301/07 עזבון המנוח יוני אלזם נ' מ"י

אלזם נחשד בביצוע רצח במסגרת "חיסול חשבונות" בעולם התחנות. כעציר נשלחו לתאו מדובבים שהצליחו לחלץ מפיו הודאה במעשה העבירה (הוא עצמו נרצח לאחר מכן בהיותו במעצר). בפסק הדין נבחנה טענתו שההודאה הוצאה מפיו תוך פגיעה בזכותו להיוועץ בעורך דין ופגיעה בזכות השתיקה (המדובבים השפיעו על העציר לוותר על התייעצות בטענה שהסגור משתף פעולה עם התביעה). רוב השופטים ראו כאן בסיס ליישום הלכת יששכרוב. **השופט א' א' לוי** חלק על ההחלטה.

ע"פ 9956/05 אסף שי נ' מ"י

ביהמ"ש המחוזי בחיפה אשר הרשיע את המערער בהריגה ובנהיגה ללא אפשרות שליטה ברכב וראיית הדרך בגין חלקו של המערער בתאונת שרשרת קטלנית, בסופה נהרג אחד הנהגים של כלי-הרכב הנוספים שהיו מעורבים בתאונה. הערעור מופנה כנגד הרשעת המערער וכנגד חומרת העונש שנגזר עליו. נקבע כי קבלת הודאת המערער כראיה במשפט **תוביל לפגיעה מהותית** ובלתי מידתית בזכותו של המערער להליך הוגן, בשל פגיעה חמורה בזכות ההיוועצות של המערער.

ע"פ 10715/08 ולס נ' מדינת ישראל

גבר שהורשע בהריגת בנו הפעוט. ערער על ההחלטה וקבע כי הודאתו ניתנה בניגוד לאמור בס' 12 לפק"ר. חוקרי המערער לא יידעו את החשוד בדבר זכותו להיוועץ בעו"ד, אך המערער הוזהר בדבר זכות השתיקה הנתונה לו. לפיכך, אין לומר כי אי מתן הודעה כדן בדבר זכות ההיוועצות הובילה לפגיעה מהותית באוטונומית הרצון ובחופש הבחירה של המערער במסגרת הודאתו באופן המחייב פסילת ראיה, שכן זכות ההיוועצות משלימה את זכות השתיקה.

ע"פ 1361/10 מדינת ישראל נ' זגורי

לא היה ניתן לחקור את העד על עצם הפיכתו לעד מדינה מכיוון שהמשטרה לא שמרה את התיעוד. לפי החוק, המשטרה **חייבת** לשמור תיעוד מלא של התהליך שבמסגרתו אדם הופך לעד מדינה, כדי שאח"כ אפשר יהיה לקיים חקירות נגדיות – מכיוון שהנושא של אדם ש"מתהפך" והופך להיות עד מדינה הוא רגיש ביותר ומחייב תיעוד. אם התיעוד נעלם, אי אפשר לחקור אותו. המשמעות – הנאשם בפרשת זגורי איבד כלי משמעותי, שכן הוא לא יכול לחקור את הנסיבות שבמסגרתן העד הפך לעד מדינה ומעיד נגדו.

לעניין פסה"ד הזה, מסביר פרופ' מודריק כי היה מקבל את הטענה לעניין הלכת יששכרוב, כיוון שמדובר בעדות של עד מדינה שהוגשה באופן בלתי תקין. אי התקינות נובע מחוסר התייעוד שהדין מחייב לקיימו וחוסר התייעוד משפיע על יכולת הנאשם להתגונן.

דוקטרינת הפסילה ההלכתית – לגישת פרופ' מודריק, תחול על פסילת עדות עד רק אם קבילות הפסילה תפגע באורח מהותי בזכות הנאשם למשפט הוגן.

כאמור, הכלל הוא שאמרת נאשם היא ראיה נגדו ולא ראיה שלו/לטובתו. התביעה לא יכולה להכריח נאשם להעיד – זה עניין וולונטרי שלו, אם ירצה יעיד ואם לא – לא יעיד. יש בידי התביעה דברים שאמר במשטרה, אבל היא לא יכולה להעיד אותו על כך. החוק מאפשר לתביעה להגיש את אמרת הנאשם ולכן היא **תמיד ראיה נגדו** ולא ראיה שלו או לטובתו.

אם הנאשם רוצה להעיד על התוכן של הודאתו במשטרה – הוא יכול להעיד על דוכן העדים ולהעמיד עצמו בחקירה נגדית. ייתכן מצב שבו הנאשם אומר שהוא לא זוכר מה התרחש ואז הוא יכול להיעזר בהודאה שנתן במשטרה כדי לרענן זיכרון. גם אם הריענון לא מצליח, השופט יכול להורות לו לקרוא את ההודאה ולומר אם אכן כך היה, וכך הוא למעשה חוזר עליה.

אפשרות שכיחה נוספת אחרת היא מצב בו הסנגוריה רוצה להראות לשופט שהנאשם לא המציא גרסה ביום שהגיע להעיד, אלא שהוא מסר את גרסתו מיד בזמן מעשה, וזו למעשה הגרסה הראשונה שלו – אז מגישים את גרסתו כדי להראות את הזהות בין שתי הגרסאות.

ברור שהלכת יששכרוב היא הוספה הלכתית לכללים החקוקים הנוגעים לפסלות הודעות שיכולות להיות הודאות של חשוד או נאשם וכן מאפשרת פסילת הודאות של עדים (ולא רק נאשמים). בנוסף, נאשם יכול להתכחש בביהמ"ש להודעת החוץ שמסר ולבקש לפסול אותה. לשם כך, ס' 12 מונה סדרת כללים שמבקשת להסדיר מצבים הנוגעים להודיה. בהסתכלות מציאותית – אין נאשם שמוסר הודאה מרצון חופשי לגמרי במשטרה, וההודאות במשטרה תמיד כפויות במידה מסוימת (מצד הנחקר/חשוד) – מסיבה זו, קבעה הפסיקה כללים מתי נחצה רף הרצון החופשי, ובאילו מצבים יסווג ביהמ"ש את ההודאה כבלתי רצונית ובלתי חופשית.

על ס' 12, מוסיפה הלכת יששכרוב גם את **כלל הפסילה הפסיקתי** שקובע כי ראיה שהושגה שלא כדין תיפסל אם קבלתה בדרך הפסולה או השגתה בדרך הבלתי חוקית פוגעת מהותית ביכולת ההתגוננות של הנאשם. זו התובנה המרכזית של פרופ' מודריק מהלכת יששכרוב.

אם אי החוקיות היא מהותית וגורעת בצורה ממשית מיכולתו של הנאשם להתגונן, ביהמ"ש יסרב לקבל את ההודאה שהושגה בדרך הפסולה וזו תמצית הלכת יששכרוב.

יש דרכים לעקוף את ההלכה – לדוגמה במצבים בהם יכולת הנאשם להתגונן אמנם נפגעה בצורה קשה, אך הפגיעה בזכויותיו בוצעה לצורך משמעותי וחשוב, ייתכן שתהיה הצדקה להשגת ההודאה בדרך פסולה, ויהיה ניתן לסגת מהלכת יששכרוב. אולם – מדובר במצב חריג ביותר.

הלכת יששכרוב מדברת בעיקר על פגם מהותי בחוקיות הפוגע ביכולת ההתגוננות של הנאשם. לכך מצטרפת תהייה שעלתה ע"י השופט גרוניס בפסק-הדין עצמו: האם הודעת עד שנגבתה באמצעים בלתי-חוקיים, יכולה להיפסל גם היא מכח ההלכה?

בעקרון, הודעת עד היא לא ראיה. הראיה היא עדות העד – שיעלה העד על דוכן העדים ויעיד את מה שהוא רוצה להעיד. לכן, אין שום חשיבות לדרך שבה הושגה הודעת העד.

ניקח כדוגמה את דוגמת ניר חפץ, עד המדינה בפרשת נתניהו – אם על דוכן העדים יעיד שכל מה שאמר בחקירה זה לא אמת, איזה כלי עומד לרשות התביעה במצב כזה?

← **ס' 10א:** התביעה תגיד שהיא מבקשת במקום עדות העד בביהמ"ש להגיש את עדותו במשטרה. במקרה שכזה, יקומו הסנגורים של נתניהו ויגידו שזו עדות פסולה מכח הלכת יששכרוב, וינסו להוכיח את טענתם – שלמעשה מדובר בעדות שנגבתה ע"י אמצעים לא חוקיים ומכאן שהיא לא קבילה לפי ההלכה. לכן, אם ההודעה הזו לא תוגש כראיה, נדבך חשוב מנדבכי התביעה ירד לטמיון.

תגובת הנגד לתביעה תהיה: שאלת האמצעים הפסולים בגביית עדות עד אינה רלוונטית **כי בס' 10א אין התייחסות (שלא כמו בס' 12) לכך שדרישת העד תהיה חופשית ומרצון, משמע שגם אם אמרת העד היא לא חופשית ומרצון היא תהיה קבילה.**

עולה השאלה – באילו מצבים ישקול ביהמ"ש את ההשפעות שהשפיעו על אמרת העד הזו?

← לפי ס' 10א רק בשאלת המשקל או המהימנות של העדות. רק אז ביהמ"ש יצטרך להכריע איזו עדות הוא מעדיף – את זו שניתנה במשטרה או זו שנאמרה בביהמ"ש?

ביהמ"ש יכריע בשאלה זו בהסתמך על האמצעים שבאמצעותם נגבתה העדות.
לכן, **הלכת יששכרוב לא חלה על עדות עד** (לכאורה) – מכח ס' 10א אנו למדים ש**נסיבות גביית ההודעה לא מונעות את קבילותה**. יש השפעה על מהימנות העדות ומשקלה אבל לא על הקבילות שלה.

שופטי העליון שדנו בפס"ד יששכרוב יכלו לבחור שלא לפגוע בהוראה חוקית אלא רק להוסיף עליה. אם הם מוסיפים – אמצעי הקבלה של הודעת העד (הדרך בה נגבתה ההודעה) לא רלוונטיים בשלב הקבילות. **אלא אם כן** דרך גביית העדות פוגעת ביכולתו של הנאשם להתגונן.

אם כן, יש שני אינטרסים שעומדים אחד מול השני. המצב יוכרע ע"י מצב הנאשם – אם הפגיעה ביכולתו להתגונן תהיה כה גדולה ומשמעותית, יהיה ניתן לפסול את הודעת העד באמצעות כלל הפסילה הפסיקתית.

ס' 12 מרחף ברקע תוך ששופטי ביהמ"ש העליון אומרים שאמנם כבודו במקומו מונח, אך בו בזמן יש תוספת שרצים להוסיף עליו – שכן, הסעיף מדבר על הודיה שלא הייתה חופשית ומרצון. אך מה לגבי מצבים בהם ההודיה נגבתה במתק שפתיים וללא אמצעי אלימות, איומים או השפלות? הסעיף לא מתייחס למקרים שכאלו.

גם יששכרוב לא מסר את עדותו בניגוד לרצונו, אלא שהודאתו נפסלה מכיוון שלא יידעו אותו על זכויותיו.

לפי פרופ' מודריק – התוספת ההלכתית של יששכרוב מוסיפה רק על ס' 12, ואומרת שניתן לפסול את העדות של החשוד כאשר היא פוגעת ביכולת החשוד להתגונן באופן מהותי. דהיינו, הלכת יששכרוב מבקשת להוסיף על ס' 12 ולא על ס' 10א! המרצה טוען שההלכה לא יכולה לגרוע מס' 10א, יכולה להוסיף אך לא לגרוע. אם נחיל אותה גם על 10א אז יימצא שהסעיף מאבד את המשמעות שלו כיוון כל הרעיון של הסעיף הוא לקבל אמרת חוץ של עד מבלי להתחשב בנסיבות שבהן האמרה ניתנה.

אמצעים פסולים

ישנן חמש קבוצות של אמצעים בלתי פסולים:

1. **אלימות ואיום באלימות.**
2. **שיטת תחקור בלתי הוגנת** – שעות חקירה, משך חקירה, תחקור דורסני.
3. **לחצים נפשיים בלתי הוגנים** – גידופים, כליאה בתא מבודד, השפלה, מצב בריאותי, מעצר ממושך ותנאי כליאה קשים, איומים.
בעבר, הפעלת לחצים נפשיים סבירים היה נפוץ ואף מקובל, והדבר היה קביל כל עוד זה לא השפיע על הרצון החופשי של הנחקר.
4. **שימוש בתחבולה בלתי הוגנת** – "נפסדת או נסבלת?"
בעשרים השנים האחרונות אנו רואים שיטות תחקור שמבוססות יותר על תחבולה ולא על הפעלת לחץ נפשי. גם תחבולה יכולה להיות בלתי הוגנת ובמקרה שכזה ייתכן שתיפסל או שיחליטו שהיא "נסבלת"
פס"ד עזבון יוני אלזם – נקבע שאין להשתמש בתחבולה המפרה את זכות החשוד להימנע מהפללה עצמית.
בי"ש 22/87 ביטר נ' מ"י – המשטרה הציגה לביטר ממצאי דו"ח מז"פ שמוכיח שטביעת האצבע שלו נמצאה בזירה על-גבי שקית קוקאין (למרות שטביעת האצבע לא הייתה שלו) וכתוצאה מכך הוא הודה באחזקת הסם. בביהמ"ש נטען כי לאחר מכן התברר לו כי מדובר במסמך מזויף וכי הוא למעשה רומה, ועל-בסיס הגילוי, הסנגורים שלו ביקשו לפסול את הודאתו שכן היא הושגה ע"י תחבולה ובכך הייתה הפרה של זכותו של ביטר להימנע מהפללה עצמית.
פרופ' מודריק מסביר כי תחבולות חקירה הן דבר שבשגרה ("מעשה יום-יום") וכי אחת מהתחבולות המפורסמות שהמשטרה משתמשת בהן היא הדפסת עיתון שכותרתו – 'פלוני הודה במעשה עבירה והפליל את עצמו ואת שותפו אלמוני'.
נשאלת השאלה **איפה עובר הגבול?**
מתי תחבולה תיחשב לפסולה, בעוד שתחבולות אחרות הן כשרות (מדוע ט"א תיפסל ושער עיתון מזויף לא?)
← הגבול עובר במקום שבו התחבולה גורמת לנחקר לחשוב שאין לו ברירה אלא להודות, כמו טביעת אצבע שיש לה ערך ראייתי. כלומר – כל עוד הנאשם יכול להכחיש את שמוצג לו ע"י החוקים, ולא מדובר על

תחבולה שלכאורה מוכיחה שהוא אשם, היא לגיטימית. אבל אם התחבולה לא מותירה לנחקר ברירה ואין לו יכולת מעשית לעמוד בהכחשתו, היא לא לגיטימית. תחבולה שכזו לא מותירה לנחקר מקום להכחיש ומבחינתו עדיף שיודה ויקבל את ההקלה בעונש שמציעים לו, או שינסה להגיע להסכמות עם התביעה. שכן, מבחינתו למשטרה ולתביעה יש ראיות חד משמעיות נגדו ורוב הסיכויים שיורשע במשפט ויקבל עונש כבד יותר. לכן תחבולה מסוג זה אינה קבילה.

רוצה לומר – הגבול עובר במקום שאין לנחקר ברירה. אין לו יכולת מעשית לעמוד בהכחשתו, כי אם יכחיש הוא דוחף את עצמו למסלול של הרשעה ולא יוכל להתגונן. נמצא במצב תודעתי שבו עדיף לו להודות ולבקש הקלה בעונש.

5. שימוש באמצעי פיתוי והשאה בלתי הוגנים.

הערות נוספות:

- **הודית חוץ של נאשם + דבר מה נוסף** – לא מחייבת הרשעה בדין, בסיס טכני בלבד. על-מנת להרשיע, יש חובה להשיג הודאת חוץ של נאשם + דבר מה נוסף, אבל בנוסף יש לשכנע את ביהמ"ש: צריך שלא תהיה ראייה אחרת שסותרת את הודאת החוץ ואת הראייה הנוספת, ולא מדובר בהרשעה אוטומטית.
- **אף אם הופעל אמצעי פסול, אין פסילה אוטומטית של ההודיה לפי פס"ד מועדי, אלא אם האמצעי הפסול הוא קיצוני** – ורק אז תהיה פסילה אוטומטית של ההודיה.
- **אפקט מצטבר** – אם השתמשו נגד נחקר בכמה אמצעים שכל אחד מהם כשלעצמו אינו פסול, אבל יחד הם פסולים – הדבר יכול להביא לפסלות ההודיה.
- **הודיה שנמסרה לאחר שנפסלה** – לא בהכרח פסולה (דוגמת הסיפור עם האנס שעשה את צרכיו בניידת בדרך למעצר, ולא נתנו לו להתקלח. מסיבה זו פרופ' מודריק פסל את כל מה שאמר בלילה, שכן הדברים נבעו מחוסר נוחות קיצוני. אולם, הדברים שאמר בבוקר – לא נפסלו ונחשבים כהודיה).
- **הודיה של חולי נפש, מסוממים, שיכורים** – יינתן להן משקל נמוך עד אפסי, אך זה לא אומר שהעדויות מלכתחילה לא קבילות.

נקודות נוספות:

- **הודיה משמשת ראייה לחובת המודה ולא לזכותו.** החשוד שמודה בחקירה לא יכול למסור את הראייה כעדות מטעמו. ההודיה הזו תהיה ראייה לחובתו, כך שהתביעה תוכל להשתמש בה ולא הוא. הנאשם יכול להשתמש בה למטרות מאוד מוגבלות, אבל הסנגור שלו לא יכול להגיש את ההודיה שלו אם היא פועלת לטובתו.
- מתי הסנגור יכול להגיש את ההודיה בכל זאת? גם כדי "לרענן את זכרונו, אבל בעיקר כדי להראות שזו לא גרסה ראשונה שהוא אומר בביהמ"ש אלא שזו גרסה ראשונה שהוא אוהז בה עוד מחקירתו במשטרה.
- **הודיה משמשת ראייה כנגד המודה בלבד (כל עוד לא עלה הנאשם להעיד בפרשת ההגנה)** – מכוון גם למצב שבו המודה מטיל אשמה גם על אחרים. כאשר התביעה מגישה את ההודאה הזו, מקבל ביהמ"ש מסמך שבו נאמר מפי ראובן שהוא ושמעון ביצעו ביחד מעשה עבירה. נניח שהמשפט ייעצר בשלב הזה – אין יותר ראיות, או אולי יש עוד ראייה שתומכת קצת באמרת הנאשם, יש עדיין שני נאשמים במעשה – ראובן ושמעון. הראייה התקינה כנגד ראובן לא תשמש כנגד שמעון, כי שמעון לא הודה בחקירה במשטרה וכנגדו יש רק עדות מפי השמועה שאינה קבילה. זו גם עדות מפי השמועה גם כנגד ראובן אבל חריג מכוח ס' 11-12.
- **הודיה בכתב של נאשם יכולה לשמש אמרת חוץ של עד כאשר מוסר ההודיה (הנאשם) הוא עד במשפט** – כאמור, ס' 12 עוסק בקבילות הודיית נאשם ו-ס' 10 עוסק בקבילות הודיית עד. ידוע כי קבילות הודיית נאשם מותנית בעמידה בתנאי 12 בצירוף הלכת יששכרוב, וכן כי אמרת-חוץ של עד יכולה להתקבל לפי תנאי ס' 10א. במהלך משפט, הנאשם יכול להפוך לעד מטעם עצמו. הוא לא יוכל להיות מזומן מטעם התביעה,

שכן אין לה סמכות לזמן אותו, אך הוא יכול לבחור להעיד למען עצמו מטעם ההגנה. אם במשפט יש שני נאשמים – כאשר הם מתייצבים על דוכן העדים להעיד, הם יכולים גם להעיד עבור עצמם אך גם נגד הנאשם השני.

ניקח כדוגמה את המקרה של ראובן ושמעון שהוצג בנקודה הקודמת – ראובן הודה במשטרה שהוא ושמעון ביצעו בצוותא את מעשה העבירה. התביעה יכולה להגיש שני כ"א: אחד נגד שמעון ואחד נגד ראובן, והם יעמדו לדין בשני משפטים נפרדים. במשפט של שמעון, התביעה יכולה להזמין את ראובן להעיד כי הוא לא נאשם אלא עד. אולם, אם התביעה תובעת את ראובן ושמעון באותו הליך ושניהם נאשמים במשפט אחד, כל אחד מהם יכול יחליט האם לעלות על דוכן העדים ולהעיד. שכן, ייתכן שיהיה אפשר להיעזר בס' 10א ביחס לעדות שלו, כיוון שכשהוא מעיד נגד השותף שלו (למשל – ראובן מעיד שהוא ביצע את הפשע ושמעון ביצע את העבירה אתו) – הוא מוסר עדות מעל דוכן העדים והוא זמין לחקירה נגדית.

לסיכום:

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"י מתן עדות בביהמ"ש).

מה הנפקות כשההליכים נפרדים או מאוחדים?

- ✓ אם ההליכים נפרדים, ניתן לזמן את נאשם 1 להעיד במשפט של נאשם 2. אם הוא מוסר גרסה אחרת מזו שנתן בחקירה, ניתן להשתמש בהודאתו במסגרת המשפט שלו כאמרת חוץ של עד במשפט של נאשם 2.
- ✓ אם ההליכים מאוחדים, ניתן להשתמש בס' 10א רק אם נאשם 1 **עולה להעיד**.

שימוש בהודאת נאשם נגד אחר

סיטואציה 1

- נאשם 1 ונאשם 2 נשפטים בהליך מאוחד.
- נאשם 1 מסר הודאת חוץ שמפלילה את שניהם.
- בפרשת התביעה, התביעה הגישה את הודאת החוץ והצליחה להוכיח שהיא קבילה לפי ס' 11-12+הלכת יששכרוב.
- יש תוספות ראייתיות חלשות כנגד שני הנאשמים, אך הן מספיקות על מנת לעבור את שלב "האין להשיב לאשמה" (לכן שני הנאשמים עוברים לפרשת ההגנה, יש ראיות חלשות אך הן מצריכות התגוננות).
- בפרשת ההגנה, נאשם 1 לא עולה להעיד.
- ✓ ניתן להרשיע את נאשם 1 (הודאת החוץ קבילה כנגדו בלבד).
- ✓ לא ניתן להרשיע את נאשם 2 (לתביעה יש רק תוספות ראייתיות חלשות נגדו).
- בפרשת ההגנה, נאשם 1 עולה להעיד.
- ✓ ניתן להרשיע את נאשם 1.
- ✓ ניתן להרשיע את נאשם 2 (הודאת החוץ משמשת כאמרת חוץ של עד לפי ס' 10א).

סיטואציה 2

- נאשם 1 ונאשם 2 נשפטים בהליכים נפרדים.
- נאשם 1 מסר הודאת חוץ שמפלילה את שניהם.
- הודאת החוץ קבילה לפי ס' 11-12+הלכת יששכרוב.
- יש תוספות ראייתיות כנגד שני הנאשמים.
- ניתן להרשיע את נאשם 1.

- ניתן להרשיע את נאשם 2 (התביעה תזמן את נאשם 1 כעד מטעמה במשפט של נאשם 2 ותקבל את אמרת החוץ המפלילה כעדות מקור לפי ס' 10א, בהנחה שהוא כמובן מסתייג ממנה).

סיטואציה 3

- נאשם 1 ונאשם 2 נשפטים בהליך מאוחד.
- נאשם 1 מסר הודאת חוץ שמפלילה את שניהם.
- בפרשת התביעה, התביעה הגישה את הודאת החוץ והצליחה להוכיח שהיא קבילה לפי ס' 11-12+הלכת יששכרוב.
- אין תוספות ראייתיות.
- ✓ בסוף פרשת התביעה, נאשם 2 יזוכה (אין כלום נגדו שמצריך התגוננות, פרט להודאת החוץ המפלילה של נאשם 1 שתהיה קבילה נגדו רק אם נאשם 1 יעיד, דבר שהוא לא ודאי).
- ✓ בסוף פרשת התביעה, נאשם 1 לא יזוכה (אמנם אין תוספת ראייתית אך יש הודאת חוץ מפלילה שהיא קבילה, לכן עוברים לפרשת ההגנה).
- יש תוספות ראייתיות חלשות כנגד שני הנאשמים, אך הן מספיקות על מנת לעבור את שלב "האין להשיב לאשמה" ולעבור לפרשת ההגנה.
- ✓ אם נאשם 1 מעיד, שניהם מורשעים (אמרת חוץ של נאשם ואמרת חוץ של עד).
- ✓ אם נאשם 1 לא מעיד, נאשם 1 מורשע ונאשם 2 מזוכה.

סיטואציה 4

- נאשם 1 ונאשם 2 נשפטים בהליך מאוחד.
- נאשם 1 מסר הודאת חוץ שמפלילה את שניהם.
- בפרשת התביעה, **התביעה לא מצליחה להוכיח שהודאת החוץ קבילה** כי היא לא עוברת את המבחנים של ס' 11-12+הלכת יששכרוב.
- יש תוספות ראייתיות כלפי שני הנאשמים, חלשות אמנם אך מספיקות כדי לעבור לפרשת ההגנה.
- נאשם 1 לא מעיד.
- ✓ נאשם 1 מזוכה.
- ✓ נאשם 2 מזוכה.
- נאשם 1 מעיד (הוא רוצה להתגונן מפני הראיות האחרות נגדו, הוא נותן גרסה אחרת כי הגרסה בהודאת החוץ שקרית מכיוון שהיא נגבתה תוך שימוש באמצעים פסולים כפי שנקבע).
- ✓ נאשם 1 מזוכה (הגרסה הרלוונטית היא זו שניתנה בביהמ"ש והיא לא מפלילה אותו).
- ✓ לפי הגישה של פרופ' מודריק – נאשם 2 מורשע; לפי הגישה של שאר השופטים – לא בהכרח ניתן לקבל את אמרת החוץ של נאשם 1 כלפיו, כך שאם העדות שלו בביהמ"ש לא תפליל את נאשם 2, הוא גם יזוכה.

הסבר: הסיבה שבמצב שנאשם 1 מעיד אזי נאשם 2 מורשע, היא שבשלב זה התובע יוכל להגיש את הודאת החוץ של נאשם 1 כאמרת חוץ של עד נגד נאשם 2 לפי ס' 10א. אמנם היא פסולה ולא קבילה כלפי נאשם 1 כי היא נגבתה תוך שימוש באמצעים פסולים (והיא לא יכולה להיות בשימוש נגדו גם בפרשת ההגנה), אך כלפי נאשם 2 היא קבילה כי ס' 10א לא תובע חזיה של מבחני קבילות באמרות חוץ של עדים. השימוש באמצעי פסול בגביית עדות של עד בחקירה יכולה להוות אך משקל בהחלטה אם לקבל את אמרת החוץ על פני העדות בבית המשפט (ס' 10א(ג)).

לפי גישתו של פרופ' מודריק, נאשם 2 יזוכה גם כן אם השימוש באמצעי הפסול על נאשם-עד 1 מנע מנאשם 2 מבחינה מהותית את האפשרות להתגונן. לפי הגישה של שאר השופטים, עצם גביית העדות מנאשם-עד 1 תוך שימוש באמצעי פסול היא אסורה לכשעצמה ולכן גם לא קבילה נגד נאשם 2 (הלכת יששכרוב חלה על עדים).

תוספות ראיות

במשפט הפלילי, לעיתים עדות אנושית לא מספיקה כדי לבסס הרשעה ונדרשת תמיכה של ראיה משנית, כמובן שלא בסדר גודל של ראיה עצמאית.

התוספות הראייתיות הקיימות

- דבר מה נוסף.
- דבר לחיזוק.
- סיוע.

ההבדל בין שלוש התוספות הוא ההבדל בין **ראיה מאמתת לראייה מסבכת**. דבר מה נוסף ודבר לחיזוק הן ראיות מאמתות וסיוע היא ראיה מסבכת. ראיה מאמתת היא ראיה שמהווה אמת מידה לבחינת אמיתותה של הודאת/הודעת החוץ, לא חייבת להיות בנקודה שנויה במחלוקת. ראיה מסבכת היא ראיה עצמאית, והיא מסבכת או נוטה לסבך ונוגעת לנקודה שנויה במחלוקת.

לדוגמה – משפט אונס: אם המתלוננת העידה בחקירתה שבשעת האונס היא לבשה תחתונים ורודים, ובזירת האונס אכן נמצאו כאלה – זוהי ראיה מאמתת. אם עד חיצוני מעיד בחקירה שהוא שמע צעקות מהזירה שבה התרחש האונס – זוהי ראיה מסבכת.

דבר מה נוסף

כלל פסיקתי לפיו אין מרשיעים על פי הודאת חוץ של נאשם, אלא אם כן מצוי בחומר הראיות דבר מה נוסף התומך באמיתות ההודאה. כלומר, דבר מה נוסף זו ראיה מאמתת שנחוצה לאמרת חוץ של נאשם כדי לשמש בסיס להרשעה. הסיבה שנדרשת תמיכה ראייתית מאמתת היא **החשש מפני הודאות שווא**. חשוב לציין שדבר מה נוסף לא נדרש להודאה הניתנת בביהמ"ש כדי לשמש בסיס להרשעה.

הלחצים העלולים לגרום להודאות שווא

1. לחץ חיצוני (חוקרים שלוחצים על הנאשם) – מוגן באמצעות ס' 12 (ההודאה צריכה להיות **חופשית**).
2. לחץ פנימי (הנאשם נלחץ מהמצב) – מוגן באמצעות דבר מה נוסף (לא לוקחים סיכון שזוהי הודאת שווא).

כיצד נבחנת הודאת נאשם?

1. היגיון פנימי – סימני האמת העולים מן ההודאה.
 2. סימנים חיצוניים תומכים שמלמדים על אמיתות ההודאה – דבר מה נוסף.
- על פי **המבחן הכפול**, מתפקידו של ביהמ"ש לבחון תחילה את ההודאה מבחינה פנימית. דהיינו, עד כמה ההודאה קוהרנטית, רצופה, מפורטת ובעלת היגיון פנימי. יש לתת את הדעת לסימני האמת העולים מתוכה. לעומת זאת, המבחן החיצוני יוצא מחוץ לדל"ת אמותיה של ההודאה, ודורש חיזוק וראייה המאשרת את תוכנה של ההודאה. הדרישה אינה גבוהה, אך היא קיימת, ומהווה תנאי בל יעבור (לוי נ' מדינת ישראל).
- לשם יישום המבחן הפנימי והחיצוני הוצעה ומופיעה בפסיקה בדיקה משולשת הבוחנת "מי אמר", "מה אמר" ו"דבר מה":

1. **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. **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. **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.

כלומר, המבחן לקיומו של "דבר מה" והודאת חוץ הוא לא טכני ומחייב הרשעה. במסגרת מבחן זה יש להרחיב את הראייה ולבדוק ראיות חיצוניות לעומת ההודאה, לחיוב ולשלילה. למשל, יש לבחון לא רק האם קיים "דבר מה נוסף",

אלא האם קיים בנמצא "דבר מה חסר" או "דבר מה סותר". "דבר מה חסר", משמעותו האם ההודאה לוקה בחסר בנקודה חשובה. "דבר מה סותר" – האם פרטי ההודאה סותרים את אשר התרחש בפועל בנקודה מהותית. הפניה החוצה מהודאת הנאשם נועדה לברר לא רק אם ניתן להרשיע את הנאשם, אלא האם ראוי ונכון לעשות זאת (פס"ד אמג'ד אדרים נ' מ"י).

דוגמאות:

- ✓ "דבר מה נוסף": נאשם מוסר בהודאה היכן טמונה הגופה והיא אכן נמצאת שם.
- ✓ "דבר מה חסר": נאשם מפרט בהודאתו שרצח את המנוח בחניקה, אך נתיחת הגופה מעלה שהוא נרצח כתוצאה מדקירה.
- ✓ "דבר מה סותר": נאשם מוסר בהודאתו היכן טמונה הגופה אך היא נמצאת במקום אחר.

ודוק – "דבר מה נוסף" לא מבטיח הרשעה, כפי ש-"דבר מה חסר"/"דבר מה סותר" לא מבטיחים זיכוי. ביהמ"ש צריך לבחון את המכלול, להתרשם מהנאשם והראיות שלפניו ולהחליט על בסיס הכלל של **הספק הסביר**. צריך לשים לב שלא מדובר במבחן טכני של הודאת חוץ ודבר מה נוסף – המטרה בדבר מה נוסף היא לסלק חששות של "לא היה ולא נברא".

מקבילית הכוחות: ככל שהמשקל הפנימי של ההודיה גדול יותר, כך ה-"דבר מה נוסף" יכול להיות חלש יותר. לכן יתכן שנבסס הרשעה על הודיית חוץ חזקה ודבר מה חסר/ סותר (יש לשים לב כי הודיה אחת אינה יכולה לשמש כדבר מה נוסף להודאה אחרת).

דבר מה נוסף – מבחנים בסיסיים (לא מצטברים)

בפרשת ההגנה יכולות להיות ראיות שסותרות את אפשרות קיומו של דבר מה נוסף (המבחן לא מתקיים):

1. **מבחן ידיעת הפרטים/מבחן הפרטים המוכמנים** – קיומם האובייקטיבי של דברים שבאים לידי ביטוי באמרת החוץ של הנאשם יכול להוות דבר מה נוסף, רק אם מדובר בפרטים שלא ידועים לציבור. לדוגמה, אם הנאשם אומר שהוא ביצע את הרצח בכיכר רבין ונביא תמונה של כיכר רבין זה לא נחשב כדבר מה נוסף, אבל אם הוא יגיד שבסמטה שבה בוצע הרצח היה גרפיטי ספציפי, זה יכול להוות דבר מה נוסף.
 2. **מבחן הזדמנות מיוחדת** – מבחן האצבע שמבחין בין ראיית דבר מה נוסף לבין ראיית סיוע, כי המבחן לא מסבך את הנאשם אלא מאמת את אמרת החוץ שלו. זהו מבחן שבוחן האם לנאשם הייתה הזדמנות מיוחדת ולא שגרתית לביצוע העבירה, באופן שמאמת את האמרה שלו. אם נוכיח שבאותו היום הוא נסע לעבודה, זה לא דבר מה נוסף כי זו לא הזדמנות מיוחדת ולא שגרתית. צריכה להיות אפשרות מעשית לבצע את העבירה.
 3. **מבחן השתלבות ההודיה במציאות** – האם ההודאה ופרטיה הייחודים יכולה להשתלב בנסיבות המציאות? (נסיבות שלא מתרחשות באופן תדיר). אם הנאשם אומר שהעבירה בוצעה בערב ויש פרט אובייקטיבי שמצביע שהיא אכן בוצעה בערב, זה לא דבר מה נוסף. דוגמת הגברת שלכאורה יצאה מהארץ לפני ביצוע העבירה המיוחסת לה. אם היא לא הייתה בארץ – לא ייתכן שהיא זו שרצחה את בעלה. אולם, מה שקרה שהיא אמנם עברה את ביקורות הגבולות אבל היא לא יצאה מהארץ בפועל אלא ירדה מהטיסה וחזרה לנמל התעופה. מבחינת המרשם היא יצאה את הארץ, אך זה שגוי. לכן הודאתה משתלבת במבחן המציאות.
- ❖ התביעה יכולה להביא פרטים מוכמנים שמאמתים את הודאת החוץ של הנאשם, אבל הוא יכול להוכיח בעזרת המבחנים שלא הייתה לו הזדמנות מיוחדת לבצע את העבירה, וכך ההודאה תעמוד מול חוסר אפשרות מעשית לבצע את העבירה. היא אולי תתקבל מבחינת ס' 11-12 והלכת יששכרוב, אבל המשקל שיינתן לה יהיה נמוך. כלומר – יש להסתכל על הדברים מבחינה מהותית ולא רק מבחינה טכנית!
- לא מספיק שהתביעה עומדת בדרישות הטכניות אלא צריך לוודא שאין בפרשת ההגנה משהו ששולל את ראיות התביעה.

דבר מה נוסף – דוגמאות מהפסיקה

- **שחזור אירוע לא יכול להוות דבר מה נוסף לכשעצמו.** שהרי מדובר בהודאת חוץ נוספת של הנאשם (הוא חוזר על דבריו בע"פ ולא בכתב של החוקר). אמרה של נאשם לא יכולה לשמש דבר מה לאמרה אחרת שלו, כך שגם אם יודה בביצוע העבירה אלף פעמים, לא יהיה ניתן להרשיע אותו. עם זאת, במהלך שחזור האירוע יכולים להתגלות פרטים מוכמנים או הוכחות להזדמנות מיוחדת שיכולים לעלות כדי דבר מה נוסף. לדוגמה, נאשם בשחזור מראה את הזווית שבה הוא דקר את המנוח, והזווית מתיישבת עם תוצאות נתיחת הגופה שהגיע אליהן המומחה. זווית חדירת הסכין זה משהו שידוע רק לנאשם ולכן זה כן יכול להוות דבר מה נוסף.
- **שקרים בעניין מהותי שהופרכו (לדוג' – כישלון טענת אליבי).** עוצמת השקר הבוטה יכולה לסבך את הנחקר בעבירה.

- **ידיעת פרטים מוכמנים.**

- **התנהגות מפלילה ומסבכת** שלא נוגעת לשאלה השנויה במחלוקת. לדוגמה, הימלטות מזירת האירוע, אי התייצבות בחקירה משטרתית כשידוע לחשוד בגין מה הוא נחקר.
- **הודאה בפרטים מהותיים במהלך דיון/ הליכי מעצר.** זו הודאה שלא בהליך העיקרי בביהמ"ש ולכן היא לא יכולה להוות דבר מה נוסף, כמוה כחזרה נוספת על הודאת הנאשם. הודאה מפי הנאשם בהליך העיקרי בביהמ"ש לא טעונה דבר מה נוסף.

- **קיומה של ראיה עצמאית נוספת ומסבכת.** במקרים מסוימים יכולה לעלות אף כדי סיוע.

- **זהות גרסאות של שני נאשמים שותפים.** במהלך חקירה נפרדת כל אחד מהנאשמים מסר גרסה זהה. ניתן לראות בגרסתו של האחד דבר מה נוסף לגרסה/אמרת החוץ של השני. כששני הנאשמים נשפטים באותו הליך, התביעה יכולה להגיש את שתי אמרות החוץ ולהגיד שכל אחת מהן מהווה דבר מה נוסף לאמרה האחרת. זה לא סותר את הכלל של אמרת חוץ של נאשם היא ראייה נגדו בלבד, כי לא האמרה היא ראייה, אלא זהות הגרסאות היא הראייה. כמובן שהזהות צריכה להיות מובהקת ולא לגבי דברים שהם שגרתיים (נניח שניהם אומרים באמרת החוץ שהם אכלו באותו יום ארוחת צהריים).

- **שתיקת נאשם בביהמ"ש בפרשת ההגנה:** נאשם לא חייב להעיד ואי אפשר לכפות עליו להעיד. השאלה היא האם לשתיקה שלו יש משמעות ראייתית? לפי ס' 162 לחוק סד"פ, לשתיקת הנאשם יש משמעות ראייתית – והיא יכולה להיות דבר לחיזוק למשקל של ראיות התביעה ודבר לסיוע לראיות התביעה מקום בו נדרש להם סיוע. לדוגמה, עדותו של עד מטעם התביעה דרושה דבר לחיזוק, שתיקתו של נאשם בביהמ"ש בפרשת ההגנה עשויה להוות ראיה מחזקת לעדותו של העד. ניתן לראות שהסעיף שותק לעניין דבר מה נוסף.

רע"פ 4142/04 סמל איתי מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי – פרשת מילשטיין :

השאלה המרכזית בערעור הייתה – **האם שתיקתו של נאשם הנקרא להעיד במשפטו עשויה לספק את הדרישה ל"דבר מה נוסף"** להודאות שמסר במהלך חקירתו, ואשר במסגרתן נטל אחריות לעבירות המיוחסות לו?

התובע הצבאי סבר שאם השתיקה יכולה להוות סיוע, הרי שקל וחומר שהיא יכולה להוות דבר מה נוסף. ביהמ"ש השתכנע שלא כך תמיד, אלא שבנסיבות מסוימות, שתיקת נאשם בבית המשפט יכולה להוות דבר מה להודאת החוץ שלו.

לעניין הנסיבות, **השופטת ארבל** קבעה תנאים מצטברים לכך :

1. ביהמ"ש שוכנע ע"פ מבחן פנימי שמדובר בהודאת אמת.
2. ביהמ"ש שולל את האפשרות שהנאשם הודה מלחץ פנימי (התקף חרדה).
3. אין אינדיקציות שהשתיקה בביהמ"ש נובעת מלחץ כלשהו (הסגור לוחץ עליו).

למה ביהמ"ש לא הולך עם ההיגיון של התובע הצבאי ואומר שמכוח קל וחומר שתיקה של נאשם בביהמ"ש מהווה דבר מה נוסף? כיוון שאמרה אחת של נאשם לא יכולה להוות דבר מה לאמרה אחרת שלו (הסיבה היא שאין בחזרה על אמרתו אימות של האמרה הקודמת שמסר). שתי ההודאות הללו מגיעות מאותו המקור – הנאשם. ההודאה במשטרה שמוגשת כאמרת חוץ והשתיקה בביהמ"ש של הנאשם שכמוה כהודאה (הודאה שבשתיקה).

לעומת זאת, שתיקתו כן יכולה לשמש סיוע כיוון שהיא מגיעה משני מקורות שונים – ההודאה שבשתיקה של הנאשם והראיה שטעונה סיוע, דוגמת עדות של עד מדינה.

סיוע

דרישת הסיוע **שונה במהותה** מדבר מה נוסף ודבר לחיזוק, שכן ראיית הסיוע היא מסבכת בעוד שהאחרות הן ראיות מאמתות.

מאפייני הסיוע (תנאים מצטברים):

1. ראיית הסיוע מגיעה ממקור נפרד ועצמאי לראייה שטעונה סיוע.
 2. הראייה מסבכת או נוטה לסבך את הנאשם (למשל, כישלון של אליבין).
 3. הראייה מתייחסת לנקודה ממשית השנויה במחלוקת (מה שמבחין בין דבר מה נוסף וחיזוק לסיוע).
- ✓ ראייה מסבכת, שאינה קשורה לנקודה ממשית שנויה במחלוקת, היא דבר מה נוסף או ראיה לחיזוק (למשל, עדים שיגידו שלנגד עיניהם בוצע אקט מיני יכולים להוות דבר מה נוסף או ראיה לחיזוק כי זה מאמת את הודאתו של הנאשם שבוצע אקט מיני, אין צורך שזה יגע בשאלה ממשית אשר שנויה במחלוקת).
- ✓ נקודה שנויה במחלוקת יכולה להיות שאלת ההסכמה באקט מיני שבוצע, ראיית הסיוע צריכה לגעת בשאלת ההסכמה ולא בשאלה האם בוצע אקט מיני כי אין מחלוקת שהוא בוצע.

ע"פ 6147/92 מדינת ישראל נ' יוסף בן שלמה כהן

למשטרה הגיעה תלונה על שוד של סניף בנק, ועפ"י התיאור של אנשים ששהו במקום – השודדים שהיו רעולי פנים, ברחו מהסניף עם שקים של כסף ובעת הבריחה שטרות התעופפו באוויר. אזרח התלונן שמכונתו נגנבה והמשטרה מצאה אותה שרופה בוואדי כלשהו. הנהג של השודדים הסכים לשמש עד מטעם התביעה ולכן נדרשה לעדותו ראיה לחיזוק. הוא הפיל את האשמה על אותם השודדים והם טענו שהוא משקר כדי להתנקם בהם. הוא ממילא יעמוד לדין על מה שעשה ובגלל סכסוך שהתגלע ביניהם, לא אכפת לו להפיל אותם. כלומר – הנקודה ששנויה במחלוקת היא לא האם התבצע שוד או האם המכונת שרופה, אלא מי נושא בחשד לביצוע העבירה?

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

כיום, ראיית סיוע דרושה במצבים הבאים:

1. עדות שותף לעבירה שהוא עד מדינה.
2. אישום בעבירה של עדות שקר.
3. עדות קטינים.

עדות שותף לעבירה שהוא עד מדינה

ס' 54א(א) לפק"ר – הכרעה על-פי עדות יחידה במשפט פלילי: "בית המשפט לא ירשיע נאשם על סמך עדותו היחידה של שותפו לעבירה, אלא אם מצא בחומר הראיות דבר לחיזוקה; ואולם אם היה השותף עד מדינה - טעונה עדותו סיוע; לעניין זה, "עד מדינה" – שותף לאותה עבירה המעיד מטעם התביעה לאחר שניתנה או שהובטחה לו טובת הנאה."
← עדות יחידה במשפט פלילי של שותף לעבירה שהינו עד מדינה טעונה סיוע.

מיהו עד מדינה? תנאים מצטברים:

1. שותף לאותה עבירה (צד לעבירה ולא מעורב בעבירה – משדל; מסייע; מבצע בצוותא. קושר קשר לעבירה או מסייע לאחר מעשה הם לא בגדר שותפים אלא בגדר מעורבים).
 2. מעיד מטעם התביעה.
 3. עדותו ניתנת לאחר שניתנה או הובטחה לו טובת הנאה.
- ✓ מעורב בעבירה הוא לא עד מדינה ולכן עדותו לא מצריכה סיוע.
- ✓ עד מדינה לשיטתו – ע"פ 7450/01 אבו ליטאף נ' מ"י

שותף שלא קיבל באופן פורמלי מעמד של עד מדינה הוא לא באמת כזה, ולכן נדרשת אך ראיית חיזוק (עדותו לא ניתנה לאחר שניתנה לו טובת הנאה אלא לאחר שציפה לקבל אחת כזו, לכן הוא עד רגיל כך שאמרת החוץ שלו דרושה ראייה לחיזוק). אם כי בגלל שאותו עד היה סבור שהוא עד מדינה, והוא נתן עדותו על סמך טובות הנאה שציפה לקבל, הרציונליים של עד מדינה כן מתקיימים וצריך לתת על כך את הדעת. לכן אפשר לחשוב על מצב של מקבילית כוחות מסוימת: ככל שעד התביעה המעורב בעבירה/השותף בעבירה שמצפה לקבל טובת הנאה מאמין יותר בהיותו עד מדינה, נדרוש שהראיה המחזקת לעדותו תהיה משמעותית וחזקה יותר (אבל זה לא יעלה לכדי דרישה פורמלית לראיית סיוע).

אישום בעבירה של עדות שקר:

סעיף 54א לפקודת הראיות אינו מתייחס לדרישת הסיוע המסורתית לעדות יחידה כבסיס להרשעה בעבירה של עדות שקר. מכאן שההלכה הפסוקה המסורתית נשאת כמות שהיא, לאמור: "אין להרשיע בעבירה של עדות שקר ע"פ עדות יחידה אלא אם כן מצוי לצידה סיוע."

אישום בעבירה של שוחד: במשפט על עבירה לפי סימן זה (עבירות שוחד), רשאי ביהמ"ש להרשיע על יסוד עדות אחת, אף אם זו עדות של שותף לעבירה (ס' 296 לחוק העונשין). עדותו של שותף לעבירה טעונה ראייה מחזקת וכאן ניתן לראות שהמחוקק פוטר את התביעה מהדרישה הזו. הפרשנות המקובלת היא שהסעיף פוטר את התביעה גם מדרישה של סיוע במקרים של עדותו של שותף עד מדינה. פרשנות זו לא מקובלת על פרופ' מודריק מהסיבה שנכתב "אף אם זו עדות של שותף לעבירה" ולא "אף אם זו עדות של שותף לעבירה שהוא עד מדינה". לכן לפי דעתו, דרישת הסיוע בעבירות שוחד כשמדובר בעד מדינה עדין עומדת בעיניה, אם כי הפרשנות המקובלת סוברת אחרת.

עדות קטינים:

עדותם של קטינים יכולה להיגבות בשתי דרכים:

✓ קטין המעיד בעצמו.

✓ קטין המעיד באמצעות חוקר ילדים.

כלומר חוקר הילדים מוסר את עדות הקטין והקטין עצמו לא מעיד בביהמ"ש (מכוח החוק לתיקון דיני ראיות (הגנת ילדים), התשט"ו-1955).

קטין המעיד בעצמו

- ✓ קטין מעל גיל 12 (גיל האחריות הפלילית) – דינו כדין בגיר ולא נדרשת לעדותו תוספת כלשהי מחמת גילו.
 - ✓ קטין מתחת לגיל 12 – ס' 55(ב) לפק"ר (עדות קטין שאינו בר-אחריות פלילית): "לא יורשע נאשם ע"פ עדותו היחידה אלא אם יש בחומר הראיות דבר לחיזוקה".
- עדות של הקטין תינתן באמצעות חוקר ילדים (רלוונטי רק לגבי העבירות מהתוספת, החוקר יכול להחליט בכל זאת שהילד יעיד בביהמ"ש ואז זה קטין שמעיד בעצמו)
- ✓ רשות של חוקר ילדים להעיד ילד בביהמ"ש דרושה רק כאשר העבירה היא עבירה מהתוספת והילד מתחת לגיל 14. כשהילד מעל גיל 14, גם אם מדובר בעבירה מהתוספת, הוא חייב להעיד.
 - ✓ עדותו של חוקר הילדים דרושה סיוע.
 - ✓ עד גיל 14, ילד לא יכול להעיד בלי רשות של חוקר ילדים.

מה יכול להיחשב כתוספת של סיוע?

- אמרת הנאשם שכלולה בה הפללה היא סיוע לעדות הטעונה סיוע.
- ראשית הודיה ("לא תשיגו שום דבר עליי כי אני שותק").
- שתיקת נאשם (ס' 162 לחסד"פ).
- שקרים ברורים של הנאשם (לגבי פרטים מהותיים, מוכחים מתוך עדות אחרת).
- ידיעת פרטים מוכמנים שמסבכים ונוגעים לנקודה ששנויה במחלוקת.
- מצב נפשי/פיזי של קורבן העבירה (צירוף של זה עם ראיה שאומרת שהנאשם הוא מבצע עבירת האלימות הזו).
- **עדות הטעונה תוספת ראייתית של סיוע יכולה לשמש כסיוע לראיה שטעונה סיוע.**

✓ ע"פ 4649/01 פס"ד אסולין נ' מ"י

בביהמ"ש המחוזי בב"ש הוגש כ"א, בו יוחס לאסולין ביצועם של מעשי סדום ומעשים מגונים, בגופן של שלוש קטינות בנות 4 עד 7 שנים. על פי גרסת המשיבה, חלק מהמעשים בוצעו בביתו של המערער, בעת שהזמין את הקטינות לשחק במשחקי מחשב. אסולין העלה כל מני טענות בערעור שהגיש לביהמ"ש העליון – שמעלילים עליו עלילות מסיבות כאלה ואחרות שהשופטים כמעט ולא התייחסו אליהן. אולם, הטענות המרכזיות נסובו סביב הטענה כי בחקירת הקטינות, אשר העדתן בבית המשפט נאסרה על ידי חוקרת הילדים, נפלו פגמים מהותיים, וגם לא נמצא להן הסיוע הנדרש מכוח סעיף 11 לחוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), התשט"ו-1955. באשר לפגמים בחקירה נטען, כי הקטינות נחשפו לחקירה של גורמים בלתי מקצועיים אשר ניהלו "חקירה פרטית", עובר לחקירתן על-ידי חוקרות הילדים. כמו כן נטען, כי התקיימו שיחות בין הקטינות לפני חקירתן, ואם בכך לא די, הרי שחקירתן של הקטינות הייתה נגועה גם בשאלות מדריכות.

ביהמ"ש: עדות מתועדת של קטין טעונה סיוע. האם היא יכולה להוות סיוע לעדות מתועדת של קטין אחר שטוען שנפגע מאותו נאשם? כן, כל עוד חוקר הילדים המקצועי לא "זיהם" את החקירה, במובן זה שהוא גילה לקטין אחד את מה שאמר הקטין השני או שהוציא מהקטין את הדברים בצורה לא תקינה. או במובן שהילדים נחקרו ע"י גורם לא מקצועי (לדוגמה, ההורים תחקרו את הילד ובכך "הכניסו לו מילים לפה").

✓ ע"פ 4009/90 מדינת ישראל נ' פלוני

המשיב הואשם, בין היתר, בביצוע עבירות של תקיפה מינית כלפי שתי קטינות: בתו הביולוגית ובתו החורגת. בעקבות אירועים מסוימים גבה חוקר נוער עדויות מפי הילדות ביום אחד וכעבור יומיים גבתה חוקרת נוער מפייהן עדויות נוספות. כל העדויות שנגבו מפי הילדות ע"י חוקרי הנוער, נתקבלו כראיות במשפטו של המשיב. כשהתעוררה השאלה אם מצבן של א' ו- ב' מאפשר העדתן, הודיעו הסניגור והמשיב כי למען טובת הילדות הם מוותרים על הבאתן למתן עדות. ביהמ"ש המחוזי קבע כי עדויותיהן של א' ו- ב' אמינות, ברם, משלא

מצא סיוע לכל אחת מן העדויות של א' ו- ב', כנדרש לפי סעיף 11 לחוק הגנת ילדים, סבר כי אין מנוס מזיכוי של המשיב. הערעור נתקבל ברוב דעות השופטים ברק וגולדברג, בפס"ד מפי השופט גולדברג, נגד דעתו החולקת של השופט מצא.

ביהמ"ש: שיחה בין הילדים לפני העדות או שיחה עם מבוגר עלולים גם הם למנוע את האפשרות להשתמש בעדות מוקלטת של קטין אחד כסיוע לעדות המוקלטת של הקטין האחר כי לא ניתן לדעת מי שאב מה ממי וזה משליך על אמינות ההודעות שלהם. לא די בכך, מדובר באותו מעשה שנעשה בשני הילדים אבל בזמנים שונים ולא בו-זמנית כך שמדובר בעבירות נפרדות. זה בעייתי להשתמש בעדות המוקלטת של אחד כסיוע לעדות המוקלטת של השני כי אמנם מדובר בראיות עצמאיות, אבל העדות המוקלטת של האחד לא מסבכת את הנאשם בביצוע העבירה הזו אלא בביצוע העבירה שנעשתה לגביו. בנוסף, ההודעות הללו לא נוגעות לשאלה ששנויה במחלוקת כי כל אחת מהמתלוננות היא נפרדת.

הלכת ביהמ"ש העליון, כפי שהיא מיושמת בפרשת הקשיש החירש והאילם היא שראיה טעונה סיוע יכולה לשמש כסיוע לראיה טעונת סיוע אם כל אחת מהראיות מתייחסת לאירוע נפרד ובלבד שמדובר במעשים דומים שבוצעו בידי מבצע אחד בסמיכות זמנים ומתקיימים התנאים המבטיחים את אמינות הודעות הילדים (האם לא זיהמה את עדותן לדוגמה או תוכן הודעתן לא נשאב מהאחרת). במקרה הזה היה מדובר באדם אחד שבו זמנית ליטף את ירכיהן של שתי אחיות קטינות שישבו מימינו ומשמאלו. הקטינות לא העידו בביהמ"ש אלא נמסרו עדויות מוקלטות שלהן. כל אחת סיפרה על מה שעשה לה, שהרי הן לא רואות מה הוא עושה בצד השני. אף אחת לא יכולה להוות סיוע לשנייה כי היא לא מעידה על המקרה שקרה לשנייה אלא מעידה על המקרה שקרה לה. ובכל זאת, נקבע שהן כן יכולות להוות סיוע אחת לשנייה מאחר ומדובר במעשים דומים שמבוצעים ע"י אותו גורם.

דבר לחיזוק

ה-"דבר לחיזוק" שנדרש בס' 54א(א) לפק"ר אינו ראית סיוע בדרגה חלשה יותר אלא תוספת ראיתית מאמתת. הדבר לחיזוק אינו חייב להיות ראיה עצמאית, ויכול גם לעלות מהעדות הטעונה חיזוק.

פס"ד מ"י נ' יוסף בן שלמה כהן (לעיל): **אין על דבר לחיזוק להתייחס בהכרח לדברי העד בדבר זהות הנאשם, ודי כי הוא יאשר את מהימנותו של העד בנושא הרלוונטי לביצוע העבירה.** העד שותף לעבירה החליט לחשוף את זהותם של שני השודדים שפעלו עמו, זאת למרות שהוא לא קיבל מעמד של עד מדינה ולכן עדותו טעונה דבר לחיזוק. עד המפתח מספר את כל הסיפור ומובאות ראיות שמחזקות ומאמתות את ההתרחשות שהוא מתאר (פקידי בנק שסיפרו מה היה בתוך הבנק, עוברי אורח שראו את השטרות מתעופפים באוויר).

רוב שופטי ביהמ"ש העליון פעלו עפ"י גישה פורמליסטית וחיפשו ראיה מחזקות שמאמתות את עדות העד. **השופט בך** לעומת זאת, התייחס לעדות כאילו היא טעונה סיוע למרות שמבחינת החוק היא לא. הוא סבר שהוא לא צריך ראיות שיאמתו את העדות של העד כי הנקודה ששנויה במחלוקת היא שאלת זהותם של הפושעים, ולכן הראיות המחזקות היו צריכות להיות נוגעות לזהותם של הפושעים. לדוגמה, ראיה שגם בעבר השלושה היו שותפים בביצוע עבירה אחרת. דבר זה יכול לחזק את עדותו של העד כי אלו אכן הפושעים. אם כי החוק לא דורש זאת!

הדרישה היא לחיזוק העדות היחידה שעל בסיסה מרשיעים ולכן מה שחשוב זה איך השופטים מתרשמים ממנה. אם ההתרשמות שלהם ממנה היא טובה אז כל מה שנדרש זה חיזוק טכני, על מנת להיות בטוחים שעדות זו היא לא בדיה מוחלטת ואין משהו שסותר אותה. אם ההתרשמות היא חלשה, אז וודאי שהשופטים יכולים להגיד שהחיזוק שהתקבל הוא חלש מדי ולא מספיק כדי להרשיע.

מה יכול להוות דבר לחיזוק?

- כל פרט עובדתי שמגביר את מהימנות דברי העד.
- ראייה שמהווה סיוע בוודאי יכולה להוות חיזוק מכוח קל וחומר.
- הימנעות הנאשם מלהשיב לאשמה בתחילת המשפט (ס' 152 לחסד"פ).
- הימנעות הנאשם מלהעיד יכולה להוות ראייה מחזקת ואפילו ראייה מסייעת (ס' 162 לחסד"פ: **פרשת מילשטיין** – לעיתים אפילו יכולה להוות דבר מה נוסף).
- ראייה שלה נדרש חיזוק יכולה לשמש חיזוק לראייה אחרת הדרושה חיזוק.
- סירוב חשוד לביצוע חיפוש בגופו; בדיקות וכו' כאשר יש צו חיפוש או כאשר יש זכות למחפש לחפש.
- ידיעת פרטים מוכמנים ומסבכים ביחס למעשה העבירה (לדוגמא, האופן שבו התנהל השוד כשהשודדים היו בתוך הבנק).

סיוע ("חיזוק ממשי") במשפט אזרחי

לפי ס' 54 לפקודה, במקרים מסוימים, **בעניין אזרחי** יכול ביהמ"ש לפסוק ע"פ עדות יחידה שאין לה סיוע (הכוונה היא תוספת ראייתית כלשהי), **ובלבד שהעדות היא לא הודאה של בעל הדין** (כי ממילא להודאה זו לא נדרשת שום תוספת ואין צורך להסביר מדוע לקבלה כעדות יחידה), ועליו לפרט מה הניע אותו להסתפק בעדות היחידה.

המקרים שבהם רשאי ביהמ"ש לפסוק ע"פ העדות היחידה הם:

1. העדות היא של קטין מתחת לגיל 14.
2. העדות היא של קרוב מדרגה ראשונה לבעל הדין.
3. העדות היא של אדם המעוניין בתוצאות המשפט לטובת בעל הדין שקרא אותו להעיד (שותף לעסק, נושה שמעוניין שיפסק לטובת בעל הדין שחייב לו כדי שיוכל לממש את חובו).
4. התובענה היא נגד עיזבון, קטין, חולה נפש או נעדר.
5. נסיבות אחרות שבהן דרוש לדעת ביהמ"ש, פירוט כאמור.

הודעת בעל דין בהליך אזרחי:

בהליך אזרחי מקובל להבחין בין:

- **הודאה פורמלית:** הודאה של בעל דין בשלבים המיועדים לכך במשפט (בכתבי טענות הם מאשרים קיומן של עובדות מסוימות, הליך קדם משפט). הודאה בעובדות אלה יוצאת מתחולת דיני הראיות כי אין צורך להוכיח אותן. העובדות נחשבות כמוכחות ואין צורך בראיות לגביהן.
- **הודאת חוץ:** אמרות או אישורי עובדות מצד בעלי הדין מחוץ להליך העיקרי בביהמ"ש.
ע"א 7003/99 מרינה נגד סהר חברת ביטוח: הנהג המעורב בתאונה התחנן שלא תוזמן משטרה כי אין לו ביטוח, ובכך הוא למעשה מודה באחריות שלו לתאונה, שהרי לא צריך ביטוח אם הוא לא אחראי. הודאה בעובדה זו היא הודאה של בעל דין, אבל זה לא הודאה במסגרת ההליך העיקרי.
ע"א 8836/07 בלמורל נ' כהן: סכסוך על זכויות בנכס, לרבות זכויות אובליגטוריות. עוה"ד של אחד מבעלי הזכויות שלחה מכתב ובו היא מאשרת הלכה למעשה את הזכויות של הצד שכנגד. זו הודאה של בעל דין שנעשית מחוץ למסגרת הדין בביהמ"ש. **עדות של בעל הדין/תצהיר של בעל הדין, היא הודאה בעובדה (במידה והוא מודה בה בעובדות) אבל זו לא הודאה פורמלית** במובן שהעובדה נחשבת מוכחת ואין עליה עוררין.

בעוד שהודעה פורמלית אינה ראייה כלל, אלא היא מוציאה עובדה מתחום המחלוקת ופוטרת מן הצורך להוכיחה, הרי שהודאת חוץ הינה ראייה כשאר הראיות ובין שאר הראיות. לא כל התבטאות של בעל דין לחובת עצמו בעניין השנוי במחלוקת במשפט היא בבחינת הודעה שבעל דין נתפס עליה. **המבחן הוא שרק הודאה פורמלית, הנכללת בכתבי הטענות או הנמסרת בגדר ההליך הדיוני המיועד לכך, מובילה לצמצום המחלוקת ופוטרת את בעל הדין**

שכנגד מלהביא ראיות להוכחת עמדתו בנושא ההודאה. שאר ההודאות, גם אם ניתנות בין כותלי ביהמ"ש אבל לא במסגרת ההליך הדיוני המיועד לכך, הן בבחינת הודאות חוץ מה שאומר שהעובדות לגביהן בעל הדין מודה הן לא מוחלטות כך שלא צריך להוכיח אותן או לסתור אותן (אפילו בעל הדין שהודה בעצמו יכול להביא ראיות ועדים לסתור הודאתו). יש להן משקל ראייתי, אבל הן לא בבחינת ראיה מוחלטת שיוצאת מתחום דיני הראיות.

נטלים וחזקות

- **נטל השכנוע:** החובה להוכיח בראיות את קיומה של עובדה ברמת הוודאות הנדרשת ע"פ הדין. קיימות שתי רמות וודאות: במשפט הפלילי ההוכחה צריכה להיות מעבר לכל ספק סביר ובמשפט האזרחי ההוכחה צריכה לעמוד במאזן ההסתברויות (בעל דין שכנגד צריך להוכיח שהראיות שברשותו עולות בהסתברותן על הראיות של בעל הדין שכנגד). לעיתים קוראים לרמת הוודאות במשפט האזרחי "מכריעה", כלומר – אחוז אחד שסט ראיות אחד יותר סביר מסט ראיות שני הוא המכריע את הכף. רמת הוודאות הנדרשת נקראת גם **מידת ההוכחה**.
- **חובת הראייה:** חובה דיונית המוטלת על בעל דין להביא ראיותיו. מי שנושא בנטל השכנוע יביא ראיותיו ראשון (שהרי אם הוא לא יביא ראיות הוא לא עומד בנטל השכנוע). לכן במשפט פלילי ברוב המוחלט של המצבים, כיוון שהתביעה נושאת בנטל השכנוע, היא זו שפותחת ראשונה ראיותיה (אם היא לא תביא ראיות, הנאשם יזוכה). מנגד במשפט האזרחי זה לא הכרחי שהתובע הוא זה שיביא ראיותיו ראשון כי לא בהכרח שנטל השכנוע רובץ על גבו.
- **חובת ההוכחה:** שני הנטלים ביחד (נטל השכנוע וחובת הראייה).
- **הוכחה לכאורה:** האם יש לראיה יכולת וכוח לעמוד בנטל השכנוע?
לדוגמה – האם עדותה של מתלוננת בעבירת מין נגד הנאשם היא ראיה לכאורה? האם העדות שלה עשויה לספק את הנטל של מעל לכל ספק סביר? נניח שהיא בטוחה שהיא נאנסה אבל לא בטוחה לגבי זהות האנס. השאלה הרלוונטית היא האם ראיה, בהנחה והיא נכונה, תספיק לצורך עמידה בנטל השכנוע?

נטל השכנוע בהליך הפלילי

1. **בגמר פרשת התביעה:** בתום פרשת ראיות התביעה, הנאשם יכול לטעון שלא הוכח ולו שמץ של האישום, וביהמ"ש יוכל לשקול טענתו ולפטור אותו מלהשיב לאשמה.

הכוונה היא שבתום פרשת התביעה, הנאשם יזוכה מבלי שנצטרך בכלל לעבור לפרשת ההגנה (ס' 158 לחסד"פ).

ע"א 732/76 מדינת ישראל נ' כחלון

שלושת המשיבים הואשמו בהריגה לפי סעיף 212 לפח"פ, בעקבות מותו של יוסף שמעוני שנחבל בראשו בקטטה שבין המשיבים לבין המנוח וחברו ליד קולנוע ת"א. היו עדויות על קטטה, והייתה עדות על בעיטה שניתנה בראשו של המנוח מבלי לציין מי נתן את הבעיטה. ביהמ"ש המחוזי החליט בתום פרשת התביעה שלא הובאו אף ראיות לכאורה לביסוס האישום לפי סעיף 212 ואין להשיב על אשמה לפי סעיף זה.

ביהמ"ש: כדי "לצלוח" טענת אין להשיב לאשמה (ולעבור לפרשת ההגנה), התביעה צריכה להראות שהציגה ראיות בסיסיות אף כי דלות להוכחת האישום. מכאן שהראיות לא צריכות להיות ראיות לכאורה – שאם אנחנו מניחים שהן נכונות הן מרשיעות. מספיק שהראיות יהיו ראשית ראיה, שמחשידות ומהוות אינדיקציה שהנאשם עשה את מה שמיוחס לו, כדי שהתביעה תצלח את שלב "אין להשיב לאשמה" ותעבור לפרשת ההגנה. אסטרטגיית הנאשם בפרשת ההגנה יכולה להיות שתיקה ולא להביא ראיות מטעמו כדי שבסופו של דבר נשאר עם ראיות בסיסיות והנאשם יזוכה. אם כי ס' 162 לחסד"פ קובע ששתיקת הנאשם יכולה להיות סיוע, דבר לחיזוק ואפילו דבר מה נוסף, אז הראיות הבסיסיות שהיו לתביעה יכולות כבר להביא להרשעתו (כמובן שיכול להיות שהתוספת הראייתית הזו לאו דווקא תהפוך את הקערה על פיה כי הראיה הבסיסית היא חלשה מאוד ואז השתיקה לא תביא להרשעתו, לכן שווה לו לשתוק בכל מקרה).

2. **סיום המשפט:** נטל השכנוע מוטל עקרונית על התביעה הפלילית להוכיח את כל יסודות האישום מעבר לכל ספק סביר. עקרון זה נגזר מחוקת החפזות בס' 32כב(א) לחוק העונשין: "לא יישא אדם באחריות לעבירה אלא אם כן הוכחה מעבר לכל ספק סביר".

העברת נטל השכנוע אל כתפי הנאשם – סייגים והגנות

סייג מעקר את האחריות הפלילית מהמעשה עצמו (אי שפיות הדעת/ הגנה עצמית/ צידוק/ קטינות). זה לא זיכוי או הגנה, אלא קובע כי אין אחריות פלילית מלכתחילה. ההתגוננות העצמית מפני תקיפה מיידית שוללת את האחריות הפלילית מהמעשים שהמתגונן עושה (למשל – הקרבן תוקף בחזרה או אפילו יכול להרוג את התוקף שלו). תחולתו של הסייג היא כללית וחלה על כל העבירות. לרוב הסייגים יש תחולה אוניברסאלית (הגנה עצמית ואי שפיות הדעת ייעקרו את הפליליות מהמעשה בכל העולם הדמוקרטי).

החזקה שמתקיימת היא **חזקת היעדר סייג**. כלומר – התביעה לא צריכה לסתור מראש את האפשרות שהנאשם פעל במסגרת סייג. הנחת המוצא היא שאדם פועל כשהוא כשיר לעמוד לדין. זאת לפי ס' 34 לחוק העונשין: "מלבד אם נאמר בחיקוק אחרת, חזקה על מעשה שנעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית". אולם, **אם מתעורר ספק סביר שמא קיים סייג** (למשל עולה טענה שהמעשה הפלילי נעשה מתוך אי שפיות הדעת), **מוטל על התביעה להסיר את הסייג מעבר לכל ספק סביר**. הספק שקיים סייג לא חייב להיטען ע"י הנאשם בשלב ראיות ההגנה, והתביעה יכולה להביא אחד מעדיה שהוא בעצמו יעורר ספק שהנאשם פעל מתוך הגנה עצמית. הדין אינו מעביר את נטל השכנוע אל הנאשם להוכיח את קיום הסייג, והוא מותיר אותו בידי התביעה להוכיח מעל לכל ספק סביר שהסייג לא חל בגלל חזקת החפות.

הגנה, להבדיל מסייג, חלה על דין מסוים והיא לא כוללנית. בד"כ ההגנה תפטור את הנאשם מאחריות פלילית בשל נסיבה "חיצונית". ההגנה שבחוק ניירות ערך פוטרת בשל "מטרת העסקה" או "הצדקה לעסקה" שהן חיצוניות, בשונה מהגנה עצמית לדוגמה שהיא נסיבה פנימית. לכן, לרוב הוכחת קיומה של "הגנה" בנסיבות בהן מואשם הנאשם, **מוטלת על הנאשם ונטל השכנוע עובר אליו**. אם כי מידת ההוכחה שנדרשת ממנו היא לא מעל לכל ספק סביר, אלא עמידה במאזן ההסתברויות (סט הראיות שיביא יצטרך להיות סביר יותר, ולו באחוז אחד, מסט הראיות של התביעה).

חובת ההוכחה במישור האזרחי

כלל האצבע בהליך אזרחי הוא "**המוציא מחברו – עליו הראיה**". כלומר התובע נושא בנטל השכנוע לגבי היסודות העובדתיים של תביעתו והנתבע נושא בנטל השכנוע של היסודות העובדתיים של הגנתו. צד שנושא בנטל השכנוע חייב להוכיח את כל היסודות העובדתיים, ביניהם יסוד חיובי ויסוד שלילי (יסוד שלילי יותר קשה להוכיח, "תוכיח שאין לך אחות"). לכן הוכחת היסוד השלילי מצריכה "עוצמה ראייתית" נמוכה. למשל תובע שמעוניין לעקל את כספי הנתבע בגין חוב צריך להוכיח שהכספים בכלל ניתנים לעיקול. מאחר וכספי פנסיה לא ניתן לעקל, הרי שהתובע צריך להוכיח שהכספים עליו הוא רוצה לשים יד, הם לא כספי פנסיה. זה יותר קשה להוכיח שהכספים הם לא כספי פנסיה מלהוכיח שהכספים הם כן כספי פנסיה, **ולכן די שבהוכחתו כי הם לא כספי פנסיה יהיה "קמצוץ ראיה" שלא נסתר, והוא למעשה מעביר לצד השני את החובה לסתור**.

רע"א 4418/02 מפעל הפיס נ' כהן ואח'

המשיבים זכו בפרס הראשון של הגרלת הלוטו לאחר שניחשו נכונה את ששת המספרים שעלו בהגרלה. מפעל הפיס הודיע למשיבים, כי שני משתתפים אחרים ניחשו אף הם את ששת המספרים הזוכים. בקשת המשיבים ממפעל הפיס לגלות להם את פרטי שני הזוכים האחרים נענתה בסירוב. משכך הגישו המשיבים תביעה נגד מפעל הפיס. מאחר והוא זה שמוציא מחברו – עליו הראיה להוכיח שאין עוד ארבעה זוכים אחרים. ביהמ"ש פסק, כי "מאחר והמשיב (מפעל הפיס), בהיותו רשות ציבורית, טוען לקיומם של טעמים המונעים את מסירת המידע, הרי שנטל ההוכחה בעניין זה מוטל עליו". זו הוכחת עובדה על יסוד שלילי ולכן מספיק קמצוץ ראיה על מנת להעביר את נטל השכנוע למפעל הפיס להוכיח שאין עוד זוכים אחרים. פרופ' מודריק מעלה השערה שקמצוץ ראיה יכול להיות היעדר נכונות בלתי מוסברת של הצד השני למסור מידע.

בהליך האזרחי, הנטל הוא על מי שטוען טענת עובדה, **אם כי לעיתים הדין המהותי משנה את הסדר ואף על פי שבעל דין טוען טענת עובדה, על בעל הדין שכנגד רובץ נטל השכנוע לסתור את העובדה**. לדוגמה: אם אני כנישום מערער על החלטתו של פקיד השומה בענייני מס הכנסה, אני למעשה "המוציא מחברו", והנטל יוטל על פקיד השומה לסתור את הטענה שלי לפיה אני צריך לשלם פחות ממה שהוטל עליי, בהנחה ואני מנהל ספרים ודו"חות בצורה מבוקרת. דוגמה נוספת לשינוי בדין שמעביר את נטל השכנוע (ישאל על זה במבחן!)

ענייני צוואה וירושה: לפי ס' 12 לפקודת הירושה המנדטורית, ביהמ"ש יכיר בצוואה כתובה אם התקיימו מספר תנאים וביניהם "שהמצווה לא נפתה לכתוב את הצוואה בתרמית או בכוח השפעה בלתי הוגנת". מכך מובן שאותו אדם שמבקש את קיום הצוואה נושא בנטל השכנוע שלא הייתה תרמית. חוק הירושה קובע בס' 30(א) ש"הוראת צוואה שנעשתה מחמת אונס, איום השפעה בלתי הוגנת, תחבולה או תרמית – בטלה". חוק הירושה החליף את הפקודה ובהתאם את נטל השכנוע. לפיו, מי שמבקש את קיום הצוואה צריך רק להוכיח שקיימת צוואה. **נטל השכנוע להוכיח שהיה תרמית או אונס מוטל על מי שמבקש לבטל את הצוואה**.

הוכחת טענות ההגנה

נטל השכנוע עובר אל הנתבע כי הוא זה שטוען את העובדה. **הודאה והדחה**: טענת הגנה שקמה כאשר הנתבע מודה בכל עובדות התביעה אך מוסיף טענות עובדה מצדו, השוללות את כוח התביעה. לדוגמה, אדם מודה שלוה כסף אבל מוסיף שפרע את חובו. התובע הוכיח על יסוד ההודאה של הנתבע שאכן הוא לוה ממנו כסף, לכן זו עובדה חדשה שהחוב נפרע ונטל השכנוע רובץ על גבו של הנתבע. לא התובע הוא שצריך להוכיח שהחוב לא נפרע כי הנתבע טען שהוא נפרע.

נזק ראייתי

ככלל, הימנעות צד מהבאת ראיה (בכוונת מכוון או כי הוא אחראי להיעלמותה) או מהעדת עד, כמוה כראיה נסיבתית העשויה להקים לחובתו של אותו צד חזקה עובדתית. שכן, אילו הובאה אותה ראיה, היה בה כדי לפגוע בגרסתו. החלת הכלל תלויה בשאלה על מי רובץ נטל השכנוע. **במשפט האזרחי**: נזק ראייתי נגרם כאשר צד אינו נוקט מהלך לשימור או ליצירת ראיה והדבר פוגע ביכולת ההתגוננות או ביכולת להביא ראיה של הצד השני.

במשפט הפלילי, יש לאבחן בין שני סוגי מקרים בהם נזק ראייתי לנאשם: מקרה אחד הוא מקרה בו גורמי החקירה נמנעו מפיתוח כיווני חקירה שיכלו, לטענת הנאשם, לסייע בהגנתו. במקרה כזה אין משמעות להחלת דוקטרינת הנזק בראייתי כי בעצם כך שלא פותחו כיווני החקירה הראיות מקימות ספק סביר עבור הנאשם. משמע – זה פועל לטובתו. המצב שונה כאשר הנזק הראייתי הוא ביחס לראיה שהוגשה לביהמ"ש. במקרה זה, מחדלי החקירה מגבילים באופן ממשי את יכולתו של הנאשם לערער על מהימנותה של הראיה ועל קבילותה. בסוג זה של מקרים צריך לאמץ את דוקטרינת הנזק הראייתי באופן המותאם לתכלית ולמבנה הדין הפלילי (ע"פ 2869/09 זינאתי נ' מ"י – מדובבים).