מדינת ישראל

מסרדי הממשלה

מנשרים, צווים והודעות בדבר מערבית — סיני

7.68 —

מס' תיק 1433

מחלקה

משרד

מס' פנים

צבא הגנה לישראל
ד.צ. 2329
חק-22- 321
תמוז תשכ"ח
68 יולי 24

לכבוד
המנהל הכללי למשרד המשפטים

הנדון: פרסומי מפקדת פרקליט
צבאי ראשי

א.נ.מ.

הפרקליט הצבאי הראשי בקשני להעביר אליך מספר דוגמאות מהפרסומים המקצועיים המוצאים לאור ע"י מפקדת פצ"ר.

לוטה מועברים אליך דוגמאות מהפירסומים הבאים:

א. מתוך "הלכות ופרסומים" - המוצאים לאור בצורה שוטפת עם הצטברותן של הלכות חדשות. לוטה הפרסומים מס' 71, 78,75,74.

ב. מסדרת מאמרים על המתרחש בשטח החוק בצבאות זרים - לוטה החוברת העוסקת ב"הבטחת השליטה על שבויי המלחמה".

ג. מתוך סדרת "הנחיות התובע הצבאי הראשי" לוטה דוגמאות של ההנחיות המקצועיות המקובצות בסדרה זו. (לדאבוני אזלו עותקי הקובץ השלם - בין היתר הינו מצוי גם ברשות פרקליטים מפרקליטות המדינה - ונאלצתי ל"קבץ" דוגמאות בלבד ואתך הסליחה).

בכבוד רב

י. קדמי, סא"ל
הובע צבאי ראשי
בשם פרקליט צבאי ראשי

משרד המשפטים
26.VII.1968
4433

טופס 91/1
(1/100) 3/61

אלי: מיכל בת המלך.

בעניין: פסקי דין של בי הדין העליון

מידוש ההלכה ~~בענייני~~ ~~הנפקעים~~ ~~פיקדונות~~ ע"י בי הדין העליון
~~של הגלות~~ מאשתקד זו מנהה ~~ל~~ בעולם
המודגים ~~של הגלות~~ באולם המשלים

מפצ"ר / הדרכה
17 אפריל 67

הלכות ופרסומים
מס' 71

ביה"ד הצבאי לערעורים

אישום בעבירה לפי חוק לתיקון דיני עונשין (בטחון המדינה) - הסכמת היועץ המשפטי

בי"ד צבאי מוסמך לדון בעבירות לפי חוק לתיקון דיני העונשין (בטחון המדינה), תשי"ז - 1957 גם ל ל א הסכמת היועץ המשפטי; ואין נפקא מינה, אם ההלכה שנפסקה בזמנו ברוח זו (בביהמ"ש העליון ובביה"ד הצבאי לערעורים) התיחסה לפקודת הסודות הרשמיים ולא לחוק הנ"ל, שהוראות המפורשות בנדון נכנסה לתוקף לאחר חקיקת חש"צ.

ע/218/66 טור' כהן אלברט נ. התצ"ר.

צבירת עונשים - החוק ושיקול הדעת

1. "בעוד רב השופטים סבורים כי ענין הצבירה או החפיפה נתון לשקול דעתו של ביה"ד הדן בענין וערכאת ערעור לא תתערב בהחלטת בי"ד קמא כל עוד לא הצליח המערער להצביע על שיקול פסול, סבור השופט בעל דעת המעוט, כי אין זו שאלה לשקול דעת, שכן לדעתו קבע המחוקק כי העונשים יהיו ככלל חופפים כשהם מוסלים על עבירות בכתב אשום אחד ואין מקום לסטות מכלל זה אלא במקרים יוצאים מגדר הרגיל כשאין כל קשר שורשני בין העבירות הנדונות".

ע/218/66 טור' כהן אלברט נ. התצ"ר.

2. ברוב דעות: עריקה אל מעבר לגבול ומסירת ידיעות למודיעין של האויב הם שני מעשים שונים המצדיקים צבירת העונשים עליהם.

ע/218/66 טור' כהן אלברט נ.התצ"ר.

3. חייל שנתפס בעבירה של שמוש ברכב צבאי שלא למטרות הצבא, נצטווה לחזור ולהתיצב בפני הקצין התורן, ולא קיים פקודה זו - "יש לראות וביצוען של שתי עבירות אלה טרנזקציה אחת" ו ל א לצבור את עונשיהן.

ע/25/67 טור' אבוטבול סימון נ. התצ"ר.

אי שמירתן של רכוש צבאי - חובת החתמה - נוהל בניגוד לחובה

"אמת נכון, נפסק לא אחת כי החתמת חייל על ציוד שנמסר לו הינה בגדר אחד האמצעים שיש בהם כדי לצאת ידי חובת השמירה הרובצת על חייל שמסר רכוש לאחר, אולם אין אנו סבורים, כי במסיבות מקרה זה, כשלא חולקים על כך כי המשיב לא החתים את הנשקים עלהאקדח בהתאם לנוהל שנקבע ע"י מפקדו, יש לומר כי סמל סביר אחר במקומו, היה פועל ומשנה נוהל שנקבע מלמעלה ע"י קצין בכיר".

ע/26/66, התצ"ר נ. סמל ברנד אמיל.

בית המשפט העליון

סיק ללא תאריך - חוסר כיסוי - הסתמכות על "דברי הכנסת"

פורסם פסה"ד בענין "דן" בע"מ נ. היוה"מ , שהילכותיו בנוסאים דלעיל הובאו ב "הלכות ופרסומים" מס' 61 , עמ' 5 .

ע"פ 108/66 , כ(4) פד"י 253 .

מכרזים - נתונים נסתרים

בדיקת הצעות עפ"י נתונים שלא הועמדו לעיני המשתתפים במכרז בעת פרסומו - פסולה .

בג"צ 208/66 , דב אשד בע"מ נ. ועדת המכרזים שליד עיריית גבעתיים וא"ח , כ(4) פד"י 278.

עבירת מיניות - טיעון

עובדות מסייעות לגירסתה של מתלוננת בעבירת-מין הן :

א. קריאה להצלה .

ב. התרגשות מיד לאחר המעשה .

ג. קירבה פיזית של הנאשם למתלוננת .

ד. זרע על תחתוניה של מתלוננת .

ע"פ 255/66 , סימוני נ. היוה"מ , כ(4) פד"י 284 .

פסיקה אנגלית

קשר - עבירה מוחלטת - אי ידיעה של יסוד מיסודותיה .

אין להאשים אדם ב ק ש ר לבצע מעשה עבירה , אם אחד היסודות העובדתיים של המעשה המתוכנן לא היה ידוע לאותו אדם , א פ י ל ו המדובר בעבירה מ ו ח ל ט ת .

Churchill v. Walton (1967) 1 All .E.R. 497

שוד - תביעת זכות בתום לב

תביעת זכות בתום לב היא הגנה ג ם באישום במעשה ש ו ד , ו א י ן על הנאשם להוכיח , שהיתה לו אמונה כנה , שהיה זכאי ליטול את הכסף ב ד ר ך שבה נטלו .

R.v. Skivington (1967) 1 All. E.R. 483 .

שותף לדבר עבירה - עדותו במשפטם של חבריו.

שותף לדבר עבירה , שנפתחו נגדו הליכים נפרדים , אך עדיין לא נ ס ח י מ ו , אין להעידו מטעם התביעה ונגד חבריו .

R. v. Pipe (1967) 51 Cr . App . R . 17 .

למהותן של טענות שווא

טענות שווא אינן חייבות להתייחס ל ע ו ב ד ו ת קיימות בלבד . גם ח ו ו ת ד ע ת של נאשם , לפיה מחיר מסויים הוא "מחיר סביר והוגן" חמורת עבודה שלא ב ו צ ע ה כלל , היא בבחינת טענת שווא , בנסיבות אלו .

R. v. Bassett & Jeff (1967) 51 Cr . App. R . 28

נסיון - מידת העונש

אין זה הגיוני להטיל , בגין נסיון לעשות מעשה עבירה , את העונש המכסימלי הקבוע בצידה של העבירה המושלמת .

R.v. Thornton (1967) 51 Cr . App. R . 60 .

מ א מ ר י ם

Wilkison : Public Policy and the Immunity of Barristers , (1967) 30 M.L.R. 194.

The Geneva Convention and the Treatment of Prisoners of War in Vietnam , (1967) 80 Har . L . Rev . 851 .

פלר : ההתיקנות בפלילים לאור משפט המעבר , הפרקליט כ"ג , עמ' 204 .

ביין : חובת הנסיגה בהגנה בפני התקפה , הפרקליט כ"ג , עמ' 221 .

Developments in the Law : Deceptive Advertising , (1967) 80 Har . L . Rev . 1005.

הלכות ופרסומים
מס' 74

בית המשפט העליון

ביצוע מספר עבירות - עדות שותפים לעבירה - סיוע

סיוע יכול להתייחס לחלק מעובדות העבירה, אבל רק כאשר אותו חלק הוא מן העובדות המרכיבות אותו מעשה עבירה, ולא כאשר הוא שייך לעבירה אחרת.

יצויין כי הלכה זו נפסקה לאחר שביהמ"ש עורר מיזמתו את השאלה במהלך הערעור.

ע"פ 236/67 אזולאי נ. היועץ המשפטי, כא (2) פד"י 44.

מאסר על תנאי שהוטל לפני חוק החנינה

עונש מאסר על תנאי שהוטל לפני כניסת החוק לתקפו בשל עבירות שונות שעל מקצתן חלה חנינה ועל מקצתן אינה חלה, רואים אותו כעונש שהוטל בשל עבירה שהחנינה אינה חלה עליה, וכעונש כזה בלבד.

בג"צ 213/67, קוט נ. שר המשטרה ואח', כא(2) פד"י 181.

וכן: בג"צ 187/68, בג"צ 188/67, בג"צ 215/67 שפורסמו בתקציר, כרך ב' עמ' 8.

מאסר על תנאי שהופעל לפני חוק החנינה

עונש מאסר על תנאי שהופעל לפני כניסת החוק לתקפו - אין הנידון נהנה מן החנינה.

בג"צ 213/67, קוט נ. שר המשטרה ואח', כא(2) פד"י 181.

עצור במעצר מנהלי - מגע עם עו"ד

איסור מוחלט של גישת עורך דין לעציר מהווה פגיעה בזכותו של העציר לפי ס' 22 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א - 1961, אפילו מדובר במי שנעצר עפ"י תקנה 111 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 ואפילו מנומק האיסור בסמכויות להסדיר ביקורים אצל עצירים לפי תקנות 111(6) ו- 111(8) ובכך שעוה"ד אינו מורשה להופיע כסניגור בפני בתי דין צבאיים לפי חש"צ, כנדרש בהוראה שהותקנה ע"י נציב בתי הסוהר מכח סמכותו לפי התקנות הנ"ל.

בג"צ 193/67, קהווג'י נ. נציב בתי הסוהר ואח', כא(2) פד"י 183.

פס"ד פלילי כראיה במשפט אזרחי

תוך הבעה צער על הסתירה הצומחת מאי קבילותו של פס"ד פלילי כראיה במשפט אזרחי, הלך בית המשפט בעקבות ההלכה המסורתית בענין זה ופסר, ברוב דעות, נחבע במשפט אזרחי לאחר שהורשע במשפט פלילי.

ע"א 680/66, מרציאנו נ. בדעאן ואח כא(2) פד"י 285.

והשווה לבקורת דומה ב-Goody v. Odhams Press, Ltd., (1966) 3 All. E. R. 369 (C.C.A)
(הלכות ופרסומים מס' 63, עמ' 4-5)

עצירה לאחר עקיפה

נהג העוצר את רכבו שניות אחדות לאחר עקיפה אסר ברשלנות.

ע"א 188/67, תקציר, כרך ב', עמ' 15.

היקף תחולת חוק החנינה

עובדה המונחת ביסודו של איסום שנמחק בתוקף חוק החנינה - אין להניחה ביסוד עבירה אחרת, שחוק החנינה לא חל עליה. ע"פ 168/67, תקציר, כרך ב', עמ' 27.

2/...

פסיקה אנגלית

משפט חוזר - קבילותן של הודאות - מטילים של הסברים

1. אין מניעה שבמשפט חוזר מימסר מטעם התביעה ע ד ו ת על כך שהנאשם ה ו ד ה במשפט הראשון בעובדות המסבכות **אותו** באשמה.

2. במקרה **כזה** אין ב ה ס ב ר י ו של הנאשם במשפט הראשון, אפילו היו הראיה היחידה (נוסף על ההודאה), כדי למנוע מחבר המושבעים את העדפתה של ההודאה ואת הרשעתו.

3. האמור בסעיף 2 חל על אחת כמה וכמה כשהנאשם אינו מוסר כלל עדות במשפט החוזר, אלא מסתמך על הסבריו מן המשפט הראשון.

R.v . McGregor (1967) 2 All. E. R. 267 (C. A.)

זיהוי מספר רכב ע"י עד

1. אם העד היחיד אינו זוכר את מספר הרכב המעורב בתאונה, ואינו מסוגל לזהותו בדרך אחרת - אין מנוס מזיכויו של הנאשם.

2. לא מועילה כאן מסירת מספר הרכב לביהמ"ש בעדות של המשטרה, אם המשטרה קיבלה את המספר מפי אותו עד, הואיל וזו עדות שמיעה.

Jones v. Metcalfe (1967) 3 All. E. R. 205

מצב נפשי ספציפי כיסוד מיסודות העבירה

מקום שיסוד של מרמה הוא יסוד מיסודות העבירה, ניתן להסיק את קיומו מכלל העובדות המפורטות בכתב האישום, אפילו לא הוזכר במפורש בכתב האישום.

R. v. Llewellyn - Jones (1967) 3 All. E. R. 225

חסיון מקצועי של עו"ד - גם בפני בי"ד משמעתי ?

1. סימן 29(1) של ה- Solicitors Act משנת 1957, מסמיך את לשכת עוה"ד להתקין תקנות בקשר להחזקת חשבונות אשר יחייבו עורכי דין העוסקים בנאמנים, ואשר יסמיכו את הלשכה לנקוט בצעדים הדרושים כדי לברר את מידת הציות לתקנות.

ה- Solicitors Trust Accounts Rules, 1945(4) (שעפ"י סימן 88(2) לחוק הנ"ל תופסות כאילו הותקנו מכוח סימן 29 הנ"ל) קובעות בתקנה 11 את סמכותה של הלשכה לדרוש מכל פרקליט הפועל כנאמן להמציא את כל המסמכים והחשבונות הקשורים לנאמנות לשם בדיקתם.

סימן 29(3) לחוק קובע שאם יטרב הפרקליט לפעול עפ"י הוראת הלשכה אפשר להגיש נגדו קבילה לבית הדין המשמעתי שהוקם לפי החוק. סימן 46(6) קובע סמכויות לבית הדין המשמעתי אך אוסר עליו לכפות על פרקליט המצאת מסמכים כאשר אין לכפות עליו המצאתם בחביעה שמתבררת בערכאות.

2. פרקליט מסוים נתבע ע"י הלשכה להמציא מסמכים וחשבונות שקשורים היו לנאמנות שהייתה תחת פיקוחו. הוא סירב לעשות זאת ופנה לערכאות בעתירה להוציא צו מניעה נגד הלשכה. טענתו היתה שתקנה 11 עומדת בסתירה גמורה לסימן 46(6) סיפא הנ"ל ומשום כך מחוסרת כל תוקף.

ביהמ"ש סירב לתת את הצו כיוון שתקנה 11 הותקנה מכוח סימן 29(1) אשר מסמיך את הלשכה לבדוק את החשבונות. סימן זה הוא lex specialis שדוחה את הוראת סימן 46(6) בדבר חסיון מסמכים.

Parry - Jones v. The Law Society (1967) 3 All. E. R. 248

הלכות ופרסומים
מס' 75

בית המשפט העליון

ירידה מרכב בצדו הפונה לתנועה

האחריות הסטטוטורית שבתקנה 87(א)(3) לתקנות התעבורה מוטלת על ה נ ו ס ע ולא על הנהג, אם כי אין מניעה שהנהג יצא אחראי אם שיתף את עצמו במעשה הרשלני של פתיחת דלתה של מכונית בצדה הפונה לתנועה.

ע"א 203/67, ויטקובסקי נ. מוניש ואח' כא (2) פד"י 260.

שותפים לדבר עבירה - המבחן המתאים

1. אושרה הילכת נעמן נ. היוה"מ, כ(4) פד"י 187 (הלכות ופרסומים מס' 70, עמ' 5).
2. הרחבה מטוימת של אותה הלכה ניתן למצוא בכך שהפעם נפסק, כי אנשים שחברו יחד לשם "שחיבת"מכונית, נטלו אותה מרשות הבעלים ללא הסכמתו ונסעו בה יחדיו - ניתן לראותם כשותפים ג ם לעבירה שבוצעה אגב ה נ ס י ע ה במכונית.

ע"פ 264/67, מ' ישראל נ. אראמי ואח', כא (2) פד"י 565.

הערה: מן הראוי לראות בדברים האמורים הילכת אגב, הואיל ובמקרה דנן לא עמדה בכל חריפותה השאלה אם היו הללו שותפים, אם לאו.

גרסת נאשם שהופרכה כליל - סיוע

אושרה פעם נוספת ההלכה, כי גרסת נאשם שהופרכה כליל יש בה כדי לשמש סיוע נגדו.

ע"פ 264/67, מ' ישראל נ. אראמי ואח', כא(2) פד"י 565.

והשווה: R. v. Knight (1966) 1 W.L.R.230 שהובא בהלכות ופרסומים מס' 59, עמ' 3.

קטטה בין תובע ונתבע - חלוקת הנזק

בהבדל מן ההלכה האנגלית המודרנית, המתעלמת מהתנהגותו של תובע בהערכת הפיצוי על נזק גופני (בעוולת תקיפה!), עומדת בעינה בשטשטנו הוראת ס' 55ב (2)(א) לפקודת הנזיקין, המכירה בהתנהגותו של תובע (בכל סוגי העוולות) כטעם שיש בו כדי להפחית מדמי נזק הנפסקים לו.

ע"א 231/67, להריך נ. ונגלוביץ וערעור שכנגד, כא(2) פד"י 656.

פקיד מועצה דתית כחבר מועצה מקומית

יש "למנוע את התקלה, שמקידים מקבלי שכר יפעלו ויצביעו כחברי הגוף המשלם להם" גם אם אינם מקבלים את שכרם ישירות מאותו גוף אלא נושאים משרה בגוף אחר הנתמך ע"י הגוף הראשון.

ד"נ 11/67, שירוטה נ. לוי ואח', תקציר, כרך ב', עמ' 167.

זיהוי על פי צילום

זיהוי על פי צילום איננו דרך לגיטימית לזיהויו של נאשם.

ע"פ 356/67, מדינת ישראל נ. שרעבי, תקציר, כרך ב', עמ' 180.

ניהול משפט פלילי שלא ברציפות

ניהול משפט פלילי שלא ברציפות הוא הפרה גלויה וברורה של חוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965.

2/...

5

סופם הדוחה המסכו של דיון מחמת "דוחק השעה", אין בטעמו משום טעם סביר המצדיק את הדחיה, ואינו טעם בכלל. אפילו נקבעו משפטים ליום המחרת, יש לקבוע את המשך המשפט לשעות אחה"צ של יום המחרת.

ע"פ 356/67, מדינת ישראל נ. שרעבי, תקציר, כרך ב', עמ' 180.

<u>עינוי הדין - נסיבה מקילה</u>

כשמשעם נמשך תקופה של שנתיים, בעיקר עקב דחיות רבות שלא בכולן היה הנאשם אשם, וכשבינתיים שוחרר הנידון והוא מהלך חופשי, אין להעלות על הדעת שיישלח לבית הסוהר בשל עבירה שעבר שלוש שנים לפני הדיון בערעור.

ע"פ 356/67, מדינת ישראל נ. שרעבי, תקציר, כרך ב', עמ' 180.
והשווה: ע/3/67, התצ"ר נ. טור' בדיע בלון, וכן ע"פ 73/66, כ(2) 89 (הלכות ופרסומים מס' 61, עמוד 3).

<u>פסיקה אנגלית</u>

<u>קריאת עד מטעם ביהמ"ש לאחר תום פרשת ההגנה</u>

הכלל, שאין שופט רשאי לקרוא לעד לאחר תום פרשת ההגנה, אלא אם נפל דבר בלתי-צפוי, איננו כלל מוחלט, ובנסיבות מיוחדות ניתן לסטות הימנו.

R. v. Tregear (1967) 51 Cr. App. R. 280

R. v. Cleghorn (1967) 51 Cr. App. R. 291

<u>רענון זכרון של עד</u>

עד רשאי לרענן את זכרונו מרשימות שערך בשעת החקירה המוקדמת, או מייד בסמוך לה. רשימות שנערכו לאחר החקירה המוקדמת לא תיפסלנה בשל כן בלבד, אך עובדה זו עשויה להצביע על אי דיוקן.

R. v. Simmonds (1967) 51 Cr. App. R. 316

<u>קטר - תקופת התיישנות</u>

תקופ: ההתיישנות על עבירה של קטר נמנית מיום ה י ו ם הקטר (אם בביצוע העבירה ואם בהחרת הקטר) ולא מיום ההתקשרות הראשונה.

R. v. Simmonds (1967) 51 Cr. App. R. 316

<u>אחריות בנזיקין של עורכי דין</u>

בערעור בפני בית הלורדים אושרה הלכת Rondel v. W. (1966) 1 All. E. R. 467 (שהובאה בהלכות ופרסומים מס' 52) הפוטרת עורך דין מלהיתבע בנזיקין בניהול ענינו של הלקוח. בפסק דין מפורט הוסיף בית הלורדים ועמד על כך, שהטעם לחסינות זו מקורו בטעמים שבטובת הציבור ו ל א באי כשירותו החוזית של עוה"ד לתבוע בערכאות את שכר טרחתו.

Rondel v. Worsley (1967) 3 All. E. R. 993

<u>עבירת מוחלטת - אי ידיעה של עובדות</u>

באישום על מכירת משקאות משכרים לשאינם חברים במועדון מסויים (דבר העושה את המכירה למכירה בניגוד לתנאי הרשיון) אין זו הגנה, כי הנאשם לא ידע שהקונה א י נ נ ו חבר או כי חשב שהוא עורך עיסקה א ח ר ת מאשר מכירה.

French v. Hoggett (1967) 3 All. E. R. 1042

והשווה:

Wallwork v. Balmer (1965) 3 All. E. R. 721 (הלכות ופרסומים מס' 54).

מפקדת פרקליט צבאי ראשי
מדור הדרכה

הלכות ופרסומים

מספר 78

ידיעה משפטית

לאחרונה ניתן פסק-דין של בית משפט צבאי בשטח מוחזק בו קבע בית המשפט (דן-יחיד) כי איננו רואה צורך בכך שיובאו בפניו ראיות על כך שארגון השחרור הפלשתינאי הוא ארגון מן הסוג שתקנה 84(1) לתקנות ההגנה (שעת חרום), 1945 חלה עליה, כי נושא זה הוא ב י ד י ע ת ו ה מ ש פ ט י ת.

לענין זה הסתמך בית המשפט הצבאי על פסק דין אנגלי של ה-"קינגס בנץ" שתמציתו תובא להלן בהמשך: -

The King v. Superintendent of Vine St. Police Station; Ex Parte Liebmann (1916) 1 K.B. 268.

קיצור העובדות וההלכה:

אדם, שהיה לשעבר אזרח גרמני ישב באנגליה. אזרחותו בעת המלחמה כבר לא היתה גרמנית (כי השיג שחרור פורמלי מאזרחותו הגרמנית) אולם טרם קבל אזרחות בריטית. הוא נעצר כ-alien enemy ופנה לביה"מ בבקשת הביאס קורפוס.

ביה"מ קבע, כי מעצר alien enemy הוא במסגרת הפרוגטיבה של הכתר, ולביה"מ אין סמכות להתערב בכך.

כן נקבע, כי alien enemy המתגורר באנגליה, אשר הממשלה הורתה לעצרו כיוון שלדעתה מסכן הוא את שלום המדינה ובטחונה, ניתן לתארו כ-"שבוי מלחמה" (אף כי אינו חייל אויב ואינו מרגל), וביה"מ יסרב לבקשת הביאס קורפוס מצד אדם כזה.

האימרה בקשר ל-judicial notice נמצאת בפסק דינו של Bailhache,J., בעמ' 274, 275.

הרקע לאימרה: בא כוחו של העצור - העותר טען, כי לא יתכן להגדיר אזרח שלו, אשר במשך שנים עסק באנגליה במקצועו בכבוד, כ-prisoner of war, כינוי המתייחס בדרך כלל ללוחמי אויב שנשבו או לאזרחים שפעלו כמרגלים.

על כך השיב השופט: -

"I think, however, <u>that the Courts are entitled to take judicial notice of certain notorious facts</u> which may be summarized thus:

There are a large number of German subjects in this country. This war is not being carried on by naval and military forces only. Reports, rumours, intrigues play a large part. Methods of communication with the enemy have been entirely altered and largely used. ..... (כאן תאור כמה מאמצעי התקשורת החדישים דאז) ..... Spying has become the hall-mark of German "Kultur". In these circumstances, a German civilian in this country may be a danger in promoting unrest, suspicion, doubts of victory, in communicating intelligence ..... ופעולות הזמות..... a far greater danger, indeed, than a German soldier or sailor."

בהמשך פסק הדין עוסק השופט בסמכויות הממשלה בתפקידה להגן על הארץ ובהיקף הפררוגטיבה של הכתר, וכל זה אינו מענינו כרגע.

גם השופט Low, Y. חוזר בפסק דינו על תאור אמצעי הקשר המודרניים והנזק לצד לוחם, אשר יכולים לגרום אזרחים הרחק משדה הקרב ממש, תוך הדגשה שכיום היקף המלחמות הוא הרבה מעבר למקום בו מתנגשים ממש צבאות הצדדים הלוחמים. לפיכך לא ניתן לדרוש מהשלטונות, אשר תפקידם וחובתם להגן על המדינה, כי יתנו למעשה איבה גלויה או עד שתהיינה בידם הוכחות לכוונתו הזדונית של ה-alien enemy החי במדינה.

ולפיכך -

"In my opinion this Court is entitled to take judicial cognizance of these matters and, in a question so greatly involving the security of the realm, to say that where the Crown, in the exercise of its undoubted right and duty to guard the safety of all, represents to this Court that it has become necessary to restrain the liberty of an alien enemy within the kingdom, and treat him as a prisoner of war, he must be regarded for the purposes of a writ of habeas corpus as a prisoner of war."

עד כאן פסק הדין האנגלי.

בסכמו דעתו לענין זה, קובע בית המשפט בפסק דינו: -

"לדעתי, אין אנו זקוקים לאסמכתא כה מרחיקת לכת. כאן משתדלים השופטים לנתח מצב דברים קיים ולהסיק ממנו מסקנות, על מנת 'ליצור' לעצמם judicial notice, כי אדם בעל נתונים מסוימים, אשר נעצר על פי הוראת השלטונות (מעצר מנהלי כנראה), הוא prisoner of war, כאשר נגד אותו אדם לא הועלתה שום אשמה מוגדרת.

נראה לי, כי המקרה שלנו פשוט יותר, וכי בנסיבות שלנו ניתן לאמר, שלבי"מ צבאי יש בודאי "ידיעה משפטית" על כך ש"אל פחד" זה ארגון טרוריסטי, (לדעתי, אפשר לאמר זאת גם לגבי בי"מ אזרחי), ולא צריך לכך שום אסמכתא".

רשימת הספרים שנתקבלו בספריה

1.	Dr Schroeder	Das Angarienrecht 1965	B-344
2.	Stack	The War Damage Acts and the War Risks Insurance Act ,1939 part II, 1944	5262 5264
3.	Berman	Soviet Criminal Law and Procedure , 1966	I-140
	—	Publications Dealing with the Committee for the Neutrality of Medicine , 1968	B-346
4.	Furet	Expérimentation des Armes Nucléaires et Droit International Public, 1966	B-345
5.	—	Court Martial Instructions Guide 1967 - U.S. Air Force	K_8-478
6.	—	Code de Procédure Pénale (Petits Codes Dalloz) , 1967/8	K_{11}-480
7.	Bohannan	Law and Warfare , 1967	A-114
8.	Mann	The Legal Aspect of Money 2nd ed 1963	R-25
9.	Lauterpacht	Oppenheim's International Law - Vol 2 , Disputes, War and Neutrality 7th ed , 1965 .	B-347
10.	Colombos	International Law of the Sea , 6th ed , 1967	B-348

חוק צבאי ומשמעת צבאית

סידרת פירסומים על צבאות זרים

הבטחת השליטה על שבויי המלחמה

בהוצאת
מפקדת
פצ"ר
תשכ"ח-1968

חוק צבאי ומשמעת צבאית
סידרת פירסומים על צבאות זרים

הבטחת השליטה על שבויי מלחמה

מאת
קפטן אלטון ה. הרווי
השרות המשפטי של צבא ארה"ב

תורגם ע"י רס"ן מ. יפה

בהוצאת
מפקדת
פצ"ר
תשכ"ח-1968

הבטחת השליטה על שבויי מלחמה

מאת: קפטן אלטון ה. הרווי,
השרות המשפטי של צבא ארה"ב

מתוך: כתב העת למשפט צבאי ולמשפט המלחמה
בהוצאת החברה הבינלאומית למשפט צבאי
ולמשפט המלחמה בבריסל
כרך 1 - 1963, עמ' 148 - 127 (+).

א. <u>החשיבות של אמצעים משפטיים לשליטה</u>:

ב-1 באוקטובר 1952 נהרגו 52 שבויי מלחמה ו- 111 נפצעו; ב- 14.12.52, באי פונגם, נהרגו 84 שבויים ו- 118 נפצעו; ב- 7.3.53 נהרגו 23 שבויים ו- 42 נפצעו (1). אלה הן רק דוגמאות של מאורעות סרגיים שארעו במחנות השבויים בקוריאה, כאשר אמצעים קיצוניים של שימוש בכוח היו דרושים לדכוי התפרעויות השבויים. מקרי מוות אלה היו תוצאה טבעית והגיונית של המאבק המתחולל בין השבויים ושוביהם לשלטון במחנות השבויים. ערכו של מאבק זה כאמצעי תעמולה אינו זקוק להדגשת יתר. בנוסף לתוצאות האומללות שנזכרו לעיל, הרי חוסר ההשתלטות על השבויים מצד המדינה העוצרת גורמת גם להפעלת יחידות לוחמות

(+) הדעות המובעות להלן הן של המחבר ולאו דוקא של מיניסטריון הצבא או כל מחלקה אחרת של ממשלת ארצות-הברית. איסוף החומר הכלול במאמר זה נעשה ע"י המחבר בהיותו תלמיד בבית הספר של השרות המשפטי של צבא ארצות-הברית, בשרלוטסוויל, וירג'יניה.

מאומנות נגד אנשים הנחשבים כמי שלגביהם נגמרה המלחמה.

במצב כזה, לפני עשר שנים, נאלץ המפקד להתייצב מול הרבה בעיות שמעולם לא נצבו בפני מעצמה עוצרת. במקום שהמפקד יעסק קודם כל במשק בית ובעיות בסחון שוליות, הוא ניצב מול המון מגובש של שבויים שאינם מקבלים מרות, המגיבים באופן אלים, בניגוד לכל נסיון בעבר. השבוי אינו יותר איש שלגביו נסתיימה המלחמה. הוא אינו מהוה יותר גורם חסר העצמאות שצריך לדאוג לו. הפילוסופיה מלפני 200 שנה בדבר ההתפתחות של כללים משפטיים בנוגע להגנת שבויי מלחמה העמדה לפתע בפני אתגר.

יש לשים לב לעבודה שבזמן מלחמת קוריאה, טרם אושרה האמנה משנת 1949 ע"י ארצות הברית, על-ידי קוריאה הצפונית או ע"י סין הקומוניסטית. למרות עובדה זו הצהירו כל הצדדים הנוגעים בדבר על כונתם לנהוג בהתאם לעקרונות האמנה הנ"ל. בתחום המעשי הטהור הרי אמצעי שליטה המתקבלים על הדעת מבחינה משפטית, הנם נחוצים ביחוד בעולם של ימינו, שבו אין מלחמת התעמולה נפסקת עולמית. לאור ההתקפות הקודמות בתחום זה ניתן לשער את התגובה הנובעת מכשלון של אי ציות לכללים אשר נקבעו ע"י המנהג והאמנה (2).

מחוץ לשיקולים לאומיים ובינלאומיים יש למפקד המסויים של מחנה השבויים, אינטרס חיוני בחוקיות אמצעי השליטה שמשתמשים בהם.

"כל מחנה של שבויי מלחמה יועמד למרותו הישירה של קצין אחראי הנמנה על הכוחות המזוינים הסדירים של המעצמה העוצרת. קצין זה יחזיק אצלו העתק של אמנה זו ... ויהיה אחראי, בהדרכת ממשלתו, להפעלתה של האמנה".

כך קובעים שני המשפטים הראשונים של סעיף 39 של אמנת ג'נבה בדבר הטפול בשבויי מלחמה משנת 1949. סעיף זה קובע את האחריות של הבטחת התנהגות עקבית לפי האמנה, לגבי אחריות זו התכונו עורכי האמנה שתהיה מחלטת ובלתי נתונה להשתמטות.

פיקט המתיחס לסעיף הנ"ל, ממשיך לתאר נקודה זו וקובע: לפי סעיף זה אחראי מפקד המחנה באופן אישי ליישום האמנה הן במחנה הראשי והן במחנה העזר. הוא נחשב כאחראי עבור כל הפרה שאפשר ליחס אותה לאחר מפיקודיו.

אחריותו האישית משולבת בהדרכת ממשלתו. כל חסכון של פיקוח מתאים מצד הממשלה בודאי לא ישחרר את מפקד המחנה מהתחייבויותיו, אבל האם יכול מפקד המחנה להשתמט מאחריותו אם ממשלתו נתנה לו הוראות המנוגדות לסעיפי האמנה? לדעתנו התשובה צריכה להיות שלילית. מפקד המחנה אחראי לא רק כלפי ממשלתו, אשר קבלה על עצמה לכבד ולהבטיח את כיבוד האמנה, אלא גם כלפי כל המדינות שהן צד לאמנה. אם נבדק את התחייבות מפקד המחנה, כפי שהוצגה לעיל, בהקשר לחובתו לשמור על סדר ומשמעת בתוך המחנה, ניוכח שהוא אישית ניצב מול הצורך למלא את חובתו זו באמצעים חוקיים. כשלונו לעשות זאת עלול להטיל עליו אשמה פלילית. לפיכך הדבר הוא לגביו בעל

חשיבות עליונה ויש לצייד את מפקד המחנה במכשירים חוקיים של הטלת מרות, שבעזרתם הוא יכול למלא את חובתו בלי שתוטל עליו כל אחריות אישית.

חקירה על הבעיות המשפטיות של חיי שבויי המלחמה הנוגעות לסדר, שליטה ומשמעת, עשויות להקיף כל גוון של חיי בית-סוהר והוא מחוץ למסגרת של מאמר זה.

המחקר דלהלן אינו איפוא ממצה כלל, אלא מוגבל לבחינת אמצעים אחדים של הטלת מרות הישימים לשמוש במקרה של מלחמות בעתיד.

ב. ארבע שיטות של הטלת מרות המורשות ע"י אמנת ג'נבה משנת 1949

1. הפרה לפי דעות פוליטות :

סעיף 22 של האמנה מציג את התקנים למעצמה וקובע בחלקו : "המעצמה העוצרת תכנים שבויי מלחמה במחנות או במגרשי מחנות, לפי אזרחותם, שפתם ומינהגיהם, בתנאי ששבויים אלה, לא יופרדו, שלא בהסכמתם, משבויי מלחמה הנמנים על הכוחות המזוינים שבהם שרתו בשעה שנלקחו בשבי" (3).

הדרישות של תנאי כזה הן מובנות מאליהן לאור המלחמות של המאה הנוכחית אשר הביאה בכפיפה אחת חיילים של עמים רבים ושונים, הנבדלים זה מזה במידה רבה.

העובדה של לחמה שכם אל שכם בשדה הקרב אינה כשלעצמה מספקת להרחיק את הקשיים הנובעים ממעצר במקום אחד כאשר מתחשבים במנהגים, במסורות, ברקע ובשפות השונים זה מזה (4).

הקשיים בתנאים כאלה מסתברים מעצמם, באופן שמניעת עצירתם של סוגים שונים אלה תואמת את עקרונות האמנה שנועדו לטובתם ולרווחתם של השבויים.

כפי שנראה, דבר זה כפוף לתנאי שההפרדה לא תוטל באופן ששבויים יובדלו משבויים אחרים של אותם הכוחות המזוינים, אלא בהסכמתם. התנאי האחרון הוכנס באופן מיוחד כדי למנוע קיבוץ של שבויים לפי קטגוריות למטרות פוליטיות גרידא, נוהג שהופעל לפעמים במלחמת העולם השניה.

העובדה שמנסחי האמנה התחשבו בבעיה זו משתקפת כדלהלן :

"הועדה חשבה למתאים לאמץ לעצמה מינוח שימנע את הקשיים של הנוסח משנת 1929 אשר שאף למנוע עצירתם ביחד של שבויים בני גזעים ואומות שונות (5). משלחת אחת היתה בדעה שהשבויים בני אומות שונות, דוברי שפות שונות ובעלי מנהגים שונים השייכים לכוחות המזוינים של אותה מדינה לא יופרדו זה מזה, בהקשר לכך מעניין לציין שנציגי רוסיה הסובייטית לחצו על השמטת המשפט "שלא בהסכמתם" ועל ידי כך הפכו את עצירת חברי הכוחות המזוינים של אותה מדינה בצוותא חדא, להכרחית בלי להרשות יוצא מהכלל.

ההשלמה של איסורים אלה ע"י פשרה דורשת הפרדה לפי "אזרחות, שפה ומנהגים" רק בין חברי הכוחות המזוינים של אותה מדינה. לעומת זה, הפרדה כלליה לפי "אזרחות שפה ומנהגים" המתבטאת בעצירתם של שבויים מכוחות מזוינים שונים שאינם שייכים לאותה מדינה, היא אסורה, אלא אם הדבר נעשה בהסכמת השבויים העצורים ביחד.

יכולים לומר כי סעיף זה ניתן לפירוש ולייישום כפשוטו. דבר זה נכון במבט ראשון, אמנם תגובה כזאת היא פזיזה, כאשר סוקרים את מכלול התנאים של שבויי מלחמה.

במשך מלחמת קוריאה הופרדו שבויי מלחמה על הבסיס המסרותי, זה גרר רק את ההפרדה בין קצינים וחיילים, וצפון קוריאנים מסינים, קומוניסטים, אנטי-קומוניסטים ו"נויטרליים", אלה שאין להם נטיות פוליטיות מוגדרות למפרע, נעצרו ביחד, דבר שיצר אנטגוניזם ומתיחות פנימית.

המאבק בין השבויים לבין עצמם להגמוניה מעלה בעיות משלו לגבי השליטה על שבויים.

מפקד המחנה ניצב מיד מול חובתו להשליט סדר ולמנוע מתיחות פנימית. תחום של בעיות נוצר בזה: האם הפרדה המבוססת על אמונה אידיאולוגית ופוליטית מהווה הפרה של האמנה ? סעיף 22 דורש שהשבויים יקובצו לפי "אזרחות, שפה ומנהגים" בתחום השתייכותם לכוחות מזוינים של מדינה אחת. לא אוזכרו שיקולים פוליטיים או אידיאולוגיים, לפיכך אין כנראה איסור על הפרדה נוספת לפי אמונה אידיאולוגית, אם ההקבצה האמורה לעיל נשמרה. כל השבויים יכונסו עדיין לפי "אזרחות, שפה ומנהגים" ויהיו עצורים רק עם חבריהם לכוחות המזוינים. כך לא יופר סעיף 22 הנ"ל. אמנם אפשר להגיע למסקנה הפוכה, ביחוד לאור חוסר הבהירות של סעיף זה. תוצאה זו יכולה להיות מושגת ע"י פירוש התנאים הקובעים את הקבצה כבלעדיים. לפיכך יכולים לכנס שבויי מלחמה רק לפי שלש הקטגוריות המנויות בסעיף. אלה התומכים בהשקפה זו יחשבו הקבצה לפי אמונה אידיאולוגית בהקבצה אסורה, אפילו הקריטוריון המקורי של ההקבצה נשמר והתמלא.

בסיכום נראה שהפירוש הנכון של סעיף 22 מרשה הפרדה לפי אמונה פוליטית בתנאי שהפרדה זו מוגבלת למבצע פנימי בתחום הקבוצות המסווגות לפי אזרחות, שפה ומנהגים, וכולם שייכים לאותם הכוחות המזוינים.

קיים צורך נוסף להפרדה מלבד האינטרסים של מפקד מחנה השבויים, ואלה הם האינטרסים של השבויים עצמם;

הגנה על אינטרסים, הן פיזיים והן מוסריים, של שבוי, היא מטרה עיקרית של האמנה (6). אם האינטרסים שלו תובעים הפרדה לפי אידיאולוגיה הרי החובה להגן עליו היא בעלת דין קדימה וצריכה להיות עליונה על כל סעיף המנוגד לכך.

לסרב להכיר בדבר זה פירושו להתעלם מאחד העקרונות היסודיים של האמנה. כל סעיפי האמנה צריכים להתפרש בהתאם לאופי של האמנה בשלמותה ותמיד לטובת האינטרסים של השבוי. הפרדה כזו אם היא נחוצה להגנת זכויות השבוי היא לא רק צודקת ולא בניגוד לאמנה, אלא, ההיפך מכך, היא חיונית ותואמת את רוח האמנה.

דבר זה משתף בפירוש של האמנה.

"מצד שני יכולים לפרוץ ויכוחים אידיאולוגיים בין שבויים בני אותה לאומיות, בלי שדבר זה יהיה תוצאה מפעולת תעמולתית של המדינה העוצרת.

אם יהיה ברור שהפרדת הקבוצות היריבות של השבויים היא לטובתם, אין ספק שמפקד המחנה יוכל לנקוט בצעדים הדרושים כדי להשליט סדר ולמנוע כל ויכוחים או סיכסוכים בין השבויים, אשר יכולים להרחיק לכת עד כדי סיכון חייהם (7).

מסתבר שהפרדה לפי אידיאולוגיה היא שיטה בדוקה להגנה ולכן גם אמצעי להטלת מרות על הקבוצות היריבות העלולות לפגוע זה בזה.

מתי ניתן להטיל הקבצה כזו ? האם צריך מפקד המחנה לחכות להתפרצות מעשי איבה בפועל לפני ההפרדה ? מתקבל על הדעת שכוח ההחלטה לגבי הצורך בהפרדה מסור בידי מפקד המחנה כפועל יוצא מאחריותו. החלטתו צריכה להתבסס על המצב הנתון ועל נסיון העבר, בלי להעדיף שקול זה או אחר.

הזקיפים אינם יכולים לעמוד מן הצד בציפיה עד שהפרת השלום והבטחון תתפרץ במחנה, לעשות כן לא היה תואם את האחריות המוטלת ע"י כוח האמנה. יתר על כן, על מפקד המחנה מוטלת חובה ברורה להפעיל הפרדה בכל עת שהוא סבור שזה אמצעי נחוץ למניעת מריבות בעתיד (8). ההחלטה יכולה גם להתבסס על ידיעה מראש של ניגוד בין אידיאולוגיות ולכן תהיה גם מוצדקת הפרדה על רקע אידיאולוגי מלכתחילה בתור אמצעי מונע לסובת האינטרסים של השבויים(9).

הביצוע של כל תכנית להפרדה צריכה להתחיל במיון אידיאולוגי. זה צריך להיות מושג ע"י הליכי מודיעין רגילים (10). האפשרות של טעויות במיון היא צפויה במשימה מעין זו, אמנם זה צריך להיות באחוז כל כך נמוך עד שלא יהווה כל בעיה מבחינת השליטה (11). הפרדה זו של סיעות פוליטיות מתנגדות נתגלתה כאמצעי בר ערך להטלת מרות ומשמעת על השבויים במחנות בקוריאה. הפירוש הנכון של סעיף 22 מחייב הפרדה זו.

2. <u>השמוש בכח</u> :

השמוש בכח ובאלימות כאמצעי להטלת מרות ושליטה על שבויי מלחמה הוא קרוב לודאי האמצעי העתיק ביותר, קרוב לודאי שהוא קודם לתאריך של כל אמנה בינלאומית במשך מאות שנים רבות. אמנם אמצעי זה צריך להשתמש בו רק בתחומים מוגדרים, כפי שקולונל וינסרופ ציין "מצב מלחמה אינו מצדיק שמוש בכח נגד שבוי מלחמה בתור שכזה, שבוי מלחמה אינו נתון לשום אחריות ענשית רק בגלל העובדה שהוא שבוי מלחמה. אם מפקד ירצה לשחרר את צבאו מהנוסחות והטפול בשבויי מלחמה ע"י הוצאתם להורג יהיה דבר זה מעשה ברברי אשר יוקע ע"י אומות התרבות". אין זאת אומרת ששמוש בכח או הוצאה להורג לא יוטלו לעולם על שבוי, אבל דבר זה אינו יכול לקרות כך כתוצאה ממעמדו כשבוי.

הסיבה לשבי היתה תוצאה של שמוש בכח והיא נמשכת והולכת כגורם הכרחי ביחסים בין השובה והשבוי. מוכר היטב במשפט הבינלאומי המנהגי שהשמוש בכוח מותר לשם שמירת המרות של שלטונות המחנה. כך מבוטא באופן קטיגורי כי "השביה מבוססת על כח ואף על פי שלא יכול להיות ספק בדבר מכיר המשפט הבינלאומי המנהגי שהמדינה העוצרת רשאית להשתמש בכוח כדי לשמור על השבויים בשבי. דוגמא נוספת להכרה בזכות הטבעית הזאת היה ההסכם האמריקני-גרמני משנת 1918. הוא קובע בפירוש: "הזכות שמורה לשלטונות של המדינה העוצרת לנקוט באמצעים הנחוצים כדי לדכא מהומות או התפרעויות או אי קבלת מרות ע"י קבוצה או מרד מצד שבויי מלחמה, אמצעים אלה יהיו תמיד בגבולות אנושיים.

הצידוק לשימוש בכח במקרים מסויימים הוכר גם כן במשפטי פושעי המלחמה לאחר מלחמת העולם השניה. במשפטם של ווייס ומונדו בפני בית דין צבאי של הממשל הצבאי של ארה"ב בגרמניה בשנת 1945 הנאשמים הואשמו בהוצאה להורג של טיים שבוי של מדינות הברית.

המקרה אירע בזמן התקפת אויר לאחר שהמון התאסף ושאג כאילו הוא עומד לבצע מעשה אלימות, במצב זה שם השבוי את ידו בכיסו, כאשר נורתה היריה הגורלית. הנאשמים טענו שהם ירו את היריות הפטליות מתוך אמונה שהשבוי משתדל לשלוף נשק ובית הדין החליט כי מעשה זה היה מוצדק. הנאשמים זוכו. משפט זה לא רק מכיר בשמוש החוקי בכוח אלא גם מאשר את העיקרון של הגנה עצמית במשפט המלחמה. בית הדין החליט שההחלטה אם השמוש בכוח היתה מוצדקת מוחנית בתנאים שבהם קרה המקרה.

בדיון מאוחר על המשפט הנ"ל לאחר שצויין שמעמדם של הנאשמים בתור זקיפים הטיל עליהם את החובה של טפול נאות במקרה נקבע כדלקמן : "מאידך, בתור זקיפים היתה להם הסמכות להשתמש בכוח, אבל רק בכוח שהיה דרוש באותם התנאים כדי להבטיח את שמירתו של השבוי במעצר או כדי להגן על עצמם מפני התקפה מצד השבוי שלהם ... " לאור הנ"ל מופיעים הכללים הכלולים בסעיפים 2 ו-3 של אמנת ג'נבה 1929, ככפופים לעיקרון שתוך תשומת לב נאמנה להוראות אלה ע"י המדינה העוצרת, רשאים הזקיפים להשתמש בכוח הדרוש באופן הגיוני כדי להבטיח את מעצרם של שבויי מלחמה או כדי להגן על עצמם מפני התקפה מצד השבויים (12).

בעת ובעונה אחת הוחלט בהרבה משפטים מהסוג הנ"ל שאלימות בלתי חוקית ובלתי מוצדקת הופעלה נגד שבויי מלחמה. הוצאה להורג ביריה של שבויים, העמדת השבויים לבוז צבורי, עלבונות ואלימות ע"י כפיית מצעד שבויים בעיר האויב, הלקאות, עינויים והריגות, כל אלה הסתיימו בחיובים בדין על הפרת משפט המלחמה ע"י שמוש בלתי חוקי בכוח.

סעיף 8 של אמנת כללי האג קובע בחלקו "כל מעשה של מרי מצדיק את השמוש של אמצעים חמורים נגדם עד כמה שאמצעים אלה דרושים".

זה שונה במידה ניכרת ע"י אמנת ג'נבה בשנת 1949, אבל בכל אופן משתקפת ההכרה בסמכות להשתמש בכוח כאשר זה נחוץ ומתאים. לפי אמנת ג'נבה הנוכחית "השימוש בנשק נגד שבויי מלחמה, בפרט נגד אלה הבורחים או המנסים לברוח, הוא בבחינת אמצעי קיצוני שאין להשתמש בו בלא אזהרה קודמת, שתהא מתאימה לנסיבות" (13).

אם כי סעיף זה מכיר בשמוש בכוח בעל אופי קטלני הרי הוא מגביל שמוש זה רק לאותם המקרים אשר בהם הדבר נחוץ בהחלט; הגבלה כזו מוטלת גם על נסיון להמלט, מרד, התקוממות או כל הפגנה אחרת (14). אין כל קושי כאשר המדובר בבריחה. היסודות הדרושים לשמוש בנשק הם נסיון לבריחה בפועל, התראה מתאימה, ע"י פעמונים, אזהרה בע"פ, או בדרך אחרת. "קו מוות" בלבד שמעבר לו אסור לשבוי להמצא איננו מספיק, צריך לתת אזהרה מוחשית. מסתבר איפוא, ששמוש בנשק קטלני מותר לגבי נסיון בריחה אחרי שהשבוי הוזהר כהלכה ולא שם לב לאזהרה זו ואין אמצעים אחרים אשר יפסיקו את הבריחה (15).

בדונו בבעיה של מרד או התקוממות אומר פיקט :

"במקרה של מרד יכולות להיות אפשרויות אחרות בנוגע לכלי הנשק שישתמשו בהם. לפני התחלת השמוש בנשק מלחמתי יכולים השומרים להשתמש בנשק אחר שאיננו גורם תוצאות קטלניות, ויכול אפילו להיחשב כאזהרה, כגון גז מדמיע, אלות וכיו"ב. אמצעים אלה יכולים להיות לא מספיקים ולכן מהרגע שהשוטרים והזקיפים עומדים להיות מובסים או שהם חייבים לפעול תוך הגנה עצמית חוקית, הם רשאים לפתוח באש (16). השמוש בכח כאמצעי שליטה נעשה במקרים רבים במלחמת קוריאה באחוז יותר גבוה של הצלחה מאשר כל טכניקה אחרת שהשתמשו בה (17).

הוראות למפקדי המחנות קבעו שהם יקיימו בכל עת מרות מחלטת על השבויים במשמרתם וישתמשו בכוח הדרוש להטלת מרות כזאת. במקרים רבים עמד מפקד מחנה לא רק מול התחצפות אלא גם נגד שבויים חמושים בכל מיני טפוסים של כלי נשק מאולתרים. האם יכול מישהו לטעון שבמצב כזה השמוש בכוח, כולל נשק אש, הוא אסור ? השמוש בכוח מוגבל ע"י הצורך בלי להגדירו בבהירות ובלי לקבוע לו מסגרת ברורה. מפקד מחנה אינו רשאי בדרך כלל להשתמש בכוח ברגע הראשון, אמנם אין הוא נדרש לדחות את השמוש בכוח עד לרגע מסויים כאשר זקיפיו עומדים להיות מובסים. זאת היא החלטה שצריכה להיעשות בכל מצב ולהתבסס על יסוד סביר של צורך בנסיבות המקרה.

מענין לציין שכמות הכוח שהשתמשו בו בקוהה-דו ובמחנות אחרים הובא בפני האו"ם ע"י אחד מחבריו בצורת הצעת החלטה המגנה את ארה"ב על הברוטליות והשמוש הבלתי מוצדק בכוח. הכשלון של הצעת ההחלטה ברוב של ארבעים וחמש נגד חמשה ועשרה נמנעים מהווה אישור של המדיניות של שמוש קיצוני

בכח כולל נשק קטלני כאשר הדבר נחוץ באופן סביר לשמירת השליטה. ההצבעה עוררה הד בינלאומי, למרות שההצבעה לא יצרה משפט היא שיקפה את דעת הקהל הבינלאומי אותה שעה על דרגת הכוח שמותר להשתמש בו. קיים עוד גורם אחד אשר חייב להביע את דעתו על דרגת הכוח שהשתמשו בו והוא המעצמה המגינה. האמנה לטפול בשבויי מלחמה דורשת מהמעצמה המגינה לחקור בכל מקרי מוות של שבויים כתוצאה ממעשי אלימות (18). יהיה זה צעד נבון להזמין את המעצמה המגינה להיות נוכחת, כאשר הזמן מרשה זאת, בכל מקרה שהכרח להשתמש בכוח כדי לדכא התפרעויות גדולות של שבויי מלחמה או כדי להכריח ציות לפקודות חוקיות של מפקד מחנה השבויים. אם אין מעצמה מגינה יכולים לאמץ את התהליך הזה לגבי ארגון הממלא מקצתן של חובות המעצמה המגינה.

בסיכום: לא קיימת כל בעיה לגבי זכותה של המדינה העוצרת לקיים שליטה ולמנוע בריחה ע"י שמוש חוקי בכוח. הכוח שהשתמשו בו צריך להיות הולם את הצורך ואת הנסיבות המיוחדות. השמוש בנשק קטלני צריך להשמר לאותם המקרים כאשר הנסיבות אינן מרשות שמוש באמצעים אחרים או כאשר השמוש באמצעים אחרים לא הביאו תוצאות רצויות. זאת היא הדוקטרינה הקיימת של "מינימום הכוח הדרוש" שאומצה ע"י צבא ארה"ב (19), והיא חוקית לפי משפט המלחמה המנהגי והמקובל.

3. <u>"מזון" כאמצעי של פקוח</u>

מזון הוא צורך חיוני לחיי אדם, הוא נשק רב עצמה. מניעת מזון יכולה להשיג מה שכוח, אלימות והטלת כוחות גדולים של צבא אינם יכולים להשיג. כאשר מפקד המחנה הנתקל בשבויים עקשנים שאינם מקבלים מרות, יורשה להשתמש בטכניקה זו, הוא

ימצא אותה כאמצעי היעיל ביותר להבטחת שליטה. האם רשאי המפקד להשתמש בשלילת מזון ומים (שהם באופן הגיוני דומים) כאמצעי חוקי להבטחת שליטה על שבויים ?

סעיף 26 מהאמנה קובע :

מנות המזון היומיומיות יהיו מספיקות, מבחינת כמותן, איכותן ורבגוניותן לשמירת קו בריאותם הטוב של שבויי מלחמה ולמניעת הפסד משקל או התפתחותם של מיחושי תזונה רעה. כן יש להתחשב בתזונה בה רגילים השבויים.

מי שתיה במידה מספקת יסופקו לשבויי מלחמה. מותר להם להשתמש בטבק. ענשי משמעת (ההדגשה של המחבר), קבוציים הפוגעים במזון יהיו אסורים. נוסף לכך נקבע להלן בסעיף 89, הסעיף מתיחס לענשי משמעת שניתן להטילם על שבויים שבשום מקרה לא יהיו ענשי המשמעת בלתי אנושיים, אכזריים או מסכנים את בריאותם של שבויי המלחמה. סיכום שטחי של הציטטות דלעיל עלול לגרום לתשובה שלילית על השאלה שהוצגה. אם ציטטות אלה היו עומדות לבד ומתפרשות בניפרד משקולים אחרים, הרי התשובה השלילית היתה בלי ספק נחשבת כמסקנה אינטואיטיבית מתקבלת על הדעת, אמנם סעיף זה של האמנה אינו נמצא במסגרת אידיאליסתית כל כך. זה רק קטע אחד של מסמך המכוון להבטחת טפול אנושי בשבויים. יהיה זה מביר שניתוח נכון של הטקסטים השונים כשאנו צורכים את העקרון דלעיל יצדיק את דחיית המסקנה השטחית של תשובה שלילית לשאלה.

פיקט, כאשר הוא מביא את החלק המצוטט לעיל בסעיף 26 מעיר: "הנאי זה נכלל בסעיף 2 פסקה 4 של האמנה מ- 1929. הוא מאד חשוב ויש לקרוא אותו בהקשר עם הסעיפים הנוגעים לענשים

משמעתיים (ההדגשה היא מוספת) אשר להם הוא רק אחד האספקטים. שום ענש לא יוסל אשר ישלול משבויי מלחמה את המינימום הדרוש לבריאותם הטובה, ופירוש זה מתאשר ע"י המשפט האחרון בסעיף 89 האוסר ענשים המסכנים את בריאותם של שבויי מלחמה.

לאיזה אמצעים משמעתיים מתיחס משפט זה ? כדי לעשות מחקר אנליטי יותר מעמיק נסתייע בהגדרת המלים הנוגעות בדבר :

משמעתי - מה שנוגע למשמעת או לנתונים למשמעת. מכוון או משמש מסרות של תיקון, הטלת מרות, חינוך וכיו"ב.

להטיל משמעת - 4. לענש, פעולת איש בעל שררה, גמול על עבירה, במיוחד כלפי נמוך בדרגה, לכפות תלמידים למשמעת.

5. מרות המושגת ע"י כפית ציות או סדר, כמו בבית ספר או בצבא.

מסתבר שהמונח "להטיל משמעת" פירושו: ענש על מעשה הקודם להטלת המשמעת או שמירת הסדר והבטחת המרות.

שני הפירושים "מובחנים" ו- "נבדלים", בראשון קיים גוון של הטלת כאב, סבל או אבדן כתוצאה מהתנהגות רעה או הפרת החוק. באחרון המונח מתייחס להשלטת סדר, שמוש כאמצעי ולא כעונשי, אבל באופן של הטלת מרות וסמכות. יש בזה יותר מובן של שיטה פרוצדורלית המכוונת להשלמת חובה מיוחדת.

בנקודה זו נביא שיקול דעת של שני מצבים משוערים שיהיו לנו לעזר; שניהם דוגמאות הבחנה בין הפירושים הניתנים למונח "אמצעים משמעתיים" בתוספת ניתוח של הבעיה. במצב הראשון, להלן מצב א', מפקד מחנה שבויים ניצב מול שבויים עוינים

ומתמרדים. הם כלואים במחנה המכיל אלפים אחדים של אנשים. שבויים אלה השתלטו למעשה על המחנה, מסרבים לתת כניסה לשלטונות המחנה ואוספים במהירות מצבור נשק מתוצרת בית. שום סכנה לשבויים אחרים מחוץ למחנה מיוחד זה אינה צפויה. עקב ההיקף של המחנה נוכח המפקד שאחד הצעדים הנחוצים כדי להשתלט עליו מחדש הוא פיצול ההמון של השבויים ליחידות יותר קטנות הניתנות לשליטה. מחנות יותר קטנים מוכנים, אבל כמובן שהשבויים מסרבים לעבור אליהם וטוענים שכל נסיון להפריד ביניהם יתקל בהתנגדות אלימה. למפקד יש מספיק חיילים כדי להתגבר על השבויים ולהכריח אותם לעבור בכוח, אבל אותה שעה הוא משוכנע שהשמוש בחיילים יביא להרבה שפיכות דמים הן ע"י השובים והן ע"י השבויים, וזאת הוא מעונין למנוע אם הדבר אפשרי. כל האמצעים האחרים העומדים לרשותו כדי להביא לפתרון של שלום כבר נוצלו. מפקד המחנה מסרב אז למסור מזון ומים למחנה המתמרד ובמקום זאת הוא שם את המזון והמים באיזורים שאליהם הוא רוצה להעביר את השבויים. מודיעים לשבויים שהמזון והמים הוכנו במחנות החדשים וניתן להשיגו פשוט ע"י יציאתם לשם. במשך ימים אחדים מושלמת ההעברה בלי שפיכות דמים ובלי פגיעה פיזית לשבויים.

מצב ב': השבויים מציקים לזקיפים ע"י זריקת אבנים, חוזרים ומזהירים אותם שאם לא יפסיקו את התנהגותם יוטל עליהם עונש. לאחר מכן נפגע זקיף ע"י אבן גדולה. בתור תגובה להתנהגות רעה זאת הוטל עונש על כל השבויים של המחנה העברין ע"י מתן מנות מזון מופחתות עד החצי למשך 10 ימים.

מצב א' מהוה דוגמה של שמוש במזון ומים כשיטה של הבטחת שליטה ולא כעונש בשביל התנהגות קודמת. מטרתה היחידה היתה מלוי

דרישה חוקית שאפשר היה להשיגה באופן חוקי ע"י שמוש בנשק. מניעת המזון והמים היו מכשיר כדי להבטיח את שמירת הסדר והסמכות. למעשה לא היתה שלילה של מזון ומים היות וניתן היה להשיגם. המחסור במצרכים יסודיים אלה נגרם במישרין ע"י התנהגות השבויים עצמם ואפשר היה למלא את המחסור בכל עת רק ע"י ציות לצו החוקי.

במצב ב' נראה ברור ששלילת המזון היתה צורה טהורה של עונש ושום התנהגות מצד השבויים לא היתה יכולה להחזיר להם את המצרכים שנמנעו מהם.

שלילת המזון הוטלה כעונש על מעשה שנעשה ולא כדי למנוע אי ציות בעתיד. זו היתה התנהגות בלתי מוצדקת מצד שלטונות המחנה והוותה הפרה ברורה של האמנה.

בחינת האמנה מגלה שענינים משמעתיים טהורים, כגון הצדעה, פקודות, תקנות וכיו"ב נמצאים בפרק נבדל מזה של הענשים המשמעתיים (20).

הפרק האחרון נועד לטפל בענינים בעלי אופי פלילי ומטפל בענשים בעלי אופי משפטי או קווזי-משפטי. כפי שמקובל בסעיפים אלה המונח "ענשים משמעתיים" מתייחס להליכים לא משפטיים על האשמות בעבירות קלות. באופן כזה הענשים המשמעתיים הם לגמרי שונים מהענינים של משמעת טהורה. האם האיסור של סעיף 26 מתיחס לשני ההליכים של משמעת ושל ענשים משמעתיים ? המסקנה המתבקשת מהסתמכותו של פיקט על סעיף 89 ועל ההקשר בין הנוסחאות, מביא לדעה שלילית, אבל זה מהוה איסור של שלילת מזון משבויים למטרות ענשיות. ההבדל בין ענינים הכרוכים במשמעת במובן "סדר" ומשמעת במובן "עונש"

תואר לעיל. אין להעלות על הדעת שהאמנה עם העקרון השליט בה של יחס אנושי ושמירת רווחתו הפיזית של השבוי, תובעת את השמוש בכוח במצב המשוער א' במקום השיטה הבלתי פוגעת ובלתי מכאיבה שהשתמשו בה.

בניגוד למסקנה הנ"ל היא ההוקעה של כוחות האו"ם בקוריאה ע"י נציג של הועדה הבינלאומית של הצלב האדום.

במאמץ להשיג את העברתם של שבויים למחנות שבויים אחרי סרובים לקבל מרות מנעו השלטונות העוצרים מזון ומים, אמנם ניתן היה להשיגם במחנות שלשם צריכים היו השבויים לעבור. נציג הצלב האדום טען בתוקף שזו הפרה של סעיף 26 וגינה מעשה זה "עונש משמעתי קבוצי הנוגע למזון". וזה למרות שהמצרכים היו ניתנים להשגה (21). יש ליחס חשיבות להשקפה זו מפני שהיא הובעה ע"י נציג של הצלב האדום הבינלאומי, אמנם זו רק השקפה שלא נועדה לקבוע חוק או קודטרינה.

ניסענת הסענה שהמושג "אמצעים משמעתיים" הנכלל באיסור מתייחס רק לעניני ענשים. אפשר להגיע איפוא למסקנה שמפקד רשאי באופן חוקי להשתמש במזון ומים כאמצעי להטלת מרות במקרים בהם ניתן לשבויים להשיג את המזון והמים כאשר יצייתו להוראה חוקית, וכל מחסור במזון ומים נגרם בגלל בחירתם הנעשית מרצון ומהכרה. יש להניח שפירוש זה עלול לאפשר שימוש לרעה באמצעי של שלילת מזון למטרות עונש בעוד שיכנו זו "משמעת". אמנם זה לא חורג מההתנגדות הכללית לשמוש לרעה בסמכות הנוגעת לסעיפים אחרים של האמנה. אם הצלב האדום הבינלאומי והמעצמה המגינה יורשו למלא את תפקידם יביעו מקרי השמוש לרעה בסמכות למינימום.

4. <u>ענשים משמעתיים ושפוטיים</u>

כמו שבמצבים רגילים שבהם נמצאת אוכלוסיה חפשית קיים השמוש בבתי דין ובגופים מעין משפטיים בתור אמצעי של הבטחת השליטה, ישים הדבר גם כאשר דנים בשבויי מלחמה.

ענשים מוטלים ע"י גופים אלה עבור התנהגות רעה, או אי ציות לתקנות וזה ממשיר כביר של הבטחת שליטה הנתון במישרין בידי המעצמה העוצרת, הן ע"י המשפט הבינלאומי המנהגי והן ע"י המשפט הבינלאומי המקובל (22).

בהליכים משפטיים, במקום שהליכים אלה הולמים, יש להשתמש בלי לשים לב לאמצעי תגמול נגד שבויים המוחזקים ע"י המעצמה האויבת. הליכים אלה לא רק מותרים עפ"י האמנה אלא גם נדרשים על ידה. אין להשיב הליכים אלה כנושא למעשה תגמול או לנקוט בהליכים אלה בתור אמצעי תגמול. הזכויות והחובות לפי האמנה צריכות להיות מנוצלות בלי חשש של תגובה, אחרת תאבד האמנה אצמה את כוחה ומשטר שבויי המלחמה יהפך למשחק של כזבים עם התוצאה של סבל המוסל את השבויים. סעיף 49 של האמנה מבחין באופן ברור בין ענשים משמעתיים וסנקציות משפטיות, היא מונה ענשים משמעתיים מסויימים המורכבים מקנסות שלא יעלו על מחצית משכרת חדשית, שלשים ימי מעצר או שעתיים של עבודה נוספת ליום במשך חדש ימים (23). תנאי נוסף קובע שסנקציות אלה הן העונש הבלתי משפטי היחיד שמותר להטילו (24).

סעיף 82 (1) של האמנה קובע: "שבוי מלחמה יהיה כפוף לחוקים, לתקנות ולצווים הנהוגים בכוחות המזוינים של המעצמה העוצרת, המעצמה העוצרת תצדק בנקיטת אמצעים משפטיים נגד שבויים בשל עבירה מצידם על חוקים, תקנות או צווים אלה. אולם משפטים

או ענשים המנוגדים להוראות פרק זה לא יורשו.

בהחליטם אם לנקוט בהליכים משמעתיים או משפטיים בגלל עבירה, ינהגו הרשויות המוסמכות של המעצמה העוצרת במלוא מידת הרחמים וינקטו, כל אימת שאפשר, אמצעי משמעת. הבסיס לכך מוכר בקלות בעובדה שהשבוי אינו חייב כל נאמנות למעצמה העוצרת ונעשה כפוף לחוקיה נגד רצונו. העלתה הצעה שיהיה זה לעזר בכיוון זה אם יקובצו החוקים הנוגעים לשבויי מלחמה ויפורסמו בתוך קובץ פלילי לשבויים (25). זה נכון במיוחד כאשר קיימת אפשרות שהכוחות של יותר מאומה אחת יהיו מעורבים וע"י כך תהווה מבוכה בשאלה איזה חוקים חלים (26).

בדרך כלל ישפטו שבויים בפני בתי דין צבאיים כשמובטחות להם ערובות יסודיות של אי משוא פנים ובתנאי שיסופקו להם אמצעי הגנה מתאימים (27).

על שבויי מלחמה יחולו אותם הענשים המוטלים על חיילי המעצמה העוצרת. ברור מאליו שחוקים הנוגעים לבגידה, עריקה וכדומה אינם חלים על אויב שבוי מלחמה (55).

האמנה משנת 1949 כוללת שני יוצאים מהכלל לגבי תחולת המשפט הפלילי של המעצמה העוצרת על שבויי מלחמה. האחד נוגע לעבירות המבוצעות תוך נסיונות לבריחה (28). לעבירות שבוצעו ע"י שבויי מלחמה, יתייחסו כעבירות משמעתיות גרידא. אם נעשו בכוונה היחידה להקל על בריחתם ולא היו מלוות באלימות פיסית כגון, עבירות נגד רכוש צבורי (למשל: סחיבת מכונית), גניבה ללא כוונה להתעשר, זיוף מסמכים או השימוש בהם, לבישת בגד אזרחי (29). כלל רחום זה, בניגוד לנוהג לפי האמנה משנת 1929 בנוגע לשבויי מלחמה, מרשה נזק ניכר לרכוש

מצד השבוי אם דבר זה נעשה רק כדי להקל על בריחתו. מנקודת מבט הבטחת השליטה זה משאיר כנשק בידי מפקד המחנה רק את החוקים הפליליים הנוגעים להצתה, רצח, הטלת מום, תקיפה ושימוש בכוח, ופשעים דומים. לפיכך השימוש בכוח המורשה לשבוי הוא רק נגד חפצים ולא בני אדם.

היוצא מן הכלל השני נכלל בפסקא האחרונה של סעיף 82 :
"הוכרז בחוק, בתקנה או בצו של המעצמה העוצרת על מעשים כעל מעשים שהם בני עונשין אם הם מבוצעים על ידי שבויי מלחמה ואינם בני עונשין אם אם מבוצעים בידי אנשי הכוחות של המעצמה העוצרת, יהיו מעשים אלה גוררים ענשי משמעת בלבד".

לפי סעיף זה מוגבל מפקד מחנה להטלת ענשים משמעתיים על הפרת כל חוק או תקנה החלה רק על שבויי מלחמה. תקפו של סעיף זה אינו שנוי במחלוקת, אמנם תוצאתו של סעיף זה יכולה להיות מזיקה למשטר שבויי המלחמה, ע"י הטלת מיגבלה בלתי הולמת על כוחו של מפקד המחנה להבטיח את השליטה. העבירות הנוגעות בדבר נראו ע"י מנסחי האמנה כבעלות אופי קל. בכל אופן המיגבלה כוללת את כל העבירות המבוססות רק על תקנות המחנה בלי להתחשב בחומרתן.

לפיכך יכול שבוי להפר כללים אלה ולאיים באופן רציני על שלום המחנה בעודו צפוי רק לענשים קלים.

הפתרון לקשיים אלה מונח בטיפול העתיד בעברין זה. אחרי הטלת העונש המשמעתי המתאים יכול מפקד המחנה לנקוט בצעדים נחוצים ומתאימים כדי למנוע בעד עבירה חוזרת. זה יכול להתבצע בדרך כלל ע"י העברה, או אם זה מתאים, הפרדה של

השבוי הנוגע בדבר מיחר השבויים. לא מתעוררת שום בעיה רצינית כתוצאה מהטלת הגבלה זו. עבירות רציניות מכוסות בדרך כלל ע"י משפט-המדינה של המעצמה העוצרת, ובאחרות אפשר לטפל כאמור לעיל תוך החלטה קלה של סמכות מפקד המחנה.

בעיה שניה נוצרת בקשר לאופן הוכחת העבירה ואשמת הנאשם. קיימים קשיים מובנים מאליהם בהשגת עדות של שבוי נגד חברו. במיוחד נכון הדבר מקום שנוגעים בדבר שבויים קומוניסטיים. במידה מסוימת ניתן להתגבר על קשיים אלה על ידי פעולת הסברה בין השבויים על הצורך למנוע מעשים פליליים בינם לבין עצמם (30). כמו כן קיימות שיטות הוכחה אחרות, כגון עדויות זקיפי המחנה, כמו כן אפשר להשתמש במכונת אמת ובמלשינים. במחנה שבויים המנוהל היטב אפשר להוכיח את רוב המקרים.

ערובות משמעתיות ומשפטיות אלה אינן נחוצות רק להגנת השבויים איש מפני רעהו, אלא גם כהבטחה נמשכת של הפקוח על שמירת הציות לכללים ותקנות שהותקנו. אם שבויי מלחמה מובאים בסדר למשפט הנענשים על הפרת חוקים ותקנות, יש להניח ששמירת החוקים על-ידי השבויים מובטחת באופן סביר.

אין רשומות בנוגע לצעד משפטי של הבאה לדין כל שהוא שנקט נגד שבויים ע"י שלטונות האו"ם במלחמת קוריאה. מצב הדברים במחנות היה כזה שסנקציות משפטיות ומשמעתיות היו צריכות להיות מופעלות.

מאחריותו של מפקד המחנה לא רק לשמור על הסדר אלא גם להגן על השבויים כדי שכל רע לא יעונה להם. השגת משימה זו אינה אפשרית על-ידי אמצעים חוקיים בלי להזקק ולהשתמש בהליכים משפטיים הניתנים מיצוי; באופן מיוחד נכון הדבר כאשר ניצבים

מול עבירות של רצח, עוולים ותקיפות זדוניות ורציניות. כזה היה המצב בקוריאה, וחיוני הדבר שלא תהיה חזרה על מחדל זה.

הקו היסודי המאפיין כל חברה מאורגנת, בין שזה מחנה שבויים ובין שזו עיר מטרופולין ניכר בהשלטת מערכת חוקים, שבלעדיהם יתדרדרו השקט והבטחון לתוהו ובוהו. "משפט" ו"סדר" הם שמות נרדפים ביישומם; אין האחד אפשרי בלי קיומו של השני.

ג. <u>ס י כ ו ם</u>

המאבק בין שבויי מלחמה נגד המעצמה העוצרת יש לו הקבלה במאבק של בני אדם בשטחים כבושים נגד המעצמה הכובשת. למפקד בשטח כבוש ניתנו שיטות והבטחת שליטה באמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה מ-1949. בין שיטות אלה: משפטים בפני בתי דין, מעצר, הגליה, כפיית עיר מושב והגבלת חופש התנועה. מחבר מאמר זה ניסה לגלות את האמצעים להבטחת שליטה העומדים לרשות חברו הקצין, מפקד מחנה השבויים. החובות של מפקד מחנה הן מרובות וסמכותו נתונה לאתגר. בכל זאת אע"פ שכוחותיו מוגבלים על ידי אמנת ג'נבה משנת 1949 הוא יכול למלא את חובותיו ולשמור על הסמכות. לפי האמנה הוא רחוק מלהיות חסר אונים. אין לו כל צורך להזקק לשיטות בלתי חוקיות של הבטחת שליטה.

* * * * * * * * * *

ה ע ר ו ת

1. פיקס, פירוש של אמנת ג'נבה משנת 1949 בדבר הטיפול בשבויי מלחמה.ע' 247 (1960).

2. תגובה זו עלולה להיות זהה בלי להתחשב בעובדה אם האומה אשר בצעה את המעשה חתמה על האמנה או טרם חתמה עליה. גרינשפן, המשפט המודרני של מלחמה בין מדינות, 96 (1959) (להלן יאוזכר בתור גרינשפן).

3. ראה לאוטרפכט, משפט בינלאומי של אופנהיים, 379 (הוצאה שביעית 1952) (להלן יאוזכר בתור לאוטרפכט).

4. פיקס, עמ' 183, סטון, פקוח משפטי על סכסוכים בינלאומיים 657 (הוצאה שניה 1959) להלן: סטון, גרינשפן, עמ' 110.

5. סעיף 3 ס"ק 9 של אמנת ג'נבה בנוגע ליחס לשבויי מלחמה משנת 1929, קובע: עד כמה שאפשר לא יכונסו ביחד באותו מחנה, לוחמים בני גזעים שונים ובני אומות שונות.

6. הסעיף הנוכחי מוסיף על המגמה של הגנה. להגן על מישהו פירושו לעמוד לימינו, לעזור לו, לתמוך בו, וכמו כן להגן עליו ולשמור עליו מפני פגיעה או סכנה. מחובת המעצמה העוצרת הוא להתייחס לשבוי באופן אנושי וזה כפועל יוצא מהאמור לעיל. ההגנה מתפשטת גם על ערכים מוסריים, כגון: אי התלות המוסרית של השבוי (הגנה מפני פעילות של הפחדה ואיום), וכן הגנה על כבודו, הגנה נגד עלבונות וסקרנות פומבית. פיקס, עמ' 141 ואילך.

7. פיקס, עמ' 195. לא צריכות להיות אבחנות המבוססות על גזע, אזרחות, אמונה דתית, דעה פוליטית או כיו"ב. משרד המלחמה הבריטי, מדריך של המשפט הצבאי, חלק א' עמ' 53 מהדורה שלישית, (1958) (להלן: יאוזכר כמ.ב.ר.) זה בהחלט יצירה בעלת ערך המכילה את העיקר של אמנת ג'נבה משנת 1949 בדבר הטיפול בשבויי מלחמה עם ביאורים מתאימים לסעיפים מיוחדים מאת לאוטרפכט.

8. לאוטרפכט קובע כי שבויים יכולים להיות מוקבצים למטרות בטחון, כל זמן שהמחנות בו הם עצורים הם באותה רמה הנדרשת ע"י האמנה כמו המחנות בהם עצורים שאר השבויים, כיוון שהקבצה כזו אינה מהוה הפרדה מושלמת של השבויים מאותם הכוחות המזוינים בלי הסכמתם. יתר על כן מקום שהמשמעת במחנה נפגעת ע"י קבוצה של שבויים, היא תאפשר גם ביצוע עבירות על ידי מי מהם. בהיותם עצורים לפני האישום מותר להחזיקם במקום נפרד בתנאי שתקני האמנה ישמרו (מ.ב.ר. הערה 17 בעמ' 55).

9. הוצע כי שבויים מהצבאות של אויב קומוניסטי יופרדו בעתיד לפי חמש קטגוריות דלקמן: קומוניסטים אדוקים, פרו-קומוניסטים, בלתי פוליטיים, אנטי-קומוניסטים, פליטים פוליטיים או עריקים. מאירם וברדבורו: ההתנהגות הפוליטית של השבויים הקוריאנים והסינים במלחמת קוריאה. אנליזה הסטורית, הדפסה מס. 50. משרד מחקר של מקורות אנושיים, עמ' 11. (להלן: יאוזכר כ"הומרו").

10. הוצע כי שבויים שישבו ביחד יוחזקו ביחד במשך תקופת המיון וישמשו מקור של אינפורמציה איש נגד רעהו. שבויים

ייעצרו במחנות זמניים עד שימוינו כהלכה. הומרו, הערה 19 בע' 11. השבוי המספק אינפורמציה כוזבת או נמנע מלספק כל אינפורמציה אינו צפוי לעונש, אמנם אפשר לעצרו במחנה בעל אמצעי בטחון חמורים עד שימוין כהלכה. סעיף 17 של האמנה מ-1949 ראה גם פיקט, הערה 8 עמ' 159. לאוטרפכט הערה 9 בעמ' 378 וסטון הערה 10 בעמ' 656.

11. קרוב לודאי שלכל מיון יהיו השלכות על בעית הריפטריאציה. אפשר להניח כי שבוי, בלי לשים לב לאידיאולוגיה שלו, אשר ירצה לחזור למולדתו בגמר פעולות האיבה לא ירצה להיות ממוין כאנטי קומניסטי. להיות כך ממוין עלול לגרור בעתיד מעשי תגמול. אמנם טיפוס זה של שבוי עשוי להיות גורם פורש ובתור שכזה לא יהווה בעיה מבחינת המשמעת, אבל ראה הומרו בהערה 19 עמ' 12. ברור שקומוניסט יכול להשיג כניסה למחנה אנטי קומוניסטי ע"י העמדת פנים. נוכחותם של אלה ניתנת להבחנה בקלות בהסתמך על ההנחה שיתר השבויים האנטי קומוניסטים ישתפו פעולה בגלוי וזהוי מעמידי הפנים.

12. ראה לעיל עמ' 150, אמנת ג'נבה מ-1929 סעיף 2 קובע בחלקו "הם צריכים בכל עת לזכות ביחס אנושי ולהיות מוגנים באופן מיוחד נגד מעשי אלימות, עלבונות וסקרנות צבורית". סעיף 3 קובע בנוסף לכך כיבוד גופם וכבודם ושמירת מעמדם האזרחי.

13. סעיף 42 של האמנה מ-1949, ראה גם לאוטורפכט הערה 9 בעמ' 381.

14. פיקס, הערה 8 בעמ' 246 מ.מ.בר. הערה 17 בעמ' 60. לעומת זה ראה גרינשפן אשר קובע שמותר לירות בשבויי מלחמה אם הם נוהגים באלימות נגד שוביהם, אם קיים נסיון בריחה, אם הם עוסקים בפעולות איבה וע"י כך תומכים בכוחות המזוינים של מדינתם. גרינשפן - הערה 5 בעמ' 104.

15. גרינשפן, הערה 5 עמ' 105. פיקס, הערה 8 בעמ' 47-246.

16. פיקס, הערה 8 בעמ' 247. ראה גם המקורות המאוזכרים בהערה 14 דלעיל.

17. הציטטה הבאה היא מענינת "פעמים רבות אחרי שהצבא השתמש בכוח מספיק היה בא הנציג של השבויים ומתנצל בשם כל שבויי המחנה בשביל המעשה שהצריך את השמוש בכוח. בחקירת שבויים בודדים הם הודו שהם לא צדקו ושכוחות האו"ם היו צודקים בפעולתם. מצד שני השמוש הבלתי מוצדק בכוח גורם לתרעומת רבה, ויכול להביא לתוצאות רציניות, אם לא ינקטו מיד בצעדים לתיקון המעוות. מפקדת פקוד שבויי המלחמה יחידת הצבא 3202, מחקר במינהל והבטחון של שבויי המלחמה הקומוניסטיים המזרחיים במשך מלחמת קוריאה, עמ' 108 (1953) (להלן: יאוזכר בתור המחקר הקוריאני).

18. סעיף 121 של אמנת ג'נבה לטפול שבויי מלחמה (1949).

19. ההשתלטות על שבויי מלחמה ע"י שמוש בכוח נתונה לאותה פרוצדורה כמו הדכוי של התפרעויות פנימיות. מיניסטריון הצבא של ארה"ב, מדריך שדה מס. 40 - 19, טפול בשבויי מלחמה סעיף 12 (1952) השמוש בכל יבוצע לפי השלבים הרצופים הבאים:

1. דרגת כוח, 2. הערכות לדיכוי מהומות, 3. שמוש במים, 4. אמצעים כימיים, 5. אש ע"י קלעים נבחרים, 6, אש כללית.

ישתמשו רק במינימום עצמת הכוח הדרושה. מניסטריון הצבא של ארה"ב, מדריך שדה מס. 15 - 19 התפרעויות אזרחיות ואסונות. סעיפים 131 - 136 (1958).

20. "משמעת" נדון בסעיפים 42 - 39, בעוד ש"עונשים משמעתיים" מתחיל בסעיף 82.

21. הגנרל מרק קלרק בתשובתו למחאה של הצלב האדום הבינלאומי אומר: "נציגכם היו עדים לאי הציות הבולט של השבויים להוראות חוקיות... אנו ניסינו במשך ימים אחדים להבטיח את שתוף הפעולה של השבויים אבל ללא הצלחה". הוא הדגיש להלן שמזון ומים היו מוכנים במחנות החדשים ושהודע על כך לשבויים, באופן שבשום זמן לא נשללו מהשבויים.
הגנרל מרק קלרק הביע את דעתו בתוקף שלא היתה שום הפרה של האמנה. ויים, השבוי מקוריאה, עמ' 198 - 197 (1957).
הוצע שמזון ומים יינתנו מעל למינימום הנחוץ והתוספת תופחת כאמצעי להטלת מרות נגד התנגדות קבוצתית. הומרו, הערה 19 בעמ' 14. זה עשוי להיות מותר לפי תנאי האמנה היות ותמיד תהיה אספקה של המינימום הקבוע, מצד שני מוטל בספק אם אמצעי כזה יהיה יעיל כלפי שבויים עקשניים, בניגוד לכך סובר פיקס שבמקרה כזה מותרת התגבלה רק על בסיס אינדבידואלי, ואמצעים קולקטיביים, אפילו של הפחתת התוספת, אסורים. פיקס הערה 8 בעמ' 438.

22. סנקציות פליליות ומשמעתיות מאוזכרות בסעיפים 108-82 של האמנה משנת 1949. סעיפים 88-82 קובעים את ההוראות הכלליות. סעיפים 98-89 נוגעים לסנקציות משמעתיות וסעיפים 108 - 99 כוללים את ההליכים המשפטיים.

23. סעיפים 82, 90 - 89 של האמנה משנת 1949. גרינשפן הערה 5 בעמ' 134. עונש משמעתי לא יוטל על שבוי על-ידי שבוי אחר. סעיף 96 של האמנה. מ.מ.בר. בעמ' 73. הענשים המקסימליים בהליכים משמעתיים הם: הפקעת 50% מהמשכורת המשולמת בפועל, הפסקת זכויות יתר, או עבודת פרך במשך שעתיים ליום, או מעצר. הענשים אינם יכולים להצטבר ולא יימשכו יותר מ-30 יום. סעיפים 90 - 89 של האמנה (1949) ראה גם לאוטרפכט עמ' 388.

24. סעיף 89 של האמנה מ-1949. מ.מ.בר. עמ' 74. סעיף זה מנסה למנוע את השמוש במשמעת מינהלית בתחומי המחנה באמצעי של עונש משמעתי. אמנת ג'נבה בנוגע לאזרחים משנת 1949 היא יותר מפורשת בכיוון זה. סעיף 100 אוסר במפורש במחנות מעצר נוהגים מנהליים כאלה כגון: עמידה ממושכת וריצת עונש, תרגול עונשי, זהוי ע"י כתובת קעקע, התעמלות מסוכנת לבריאות.

25. זה ירחיק אפשרויות של שמוש לרעה הקיימות בנוגע להוראות של סעיף 82 של האמנה, המחיל באופן כללי על שבוי מלחמה את החוקים של המעצמה העוצרת.

26. בתור דוגמא, עיין במצב בקוריאה מקום שחיילים מעמים שונים העסקו בתפקידי שמירת שבויים. בתור דוגמא יותר בולטת אפשר לציין מחנה שאיננו בחסות בינלאומית אלא

מנוהל בשיחוף שתי אומות בנות ברית. האם יחולו החוקים של האומה אשר סיפקה את מפקד המחנה? מה קורה כאשר הפיקוד עובר לאומה השניה? מהו המצב כאשר מחנות סמוכים מנוהלים ביחד, אבל כל אחד מהם נמצא בפיקוד אומה נפרדת? מסתבר שהחוקים אינם צריכים להשתנות עם שנוי המפקד. קצת פחות מדאיג הוא הסיכוי שתקנים שונים של צדק יחולו על השבוי בהתחשב עם איזה צד של הדרך הוא מצא את עצמו. האחרון הוא כנראה המצב הנורמלי, אבל כמה יותר טוב היה המצב אילו כל השבויים היו מושמים תחת אותה מערכת של כללים פליליים ותקנות, פיקס מציין כי הנחיצות בקובץ בינלאומי של סנקציות משמעתיות ופליליות הוכרה כל כך מוקדם כמו בשנת 1921, בועידה הבינלאומית העשירית של הצלב האדום. אמנם, הבעיות הכרוכות בכינון חקיקה מיוחדת שתתחיל רק בתקופת מלחמה היו כל כך גדולות שכל הרעיון נדחה, פיקס מסכים עם ברטוניר, שהיה סיכוי קטן שהדבר יתקבל, כי קשה לצפות ממדינה שתגביל את ריבונותה בימי מלחמה. פיקס בעמ' 408-407.

27. סעיף 84 של האמנה (1949) גרינשפן הערה 92 בעמ' 131. אפילו במלחמת העולם השניה, כאשר במשפטי שבויים לא סופקו להם כל אמצעי הגנה ולא נקטו בשום ערובות פרוצדורליות, נתן הדבר עילה להליכים משפטיים נגד אלה האחראים לכך, בפני בתי דין לפשעי מלחמה. משפטו של לוינגט גנרל שיגבו סבדה בכרך 5 של פסקי דין של בתי-הדין לפשעי מלחמה, הערה 118 בעמ' 1 (לנאשם לא ניתן

סניגור, במשפט לא היה תורגמן, חקיקה פלילית למפרע על ידי יפאן). משפטו של לויסנגס גנרל חרוקל איסא יאמה, הכרך הנ"ל, הערה 25 בעמ' 60 . (זיוף עדויות, לא מונה סניגור, סירוב להרשות עדויות או ראיות מטעם הסנגוריה). משפטו של גנרל מנקה היסאקאסו, הכרך הנ"ל עמ' 66 (משפט כוזב וחסר תוקף, טענות כוזבות) כל המשפטים הנ"ל הסתיימו בחיובם בדין של הנאשמים על הפרות של חוקי המלחמה.

28. סעיף 92 של האמנה (1949).

29. סטון עמ' 659, ראה גם סעיף 93 של האמנה.

30. במשך מלחמת העולם השניה הושגו עדויות לשימוש נגד שבויים, לפחות באותם המקרים שהקרבן/הנפגע גם כן היה שבוי.

תמצית המאמר

א. החשיבות של אמצעים חוקיים להבטחת השליטה

סעיף 39 של אמנת ג'נבה משנת 1949 בנוגע לטפול בשבויי מלחמה עושה את מפקד מחנה השבויים אחראי אישית לתנאי המעצר שבהם נתונים השבויים. במלחמה עתידה יעמוד מפקד המחנה מצד אחד בפני הצורך של הבטחת השליטה בתוך המחנה ומצד שני יצטרך לכבד את הוראות האמנה. הלימוד של השיטות השונות להבטחת השליטה על השבויים המותרות לפי האמנה הוא לכן צורך דחוף.

ב. 4 שיטות של הבטחת שליטה המותרות לפי האמנה

1. ההפרדה לפי דעות פוליטות

סעיף 22 של האמנה קובע: "המעצמה העוצרת תכנים שבויי מלחמה במחנות או במגרשי מחנות לפי אזרחותם, שפתם ומנהגיהם, בתנאי ששבויים אלה לא יופרדו, שלא בהסכמתם, משבויי מלחמה הנמנים על הכוחות המזוינים שבהם שרתו בשעה שנלקחו בשבי". סעיף זה מחייב את הקבצת השבויים לפי אזרחותם, שפתם ומנהגיהם. האם כולל סעיף זה איסור על הפרדה של השבויים לפי דעותיהם הפוליטיות? אפשר לטעון שסעיף 22 החוזה מראש כקנה מידה יחיד את החלוקה לפי אזרחות, שפה ומנהגים אינו מתיר הפרדה לפי דעות פוליטיות. אין אנו יכולים לסמוך את ידינו על השבויים לפי דעותיהם הפוליטיות במסגרת החלוקה לפי אזרחות, שפה ומנהגים וזה תוך כיבוד השתייכותם לאותם הכוחות המזוינים.

פירוש זה תואם את רוח האמנה מפני שהוא לטובת השבויים. למעשה הנסיון של מלחמת קוריאה מראה כי המצאותם ביחד של שבויים בעלי דעות מנוגדות (קומוניסטיים, אנטי-קומוניסטיים ונויטרליים) היתה מקור להתפרעויות רציניות תוך סיכון חייהם של השבויים.

2. <u>השימוש בכוח</u>

נפילת אדם בשבי היא תוצאה של שימוש בכוח וזה נשאר הבסיס של היחסים בין השבויים והשלטונות המצווים להחזיקם בשבי. עקרון זה הוכר ע"י ההסכם שבין גרמניה וארצות-הברית משנת 1918 בנוגע לשבויי מלחמה.

באמנת ג'נבה משנת 1929 וכן בצווים שונים שהוצאו על-ידי רשויות שהוסל עליהן למנוע את פשעי המלחמה לאחר מלחמת העולם השניה.

סעיף 42 של אמנת ג'נבה 1949 קובע:

"השימוש בנשק נגד שבויי מלחמה, בפרט נגד הבורחים או המנסים לברוח, הוא בבחינת אמצעי קיצוני שאין להשתמש בו בלא אזהרה קודמת, שתהא מתאימה לנסיבות".

האמנה מודה בזאת בעקרון של השמוש בכוח נגד שבויי מלחמה. השימוש בנשק אינו מותר אלא לאחר אזהרה מוקדמת ובהתאם לנסיבות, ובתנאי שכל האמצעים האחרים היכולים להפסיק התפרעות או לדכא מרד לא הוכחו כיעילים.

אם השימוש בנשק כדי להפסיק התפרעות אינו מהוה כל בעיה הרי אין הדבר כן בנוגע לדכוי מרד, התקוממות או כל הפגנה עוינת נגד שלטונות המחנה. זאת שאלה של הערכה ותחושב שאין לכבלה בכללים נוקשים. אם כי ברור שאין מפקד מחנה צריך להזקק

לשמוש בנשק באזעקה הראשונה, אין עליו גם לחכות לרגע המדויק בו עומדים הזקיפים לנחול תבוסה.

3. המזון כאמצעי של הבטחת המרות

האם רשאי מפקד מחנה, כדי לחזור ולהשתלט על שבויים מתפרעים, למנוע מהם מי שתיה ומזון ?

סעיף 26 של האמנה קובע :

"מנות המזון היום-יומיות יהיו מספיקות, מבחינת כמותן, איכותן ורב גוניותן לשמירת קו בריאותם הטוב של שבויי מלחמה ולמניעת הפסד משקל או התפתחותם של מיחושי תזונה רעה. כן יש להתחשב בתזונה בה רגילים השבויים ... מי שתיה במידה מספקת יסופקו לשבויי מלחמה. מותר להשתמש בטבק... ענשי משמעת קיבוציים הפוגעים במזון יהיו אסורים".

את הנוסח הנ"ל יש להשוות עם סעיף 89 של האמנה הקובע :

"בשום מקרה לא יהיו ענשי המשמעת בלתי אנושיים, אכזריים או מסכנים את בריאותם של שבויי המלחמה".

במבט ראשון נותנים שני הסעיפים הנ"ל תשובה שלילית לשאלה דלעיל. למעשה יש כאן הבחנה. כדי להבהיר את הדבר נתאר לעצמנו שני מצבים: "א" ו-"ב".

מצב א: מפקד מחנה ניצב מול שבויים ממרים. הוא מחליט להפרידם ע"י כך שהועיד להם איזורים שונים במחנה. השבויים מסרבים לעבור למעונותיהם החדשים ומאיימים להתנגד באלימות לכל נסיון להכריח אותם לעשות כן. למפקד יש ברירה בין שני פתרונות: להשתמש בכוח או למנוע מהם

מים ומזון. הוא בוחר בפתרון השני. הוא מונע מזון ומים ומודיע לשבויים שהמזון והמים עומדים לרשותם באיזורי מגוריהם המיועדים. יומיים לאחר מכן עוברים השבויים למעונותיהם החדשים, הסדר והשקט הוחזרו למחנה.

מצב ב': השבויים מציקים לזקיפים ע"י הטלת אבנים. מפקד המחנה מזהיר אותם שיוטל עליהם עונש אם הם לא יפסיקו את מעשיהם. זמן קצר לאחר מכן נפצע זקיף ע"י אבן. מפקד המחנה מחליט להטיל עליהם משטר של מחצית מנות מזון למשך 10 ימים.

במצב "ב" נקט מפקד המחנה בעונש משמעתי קיבוצי הנוגע למזון. הוא עבר על הוראות אמנת ג'נבה. במצב "א" בניגוד לכך, השתמשו במים ובמזון כאמצעי של הטלת מרות של השבויים כדי לכפות עליהם לציית להוראה חוקית. למעשה לא נשללו מהשבויים המזון והמים, המצרכים הושמו במקומות מגוריהם החדשים. מספיק היה להם לציית לפקודה שניתנה כדי להשיגם. במצב משוער זה לא עבר מפקד המחנה על שום הוראה של האמנה.

המסקנה המתבקשת היא: מפקד מחנה שבויים רשאי באופן חוקי להשתמש במים ומזון כאמצעי להבטחת מרות על השבויים בתנאי שיוכל לספקם בכל עת שהשבויים יצייתו לפקודה החוקית.

4. <u>סנקציות פליליות ומשמעתיות</u>

סעיף 82 של אמנת ג'נבה קובע ששבוי מלחמה יהיה כפוף לחוקים, לתקנות ולצווים הנוהגים בכוחות המזוינים של המעצמה העוצרת. הסעיף מתיר נקיטת אמצעים משפטיים או משמעתיים נגד שבויים

המפירים את החוק. בסעיפים 89 ו-90 מונה האמנה את הסנקציות המשמעתיות המותרות. בסעיף 87 נקבע שבתי המשפט של המעצמה העוצרת לא ידונו שבויים לענשים אחרים זולת אלה שנקבעו לגבי חברי הכוחות המזוינים של אותה מעצמה שבצעו את אותם המעשים. הבחירה בין ענשים משמעתיים ובין הליכים משפטיים נשארת לשקול דעתה של המעצמה העוצרת. בסעיף 83 של האמנה נאמר שהמעצמה העוצרת תדאג לכך שהרשויות המוסמכות ינהגו במלוא מידת הרחמים וכי ינקטו, כל אימת שאפשר, אמצעי משמעת ולא אמצעים משפטיים. האמנה קובעת שרק ענשים משמעתיים יוטלו על עבירות שאינן כרוכות באלימות נגד בני אדם, שבוצעו ע"י שבויים במטרה יחידה כדי להקל על בריחתם (סעיף 93) וכן במקרה שהחוקים או התקנות של המעצמה העוצרת מכריזה כברי עונשין מעשים מסויימים שכאלה נעשים על ידי שבויים (סעיף 82 (2)).

על מפקד מחנה השבויים מוטלת החובה לא רק לשמור על הסדר הפנימי במחנה, אלא גם להבטיח את שלומם של השבויים מפני מעשים פליליים של חבריהם העצורים אתם. הסנקציות המשמעתיות והפליליות המותרות לפי האמנה נותנות בידי המפקד מכשיר רב עצמה כדי לבצע את שליחותו הכפולה. הוא פועל בתפקידו בהזניחו שיטה זו או אחרת להבטחת השליטה.

ג. <u>ס י כ ו ם</u>

החובות המוטלות על מפקד מחנה שבויים הן מרובות וסמכותו עומדת בסכנה לא להיות מוכרת על ידי העצורים. למרות שסמכויותיו הוסדרו על ידי אמנת ג'נבה מ-1949, כוחותיו מספיקים כדי למלא את חובותיו ולהבטיח את מרותו. אין לו איפוא כל צורך להשתמש באמצעי שליטה בלתי חוקיים.

מפצ"ר / תביעה
טל. 885
חק-20(13)
כסלו תשכ"ו
דצמ' 65

הנידון: חוזר הנחיות מקצועיות מס. 8 -
אישום "כפול" והענשה "כפולה"

כללי

1. הוראות החוק המתייחסות לכפילות על שני פניה, דהיינו הן לענין האישום והן לענין הענישה, מפוזרות כיום במספר חוקים כדלקמן:

א. סעיף 21 לפח"פ 1936:

"אין להטיל פעמיים אחריות פלילית על אדם, בין על פי הוראות החוק הזה או על פי הוראות כל חוק אחר, בשל אותו המעשה או אי המעשה, מלבד אם נגרמת מיתתו של אדם אחר באמצעות המעשה או אי המעשה, ובמקרה זה יוכלו לחייבו בדין בשל עבירה שבה אשם מחמת שגרם למיתה כזאת למרות שנתחייב כבר בדין בשל עבירה אחרת שנוצרה על ידי המעשה או אי המעשה".

ב. סעיף 31 לפק' הפרשנות:

"מעשה או מחדל שהם עבירה לפי שני חיקוקים או יותר, או לפי חיקוק ולפי כל דין אחר, צפוי העבריין - אם אין כוונה אחרת משתמעת - להיות מואשם ונענש עליהם לפי כל אחד ואחד מן החיקוקים או מן הדינים האמורים, אך אין להענישו פעמיים על אותה עבירה".

ג. סע' 20(2) לפק' הפרוצדורה הפלילית (ד.ע.כ.א.) וזהה לו בלשונה,
התקנה 8 לתק' בתיהמ"ש (משפטים תכופים) 1938:

"אם מרשיע בית המשפט את המואשם בכל כתב האישום בכלל (היינו בכתב אישום הכולל אישום בכמה פרטי אישום), הרי התוצאה החוקית של אותה הרשעה תהא להרשיעו בכל עבירה מן העבירות שהואשם בהן, ולאחר מכן רשאי בית המשפט להטיל עליו אותו העונש שאפשר היה להטיל עליו אילו הורשע על כל עבירה ועבירה לחוד בתנאי שאין לחרוץ בשום משפט יותר מגזר דין אחד על אותו אדם בשל אותן העובדות".

2. במסגרת הדיון לפי חש"צ חלות בנושא זה אך ורק הוראות סעיף 21 לפח"פ 1936, (מכוח סע' 17(13) לחש"צ) והוראות סע' 31 לפק' הפרשנות החלה לגבי כל חוק כל עוד אין בו או משתמעת הימנו הוראה אחרת.

3. עם כניסתו לתוקף של חוק סדר הדין הפלילי תשכ"ה - 1965 מתבטלים הסעיפים 21 לפח"פ ו-31 לפק' הפרשנות וכן פק' הפרוצ. הפלילית (ד.ע.כ.א.) ותק' בתי המשפט (משפטים תכופים)1938 ובמקומם באות הוראות הסעיפים 2 ו-168 לחוק החדש. בנידון

2/..

4. מכוח הוראות סעיף 14(א) לפק' הפרשנות תחולנה ההוראות שבסעיפים 2 ו-168 לחוק סדר הדין הפלילי גם במסגרת הדיון לפי חש"צ, כאשר סעיף 2 בא במקום סעיף 21 לפח"פ וסעיף 168 במקום סע' 31 לפק' הפרשנות.

להלן נוסח הסעיפים 2 ו-168 לחוק סדר הדין הפלילי:-

"2. אין דנים אדם על מעשה שזוכה או הורשע קודם לכן בשל עבירה שבו; אולם אם גרם המעשה למותו של אדם, דנים אותו על כך אף אם הורשע קודם לכן בשל עבירה אחרת שבאותו המעשה".

"168. בית המשפט רשאי להרשיע נאשם בשל כל אחת מן העבירות שאשמתו בהן נתגלתה מן העובדות שהוכחו לפניו, אך לא יענישנו יותר מפעם אחת בשל אותו מעשה".

5. בהתחשב בהוראות החוק הקיימות בנושא זה ולאור הוראות סעיף 14(א) לפק' הפרשנות, אין צורך לדון בשאלה אם הוראות הסעיפים 2 ו-168 הנ"ל חלות על הדיון לפי חש"צ ב ם מכח הוראות סעיף 1 לחוק סדר הדין הפלילי בשל העדר "סדר דין שונה לענין הנדון" בחוק השיפוט הצבאי.

<u>הפסיקה הקיימת</u>

1. <u>הזיקה למשפט המקובל האנגלי</u>

א. מקורם של הסעיפים 21 לפח"פ ו-31 לפק' הפרשנות בחוק המקובל האנגלי, בו מצויה ההגנה כנגד ה"כפילות" בטענות "כבר זוכית" או "כבר הורשעת".

ב. ברם, לאור ה"ערבוביה" הקיימת בתחום זה בפסיקה האנגלית מחד גיסא ובהתחשב בלשונם של הסעיפים המקומיים המייחדת אותם, ומבדילה אותם מן ההלכה האנגלית מאידך גיסא - לא נוכל לסמוך על הלכה הפסיקה האנגלית לשם פירושם.

בג"צ 20/50
<u>פס"ד ד', 129</u>
(שורץ)

"...והנה אם כי חילופי נוסח כאן והמדובר הוא ב"אחריות פליליות כפולה"; אין ספק כי הכוונה היא לעקרון של "סיכון כפול" אשר במשפט המקובל..."

ע.פ. 132/57
<u>פס"ד יא' 1547</u>
(נכט)

"כפי שהסביר בית משפט זה מפי השופט חשין בבג"צ 20/50, "פסקי דין" כרך ד', ע' 185 (1), (ב-ע' 191 - 192, סע' 13 של פסק הדין).
סע' 21 קבע אצלנו את חריס ההגנה בפני סיכון כפול, כדוגמת טענת "כבר זוכיתי" או "כבר הורשעתי" במשפט המקובל האנגלי. הרעיון המונח ביסוד הטענה הזאת הוא שאין להטריד אדם פעמיים באותו ענין....

<u>עמ' 1548</u>

...אך יש להודות שבבואם לעשות שימוש בעקרון היסוד לא הגיעו בתי המשפט באנגליה תמיד למסקנות עקביות, ואפשר למצוא בפסקי הדין שניתנו על ידי שופטים שונים כמה וכמה גירסאות המשמשות בערבוביה, גם בספרו של ארצ'בולד משמ-קפת ערבוביה זו, על ידי ניסוח ההלכה באופנים שונים, שאינם מתישבים זה עם זה.

3/..

עמ' 1549

... נדמה לי שברור ממה שנאמר עד כה , כי קשה לקבל הדרכה מן הפסיקה האנגלית לפירוש הסעיף 21 שלנו , אם כי מקור הסעיף הוא ללא ספק בסענת "הסיכון הכפול" של המשפט המקובל. יחד על כן , כפי שציין השופט זוסמן ב-בג"צ 268/52 ,"פסקי דין" כרך ז' , ע' 656 , ב-ע' 661, קיים הבדל יסודי בין נוסח הסעיף שלנו ובין ההלכה האנגלית , שהתבטאה לעת עתה ב- R.V.Thomas - ההבדל בין "מעשה או מחדל מזה ו"עבירה" מזה (בהערת השוליים לסעיף נאמר אמנם שלא תחול פעמיים אחריות מחמת אותה העבירה , אבל זוהי סתירה גלויה לאמור בגופו של הסעיף , וכמובן יש להעדיף את הנוסח שבגוף הסעיף). מה, איפוא , הפירוש הנכון של הדיבור "מעשה או מחדל" בסעיף 21 ? הנני סבור שאין דרך אחרת לפתרון הבעיה הזאת אלא לפרש מונחים אלה על פי מושכלות ראשונים של המשפט הפלילי . בא כוח המערערת טען ש"מעשה" פירושו מעשה פיסי, כלומר במקרה שלפנינו אותן תנועות שרירים של הנאשם שהביאו את האוטובוס הנהוג על ידיו למצב הנזכר בגליון האישום. את הטענה הזאת יש לדחות , כי כמוה כהצעת מבחן הנטול משמעות כלשהיא , במה שנוגע למשפט הפלילי . כאן אנו עוסקים במעשה פלילי (actus reus) , ולמושג זה משמעות מכנית מיוחדת .

2. סעיף 21 לפח"פ 1936

נסקור בקצרה את ה"בעיות" שעורר סעיף זה עד כה ואת הפתרונות הפסוקים לצידן :-

א. מהותו של הסעיף :"זיכוי קודם" או "הרשעה קודמת" לעומת "סיכון כפול".

1) עד לפסה"ד ב-ע.פ. 72/60 היה קיים "בלבול" מה במושגים "זיכוי קודם" או "הרשעה קודמת" ו"סיכון כפול" . מקובל היה להשתמש במונח "סיכון כפול" כביטוי כולל לסענות הסרומיות של "זיכוי הרשעה קודמים" ו"סיכון כפול" . (ראה: בג"צ 20/50, פס"ד ד' 190 וכן ע.פ. 132/57 פס"ד יא' 1552).

2) ב-ע.פ. 72/60 אובחנו המושגים - עפ"י מהותם -כדלקמן :-

א) "סיכון כפול" - הינה סענת-חרים בפני הטלת אחריות פלילית פעמיים באותם המקרים בהם היה הנאשם צפוי קודם לכן להרשעה באותה עבירה:"... איסור "הסיכון הכפול" נשען על סכנת ההרשעה בעבירה שהיתה נשקפת לנאשם בדיון קודם". סענה זו מבוססת איפוא על ה"סיכון" כשלעצמו, "סיכון" שלא נתממש מסיבה כלשהיא עד להעמדה הנוספת לדין .

ב) "זיכוי קודם" או הרשעה קודמת" - הן סענות-חרים בפני הטלת אחריות פלילית פעמיים באותם המקרים בהם ניתן פסק דין קודם של חיוב/זיכוי ": הסענה "כבר הורשעתי" או "כבר זוכיתי" נשענת על פסק דין שיצא, של הרשעה או של זיכוי "... סענות אלו מבוססות , איפוא , על פיומו של פס"ד זיכוי או חיוב .

3) קו מבדיל נוסף בין שני סוגי הסענות הוא כי לענין ה"סיכון הכפול" צריך להיות

4/...

"סיכון" בהרשעה באותה אשמה שבה מבקשים למנוע דיון שני , בעוד שלענין "הזיכוי הקודם" או "ההרשעה הקודמת" די בכך שהזיכוי או ההרשעה יתיחסו לאשמה המבוססת על אותו מעשה .

4) המכנה המשותף לטענות הנ"ל הוא , איפוא , היותן חריס בפני הטלת אחריות פלילית כפולה , בעוד שהמבחין והמבדיל ביניהן הוא היות ה"סיכון הכפול" מבוסס על סיכון שלא נתממש בעוד ש"הזיכוי/ההרשעה הקודמים מבוססים על פסק דין לגופו של ענין .

5) הוראות סעיף 21 לפח"פ מתיחסות אך ורק לטענת "זיכוי קודם" ,"הרשעה קודמת" (היינו אך ורק לתחום "מעשה בי"ד") ולא לטענת "סיכון כפול" במשמעותה המיוחדת האמורה :

בג"צ 20/50 בע' 190 — "העקרון הטבוע ביסודה של טענת סיכון כפול הוא , כי אדם שעמד לדין , נשפט ע"י בימ"ש מוסמך וזוכה מאשמה (או חויב בה) ... נמצאנו למדים , כי אחד מיסודותיו של העקרון הוא הזיכוי (או החיוב) הקודם".

ע.פ. 132/57 בע' 1552 — "סיכומו של דבר : על טענת סיכון כפול אחרי הרשעה או זיכוי לפי כתב אישום קודם - ורק על טענה זאת - חל הסעיף 21 של פקודת החוק הפלילי ..."

6) טענת "סיכון כפול" במשמעותה הנ"ל טרם נטענה בארצנו: "...לא הופנינו אל כל תקדים בו זוכה אדם בארץ על יסוד הטענה שיש באישום משום סיכון כפול"... (ע.פ. 72/60).

ב. "פעמיים" - בכתב אישום אחד או בשני כתבי אישום נפרדים ?

התשובה לבעיה זו בדברי כב' השופט לנדוי ב-ע.פ. 132/57 :

בע' 1551: "סעיף 21דן רק באישום הנאשם בשני כתבי אישום נפרדים בזה אחר זה . זה נובע מלשון הסיפא של הסעיף וכן מתאשר הפירוש הזה ע"י פסה"ד בבג"צ 20/50 ..."

ובע' 1552: "סיכומו של דבר : על טענת סיכון כפול אחרי הרשעה או זיכוי לפי כתב אישום קודם - ורק על טענה זו - חל סעיף 21 של פקודת החוק הפלילי, המונע דיון חדש ... סעיף זה אינו דן כלל בבעית זהות האישומים באותו כתב אישום . מובן מאיליו שדיני הסיכון הכפול אינם ענין לבעיה שניה זו ... "

ג. "מעשה" -

משמעותו של מונח זה בסעיף 21 לפח"פ הוא כדברי כב' השופט לנדוי ב-ע.פ. 132/57 :

בע' 1550 : " מכאן אנו למדים שהמונח "מעשה או מחדל " בסעיף 21 פירושו - כל אותם היסודות העובדתיים המהווים את העבירה להבדיל מן הכונה הפלילית..."

בע' 1551 : "מכאן שבדרך כלל שני מעשים הם זהים לצורך הסעיף 21 , גם כשלשניהם יסודות עובדתיים חופפים אך לאחד מהם יש גם יסוד או יסודות עובדתיים נוספים. בלשון אלגבראית : כשעבירה אחת מכילה יסודות א' יכולה העבירה השניה להכיל יסודות א + ב וגם לזה ייקרא זהות המעשים , אולם כאשר בעבירה * ובשניה יסודות א + ג זאת איננה זהות המעשים כמשמעותו בסעיף 21. למשל , גניבה פשוטה ושוד הם עבירות זהות לצורך זה ; ואילו גניבה וקבלת דבר הניתן להיגנב על יסוד טענת זו , לפי ס' 301 , אינן עבירות זהות".

5/...

* הראשונה קיימים יסודות א + ב .

ד. הסייג

1) בסיפת סעיף 21 מצוי סייג לאיסור שברישתו , לפיו ניתן להעמיד לדין פעם שניה בשל אותו מעשה מי שהורשע בעבירה ולאחר שהורשע מת אדם כתוצאה מאותו מעשה .

2) אימתי חל הסייג : במקרה של "הרשעה או זיכוי" או במקרה של "הרשעה בלבד"?
ביהמ"ש העליון קבע ב-ע.פ. 72/60 כי המדובר במקרה של הרשעה קודמת בלבד ואילו במקרה של זיכוי קודם אין הסייג חל :

ע.פ. 72/60 בע' 1098 "אך במקרה דנן מת הקרבן ימים אחדים אחרי שהותקף , ולפני שניתן פסה"ד בבימ"ש שלום , סבריה . מסופקים אנו אם בנסיבות אלו לא היתה עומדת למשיבים הגנת הסעיף 21 הנ"ל אפילו הורשעו בעבירת תקיפה . אך איננו חייבים לחוות את דעתנו על כך הואיל והמשיבים זוכו מאשמת התקיפה והכל מסכימים כי הזיכוי אינו כפוף לחריג האמור ".

3. סעיף 31 לפק' הפרשנות

נסקור ההלכה הפסוקה לענין סעיף זה :

א. "אותה עבירה":

האיסור של הענשה כפולה בסעיף 31 מתיחס ל"אותה עבירה" לעומת "אותו מעשה" בו מדובר בוישת הסעיף ובסעיף 21 לפח"פ וכך הוסבר מונח זה ב-ע.פ. 132/57 :

בע' 1552 : "אשר למונח "אותה עבירה" בסעיף 31 של פק' הפרשנות, המסדיר כפי הנראה את דבר ההענשה הכפולה בדיון הפלילי בבימ"ש השלום , מכל מקום דורש מושג זה זהות יותר קרובה מאשר זהות המעשה או זהות העובדות ואותו יש לפרש , לדעתי , בדומה לגירסה האנגלית בדבר זהות העבירות , היינו, לא רק אותה עבירה ממש, אלא גם עבירה הנבדלת מחברתה ע"י תוספת מסיבות מחמירות או תוצאות נוספות הנובעות מאותו המעשה ".

ב. מהות האיסור:

האיסור שבסעיף 31 מתיחס למספר עבירות בגין אותו מעשה המובאות בכתב אישום אחד :

ע.פ. 132/57 בע' 1553 : "כשמאשימים אדם בכתב אישום אחד בכמה עבירות הנובעות מאותן העובדות אין בזה הטרדה כפולה ... אבל עדיין קיימת הסכנה שהנאשם יספוג יותר מעונש אחד המגיע לו על המעשה ... כשהוא מפוצל ליסודותיו המשפטיים השונים . במקרה כזה אפשר להרשיע את הנאשם בכל אחד מסעיפי האישום שיסודותיו הוכחו ... אך עונש כפול אין לגזור על הנאשם אף במצב ענינים זה ..."

4. סעיף 2 לחוק סדר הדין הפלילי תשכ"ה - 1965

א. סעיף זה בא , כאמור , במקום סעיף 21 לפח"פ ומתיחס אך ורק לענין האישום הכפול.

ב. האיסור

1) חלקו הראשון של הסעיף אוסר אישום אדם בעבירה בשל מעשה שבגינו כבר זוכה או הורשע קודם לכן .

2) שני מרכיבים לאיסור האמור :

א) מעשה - שבודאי יבואר בהתאם להלכה הפסוקה ב-ע.פ. 132/57 וב-ע.פ. 72/60.

ב) זיכוי/הרשעה קודמים - דהיינו העקרון מצטמצם לתחום מעשה בי"ד ואינו כולל סענת "סיכון כפול" כפי שבואר ב-ע.פ. 72/60 .

3) אין בנוסח האיסור דבר לענין האשמה במספר עבירות בגין מעשה אחד באותו כתב אישום אך מלשון הסעיף ברור כי גם כאן נשמרה ההלכה הפסוקה הקימת והאיסור לדון פעמיים על אותו מעשה מתיחס אך ורק לאישום בכתבי אישום שונים ולא לאישום במספר עבירות בכתב אישום אחד . הוראות סעיף 76 ולשון סעיף 168 לחוק אינם מותירים מקום לספק כי אכן זוהי ההלכה .

4) למעשה ניתן לסכם כי הרישא של סעיף 2 אינה באה לחדש או לשנות מהמצב הקיים בתחום האישום אלא לחזור לקבוע את ההלכה הפסוקה הקימת בלשון ברורה וחד משמעית .

ג. הסייג

1) חלקו השני של סעיף 2 קובע סייג לאיסור האמור והוא :
מת אדם כתוצאה ממעשהו של הנאשם , ניתן יהיה להביאו לדין בגין גרימת המות גם אם כבר הורשע קודם לכן בגין אותו מעשה .

2) שני מרכיבים לסייג זה :

א) מותו של אדם כתוצאה מן המעשה בגינו הובא הנאשם לדין בפעם הראשונה - יש צורך בקיום קשר סיבתי בין המעשה לבין המות .

ב) הרשעה קודמת בגין אותו מעשה - ולא זיכוי קודם . (הערה : למונח "מעשה" בסייג משמעות זהה לזו שברישא של הסעיף).

3) המלים"אף אם" בנוסח הסייג באות במקום המלה "למרות" שבסעיף 21 לפח"פ 1936 ואין לחפש בהן אן בגינן משמעות שונה לסייג .

4) גם לענין הסייג אין , איפוא , שינוי מהותי לגבי ההלכה הפסוקה הקיימת ומשמעותו היא כי למרות האיסור , ניתן להגיש נגד אדם כתב אישום בשל מעשה שבבר הורשע בו באם לאחר שהורשע כאמור מת אדם כתוצאה מאותו מעשה .

5. סעיף 168 לחוק סדר הדין הפלילי תשכ"ה-1965

א. סעיף זה בא כאמור במקום סעיף 31 לפק' הפרשנות וענינו איסור "הענשה" כפולה .

ב. 1) מבחינת לשונו , מבטל הסעיף את ההבדל שהיה קיים עד כה בין הסעיף 21 לפח"פ שדיבר ב"מעשה" לבין הסעיף 31 לפק' הפרשנות שדיבר ב"עבירה".

2) סעיף 168 מתיחס ל"אותו מעשה" ומשמעות המושג "מעשה" זהה לזו שבסעיף 2 לחוק והיא, כאמור , העובדות המהוות את העבירה להבדיל מהכוונה הנלוית אליהן .

ג. בהתחשב בהוראות סעיף 2 לחוק תהיה משמעות ההוראה שבסעיף 168 כדלקמן :-
כאשר אדם מואשם בכתב אישום אחד במספר עבירות בגין מעשה אחד ומורשע ביותר מאחת מהן- אין להענישו יותר מפעם אחת בשל כל העבירות בהן הורשע בגין אותו מעשה .

ד. גם בתחום זה , נשמרה איפוא ההלכה הפסוקה הקיימת .

6. בסיכום

א. בגין אותו מעשה או מחדל - דהיינו בגין "אותן" עובדות - לא יוגש נגד אדם יותר מכתב אישום אחד .

ב. הורשע אדם בעבירה ולאחר מכן מת קרבן העבירה , הרי למרות הרשעתו ניתן להעמידו פעם נוספת לדין בשל גרימת מות הקרבן .

ג. בכתב אישום אחד - ניתן ליחס לאדם מספר עבירות המתיחסות לאותן עובדות ובלבד שלא יענש יותר מפעם אחת בגין אותן עובדות .

י. קדמי , רס"ן
תובע צבאי ראשי

-=-=-=-=-=-=-=-=-=-=-

דיני ראיות : שתיקת הנאשם

תוכן העניינים

דיני ראיות

שתיקת הנאשם

מ ו ג ב ל

מפצ"ר / תביעה
טל. 2885
חק-20(13)

תשכ"ז
נוב' 66

הנדון : חוזר הנחיות מקצועיות מס. 12 -
דיני ראיות : שתיקת הנאשם.

כ ל ל י

1. מסירת עדות או הצהרה מן המקום להגנתו - הינה ז כ ו ת ו של נאשם במשפט פלילי .

2. אי-שימוש בזכות כשלעצמו , אינו גורר בדרך כלל יותר מאשר אבדן ההישגים שניתן היה , אולי, להשיג ע"י שימוש באותה זכות .

3. מן הדין היה, איפוא, כי נאשם שבחר שלא להשתמש בזכותו להעיד - או, על דרך השל לה , נאשם שבחר להשתמש בזכותו שלא להעיד - לא יימצא ניזוק בשל עצם אי השימוש בזכות כשלעצמה. וכך ביטא רעיון זה כב' הנשיא אולשן ב-ע.פ. 325/64 (פס"ד יח' , 4, 58 , גור-ירקוני) :

"...אין חולק על כך, שזוהי זכותו של נאשם שלא להעיד והימנעותו מלהעיד אינה יכולה לשמש לתביעה הכללית ת ח ל י ף להוכחות, אין היא יכולה לשמש נ י מ ו ק , או אף אחד הנימוקים להרשעתו."

4. ברם, בהתחשב בכללים ה"מעבירים" את נטל ההוכחה (- כמוסבר בע.פ. 28/49, פס"ד ד' , 528, זרקא -) אל כתפי הנאשם, לאחר שהתביעה יצאה ידי חובת ההוכחה לכאורה בפרשתה היא, עשוי אי השימוש בזכות זו, בתנאים ובנסיבות מסוימים, להיות בר משקל מ ס ו י ם בבוא ביהמ"ש לבדוק באם עשויה ההוכחה לכאורה להפוך להוכחה חותכת לאשמת הנאשם.

5. אפביר דברי :-

א. משיוצאת התביעה ידי חובת ההוכחה לכאורה, מוטלת על הנאשם חובת התגובה - אם ע"י טיעון שתכליתו להשמיט הבסיס מתחת לגירסת התביעה עפ"י הראיות שהובאו על ידה, ואם ע"י מתן עדות והבאת ראיות שתכליתם הוכחת חפותו מפשע, או הפיכת גירסת התביעה או לפחות החדרת ספק במידת ודאותה של גירסה זו.

2 /...

ב. בחר הנאשם במתן עדות והבאת ראיות - יהיה לחומר הראיות שיביא משקל ח י ו ב י אותו על ביהמ"ש לעמת כ נ ג ד הראיות לכאורה שהובאו ע"י התביעה.

ג. בחר הנאשם בשתיקה ולא הביא ראיות וחומר הוכחה לכאורה שהובא ע"י התביעה מ ח י ב מתן הסבר מטעם הנאשם ובהעדר הסבר כזה אין מנוס ממסקנת הרשעה - לא זו ולבד שביה"מש העורך מאזן ראיות אינו מוצא כל חומר-חיובי-שכנגד לראיות התביעה אלא שלשתיקה עשוי להיות משקל ש ל י ל י המוסיף לבטחונו של ביהמ"ש באשמת הנאשם.

6. בשתיים עשויה, איפוא, לתרום שתיקת הנאשם - בנסיבות המתאימות-להרשעתו בדין:-

א. בכך שהיא מותירה את חומר ההוכחה לכאורה שהובא ע"י התביעה ללא משקל ח י ו ב י שכנגד.

ב. בכך שיש בה כדי ל ח ז ק את בטחונו של ביהמ"ש, שאכן מסקנת ההרשעה אליה הגיע עפ"י ראיות התביעה כ ש ל ע צ מ ן מבוססת כהלכה.

7. וכדי להסיר כל ספק לענין זה, יאמר כבר עתה:

א. ל ע ו ל ם אין בשתיקת הנאשם כדי לבוא ב מ ק ו ם הוכחה חיובית שעול הבאתה על התביעה או ל ה ו ס י ף למשקל ראיות התביעה באופן שיהיה במשקל ה מ צ ט ב ר כדי להכריע את הכף לחובת הנאשם.

ב. שתיקת הנאשם מותירה את גירסת התביעה ל ל א גירסה שכנגד וכשהנסיבות הן כאלה שבהעדר הסבר מטעם הנאשם המסקנה היחידה הינה - הרשעת הנאשם, יהיה בה בשתיקה, לאחר שהכף כבר מוכרעת מכח ראיות התביעה לחובת הנאשם, להכריעה ביתר שאת.

8. משקלה של השתיקה הינו, איפוא, בעל אופי ש ל י ל י מובהק.

הערה: אין חוזר זה מתייחס לשתיקת הנאשם בשלבי חקירתו. ברם בגלל הדמיון הרב בין הכללים החלים על השתיקה בשלב זה לבין אלה החלים לגבי השתיקה בשלב הדיון בביהמ"ש מופנית השומת הלב לפסה"ד הבאים:
ע.פ. 139/52 (פס"ד ז', 647, קינן) ו-ע.פ. 192/56 (פס"ד יא' 368, יהודאי).

9. א. האמור לעיל אינו מתייחס כמובן, לאותם המצבים שבהם מוטל על הנאשם נטל ההוכחה :

(1) אותם המקרים שבהם עומדת כנגד הנאשם חזקה שבחוק לחובתו (כגון סעיף 81 לחש"צ תשט"ו - 1955).

(2) אותם המקרים שבהם מטיל החוק במפורש על הנאשם את נטל ההוכחה של קיום מצב עובדתי מסוים (כגון סעיף 18 לפח"פ 1936).

ב. במקרים אלה, באם לא עלה בידי הנאשם ל ה ו כ י ח את המוטל עליו - במידה של קרוב לודאי - באמצעות חומר הראיות שהגישה התביעה, יהיה בשתיקתו משום כ ש ל ו ן בהרמת נטל ההוכחה המוטל עליו.

ג. במקרה כזה, לא תהיה הרשעתו של הנאשם תוצאה של שתיקתו אלא תוצאת כשלונו להרים נטל ההוכחה שהוטל עליו, לאחר שהתביעה יצאה ידי חובתה היא.

ה ה ל כ ה

1. ניתן לסכם ההלכה לענין זה - כפי שהיא מתמצת מתוך הפסיקה המפורטת להלן - כדלקמן:- יצאה התביעה ידי חובת ההוכחה לכאורה ובהעדר הסבר מטעם הנאשם מחייב חומר הוכחה זה את הרשעתו בדין - יהיה בשתיקתו:-

א. משום העדר הסבר-שכנגד במאזן הראיות לעומת מסקנת ההרשעה המתחייבת מהוכחות התביעה.

ב. משום הכרעת הדין לחובתו ביתר משקל.

2. קיים תנאי מוקדם מ ש ו ל ש להענקת המשקל ה ש ל י ל י , כמוסבר לעיל, לשתיקת הנאשם והוא:

א. כי הובאה מטעם התביעה ראיה לכאורה לאשמת הנאשם.

ב. כי חומר ראיה זה מחייב מתן הסבר ב ר א י ו ת מטעם הנאשם.

ג. כי בהעדר הסבר - ב ר א י ו ת - כאמור אין מנוס מהרשעת הנאשם בדין.

3. להלן הפסיקה של ביהמ"ש העליון בנושא זה:-

ע.פ. 38/49 פס"ד ב", 835 (קנדיל)

" מכל האסמכתאות דלעיל נמצאנו למדים, כי אם הוכחו עובדות המסבכות את הנאשם במעשה העבירה ויוצרות לכאורה ראיה לחובתו והנאשם אינו מנסה כלל להמציא הסבר מצידו לעובדות שהוכחו או .... רשאי ביהמ"ש, בתנאים מסוימים, לקבוע על סמך כל זה אשמת הנאשם... הכל תלוי בנסיבות הענין ובמשקל ההגיוני המצטבר אשר יש לייחס לעובדות שהוכחו ולשקרי הנאשם (או שתיקתו) גם יחד.."

ע.פ. 28/49
פס"ד ד' 538
(זרקא)

" שנית, עצם שתיקתו של המערער, במסיבות המשפט הזה, יש בה כדי לעורר חשד רצינו נגדו. אם בכל זאת, במסיבות אילו, בחר המערער לא להגיד דבר במשפט , הרי נותנת התנהגותו זו מקום להשערה חזקה - בהעדר הסבר אחר - כי אין בידו לסתור את ההנחה, שאמנם המית את אחיו שלא בעקב הרגזה. חשד כבד זה יש בו, איפוא, כדי להוסיף משקל ידוע, להוכחה של הקטגוריה בנדון זה".

" ברצוננו לדיק בדבורנו, אין בכוונתנו לקבוע - ואיננו קובעים - כי שתיקתו של הנאשם, כ ש ל ע צ מ ה , משמשת הוכחה לרעתו. כאמור, עשויה התנהגות מעין זו - במסיבות ידועות, שבהן אינו קים הסבר אפשרי אחר - ליצור חשד חזק, המוסיף ערך להוכחה שהוגשה ממעם הקטגוריה...ברם אם כמו במקרה שלפנינו , הוגשה ממעם הקטגוריה הוכחה... יכולה ויכולה שתיקתו של הנאשם לשמש גורם המהווה משום חיזוק ידוע של ערך אותה הוכחה".

ע.פ. 23/51
פס"ד ה' 1300
(יוסף)

" ראיות הקטגוריה הטילו על המערער יותר מחשד כי הוא מעורב בפשע, כמוהן כהוכחה לכאורה שהמערער, הוא ולא אחר, עשה את מעשה הפשע. במסיבות אילו היה על המערער להסביר, על ידי ראיות של ממש , כי אותן הוכחות אינן הוכחות בהכרח על פשע שנעשה מצידו, והן עולות בקנה אחד עם חפותו מפשע. משלא עשה כן, זכאי היה הנשיא המלומד - אם כי לא מחוייב היה - לראות בהוכחות לכאורה הנ"ל הוכחות חותכות, סופיות ומשכנעות".

ע.פ. 56/51
פס"ד ה' 1515
(מזרחי)

" כבר הורה בית משפט זה וחזר והורה ב-ע.פ. 38/49, (9), ואחרים זולתו כי " אם הוכחו עובדות המסבכות את הנאשם במעשה העבירה ויוצרות לכאורה ראיה לחובתו, והנאשם אינו מנסה כלל להמציא הסבר מצידו לעובדות שהוכחו...רשאי בית המשפט, בתנאים מסוימים, לקבוע על סמך כל זה את אשמת הנאשם..." במקרה שלפנינו הוכחו למעלה מכל ספק עובדות מכריעות אילו... כל עוד לא ניסה יעקב גופו להציע הסבר אחר, פחות או יותר מתקבל על הדעת, להתקבצותן המרשיעה של העובדות הנ"ל. נסיון כזה לא נעשה, כי יעקב העדיף לשתוק ושלא להעיד , ולכן זכאי היה בית המשפט להסיק מתוך העובדות הללו - אף בלא הצטרפותה של ההודאה - את אשמתו של יעקב ברצח".

ע.פ. 31/52
פס"ד ו' 771
(שמעיה)

" אם בתום פרשת התביעה סבור השופט הדן במשפט, על יסוד ההוכחות שהובאו ע"י התביעה הכללית, כי, בהעדר הסבר מצד הנאשם, המסקנה המתבקשת מאליה היא אשמתו של הנאשם, והנאשם אינו נותן הסבר מדוע אסור לציין את העובדה , כי ההסבר לא ניתן?

ע.פ. 133/51 " במקרה שלפנינו היתה לפני בית המשפט עדות מספקת להרשעת הנאשם,
פס"ד ו' 1261 והנאשם לא סתר ולא ניסה לסתור את העדות".
(פרידמן)

ע.פ. 122/52 " מוצאים אנו למועיל להפנות את תשומת הלב להלכה אשר בימ"ש זה פסק ב-
פס"ד ז' 254 ע.פ. 28/49 (זרקא) אי מתן עדות, ברור שאינו משמש עדות כלשעצמו
(גבוב) ואין לו לביהמ"ש לקבוע עובדות אלא ע"י עדויות של ממש. אך אם
חומר הראיות אשר הקטגוריה הביאה עמה לשמש יסוד להרשעת הנאשם,
היינו, אם לכאורה ש בו כדי להוכיח את אשמתו וביהמ"ש שוקל את
הראיות אם מהימנות הן אם לא, רשאי הוא - לצורך כך - גם להביא בחשבון
שראיה פלונית אשר היתה בידי ההגנה לא הובאה ומשלא הובאה מותר להסיק
כי לא הובאה כיוון שהיתה פועלת לטובת גרסת הקטגוריה, מאחר שפק'
הראיות הכשירה את הנאשם למתן עדות הרי אי מתן עדות על ידו כמוה
כאי הבאת ראיה העומדת לרשות ההגנה... לפיכך עשויה שתיקת המערער
לשמש אחד הגורמים אשר לפיהם ימדוד וישקול ביהמ"ש את מידת
המהימנות אשר יש ליחס לראיות של התביעה הכללית.

ע.פ. 250/53 " אולם נראה לנו, כי שיקולו ביחס למשיב מס' 2 איננו מבוסס כל
פס"ד ח' 1004 צרכו...לאור ההוכחות שהיו בנוגע לביצוע מעשה מגונה, הרי בשתיקתו
(עובדיה) של המשיב מס' 2 היה משום חיזוק רב לעדותו של פיאלקו ואיננו גורסים
את ההצדקה אשר השופט המלומד מצא לשתיקתו".

ע.פ. 69/54 " כל העובדות הללו כשהן לעצמן , מצביעות פוזיטיבית על כך, כי
פס"ד ח' 932 המערער נוכח במקום בשעת מעשה, והיה לו יד וחלק בעצם המעשה, אלא
(מרדרוסיאן) שרשאי היה לנסות לסתור את המסקנה ההיא ע"י שבועה או הצהרה מתא
הנאשמים, ומכיוון שלא נהג כן אלא בחר בשתיקה מוחלטת, לא היתה
כל מניעה לכך, כי בית המשפט לא נתן אמון בדברי המערער (בפני
המשטרה) לגבי העדרותו הקצרה ויסיק מתוך שאר מסיבות הענין את
נוכחותו במקום גם בשעת מעשה".

ע.פ. 111/56 " ואולם משאין בידי התביעה הכללית יותר מאשר החומר שהובא כאן
פס"ד י' 1063 אשר אינו עשוי לשמש יסוד בהרשעת הנאשם , ולו רק לכאורה, הרי
(כהן) שתיקתו של המערער אינה מוכיחה ולא כלום".

ע.פ. 46/57 " אין כל ספק - ואין כל חידוש בדבר (ראה ע.פ. 38/49, קנדיל
פס"ד יא' 1413 נ. היועץ המשפטי " פסקים" כרך ב' ע' 341, ב- ע 359 ואילך
(כהניאן) (2)) - שגם במשפט הפלילי - יש וחובת ההוכחה מבחינה סקטית
יכולה לעבור לידי הנאשם וכי שתיקתו עלולה - אם כי לא
מוכיחה - להתפרש כחיזוק לראיות הקטגוריה. אך במה דברים אמורים?

כאשר הקטגוריה הביאה ראיה לכאורה, שהנאשם אשם בעבירה".

ע.פ. 100/57
פס"ד יב' 1254
(פלדמן)

" כל המסיבות האמורות... מסבכות אותו באשמה המיוחסת לו במידה המצריכה מתן הסבר...אך מה עשה המשיב? הוא בחר בשתיקה ולא הסביר... כשאנו נותנים דעתנו על כל המסיבות האמורות ובהעדר כל הסבר מתקבל על הדעת מאת המשיב, נראה לנו כי אין מנוס מן המסקנה שהמערער (הי"ומ"ש) הוכיח..."

ע.פ. 86/59
פס"ד יג' 1722
(מזריצקי)

" כמובן , שאין להסיק מסקנה לרעתו של נאשם בשל כך בלבד שהוא לא הופיע כעד להגנתו אך עובדה זו מחזקת את ההוכחות לכאורה שהובאו ע"י הקטגוריה ואת ההנחה לכאורה המתעוררת מהן".

ע.פ. 271/64
פס"ד יח' 64
(אקסאל)

" אין איי מיחס ערך לשתיקה זו, יען כי - כפי שכבר נקבע ע"י בימ"ש זה פעמים אין ספור - אין השתיקה משמשת בסיס להרשעה, אלא אם כן כבר קודם לכן, היינו עם גמר פרשת הקטגוריה, קיים היה משהו ה"מסבך" את הנאשם במעשה העבירה".

ע.פ. 325/64
פס"ד יח' 58
(ירקוני -גור)

" אין חולק על כך, שזוהי זכותו של נאשם שלא להעיד והימנעותו מלהעיד אינה יכולה לשמש לתביעה הכללית תחליף להוכחות. אין היא יכולה לשמש נימוק, או אף אחד הנימוקים להרשעתו....אם הנאשם העיד ואם לא העיד - כדי להרשיעו, על בית-המשפט להיות משוכנע על סמך ההוכחות של הקטגוריה, למעלה מן הספק המתקבל על הדעת, באשמתו של הנאשם".

ע.פ. 255/64
פס"ד יח' 4, 616
(בן צבי)

(חזרה על הלכת קנדיל, פס"ד ב', 835)

ע.פ. 276/65
פס"ד כ' 532
(כהן)

" כאן היו הוכחות לכאורה נגד הנאשמים ושתיקתם - אם כי אינה ראיה נגדם. בכל אופן כבר נפסק בבימ"ש זה מפי הנשיא אולשן ב- ע.פ. 86/59 (4) שכמובן אין להסיק מסקנה לרעתו של נאשם בשל כך בלבד שלא הופיע כעד להגנתו; אך עובדה זו מחזקת את ההוכחות לכאורה שהובאו ע"י הקטגוריה ואת ההנחה לכאורה המתעוררת מהן".

וראויים לציון פסה"ד הבאים של ביה"ד הצבאי לערעורים:

ע/191/57:

" ואשר לשתיקתו של המשיב בביה"ד יצוין כי אין בה כדי להועיל לתביעה במאומה כשהמשיב לא הסביר מה שלא היה

היה טעון הסבר כלשהו מצדו, בהיות הדברים ברורים ומאין בהם כדי לסבכו בפלילים".

ע/228/59: " עובדה היא ששני המערערים בחרו להימנע ממתן עדות וגם עובדה זו מחזקת ההוכחות בדבר קיום הקשר"

ע/40/61: " במקרה שלפנינו לא היה בידי ביה"ד המחוזי להזקק לשתיקתו של המערער לשם חיזוק הוכחה לכאורה...הנסיבות שהושמעו ע"י עדי התביעה לא היוו בצירופן הוכחה לכאורה לביסוס קביעה כזו, אלא השאירו את ביה"ד באפילה לגבי המצב האמיתי".

ע/88/64: " וכשלכל אלה נוסיף את העובדה האומרת דרשני שהמערער לא נתן עדות ולא מסר הצהרה כל שהיא, כאמור...".

משמעותה של השתיקה

1. לשתיקה - משקל שלילי

א. עד לפסה"ד ב-ע.פ. 325/64 (ירקוני-נור) התיחס ביהמ"ש העליון לשתיקת הנאשם בשורה ארוכה של פס"ד, בביטויים המצביעים , לכאורה, על היותה ברת משקל חיובי העשוי להצטבר למשקל ראיות התביעה ולתרום להרשעה. להלן סקירת הפסיקה לענין זה :-

ע.פ. 38/49 (קנדיל) "...מכל האסמכתאות דלעיל נמצאנו למדים, כי אם הוכחו עובדות פסקים עליונים ב' 359 המסבכות את הנאשם במעשה העבירה, ויוצרות לכאורה ראיה לחובתו והנאשם אינו מנסה כלל להמציא הסבר מצדו לעובדות שהוכחו, או שהוא בודה מלבו דברים שאין להם שחר, רשאי ביהמ"ש, בתנאים מסוימים לקבוע על סמך כל זה את אשמת הנאשם... הכל תלוי בנסיבות הענין ובמשקל ההגיוני המצטבר אשר יש ליחס לראיות שהוכחו ולשקרי הנאשם (או שתיקתו) גם יחד..."

ע.פ. 28/94 פס"ד ד' 538 (זרקא) "...ברצוננו לדיק בדבורנו, אין בכונתנו לקבוע - ואיננו קובעים- ששתיקתו של הנאשם, כשלעצמה, משמשת הוכחה לרעתו. כאמור, עשויה התנהגות מעין זו - במסיבות ידועות, שבהן אינו קים הסבר אפשרי אחר - ליצור חשד חזק, המוסיף ערך להוכחה שהוגשה מטעם הקטגוריה.. אם, כמו במקרה שלפנינו, הוגשה מטעם הקטגוריה הוכחה "פרימה פציה" חזקה, יכולה ויכולה שתיקתו של הנאשם במשפט לשמש גורם המהווה

משום חיזוק ידוע של ערך אותה הוכחה"

ע.פ. 56/51 " כבר הורה בימ"ש זה וחזר והורה ...כי " הוכחו עובדות המסבכות את
פס"ד ה' 1515 הנאשם...ויוצרות לכאורה ראיה לחובתו והנאשם אינו מנסה כלל להמציא
(מזרחי) הסבר מצידו לעובדות שהוכחו.. רשאי ביהמ"ש, בתנאים מסוימים לקבוע על
סמך כל זה את אשמת הנאשם".

ע.פ. 250/53 " קשה וגם לא רצוי לקבוע כלל נוקשה בנוגע למקרים בהם יש או אין לקחת
פס"ד ח' 1004 בחשבון את שתיקת הנאשם...לאור ההוכחות שהיו... הרי בשתיקתו של המשיב
(עובדיה) מס. 2 היה משום חיזוק רב לעדותו של פיאלקו...".

ע.פ. 111/56 " אשר לשתיקת המערער בביהמ"ש.... ביהמ"ש רשאי להביא , עובדה זו
פס"ד י' 1063 בחשבון שיקוליו בבואו לקבוע את משקל ראיותיה של התביעה..".
(כהן)

ע.פ. 46/57 "...וכי שתיקתו עלולה - אם כי לא מוכרחה-להתפרש כחיזוק לראיות
פס"ד יא' 1413 הקטגוריה".
(כהניאן)

ע.פ. 100/57 ".... וכשאנו נותנים את דעתנו על כל הסיבות האמורות ובהעדר כל
פס"ד יב' 1254 הסבר מתקבל על הדעת מאת המשיב, נראה לנו כי אין מנוס מן המסקנה.."
(פלרמן)

ע.פ. 86/59 " במובן שאין להסיק מסקנה לרעתו של נאשם בשל כך בלבד שהוא לא
פס"ד יג' 1722 הופיע כעד להגנתו. אך עובדה זו מחזקת את ההוכחות לכאורה שהובאו
(מזריצקי) ע"י הקטגוריה ואת ההוכחה לכאורה המתעוררת מהן".

ע.פ. 255/64 חזרה על הלכת קנדיל.
פס"ד יח' (4) 616
(בן צבי)

ע.פ. 325/64 כב'השופט לנדוי:" גור לא העיד בשבועה ולא נתן כל הצהרה במשפט זה
פס"ד יח' (4) 48 עובדה זו כ ש ל ע צ מ ה אומרת דרשני והיא מ ח ז ק ת
(גור ירקוני) משקלו של כל חומר מפליל שנמצא נגדו...".

ע.פ. 277/64 " השופט המלומד יבסס את ההרשעה על שני אלה:
פס"ד יח' 640 (א) הנוהג ...
(אקסאל) (ב) שתיקתו של הנאשם - המערער.

" אין אני מיחס ערך לשתיקה זו יען כי כפי שכבר נקבע ע"י בימ"ש
זה פעמים אין סמוו - אין השתיקה משמשת בסיס להרשעה אלא אם כן

כבר קודם לכן, היינו עם גמר פרשת הקטגוריה, קיים היה משהו ה"מסבך" את הנאשם במעשה העבירה"

ב. ב-ע.פ. 325/65 (גור-ירקוני) הנ"ל, הבהיר ביהמ"ש העליון, מפי כב' הנשיא אולשן, את כוונתו באותן פסקאות של פסה"ד שצוטטו לעיל, כדלקמן :-

ע.פ. 325/64 פס"ד יח' (4) 48 (ירקוני-גור)

כב' הנשיא אולשן :-"... לי נראה שמשמעות הנאמר שהימנעות כזאת " עשויה לחזק" הינה רק זאת, שבית המשפט המשוכנע באשמת הנאשם למעלה מספק המתקבל על הדעת, מתחזק עוד יותר , בבטחונו בכך, עקב העדר גירסה לזכותו של הנאשם".

(הערה: וזאת למרות שמדברי כב' השופט לנדוי כמצוטט לעיל משתמעת לכאורה דעה אחרת.)

ג. (1) דבריו אלו של כב' הנשיא אולשן עולים בקנה אחד עם ההסבר שניתן ב-ע.פ. 28/49 (זרקא) לענין נטל ההוכחה המוטל על התביעה במשפט פלילי ולמעשה מ ש ל י מ י ם הסבר זה.

(2) מסקנה זו מתבקשת ומתחייבת אף מהחלטת ביהמ"ש העליון ב-ע.פ. 23/51 (פס"ד ה' 1300) בו נקבע ששתיקת הנאשם אינה יכולה לבוא במקום "סיוע" וב-ע.פ. 217/57 (פס"ד יב' 162) בו נקבע ששתיקת הנאשם אינה יכולה לשמש "דבר מה".

ד. מן הראוי לציין, שגם לאחר פסה"ד ב-ע.פ. 325/64, ממשיך ביהמ"ש העליון (מפי כב' השופט קיסטר) להתבטא בצורה העשויה להתפרש כמיחסת משקל חיובי לשתיקת הנאשם.

ע.פ. 276/65 פס"ד כ' 532 (כהן)

" כאן היו הוכחות לכאורה נגד הנאשמים ושתיקתם - אם כי אינה ראיה נגדם...אך עובדה זו מחזקת את הראיות לכאורה שהובאו ע"י הקטגוריה ואת ההנחה לכאורה המתעוררת מהן".

ה. למרות זאת הרי לאור הדברים ה מ פ ו ר ש י ם הנ"ל ב- ע.פ. 325/64 - ובהתחשב בהסבר המקיף המצוי ב- ע.פ. 28/49 לענין נטל הראיה ובהחלטות לענין ה"דבר מה" והסיוע כאמור - המסקנה חייבת להיות לדעתי, כי למרות שלכאורה משתמע משורה ארוכה של פס"ד שניתן ליחס לשתיקת הנאשם משקל ח י ו ב י העשוי ל ה צ ט ב ר לראיות התביעה ו י ח ד עמן להכריע הכף לחובתו - הרי כיום אין מקום לספיקות שלא זו כוונת ביהמ"ש העליון וכי אכן אין ליחס לאותה שתיקה אלא משקל ש ל י ל י שעיקרו העדר הסבר במקום שהוא מתחייב מחומר הראיה לכאורה.

(הערה: אין להתעלם כמובן מהתרומה ה ח י ו ב י ת - שעשויה לתרום שתיקתו של הנאשם לענין מהימנותה של גירסת התביעה, כפי שיוסבר להלן בפסקה 2, רשאי ביהמ"ש לצאת מן ההנחה , כי משבחר הנאשם שלא להעיד, עשה זאת, בין היתר, מכיוון שלדעתו עשויה

עדותו ל ת מ ו ך בגירסת התביעה, קרוב לודאי ששעה שביהמ"ש העליון התבטא ב"מונחים המצביעים על מתן משקל ח י ו ב י לשתיקה כאמור, ראה לנגד עיניו תרומה ח י ו ב י ת זו ה"מחזקת" ו"מוסיפה" חיזוק ותוספת של ממש למידת מהימנותה של גירסת התביעה.)

1. <u>ובפסיקה הצבאית:</u>

א. ביה"ד הצבאי לערעורים, בעקבות ביהמ"ש העליון, ראה אף הוא את תרומתה הכללית של השתיקה ב"חיזוק" וכ"תוספת" להוכחות שהובאו ע"י התביעה:

<u>ע/228/59</u>: "עובדה היא ששני המערערים בחרו להימנע ממתן עדות וגם עובדה זו <u>מחזקת ההוכחות</u> בדבר קיום קשר..."

<u>ע/40/61</u>: "....בב. במסיבות מסוימות שבהן הסבר אחר אינו אפשרי עשויה שתיקתו של הנאשם ליצור <u>חשד רציני</u> כי עשה המעשה שיוחס <u>ולחזק</u> את ההוכחה שהובאה נגדו...".

<u>ע/88/64</u>: " <u>ושלכל אלה נוסיף</u> את העובדה האומרת דרשני שהמערער לא נתן עדות ולא מסר הצהרה כלשהי...".

ב. קרוב לודאי שגם ביה"ד הצבאי לערעורים, כביהמ"ש העליון, לא התכוון אלא לאותו משקל ש ל י ל י שיש ליחס לשתיקה, היינו <u>משקל העדרו של הסבר שבלעדיו אין מנוס מהרשעה</u> בדבר מהימנותה של גירסת התביעה. לענין אחרון זה, אין ספק שיש לראות בשתיקה משום "תוספת" ו"חיזוק" ממשיים".

וכך סיכם ביה"ד הצבאי לערעורים את עמדתו באותו פס"ד :

<u>ע/40/61</u>: " אך ביה"ד המחוזי לא נהג כך. מה שעשה הוא - ובזה מקבלים אנו את טענתו של בכ' המערער - כי השתמש בגורם השתיקה מצד המערער - ובגורם זה בלבד - <u>לביסוס העדפת הגירסה</u> הפחות נוחה למערער כשי לצאת מהדילמה בה נמצא לאור הראיות שהתביעה הביאה בפניו. לא מצאנו כל אסמכתא המרשה גישה זו ואין היא נראית לנו כמתישבת עם ההלכות הקיימות".

2. <u>השתיקה - כתרומה חיובית למהימנות גירסת התביעה.</u>

א. אם כי כאמור, לשתיקה משקל שלילי בלבד לענין מאזן הראיות - עשויה היא להוות גורם בר-משקל-של ממש בין יתר הגורמים הקובעים את עמדת ביהמ"ש לענין מהימנות גירסת ההגנה.

ב. הטעם לכך הוא, כי משעומדת לרשות ההגנה ראיה העשויה לכאורה לתמוך בגירסתה ואין היא מביאה אותה - ההנחה היא, כי לא הובאה מכיוון שהיה בה כדי לפעול <u>לחמיכת</u> גירסת התביעה. דין עדות הנאשם עצמו לענין זה כדין כל עדות אחרת ומשבחר בשתיקה כאילו בחר באי הבאת אותה עדות מהטעם הנ"ל.

ג. להלן הפסיקה בנושא זה:

ע.פ. 122/52
<u>פס"ד ז' 254</u>
(גבוב)

"כיון שביהמ"ש המחוזי גם הורה לשופט השלום לשקול את העובדה שהמערער לא העיד, מוצאים אנו למועיל להפנות את שימת הלב להלכה אשר בימ"ש זה פסק ב-ע.פ. 28/49 (זרקא). <u>אי מתן עדות, ברור שאינו משמש עדות כשלעצמו</u> ואל לא לבהמ"ש לקבוע עובדות אלא על סמך עדויות של ממש. אך אם חומר הראיות אשר הקטגוריה הביאה עשוי לשמש יסוד להרשעת הנאשם. היינו, אם לכאורה, יש בו כדי להוכיח את אשמתו וביהמ"ש שוקל את הראיות אם מהימנות הן אם לא, רשאי הוא - <u>לצורך כך</u> - גם להביא בחשבון שראיה פלונית אשר היתה בידי ההגנה לא הובאה ומשלא הובאה, מותר להסיק, כי לא הובאה כיוון שהיתה פועלת לטובת גירסת הקטגוריה...
במקרה דנן ברי כי היה בידי המערער ל ה ס ב י ר לפיכך עשויה שתיקת המערער לשמש אחד הגורמים אשר לפיהם ימדוד וישקול ביהמ"ש את מידת המהימנות אשר יש לייחס לראיותיה של התביעה".

ע.פ. 111/56
<u>פס"ד ו' 1062</u>
(כהן)

" אשר לשתיקת המערער בביהמ"ש -... אמת הדבר כי ביהמ"ש <u>רשאי להביא אף עובדה זו בחשבון שיקוליו, בבואו לקבוע את משקל ראיותיה</u> של התביעה הכללית, ופעמים יהיה להסיק משתיקת הנאשם שלא השתמש בזכותו להעיד כיון שעדותו היתה נהפכת לו לרועץ ומגלה את אשמתו, ואולם כשאין בידי התביעה הכללית יותר מאשר החומר שהובא כאן, אשר אינו עשוי לשמש יסוד להרשעת הנאשם ולו רק לכאורה, הרי שתיקתו של המערער אינה מוכיחה ולא כלום".

ובפסיקה הצבאית:

ע/40/61: "גב. בשוקלו את מהימנות הראיות שהוגשו ע"י התביעה ושיש בהן כדי להוכיח לכאורה את אשמתו של הנאשם. רשאי ביהמ"ש לקחת בחשבון שראיה מסוימת לא הובאה ולהסיק מכך כי לא הובאה משום שהיתה פועלת לטובת גירסת התביעה".

ה. ניתן לסכם איפוא, כי שתיקת הנאשם תורמת תרומה ח י ו ב י ת למידת המהימנות שיש ליחס לראיות שהובאו מטעם התביעה וכי לענין זה ניתן לראותה כ"תוספת" וכ"חיזוק".

3. השתיקה - אין בכוחה להסיר ספק

א. כאמור, אין השתיקה יכולה ל ה צ ט ר ף אל ראיות התביעה על מנת להכריע את הכף לחובת הנאשם, אלא - לאחר שהוכרעה הכף יכולה השתיקה להצטבר למשקל המכריע ולהגדיל עצמת ההכרעה.

ב. כאמור, אין בכח השתיקה כדי ל ג ב ו ר על ספק המקונן בלב ביהמ"ש ו ל ה כ ר י ע את הכף לחובת הנאשם.

ג. הכלל הוא, כי משנותר בלב ביהמ"ש ספק סביר באשמת הנאשם - אין ביהמ"ש יכול לסלקו ולחייב הנאשם בדין מחמת שתיקתו ואי מתן הסבר מצידו. במקרה כזה - אין בכח השתיקה אלא כדי להגביר החשדות נגד הנאשם אך לא עד כדי סילוק הספק שמותירות ראיות התביעה.

ד. להלן הפסיקה לענין זה:-

ע.פ. 325/64 "...אם בתום פרשת הקטגוריה קיים ספק בלב השופט, הרי
פס"ד יח' 48 הימנעותו של נאשם מלהעיד לא תהפוך דבר שבספק לדבר שאיננו
(ירקוני-גור) בספק...".

4. <u>השתיקה - אינה מהוה סיוע ואף לא "דבר מה"</u>

א. לשתיקה כשלעצמה אין כאמור משקל חיובי כמותי ועל כן אין בכוחה להתוסף אל כמור ראיות התביעה ולהשלים החסר בהן באופן שיחד עמה תוכלנה לשמש בסיס להרשעה.

ב. תוצאה טבעית ממצב זה היא כי אין השתיקה יכולה לבוא במקום ראיה שעול הוכחתה על התביעה, אין היא עשויה לשמש "סיוע" במקום שהוא דרוש ואין בה כדי להוות "דבר מה" כשבלעדיו לא ניתן לבסס הרשעה בדין.

ג. להלן סקירת הפסיקה לענין זה:-

ע.פ. 23/51 <u>פס"ד ה' 1300</u> (יוסף)

"...שתיקתו של המערער בביהמ"ש של מטה אינה <u>משמשת סיוע</u> לדברי קרבן הפשע אך אין אנו מקבלים את דעתו של ב"כ המערער כי על ביהמ"ש של מטה היה להתעלם משתיקה זו לחלוטין...".

ע.פ. 217/57 <u>פס"ד יב' 162</u> (חגואל)

"... אם כי ה"<u>דבר מה</u>" אינו חייב להגיע לדרגת סיוע, עדין הוא צריך להיות בבחינת "הוכחה" וכידוע אי מתן עדות אינו יכול לבוא במקום הוכחה".

ד. <u>ובפסיקה הצבאית:</u>

<u>ע/186/61</u>:

"חייבים אנו לומר שלא מצאנו בחומר העדי האחר <u>עדות מסייעת</u> כזו <u>ואין אנו חושבים שיכולה לעזור לה לתביעה שתיקתו של המערער</u>. היינו, אי מסירת עדות על ידו בשבועה או בהן צדק..".

5. <u>שתיקה המתישבת עם חפות מפשע</u>

א. הובאו לכאורה ראיות נגד הנאשם, עדין עשויה שתיקתו שלא להתפרש כברת משקל שלילי לחובתו, באם, באופן סביר, מתישב אי מתן הסבר מצידו עם חפותו מפשע באותה מידה שהוא מתישב עם היותו אשם.

ב. כלל זה, לא בא אלא כדי להמחיש ולהבליט את התנאי המוקדם להחלת ההלכה הנדונה והוא - כי הראיות לכאורה שהובאו נגד הנאשם , לא זו בלבד שיש בכוחן כדי ל"העביר" אליו את נטל הראיה אלא שיש בהן, באם לא ינתן הסבר סביר מטעם הנאשם כדי להוביל למסקנה חד משמעית בדבר אשמתו.

להלן הפסיקה לענין זה:

ע.פ. 325/64
פס"ד יח' 48
(ירקוני-גור)

"... וכאשר הנאשם אינו נותן עדות, או אינו מביא עדים להגנתו, יש ותוך כדי הערכת העובדות שהוכחו ע"י הקטגוריה, או ההוכחות שהוגשו על ידיה, שאפשר להעלות באופן סביר שתי גרסאות שונות שאחת מהן נוחה לנאשם, במקרה כזה על ביהמ"ש להעדיף את השניה... ברם כאשר העובדות שהוכחו... הן מבחינת הסבירות חד משמעיות ואין מקום לשתי "גרסאות" שונות, אין הסניגור יכול להעלות גירסה שניה כדי השערות בעלמא...".

6. השתיקה - כתמיכה בגירסת הנאשם

א. כשם שאין שתיקת הנאשם עשויה לשמש תחליף להוכחה שנטל הבאתה על התביעה - כן אין היא עשויה לשמש בסיס להעלאת השערות לביסוס גירסת ההגנה.

ב. וכך ביטא ביהמ"ש העליון כלל זה :-

ע.פ. 325/64
פס"ד יח' 48
(ירקוני-גור)

"... מאידך, הימנעותו זו (מלהעיד - י.ק.) לא תהפוך דבר שאיננו בספק לדבר שבספק תוך הסברה שאילו נתן עדות אולי היה מעלה גירסה זו או אחרת..."

7. שתיקה - עשויה לבטל הסבר שניתן במקום אחר

א. נתן הנאשם הסבר בשלבי חקירתו מחוץ לכתלי ביהמ"ש לחומר הראיה הפליל שנאסף נגדו ובחר בשתיקה - בעת הדיון לאחר שחומר זה הובא בפני ביהמ"ש והיה בו כדי להוכיח אשמתו לכאורה וכדי לחייבו ליתן הסבר - רשאי ביהמ"ש שלא לקבל ההסבר שניתן ע"י הנאשם בשלבי חקירתו ובמקום ה ה ס ב ר מחומר הראיות שהובא נגדו".

15 /...

ב. להלן הפסיקה בנושא זה:

ע.פ. 69/54 "...ומשלא נהג כן, אלא בחר בשתיקה מוחלטת, לא היתה כל
פס"ד ח' 932 מניעה לכך כי ביהמ"ש לא יתן אמון בדברי המערער (בפני
(מרדורוסיאן) המשטרה) לגבי העדרותו...".

התביעה ובהמ"ש - רשאים להסתמך על השתיקה

1. לא אחת, מצטטים המתנגדים ללקיחת שתיקת הנאשם בחשבון כברת משקל שלילי לענין מאזן הראיות וכתורמת תרומה חיובית לענין מידת המהימנות של עדי התביעה כאמור - ציטטות ארוכות מתוך פס"ד אנגליים, בהם מביע ביהמ"ש באנגליה את מורת רוחו - ולעתים אף למעלה מזה - מן העובדה שב"כ התביעה מצביעים בסיכומיהם על שתיקת הנאשם ומבקשים לקחת אותה בחשבון. (ראה: ארצ'יבולד, מהדורה 35, פסקאות 555 ו-558).

2. המצב באנגליה בנושא זה שונה תכליתי שינוי מהקיים בארצנו ושתי סיבות לכך:

א. שיטת המושבעים הנוהגת שם.

ב. עד לשנת 1898 לא היה הנאשם כשר למסירת עדות להגנתו. משהוענקה לו הזכות למסור עדות, הרי אין הדעת סובלת שמשנעשה בתחום זה שינוי לשיפור מצבו - יהיה באי השימוש ב ז כ ו ת שהוענקה לו כדי להביא להרעה במצבו, לעומת המצב בו היה מוצא עצמו לפני הענקת זכות זו.
בארצנו אין לשני הגורמים הללו משקל כלשהו.

3. להלן הפסיקה המקומית לענין זה:

ע.פ. 31/52 "...טענה שלישית: שגה השופט המלומד בהסתמכו על העובדה
פס"ד ו' 771 שהמערערים לא נתנו עדות, ועל כל פנים, התובע הכללי לא היה
(שמעיה) רשאי להסתמך על עובדה זו. אנו סבורים, שגם לטענה זו אין
שחר. לדבר זה יכולה להיות חשיבות כאשר משפט מתנהל בפני
מושבעים. שאז יש לנהוג זהירות ולהסביר להם את זכותו של
נאשם שלא לתת עדות. אולם, כאשר אין ענין של הסברה
למושבעים... מדוע אסור לשופט לציין את העובדה כי ההסבר

/...

לא ניתן? ומדוע יהיה אסור לתובע הכללי לשכנע את השופט כי בהעדר הסבר מצד הנאשם המסקנה היחידה היא לחובת הנאשמים".

ע.פ. 250/53 פס"ד ח' 1004 (עובדיה)

"...קודם כל יש להסעים, כי אם קיימת דעה, ששתיקתו של הנאשם היא זכותו ושלפיכך אין בשום פנים ובשום מקרה להכניס את עובדת שתיקתו בין השיקולים בקשר להערכת ההוכחות, הרי, דעה זו מוטעית היא...".

ע.פ. 11/56 פס"ד ו' 1063 (כהן)

" אשר לשתיקת המערער בביהמ"ש -... - אמת הדבר כי ביהמ"ש רשאי להביא אף עובדה זו בחשבון שיקוליו"...

<u>ובפסיקה הצבאית:</u>

<u>ע/40/61</u>:

" ברם כשעומד הנאשם על זכות זו (- זכות השתיקה - י.ק.) לא חל כל איסור על ביה"ד - בו מתברר דינו - לתת דעתו על עצם שתיקת הנאשם ולהוציא מסקנות שעה שהוא מעריך את הראיות שהובאו בפניו".

ס י כ ו ם

1. אין ליחס לשתיקת הנאשם משקל ח י ו ב י העשוי ל ה צ ט ב ר למשקל ראיות התביעה.

2. כפועל יוצא מכך, אין לראות בשתיקת הנאשם משום <u>ראיה</u>, ואין היא יכולה לבוא <u>במקומה</u> או <u>לסייע</u> לה או <u>לשמש לה דבר מה</u>.

ה ע ר ו ת ל ת ו ב ע י ם

1. א. למרות העובדה שלשתיקת הנאשם, משקל שלילי בעיקרו - להוציא התרומה החיובית למידת המהימנות של עדויות התביעה - הרי בכל זאת יש בידי התביעה להסתייע בה סיוע של ממש, ובלבד, שהדבר ייעשה בזהירות רבה דהיינו תוך ניצול מירבי של כח ה ש כ נ ו ע הטמון במשקל שלילי זה מחד גיסא ושמירה קפדנית שלא לעבור אל גבול המשקל החיובי מאידך גיסא.

ב. הזהירות האמורה, נדרשת בעיקר לקידום הסיכון שביהמ"ש יראה ב"שתיקה" אחד הנימוק ם להרשעה. במקרה כזה, בשלב הערעור, יהיה על ביהמ"ש לערעורים מחד גיסא לבטל את הכרעת הדין שהרי ההרשעה מ ב ו ס ס ת שלא כדין על משקל מצטבר של שתיקה, ומאידך גיסא, לא הוכל ערכאת הערעור - בחלק הארי של המקרים - לשים עצמה במקום הערכאה הראשונה ולחזור ולשקול באם יצאה התביעה ידי חובת הוכחת אשמתו של הנאשם "אף ללא עובדת השתיקה".

2. א. נאשם הבוחר בשתיקה משליך יהבו על כושרו לשכנע את ביהמ"ש כי אין בראיות התביעה כשלעצמן כדי לבסס את הרשעתו או, לפחות, כי קיים ספק הימנו זכאי הוא להינות.

ב. לענין זה ינסה הנאשם:

(1) להעביר את מרכז הכובד מן העובדות שהוכחו ע"י התביעה לאפיה של המסקנה שניתן - אם בכלל - להסיק מהן.

(2) לתת בשלב הסיכומים , את אותו ההסבר שהיה עליו להביא בפני ביהמ"ש בדרך של ראיות.

3. על התביעה במצב זה לנהוג כדלקמן:-

א. להדגיש ולהבליט את משקלן הסגולי של הראיות שהובאו על ידה ואשר נותרו ב ל ע ד י ו ת.

ב. להדגיש ולהבליט את העובדה כי מסקנת ההרשעה אינה המסקנה האחת והיחידה שניתן להסיק מראיות אלו וכי אין מקום הגיוני לקיום מסקנה אחרת.

18 /...

ג. להדגיש ולהבליט - במקרים המתאימים - את התרומה החיובית שתורמת השתיקה למידת המהימנות שיש ליחס לראיותיה.

ד. ל ה ז מ י ן את ביהמ"ש:

(1) לדחות כל נסיון מטעם הסניגוריה ליתן הסברים בסיכומים במקום ע"י הבאת ראיות.

(2) לקבוע כי אין הנאשם יכול להיבנות ממה שלא אמר ואין מקום להניח לזכותו כי אילו היה מעיד היה מעיד היה מצב הדברים שונה לטובתו.

ה. להצביע - כ ס י כ ו ם לטענותיה - על המשקל השלילי שיש לייחס לשתיקת הנאשם, תוך הדגשה שאין בה בשתיקה כדי להימנות על ה"ראיות" המשמשות ב ס י ס להרשעה.

י. קדמי , רס"ן
תובע צבאי ראשי

הרשעה על-פי
עד יחיד

מ ו ג ב ל

מפצ"ר / תביעה
סל. 2885
חק- 20(13)
תשכ"ו
יוני 66

הנדון: חוזר הנחיות מקצועיות מס. 11 -
הרשעה על פי עד יחיד.

כ ל ל י

1. ההוראה החקוקה הכללית בארצנו העוסקת ב כ מ ו ת העדות - לעומת איכותה - על פיה רשאית ערכאה שיפוטית לקבוע מימצאים עובדתיים העשויים לשמש בסיס לפסק דין מצויה בסעיף 6 לפקודת העדות.

2. סעיף 6 האמור, מתיחס כיום אך ורק לתחום האזרחי ולכאורה לפנינו מצב של "שתיקה" לגבי התחום הפלילי. ברם, תהייה על מקור הסעיף מלמדת כי בתחילה התיחס סעיף זה לשני התחומים גם יחד ונוסחו היה כדלקמן:-

"לא ינתן פס"ד במשפט כלשהו עפ"י עדות עד יחיד, מלבד אם - כשהמשפט הוא משפט אזרחי, לא הוכחשה עדות זו, וכשהמשפט הוא משפט פלילי, הודה הנאשם בעדות זו, או, בין שהמשפט הוא אזרחי ובין פלילי היה לעדות סיוע באיזו עדות חשובה אחרת אשר, לדעת ביהמ"ש, די בה כדי להוכיח את אמיתות העדות".

וכי רק בתיקון מס' 68 לשנת 1936 שונה נוסח זה לנוסח הנוכחי שזו לשונו:

"לא יינתן פס"ד במשפט אזרחי ע"י עדות עד יחיד, מלבד אם לא הוכחשה עדות זו או שהיה לה סיוע באיזו עדות חשובה אחרת, אשר, לדעת ביהמ"ש, די בה כדי להוכיח את אמיתות העדות".

3. עימות הנוסח הנוכחי כנגד הנוסח המקורי מלמד, כי כונתו של המחוקק היתה לפטור את בתיהמ"ש בדונם בפלילים מחובת "הסיוע" לעדותו של עד יחיד מחד גיסא ומאידך גיסא שלא להגבילם - בהוראה חקוקה -' במה שנוגע לכמות הראיות הדרושה לביסוס חיוב בדין.

4. בהשאירו את התחום הפלילי ללא הגבלת חקוקה כאמור, הותיר המחוקק למעשה לבתיהמ"ש להכריע בשאלה באם ניתן להרשיע אדם בפלילים על פי עדותו של עד יחיד.

2 / ...

5. ברם, למרות העדר הוראה חקוקה ועל אף ה"היתר" שניתן ע"י התיקון הנ"ל לבסס הרשעת נאשם בפלילים על פי עדותו של עד יחיד, בחרו בתיהמ"ש לילך בעקבות ההלכה הפסוקה באנגליה ולסיב עצמם בכלל של זהירות, המחיב את השופט לבחון את עדותו של העד היחיד בקפידה יתירה תוך חשיפת בחינה זו לביקורתה של ערכאת הערעור.

6. בקביעת הסייג האמור, נשארו בתיהמ"ש נאמנים לגישה, כי הרשעה בפלילים על פי עדותו של עד יחיד מלווה תמיד בסיכון של "טעות" על אף מתן אמון מוחלט בעדות זו ולמרות העובדה שלא קימים הטעמים המחיבים "סיוע" לעדות היחידה. (ראה: חוזר מס' 9).

מקוחה של ההלכה וטעמיה

1. הטעם לקיום ההלכה נעוץ בחשש להרשיע אדם בפלילים במצב של עדות כנגד עדות, כשהגורם המכריע ביניהן אינו אלא "התרשמותו" של השופט, אשר כהתרשמות כל בן תמותה, חולשתה בכך, שהיא נתונה להשפעת גורמים שאינם מצויים בתחום השליטה והבקורת האנושיים ואשר עשויים להביאו - ללא בחינה מדוקדקת המסתיעת בד"כ בנתונים אוביקטיביים - לכלל טעות.

2. מן הראוי להדגיש כי בעוד שבמקרים האחרים בהם נדרש "סיוע" לעדות היחידה - או אף "דבר מה" בלבד - לוקה אותה עדות במידת מהימנותה בשל "מעמדו" המיוחד של העד באותן נסיבות, בעוד שבמצב הנידון, אין למצוא פגם הגיוני כלשהו בעדותו של העד היחיד והדרישה לזהירות יתר אינה באה אלא להפיב ולבטל כל צל של חשש לטעות ב ה ע ד פ ת עדות אחת על חברתה.

3. א. גם באנגליה לא קיימת הוראת חוק כללית הקובעת הגבלות לענין מספר העדים המיזערי הדרוש לביסוס הרשעה בפלילים. הכלל באנגליה - פרט למספר דברי חקיקה יוצאים מן הכלל (ראה, קרוס, מהדורה 2, ע' 167) - הוא, כי ביהמ"ש ר ש א י לחייב בדין עפ"י עדותו המהימנת של עד אחד.

ב. לצד היוצאים מן הכלל החקוקים, קבעה ההלכה הפסוקה באנגליה, ככללים שבנוהג, את חובת הסיוע לעדותו של עד יחיד באותם המקרים שבהם נדרש הסיוע גם בארצנו, דהיינו: לעדותו של שותף-לעבירה, מתלונן בעבירות מין, עד התביעה במשפט של עדות שקר וקטין המוסר עדות ללא שבועה.

ג. פרט לחובת הסיוע במקרים הנ"ל - המתבטאת, שלא כדוגמת חובת הסיוע בארצנו, באזהרה מתאימה - אין ההלכה הפסוקה באנגליה מחייבת את ביהמ"ש, שעה שעד יחיד בפניו, לעשות פעולה ממשית, החייבת להשתקף בפסה"ד, לקידום הסיכון הכרוך בהרשעה על פי עד יחיד.

ד. יחד עם זאת, אין ספק, כי גם באנגליה משמשת העובדה כי התביעה נשענת על עד יחיד, אחד הגורמים העיקריים בשיקולי ביהמ"ש באם ניתן לחייב את הנאשם בדין. ברם, גורם זה כיתר השיקולים האחרים, נשאר בתחומו האישי-פנימי של ביהמ"ש ואין ביהמ"ש חייב ליתן לו ביטוי חיצוני כלשהו.

ה. זאת ועוד, הפסיקה באנגליה מלמדת, כי בתיהמ"ש נוטים ל ז כ ו ת בדין נאשם שעומדת נגדו עדות עד יחיד, בכל מקרה שבו, על אף מתן אמון מוחלט בעד, נותר בלב ביהמ"ש ח ש ש כלשהו, ויהא הקל שבקלים לענין האפשרות לסמוך הרשעה בפלילים על עדות זו.

ו. את מוסד ה"אזהרה" נטלנו איפוא מהחוק המקובל האנגלי, אך, שלא כבארץ מוצאו, שחלנוהו לגבי העד היחיד, שפרט להיותו י ח י ד אין להצביע על גורם כלשהו העשוי לפגום במהימנות עדותו ובכשרה לשמש בסיס איתן להרשעה.

4. לענין המצב בנושא זה במשפט המקובל האנגלי מופנה הקורא:
א. לספרו של פיפסון, מהדורה 10, פסקאות 5-1564.
ב. לספרו של קרוס, מהדורה 2, עמ' 166.

ה ה ל כ ה

1. ההלכה היא, שאין מרשיעין אדם בפלילים על סמך עדותו של עד יחיד, אלא אם כן נתן ביהמ"ש קודם לכן דעתו לכך כי עדות יחידה בפניו, חזחיר עצמו בפני הסיכון הכרוך בהרשעה על פי עדות יחידה <u>ועל אף זאת</u> הגיע למסקנה, כי במסיבות הענין ניתן לסמוך על עדות זו <u>לחלוטין</u> ולבסס הרשעה בפלילים על פיה.

2. תהליך "הכשרת" העדות היחידה לשמש בסיס איתן להרשעה הינו איפוא תהליך שכלי אישי-פנימי של השופט ככל כולו מצטמצם למעשה ל"אזהרה עצמית" לעירנות יתר. בכך טמון ההבדל היסודי בין ה"אזהרה העצמית" מ"הסיוע" וה"דבר מה" - המחייבים בחינה ח י צ ו נ י ת של העדות היחידה ו ה ש ו א ת ה לחומר ראיה אחר.

3. להלן סקירת הפסיקה בה נקבעה ההלכה האמורה:-

ע.פ. 6/52
<u>פס"ד ו', 753</u>
(אל-חלאק)

:"אין חולק על כך, כי מבחינת החוק רשאי בית-משפט להרשיע אדם על-סמך עדותו של עד יחיד, אך לפי הכלל שנקבע בעבר בשורה ארוכה של פסקי דין הוא מצוה לשוות לנגד עיניו כמה מיני שיקולים, בטרם יעשה כן, <u>וזה הכלל: אין מרשיעים אדם על-סמך עדותו של עד יחיד אלא אם כן נתן הדיין דעתו על כך, שההוכחה נגד אותו אדם היא עדותו של עד יחיד בלבד, וכי במסיבות הענין אפשר לסמוך עליה ולהרשיע אדם על פיה</u>".

ע.פ. 56/52
פס"ד ו', 1284
(ברנדוין)

:"הרשעתו של המערער, מבוססת על עדותו של עד יחיד, אך מתוך פסה"ד לא ברור כלל ועיקר כי השופט המלומד שיוה לנגד עיניו את המבחן המקובל, כי במקרה של עדות יחידה, חייב ביהמ"ש להקפיד קפידה יתירה ולשאול עצמו אם בסיבות הענין אפשר לסמוך עליה ולהרשיע על פיה. אין ביהמ"ש חייב, כמובן, להשתמש לצורך כך בביטויים מסוימים אך ביהמ"ש לערעורים לא יאשר הרשעה אלא אם כן ישוכנע תחילה כי אותם שיקולים אמנם היו לנגד עיניו של ביהמ"ש דלמטה".

ע.פ. 87/53
פס"ד ז', 967

:" שופטי הרב הדריכו עצמם כהלכה באמרם, שרשאי ביהמ"ש, אף במשפט רצח, להרשיע את הנאשם על פי עדותו של עד יחיד, הם גם היו רשאים לבנות את ההרשעה על עיקרי עדותו של העד היחיד, אף כי לא האמינו לו בפרטים אחרים שבעדותו, אותם ראו כפרטים טפלים, אף לא נעלם מהם הצורך בזהירות מיוחדת בטרם ירשיע ביהמ"ש נאשם על פי עדות יחידה (עיין ב-ע.פ. 6/52)..."

(הערה: בכל זאת, בוטלה הרשעה - ראה הפיסקה העוסקת בהתערבות ערכאת הערעור, סעיף 1 - י.פ.).

ע.פ. 51/54
פס"ד ח', 985
(בוטפרוינד)

:"בא-כוח המערער טען, כי במסיבות הענין לא היה חשוב לו, לשופט, להסתמך על עדותו היחידה של העד לב, אולם מאחר שהשופט המלומד קבע בפסק דינו, כי עד זה, שהוא מפקח מחוזי למניעת הברחות מטעם משרד המכס, הוא עד מהימן ומאחר שהשופט הביא בחשבון כי זו עדות יחידה ששימשה יסוד להוכחת העבירות, ואף על פי כן לא היסס להרשיע את המערער על יסוד עדות זו בלבד, אין אנו רואים יסוד להתערב בהערכה שהעריך אותה עדות".

ע.פ. 94/55
פס"ד ט', 1521

:"היות והרשעת המערער היתה מבוססת למעשה על עדותו היחידה של יוסף בן-דוד וגם היא איננה עדות ראיה אלא עדות של הודאות אשר עד זה שמע, כביכול, מפי המערער - שומה היה על השופט לבחון את העדות הזאת בקפדנות מיוחדת לאור העדויות האחרות שניתנו במשפט. בא כוח היועץ המשפטי מודה שבנדון זה ישנן כמה סתירות ואי דיוקים בדברי העדים שלא יושבו ע"י השופט בפסק-דינו, אלא הוא עשה כמיטב יכולתו כדי לישבם בטענותיו לפנינו. אני סבור שלא היה זה בטוח להרשיע את המערער על פי עדותו היחידה של יוסף בן-דוד".

ע.פ. 38/61
פס"ד סז', 532
(בן-דוד יצחק)

:"מה גם שהלכה פסוקה היא, כי מחובת השופט, היושב לדין במשפט פלילי, לנקוט זהירות יתר בטרם ירשיע את הנאשם על סמך עדות יחידה. (ע.פ. 94/55, בצלאל נ. היועץ המשפטי, פד"י, כרכ, ע' 1520, 1521, (10))". (ההרשעה בוטלה).

<u>הערה</u>: ראה גם: 1) ע.פ. 107/61, פס"ד טו', 1452.
2) ע.פ. 77/64, פס"ד יח', 74.
3) ע.פ. 218/63, פס"ד יח(2) 21.

4. ההלכה הנדונה חלה אך ורק באותם המקרים בהם עדותו של העד היחיד היא העדות ה י ח י ד ה המצויה נגד הנאשם בחומר הראיה שבא בפני ביהמ"ש.היה וניתן לסמוך עדות זו על ראיות אחרות העשויות לסמוך בה ולשמש לה בבחינת "סיוע" - אם כי לא הסיוע במובנו הטכני - שוב אין צורך ב"אזהרה" עצמית.

ע.פ. 22/52
<u>פס"ד ז', 300</u>
(הוניגמן)

:"קיצורו של דבר: להוכחת פרטי האשמה רבים היתה לפני בית משפט של מסה עדות יחידה <u>ללא כל סיוע</u>. בית-המשפט שם לנגד עיניו את העקרון, <u>כי אין זה בטוח להרשיע על סמך הוכחה מועטת כזאת</u>, ובמקום שדבריו של עד יחיד עוררו בו ספק כלשהו, לא סמך עליהם כי אם נתן למערער ליהנות מן הספק, במסיבות אלו אין לסתור את מסקנתו של בית-המשפט, בהחליטו להרשיע בפרטי האשמה אחרים על סמך עדותו של עד יחיד".

ע.פ. 198/53
<u>פס"ד ז', 935</u>
(אייכנבאום)

:"אילו היתה ההרשעה מבוססת על עדות יחידה <u>ללא סיוע</u> וללא תשומת לב מספקת השופט על אי הבסחון הכרוך בהרשעה על סמך עדות יחידה היה מקום לטענה זו".

5. היתה העדות היחידה נקיה מפגמים <u>וליקויים</u> ולא התנגשה בנתונים אוביקטיביים - להוציא כמובן גרסת הנאשם - רשאי ביהמ"ש להסתפק במתן אמון מוחלט בה ובאזהרה עצמית כאמור. ברם, לקתה העדות היחידה בסתירות פנימיות ונתגלה הצורך ביישובה עם נתונים אוביקטיביים, הרי, גם אם נתן בה ביהמ"ש אמון מלא - למרות הפגמים האמורים - אין די באזהרה כדי לבסס הרשעה על פיה ועל השופט לנמק החומר העדי <u>ולהראות</u> בפסה"ד מה הניע אותו להרשיע על פיה <u>למרות</u> הליקויים האמורים.

ע.פ. 6/52
<u>פס"ד ו', 753</u>
(אל-חלאק)

:"אילמלא הזהיר השופט המלומד את עצמו כי החומר שעליו לעשות בו מוגבל לעדותו של המתלונן בלבד, ואילמלא ראה את הסתירות הפנימיות שבדברי המתלונן בעדות בבית-המשפט בשלבים השונים של החקירה שקדמה למשפט, ודאי היה מקום לטעון כי ההרשעה פגומה, מחמת העדר הסבר מתקבל על הדעת מדוע האמין השופט בעיקרי דבריו של המתלונן ומדוע לא שת לבו לסתירות שנתגלו, אך לא כן הדבר. השופט המלומד לא הסתפק באמירה בלבד שהוא מקבל את דברי המתלונן - כאשר היה המקרה ב-ע.פ. 104/46, (1) הנ"ל - אלא טרח וגילה את מקומות התורפה שבהם, והסבירם ויישבם לאור כל מסיבות הענין - מצב בריאותו וצלילות דעתו של המתלונן בשלבים השונים של החקירה, דרגת

השכלתם הנסוכה של העדים שהעידו על השיחה שבה קרא המתלונן לראשונה בשמות תוקפיו וכיוצא בזה - והטעים כי הוא מאמין בגירסת המתלונן וקובע מה שקובע על אף "השינויים קלי הערך שבין דברי עדים שונים ואפילו בדבריו של העד הראשון עצמו". לעומת זאת דחה - ואף זה בנתינת טעם - את טענת "האליבי" של המערערים. בקיצור: דבר לא נעלם מעיני השופט המלומד, והוא דן בכל והשיב על הכל . לא שוכנענו כלל, כי נימוקיו נימוקים פסולים היו, וכי שיקוליו שיקולי טעות היו לפיכך אין אנו רואים עילה לבטל את פסקו".

ע.פ. 94/55
פס"ד ס', 1521
(בצלאל)

:"... ב"כ היוהמ"ש מודה שבנדון זה ישנן כמה סתירות ואי דיוקים בדברי העדים שלא יושבו ע"י השופט בפסק דינו, אלא הוא עשה כמיטב יכולתו כדי ליישבם בטענותיו לפנינו. אני סבור שלא היה זה בסוח להרשיע את המערער על פי עדותו היחידה של..."

6. היתה בפני ביהמ"ש עדות יחידה ובחר הנאשם לשתוק ולא הביא עדים להגנתו - תחול ההלכה שנקבעה ב-ע.פ. 28/49 (זוקא),(פס"ד ד' 526) , ואין מקום, לכאורה, לדרישת האזהרה העצמית שהרי בפני ביהמ"ש כפירה באשמה שאינה מלווה בעימות עדות כנגד עדות.

ס י כ ו ם (ההלכה)

1. ביהמ"ש רשאי להרשיע נאשם בפלילים על פי עדותו של עד יחיד ובלבד שעדות זו מ ה י מ נ ת עליו והוא ה ז ה י ר עצמו בדבר הסיכון הכרוך בהרשעה על פי עדות יחידה המועדפת על ידו על עדותו של הנאשם.

2. תכלית ה"אזהרה העצמית" להביא את השופט לידי בדיקה קפדנית יותר של עמדתו לענין מהימנותה של העדות היחידה שבפניו.

3. אין ביהמ"ש המרשיע על סמך עדותו של עד יחיד חייב לבסס האמון שהוא נותן באותו עד על ראית "סיוע" או על "דבר מה" או על חומר עדי אחר מכל סוג שהוא והדבר נתון באופן בלעדי בתוצאות התרשמותו הבלתי אמצעית מן העד.

4. ביהמ"ש חייב לנסח פסק דינו כך ש י ר א ה מ ת ו כ ו כי אכן שיוה לנגד עיניו את הכלל שאין זה בסוח להרשיע על סמך עדות יחידה, אלא אם כן נבחנה בקפדנות יתירה.

5. חייב חומר הראיה שבא בפני ביהמ"ש ל י ב ו ן "סתירות פנימיות" הקימות בעדותו של העד היחיד או י י ש ו ב "סתירות חיצוניות" שבין עדות זו לנסיבות שהוכחו - מחובתו של ביהמ"ש לעשות כן בפסק דינו.

6. סמך ביהמ"ש ההרשעה על עדותו של עד יחיד שמצא לה "סיוע" בראיה אחרת מתוך החומר העדי - שוב אין צורך באזהרה כאמור.

התערבות ערכאת הערעור

1. א. כללית ניתן לומר כי ערכאת הערעור תבטל הרשעה על פי עדותו של עד יחיד:

א. כאשר ביהמ"ש בערכאה ראשונה לא שיוה לנגד עיניו את ההלכה המחייבת אותו להזהיר עצמו בדבר הסיכון להרשיע בנסיבות אלו ואין ללמוד מפסה"ד כי ביהמ"ש בחן את העדות היחידה בקפדנות יתירה תמן בה אימון מוחלט ללא סייג.

ב. כאשר העדות-היחידה לוקה בסתירות "פנימיות" ואינה מתישבת עם נסיבות "חיצוניות" שהוכחו, וביהמ"ש בערכאה ראשונה לא עמד על סתירות אלו ולא יישבן ולא נתן הסבר למתן אמון ללא סייג בעדות היחידה למרות קיומן.

ע.פ. 6/52
פס"ד ו', 753
(אל-חלאק)

:"במקום שלא ברור, כי שיקולים אלה היו לנגד עיניו של בית המשפט של מטה, לא יהסס בית משפט לערעורים לבטל את ההרשעה. כך, למשל, הוברר ב-ע.פ. 104/46(1), כי ההרשעה היתה מבוססת על עדותו של עד ראיה יחיד, ובית המשפט של מטה בפסק דינו הקצר אמר כי הוא מקבל עדות זו, ולא ניסה כלל להסביר את הסתירה שבינה לבין הדברים שאמר אותו עד יחיד לאחד מחבריו זמן מועט לאחר שמעשה הפשע בוצע, ואף לא ציין על שום מה ביכר את הגירסה אשר העד סיפר אותה בבית המשפט על הגירסה אשר יצאה מפיו - לפי דברי אותו חבר - מיד לאחר מעשה במסיבות אלה - כלומר הואיל ובית המשפט של מטה לא ניתח את דבריו של העד היחיד, ולא ניסה לישב את הסתירות שנתגלו, אמר בית משפט זה, כי לא ברור לו כלל אם בית המשפט של מטה אמנם התיחס לעדות היחידה בקפידה יתירה, ושקל אותה בזהירות הדרושה לפיכך בוטלה ההרשעה".

ע.פ. 198/53
פס"ד ז', 935

:"אילו היתה ההרשעה מבוססת על עדות יחידה ללא סיוע, וללא השדפת לב מטעם השופט על אי הבטחון הכרוך בהרשעה על סמך עדות יחידה היה מקום לטענה זו. אולם לא כן היה הדבר כאן, על סמך עדותו היחידה על עד הקטגורי הראשי קבע השופט המלומד את זהותו של המערער. כלומר, שהוא, המערער, ירד מהמכונית הצבאית והתחמק באישון לילה מעיני העד הראשי וחברו. אולם מלבד עדות זו בדבר הזיהוי היו הוכחות לא רק על בצוע מעשה חשוד שעה קצרה לפני שהמכונית הצבאית נתפסה בידי שומרי החוק, כי אם שבאותה מכונית צבאית, ממנה ירד המערער וברח,

8/...

נמצאה אחת מארבע הפרות אשר נגנבו. עדות זו איננה יכולה להיחשב אמנם כעדות סיוע מבחינה טכנית, אך יש בה כדי לחזק את דברי העד הראשי, ומכל מקום אין לומר בשום פנים כי ההרשעה מבוססת על עדות יחידה".

ע.פ. 77/64
פס"ד יח', 74
(ברנבלט)

:"אמת נכון הדבר שרשאי בית משפט, בכל ענין פלילי, להרשיע על פי עדות יחידה, ואם בית המשפט הזהיר את עצמו כדבעי - כפי שהזהיר את עצמו בית המשפט המחוזי בענין שלפנינו - הכלל הוא שבית משפט לערעורים לא יתערב בכגון דא.
זה הכלל, ויש יוצאים מן הכלל. אפן ברצוני - ולענין ההרשעה בערעור זה אין מן הצורך לקבוע מסמרות אימתי יסטה בית משפט לערעורים מכלל זה ואימתי לא יסטה".
"אומר מיד שאין אני מטיל כל ספק במהימנותו וביושרו של העד פישל: בית המשפט המחוזי ראה ושמע אותו, והתרשם עמוקות מן הכאב והכנות בהם העיד: ואין אני מהרהר אחר קביעת בית המשפט שעדות העד הזה היתה - על כל פנים מבחינתו הסוביקטיבית של העד - עדות אמת לאמיתה אלא נראה לי כי חייב היה בית המשפט לשקול משקלה ההוכחתי של עדות זו לא רק ולאו דוקא מבחינת מהימנותה שלה עצמה, כי אם גם בתורת חוליה אחת במסגרת כל יתר הראיות אשר באו לפני בית המשפט - ונתקבלו על ידו כמהימנות - לענין האירועים באותה תקופה במקומו ולענין אופיו ומעשיו של המערער: והיה אם העדות המהימנה ההיא משתלבת יפה עם יתר הראיות ועולה עמן בקנה אחד, כי אז - אפילו לא היה ביתר הראיות משום "סיוע" במשמעותו הטכנית - הדאת נותנת שמותר לבסס על העדות ההיא את הרשעת הנאשם. מה שאין כך כשאותה עדות מהימנה יוצאת דופן היא, וכשיתר הראיות מעוררות ספק שמא אותה עדות בטעות יסודה, ולו גם טעות בתום לב, או שמא זכרון הזועות השונות והמרובות שאותו עד ראה בעיניו אז חזה בבשרו, ניטשטש ונתערבב אצלו במרוצת עשרים השנים שעברו מני אז".

2. נתן ביהמ"ש בערכאה ראשונה אמון בלתי מסוג בעד היחיד, הרי גם אם לא ציין במפורש בפסק דינו כי הזהיר עצמו - לא יתערב ביהמ"ש לערעורים במסקנת ההרשעה.

ע.פ. 51/54
פסקים עליונים סו',
474
(גוטפרוינד)

:"... אולם מאחר שהשופט המלומד קבע בפסק דינו, כי עד זה ... הוא עד מהימן, ומאחר שהשופט הביא בחשבון כי זו עדות יחידה ששימשה יסוד להוכחת העבירות נאף על פי כן לא היסס להרשיע את המערער על יסוד עדות זו בלבד, אין אנו רואים יסוד להתערב..."

ע.פ. 69/55
פס"ד פ', 1277

:"בדקנו את השגותיו של בא-כוח המערער בקפדנות, אולם נוכח הבשחון בו העיד המתלונן, והאמון הבלתי מסויים שהשופט נתן בדבריו של עד זה, איננו רואים כל אפשרות להתערב".

3. כאשר העדות היחידה לוקה ב"פגם" העשוי לפגוע בדרך כלל במהימנותו של אדם - כגון, עד שכבש עדותו - אך יש בחומר העדי הסבר סביר לקיומו של פגם זה או שביהמ"ש דלמטה נתן לבו לקיומו של פגם זה והחליט, בסופו של דבר, ליתן אמון מלא בעד היחיד על אף קיומו של הפגם - לא תתערב ערכאת הערעור ולא תבטל ההרשעה.

ע.פ. 10/59
פס"ד יג', 557
(שרקייה)

:"טענתו הראשית של בא כוח המערער היא, כי בית המשפט לא היה זכאי להסתמך על העדות היחידה של קריים ולהרשיע על פיה, אף כי הוא מודה בכך, שמבחינת ההלכה אין מניעה להרשיע על פי עדותו של עד יחיד. את נקודת התורפה בקבלת דבריו של קריים ובמהימנותם מוצא בא כוח המערער בעיקר בכך, שעדותו יחידה היתה ושהוא לא מסר עדות במשטרה מיד לאחר בצוע הפשע, אלא חיכה עד אשר הוזמן למשטרה לספר על חלקו שלו בקטטה, כשהוא עצמו נחשד לאחר מעשה בגרימת חבלה לאחד מהאנשים שהיו מסובכים באותה קטטה. כאסמכתא לדבריו הביא בא כוח המערער את פסק הדין ב-ע.פ. 6/52, אל חלאק נ. היועץ המשפטי למשלה, פסקי דין ו', ע' 753 (1). .... מדברי פסק הדין אנו למדים לא זו בלבד שבית המשפט האמין לדבריו של קריים וקיבל את גירסתו כי אם גילה דבר מה נוסף, אשר יש בו כדי לפגם את המערער בעבירה המיוחסת לו, דבר מה זה אינו הסיוע השכני כי אם הוכחת מה המורה שדברי העד היחיד אינם קלושים מן האויר ושיש להם על מה שיסמכו... נוסיף על כך, כי יש הבדל ניכר בין הסיבות שלפנינו לבין ע.פ. 6/52 (1), שהובא על ידי בא כוח המערער. באותו ענין היתה ההרשעה אמנם מבוססת בעיקרו של דבר על עדותו של אדם אחד, אך הימנעותו של עד זה מלהופיע לפני המשטרה מיד לאחר מעשה היתה עשויה לעורר תמיהה רבה, שכן הוא היה העד היחיד למעשה הפשע, הדבר קרה במרוחק ממקום ישוב הוא עצמו ניצל ממות שעה שחברו נפל קרבן להתנכלות ולהתנפלות של העבריינים, ולאחר שובו העירה לא גילה את הדבר לאיש אלא הלך לביתו ושתק במשך עת רבה. אף-על-פי-כן קבע בית המשפט שלמטה באותו ענין שאין לפסול את עדותו של העד היחיד, ואף הרשיע על סמך עדות זו, ובית המשפט לערעורים אישר את מסקנתו, לפי שבית המשפט שלמטה הזהיר את עצמו שהוא מרשיע על סמך עדותו של עד יחיד".

10/...

4. מידת התערבותה של ערכאת הערעור בנושא זה אינה מצומצמת כפי שניתן היה להניח שתהיה כשהמתבר בתחום הערכת מהימנותם של העדים אלא משתרעת אל מעבר לבדיקה חיצונית של ציון השיקולים בפסק הדין. ערכאת הערעור רשאית לבדוק את השיקולים ע צ מ ם כדי לראות באם אכן, ל מ ע ש ה , נהג ביהמ"ש בערכאה הראשונה על פי השיקולים אותם ציין בפסק דינו כשיקולים שהדריכוהו בבואו לחרוץ את הדין.

ע.פ. 56/52
פס"ד ו', 1284
(ברנדוין)

:"הרשעתו של המערער מבוססת על עדותו של עד יחיד, אך מתוך פסה"ד לא ברור כלל ועיקר כי השופט המלומד שיוה לנגד עיניו את המבחן המקובל, הינו, כי במקרה של עדות יחידה חייב ביהמ"ש להקפיד קפידה יתירה ולשאול עצמו אם במסיבות הענין אפשר לסמוך עליה ולהרשיע על פיה. אין ביהמ"ש חייב, כמובן, להשתמש לצורך כך בביטויים מסוימים, אך ביהמ"ש לערעורים לא יאשר ההרשעה. אלא אם כן ישוכנע תחילה כי אותם שיקולים אמנם היו לנגד עיניו של ביהמ"ש של מטה והוא פעל על פיהם בדבר זה. אין אנו יכולים, לצערנו, לאמר ביחס לפסה"ד במשפט זה".

ע.פ. 87/53
פס"ד ז', 967
(אל נבארי)

:"שופטי הרב הדריכו עצמם כהלכה באמרם, שרשאי בית המשפט, אף במשפט רצח, להרשיע את הנאשם על פי עדותו של עד יחיד, הם גם היו רשאים לגנות את ההרשעה על עיקרי עדותו של העד היחיד, אף כי לא האמינו לו בפרטים אחרים שבעדותו, אותם ראו כפרטים טפלים. אף לא נעלם מהם הצורך בזהירות מיוחדת בטרם ירשיע בית המשפט נאשם על פי עדות יחידה. (עיין ב-ע.פ. 6/52, (3)) אולם השאלה בעינה עומדת, אם בפועל נהגו שופטי הרוב במידת הזהירות הדרושה בהעריכם את עדותו של שמעון עיני. נבדוק שאלה זו משתי הבחינות עליהן עמד הנשיא המלומד בקטע הנ"ל בפסק דינו: האם היתה עדותו של עיני ללא דופי מבחינת מהימנותה, והאם משכנעת עדות זו כשהיא לעצמה... נוסיף מיד למען הזהירות, שהאפשרות לבדיקת מהימנותן של עדויות הן, כמובן מוגבלות מאד בדרגת הערעור. על כך נעמוד להלן. נתחיל בנקודה השניה הנראית לנו החשובה מבין השתים, והיא: אם נקבל לעת עתה את מהימנות העדות של עיני כדבר שאין להרהר אחריו, האם הספיק משקל העדות הזאת, כמות שהיא, להרשעת המערער?"

ע.פ. 218/63
פס"ד יח(2), 21
(פיק)

:"לדעתנו לא היה די בעדות היחידה של קולמניק להרשעת המערער. יכול להיות שעדותו בחקירה הראשית היתה אמת, ושהוא נסוג לאחר מכן מאמת זו מפני רצונו לעזור למערער. ישנם מקרים, בהם יוכל השופט לחלק עדות ולהתעלם מחלקים ממנה, אם קיים טעם מספיק לכך אך בדרך כלל אין לו לשופט אלא מה שהעד אומר, ולצורך זה יש לראות את העדות כולה בשלמותה. מכאן שאם גירסת התביעה ביחס לעובדה מסוימת מתמוטטת בחקירה הנגדית, התוצאה הרגילה היא, באין הסבר מספיק לדבר, שהסניגור קוצר את פרי הצלחתו ואין עוד לסמוך על עדות כזאת ביחס לאותה עובדה, כי עצם נכונותו של העד לחזור בו בחקירתו הנגדית מערערת את האמון בנכונות גירסתו בחקירה הראשית. דברים אלה כוחם יפה ביתר שת, כאשר המדובר בעדות יחידה והגירסה המרשיעה אינה מסתייעת בשום ראיה אחרת (ראה גם ע.פ. 228/54, (1)) לפיכך אנו מבטלים את הרשעת המערער בפרשי האישום 1 ו-2 ומזכים אותו מפרשים אלה".

5. נתן ביהמ"ש דעתו על כך, כי אל לו להרשיע עפ"י עדותו של עד יחיד והגיע בסופו של דבר למסקנת הרשעה רק לאחר שסמך על חומר ראיה נ ו ס ף , וערכאת הערעור מוצאת כי החומר הנוסף - כולו או בחלקו - אינו עשוי לשמש תמיכת למסקנת ההרשעה, תבוטל ההרשעה.

ע.פ. 6/52
פס"ד ו', 753
(אל-חלאק)

:"מידת תחולתו של הכלל האמור מתבררת עוד יותר ממסיבות הענין שנידון ב-ע.פ. 49/47, (2). באותו ענין הובהר כי בית המשפט של מטה נתן גם נתן דעתו על העובדה, כי לצורך הרשעה יהא עליו לסמוך על דבריו של עד יחיד, ובמסיבות אלה מותר היה לו להרשיע על סמך העדות היחידה. אך לאחר שיקול זה ה ו ס י ף בית המשפט ואמר, כי לדעתו לא יהיה זה "בטוח" להרשיע על סמך העדות היחידה ולפיכך פשפש בחומר הראיות כדי למצוא בהן הוכחות סיוע ואמנם מצא הוכחות כאלה, ובהסתמך עליהן ועל העדות היחידה הרשיע את המערערים. אך בית המשפט לערעורים קבע, כי אחת הראיות הנוספות האלה לא היתה עשויה, מבחינה חוקית, לשמש הוכחה של סיוע: והואיל ולגבי אחד המערערים לא היתה אלא ראיה נ ו ס פ ת זו, החלט לבטל את הרשעתו של אותו מערער".

6. ערכאת הערעור התערב ותבטל הרשעה באותם המקרים בהם נכלל בעדותו של העד היחיד חומר עדי שלא היה כשר לבוא בפני ביהמ"ש וביהמ"ש דלמטה לא הזהיר עצמו במיוחד לענין הסתיגותו מקבלת אותו חלק מעדות העד היחיד המתיחס לחומר העדי הפסול כאמור:-

ע.פ. 153/54
פס"ד ח', 1316
(בריליאנט)

:"אין ספק כי רשאי היה השופט להסתמך על העדות הזאת ולא היינו רואים כל פגם בפסק דינו אילולא משפט אחד הרשום בפרוטוקול, שנאמר ע"י השוטר הנ"ל בתשובה לשאלות הנאשם והיא: אני מכיר אותך מתצלומך המופיע במשטרה ככים מועד... בשעה שציין השופט בפסק דינו כי הוא מאמין לעדותו של השוטר פיסקורץ כלל בודאי גם עדות זו, ואין כל זכר בפסק הדין בו מזהיר השופט את עצמו לא לקבל חלק זה של העדות בה הוזכר עברו הפלילי של המערער".

7. נימק ביהמ"ש בערכאה ראשונה את החלטתו לסמוך על עדות העד היחיד ונתברר כי הנימוק מושתת על "טעות בחוק" - כגון, טעות בהשלת נטל ההוכחה - יבטל ביהמ"ש לערעורים את ההרשעה גם אם ביהמ"ש דלמטה ציין כי הזהיר עצמו בהתאם להלכת הפסוקה:-

ע.פ. 107/61
פס"ד טו' 1452
(עטר)

:"היוצא מזה, כי ההרשעה מתבססת למעשה על עדותו של יעקב עבאר שנסתרה על ידי עדותו של המערער. שופט השלום המלומד היה ער לענין זה וציין בפסק דינו כי הוא הזהיר את עצמו היטב כי ההכרעה בדבר אשמת המערער תלויה במהימנות שהוא רוחש לדבריו של יעקב עבאר ושאכן השתכנע כי זה האחרון דובר אמת ושמותר לסמוך את הרשעת המערער על דבריו.
אף-על-פי-כן, סבורים אנו כי אין לתמוך בהרשעה כזאת מהטעם הבא. בפסק דינו אמר שופט השלום:"לא הובאה בפני כל הוכחה ואף הקלושה ביותר מצד הנאשם שהיתה יכולה לערער את מהימנות העד", לדעתנו, משמעות הדברים האלה היא, כי שופט השלום הסיל למעשה את חובת ההוכחה בנדון על המערער, בו בזמן שהדין הוא כידוע, כי חובה זו מושלת עד הסוף על הקטגוריה, וכאמור, העדות של העד הנ"ל נסתרה על ידי העדות של המערער. לא מצאנו בגוף פסק הדין של שופט השלום כל נימוק מדוע מצא לנכון להעדיף את עדות העד על זו של המערער.
אם נביא בחשבון כי לפי דברי המתלונן שניהם היו בקרבת מקום, שעה שהעמיד המתלונן את הארגשם הנ"ל על המכונית, אזי חייבים אנו להסיק כי לא היה זה משום צעד בטוח לסמוך את ההרשעה על עדות של עד התביעה בלבד".

8. באותם המקרים בהם מותירות כלל נסיבות המקרה ספק סביר באשמת הנאשם על אף מתן אמון מוחלט בעדותו של העד היחיד - על ביהמ"ש לזכות את הנאשם לא מכיון שעדות יחידה בפניו אלא בשל הספק באשמתו שמקורו בעדותו המהימנה של העד היחיד.

ע.פ. 295/55
פס"ד י', 207
(פוקס)

:"... השופט המלומד ביקר במקום כדי לבדוק אם היתה אפשרות לעד היחיד הנ"ל לתפוס את דמותו של הגנב... מכיון שלאמיתו של דבר אין כאן מחלוקת בענין מהימנות העד אלא במסקנות שיש להסיק מהמסיבות... אנו סבורים שהשופט המלומד היה מיטיב לעשות אילו היה נותן למערער להינות מהספק".

ס י כ ו ם (התערבות ערכאת הערעור)

1. ערכאת ערעור תתערב ותבטל ההרשעה:

א. כאשר ביהמ"ש דלמטה לא הזהיר עצמו בהתאם להלכה הפסוקה.

ב. כאשר העדות היחידה לוקה בפגמים "פנימיים" או "חיצוניים" וביהמ"ש דלמטה לא השכיל להבהיר פגמים אלה ולהראות שאין בהם כדי להמעיט ממהימנותו של העד ולעורר חששות לענין ההרשעה על פיו.

ג. כאשר מסתבר מן החומר העדי כי ביהמ"ש דלמטה לא בחן בקפידה נאותה את העדות היחידה ולא עימתה כהלכה כנגד חומר הראיה האחר.

ד. כאשר מסתבר מן החומר העדי כי ביהמ"ש דלמטה סמך מהימנותו של העד היחיד - או הכרעתו הסופית להרשיע על פיה - על חומר עדי פסול או על הנמקה בלתי סבירה או על "טעות בחוק".

2. ערכאת הערעור לא תתערב:

א. כאשר ברור מפסה"ד כי ביהמ"ש דלמטה נתן אמון מלא ומוחלט בעדותו של העד היחיד ואין טעם לפסול מתן אמון זה וזאת גם אם לא הדגיש ביהמ"ש דלמטה במילים מפורשות כי שיוה לנגד עיניו האזהרה הדרושה.

ב. כאשר עדות העד היחיד לוקה אמנם בפגם של מהימנות - כגון כשהמדובר ב"עדות כבושה" - וביהמ"ש דלמטה ער לפגם זה, מוצא הסבר מתקבל על הדעת לקיומו ומחליט, על אף קיומו, ליתן בעדות אמון מלא.

נסיבות מיוחדות

1. בני משפחה

מספר עדים, בני משפחה אחת, המעידים במשפט אחד כעדי התביעה, א י ן דין עדותם, לענין הרשעת הנאשם, כדין עדות עד יחיד, אם כי יש לנהוג לגבי עדותם בזהירות יתירה.

ע.פ. 127/62 פס"ד פז', 1377

:"החלטתי שלא לחלוק על חברי, מפני שעלי להודות כי הלכה כזאת, שבכל מקרה ללא יוצא מן הכלל יש לראות בבני משפחה, בהופיעם כעדים - עד אחד אינה קימת והנני נאלץ להגיע לידי המסקנה שבתי המשפט כשנתקלים במצב כזה במשפט פלילי בענין שבועת שקר צריכים לנהוג מידת זהירות גדולה ביותר ולגרום שהכלל הוא, שיש לדרוש סיוע אף כשמופיע יותר מעד משפחתי אחד, ורק במקרה יוצא מן הכלל יש לותר על הכלל הזה. דבר זה נעשה במשפט שלפנינו ואני סובר כי בצדק נעשה"

2. עד יחיד נגד מספר נאשמים

על ביהמ"ש לשקול לגבי כל נאשם ב נ פ ר ד באם ניתן לבסס הרשעתו על סמך עדותו של העד היחיד ורשאי הוא להגיע למסקנה כי לגבי נאשם אחד - או יותר - ניתן לסמוך ההרשעה על פי העד היחיד בעוד שלגבי הנאשמים האחרים לא ניתן לעשות זאת על פי עדותו של אותו עד יחיד.

ע.פ. 118/62
פס"ד טז', 2151
(רפאל)

:"עדות העד היתה אותה העדות עצמה, בלי כל שינוי והבדל נגד שני הנאשמים גם יחד, ולמרות זה הרשיע בית המשפט של משה את האחד וזיכה את השני ובית המשפט לערעורים ביטל את ההרשעה מפני שסבר שבמקרה ההוא לא יכול היה בית המשפט לחלק את העדות. אנו דוחים את טענת בא כוח המערער בהסתמכו על פסק הדין הנ"ל, מפני שאין זו הלכה בוקשה החיבת לחול על כל מקרה ומקרה. יכולות להיות עובדות ונסיבות המצדיקות קבלת עדותו של עד אחד לגבי נאשם אחד וסירוב להסתמך על עדות זו כדי להרשיע נאשם אחר... אולם מאידך, לאחר עיון בחומר הראיות - והעדות היחידה שהיתה נגד המערער, היתה של המתלוננת - ובהתחשב עם טיב עדותה וגם הטענה שדירתה שימשה מקום למשחק בקלפים, טענה שאמנם לא הוכחה אבל שיש לה אי אלה סימוכין בעדות קצין משטרה שהעיד בבית המשפט, אנו סבורים שהיה זה יותר בטוח מבחינת הצדק אילו איפשר השופט המלומד גם למערער ליהנות מן הספק".

3. "הבאים במקום"

כאשר עדי התביעה - יותר מעד אחד במספר - הם ה"נאשמים" האלטרנטיביים, הרי יקא מספרם אשר יהא, לעולם חוש שם חשד מתוח על עדותם ואין להרשיע על פי עדותם בלבד.

ע.פ. 181/54
פס"ד ח', 1584
(אל בלילה)

:"אין אנו יכולים לסמוך את ידינו על הרשעתו של המערער. המתלונן גופו - זה שגנבו ממנו את ארנק הכסף - לא ידע מי לקח את הארנק. המערער או שני חבריו האחרים. רק עדותם של שני חברים אלה מצביעה בכוון אשמת המערער, והן אלה השנים היחידים "הבאים בחשבון", מלבד המערער, ולא היתה כאן ראיה כל שהיא חוץ מעדותם, המטילה על המערער דוקא את האשמה בגניבת הארנק. אין אנו קובעים בזה כלל, כי בכל מקום שהאלטרנטיבה היחידה לאשמת הנאשם היא אשמת העד גופו, יש תמיד צורך בסיוע לעדות, אבל, במסיבות הענין שלפנינו נראה לנו, כי השופט המלומד חייב היה לחפש לו מקור ראיה נוסף כל שהוא להוכחת אשמת המערער, ולא להסתפק בעדות שניתנה על ידי שני חבריו הנ"ל - שנים אלה, אשר הואשמו מלכתחילה יחד אתו, אלא

שזוכו במהלך המשפט גופו, לאחר שנציג היועץ המשפטי הצהיר כי אינו מוכן להביא ראיות נוספות נגדם".

4. <u>כאשר החוק פוטר מחובת ה"סיוע"</u>

באותם המקרים, בהם המחוקק פוטר במפורש את התביעה מחובת הסיוע - כאשר סיוע זה נדרש עפ"י ההלכה הפסוקה - כגון באישום לפי החוק לתיקון דיני העונשין (עבירות שוחד) תשי"ב-1952, אין בפטור זה כדי לפגוע בהלכת ה"אזהרה" כתנאי להרשעה על שי עדותו של עד יחיד.

ע.פ. 66/52
<u>פס"ד ו', 738</u>
(חיים בר)

:"כאן משנה ב"כ המבקש... ואלה דבריו בקיצור: עד זה, שלמה קליינמן, הוא עד יחיד וכבר נתקבלה הלכה, כי אין מרשיעין אדם על סמך דבריו של עד יחיד אלא אם כן מזהיר עצמו השופט הדן בענין, כי אין לפניו אלא עדות יחידה זו.. אך המחוקק באמרו את אשר אמר בסעיף 7(לחוק לתיקון דיני העונשין (עבירות שוחד) תשי"ב-1952 - הערה שלי - י.ק.) לא התכוון כלל להוציא את עדות השוחד מכלל העבירות האחרות ולקבוע... כי לצורך הרשעה בעבירה זו... אין ביהמ"ש חייב ליתן דעתו על כך שאין לפניו אלא עדותו של עד יחיד.. אמרנו, כי בטענתו זו של ב"כ המבקש נשמעים דברי טעם.."

ע.פ. 294/58
<u>פס"ד יג', 1157</u>
(קריינר)

:"... אולם הוראה זו (סעיף 7 לחוק לתיקון דיני העונשין (עבירות שוחד) - י.ק.)אינה מבטלת את חובת הזהירות המוטלת על השופט לגבי עדות של עד יחיד, בעל אופי מפוקפק כליכטר".

<u>אימתי לא תחול ההלכה</u>

1. ההלכה נשוא חוזר זה אינה חלה באותם המקרים בהם קיימת הנחה-מפעם-החוק <u>לחובת</u> הנאשם ואין התביעה חייבת להוכיח אלא את קיום התנאים הדרושים להקמת אותה הנחה כנגדו.

ע.פ. 131/53
<u>פס"ד ז', 908</u>
(מקוקי)

:"הכלל אשר קבע בית משפט זה, כי אין לסמוך על עדותו של עד יחיד אלא אם כן הזהיר השופט עצמו כי אין לפניו אלא עדות יחידה לצורך הרשעה. הסעיף 311 של הפקודה הוא מיוחד במינו מבחינה זו".

"משמע, כי הוכחות הקשגוריה אינן באות לצורך הרשעה, כי אם לשם העברת חובת ההוכחה בלבד בבוא בית המשפט לקבוע אם יש להטיל את חובת ההוכחה על שכמו של הנאשם, כלומר, אם קיימות ראיות מספיקות על מקורו הפלילי של הרכוש שנמצא בידי הנאשם שוב אין סכנה להסתמך על דבריו של עד יחיד, ואין אותו כלל חל".

נסיבות בהן "האזהרה" לא תספיק ויש לחפש סיוע

1. ה"אזהרה העצמית" של ביהמ"ש מספקת כאשר ניתן אמון מלא ובלתי מסויג בעדותו של העד היחיד ומגמתה, כפי שהוסבר לעיל, לקדם אפשרות "רחוקה" של פעולה בהערכה שמקורה באפיו האנושי של השופט. אין "אזהרה" כזו עשויה לקדם הסיכון הכרוך בהרשעה על פי עד יחיד שביהמ"ש אינו רוחש לו אמון מוחלט או שהנסיבות הינן כאלה שאינן מאפשרות יישוב הסתירות המתגלות בחומר הראיות שבאופן שאינו מותיר מקום לספקות כלשהם בגירסת העד היחיד. במקרים אלה, מחויב ביהמ"ש למצוא בחומר הראיה סיוע ממשי לעדות העד היחיד ואינו יכול לסמוך ההכרעה איזו גירסה לבכר על התרשמותו בלבד.

ע.פ. 61/59
פס"ד יג, 817
(יצחק)

:"לאור סתירה זו, שנתגלתה בין דברי העד במשפט לבין דבריו בהודעה שמסר למשטרה, ומאחר שגם הוא היה נאשם במשפט, סבורים אנו כי צדקו השופטים המלומדים במסקנתם, שלא היה בכך משום צעד בטוח לסמוך על עדותו בלבד כדי להסיק מסקנה פוזיטיבית בדבר האופן שבו קרה המקרה, וביחוד כי תחילתו היתה במעשה תקיפה שבוצע על ידי המערער. במילים אחרות, במסיבות הנ"ל היה על שופט השלום לבקש סיוע לדברי העד, באשר לענין זה, ממקור אחר...."

הנחיות לתובעים

1. בעת הכנת אישום המבוסס על עדותו של עד יחיד על התובע למצות את כל האפשרויות המצויות בנסיבות המיוחדות למקרה כדי למצוא ת מ י כ ה כלשהי לעדותו של העד היחיד.

2. התמיכה האמורה, מן הראוי שתהיה בתחום הנתונים ה א ו ב י ק ט י ב י ם - ממצאי חיפוש, מוצגים, תוצאות חקירות מדעיות וכיוצ"ב - על פיהם ניתן לבחון את גרסתו של עד התביעה ולהצביע על היותה מהימנה ועשויה לשמש בסיס איתן לקביעת ממצאים עובדתיים על פיה.

3. מאידך גיסא, מן הראוי שיעשה כל מאמץ אפשרי על מנת להזים מראש את גרסת הנאשם - ואת אפשרות היותו חף ממשע - ע"י הפרכת דברי עדותו בעת החקירה וע"י עימות גרסתו, תוך מהלך הדיון, לגורמים אוביקטיבים המלמדים כי אין אמת בה.

4. מאחר ובסופו של דבר ל מ ע ש ה מכרעת בתחום זה התרשמותו הבלתי אמצעית של השופט מעדותו של העד - יש ליתן תשומת לב מיוחדת במקרים אלה, לשיחה עם העד ולרענון זכרונו לפני עליתו על דוכן העדים באופן ש ה ר ו ש ם המצטבר על עדותו לא יפגע בשל פרקי הזמן הרב שחלפו מאז המקרה נושא העדות ומאז מסר דבריו לחוקר במשטרה.

5. על מנת לאפשר לתובע למצוא תמיכה נאותה לדברי העד היחיד מן הראוי להרחיב את יריעת עדותו ככל האפשר ובכך להגדיל את אפשרויות התמיכה כאמור.

6. כן מן הראוי שהתובע ירחיב ככל האפשר את יריעת החקירה הנגדית של הנאשם ויגדיל בדרך זו את אפשרויות בילוי הסתירות ואי ההתאמות שבעדותו.

7. במקרים אלה חשיבות רבה ל ע ק ב י ו ת ו של עד התביעה ומן הראוי שהתובע יעמוד על המשמר וישתמש בכל הזדמנות שתינתן לו כדי להצביע על עקביות זו. (כמובן, במסגרת הכללים המתירים הוכחת עקביות . ראה: ע.פ. 11/58, פט"ד יב', 1905, מנקס נ. היוהפ"ש).

י. קדמי, רס"נ
תובע צבאי ראשי

מ ו ג ב ל

דבר מה"
להודאת חוץ

"דבר מה" להודאת חוץ

לנוחיותו של המבקש לצטט מתוך חוזר זה להלן פירוט תוכנו:-

מ ו ג ב ל

מפצ"ר / תביעה
טל. 2885
חק-20(13)
אייר תשכ"ו
מאי 66

הנדון: חוזר הנחיות מקצועיות מס. 10 -
"דבר מה" להודאת חוץ.

כ ל ל י

1. החוק החרות בארצנו, הקובע בסעיפים 9 ו-9א. לפק' העדות חריס סטטוטורי בפני ק ב ל ת הודאת חוץ, שמהימנותה מוטלת בספק בשל גבייתה שלא מרצונו הטוב והחפשי של הנאשם, אינו קובע סייג כלשהו ל ה ר ש ע ה עפ"י הודאת חוץ שעמדה במבחני הקבילות שבסעיפים הנ"ל אך שמידת אמיתותה הפנימית מוטלת בספק בשל החשש שמא מחמת מניעים פנימיים-אישיים בחר המודה לכזב בהודאתו.

2. ה ל כ ת ה"דבר מה", נושא חוזר זה, באה להשלים את הוראות החוק החרות ולקבוע חריס בפני הרשעה א ו ט ו מ ט י ת , על סמך הודאת חוץ קבילה בלבד. כופר הנאשם באמור בהודאת החוץ ונמצאה זו ק ב י ל ה עדיין אין להרשיעו על פיה אלא אם כן יצאה התביעה ידי חובת ה"דבר מה".

3. א. תורת ה"דבר מה" בנויה כל כולה על ההלכה הפסוקה ושרשיה בפסק דינו של ביהמ"ש העליון ב-ע.פ. 3/49 (אנדלרסקי נ. היוהמ"ש, פס"ד ב', 589).

ב. בקבעו את ההלכה בתחום זה הסתמך ביהמ"ש העליון על שני פסקי דין מתקופת המנדט, ע.פ. 19/38 ו-ע.פ. 132/38, שנפסקו בעקבות פסה"ד האנגלי המלך נ. סייקס((1913) (קר. אפ. רפ. 236).

4. א. לכאורה, נראה כאילו אימץ לו ביהמ"ש העליון ב-ע.פ. 3/49 את תורת ה"דבר מה" מהחוק המקובל האנגלי - כמוסד ערוך, מסודר ומקובל בדיני הראיות שם - והזרים אותה לארצנו כמות שהיא באמצעות סעיף 46 לדבר המלך במועצה 1922. דא עקא, שאין הדברים בדיוק כך.

ב. בדיקה מדוקדקת שערך כב' השופט לנדוי, בפסק דינו ב-ע.פ. 290/59 (פס"ד יד', 1489), על המתרחש בנושא זה במשפט האנגלי העלתה הנקודות הבאות:

2 / ...

(1) השאלה באם ניתן להרשיע בפלילים עפ"י הודאת חוץ בלבד הינה "אחת הפינות האפלות שבפסיקה האנגלית, בה מתרוצצות דעות מנוגדות (ראה למשל, (11) המלך נ. סוליבן ורשימת פסה"ד הסותרים בספרו של פיפסון על דיני ראיות, מהדורה 9, ע' 266; טיילור, דיני ראיות, מהדורה 12, סעיף 868). עד כמה שידוע לי, בית הלורדים טרם פסק בסוגיה זו" (ההדגשות שלי - י.ק.).

(2) "באנגליה עצמה בתיהמ"ש אינם מתיחסים, כפי הנראה, לאותו פס"ד כבר (הכונה ל-המלך נ. סייקס - י.ק.) ביראת כבוד דומה, (לזו בה אנו מתיחסים אליו - י.ק.) ישנם ספרים חשובים בדיני ראיות (ארצבולד, טיילור) שבהם אין שום זכר ל-המלך נ. סייקס..." (ההדגשות וההערות שלי - י.ק.).

(3) "... דומה שכל תורת ה"דבר מה" שבאותו פסק דין (- המלך נ. סייקס - י.ק.) יש לראות בה אימרות אגב בלבד" (ההדגשות שלי - י.ק)

ג. לאור הנ"ל, אין לדבר איפוא על תורת "דבר מה" בהירה וחד משמעית במשפט האנגלי. מצב דברים זה משתקף בצורה בולטת בפסיקה המצוטטת בדיג'סט, כרך 19 ע' 503, כן ראה גם האמור ב:- קרוס, עמ' 431 (המלך נ. סוליבן) ; פיפסון, מהדורה 10, פסקה 795 (המלך נ. סייקס) ופסקה 136 (המלך נ. סוליבן); ארצבולד, מהדורה 35, פסקה 1126.

ד. כב' השופט לנדוי מסכם את הזיקה והקשר שבין ההלכה המקומית לבין ההלכה האנגלית בתחום זה באמרו: "תחילתה (של תורת ה"דבר מה" - י.ק.) אמנם בהלכת המלך נ. סייקס, אך עליה נוספו פירושים מקוריים של בימ"ש זה" (ההערה וההדגשה שלי - י.ק.).

5. א. לעומת המצב במשפט האנגלי, קיימת בארצנו הלכה פסוקה ברורה בתחום זה ואם כי אין ספק שהרעיון הגלום בה נשאב על ידינו מהמשפט האנגלי הרי הגשר והגידים שנרקמו סביב העקרון הינם מקוריים, מיוחדים להלכה המקומית ובלתי תלויים בכללים המתגבשים בהלכת האחות האנגלית.

ב. למידת ואפי "הקשר" שבין תורת ה"דבר מה" המקומית לבין עמדת החוק המקובל האנגלי בענין זה, חשיבות מרובה לגבי הפניה לפסיקה האנגלית. בנושא זה מן הראוי לזכור:

א. כי אנו אימצנו בארצנו - כפי שיוסבר להלן - את גישתם של המחמירים שבחוק האנגלי "שאינם מוכנים לתת את ידם להרשעת אדם רק על פי הודאתו מחוץ לבית המשפט" (מתוך ע.פ. 270/59).

ב. כי באנגליה בית הלורדים טרם פסק בסוגיה זו והיא מצויה עדיין בתהליך התגבשותה.

ג. כי ההלכה המקומית שוב אינה זו שנשאבה מהמלך נ. סייקס, אלא, בלשון פסה"ד ב-ע.פ. 270/59 "נוספו עליה פירושים מקוריים של בימ"ש זה".

ג. יש לנהוג איפוא זהירות מרובה בהסתמכות על הפסיקה האנגלית בנושא זה ולבכר על פניה בדרך כלל על הפסיקה המקומית.

6. משנה זהירות יש לנהוג בפניה לפסיקה האמריקאית בנושא זה, הדורשת למעשה, לתמיכת הודאת חוץ, סיוע-של-ממש, (ראה לענין זה: מגויר, עמ' 1178 והערות 29-22; ויגמור, הוצאה שלישית, פיסקה 2071).

ה ה ל כ ה

1. ההלכה המקומית בסוגיה זו בנויה ומבוססת, כאמור, על פסק דינו של ביהמ"ש העליון ב-ע.פ. 3/49 (אנדלרסקי נ. היוהמ"ש, פס"ד ב', 589) שקבעה בזו הלשון:

עמ' 593: "אם כי, כאמור לעיל, אין החוק אוסר הרשעתו של אדם על סמך הודאתו בלבד, מסכים גם מר כהן, כפי שראינו לעיל, כי אין זה מן הבטחון לעשות כן וכי יש לבקש "דבר מה" נוסף לחזוק ההודאה. על כרחך אתה בא, איפוא, לידי מסקנה כי על היוהמ"ש מוטלת החובה להראות על שום מה יש לסמוך על ההודאה, כלומר, מה הן המסיבות המחייבות את המסקנה, כי ההודאה נכונה וכי אין הנאשם חייב כלל להראות שאין אמת בה. דבר זה יש בידו של היוהמ"ש לעשות ע"י השוואת הדברים הנאמרים בהודאה לדברי ההוכחה האחרים אשר הוגשו על ידו ועל ידי הנאשם... ועל ידי חקירת שאר מסיבות הענין אשר יש בהן כדי להראות, כי הדברים הנאמרים בהודאה דברי אמת הם, וכי הנאשם הוא אדם אשר היתה לו הזדמנות לעשות את מעשה הפשע שבעשייתו הודה..."

2. בדברים אלה של ביהמ"ש העליון נקבעה ההלכה על שני פניה: מחד גיסא נטבע העקרון שאין מרשיעין אדם בפלילים על פי הודאת חוץ בלבד אלא אם כן קיים לצידה "דבר מה" שיש בו כדי לסלק כל חשש למידת האמת שבה ומאידך גיסא, נקבע טיבו ואפיו של ה"דבר מה" העשוי לבסס הרשעה כאמור.

3. העקרון שנטבע ב-ע.פ. 3/49 הנ"ל הפך ליסוד מוסד בארצנו ואין חולקין על קיומו וכחו המחייב. מה שהעסיק את בתיהמ"ש בתחום זה -ובודאי ימשיך להעסיקם בעתיד - היא השאלה באם קיום "דבר מה" במקרה קונקרטי כלשהו ובאם אותו "דבר" עליו מצביעים עשוי לשמש "דבר מה" נאות ומספיק לביסוס הרשעה עפ"י הודאת חוץ.

הטעם לקיום הלכת ה"דבר מה"

1. חשיבות מרובה לקביעת הטעם לקיומה של ההלכה, כיון ש"טעמי" ההלכה הם הם הקובעים למעשה את דמות ה"דבר מה" מהותו ואפיו. כפי שנראה להלן, מהותו ואפיו של ה"דבר מה" אינם נוקשים אלא גמישים ביותר ומותאמים לנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה. "טעמי" דרישת ה"דבר מה" הם הקובעים באספקלריית המקרה המסוים את אפי ומהות ה"דבר מה" הנדרש בנסיבות המיוחדות לאותו מקרה.

2. הטעם לקיום הלכת ה"דבר מה" הוא החשש מהודאות כ ו ז ב ו ת , שהכזב שבהן אינו תולדת לחץ ח י צ ו נ י , אלא תולדת מניעים א י ש י י ם פ נ י מ י י ם החבויים בנפש המודה.

3. אין טוב לענין זה מציטוט דבריו של המלומד וילים בספרו על "עדות נסיבתית" כפי שהובאו ב-ע.פ. 290/59 (פס"ד יד' בעמוד 1495):

"דברי הימים של בתי המשפט מלאים מקרים שיש בהם משום אזהרה נגד הסכנה שבהסתמכות בלתי מסויגת על הודאות, אפילו הן חפשיות מכל חשד של לחץ, פיסי או מוסרי, או השפעה רעה אחרת... וכמה גדול יותר לאין שיעור הוא הצורך במקרים אלה לבחון בשבע עיניים את כל הנסיבות הסובבות העלולות לגרום להודאה כוזבת. הסבלות שבעינויי גוף, הפחד מהפעלתם, התקוה להימלט ממצוקת העבדות או מתלאות השירות הצבאי, לאות הנפש, אשליה עצמית, הרצון לחפות על קרוב או ידי אשם מפני עונש המשפט, דחיפת היאוש נוכח לחתן של הנחות אשמה חזקות שלכאורה אינן ניתנות לסתירה, התקוה להימלט מעונש על לא עול ומרפה - אלה ומניעים רבים אחרים גרמו לא אחת להודאות באשמה שהיו נטולות יסוד" . (ההדגשות שלי - י.ק.).

4. גם בחוק העברי משתקפת גישה זהה: להלן קטע מתוך ע.פ. 290/59 הנ"ל:-

"אשר למניעים פנימיים אלה, הפנה אותי חברי השופט זילברג אל דברי הרמב"ם, המתאר את המניעים של "לאות הנפש" במילים אלה: "... הסנהדרין אין ממיתין ולא מלקין ה מ ו ד ה בעבירה שמא נטרפה דעתו בדבר זה. שמא מן העמלים מרי הנפש הוא שמחכים למות שתוקעין החרבות בבטנם ומשליכים עצמן מן הגגות שמא כך יבוא ויאמר דבר שלא עשה כדי שיהרג".. רעיון זהה מביע השופט חשין ז"ל בדברו ב-ע.פ. 48/54, פס"ד ח' 691) על נאשם העומד ל"התאבד" בהודאתו..."

5. הבסיס לדרישת ה"דבר מה" נעוץ איפוא בהנחת היסוד של קיום האפשרות שאדם יודה במה שלא עשה. תכלית ה"דבר מה" היא לסלק כל צל של חשד בקיומה של אפשרות זו.

5 / ...

6. בכך סמון ההסבר לסתירה הקיימת כביכול בין תכליח ה"דבר מה" לבין תכליתם של מבחני הקבילות: ב-ע.פ. 307/60 (פס"ד יז' 1554) חזר כב' השופט אגרנט והסביר כי הטעם לפסילתה של הודאת חוץ הוא:-

"... כי הנימוק ה א מ י ת י לפסילת הודאה שלא ניתנה מ"רצון חפשי" מתבסס על השיקול, שמסוכן לסמוך עליה, גלל כן, כראיה מהימנה (וראה גם ע.פ. 186/55, פס"ד יא', 769 בו אמר כב' השופט ויתקון: "... ראיה לכך שחוסר מהימנותה היא הנימוק היחידי לפסול הודאה שנתקבלה מפי חשוד בעבירה ע"י תחבולה...")

הוה אומר, שמבחני קבילותה של הודאת החוץ אינם מיועדים אלא להביא את ביהמ"ש למסקנה כי אכן, אין לחשוש למהימנות הדברים האמורים בה. אם כאלה הם פני הדברים - כיצד נסביר כי לאחר שהודאת חוץ נמצאה קבילה - דהיינו, לפי ע.פ. 307/60 אין זה מסוכן לסמוך עליה כראיה מהימנה - עדיין שומה עליה לחשוש למהימנותה ולחפש "דבר מה" לביסוס הרשעה על פיה?

7. הצורך בהצגת מבחן כפול למהימנותה של הודאת חוץ נעוץ באופי המיוחד לכל אחד מהשנים:

א. מבחני הקבילות - מיועדים לבדיקה באם היה בכח נסיבות חיצוניות הקשורות בצרכי גבויה כדי להשפיע על אמיתות תכנה של ההודאה.

ב. מבחני ה"דבר מה" - מיועדים לבדוק את אמיתותה המוחלטת של ההודאה, דהיינו את דבר היותה א מ ת במציאות.

8. מן הראוי לצטט לענין זה את דברי כב' השופט לנדוי בפסק דינו הממצה והמנחה בסוגיה זו, ב-ע.פ. 290/59 (פס"ד יד', 1495):-

"החשש מהודאות כוזבות מתייחס איפוא למניעים חיצוניים של לחץ פיסי או מוסרי המופעל ע"י אחרים, וגם למניעים פנימיים הפועלים בלבו של ה"מודה" ללא כל לחץ חיצוני מדי... לפי החוק שלנו קיים חריס יעיל בפני האפשרות של לחץ חיצוני... אך אין חריס סטטוטורי דומה בפני הסכנה השניה, של הודאה כוזבת שמניעיה חבויים בנפש המודה. אולי השאיפה להקים חריס כזה היא אשר הצמיחה את תורת ה"דבר מה".

9. על דברים אלה חזר ביהמ"ש העליון ב-ע.פ. 262/65, פס"ד יט(3) 499:-

"... גם אם נתקבלה ההודאה כקבילה, קיים עדין החשש, מטעמים החבויים בנפשו של המודה, שהודאתו לאו הודאת אמת היתה..."

10. <u>וראה גם</u>: ע.פ. 166/60 פס"ד יד', 1422 (אלשיך) :"... אבל בשעת חקירתו... היה הנאשם נתון בדכאון נפשי אשר, בהתחשב באפיו החלוש, הביאו למצב רוח שהיה מוכן לחתום על כל הודאה ולהודות בכל מכל ובלבד שיוכל להשתחרר ממעצרו בו היה נתון ומהחקירה ע"י אנשי המשטרה" (ציטוט מהחלטת הערכאה הראשונה)

ע.פ. 259/55 פס"ד ט', 1872 (אבן זיאת) :"אנו מסכימים עם ב"כ המערער כי העובדה שהודאות חוץ כשרות כראיה עדיין אינה מחייבת את המסקנה שתכנן אמת ואינה חוסמת את הדרך בפני הנאשם להוכיח כי אין לייחס להן כל משקל..."

אפיו וטיבו של ה"דבר מה"

ראית ה"דבר מה" ומבחן ה"דבר מה"

א. עקרון ה"דבר מה" מחייב כי הודאת חוץ תעמוד במבחן האמת בסרם תוכל לשמש בסיס להרשעה בפלילים.

ב. מבחן זה מתמצה בתהליך של בקורת הגיונית המכוונת לעמוד על מידת אמיתות האמור בהודאה. בקורת זו נעשית ע"י השואה, עימות והשלכה בין דברי ההודאה לבין <u>עובדות אחרות</u>, <u>חיצוניות לה</u>, שיש בכוחן - עפ"י שקולי השכל הישר - לאמת או להפריך את תכנם.

ג. בדברנו על "דבר מה" עלינו להבחין איפוא בין ה"מבחן" לבין ה"עובדות האחרות" המשמשות אותו. המושג "דבר מה" כשהוא עומד בפני עצמו מתיחס ל"עובדות האחרות" ולא ל"מבחן" ובדברנו על "דבר מה" כונתנו לאותה עובדה - או מסכת עובדות - שיש בכוחה להביא לידי עמידת ההודאה במבחן, דהיינו לאמת את האמור בה.

ד. נדון להלן בנפרד בטיבו ואפיו של כל אחד מהשניים: ראיה לחוד ומבחן לחוד.

I. ראית ה"דבר מה"

1. <u>העובדה העשויה לשמש "דבר מה" הינה "ראיה" במובנו הרחב של מושג זה</u>:-

ע.פ. 290/59 פס"ד יד' 1499 :"... בקיצור, ה"דבר מה" הוא <u>ראיה</u> ישירה או נסיבתית..."

קביעה זו חוזרת ונשנית בכל פסקי הדין בהם נתעוררה שאלה באם ה"דבר מה" הינו "ראיה" אם לאו (ראה הפירוט בפסקה 2 להלן) והאחרון שבהם:-

ע.פ. 262/65
פס"ד יט(3)500
(כלדון עזאם)

:"... לפיכך חייבה הקטגוריה, מקום שהיא מבקשת הרשעתו של נאשם על סמך הודאת-חוץ להביא בפני ביהמ"ש ראיה נוספת כלשהי, המראה שהנאשם שהודה לא בדה את הסיפור מן הלב, וראה זו הינה ה"דבר מה" האמור..."

לקביעה זו משמעות רבת משקל, שהרי על פיה חייב המבחן להתבסס על ראיה נוספת - חיצונית להודאה - ואין ביהמ"ש יכול להסתפק בניתוח הגיוני של ההודאה גופא ללא התיחסות לגורם בוחן זר. (כפי שיוסבר להלן פסה"ד ב-ע.פ. 202/56, פס"ד יא', 668 הינו יוצא דופן).

2. קוי האופי הכללים של ראית ה"דבר מה" - מן הפסיקה:

ע.פ. 120/52
פס"ד ו' 882
(לזר)

:"... גם במקרה שבו מהוה ההודאה הוכחה ממשית יחידה נגד הנאשם אין זה הכרחי כי תיחמך ע"י עדות מסייעת דוקא - ובכדי שאותה הודאה תשמש יסוד להרשעה מספיק כי יוכח "דבר מה" נוסף - כגון נסיבות חיצוניות אשר יש בו כדי להראות כי הדברים הנאמרים בהודאה הם נכונים ומתקבלים על הדעת..."

ע.פ. 48/54
פס"ד ח', 690
(אירשיד)

:"... כבר הודגש כמה פעמים ע"י בימ"ש זה כי ה"דבר מה" הנוסף אינו חייב להיות הוכחת סיוע, במובנו הטכני של המונח, כי אם דבר הוכחה המורה כי היתה לו לנאשם האפשרות לבצע את העבירה וכי אין הוא משקר, בחינת האומר ל"התאבד" בהודאתו..."

ע.פ. 244/54
פס"ד ט' 597

:"... כבר נקבע לא אחת בבימ"ש זה כי ה"דבר מה" הנוסף אינו חייב להיות סיוע במובנו הטכני של מונח זה, כי אם הוכחה כל שהיא המורה כי היתה לו לנאשם האפשרות לבצע את מעשה העבירה וכי יש מקום להסיק שהודאתו אינה בנויה על אדני שוא...".

ע.פ. 13/59
פס"ד יג', 552
(בנאת)

:"... ואם קיים "דבר מה" נוסף אליה המראה כי היתה לו לנאשם האפשרות לבצע את מעשה הפשע וכי הדברים שנאמרו על ידו בהודאתו אינם קלוטים מן האויר".

ע.פ. 165/58
פס"ד יג', 612
(נחמיאס)

:"יש לזכור שה"דבר מה" הנוסף הדרוש אינו סיוע טכני וממשי הדרוש במקרים מסוימים לעדותו של עד יחיד, כי אם ראיה כלשהי המורה על כך כי היתה בידיו של הנאשם האפשרות לעבור את העבירה המיוחסת אליו".

ע.פ. 187/59
פס"ד יד' 734
(אסריג)

:"לדעתי יש בעדות זו אותו אישור מתוך ההוכחות במשפט שמהן היה יכול ביה"ד להסיק כי הודאתו של המערער היתה מוטבעת על "אדני אמת".

ע.פ. 290/59
פס"ד יד' 1499
(פלוני)

:"בקיצור ה"דבר מה" הוא ראיה ישירה או נסיבתית, המאשרת במידת מה את תוכן ההודאה, אך לאו דוקא במה שנוגע לזהות הנאשם כמבצע העבירה".

ע.פ. 370/62
פס"ד יז' 495
(עאצלה)

:"כידוע אין ההוכחה המשמשת "דבר מה" לצורך אימות הודאה שמסר הנאשם למשטרה חייבת לשמש סיוע טכני אלא די בכך שההוכחה על "דבר מה" מראה כי הנאשם לא בדה מלבו את הספור עליו מסר בהודאתו".

ע.פ. 307/60
פס"ד יז' 1564
(יאסין)

:"לפי ההלכה שנקבעה ב-ע.פ. 290/59... תוכל הקטגוריה להסתפק לצורך הוכחת הדבר מה, בראיה ישירה או נסיבתית המאשרת במידת מה את תוכן ההודאה של הנאשם והמראה שלא בדה את סיפורו מליבו".

הערה: הדברים האמורים בשני פסה"ד הבאים אינם משקפים את הדעה השלטת בפסיקה לענין טיבו ואפיו של ה"דבר מה", ויש להתיחס אליהם כמתארים כלליות את מבחן ה"דבר מה" ולא כמתימרים ל"הגדיר" את אפיה וטיבה של ה"ראיה" המשמת בסיס למבחן זה:

ע.פ. 85/56
פס"ד י', 936
(וחד וסוטי)

:"אין צורך בהוכחות נוספות ובלתי תלויות כדי לחזק את דברי ההודאה. אין גם צורך בראיות ממין הסיוע הטכני הדרוש במשפט אזרחי או בתביעות פליליות מסוימות. כל מה שדרוש הוא: בדיקת דברי ההודאה לאור המסיבות שבענין..."
ברם, בהמשך:
"... פירוש הדבר: ההודאה כשלעצמה אינה מספקת לשם הרשעה. השופט חייב לבקש "דבר מה" נוסף להודאה"... (וראה פסקה 7 לפסה"ד).

ע.פ. 202/56
פס"ד יא', 682
(פרקש)

:"ב-ע.פ. 3/49... הנ"ל נקבע כי ה"דבר מה" הדרוש אינו ראיות נוספות או הוכחה מסייעת לדברי ההודאה, כי אם בחינת ההודאה גופה לאור מסיבות המקרה כדי להיוכח אם היא מוטבעת על אדני אמת... (ציטוט האמור ב-ע.פ. 3/49 - י.ק.)... משמע, לא ראיות נוספות המסבכות את הנאשם במעשה העבירה, דרושות לחיזוק דברי ההודאה, כי אם העברת דברי ההודאה בכור המבחן... (וראה הפסק במקורו בעמ' 3-682).

(והוא הדין לגבי האמור ברוח זו ב-ע/144/61).

שני פסה"ד דורשים, בסופו של דבר, בחינת דברי ההודאה לאור "מסיבות המקרה" - והיכן ימצאו "מסיבות" אלו אם לא בחומר הראיה. מכל מקום, המבקש לראות בשני פס"ד אלה משום קביעה לענין טיבה ואפיה של ראית ה"דבר מה" חייב להתיחס אליהם כאל יוצא דופן לדרישה הראשונית כי ה"דבר מה" הינו "ראיה" נוספת כלשהי כאמור בפסה"ד שצוטטו לעיל וכי אין להסתפק בבחינה פנימית של דברי ההודאה גופא.

3. משקלה ומידתה של ראית ה"דבר מה"

(1) משקלה של ראית ה"דבר מה" והערכת סגולותיה לשמש קנה מידה נאות לאימות האמור בהודאה משתנה ממקרה למקרה על פי נסיבותיו המיוחדות.

(2) "עובדה" שנקבעה כ"דבר מה" מתאים ומספיק במקרה אחד עשויה להימצא חסרת כל משקל לצרכי מקרה אחר, כשם שמבחן מסוים עשוי להימצא המבחן היחיד ההולם נסיבות מקרה פלוני וחסר כל ערך לענין נסיבות מקרה אלמוני. (הדוגמה הטובה ביותר היא מבחן ההזדמנות).

(3) לכן, מתגלה לנו בפסיקה מעין חוסר עקביות בתחום זה. הדוגמה הטובה ביותר תהיה עימות עמדת ביהמ"ש העליון בשני פסקי הדין האחרונים:-

(א) ע.פ. 178/65
פס"ד יט(3) 156
(אושה)

:"טוען ב"כ המערער, כי לא הוכח כאן ה"דבר מה" הנוסף הצריך להתוסף אל ההודאה כשאין ראיה אחרת ואף זו לאו טענה היא: תוספת זו - כפי שעולה מתוך פסה"ד האנגלי של המלך נ. סייקס - יכולה להיות קלה שבקלות..."

(וראה: ע.פ. 290/59, פס"ד יד', 1499: "בד"כ... המגמה להתספק במידה קטנה של "דבר מה").

(ב) ע.פ. 262/65
פס"ד יט(3) 500
(כלדון עזאם)

:"נוכח פני הסיכון הכפול שהלכת ה"דבר מה" מיועדת למנוע, היינו בסיכון שאדם יודה בעבירה שבכלל לא נעברה ושיודה בעבירה שלא על ידו נעברה, נדרשת מהקטגוריה מידה גדולה יותר של ראיה התומכת באמיתות ההודאה כאשר אין בידה להוכיח, בראיה אחרת, שהעבירה בכלל נעברה... מאחר שבענין דנא לא עלה בידי הקטגוריה להוכיח שהתנוק לא מת מיתה טבעית מן הדין לנהוג משנה זהירות לגבי בדיקת ההודאה".

(וראה: ע.פ. 85/56, פס"ד י' 936, לגביו העיר ביהמ"ש ב-ע.פ. 290/59:"... שם שלל בימ"ש זה את קיום ה"דבר מה" בנסיבות שהיו קרובות לעדות סיוע כמשמעותו הטכנית").

(4) "חוסר עקביות" זו מצביעה לכאורה על קיום אסכולות בעלות גישות שונות בביהמ"ש העליון. אמנם, אין להתעלם כמובן מכך שבפסקי הדין של ביהמ"ש העליון "ניכרות פה ושם תנודות הן לחומרה והן לקולא" (מתוך ע.פ. 290/59) אך לדעתי "חוסר העקביות" לכאורה ה"תנודות" האמורות אינם אלא תוצאה הכרחית של התאמת המבחן וה"דבר מה" הנאותים לנסיבות המקרה המסוים.

(5) קיימים מקרים בהם די בהשואה שטחית של דברי ההודאה לנסיבות הכלליות האופפות את המקרה כדי להראות כי אכן עומדת ההודאה במבחן האמת. אין ספק, שבמקרים כאלה תוכל לשמש כ"דבר מה" עובדה משנית שאינה ברת משקל רב כשלעצמה. לעומתם, קיימים מקרים, בהם אין הפניה לנסיבות הכלליות האופפות את המקרה עשויה לחרום דבר לאימות האמור בהודאה ולגביהם אין מנוס מהבאת חומר ראיה מיוחד לתכלית זו. במקרה אלה, בודאי שתידרש כ"דבר מה" ראיה ממשית יותר.

(6) כדוגמה נוכל לבחון את אותם המקרים בהם יוחסה לנאשם אשמת מסירת סודות מעבר לגבול. במקרים אלה הסתפק ביהמ"ש בהוכחה כי הנאשם אכן יצא אל מעבר לגבול נכלא ונחקר כ"דבר מה" להודאתו בה ספר על מסירת הסודות.
(ראה לדוגמה את: ע.פ. 172/57, פס"ד יא' 1600 (קבה)).
מאידך גיסא, במקרה האחרון (ע.פ. 262/65) בו יוחסה לנאשם אשמת רצח תינוקו, לא מצא ביהמ"ש העליון "דבר מה" בנסיבות הכלליות של המקרה, שהיה בהם כדי להוכיח קיום מניע ורקע חברתי לרצח ודרש הוכחה נפרדת מיוחדת כי התינוק <u>נרצח</u> ולא מת מיתה טבעית ובהעדר הוכחה כזו - ביטל הרשעת הנאשם בדין, שהיתה מבוססת על הודאתו במשטרה.

(7) ההבדל בגישת ביהמ"ש לענין משקלה של ראיית ה"דבר מה" במקרים הנ"ל היינו, לדעתי, תולדת הנסיבות המיוחדות להם: בקבוצת המקרים של מוסרי הידיעות מעבר לגבול די היה בעובדה האוביקטיבית של היציאה אל מעבר לגבול כדי לאמת את הספור שבהודאה בעוד שבמקרה השני לא היה בקיום המניע והרקע החברתי בלבד כדי לאמת את גרסת <u>הרצח</u> כשהגופה לא גילתה סימנים בכיוון זה.

(8) בדרך כלל ניתן לומר, כי באותם המקרים בהם ניתן להסתפק במבחן "ההזדמנות" - יהיו מידתה ומשקלה של ראיית ה"דבר מה" קטנים יותר לעומת אלה שידרשו באותם מקרים בהם יש להיזקק למבחני "ההשואה" וה"חקירה".

(9) א. מכל מקום המגמה הכללית של ביהמ"ש היא להסתפק במידה קטנה של "דבר מה" כל עוד אין הנסיבות המיוחדות של המקרה מחיבות אחרת, כגון במקרים שבהם <u>לא</u> הוכחה עצם העבירה מחד גיסא והעובדות האחרות שהוכחו לא זו בלבד שאינן תומכות בהודאה אלא עומדות בסתירה מסוימת לאמור בה מאידך גיסא, כדוגמת המקרה שב-ע.פ. 262/65 הנ"ל.

ע.פ. 290/59 :"בסופו של דבר בולטת מן הפסיקה של ביהמ"ש זה המגמה
<u>פס"ד יד' 1499</u> להסתפק <u>במידה קטנה</u> של "דבר מה" לשם חיזוק ההודאה"

(וראה דברי כב' השופט זילברג ב-ע.פ. 178/65 המצוטט לעיל).

ב. פסה"ד ב-ע.פ. 85/56 (פס"ד י', 936) החמיר ביותר בגישתו לענין משקלה ומידתה של ראית ה"דבר מה" ואכן, אין בהחמ"ש רואים בו קנה מידה אלא סטיה מן המגמה הכללית שהיתה דרושה, כך יש להבין, לצרכי הענין המיוחד שנדון בו:

ע.פ. 290/59 פס"ד יד', 1499	:"פרקליט המדינה המלומד הסכים בטענותיו לפנינו שב-ע.פ. 85/56 היתה סטיה מן הקו הכללי של תורת ה"דבר מה", כי שם שלל בימ"ש זה את קיום ה"דבר מה" בנסיבות שהיו קרובות לעדות סיוע כמשמעותו הטכנית".

ג. לעומת זאת, סוטה מן הקו הכללי בכיוון ההפוך פסה"ד ב-ע.פ. 202/56, פס"ד יא, 682 כמוסבר לעיל.

4. מקורה של ראיית ה"דבר מה"

אין הפסיקה מגבילה את תחומי מקורה של ראיית ה"דבר מה" . ה"דבר מה" יכול שימצא בנסיבות הכלליות האופפות את המקרה והמוכחות אגב הגשת ההוראה, ויכול שימנה על תחום העובדות המצויות בידיעתו המשפטית של ביהמ"ש, ומעל לכל, יכול שיובא כראיה מיוחדת ועל מנת שישמש בזה. כן אין מניעה כי ידלה מדברי הנאשם בעדות בביהמ"ש (לענין שאפשרות האחרונה, נא ראה: ע.פ. 48/54 פס"ד ח' 691 (אירשיד), ע.פ. 172/57 פס"ד יא' 1600 (קבהה) ו-ע.פ. 187/59 פס"ד יד', 734 (אסריג)).

יחד עם זאת חייב ה"דבר מה" להימצא בחומר הראיה המצוי בפני ביהמ"ש:

ע.פ. 290/59 פס"ד יד' 1495	:"אין יסוד לסברה, הנשמעת לפרקים, שאותו "דבר מה" יכול לבוא מאיזה תחום בלתי מוגדר שהינו לגמרי מחוץ לתחום הראיות שהובאו במשפט. ביסודה הבעיה היא בדבר קביעת העובדות בהתאם לתוכן ההודאה, ואין לביהמ"ש חומר אחר לקביעת עובדות אלא הראיות המובאות לפניו בהתאם לדיני הראיות המקובלים. לשון אחרת, או שה"דבר מה" קיים בחומר הראיות שבפני ביהמ"ש, או שאינו קיים כלל".

5. ראיית ה"דבר מה" ו"ראית הסיוע"

א. שניים אלה נבדלים זה מזה הן לענין אפיים וטיבם והן לענין מטרת קיומם:

(1) לענין האפי - ה"דבר מה" הינו ראיה כלשהי שיש בה כדי להראות שהנאשם לא בדה את הודאתו מלבו בעוד שה"סיוע" הינו ראיה של ממש, ממקור עצמאי, המסבכת את הנאשם במעשה העבירה.

(2) לענין מטרתם - ה"דבר מה" מכוון לבחינת מידת האמת בדברים שאומר אדם על עצמו בעוד שהסיוע מיועד לבסס אמון בדברים שאומר אדם-שמהימנותו-חשודה על אדם אחר.

ב. בשורה ארוכה של פס"ד חזר ביהמ"ש העליון והבליט את ההבדל בין ה"סיוע" וה"דבר מה". כשהמגמה היא להעמיד את הנוגעים בכך על המשמר לבל יטעו ויתחלף להם האחד במשנהו:

ע.פ. 3/49 פס"ד כ', 592 :"היוצא מזה, כי ביהמ"ש שלמטה שגה בהניחו שה"דבר מה" הדרוש כתוספת להודאה הוא "הוכחה מסייעת".

ע.פ. 120/52 פס"ד ו' 883 (סופיה לדר) :"לא הרי הודאת נאשם "אשר פיו יענה בו" כהרי עדותו של שותף לעבירה אשר אולי יש לו ענין מיוחד להעיד נגד הנאשם, באופן שלא יהא זה מן הבטחון להסתמך על עדותו בלי שתהא נתמכת ע"י עדות אשר איננה עדותו של שותף אחר. שנית, גם במקרה שבו מהוה ההודאה הוכחה ממשית יחידה נגד הנאשם אין זה הכרחי כי תיתמך ע"י עדות מסייעת דוקא - ובכדי שאותה הודאה תשמש יסוד להרשעה מספיק כי יוכח "דבר מה" נוסף - כגון מסיבות חיצוניות - אשר יש בו כדי להראות כי הדברים הנאמרים בהודאה הם נכונים ומתקבלים על הדעת..."

ע.פ. 118/51 פס"ד ו' 1061 (עזרא) :""דבר מה" נוסף נאמר שם, ולא "סיוע" ממשה".

ע.פ. 177/53 פס"ד ח' 194 (גרוסברגר) :"לפי פסק-הדין בענין אנדלרסקי, ע.פ. 3/49, (10), דרוש "דבר מה" נוסף על ההודאה, לאו דוקא בוכחה מסייעת".

ע.פ. 48/54 פס"ד ח' 691 (עיסה אלי ארשיד) :"כבר הודגש כמה פעמים ע"י בימ"ש זה כי "דבר מה" נוסף אינו חייב להיות הוכחת סיוע במובן הטכני של המונח..."

ע.פ. 161/52 פס"ד ח' 690 :"כבר הודגש כמה פעמים ע"י בימ"ש זה כי "דבר מה" נוסף אינו חייב להיות הוכחת סיוע במובן הטכני של המושג..."

ע.פ. 244/54 פס"ד ט' 597 (אל כליל) :"כבר נקבע לא אחת בבימ"ש זה כי ה"דבר מה" הנוסף אינו חייב להיות סיוע במובנו הטכני של מושג זה".

ע.פ. 202/56 פס"ד יא', 682 (פרקש) :"... ב-ע.פ. 3/49... הנ"ל נקבע כי ה"דבר מה" הדרוש אינו ראיות נוספות או הוכחה מסייעת ..."

ע.פ. 165/58
פס"ד יג', 612

:"יש לזכור ש"הדבר מה הנוסף" הדרוש אינו סיוע טכני וממשי הדרוש במקרים מסוימים לעדותו של עד יחיד".

ע.פ. 370/62
פס"ד יז' 498
(אאצלה)

:"כידוע אין ההוכחה המשמשת "דבר מה" לצורך אימות הודאה שמסר הנאשם במשטרה חייבת לשמש סיוע טכני אלא די בכך.."

והסיכום הבהיר של נושא זה ב-ע.פ. 290/59:

ע.פ. 290/59
פס"ד יד', 1498

:"וכאן ישאל השואל:" אם כן במה נבדל בכל זאת ה"דבר מה" מהוכחה נסיבתית רגילה. ממין ההוכחה המסייעת, הדרושה, למשל לעדותו של שותף לעבירה?... התשובה לקושיה זו מונחת, לדעתי, במהות החשש מהרשעת אדם על פי עדותו של שותף לעבירה, שהינו שונה מיסודו מן החשש מהרשעת אדם על פי הודאתו שלו".

(ובפסיקה הצבאית - ע/144/61: "אין אותו "דבר מה נוסף" חייב להיות "סיוע" במובנה הטכני של מילה זו אלא...")

6. מה אינו עשוי לשמש "דבר מה"

(1) מניע

ע.פ. 262/65
פס"ד יט(3)499
(כלדון עזאם)

:"צדק סגן פרקליט המדינה בטענתו כי עצם העובדה שהילד נולד למערער כארבעה וחצי חדשים לאחר הנישואין עשויה לתמוך בגירסת הקטגוריה... אך מניע זה, שהיה למערער, אינו יכול, כמובן, לשמש ה"דבר מה" הדרוש, כשהגופה אינה מגלה כל סימני אלימות, ואיננו יודעים אם הילד בכלל נרצח..."

(2) "הודאת חוץ" אחרת

ע.פ. 118/51
פס"ד ו', 1061
(עזרא)

:"וכבר הורה בית-משפט זה ב-ע.פ. 3/49, (2), תוך הסתמכות על ההלכה שנקבעה במשפט האנגלי הנודע של הכתר נגד סייקס (1), כי אין להרשיע אדם עפ"י הודאה שכזאת - ואין הבדל בין הודאה להודאות - אלא אם כן נתלוה אליה "דבר מה" נוסף, התומך באמיתות ההודאה".

(3) "דבר מה" לאשמה אחרת באותו כתב אישום

הואשם הנאשם עפ"י הודאת חוץ במספר עבירות וקיים "דבר מה" לענין אחת מהן - לא יהיה בכך כדי לצאת ידי חובת המבחן לגבי האשמות האחרות.

ע.פ. 113/57
פס"ד ו', 1061

:"ומכיון שכך, הרי העובדה של נוכחות הנאשם במקום הפשע - עובדה שהוכחה ע"י ידיעתו על הנר שנמצא בידו של ההרוג - אינה עשויה אף היא לתמוך באמיתותן של ההודאות הללו במידה שהן נוגעות למעשה ההריגה הנ"ל... מטעמים אלה מבטלים אנו את הרשעתו של הנאשם-המערער בהריגה, ומשאירים בעינה את הרשעתו בהתפרצות..."

(4) "דבר" המתישב עם הסבר הנאשם

ע.פ. 161/52
פס"ד ח', 413
(גרוס)

:"... איננו מוצאים כי ישנו "דבר מה" כזה בהוכחות שהיו בפני ביהמ"ש המחוזי. עצם העובדה שהמקור נשלח למערער ארצה אינה מוסיפה כלום, כי היא מתישבת באותה המידה עם טענת המערער שנתן את ההוראה עוד בהיותו ברומניה".

(5) שתיקת הנאשם

אין עדיין פסיקה לענין "דבר מה" להודאה בנושא זה אך ניתן אולי להקיש מהפסק הבא המתיחס ל"דבר מה" לעדות מעורב-בעיסקת-עבירה.

ע.פ. 217/57
פס"ד יב', 162
(חבואל)

:"מר חריש טוען שאותו "דבר מה" נוסף מצוי היה בשתיקתו של המערער בביהמ"ש. לא אוכל להסכים לטענה זו. אם כי ה"דבר מה" אינו חייב להגיע לדרגת סיוע, עדיין צריך הוא להיות בבחינת "הוכחה" וכידוע אי מתן עדות אינו ירול לבוא במקום הוכחה".

ס י כ ו ם (ראית ה"דבר מה")

א. ה"דבר מה" הינו ר א י ה במשמעותו הרחבה ביותר של מושג זה.

ב. ה"עובדה" המשמשת כ"דבר מה" חייבת לבוא ממקור ח י צ ו נ י להודאה ולהתוסף לה.

ג. ראית ה"דבר מה" שונה ונבדל מ"ראית הסיוע" הן לענין טיבה, אפיה ומשקלה והן לענין תכליתה.

ד. ה"דבר מה" יכול שיהיה ראיה כל שהיא - ללא חשיבות למשקלה וכמותה העצמיים - ובלבד שיש בכוחה, בנסיבות המיוחדות של המקרה, להצביע על אמיתות דברי ההודאה.

ה. השאלה באם עובדה מסוימת עשויה להוות "דבר מה" נחתכת עפ"י הנסיבות המיוחדות של כל מקרה.

ו. מידת הראיה הנדרשת משתנה אף היא ממקרה למקרה כגון:-

(1) לא הוכח עצם ביצוע העבירה - יטה ביהמ"ש לדרישת כמות גדולה יותר של "דבר מה".

(2) הוכח עצם ביצוע העבירה והוכחה ה"הזדמנות" שהיתה לנאשם לעבור את העבירה - יסתפק ביהמ"ש במידה קטנה יותר של "דבר מה".

ז. השאלה למה צריך ה"דבר מה" להתיחס: לנקודה מטריאלית, לזהותו של העבריין או לפרט כלשהו המוזכר בהודאה, נחתכת אף היא על פי נסיבותיו המיוחדות של כל מקרה. (ראה: התיחסות לנקודה מטריאלית - ע.פ. 262/65, פס"ד יט(3) 500; התיחסות לזהות - ע.פ. 113/51, פס"ד ו', 1061).

II. מבחן ה"דבר מה"

1. "מבחן" או "דרישה"

א. ב-ע.פ. 3/49 נתעוררה השאלה מה אפיו של עקרון ה"דבר מה" - כלום קובע הוא דרישה או מבחן. להלן תשובת ביהמ"ש העליון:

"... נתחלף לו לביהמ"ש "מבחן" ב"דרישה" משאומרים כי מצב דברים מסוים הוא אחת הדרישות להסקת מסקנה מסוימת, משמע: באין מצב דברים זה, אין המסקנה מחויבת המציאות. מה שאין כן ב"מבחן" משאומרים שמציאותו של מצב דברים מסוים הוא אחד מדרכי המבחן לאמיתות מסקנה מסוימת, משמע: אם מצב דברים זה קיים מתאשרת ממילא נכונות המסקנה. ואם מצב דברים זה אינו מצוי אין ללמוד מכאן כי המסקנה אינה נכונה. במקרה כזה יש לבחון את המסקנה לאור מבחן אחר..."

ב. עקרון ה"דבר מה" קובע איפוא קיומו של מ ב ח ן שבו חייב לעמוד תכנה של הודאת החוץ ולא ד ר י ש ה שאחריה חייבת הודאת החוץ למלא.

2. מבחן נוקשה או סדרת מבחנים חילופיים גמישים

א. ע.פ. 3/49 לא קבע מבחן אחד נוקשה אלא סדרת דרכי מבחן גמישים הקובעים מסגרת בלבד ומותירים את מילוי התוכן לביהמ"ש. ואלו דרכי המבחן:-

(א) השואה: "... ע"י השואת הדברים הנאמרים בהודאה לדברי ההודאה האחרים אשר הוגשו על ידו (הכונה ליוהמ"ש - י.ק.) ועל ידי הנאשם, אם הנאשם בחר אף הוא להגיש הוכחות".

(ב) חקירה: "... וע"י חקירת שאר מסיבות הענין אשר יש בהן כדי להראות, כי הדברים הנאמרים בהודאה דברי אמת הם..."

(ג) הזדמנות: "... וכי הנאשם הוא אדם אשר היתה לו הזדמנות לעשות את מעשי הפשע שבעשייתו הודה לפני עמדו לדין".

(הערה: לענין הפסיקה המתיחסת לכל אחת משלוש דרכי המבחן הנ"ל - ראה להלן בפרק מבחני ה"דבר מה").

ב. דרכי מבחן אלה זהים ותואמים את אמות המבחן שנקבעו ב-המלך נ. סייקס:

ע.פ. 38/49 :"המבחנים הם, כפי שנקבעו בפסק הדין האנגלי של
פסקים עליונים ב', 357 המלך נ. סייקס, אשר חלקו העיקרי צוטט בפסה"ד
(קנדיל) הנ"ל (הכונה ל-ע.פ. 3/49 - י.ק.) ואחדים מהם הם:

"האם קיים דבר מה מחוצה לה המורה כי היא (ההודאה) היתה נכונה?... האם היה האסיר אדם אשר היתה לו הזדמנות לעשות את מעשה הרצח? האם הודאתו אפשרית היא? האם היא עולה בקנה אחד עם עובדות אחרות אשר הוברר והוכחו?..." .

ג. ביהמ"ש העליון חזר - במילים זהות ממש - על אמות המבחן שנקבע ב-ע.פ.3/49 ברב פסה"ד העוסקים בנושא ה"דבר מה".

ד. בפסיקה הצבאית לענין אפי ומהות המבחנים ראה: ע/185/58 ו-ע/138/60.

ה. כפי שנתברר מן הפסיקה לאחר ע.פ. 3/49, יש לראות דרכי מבחן אלו כ ח י ל ו פ י י ם ולא מצטברים ודי לה להודאה אם עמדה באחד מהם.

ע.פ. 38/49 :"... המבחנים הם אלטרנטיביים..."
פסקים עליון ב', 357
(קנדיל)

ע.פ. 290/59 :"עוד משתמע ממה שנאמר שם (הכונה ל-ע.פ. 3/49 - י.ק.)
פס"ד יד', 1497 שההודאה אינה חייבת לעמוד בכל המבחנים הללו ביחד, אלא די לה שתעמוד באחדים או אף באחד מהם".

ו. התשובה לשאלה איזה דרך-מבחן יש להעדיף במקרה מסוים, תלויה בנסיבות המיוחדות לאותו מקרה. אין טוב לענין זה מציטוט דברי כב' השופט לנדוי ב-ע.פ. 290/59, הנ"ל:-

"חשיבותו של כל אחד מהמבחנים האלה משתנה, כמובן, ממקרה למקרה, נראה לי, כי על פי רב המבחן, שלנאשם היתה ההזדמנות לבצע את העבירה, ערכו מועט למשל, כאשר נעברה עבירה בעיר רבת עם, יכולים להיות אלפים ורבבות של אנשים שלכל אחד מהם היתה ההזדמנות לבצע את העבירה, ועל כן הערך ההוכחתי של המבחן הזה יהיה קרוב לאפס, לעומת זאת, אם נעברה העבירה במקום נידח, שהגישה אליו אפשרית רק למעטים, וביניהם לנאשם, במקרה כזה תיגדל חשיבותו של מבחן ההזדמנות".

3. <u>מבחן חיובי או מבחן שלילי</u>

א. ב-ע.פ. 3/49 הוצע לביהמ"ש העליון לקבוע כי "המבחן האמיתי הוא על דרך השלילה, כלומר, בודקין אם יש בנסיבות כל הענין כדי לעשות את סיפור המעשה אשר בגוף ההודאה בלתי אפשרי".

ב. ביהמ"ש <u>דחה</u> הצעה זו "משום שהיא מחייבת את המסקנה שעם הגשת כתב ההודאה <u>מוטלת על שכמו של הנאשם החובה להוכיח את הכזב שבדברי ההודאה</u>, או לפחות את אי האפשרות כי העובדות המסופרות בהודאה אמת טבועה בהן".

ג. אין להטיל איפוא על הנאשם את עול ההוכחה כי הודאתו <u>אינה</u> עומדת במבחן ה"דבר מה". ברם, מנקודת ראות אחרת, דהיינו מנקודת הראות של שיקולי ביהמ"ש ודרך העברת ההודאה בכור המצרף של ה"דבר מה", נושא בכל זאת המבחן אופי שלילי. נביא כאן את דברי כב' השופט לנדוי לענין זה ב-ע.פ. 290/59:-

"אולם, נראה לי שבמובן אחר, יותר רחב, אפשר להגדיר את המבחנים עליהם מדובר בענין אנדלרסקי כמבחנים שליליים, היינו באותו מובן שלפיו כל הוכחה נסיבתית היא שלילית מעצם טיבה, כי הרי מסימני ההיכר של ההוכחה הנסיבתית היא, שהיא מביאה למסקנה המרשיעה בדרך האלימיניציה או השלילה של פירושים אחרים, העולים בקנה אחד עם חפותו של הנאשם מפשע. בלשונו של ויליס... "כדי להצדיק את מסקנת האשמה, צריכות העובדות המרשיעות להיות בלתי מתישבות עם חפותו מפשע של הנאשם ובלתי ניתנות להסבר על פי איזו הנחה סבירה אחרת, פרט להנחת אשמתו..."
זהו התהליך השכלי, שעל פיו בוחן ביהמ"ש את ערכה של כל הוכחה נסיבתית לחוד ושעל פיו הוא מצרפן אחת לאחת וצורפן בכור המבחן של ההגיון, אינני רואה כל הבדל בין תהליך רגיל זה ובין השימוש באותם מבחנים ("השואת הדברים הנאמרים בהודאה לדברי ההוכחה האחרים" וגו') עליהם מדובר בענין אנדלרסקי".

ד. נוכל איפוא לסכם כדלקמן:-

א. מבחן ה"דבר מה" נושא אופי בורר, בשל היות התהליך השכלי הבוחן את אמיתותה הפנימית של ההודאה - תהליך של אלימנציה.

ב. מאידך גיסא, מנקודת ראות התביעה, נושא המבחן אופי חיובי, במובן זה שעליה החובה לשאת בנטל ההצבעה על העובדות העשויות לשמש בסיס נאות לתהליך האלימנציה בו נוקט ביהמ"ש.

4. <u>שיקולי עמידה במבחן ה"דבר מה"</u>

(1) <u>שיקולי הגיון ושכל ישר</u>

ע.פ. 290/59
<u>פס"ד יד', 1499</u>

I "בסופו של דבר בולטת מן הפסיקה של בימ"ש זה המגמה להסתפק במידה קטנה של "דבר מה" לשם חיזוק ההודאה. ההחלטה הסופית תהיה תלויה כמובן לא רק במהות ה"דבר מה" המצוי בפני ביהמ"ש אלא קודם כל בנסיבות בהן ניתנה ההודאה ובמשקלה העצמי - אם ניכרים בהן סימני אמת או סימנים של סיפור בדים, אם יש בה הגיון פנימי והרצאת עובדות מפורטת המתקבלת על הדעת בשיקולים אחרים כיוצב'.."

II "לבסוף, השאלה אם ה"דבר מה" דיו לחזק את הודאת הנאשם, נתונה בכל מקרה לשקול דעתו של ביהמ"ש, על פי שיקולי ההגיון והשכל הישר, בדרך שמנחים ראיות נסיבתיות".

(2) <u>סתירה בין ההודאה לעדויות אחרות</u>

ע.פ. 290/59
<u>פס"ד יד' 1498</u>

"עם זאת מובן כי שעה שביהמ"ש בא לשקול את ערך ההודאה ביחד עם ההוכחות האחרות שהובאו לפניו, ישים לבו גם לכך, אך ישנה סתירה בין מה שנאמר בהודאה ובין הוכחה אחרת - סתירה שממנה אפשר להסיק, כי היה לנאשם מניע לתת הודאה בלתי נכונה - או שאינה קיימת סתירה כזאת".

(3) <u>הוכחת/אי הוכחת ביצוע העבירה</u>

ע.פ. 262/65
<u>פס"ד יט(3)500</u>
(כלדון עזאם)

"נוכח פני הסיכון הכפול שהלכת ה"דבר מה" מיועדת למנוע, היינו הסיכון שאדם יודה בעבירה <u>שבכלל לא נעברה</u>, ושיודה בעבירה שלא על ידו נעברה, נדרשת מהקטגוריה מידה גדולה יותר של ראיה התומכת באמיתות ההודאה, כאשר אין בידיה להוכיח, בראיה אחרת, <u>שהעבירה בכלל נעברה</u> . מה שאין כן כאשר ביצוע העבירה הוכח, שכן במקרה כזה מצטמצמת יריעת ה"דבר מה" וביהמ"ש חייב ליתן דעתו רק על כך שמא לא הנאשם שהודה הוא האדם שביצע את הפשע".

(4) זהות הנאשם שנויה במחלוקת

ע.פ. 118/51
פס"ד ו' 1061 (עזרא)

:"הרי הפרטים שצויינו בפסק דינו של השופט המלומד מני (ע' 18-21), עשויים היו לשמש אותו "משהו" נוסף, ועלולים היו להכריע את הכף לחובת הנאשם. אבל הן במקרה שלפנינו, הספק העיקרי והשאלה הנוקבת היתה: מי מן השניים - הנאשם או חברו - הוא שהרג את הנפש, ולגבי שאלה זו אין ערך לפרטים הללו, שכן אף אילו הודה בהם הנאשם מלכתחילה, ולא היה מכחיש אותם מעולם (כפי שהכחישם למעשה לפני ההודאות ולאחריהן), לא היו פרטים אלה מועילים אף במשהו להחרת הספק המקרי הנ"ל".

ס כ ו ם (מבחן ה"דבר מה")

א. מבחן ה"דבר מה" הינו תהליך שכלי של העברת דברי ההודאה בבקורת ההגיון.

ב. התהליך אינו תהליך של ניתוח פנימי של האמור בהודאה גופה, אלא תהליך של השואה, התיחסות ועימות של דברי ההודאה למציאות, כאשר כאמת מידה וכבסיס למבחן משמשת ראית ה"דבר מה".

ג. המבחן נעשה בדרך האלימינציה דוגמת המבחן באמצעותו נבחנות ראיות נסיבתיות.

ד. בחירת המבחן המתאים - או שילוב המבחנים המתאים - נעשה בכל מקרה עפ"י נסיבותיו המיוחדות כגון: (1) הובא בפני ביהמ"ש חומר ראיה המוכיח כי העבירה נעברה וכי לנאשם היתה האפשרות לבצע את שבעשיתו הודה - יטה ביהמ"ש לסמוך על מבחן "ההזדמנות".
(2) לא הובא בפני ביהמ"ש חומר ראיה המוכיח כי העבירה נעברה לא יסתפק ביהמ"ש, בדרך כלל, במבחן ה"הזדמנות" ויטה לנקוט במבחני החקירה וההשואה.
(3) שנויה במחלוקת נקודה מהותית לענין - יטה ביהמ"ש לנהוג באותו מבחן או שילוב מבחנים שיהא בו כדי להחיר הספקות המתיחסות לנקודה מהותית זו.

ה מ ב ח נ י ם (סקירת הפסיקה)

I - II : מבחני ה"השואה" ו"החקירה"

א. שני מבחנים אלה מהוים את התהליך הקלאסי לפיו קובע ביהמ"ש עמדה לענין עמידת הודאת חוץ במבחן האמת.

ב. השיקולים ששוקל ביהמ"ש במסגרת מבחנים אלה הם שיקולי ההגיון והשכל הישר ועיקרם הצבעה חיובית על השתלבות המסופר בהודאה במכלול נסיבות המקרה ועל התאמת האמור בהודאה למציאות.

ג. המסקנה אליה חייב להגיע ביהמ"ש הנוקט בשני מבחנים אלה הינה כי דברי ההודאה אמת הם באשר הם מתישבים ועולים בקנה אחד עם הנסיבות האחרות האופפות את המקרה נשוא הדיון.

ד. להלן סקירת פסה"ד בהם השתמש ביהמ"ש בשני מבחנים אלה:

1. <u>השואה לנסיבות הכלליות של המקרה</u>

ע.פ. 9/52 <u>פסקים עליונים ח', 199</u> (רבו)

: באשמת גניבה והתפרצות מהוים מציאת צבת ופנס אצל הנאשם, בשעה שנתפס ע"י המשטרה ונסיונו לזרוק את הצבת, את ה"דבר מה" בו יש צורך כדי לחזק את הודאתו (מההערה שבראש הפרסום).

ע.פ. 120/52 <u>פס"ד ו' 883</u> (לזר)

:"על כל פנים, בחומר ההוכחה שהוגש במשפט זה ישנו "דבר מה" נוסף הנותן חיזוק להודאה - ת/20 : <u>השוה</u> את עדותו של הקצין זינגר בדבר גילוי 199 השטרות במזודה ... עם הודאת המערער כי הוציא שטר אחד... כמו כן <u>השוה</u> את דברי העדות של קצין העליה ברזל - כי המערערים הגיעו לארץ בזמן אחד ובאניה אחת - עם דברי ההודאה של המערער בדבר תכנון הנסיעה מצרפת לישראל באופן ששני המערערים יבצעוה יחדיו".

ע.פ. 155/56 <u>פס"ד ו', 1762</u> (חסין אל-עור)

:"הודאתו של המערער במשטרה היא ברורה ופשוטה וכל המשיבות של המקרה, כגון החומר שנמצא ברשותו של המערער והשיחות משני צדי הדלת בינו ובין אחד המסתננים מספקים את ה"דבר מה" הנוסף הדרוש לחיזוק ההודאה".

ע.פ. 85/56 <u>פס"ד י', 936</u> (וחד וסוטי)

<u>הערה</u>: :אמת המבחן וה"דרישות" שהוצגו ל"דבר מה" בפסק זה חמורות בקיצוניותן וב-ע.פ. 290/59 (פס"ד יד', 1494) אמר עליו כב' השופט לנדוי: "פרקליט המדינה המלומד הסכים בטענותיו לפנינו שב-ע.פ. 85/56 היתה סטיה מן הקו הכללי של תורת ה"דבר מה" כי שם שלל בימ"ש זה את קיום ה"דבר מה" בנסיבות שהיו קרובות לעדות סיוע כמשמעותו הטכנית".

ע.פ. 183/59 <u>פס"ד יד' 294</u> (אבו-ריאש)

:"... כי יש "דבר מה נוסף" כזה בשתי עובדות אלו: בגדיו המגועלים של המערער" כלי הרצח (הקופיץ) שנזרק על ידיו מאחורי הגדר. גם את העובדות האלו ניסה המערער וב"כ להסביר, אך הסברו לא נתקבל על הדעת..."

ע.פ. 307/60
פס"ד יז', 1562

I :"הוכח כי התדריך ת/17 ומפת העשור של "מעריב" נמצאו על ידי החוקרים לאחר המערער הפנה אותם לנאשם מס' 8 בתורת האדם שבידו הפקידם כדי שיחביאם, וזה הובילם למקום המחבוא. עובדה זו מתקשרת אל דברי ההודאה של המערער... אזי ברור כשמש שמסמך זה, בצירוף עובדת החזקתו על ידי המערער, משמש סיוע חזק לדברים שסיפר בהודאותיו על ארגון הריגול הנדון ועל הפעולות שעשה כדי לקדם ולהגשים את מטרתו".

II :"בהודאת ת/14 סיפר המערער שאל צירף את התמונות, שמסר לו הסוכן בהזדמנות הנזכרת, להעתק שעשה מההוראות שקיבל ממנו ואשר העביר לשותפיו לריגול בכפר חמרה. דבריו אלה מתקשרים, הגיונית, לדברים האמורים במכתב הלואי ת/4 ושבהם מתאונן המערער מס' 4 על אי קבלת התמונות".

III :"בהודאתו ת/14 אמר המערער, שבפגישתו עם הסוכן הנ"ל ביום 14.7.58 מסר לו זה 11 לירות זהב, וכי בתדריך ת/17, שקיבל ממנו, ניתנה ההוראה למסור את הכסף הזה לבני משפחת האשה נאיפה סאמי עאקלה שנידונה באשמת ריגול, הואיל והם נמצאים במצוקה כספית. מסתבר, כי הוראה כזאת נזכרת במפורש במוצג ת/17. עוד הוכח, באמצעות העד חיים בן יצחק, כי אמנם בשנת 1957 הורשעה אשה בשם הנ"ל בריגול (ע' 359)".

ע.פ. 13/59
פס"ד יג', 552
(בנאת)

: ראה פסקה ד' לפסק בעמודים 3-552.

ע.פ. 187/59
פס"ד יד', 734
(אסריג)

:ראה הפסק בעמ' 743.

ע.פ. 202/56
פס"ד יא', 682
(פרקש)

:ראה הפסק בעמ' 682-683.

ע.פ. 316/61
פס"ד טו', 2555
(קניגבסברג)

: ראה הפסק בעמ' 2556.

ע.פ. 122/61
פס"ד טז', 2398
(פלוני)

: ראה הפסק בעמ' 2405, והערה 2 בעמ' 2398.

ע.פ. 98/55
פס"ד ט', 1190
(גופסמן)

: ראה הפסק בע' 2-1191 בפסקאות 3,4,5.

ובפסיקה הצבאית

ע/96/59

:" אם כך, הרי שדברי שני העדים האלה מהוים עדות ממקור נפרד מהמשיב בתוספת לעובדות: שהמשיב היה מעוניין בעריכת הקומזיץ... כי שוד הכבשים בוצע למעשה וכי לאחר מעשה לא נזף בפקודיו - כל אלה יש בהם לדעתנו כדי להוות אותו "דבר מה"..."

ע/144/63

:"נכון הוא כי מספר גורמים כשלעצמם, כגון עניינו של המערער בבצוע המעשה או ההזדמנות שהיתה לו לבצע אינם מספיקים במסיבות בהן בוצעה העבירה לשמש דבר מה נוסף להודאה. אולם, אם נוסיף לכך את השחזור ואת דבריו של המערער בדבר נקיפות המצפון, הרי אלה דיים כשלעצמם... כדי להוות "דבר מה"..."

2. השואה ל מ ס מ כ י ם

ע.פ. 247/62
פס"ד יז', 447
(סילמאן)

:"השאלה היחידה שהתעוררה בערעור שלפנינו היא, אם צדק בא כוח המערער בטענתו, שבית המשפט המחוזי הסתמך, שלא כדין, על המסמכים ת/3 א ו-ת/3 ב בתורת "דבר מה" הדרוש לאימות ההודאה הנ"ל. אלה הם המוצגים ת/3 א ו-ת/3 ב המהווים שתי קבלות אשר הוכח כי המערער הטביע עליהן את בוהן ידו בעת שהוא מסר אותן במשרד המודיעין המצרי. תוכן הקבלות מחישב עם דברי המערער בהודאתו הנזכרת, דהיינו, כי אחרי שהוא ביצע שחיים משלוש ההסתננויות הנ"ל שולם לו על ידי השלטונות המצריים שכר בסך שלוש לירות".
(הקבלות נתקבלו כ"דבר מה" - י.ק.)

ע.פ. 122/61
פס"ד טז' 2405
(פלוני)

:"... יצוין כי תוכן הפתק ת/1, די בו כדי לשמש ה"דבר מה" הדרוש להכשרת ההודאות הכללות במוצגים ת/4 ו-ת/22 כהודאות שיש בהן אמת".

3. ע ק ב ו ת

ע.פ. 251/63
פס"ד יח', 268
(ג'ודאת אסעד אבו-ניל)

:"אדגיש אחת הראיות ההלו שבה במיוחד אני רואה סיוע ממש לדברי ההודאה, דהיינו עקבות נעלי הגומי, שהובילו מחלקת הטבק בה עבד המערער עד למקום הרצח ומשם מערבה בדרך הבריחה ממקום הפשע, כפי שהמערער תיאר אותה בהודאתו. אמנם בדרך כלל עקבות נעליים אינם אמצעי זיהוי שאפשר לסמוך עליו. אך מקרה זה יוצא מן הכלל, כי הפעם עלה בידי שני הנשמים, שהעידו במשפט, לזהות את העקבות בעזרת סימן מיוחד - סימן של קרע המתאים לקרע בסוליית הנעל השמאלית של זוג נעליים

שנמצא בבית, בו גרים רק שני גברים, והם המערער ואביו. המערער הודה בעת חקירתו שנעליים אלה שייכות לו, אם כי בעדותו בבית המשפט חזר בו והכחיש גם זאת".

4. <u>ש ק ר ש ל נ א ש ם</u>

ע.פ. 168/55
<u>פס"ד ט' 1514</u>
(אבו-עבאס)

:"והנה, לפנינו חזר המערער על טענתו שנתן את הודאתו, אחרי שנמצא במעצר במשך עשרים יום, ומיד הזים בא-כוח המשיב את טענתו זו והראיה שבשקר יסודה, כי ההודאה ניתנה ביום מעצרו של המערער או למחרתו. <u>פרט זה מחזק את הסברה שלא היה מקום לפקפק בנכונות ההודאה</u>".

5. <u>התנהגות הנאשם המתישבת עם הודאתו</u>

ע.פ. 177/53
<u>פס"ד ח' 194</u>
(גרוסברגר)

:"על כל פנים, אני מסכים לדעת השופט המלומד, שסבר כי ענין גולדשטרן היה עשוי לספק את ה"דבר מה" הדרוש לפי ע.פ. 3/49, (10), כי התנהגות המערער בענין זה עולה בקנה אחד עם מה שסיפר בהודאתו על המקרה הקודם של 20 ה-ל"י, ושני המקרים יחד מגלים תכנית פעולה אחת שלפיה פעל המערער".

ע.פ. 244/54
<u>פס"ד ט' 597</u>
(אל כליל)

:(הואשם בגניבה) " מעל הכל - העובדה שברשותו נמצאו סכומי כסף גדולים, אשר אין דרכו של פועל לא אמיד להחזיקם בידו. העדים אף העידו על "רוחב לבו" של המערער, שהיה מפזר ומבזבז כספים שלא לפי מעמדו הכלכלי".

ע.פ. 165/58
<u>פס"ד יג' 611</u>
(נחמיאס)

:"... בא ה"דבר מה הנוסף" השני ומשלים את הדרישה. המערער נוסע הלוך וחזור לתורכיה ומביא עמו סחורה, לפי דברי ההודאה הסתיר המערער פעם סמים מסוכנים בתוך סחורה שהביא עמו".

(וראה בפסיקה הצבאית - ע/96/59: "... וכי לאחר מעשה לא נזף בפקודיו...")

6. <u>הצבעה על מקום הפשע, חפצים גנובים, שיטת ביצוע וכיוצב'</u>

ע.פ. 244/54
<u>פס"ד ט' 597</u>
(אל כליל)

:"די לנו להצביע על כמה מדברי ההוכחה, שכל אחד מהם עשוי לשמש "דבר מה" נוסף. המערער הצביע על מקום הגניבה ותיאר כיצד ביצע אותה; בעקבות דבריו של המערער נמצאו תכשיטים שונים, אשר נהכשו על ידי המערער, לפי דברי הודאתו בחלק מהכסף הגנוב".

ע.פ. 13/59
פס"ד יג', 552
(מחמד וחיד בנאת)

:"בדרכו לביתו מבית הנרצח נטל עמו את הגרזן אשר קנה בחדרה והטילהו לתוך באר עכורה אשר בסביבה. במהלך החקירה המשטרתית הראה לחוקרים את הבאר הזאת, ולאחר שהוצא ממנה הגרזן נתברר, כי בקצה הלהב שלו כתמי דם שאליהם היו צמודות עלוקות מים".

ע.פ. 183/59
פס"ד יד', 295
(מחמד אבו ריאש)

:"השופטים המלומדים מצאו כי יש "דבר מה נוסף" כזה בשתי עובדות אלו: בגדיו המגואלים בדם של המערער, כלי הרצח (הקופיץ) שנזרק על ידיו מאחרוי הגדר, גם את העובדות האלו ניסה המערער וב"כ להסביר אך הסברו לא נתקבל על דעת ביהמ"ש המחוזי וגם אינו מתקבל על דעתנו. יש, איפוא, אותו "דבר מה"..."

(וראה בפסיקה הצבאית - ע/144/63 (סור' גדעון יעקב) : "... אם נוסיף לכך את השחזור ואת דבריו של המערער בדבר נקיפות המצפון, הרי אלה דיים כשלעצמם... כדי להוות "דבר מה נוסף".)

7. קרבת משפחה

ע.פ. 165/58
פס"ד יג', 611
(אליהו נחמיאס)

:"תמימי דעים אנו עם בא כוח המערער, כי בדרך כלל אין קירבת משפחה עשויה לחזק דברי הודאה הנאמרים על ידי אחד המקורבים, אך בכל מקרה יש להתחשב בסיבותיו המיוחדות שלו".

"אך אפילו נאמר, כי קירבת משפחה זו כשהיא לעצמה אינה עשויה לחזק את ההודאה במלוא המידה בא ה"דבר מה נוסף" השני ומשלים את הדרישה".

8. אי הנמקת מסירת הודאה כוזבת

ע.פ. 187/59
פס"ד יד', 734
(אסריג)

:"שם (בערכאה ראשונה - י.ק.) הוא הכחיש אמנם את הודאתו למשטרה, אבל יחד עם זאת העיד בזו הלשון: "כששאלו אותי במשטרה עלה בדעתי באופן ספונטני להגיד שהבאתי אתי 250 מטבעות..."

מבלי להזכיר איזה מסיבות נוספות שהיו יכולות להסביר מדוע יביאו רגש ספונטני למסירת הודאה כוזבת דוקא. לדעתי יש בעדות זו אותו אישור מתוך ההוכחות במשפט, שמהן היה יכול ביה"ד להסיק כי הודאתו של המערער היתה "מוטבעת על אדני אמת" כנאמר ב-ע.פ. 202/56..."

(ע.פ. 202/56, פס"ד יא', 677, פרקש).

9. <u>עדותו של שותף-לעבירה</u>

ע.פ. 316/61
<u>פס"ד טו', 2556</u>
(קניגסברג)

:"ההודאה בסיוע שניתן כנ"ל. לנאשם שניאורסון, מוצאת לה גם תמיכה-כה בעדותו של שניאורסון בביהמ"ש שהוכרז כעד עוין. מתוך עדותו נובע, שהוא אמר לאחר גרינברג (גם הוא השתתף בביצוע העבירה) שיש עוד שותף שלישי. כמובן הוא לא הזכיר בעדותו את שמו של המערער כאותו שותף. <u>הדברים האלה מספיקים לשמש כ"דבר מה" הדרוש לאימות ההודאה של המערער</u>"

<u>ובפסיקה הצבאית:</u> ראה - ע/156/61 (התצ"ר נ. פרנק).

10. <u>שתיקת הנאשם</u>

<u>ע/138/60</u>

:"... וביחוד אין להתעלם <u>מהעובדה שהמערער בחר לשתוק</u>..." (במקרה זה הצטרפה "השתיקה" לנסיבות אחרות, לענין ה"שתיקה" כשלעצמה - השוה ע.פ. 217/57, פס"ד יב', 162 (חגואל) בו קבע ביהמ"ש העליון כי אין בה לבד כדי להוות "דבר מה").

III. <u>מבחן ההזדמנות/האפשרות</u>

א. מבחן "ההזדמנות" הנו מבחן, שערכו ומשקלו עשויים להשתנות מן הקצה לקצה עפ"י הנתונים המיוחדים של המקרה: כדי שניתן יהיה לראות ב"הזדמנות" כור-מבחן לקביעת עמדה באם אכן עשה המודה את אשר הוא אומר, חייבת היא - ההזדמנות - למלא אחר התנאים המוקדמים הבאים:

(1) ההזדמנות-האפשרות לעבור את העבירה בה הודה הנאשם הינה כשלעצמה <u>מיוחדת לו</u> ובדרך כלל גם יוצאת דופן באורח חייו הרגיל של המודה.

(2) פרטי המקרה - ועצם ארועו - מצויים בידיעתו האישית הבלעדית של הנאשם ולא קיימת כל אפשרות לבחון את אמיתות הודאתו פרט להצבעה על העובדה האוביקטיבית האחת, שהיתה לו ההזדמנות (כמוסבר בפסקה (1) לעיל) לעשות את הדבר אשר בעשיתו הודה.

מן הראוי לחזור ולצטט לענין זה את דברי כב' השופט לנדוי ב-ע.פ. 290/59:

"נראה לי, כי עפ"י רב המבחן, שלנאשם היתה ההזדמנות לבצע את העבירה, ערכו מועט. למשל, כאשר נעברה עבירה בעיר רבת עם, יכולים להיות אלפים ורבבות של אנשים, שלכל אחד מהם היתה ההזדמנות לבצע את העבירה, ועל כן הערך ההוכחתי של המבחן הזה יהיה קרוב לאפס, לעומת זאת אם נעברה העבירה במקום נידח, שהגישה אליו אפשרית רק למעטים, וביניהם לנאשם, במקרה כזה תגדל חשיבותו של מבחן ההזדמנות".

ב. להלן סקירת פסה"ד בהם סמך ביהמ"ש העליון ידו על מבחן ההזדמנות:

(1) ע.פ. 48/54
פס"ד ח' 690

:"... כבר הודגש כמה פעמים ע"י בימ"ש זה כי "דבר מה" הנוסף אינו חייב להיות... כי אם דבר הוכחה המורה כי היתה לו לנאשם האפשרות לבצע את העבירה..."

(2) ע.פ. 244/54
פס"ד ט', 597
(אל כליל)

:"... כי אם הוכחה, כל שהיא, המורה כי היתה לו לנאשם האפשרות לבצע את מעשה העבירה וכי יש מקום להסיק שהודאתו אינה בנויה על אדני שוא".

(וראה גם: ע.פ. 177/53, פס"ד ח', 194).

(3) ע.פ. 295/55
פס"ד ט' 1872

:"... ובערעור אנדלרסקי הנ"ל, קבע בימ"ש זה, כי "מבחן האמת" נעשה " ע"י השואת הדברים... וכי הנאשם הוא אדם אשר היתה לו ההזדמנות לעשות את מעשה הפשע שבעשייתו הודה לפני עמדו לדין".

(4) ע.פ. 168/55
פס"ד ט' 1513
(אבו עבאס)

:"... עדות זו מוכיחה בעליל כי היתה לו לנאשם אפשרות לבצע את עבירת הגניבה. בזה עומדת ההודאה במבחן אשר נקבע ע"י בימ"ש זה בענין אנדלרסקי..."

(5) ע.פ. 172/57
פס"ד יא', 1600
(אבראהים קבהה)

:"לדעתנו צדק השופט במסקנתו זו באשר לעובדות כי הנאשם נמצא בכלא ירדני ושנחקר שם על ידי מישהו - ובעובדות אלו הודה הנאשם בעדותו במשפט - די בהן כדי להוות "דבר מה" כנ"ל".

(6) ע.פ. 13/59
פס"ד יג', 552
(מחמד וחיד בנאת)

:"השאלה שעל בית המשפט לדון בה היא רק אם ההודאה עומדת במבחן ואם קיים "דבר מה נוסף" אליה, המראה כי היתה לו, לנאשם, האפשרות לבצע את מעשה הפשע, וכי הדברים שנאמרו על ידו בהודאתו אינם קלוסים מן האויר".

(7) ע.פ. 165/58
פס"ד יג', 612
(נחמיאס)

:"כי אם ראיה כלשהי המורה על כך, כי היתה בידיו של הנאשם האפשרות לעבור את העבירה המיוחסת אליו. ואין להרבות דברים, כי במסיבות האמורות היתה גם היתה למערער האפשרות להביא את הסחורה בהיחבא מחוץ לארץ, כלומר הוכחה מציאותו של ה"דבר מה הנוסף" הדרוש לחיזוק הודאתו".

(8) ע.פ. 178/65
פס"ד יט(3) 156
(אושה)

:"טוען ב"כ המערער, כי לא הוכח כאן ה"דבר מה" הצריך להתוסף על ההודאה כשאין ראיה אחרת, ואף זו לאו טענה היא, תוספת זו - כפי שעולה מתוך פסק הדין האנגלי של המלך נ. סייקס... יכולה להיות קלה שבקלות. אפילו ההזדמנות לעשות את מעשה העבירה עשויה לשמש תוספת "דבר מה" להודאת העבריין..."

ובפסיקה הצבאית:
ע/144/61

:"אין אותו "דבר מה נוסף" חייב להיות "סיוע" במובנה הטכני של מלה זו אלא רק דבר המורה על כך שלנאשם היתה הזדמנות ואפשרות לבצע את העבירה וכי אין הוא משקר בחינת אומר "להתאבד" בהודאתו".

מבחן ה"דבר מה" והקורפוס דליקטי

א. נמצאו טוענים, כי אין להשיג בשלמותה את מטרת העמדת הודאת החוץ במבחן ה"דבר מה", אלא אם כן, תהיה הוכחת ה"קורפוס דליקטי", תנאי-בלעדיו-אין בין יתר ה"תנאים" המהווים את תוכן המבחן. לשון אחרת, כל עוד לא נוכח ביהמ"ש כי "העבירה אכן נעברה" לא ניתן לקבוע, ללא צל של ספק, כי אמת דיבר המודה על עצמו.

ב. שאלה זו נדונה בעבר ע"י ביהמ"ש העליון בשני פסקי דין בהם נקבע:-

(1) ע.פ. 244/54
פס"ד ט' 597
(אל-כליל)

:"אחד הנימוקים המענינים שבדברי מר הוארי, בא כוח המערער היה, שבכלל לא היתה כל הוכחה שבוצע מעשה גניבה... כשההודאה הזאת נעשית בחוץ ביהמ"ש אין חולק על כך שדינה כדין הוכחה כשרה ומושלמת מטעם הקטגוריה, וכשהיא נעשית מחוץ לבית המשפט, הרי משעה שביהמ"ש מחליט לקבלה ככשרה, דינה לצורך זה כדין הודאה שנעשתה בתוך ביהמ"ש".

ע.פ. 290/59
פס"ד יד' 1497
(פליני)

:"בפסיקה של בימ"ש זה לא נקלטה תורת הקורפוס דליקטי. ב-ע.פ. 3/49... אמנם חוזר בהמ"ש... על מה שנאמר ב-ע.פ. 19/38... "כי דרוש להראות שמעשה עבירה נעשה... "אבל בהמשך הדברים שם מנסח השופט השין את ההלכה במילים שלו, אין עוד זכר להנאי קודם כזה... ניתן איפוא לומר שאין זה תנאי ולא יעבור שהחביעה חייבת להוכיח את הקורפוס דליקטי ע"י ראיות אחרות מחוץ להודאת הנאשם".

ג. יחד עם זאת, שונה תהיה עמדתו של ביהמ"ש שעה שיעביר הודאת חוץ בכור המבחן, במקרה שלא הובאו ראיות להוכחת העובדה כי המעשה, שבעשיתו מודה אדם בהודאתו אכן נעשה, ממקרה שבו הוכח כי העבירה אכן נעברה. להלן דברי כב' השופט זוסמן לענין זה:

ע.פ. 262/65
פס"ד יט(3)500
(כלדון עזאם)

:"... נוכח הסיכון הכפול שהלכת ה"דבר מה" מיועדת למנוע, היינו הסיכון שאדם יודה בעבירה שבכלל לא נעברה... נדרשת מהקטגוריה מידה גדולה יותר של ראיה התומכת באמיתות ההודאה, כאשר אין בידיה להוכיח, בראיה אחרת, שהעבירה בכלל נעברה..."

ד. הדעה השלטת בנושא זה בפסיקה האנגלית קרובה לזו המתוארת לעיל. ראה: פיפסון, מהדורה 10, פסיקה 136; הולסבורי, 10, עמוד 438, פסקה 813.

ה. עמדת הפסיקה האמריקאית מנוגדת לעמדה הנקוטה בד"כ בפסיקה האנגלית (ראה: מגויר, 118).

נ ט ל ה ה ו כ ח ה

א. התביעה

(1) נטל הוכחת ה"דבר מה", דהיינו נטל השכנוע כי אכן עומדת הודאת החוץ במבחן האמת מוטל על התביעה:

ע.פ. 3/49 פס"ד ב', 589 (אנדלרסקי)	:"על כוחך אתה בא, איפוא, לידי מסקנה, כי על היועץ המשפטי מוטלת החובה להראות על שום מה יש לסמוך על ההודאה..."

(2) התביעה איפוא היא החייבת להצביע בפני ביהמ"ש על ה"ראיה" העשויה לשמש "דבר מה" ועל המבחן המתאים למקרה הנדון ולשכנע את ביהמ"ש כי אכן די ב"ראיה" זו, בנסיבות אותו מקרה, כדי לקבוע במידה שלמעלה מכל ספק כי עמדה ההודאה במבחן האמת.

ב. הנאשם

מיב ההוכחה הדרושה כדי לעורר ספק באמיתות הודאת חוץ קבילה כשיש בצידה "דבר מה" הוא:-

ע.פ. 259/55 פס"ד ט', 1872 (אבן זיאת)	:"... אך במקום שהודאות חוץ נתקבלו כראיה ועברו את מבחן האמת, כפי שנקבע במשפט אנדלרסקי, ע.פ. 3/49... יש צורך בהוכחות חזקות ביותר, כדי לעורר ספק באמיתותן של ההודאות".

(וראה גם ע/273/65 התצ"ר נ. צידון).

ה נ ח י ו ת ל ת ו ב ע י ם

1. לפני הגשת כתב אישום המבוסס על הודאת חוץ, חייבים אנו לודא כי מצוי בחומר הראיה "דבר מה".

2. המגמה תהיה כמובן, להבטיח כי חומר הראיה שיובא בפני ביהמ"ש כ"דבר מה" יהיה בכוחו לבסס את האמור בהודאה כאילו היה "ראית סיוע" לכל דבר.

3. לשם השגת מטרה זו, על התובע לפעול בשלושה מישורים:

א. לאסוף כל חומר ראיה שיש בו כדי להוכיח כי היתה לו למודה האפשרות לעשות את האמור בהודאה וכי נזדמנה לו - ולו במיוחד - ההזדמנות לעשות זאת.

ב. לדלות מתוך ההודאה את העובדות שהוכחת אמיתותן במציאות בראיות שמחוץ להודאה יש בה כדי להצביע על מידת האמת של ההודאה כולה - ולכן את המאמצים לאיסוף ראיות לתכלית זו.

ג. לעמת כנגד בירסת חפות מפשע את:

(א) הנסיבות שהביאו ליחוס מעשה העבירה למודה.

(ב) השתלשלות החקירה המשטרתית.

(ג) תוצאות חיפושים.

(ד) תוצאות חקירה מקצועית כגון: טביעות אצבעות, טביעות נעלים, עקבות, השואה בליסטית וכיוצ"ב.

ד. בכל מקרה על התובע לשאוף להוכיח - באמצעות חומר ראיה נוסף להודאה - את הנושאים הבאים:

(א) כי אכן נעברה העבירה המסוימת בה הודה המודה בהודאתו.

(ב) כי העבירה נעברה בצורה אותה תיאר המודה בהודאתו.

(ג) כי היתה למודה האפשרות האוביקטיבית - המיוחדת לו דוקא - לעשות את אשר עשה.

(ד) כי הנסיבות האופפות את המקרה והשתלשלות החקירה וממצאיה מובילות - דוגמת מסכת ראיות נסיבתיות - למסקנה כי אמת דבר המודה בהודאתו.

י. קדמי, רס"ן
חובע צבאי ראשי

מ ו ג ב ל

חקירת סיבות מות

מ ו ג ב ל

מפצ"ר / תביעה
טל' 885
חק-20(13)-
תמוז תשכ"ה
יולי 1965

הנדון:- חוזר הנחיות מקצועיות מס. 6
חקירת סיבות מות.

כללי

1. תיקון מס. 3 לחש"צ תשש"ו - 1955 (סח' 432; תשכ"ד, 148) הכניס למסגרת החוק הצבאי את מוסד חקירת סיבות המות, שהיה עד למועד זה נחלת החוק האזרחי בלבד. (הפרק השלישי לחוק לתיקון דיני העונשין (חקירת פשעים וסיבות מות) תשי"ח - 1958).

2. ההוראות המסדירות נושא זה בחש"צ זהות במידה רבה לאלו המצויות בתחום האזרחי והשינויים הינם תולדה של המסגרת הצבאית.

3. עד לתיקון האמור הקיפו הוראות החוק האזרחי גם חקירת סיבות מוות של חייל. התיקון לחש"צ, הסדיר את היחסים בין שני המוסדות - האזרחי מחד והצבאי מאידך - כדלקמן :-

א. החוק האזרחי לא יחול על חקירת מותו של חייל אלא אם הודיע הפצ"ר לאדם המעונין שבקש את החקירה כי אין לצבא ענין בעריכתה או אם חוך 30 יום מיום הגשת הבקשה לפצ"ר לא החליט האחרון על מינוי שופט חוקר.

ב. ההוראות בדבר חקירת סיבות מוות לא יחולו על מות חייל בקרב.

4. "חייל", לצרכי ההוראות הצבאיות המתיחסות לחקירת סיבות מות, אינו כולל אדם שחש"צ תשש"ו - 1955 חל עליו על פי הסעיפים 7 ו-11, דהיינו מי שקבל נשק מטעם הצבא ומי שהוא איש מילואים שאינו בשירות.

יזום החקירה

1. הסמכות להורות על קיום החקירה בסיבת מותו של חייל נתונה בידי הפצ"ר ובידיו בלבד.

2. הפצ"ר רשאי להורות על קיום חקירה של סיבת מותו של חייל בכל אחד מהמקרים הבאים :-

א. כאשר יש יסוד סביר לחשש שסיבת מותו של חייל אינה טבעית;

ב. כאשר יש יסוד סביר לחשש שמותו של חייל נגרם בעבירה;

ג. כאשר מת חייל במחבוש/מאסר.

2/..

ד. כאשר מת חייל בבי"ח לחולי נפש.

3. א. הפצ"ר רשאי להורות על קיום חקירה כאמור מיזמתו או לפי בקשת "אדם מעונין".

ב. "אדם מעונין" - מוגדר כאחד מאלה - היוהמש' או בא-כוחו, קצין משטרה, רופא, בן-זוגו של הנפטר, הוריו, צאצאיו, אחיו ואחיותיו.

4. אם הודיע הפצ"ר לאדם המעונין שאין לצה"ל ענין בעריכת החקירה או אם לא החליט על מינוי שופט חוקר תוך 30 יום מיום הגשת הבקשה יחולו על המקרה הוראות החוק האזרחי.

5. א. החליט הפצ"ר על עריכת חקירה - יודיע על כך לנשיא ביד"צ לערעורים. (ראה: נספח א').

ב. נשיא ביד"צ לערעורים ימנה שופט חוקר. (ראה: נספח ב').

6. ההוראות בדבר חקירת סיבות מות לא יחולו על מות חייל בקרב.

פתיחת החקירה

1. חומר החקירה

א. חומר החקירה - תיק משטרת ישראל/מצ"ח/וח"ק/קבי"ד - מועבר לחובע הצבאי הראשי ותשומת לב השופט החוקר מוסבת לכך בכתב המינוי. (ראה: נספח ב').

ב. בהתאם לבקשת השופט החוקר יועבר חומר החקירה לעיונו עוד לפני תחילתה של החקירה עצמה. השופט החוקר יתבקש להחזיר עם גמר העיון את חומר החקירה לתצ"ר לשם הצגתו כמוצג עם פתיחת החקירה בפועל.

2. פניה לשופט החוקר

א. עם מינוי השופט החוקר, פונה אליו התצ"ר בכתב ומבקשו :

(1) להזמינו להיות נוכח בחקירה ע"מ להציג תיק החקירה ולעמוד לרשותו בכל ענין הקשור בחקירה.

(2) להזמין לחקירה את העדים ששמותיהם יצוינו בבקשה.

(3) להורות על ניהול החקירה בדלתיים סגורות - אם הנסיבות מכתיבות זאת. כן מן הראוי לציין בבקשה האמורה את כתובת משפחת המנוח/הצד המעונין וב"כ על מנת לאפשר לשופט החוקר להורות על הזמנתם להיות "נוכחים" בחקירה. (ראה: נספח ג').

ב. האדם המעונין - או ב"כ - רשאי אף הוא לפנות ולהביא משאלותיו ב כ ת ב בפני השופט החוקר.

3. זימון החקירה

א. השופט החוקר שולט באורח בלעדי בתחום זימון החקירה כשלעזרתו עומד הקבי"ד וצוות עובדיו.

ב. השופט החוקר הוא הקובע את מקום ומועד קיום החקירה.

החקירה

1. כללי

א. כמו בתחום האזרחי כן בתחום הצבאי, אין בחוק גופא, הסדר מפורט של אופן ניהול החקירה, לא במה שנוגע לסדרי זימון ולא במה שנוגע לסדרי הדיון.

ב. ההוראה הכללית לענין זה - בשני הנושאים - קובעת כי "לענין הזמנת עדים וגבית עדות, דין השופט החוקר וסמכויותיו כדינו וסמכויותיו של בית דין צבאי מחוזי" (סעיף 298 ג' לחש"צ).

ג. על מנת ליתן תוכן נאות ושימושי לקביעה הכללית הנ"ל, יהא עלינו לקבוע תחילה מה האופי שיש ליחס לחקירת סיבות המוות ולהתאים סדרי הזימון והדיון לאופי זה: אם באפי אקוסטורי עסקינן - מן הדין שנהג קרוב ככל האפשר לכללים הנוהגים בדיון פלילי בבית דין, ומאידך גיסא, אם באופי אינקויזיטורי עסקינן - מן הדין שהכללים שיקבעו יאפשרו לשופט החוקר לחקור פשוטו כמשמעו.

ד. אפיה של החקירה יקבע עפ"י המטרה שלשמה היא מקוימת מחד גיסא ומשמעות תוצאותיה מאידך גיסא. להלן דברי כב' השופט אגרנט בשני נושאים אלה מתוך בג"צ 54/62 (פס"ד טז', ע' 729) :-

(1) מטרת החקירה (ע' 736) :-

"... כי במקום שקיים חשש מהחששות הנזכרים בסעיף 19 לחוק (הכוונה לחוק לתיקון סדרי הדין הפלילי (חקירת פשעים וסיבות מוות תשי"ח - 1958 - י.ק.) תיערך חקירה ע"י טרינובל שיפוטי בשאלת סיבת המות - בשאלה זו ותו לא. במלים אחרות אין המדובר כאן - כמו שמדובר לגבי החקירה המוקדמת הנזכרת בפרק השני של החוק - בעריכת בקורת שיפוטית על תוצאת החקירה שנערכה ע"י המשטרה בבצוע פשע... כי אם בעריכת חקירה ראשונית - בדרך של גבית עדויות ע"י השופט החוקר - בשאלת סיבת המוות של הנפטר".

(2) משמעות תוצאת החקירה (ע' 736) :-

"... משקבע השופט החוקר את סיבת המות לא תהיה להחלטתו (לבד ממקרה שבו החליט להעמיד אדם פלוני לדין פלילי) משמעות משפטית כלשהי, הגם שמבחינה מעשית עשויה היא להשפיע על המשטרה בבואה להחליט אם עליה לחקור - או להמשיך לחקור - בביצוע הפשע ... אמת הדבר כי הסמכות בידי השופט החוקר, מקום שהראיות מגלות לכאורה כי נעברה עבירה ע"י אדם פלוני לצוות שהלה יואשם בשל אותה העבירה. אולם השימוש בסמכות זו אינו אלא תוצאת לואי של עריכת חקירה בסיבת המות... " .

4/..

ה. עינינו הרואות איפוא, כי, בלשון כב" השופט אגרנט (שם, 740), "המדובר הוא בחקירה המתנהלת, בעיקרם של דברים, בצורה "אינקויזיטורית" הווה אומר כי הנטל של גבייה עדות מוטל על שכמו של השופט החוקר..."

2. סדרי הדין

א. לאור האמור לעיל, ברור כי השופט החוקר ממלא תפקיד חקירה מובהק, כשהוא השליט הבלעדי על החקירה כולה.

ב. השופט החוקר הוא איפא :-

(1) הקובע אלו עדים יוזמנו להעיד ואיזה חומר ראיה אחר יוצג בפניו.
(2) המציג שאלות לעדים וחוקרם.

ג. בהעדר כל הוראה בחוק, ניתן היה להניח כי על השופט החוקר לנהל החקירה לבדו דהיינו ללא נוכחות צדדים מחד גיסא וללא מתן רשות לאחרים להציג שאלות לעדים ולהתערב בהליכי החקירה מאידך גיסא.

ד. ברם, כלשון כב' השופט אגרנט (שם, ע' 741), "אין אני שולל את האפשרות כי השופט החוקר ייעזר באשר לענין של קביעת העדים וחקירתם, ע"י אנשים מעונינים. נהפוך הוא, בדרך כלל הוא יאפשר להם לקרוא לעדים אנשים אשר יש להם, לדעתם, ידיעות על נסיבות מותו של הנפטר ואף להציג לעדים, שאלות מתאימות, לפי שיקול דעתו. האינטרס הציבורי מחייב כי האמת, באשר לנסיבות החשודות, האופפות את מותו של אדם פלוני תצא לאור העולם וכי בענין זה לא רק ייעשה צדק אלא גם ייראה להיעשות ... כן מחייב אותו אינטרס ציבורי כי בדרך כלל יאפשר השופט-החוקר לאדם "מעונין" להיות נוכח בזמן החקירה ולהציב - בגבולות מתאימים - שאלות לעדים".
וכדברי כב' השופט ויתקון (שם, 742): "..... נראה לי כי לפחות הזכות להיות נוכח ולדעת את החומר המובא לפני השופט החוקר, מן הזכויות היא, שאין לנשלן, בדרך כלל, מ"האדם המעונין" בלי פגיעה בכללי הצדק הטבעי".

ה. הפרקטיקה המקובלת היא, כי השופט החוקר מורה להזמין את ב"כ התביעה ואת ה"אדם המעונין" או ב"כ להיות נוכחים בחקירה, ומתיר להם - הכל לפי שיקול דעתו כמובן - להציג שאלות לעדים, להציע לו לזמן לחקירה עדים נוספים ולהביא לתשומת לבו קיום חומר כלשהו שיש בו כדי לסייע בידו לקבוע, בסוף החקירה, את סיבת המות. החקירה מתנהלת איפוא בנוכחות צדדים אם כי התערבותם במהלך החקירה מוגבלת ומצומצמת ונתונה כל כולה לשקול דעתו הבלעדי של השופט החוקר.

ו. סדר חקירת העדים יהיה, בדרך כלל, כדלקמן :-

א. השופט החוקר.

ב. התביעה.

ג. האדם המעונין או ב"כ.

ד. השופט החוקר.

(ראה לענין זה הצטוט מספרו של ג'רביס, בעמ' 738-9 לבג"צ הנ"ל).

ז. צורת הצגת השאלות לעדים אינה מוגבלת והכללים המתייחסים לשאלות המדריכות אינם חלים כאן (ראה להלן). יחד עם זאת שמורה כמובן לכל עד הזכות שלא להפליל את עצמו.

ח. העדים מוסרים עדותם בפני השופט החוקר בשבועה.

ט. סבור השופט החוקר כי סיבת המות הוכחה - רשאי הוא לסרב לשמוע עדים ולקבל ראיות נוספות. הוה אומר, שאין בידי הצדדים ל"אלץ" את השופט החוקר לקבל ראיות שתכליתן אחרת מזו של קביעת סיבת המות, למשל ראיות שתכליתן להביא, בסופו של דבר, למתן צו אישום נגד מאן דהוא.

י. מאידך גיסא, אם סבור השופט החוקר כי בכל חומר הראיה שהובא בפניו אין כדי לקבוע את סיבת המות רשאי הוא לעשות אחד משניים אלה:

(1) לקבוע כי אין בחומר הראיה כדי לקבוע את סיבת המות.

(2) לדחות את המשך החקירה עד שיובאו בפניו ראיות נוספות.

דיני הראיות

א. תוצאה נוספת מהאמור לעיל היא התרת הרצועה במה שנוגע לדיני הראות. בסייג אחד והוא - כי התרה זו תתייחס אך ורק למטרה העקרית של קביעת סיבות המות, ולא תתפשט אל תוצאות הלואי של צו העמדה לדין.

ב. ואלה דברי כב' השופט ארגנט בנושא זה (שם, 739) :-

"לעומת זה, אין השופט החוקר מוגבל אך בגביית עדות שהיא כשרה לפי דיני הראיות המקובלים, הגם שרק עדות כזאת בכוחה לשמש יסוד להחלטה על העמדת אדם מסוים לדין פלילי .... (ובעמוד 740) .... בשים לב לאפיו של המוסד הנדון כמוסד שיפוטי המנהל חקירה שהיא ביסודה אינקויזיטורית, מותר לו, לשופט החוקר, שעה שמטרתו היא אך לקבוע את סיבת המות... לחרוג, באשר לגבית העדות, מעבר לדיני הראיות המקובלים. ואילו, כאשר עומדת בפניו האפשרות להאשים אדם פלוני בביצוע הפשע הקטלני, שוב אסור לו לעשות כן אלא על סמך עדות שהיא כשרה לפי הדינים הללו..."

ג. הפועל היוצא מן האמור לעיל הוא :-

(1) לענין קביעת סיבת המות - רשאי השופט החוקר לחרוג מכללי הראיות המחייבים בבתה"ד.

(2) לענין השיקולים להוצאת צו אישום - מחובת השופט החוקר לחזור ולהסתגר בתחום כללי הראיות המחייבים בבתיה"ד ואל לו להשתית החלטתו לענין זה על ראיות שדינן קבילות עפ"י כללים אלה.

6/..

4. <u>פומביות החקירה</u> :

א. בהתאם להוראות סעיף 298 ד. לחש"צ נתונה לשופט החוקר הסמכות לקבוע באם החקירה כולה או מקצתה תתנהל בפומבי או בדלתיים סגורות.

ב. מן הראוי ליתן תשומת לב בענין זה לדברי כב' השופט אגרנט בנדון (שם, 741) :

"... האינטרס הציבורי מחייב כי האמת, באשר לנסיבות החשודות האופפות את מותו של אדם פלוני, תצא לאור העולם וכי בענין זה לא רק ייעשה הצדק אלא גם ייראה להיעשות. משום כך שומה על השופט החוקר לנהל את החקירה <u>בדרך כלל בפומבי</u> ורק כאשר השתכנע שקיימת סיבה המצדיקה את ניהולה בדלתיים סגורות, הוא ישתמש בסמכות הנתונה לו ... "

ג. עמדת התביעה בתחום זה תיקבע בכל דיון/חקירה - עפ"י הנסיבות המיוחדות לכל מקרה לאור הוראות הבטחון הקיימות ובהתאם להנחיות מיוחדות לכשישנן כאלה.

ד. הורה השופט החוקר על ניהול החקירה בדלתיים סגורות רשאי הוא להרשות "נוכחות" לכל אדם שימצא לנכון.מאידך גיסא, רשאי השופט החוקר, בנסיבות מתאימות, להורות על ניהול החקירה - או חלק ממנה - בדלתיים סגורות "ממש", דהיינו: אפילא נוכחות ה"צד המעונין" המורשה, כאמור, בדרך כלל להימצא באולם. כלשון כב' השופט אגרנט (שם, 741) אין הזכות הנתונה ל"צד המעונין" להיות נוכח משום "זכות מוחלטת, הקנויה לו, ובמקום שקיימות סיבות בטחוניות המצדיקות את היעדרותו של הלה מן החקירה ואי השתתפותו בחקירת העדים, <u>מן הדין כי השופט החוקר יאסור עליו את נוכחותו בה</u>". (מן הראוי להפנות תשומת הלב גם לדברי כב' השופט ויתקון לענין זה (שם, ע' 742), לפיהם "לא מצאתי בהוראתו של החוק המאפשרות ניהול החקירה בדלתיים סגורות רמז לכך, שאף את האדם המעונין מותר להוציא מכלל הדיונים" ועל כן, הפתרון המוצע על ידו הוא כי משהוגשה תעודת חסין מטעם שר הבטחון "אין עוד להמשיך בה בתור חקירה המתנהלת לפי בקשת "האדם המעונין", אך אין בכך כל מניעה... שהיא תימשך "אקס אופיציו" או עפ"י יזמת היוה"ש ובחקירה זו, שוודאי אין בה למבקשים כל מעמד, רשאי פרקליט המדינה לגלות את הראיות לעיני השופט החוקר וזה יהיה רשאי לקבלן בדלתיים סגורות..... "

ה. במקרים המתאימים, רשאי איפא התובע לבקש מהשופט החוקר להורות על קבלת ראיות העשויות לפגוע בבטחון המדינה בדלתיים סגורות "<u>ממש</u>", דהיינו אף ללא נוכחותו של ה"צד המעונין".

5. <u>צו אישום</u>

א. ההוראות המסדירות נושא מתן צו האישום ותוצאותיו מפורטות בסעיף 298 ט. לחש"צ, תשט"ו - 1955.

ב. נראה לשופט החוקר כי הראיות שהובאו לפניו יש בהן כדי להוכיח לכאורה שנעברה עבירה ע"י אדם, רשאי הוא לצוות שיואשם לפני בי"דצ או בימ"ש אחר בשל אותה עבירה.

ג. שופט חוקר לא יתן צו אישום אלא אם נתן לאדם הזדמנות להשמיע טענותיו ולהביא ראיותיו. הפרקטיקה היא, כי השופט החוקר מודיע ב ה ח ל ט ה על כוונתו ליתן צו אישום והאדם נגדו עשוי הצו להינתן נקרא להחיצב בפני השופט החוקר ולהשמיע טענותיו ולהביא ראיותיו באם יש ברצונו לעשות כן.

ד. האדם נגדו עומד השופט החוקר ליתן צו אישום, רשאי להיות מיוצג ע"י עו"ד. (אמנם, אין לענין זה הוראה מפורשת בחוק אך היא משתמעת מהוראות סעיף 298 ט.(א)). בשלב זה של ה"חקירה" מתנהל למעשה מעין משפט זוטא שתכליתו לאפשר לשופט החוקר לקבוע באם יש בחומר הראיה שהובא בפניו משום הוכחה לכאורה לאשמתו של הנאשם בכח. להלן דברי כב' השופט אגרנט בנושא זה (שם, 741) :-

"אמת, כי בשעה שההוראות מגלות לכאורה שנעברה עבירה על-ידי אדם פלוני, חייב השופט-החוקר, לפני צוותו להעמידו לדין, ליתן לו "הזדמנות להשמיע טענותיו ולהביא ראיותיו לפניו". בשלב זה עשויה אמנם החקירה ללבוש צורה של חקירה "אקוזטורית", בה זכאי הוא לחקור בעצמו (או על-ידי פרקליטו) את עדיו. מבחינה זו, אפשר לאמור על המוסד הנדון את אשר אמרתי ב-בג"צ 124/58 על החקירה המוקדמת הצרפתית, דהיינו כי זהו "מוסד שהינהו בבחינת יציר כלאיים".

ה. משניתנה החלטה כאמור משנה החקירה את אפיה ולובשת אפי אקויסיטורי ובהתאם מחליפים אפים גם סדרי הדין. משלב זה ואילך, מן הראוי לקרב סדרי הדין ככל האפשר לסדרי הדין הנוהגים במשפט פלילי דהיינו לדיון בפני בי"דצ מחוזי". (לענין אפי פעילותו של התובע ב"משפט זוטא" זה - נא ראה להלן בפרק העוסק בנושא זה).

ו. משניתן צו אישום - אין מנוס מהגשת כתב אישום נגד האדם שנגדו ניתן הצו. יחד עם זאת, מוסמכים הפצ"ר והיועהמ"ש - הכל לפי הענין - להחזיר את חומר החקירה לשופט החוקר להשלמה, לפני ולצרכי הגשת כ ת ב ה א י ש ו ם .

ז. אין השופט החוקר מוגבל בקביעת האדם שנגדו יוציא צו אישום ובבחירת העבירה שיש ליחס לו. תיאורטית יתכן שהאדם והעבירה לא יהיו קשורים לסיבת המות, כי כמובן, שבמציאות המדובר בהעמדה לדין בגין מעשים הקשורים, במישרין או בעקיפין, בגורם המות.

6. <u>לסיכום נושא החקירה</u>

א. למרות העדר הוראה מפורשת בחוק, מוזמנים ב"כ התביעה הצבאית וה"אדם המעוניין" להיות נוכחים בחקירה ואף לקחת חלק בה.

8/..

ב. השופט החוקר הוא המזמן עדים לחקירה והוא המשביעם וחוקרם.

ג. העדים נקבעים ונחקרים ע"י השופט החוקר עפ"י חומר החקירה והצעות ובקשות הצדדים, דהיינו ב"כ התביעה ו"האדם המעונין".

ד. חובתם של הצדדים - וזכותם - לסייע בידי השופט החוקר במשימת גלוי האמת באשר לסיבת מותו של הנפטר.

ה. מידת התערבותם של הצדדים בחקירה - הצעת עדים והצגת שאלות לעדים מחד גיסא והבאת כל חומר עדי אחר, לרבות הצגת מוצגים מאידך גיסא - נתונה לשיקול דעתו של השופט החוקר והוא המתווה לה את תחומיה.

ו. חקירת העדים - הן ע"י השופט החוקר והן ברשותו, ע"י הצדדים - אינה כפופה לדיני "הצגת שאלות" הנוהגים בדיון הפלילי. (כגון: שאלות מדריכות).

ז. כללי הראיות הנוהגים במשפט לילי - כגון: כללי הקבילות - אינם נוהגים בחקירת סיבות מות.

ח. פומביות החקירה או ניהולה בדלתיים סגורות - בנוכחות "האדם המעונין" או שלא בנוכחותו - נתונים לשקול דעתו של השופט החוקר.

ט. מטרתה ותכליתה של החקירה - לקבוע את סיבת המות. תוצאת לואי יכולה להיות, בהתחשב בחומר הראיה שנתגלה תוך קיום החקירה, מתן צו אישום.

" מעמד " ופעילות התובע בחקירת סיבות מוות

1. כמוסבר לעיל, אין לתובע כל מעמד "חוקי" בחקירת סיבות המוות ונוכחותו באולם בעת החקירה הינה פרי "הזמנת" השופט החוקר לקחת חלק בחקירה ולסייע בידו לקדמה ולהשיג מטרתה.

2. כאמור, נושאת חקירת סיבות המות אפי אינקויזיטורי מובהק ומטרתה העיקרית - להוציא לאור את האמת באשר לנסיבות מותו של חייל פלוני.

3. מחובתו של התובע הצבאי הנוכח בחקירה להעמיד עצמו ל ר ש ו ת השופט החוקר ו ל ס י י ע בידו ככל שיוכל בהשגת המטרה הנ"ל.

4. כדי למלא "חובת הסיוע" האמורה על התובע הצבאי :-

א. להגיש לשופט החוקר את רשימת כ ל העדים העשויים לדעתו לסייע בהשגת מטרת החקירה.

ב. לגרום להצגת כ ל מוצג העשוי לדעתו לסייע בהשגת מטרת החקירה.

ג. להשלים את חקירת העדים - תוך כדי ניהול החקירה ובהתאם לרשותו של השופט החוקר - בכל מקרה שהשלמה כזו עשויה לדעתו לתרום להארת המקרה ולקידום החקירה.

9/..

ד. לעקוב אחר החקירה ולהציע חקירת עדים נוספים ובחינת חומר ראיה נוסף - הכל לפי הענין.

5. על התובע הצבאי לשוות לנגד עיניו תמיד את מטרתה המיוחדת של החקירה, כאמור לעיל, ולהמנע :-

א. מנקיטת עמדה "עוינת" או "מאשימה" כלפי אדם כלשהו;

ב. מכיוון החקירה להוצאת צו איסור נגד אדם כלשהו;

ג. מאיסוף חומר ראיות נגד אדם כלשהו ביחס לענין כלשהו;

ד. מ"הסתרת" חומר ראיה העשוי לסייע לשופט החוקר בקידום החקירה ומ"העלמת" חומר עדי כלשהו במגמה להסתיר או לחפות על התנהגותו של מאדן דהוא.

6. א. תוך מהלך החקירה, עשוי התובע למצוא עצמו נגרר אחרי שתי נטיות הסותרות לכאורה אחת את רעותה שיש בהן כדי לפגום בפעילותו במסגרת החקירה והן:

(1) הנטיה לחפש ולקבוע מיהו האחראי למות ולכוון באורח תת-הכרתי את החקירה לעבר מסקנה זו.

(2) הנטיה להגן על צה"ל ולנקותו מכל אשמה.

ב. לענין הנטיה הראשונה עשוי התובע לראות עצמו בתפקידו הרגיל בעוד שלענין הנטיה השניה עשוי התובע למצוא עצמו "יריב" ל"אדם המעונין".

ג. כדי למלא חובתו כהלכה, מן הראוי שהתובע יכלכל צעדיו בזהירות תוך קיום בקורת עצמית שיהיה בה כדי למנוע היתפשות לנטיות הנ"ל.

7. על התובע לזכור :

א. בחקירת סיבות מוות הינו מייצג את האינטרס שיש לציבור בגילוי כל האמת בקשר לסיבת מותו של אדם, שנפטר בנסיבות חשודות.

ב. אינטרס זה - ורק אינטרס זה - הוא שחייב להדריך את התובע בפעילות במסגרת חקירת סיבות המות.

ג. פעילות שאינה עולה בקנה אחד - ומתישבת לחלוטין - עם אינטרס זה, יש בה משום שימוש לרעה ב"מעמד" שמעניק השופט החוקר לתובע.

8. בסיכומו של דבר, תפקידו של התובע בחקירת סיבות המות עדין ביותר ומחייבו לא רק לכלכל צעדיו לאור העקרונות המוזכרים לעיל אלא אף להתעלות אל מעבר לתפקידו הרגיל כמאשים ולמלא, בעת ובעונה אחת, את תפקידי התובע והסניגור במשפט רגיל כמשמשו של ביה"ד במילוי תפקידו - להוציא האמת לאור.

9. עד כאן, לשלבי החקירה הנושאים אופי אינקוויזיטורי. הודיע השופט החוקר כי בדעתו ליתן צו איסור כאמור, משתנה - יחד עם החקירה כולה - אופי פעילותו של התובע. בשלב זה של החקירה, חוזר התובע ולובש את איצטלת המאשים ומחובתו לסייע בידי השופט החוקר ע"י חקירת שתי וערב של העדים המובאים מטעם הנאשמים המיועדים לקבוע עמדה סופית בשאלה באם אכן מוצדק מתן צו העמדה לדין.

10. יחד עם זאת, גם בשלב זה, מן הדין שהחובע יצטמצם ככל האפשר בהגשת סיוע לשופט החוקר ע"י הארת הנושא מנקודת ראות תביעתית (מאשימה) ולא יגרר לניהול פרשת תביעה עצמאית כבמשפט רגיל.

ה ה ח ל ט ה

1. עם סיום הליכי החקירה - לרבות "משפט זוטא" לענין צו האישום - נותן השופט את החלטתו ומקריאה ב פ ו מ ב י . (אלא אם כן החליט על עריכת החקירה בדלתיים סגורות).

2. א. לפני מתן ההחלטה - הן לענין סיבת המוות והן לענין צו האישום - רשאי ה"צד המעונין" להגיש לשופט החוקר סיכומים בכתב ואף לבקשו לשמוע אותו בע"פ.

ב. התובע י י מ נ ע בדרך כלל מלנקוט עמדה הן לענין סיבת המות והן לענין צו האישום.

ג. במקרה והתובע מתבקש ע"י השופט החוקר לסכם - אם בע"פ ואם בכתב - עליו להסתפק בסיכום העובדות בלבד ובציון כל המסקנות המשפטיות האפשריות מבלי לנקוט עמדה לכאן או לכאן. (פרט כמובן, למקרים בהם יקבל הנחיות אחריות ויהיו אלה בד"כ המקרים שבהם החקירה תהיה יזומה מטעם הצבא).

3. עיקרה של ההחלטה מוקדש לקביעת סיבת המוות ואילו צו האישום, יבוא בדרך כלל בסופה, כתוצאה לואי של החקירה.

4. א. הסתיימה החקירה מבלי שיש בחומר הראיות שבא בפני השופט החוקר כדי לקבוע את סיבת המוות רשאי הוא, כאמור, לנהוג באחת משתי הדרכים הבאות :

(1) לדחות את המשך החקירה עד שיובאו לפניו ראיות נוספות (הדחייה ללא הגבלת זמן. התובע ינקוט עמדה לענין זה עפ"י הנחיות מיוחדות לכל מקרה ומקרה).

(2) לקבוע כי אין בחומר הראיות שבא לפניו כדי להוכיח את סיבת המוות.

ב. צו אישום רשאי השופט החוקר לצרף אך ורק להחלטה ה מ ס י י מ ת את החקירה, דהיינו כאשר הינו קובע את סיבת המוות או מחליט שאינו יכול לקבעה.

5. בצו האישום מציין השופט החוקר בד"כ את האשמה המסוימת שיש ליחס לנאשם המיועד ע"י ציון סעיף העבירה. ברם, ישנם מקרים בהם מסתפק השופט החוקר בקביעה כללית של אופי המעשה, כגון "רשלנות" ובפירוט "פרטי העבירה" כשהוא סניח לגורם שיגיש את כתב האישום לבחור את סעיף העבירה המתאים.

שונות

1. <u>גוית הנפטר</u>

א. הוגשה בקשה לקיום חקירת סיבות מוות אין לעשות בגווית הנפטר דבר אלא עפ"י הוראה או היתר של הפצ"ר או השופט החוקר.

11/..

ב. כל אדם - הגם שאינו "חייל" - העובר על הוראה זו צפוי להעמדה לדין (סעיף 298 ב. (ב) לחש"צ).

2. בדיקת גוויה

א. השופט החוקר - ובאם סרם נתמנה קצין משטרה צבאית שהוסמך לכך בכתב ע"י הפצ"ר - רשאים ליתן הוראות בנושא זה.

ב. ראה ההוראות לענין זה בסעיף 298 ו. לחש"צ.

3. איסור פרסום (יועבר לפסקה העוסקת ב"פומביות החקירה")

א. השופט החוקר רשאי לאסור פרסום הליכי חקירה שהתנהלה בפומבי ומאידך גיסא להתיר פרסום הליכי חקירה שקוימה בדלתיים סגורות.

ב. כל אדם - הגם שאינו "חייל" העובר על הוראות השופט החוקר או המפרסם ללא היתר השופט החוקר כאמור - צפוי להעמדה לדין.

4. הפסקת החקירה

הודיע תובע-צבאי/פרקליט מחוז שהוגש לרגל מקרה המוות נשוא החקירה כתב אישום/ הודעת אישום - יפסיק השופט החוקר את חקירתו.

5. העברת החקירה

היה היועמ"ש לממשלה סבור שהמוות ארע שלא במסגרת הצבא או עקב השתיכותו של הנפטר לצבא - רשאי הוא לצוות, כל עוד לא נסתיימה החקירה, על העברתה למסגרת האזרחית ועל עריכתה לפי החוק לתיקון סדרי הדין הפלילי (חקירת פשעים וסיבות מוות) תשי"ח - 1958.

6. התישנות

א. אין הפתיחה בחקירת סיבות מוות מוגבלת בזמן ואין השופט החוקר מוגבל במשך קיומה.

ב. מאידך גיסא, ישנה חשיבות ראשונה במעלה למירוץ הזמן לענין התישנות העבירות העשויות לשמש נושא למתן צו אישום.

ג. ההוראות הקובעות את שיטת חישוב תקופת ההתישנות לגבי העבירות המובאות לדין בפני בי"ד צבאי - ללא אבחנה באם בעבירה צבאית המדובר או בעבירה "אזרחית" - מצויות בסעיף 41 לחש"צ. הוראות אלו - שלא כדוגמת אחיותיהן האזרחיות, בחוק הפרוצדורה הפלילית העותומני - אינן רואות בקיום ח ק י ר ה משום הפסקת מירוץ ההתישנות. זאת ועוד, גם לגבי ההוראות ה"אזרחיות" בנושא זה, הרי אין הן קובעות שתקופת החקירה לא תבוא במנין ההתישנות אלא שהחקירה מפסיקה את מירוץ ההתישנות ויש להתחיל מחדש בחישובה. (אגב, אין לדעת באם חקירת סיבות מוות תיראה כ"חקירה" לצרכי חישוב תקופת ההתישנות ה"אזרחית").

ד. לאור האמור לעיל, מן הראוי, במקרים המתאימים, להפנות תשומת לבו של השופט החוקר - תוך כדי החקירה - לבעית ההתישנות ולבקשו לכוון החקירה בהתחשב במועד ההתישנות.

י. קדמי, רס"ן
תובע צבאי ראשי

לוסה: נספח א', ב', ג'.

נ ס פ ח א'

חוק השיפוט הצבאי , תשט"ו - 1955

החלטת על מנוי שופט חוקר לחקור סיבות מוות

בתוקף סמכותי לפי סעיף 298 א' (א) לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו - 1955 הנני מחליט כי ימונה שופט חוקר לחקור בסיבת מותו של :-

123456 טור' אברהם בן-אברהם, צה"ל.

ת א ר י ך _____

מאיר שמגר, אל"מ
פרקליט צבאי ראשי

נ ס פ ח ב'

צ ב א ה ג נ ה ל י ש ר א ל

חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו - 1955
סעיף 298 א' (ב)

מינוי שופט חוקר במסיבות מוות

בתוקף הסמכויות הנתונות לי על-פי סעיף 298 א' (ב) לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו - 1955 ועל סמך החלטת הפרקליט הצבאי הראשי מיום 11 מרס 65, הריני ממנה בזה את :

ק/12345 סא"ל ..... , יח' בתי דין צבאיים

להיות שופט חוקר בסיבות מותו של :

123456 טור' אברהם בן-אברהם,צה" ל.

_____

י. פרי , אלוף
נשיא בית-הדין הצבאי לערעורים

נ ס פ ח ג'

צבא הגנה לישראל

תיק מס. .....

חקירת סיבות מות מס....

בפני כב' שופט בית הדין הצבאי לערעורים מא"ל .... -

שופט חוקר בסיבות מותו של 123456 טור' אברהם בן-אברהם ז'ל

ב ק ש ה

כב' השופט החוקר

1. כב' מתבקש בזאת להזמין את התובע הצבאי הראשי - או תובע צבאי שיוסמך על-ידו - להופיע בפניו במהלך חקירת סיבות מותו של 123456 טור' אברהם בן-אברהם על מנת :-

א. להציג בפני כב' את תיק חקירת מצ"ח ..... שענינו חקירת נסיבות מותו של 123456 טור' אברהם בן-אברהם ז"ל.

ב. לעמוד לרשות כב' בכל ענין הקשור בחקירה הנדונה.

2. כב' מתבקש - באם ימצא לנכון לשם קידום נושא החקירה - לחקור את העדים הר'מ :-

וכן לקבל כראיה את התעודות הבאות :

3. להלן כתובתו של מר ..... אביו השכול של המנוח: .....

4. בהתחשב באפיו של חומר הראיות שיתברר בפני כב' תוך מהלך חקירת העדים הר"מ, מתבקש כב' להשתמש בסמכותו עפ"י סעיף 298 ד. לחש"צ, תשט"ו - 1955 ולהורות על ניהול החקירה בדלתיים סגורות, תוך מתן רשות לבני משפחת המנוח ולב"כ - אם יהיה כזה - להיות נוכחים בה.

י. קדמי, רס"ן
תובע צבאי ראשי

תאריך _____

סמכותו של
בית הדין

מ ו ג ב ל

מפצ"ר / תביעה
טל' 885
חק-20(13)-
סיון תשכ"ה
יוני 1965

הנדון:- חוזר הנחיות מקצועיות מס. 5 -
נטל ההוכחה: סמכותו של בית הדין.

א. לאחרונה התעוררה באחד מבתי הדין הצבאיים המחוזיים השאלה - על מי מהצדדים מוטל נטל הוכחת סמכותו האישית של בית הדין, מה טיבו ואפיו של נטל זה ואימתי ובאיזו דרך יוצא הנושא בו ידי חובתו.

ב. בהעדר פסיקה ישירה לענין זה, מגמתו של החוזר הנדון ללבן את הבעיה ולקבוע עמדה אחידה של התביעה הצבאית בנושא זה עד להבאתו להכרעה ברורה וסופית בביה"ד לערעורים.

כללי

1. המושג "סמכות ביה"ד" הינו מושג רחב הכולל בתוכו את שלשת הנושאים הבאים :

א. הסמכות האישית - שענינה סמכותו של בית הדין לדון את הנאשם המסוים שבפניו.

ב. הסמכות הענינית - שענינה סמכותו של בית הדין לדון בעבירה המסוימת המיוחדת לנאשם.

ג. הסמכות המקומית - שענינה סמכותו של בית הדין מבחינת המקום שבו נעברה העבירה.

2. במערכת השיפוט הצבאית מתעוררות בעיות הסמכות האישית והסמכות הענינית בלבד כיוון שלענין המקום, אין נפקא מינה, לענין סמכותו של בית הדין הצבאי, ה י כ ן נעברה העבירה.

3. ענין הסמכות האישית, הינו נושא המיוחד לבתי הדין הצבאיים. במערכת בתיהמ"ש הפליליים האזרחיים אין נושא זה מתעורר כלל, כיוון שהעקרון הנוהג בהם הוא, ש כ ל א ד ם ה מ צ ו י ב פ נ י ב י ה מ "ש נ ת ו ן ל ס מ כ ו ת ו .

4. מאידך גיסא, נושא הסמכות האישית הינו בר חשיבות ראשונה במעלה במערכת השיפוט הצבאית, שהרי העקרון החל בה הוא, ש א י ן אדם נתון לסמכותו של בית הדין הצבאי אלא אם כן נתמלאו לגביו התנאים המיוחדים הכופים עליו את מרות השיפוט הצבאי באותו ענין.

5. סמכותו האישית של בית הדין הצבאי, דהיינו הכללים הקובעים באילו תנאים נכפה על אדם "מעמד" של מי שנתון לסמכותו של בית הדין הצבאי, קבועה ומוסדרת בסעיפים 4 עד 11 לחש"צ.

2/..

6. סמכותו הענינית של בית הדין הצבאי, דהיינו באילו עבירות מוסמך בית הדין הצבאי לדון, מוסדרת בהוראות הסעיפים 7, 11, 13 ו-15 לחש"צ.

7. הוראות הסעיפים 7 ו-11 לחש"צ מצריכות לענין זה הערות נוספות :

א. בנוסף להוראות המתיחסות לסמכותו האישית והענינית של בית הדין, מצויות בסעיפים אלה "תוספות" ל י ס ו ד ו ת אותן העבירות המצוינות בהן.

ל ה ד ג מ ה :

בסעיף 7 - "ועשה בו או לגביו" - מהוה תוספת יסוד לעבירות המפורטות בסעיף זה ויש לקרוא תוספת זו כאילו היא כתובה בכל אחת מהגדרות אותן עבירות. עבירה לפי סעיף 85 תהיה איפוא : " חייל אשר ללא סמכות או ללא נקיטת אמצעי זהירות נאותים נשא נשק, אשר נמסר לו מטעם הצבא כדי להחזיקו לפי תעודת הרשאה כאמור בסעיף 5 ב. (ג) לחוק כלי היריה, תש"ט - 1949 ..... "

בסעיף 11 (א) (5) - "לגבי נשק שקיבל מטעם הצבא" - מהוה תוספת יסוד ליסודות העבירה לפי סעיף 85 לחש"צ כמוסבר לעיל.

ב. לקביעה זו משמעות רבת משקל. באם אכן יש לראות ב"תוספות" אלה יסוד מיסודות העבירה הרי:

(1) לא צוינו בפרטי העבירה - ניתן לבסס על כך טענה כי כתב האישום פגום בכך "שאין הוא מגלה עבירה".

(2) לא הוכחו בפרשת התביעה - ניתן לבסס על כך טענה "שאין להשיב לאשמה".

(3) לא ניתן לטעון בגינם טענת "חוסר סמכות".

8. א. טענת "חוסר סמכות" מתייחסת הן לחוסר סמכות אישית והן לחוסר סמכות ענינית.

ב. בהתאם להוראות סעיף 351 לחש"צ ניתן לטעון הטענה האמורה בכל שלב משלבי הדיון.

ג. נתקבלה הטענה - התוצאה האחת האפשרית היא "ביטול" ולא "זיכוי".

9. חוזר זה ידון בעיקרו בסמכותו האישית של בית הדין הצבאי, אך המסקנות וההנחיות שבו מתייחסות הן לסמכות אישית והן לסמכות ענינית, הכל לפי הענין.

סמכות ענינית

1. סמכותו הענינית של בית הדין עשויה להתעורר בשני משטחים שונים :

א. האם העבירה הינה א ח ת העבירות המצוינות בחוק כעבירה שביד"צ מוסמך לדון בה.

ב. האם נתמלאו התנאים המיוחדים שקובע החוק - במידה והוא קובע - כדי להביא את ה ע ב י ר ה בתחום סמכותו. (הוראת סעיף 15 לחש"צ - "במסגרת הצבא או עקב השתיכותו לצבא").

2. סמכותו הענינית של ביה"ד הצבאי אינה קמה אלא אם כן נתקיימו שני הגורמים הנ"ל יחד.

3/..

סמכות אישית

1. סמכותו האישית בל בית הדין הצבאי עשויה להתעורר בשני משטחים שונים :

א. האם הנאשם היה נתון לסמכותו של בית הדין הצבאי כאשר עבר את העבירה.

ב. האם הנאשם נתון לסמכותו של בית הדין הצבאי ביום הדיון.

2. סמכותו האישית של בית הדין הצבאי בנויה על קיומם של שני היסודות הנ"ל י ח ד . לא התקיים אחד מהם - לא יהיה ביה"ד הצבאי בר-סמכות-אישית לדון את הנאשם.

3. האנשים הנתונים לסמכותו של בית דין צבאי הם אלה הנמנים עם הקבוצות המפורטות מטה :-

א. חיילים - עפ"י הוראות הסעיפים 4, 5 לחש"צ תשט"ו - 1955, כפוף להגדרת "חייל" שבס' 1.

ב. מי שנמסר לו נשק מטעם הצבא - עפ"י הוראת סעיף 7 לחש"צ.

ג. מי שנתון כדין במשמורת הצבא - עפ"י הוראת סעיף 8(1) לחש"צ.

ד. מי שעובד בשירות הצבא - עפ"י הוראות סעיף 8(2) לחש"צ.

ה. מי שעובד במפעל המשרת את הצבא - עפ"י הוראות הסעיף 8(2) לחש"צ.

ו. מי שעובד בשליחות הצבא - עפ"י הוראת הסעיף 8(3) לחש"צ.

ז. שבוי מלחמה - עפ"י הוראות סעיף 10 לחש"צ .

ח. איש מילואים שאינו בשירות - עפ"י הוראות הסעיף 11 לחש"צ.

(כפוף לסייגים שבסעיפים 6, 11 ו-12 לחש"צ).

נטל הוכחת הסמכות האישית - על מי ?

1. העקרון במשפט פלילי הוא כי על התביעה להוכיח את אשמתו של הנאשם. "הוכחת האשמה" בהקשר זה, הינו מושג רחב ביותר ומשתרע על הוכחת כל הכרוך ב ה ר ש ע ת הנאשם באשמה המיוחסת לו בפרט האישום.

2. עקרון זה מחייב את התביעה לשאת בעול ההוכחה הכרוך ב ה ז מ ת והפרכת כל טענה המכוונת למנוע או להכשיל את הרשעת הנאשם בדין.

3. הטענות הטרומיות - וביניהן טענת חוסר סמכות - נסנות על הטענות שבאמצעותן מבקש הנאשם למנוע או להכשיל את הרשעתו ולאור העקרון האמור, אין ספק כי נטל ההוכחה הכרוך בהפרכתן - הזמתן של טענות אלו, מוטל על התביעה.

באיזה שלב חייבת התביעה בהוכחת סמכות ביה"ד :

1. א. הכלל העולה מהוראות הסעיפים 351 ו-352 לחש"צ הוא כי מחובת התביעה לנקוט עמדה בנושאי הטענות הטרומיות - ואין נפקה מינה באיזה שלב של הדיון נטענה הטענה - רק ל א ח ר שנטענו וביה"ד לא דחה אותן.

ב. המסקנה המתבקשת מכך היא כי אין החוק מטיל על התביעה את ח ו ב ת ק י ד ו ם פני הטענות הטרומיות ע"י נקיטת עמדה לגביהן מלכתחילה אלא את חובת התגובה עליהן משלא נדחו ע"י ביה"ד מיזמתו עקב אי קבלתן.

2. ניתן לחלק איפא לענין זה את נטל ההוכחה המוטל על התביעה לשניים :-

א. נטל ההוכחה העיקרי - המתייחס להוכחת יסודות העבירה.

ב. נטל ההוכחה הנגרר (האנצידנטלי) - המתייחס להזמת טענות "חיצוניות" לאשמה ואשר מגמתן למנוע ולהכשיל את הרשעת הנאשם בדין, הגם שניתן להוכיח את יסודות העבירה ויתכן שכבר הוכחו, הכל לפי שלב הדיון בו נטענת הטענה.

3. חשיבות ההבחנה הנ"ל לענייננו נעוצה ב"אופי" השונה על כל אחד משני חלקי "נטל ההוכחה" :

א. נטל ההוכחה העיקרי - מחייב את התביעה להוכיח מ י ז מ ת ה - ו מ כ ת ח י ל ה - העובדות את כל המהוות את יסודות העבירה והיא חייבת לעשות זאת כבר ב פ ר ש ת - ה ת ב י ע ה . נכשלה התביעה בהרמת נטל זה רשאי הנאשם לתבוע זיכויו בדין בטענת "אין להשיב לאשמה".

ב. נטל ההוכחה הנגרר - מחייב את התביעה ל ה ג י ב לטענות "החיצוניות" כאמור המועלות ע"י הסניגוריה באותו שלב שבו בוחרת הסניגוריה להעלותן ורק לאחר תגובת התביעה - הכוללת הבאת ראיות - רשאי ביה"ד לבחון ולשקול באם יצאה ידי חובתה זו.

4. א. לשון אחרת: נטל ההוכחה העיקרי הינו נטל עצמאי בו חייבת התביעה לשאת מיזמתה בפרשתה היא, על מנת להוכיח, מלכתחילה, את יסודות העבירה. נטל ההוכחה הנגרר, הינו נטל "רדום" , המתעורר וקם אך ורק בעקבות טענה מצד הנאשם, בכל שלב שהוא בוחרו, ומגמתו הוכחת ה י פ ו כ ה של הטענה.

ב. הנטל "הראשון" הינו איפא בעל אפי חיובי בעוד שמשנהו נושא אפי שלילי מובהק.

5. הטסקנה המתבקשת מן האמור לעיל היא, שכל עוד המדובר בסמכותו של ביה"ד - שאין הוא יסוד מיסודות העבירה ועל כן אינו בא בתחום נטל ההוכחה העיקרי - הרי אין מחובת התביעה להוכיח את קיומו מיזמתה בפרשתה, אלא אך ורק לשלול ולהפריך את "אי קיומו" בתגובה לטענה "חוסר סמכות" מצד הנאשם (באותם המקרים בהם לא דחה ביה"ד טענה זו על דעתו הוא ומבלי לחייב את התביעה "להשיב").

6. סימוכין לגישה הנ"ל ניתן למצוא :-

א. בכך שהנאשם זכאי לטעון טענת "חוסר סמכות" אף בשלבי הדיון המוקדמים שלפני פרשת התביעה, דהיינו עוד לפני שניתנה לתביעה "הזדמנות" להוכיח נושא זה, או תוך כדי פרשת התביעה, דהיינו לפני שהתביעה השלימה הבאת הוכחותיה. שורת ההגיון נותנת, כי אילו חייבת היתה התביעה להוכיח את סמכותו של ביה"ד כי אז היה מקום למתן הזכות לנאשם לטעון בנושא זה רק לאחר תום פרשת התביעה אך לא לפני כן.

5/..

ב. בכך כי רשאי בית הדין לדחות את טענת הנאשם לענין זה אף מבלי לדרוש מהתביעה להגיב. סמכות זו יש לה מקום אך ורק כאשר "עול ההוכחה" הראשוני מוטל על ההגנה, שהרי משמעותה של דחית הטענה היא ש"התביעה אינה צריכה להשיב". זאת ועוד, בסמכותו של ביה"ד לנהוג כן אף כשהטענה מועלית בשלבי הדיון הראשונים ויש בפניו "גרסת ההגנה" בלבד.

ג. בכך שזכות מתן התשובה - החייבת לכלול גם את הזכות להביא ראיות - שמורה לתביעה בכל שלב משלב הדיון בו מועלית הטענה ועל כן אין לדבר על "איחור" מצד התביעה בהוכחת נושא זה.

7. א. יחד עם זאת, אין התביעה פטורה בנושא זה מכל וכל אלא, מוטלת עליה, בשלב הראשוני של ההליכים המשפטיים, החובה ל צ י י ן בכתב האישום את אותן העובדות שעליהן מושתתת סמכותו של ביה"ד. (הן האישית והן הענינית).

ב. החובה האמורה מצויה בסעיף 304(א)(5) לחש"צ הקובע את תוכן כתב האישום ועל פיה, מחובת התביעה לציין בכתב האישום את "העובדות המוכיחות שיש לבית הדין שיפוט באותו ענין".

ג. התביעה יוצאת ידי חובה ראשונית זו:

(1) <u>לענין הסמכות האישית</u> - ע"י כך שהיא מציינת בריבוי "פרטי העבירה" את הפרטים הבאים: "בהיותו חייל בצה"ל" או "בהיותו עובד בשירות הצבא" או "בהיותו עובד בשליחות הצבא" וכיוצ"ב, הכל לפי הענין. (ראה: נספחים א'ו-ב').

(2) <u>לענין הסמכות הענינית</u> - ע"י כך שהיא מציינת ב"פרטי העבירה" - בסקרים המתאימים - את התנאים המוקדמים שבסעיף 15 לחש"צ.

<u>סכום ביניים</u>

1. נטל הוכחת סמכותו האישית של בית הדין הצבאי מוטל על התביעה (והוא הדין לגבי סמכותו של בית הדין במובנו הרחב של המושג).

2. נטל זה קיים כחובה "רדומה" במשך כל שלבי הדיון ואינו קם ומתעורר אלא בעקבות העלאת טענת "חוסר סמכות" מצד הנאשם ואי דחייתה ע"י ביה"ד מיזמתו.

3. לא דחה ביה"ד את טענת הנאשם - חייבת התביעה להוכיח את סמכותו של ביה"ד.

4. לא נטענה טענת "חוסר סמכות" ע"י הנאשם - אין התביעה חייבת בהבאת <u>הוכחות כלשהן</u> בנושא זה מיזמתה.

5. החובה היחידה המוטלת מלכתחילה על התביעה בנושא זה היא - מכח הוראות סעיף 304(א)(5) לחש"צ - לציין בכתב האישום ברישמת פרטי העבירה, את "העובדות המוכיחות שיש לבית הדין שיפוט באותו ענין".

סדרי הדין בהוכחת סמכותו של ביה"ד

1. אין החוק מסדיר סדרי הדין בנושא זה פרט לקביעה כי בכל מקרה שנטענה טענת חוסר סמכות מטעם הנאשם וביה"ד - לאחר ששקלה כמובן - לא החליט לדחותה, תינתן הזדמנות לתביעה להשיב עליה.

2. הפרקטיקה בבתי"ד מלמדת כי במקרה של טענת חוסר סמכות מטעם הנאשם - כבכל מקרה של העלאת טענה טרומית - מתנהל משפט זוטא כשסדרי הדיון בו כדלקמן :-

   א. הסניגור טוען הטענה ומביא ראיותיו (אם יש כאלה).
   ב. התביעה מביאה ראיותיה היא (אם רצונה בכך).
   ג. התובע והסניגור מסכמים.
   ד. החלטת ביה"ד.

3. מן הראוי לזכור שמשפט זוטא כאמור מתנהל בכל שלב משלבי הדיון בו נטענת הטענה. נטענה הטענה בסיכומי הסניגוריה - יופסק הסיכום ויקוים דיון זוטא בטענה זו.

מהות ההוכחה המוטלת על התביעה

1. משנעורה "הובת ההוכחה" לענין הזמת טענה טרומית, דינה כדין "הנטל" בו נושאת התביעה לענין הוכחת יסודות העבירה. הוי אומר, שעל התביעה להוכיח קיום סמכותו של ביה"ד במדה של למעלה מכל ספק סביר .

2. די איפא לנאשם, באם יצליח לעורר ספק בלב ביה"ד לענין קיום סמכותו, כדי ש ט ע נ ת ו תתקבל וביה"ד יקבע כי הינו חסר סמכות לדונו.

3. התוצאה של קבלת טענת חוסר סמכות ההיה תמיד ב י ס ו ל כתב האישום ולא זיכוי. (ראה: הוראות סעיף 353(א)) .

החוק הצבאי האנגלי

1. הנושא הנדון מוסדר בתקנה 36 לתקנות הדיון (צבא) 1956 . (ראה: מנואל החוק הצבאי, חלק ראשון, עמודים 46 ו-591).

2. בהתאם להוראות תקנה 36 האמורה, על הנאשם המבקש לטעון חוסר סמכות אישית (בין שהיא מתייחסת לכך שהוא אינו נתון לשפוט צבאי ביום הדיון או שלא היה נתון לשפוט זה בעת שעבר את העבירה המיוחסת לו בכתב האישום) - לעשות זאת בשלב הטענות הטרומיות, דהיינו לפני שישיב באם מודה הוא באשמה באם לאו. אין בחוק הצבאי האנגלי הוראות בדבר העלאת טענה זו בשלבים אחרים, מאוחרים יותר, של הדיון כדוגמת הוראות סעיף 351(ג) לחש"צ תשש"ו - 1955.

3. עפ"י הוראות התקנה 36 הנ"ל משבחר הנאשם לטעון חוסר סמכות אישית כאמור, יש לנהוג כדלקמן :-

7/..

[illegible]

../7

א. הנאשם - או ב"כ - טוען הטענה והינו רשאי להביא ראיות ע"מ לתמוך בה.

ב. התובע רשאי להביא ראיות להפרכת הטענה.

ג. התובע מסכם.

ד. הנאשם מסכם.

ה. ביה"ד מחליט.

4. הוראות "סדרי הדין" הנ"ל זהות איפוא לסדרי הדין המוצעים בחוזר זה.

5. מן הראוי לציין כי בכתבי האישום המוגשים לבתיה"ד הצבאיים האנגלים מצוינות העובדות בענין סמכותו האישית של ביה"ד, מיד לאחר פרטיו האישיים של הנאשם ב"מבוא" לכתב האישום ולא ב"פרטי העבירה".

<u>העלאת הטענה מטעם ביה"ד:</u>

1. הועלה נושא "סמכותו האישית" של ביה"ד, מטעם ביה"ד עצמו ומיזמתו - מן הראוי שביה"ד ינהג לענין זה כאילו הועלתה הטענה ע"י הסניגוריה ולא נדחתה על-ידו, דהיינו שומה על ביה"ד ליתן לתביעה "הזדמנות להשיב לטענה".

2. גם במקרה זה דין "הזדמנות להשיב לטענה" כדין התשובה במשפט זוטא ורשאית התביעה להביא ראיותיה ולסכם טענותיה בפני ביה"ד.

3. הואיל וטענת "חוסר סמכות" אינה מאבדת לעולם את אפיה ה"טרומי" הרי אין נפקה מינה מיהו המעלה אותה ותמיד חייבת להינתן לתביעה ההזדמנות להשיב עליה, שהרי חובת ההוכחה של התביעה בענין זה "רדומה" כל עוד לא "עוררוה" ואין להכריע בענין זה מבלי ליתן לתביעה הזדמנות להרים נטל החובה שקם והתעורר רק כאשר הועלתה הטענה.

<u>טענה מכללא</u>

1. באותם המקרים, כאשר אין ההגנה טוענת חוסר סמכות אישית במפורש, אלא מביאה במסגרת פרשת הסניגוריה הוכחות לאי קיומה - על התובע לבקש מהסניגור. עם תום פרשת הסניגוריה, להבהיר עמדתו בנושא זה: האם בדעתו להעמיד נושא הסמכות כ"נושא השנוי במחלוקת" אם לאו.

2. השיב הסניגור בשלילה - חוזרת חובת התביעה לענין זה "לתרדמתה". השיב הסניגור בחיוב - הרי זה כאילו טען מ פ ו ר ש ו ת טענת חוסר סמכות.

<u>העלאת הטענה בשלב סיכומי הסניגוריה</u>

1. הועלתה טענת חוסר סמכות ע"י הסניגור בסיכומיו - מחובת ביה"ד לאפשר לתביעה להשיב ובאם יש צורך בכך לקיים משפט זוטא כאמור לעיל.

2. ראה בענין זה ע/257/63.

להלן קטע מפס"ד זה :-

8/..

" ... דא עקא שמאותה פסקה ג' לסעיף 351 נובע בעליל שטענה מסוג הטענות הנזכרות בפסקה ב' לאותו סעיף, איננה חדלה מלהיות "טרומית" רק משום שלא נטענה בתחילת הדיון אלא באיזה שלב אחר שבו ואין הפסקה ג' האמורה מבחינה, בנדון זה, בין טענה של חוסר סמכות או איזו מארבעת הטענות האחרות הנזכרות בפסקה ב' האמורה. אם כך, הרי שטעה ביה"ד קמא בסרבו להעתר לבקשת התובע להשיב על טענת חוסר הסמכות, מן הנימוק שענין לו לא עם טענה טרומית, כי ס' 352 לחש"צ קובע מפורשות שביה"ד שבפניו נטענה טענה טרומית יחליט בה לאחר שנתן לתובע הזדמנות להשיב עליה. אין אנו מתעלמים, כמובן, גם מנימוקו השני של ביה"ד, והוא שלפי ס' 384 לחש"צ המילה האחרונה היא לנאשם, אבל לדעתנו איננה קיימת סתירה כל שהיא בין הוראותיו של סעיף זה לבין אלו של סעיף 352 האמור. שניהם צריכים להקרא יחדיו ובהקראם כך, תהיה התוצאה שהכלל הוא שלנאשם המלה האחרונה, לאחר שנסתיימו פרשיות התביעה וההגנה, אלא שאם תוך כדי סכומיו העלה הנאשם, בזכות או ברשות, טענה טרומית מסוג הטענות הכלולות בסעיף 351(ב) לחש"צ, אזי חייב ביה"ד לאפשר לתובע להשיב על הטענה טרם תתו החלטתו בגינה".

<u>הנחיות לתובעים</u>

1. יש להבחין בענין זה בין שני סוגי מקרים :-

א. אותם המקרים בהם עובדת היות הנאשם "חייל" הינה - בנוסף לכך שהיא מכניסתו לתחום תחולת חש"צ - יסוד מיסודות העבירה, כגון באותם המקרים שמיוחסת לנאשם עבירה צבאית.

ב. אותם המקרים בהם עובדת היות הנאשם "חייל" משמשת אך ורק כבסיס לסמכותו האישית של ביה"ד הצבאי לדונו ותו לא.

2. בסוג המקרים הראשון מוכחת סמכותו האישית של בית הדין א ג ב הוכחת העבירה המיוחסת לנאשם, ועל כן אין הבעיה נושא חוזר זה מתעוררת כלל.

3. מאידך גיסא, מתעוררת הבעיה בכל מקרה הנמנה על סוג המקרים השני ולגבי מקרים אלה יש לנהוג כדלקמן :

א. (1) יש ליתן ברישת "פרטי העבירה" פירוט מלא ומדויק של העובדות המשמשות בסיס לקיום סמכותו האישית של בית הדין.

(2) הפירוט האמור יהיה זהה ככל האפשר לדוגמאות הניתנות בנספח א' לחוזר זה.

(3) יש לזכור, כי פרוט לא מושלם בענין זה, פותח פתח לטענות "פגם בכתב האיום", ו"חוסר סמכות" גם יחד.

ב. (1) אין להגיש כתב אישום במקרים כנ"ל, כל עוד לא עומד לרשות התביעה חומר הוכחה נאות להוכחת העובדות המשמשות בסיס לקיום סמכותן האישית של בית הדין, כפי שהן מפורטות ב"פרטי העבירה".

(2) לענין מהות וטיב חומר ההוכחה האסור, נא ראה נספח ב' לחוזר זה.

ג. (1) חומר ההוכחה האסור לא יוגש מטעם התביעה אל ב ת ג ו ב ה להעלאת הנושא ע"י הסניגוריה.

(2) החומר יוגש במסגרת משפט הזוטא והטיעון יהיה קרוב ככל האפשר למוסבר לעיל.

4. יש להודיעני מיד על כל מקרה בו ניתנה החלטה כל שהיא בנושא זה בערכאה ראשונה, כדי שניתן יהיה להביא הענין בפני בי"ד צבאי לערעורים לקביעת הלכה מחייבת.

י. קדמי, רס"ן
תובע צבאי ראשי

לוטה: נספח א'
נספח ב'.

נספח א'

1. חייל בשירות סדיר - "בהיותו חייל בצה"ל"
(סעיף 1 לחש"צ)

2. חייל בשירות מילואים פעיל - "בהיותו חייל בצה"ל/או בהיותו איש מילואים כשהוא בשרות" (מועדף הנוסח האחרון) .
(סעיף 1 לחש"צ)

3. מי שנמסר לו נשק מטעם הצבא - "בהיותו אדם שנמסר לו נשק מטעם הצבא כאמור בסעיף 7 לחש"צ תשט"ו - 1955". (ולאחר מכן, בפרטי העבירה, התנאי המתווסף ליסודות העבירה שהמעשה נעשה "בן לגבי אותו הנשק" כגון: "הנאשם הנ"ל, בהיותו אדם שנמסר לו נשק מטעם הצבא כאמור בסעיף 7 לחש"צ, תשט"ו - 1955, ללא סמכות הפעיל נשק, דהיינו רובה פ.נ., שהוא הנשק שנמסר לו כאמור").
(סעיף 7 לחש"צ)

4. מי שנתון במשמורת הצבא - "בהיותו נמצא כדין במשמורת הצבא".
(סעיף 8(1) לחש"צ)

5. מי שעובד בשירות הצבא - "בהיותו עובד בשירות הצבא".
(סעיף 8(2) לחש"צ)

6. מי שעובד במפעל המשרת את הצבא - " בהיותו עובד במפעל המשרת את הצבא כאמור בסעיף 8(2) לחש"צ, תשט"ו - 1955".
(סעיף 8(2) לחש"צ)

7. מי שעובד בשליחות הצבא - "בהיותו עובד בשליחות הצבא".
(סעיף 8(3) לחש"צ)

8. שבוי מלחמה - "בהיותו שבוי מלחמה ובהתאם להוראות סעיף 10 לחש"צ תשט"ו - 1955".
(סעיף 10 לחש"צ)

9. איש מילואים שאינו בשירות - "בהיותו איש מילואים שאינו משירות". (ובהמשך פרטי העבירה, התנאים המתווספים ליסודותיה כגון: ... הנאשם הנ"ל, ב ה י ו ת ו א י ש מ י ל ו א י ם ש א י נ ו ב ש י ר ו ת , ביום ... במקום ... , ללא סמכות הפעיל נשק, דהיינו רובה פ.נ., ש ה ו א נ ש ק ש ק י ב ל מ ט ע ם ה צ ב א ....").
(סעיף 11 לחש"צ)

[illegible]

1. [illegible] – "[illegible]"
(ocr: 1 [illegible])

5. [illegible] – "[illegible]"
(ocr: 1 [illegible])

6. [illegible] – "[illegible]
(ocr: 7 [illegible])

4. [illegible] – "[illegible]".
(ocr: 8(1) [illegible])

5. [illegible] – "[illegible]".
(ocr: 8(5) [illegible])

6. [illegible] – "[illegible]
(ocr: 8(5) [illegible])

7. [illegible] – "[illegible]".
(ocr: 8(5) [illegible])

8. [illegible] – "[illegible]".
(ocr: 01 [illegible])

9. [illegible] –
(ocr: 11 [illegible])

נ ס פ ח ב'

1. חייל בשרות סדיר

א. תעודה עפ"י הוראות סעיף 481 לחש"צ תשט"ו - 1955 אשר תעיד כי "....
משרת בצה"ל מיום ... ועד ליום חתימת התעודה". (כגון: סופס 400).

ב. התעודה תיחתם ע"י גורם של השל"ר.

2. חייל בשירות מילואים פעיל

א. תעודה עפ"י הוראות סעיף 481 לחש"צ, תשט"ו - 1955 אשר תעיד כי: "....
נמנה עם כוחות המילואים של הצבא עפ"י חוק שירות בטחון תש"ט - 1949/
עפ"י כתב התנדבות מס. ..... מיום ....., והיה בשירות בתקופה
שמ- ועד ..... ".

ב. תעודה כזו יכול שתהיה חתומה ע"י גורם בשל"ר או ע"י הגורם המנהלי המתאים
ביחידת הנאשם.

3. מי שנמסר לו נשק מטעם הצבא

א. עדות בע"פ של מי שמבר את הנשק.

ו- ב. הרישומים המעידים על מסירת הנשק.

ו-ג. תעודת הרשאה א י ש י ת (אם הודאה כזו).

(ראה: הוראות פ.מ. 2.0107).

4. מי שנתון במשמורת הצבא

א. עדות בע"פ של העוצר (או תעודה עפ"י סעיף 482 לחש"צ).

ו- ב. עדות בע"פ של המסונה על המעצר.

ו- ג. פק' מעצר (אם הוצאה כזאת).

5. מי שעובד בשירות הצבא

א. תעודת עובד ציבור חתומה ע"י הגורם מהשל"ר לפיה :
"בהתאם לרישום ב....., המצוי ברשותי בתוקף תפקידי, מופיע ..... ברשימת
האזרחים העובדים בשירות הצבא ב..... מיום ..... ועד ליום חתימת תעודה
זו/ועד ליום ..... ".

6. מי שעובד במפעל המשרת את הצבא :

א. עדות בע"פ לפיה עובד הנאשם במפעל המשרת את הצבא.

ו-ב. הוכחה בכתב כי שר הבטחון קבע את העבודה באותו מפעל כשירות צבאי
(ראה: הוראות סעיף 9 לחש"צ)..

12/..

C O E D - C

1. [illegible]

a. [illegible]

b. [illegible]

2. [illegible]

a. [illegible]

b. [illegible]

3. [illegible]

a. [illegible]

b. [illegible]

4. [illegible]

a. [illegible]

b. [illegible]

(CAD: [illegible]).

5. [illegible]

a. [illegible]

b. [illegible]

c. [illegible]

6. [illegible]

a. [illegible]

b. [illegible]

7. [illegible]

a. [illegible]

b. [illegible]

c. [illegible]

7. <u>מי שעובד בשליחות הצבא</u>

א. תעודת עובד ציבור חתומה בידי הגורם המסכ"לי המתאים לפיה: "בהתאם לרישום ב-..... המצוי ברשותי בתוקף תפקידי ..... מופיע ברשימת ..... העובדים בשליחות צה"ל ב..... מיום ..... ועד ליום חתימת תעודה זו/ועד ליום ..... " .

ב. אין הנתונים מאפשרים מתן תעודה כאמור - אם בשל ההגבלות החלות על העובדות הניתנות להוכחה ע"י תעודה כאמור או בשל סיבות אחרות - תישמע עדות בע"פ.

ו- ג. הוכחה בכתב - מסמכים כגון: הסכם, כתב התחייבות, רישומים בדבר ביצוע תשלומים וכיוצ"ב - לתמיכת העדות בע"פ או התעודה.

8. <u>שבוי מלחמה</u>

א. תעודת עובד ציבור של הגורם הממונה על מחנה השבויים לפיה:
"בהתאם לרישום ב....., המצוי ברשותי בתוקף תפקידי, ... מופיע ברשימת השבויים ..... מיום ..... ועד ליום חתימת תעודה זו/ועד ליום ....."

9. <u>איש מילואים שאינו בשירות</u>

תעודה עפ"י סעיף 481 חתומה ע"י גורם מתאים בשל"ר לפיה :

"... נמנה עם כוחות המילואים של הצבא עפ"י חוק שירות בטחון תש"ט - 1949/ עפ"י כתב התגדבות מס ..... מיום ..... ועד ליום חתימת תעודה זו/ועד ליום ..... " .

מ ו ג ב ל

חוות דעת מומחה
תצודת רופא
תעודת עובד
ציבור - הכנתן
והגשתן כראיה

מפצ"ר / תביעה
סל. 885
חק-20(13)-
שבט תשכ"ה
ינו' 1965

הנדון:- חוזר הנחיות מקצועיות מס. 4 -
חוות דעת מומחה/תעודת רופא/תעודת עובד
ציבור - הכנתן והגשתן כראיה.

1. לאחרונה ארעו מספר תקלות בנושא זה ומן הראוי שנבהיר לעצמנו את מעמדם החוקי של המסמכים הנדונים ואת דרכי הכנתם, הצגתם והשמוש בהם כאמצעי הוכחה.

2. כללי :

א. הכלל הוא כי עדות בכתב שמסר עד מחוץ-לכתלי-ביה"ד אינה קבילה כראיה.

ב. עד חייב להופיע אישית בביה"ד, להישבע כדין, למסור דבריו בעל פה בפני ביה"ד ועדותו נתונה לבקורתו של הצד שכנגד ע"י חקירת שתי וערב.

ג. שלשת סוגי המסמכים הנדונים נקבעו ע"י המחוקק כיוצאים-מן-הכלל לעקרון הנ"ל ובאמצעותם הוכשרה כראיה עדות-בכתב שמסר עד מחוץ לכתלי ביה"ד.

ד. יחד עם זאת ועל מנת לשמור על זכויות הצד שכנגד, אשר עשויות להיפגע בשל קבלת עדות בכתב כאמור, נקבעו ע"י המחוקק הוראות מיוחדות שתכליתן :

(1) להבטיח כי העד יחוש "מוראה" של שבועה מחד גיסא וכי יהיה נתון לסנקציה של עדות שקר בביה"ד מאידך גיסא.

(2) להבטיח כי בהתאם לדרישת הצד שכנגד - או להחלטת ביה"ד מיוזמתו - יופיע העד אישית בביה"ד ויחקר חקירת שתי וערב.

(3) ליתן בידי ביה"ד את הסמכות להימנע מקבל העדות בכתב כראיה - גם במקרים בהם אין הצד שכנגד מתנגד - באם ביה"ד רואה חשש לעיוות דין.

ה. זאת ועוד, מכיוון שביוצאים מן הכלל עסקינן, נקבעו ע"י המחוקק בקפדנות רבה הנושאים המסוימים אליהם ניתן להתיחס במסמכים הנ"ל. קביעת הנושאים והגדרת תחומיהם נעשתה ע"י המחוקק על מנת להבטיח כי רק אותם דברים מסוימים, שלגביהם ניתן להניח כי הופעת העד עצמו באולם ביה"ד אינה תמיד הכרחית - הם בלבד שיוכלו להיות מוכחים באמצעות המסמכים הנדונים.

ו. לאור האמור לעיל, תובן מידת החשיבות שיש ליחס :-

(1) לצורת המסמך - דהיינו כי יהיה ערוך עפי' דרישות החוק וכי יכיל את כל הפרטים הדרושים ו"סעיפי החובה" הבאים במקום הופעת העד בביה"ד ומחילים עליו הסנקציה לענין עדות שקר.

2/..

(2) לתוכן המסמך - דהיינו כי הדברים המוצהרים בו והמוכחים באמצעותו לא יחרגו מתחום ה"היתר" שנקבע בחוק.

ח. סטיה מצורת המסמך או מ"תוכנו" המותר עלולה להביא לידי פסילתו כראיה. (ראה בענין זה: ע.פ. 101/60 פסד' טו' ע' 120).

3. חוות דעת מומחה/תעודת רופא :

א. החוק :-

הוראות החוק המסדירות הצגת חוות דעת/תעודה כאמור - שניתנו ע"י המצהיר בכתב מחוץ לכתלי ביה"ד - מצויות בחלק ז' לפקודת העדות, בתוספת לסעיף 27 לפקודה האמורה ובתקנות סדרי דין (עדות מומחים) תשט"ו - 1955. (ראה: ע.פ. 312/58 פ"מ יח', ע' 134 ואילך).

ב. הצורה :-

קבועה בסעיפים 26 ו-27 לפקודת העדות ובתוספת לפקודה. בהתאם להוראות אלו תהיה צורת המסמכים הנ"ל כדלקמן :-

(1) בצורה דומה כלל האפשר לטופס הקבוע בתוספת. (סעיף 27 לפקודה).

(2) תכיל תמיד "הצהרה" של החותם - המומחה/הרופא - כי ידוע לו שדין הדברים הנמסרים על ידו בתעודה כדין עדות בשבועה לצרכי סעיף 117 לפח"פ 1936. (סעיף 26 לפקודה).

(3) לגבי תעודה שנעשתה מחוץ לישראל :- חייב להימצא על גבי התעודה אישור של נציג קונסולרי/דיפלומטי של ישראל כדלקמן :

(אא) שהחתימה על התעודה ראויה לאמון;

(בב) שלפי חוקי המקום בו נעשתה התעודה צפוי המצהיר לעונש על עדות שקר בגין הצהרה כוזבת בתעודה.

(ראה סעיף 29 לפקודה).

ג. התוכן :-

קבוע בסעיף 25 לפקודה. בהתאם להוראות סעיף זה ניתן להתיחס במסמכים הנ"ל לנושאים הבאים ולהם בלבד :-

(1) חוות דעת מומחה :- לשאלה שבמדע, שבמחקר, שבאמנות או שבידיעה מקצועית;

(2) תעודת רופא - על מצב בריאותו של אדם.

ד. החותם :-

מומחה/רופא שפרטי הכשרתם חייבים להיות מצוינים בתעודה כמפורט ב"טופס" המצוי בתוספת.

4. <u>תעודת עובד ציבור</u>

א. <u>החוק</u> :-

הוראות החוק המסדירות הצגת תעודת עובד ציבור שניתנה על-ידו בכתב מחוץ לכתלי ביה"ד מצויות בחלק ח' לפקודת העדות ובתוספת לסעיף 34 לפקודה. (<u>ראה</u>: ע.פ. 312/58, פ"מ יח' 134 ואילך).

ב. <u>הצורה</u> :-

צורת התעודה קבועה בסעיף 34 לפקודה, לפיו תיערך התעודה בצורה הקבועה בתוספת לאותו סעיף או קרוב לה כלל האפשר.

ג. <u>התוכן</u>:-

אך ורק עדות על "<u>דבר שנרשם במסמך רשמי</u>" <u>ועל כך בלבד</u>. (ראה: ע.פ. 101/60 פסד' טו', ע' 120).

ד. "<u>עובד ציבור</u>" :-

(1) הגדרת "עובד ציבור" מצויה בסעיף 31 לפקודה המפרט אילו הם "עובדי הציבור" לצרכי חלק זה של הפקודה.

(2) מבין "עובדי הציבור" יחתום על התעודה <u>אך ורק</u>:

(אא) עובד הציבור <u>שעשה את הרישום</u> במסמך הרשמי. (הכוונה אינה להעודה המוגשת לביהמ"ש אלא למסמך הרשמי שנערך לפני שנערכה התעודה לצרכי המשפט), <u>או</u>

(בב) עובד הציבור <u>שעשה את המעשה</u> או <u>שקבל את הידיעה</u> שנרשמו במסמך הרשמי, <u>או</u>

(גג) אם עובד הציבור האמור בפסקאות (אא) או (בב) איננו באותו שירות, תיחתם התעודה ע"י "עובד הציבור" <u>האחראי</u> על היחידה בה עבד.

(ראה: סעיף 32 לפקודה).

5. <u>הכנתן של חוות דעת מומחה/תעודת רופא/תעודת עובד ציבור</u>

א. המבקש להשתמש בתעודה מהתעודות האמורות, חייב :-

(1) לדאוג לכך שהתעודה תיערך <u>בצורה</u> הקבוע בחוק.

(2) להקפיד כי האמור בה יתייחס אך ורק ל"תוכן" המותר עפ"י החוק.

(3) לוודא כי <u>תיחתם</u> ע"י "המוסמך" לכך בהתאם לחוק.

ב. לשם מניעת תקלות מן הדין יהיה :

(1) להקפיד על שימוש בטפסים זהים לאלה שבתוספת לפקודה, הכל לפי הענין.

(2) להקפיד על השלמת כל הפרטים ה"חסרים" בטפסים הנ"ל.

6. סדרי הצגתן של חוות דעת מומחה/תעודת רופא/תעודת עובד ציבור :

א. החוק :-

סדרי ההצגה קבועים בהוראות הבאות :

(1) חוות דעת מומחה/תעודת רופא - בסעיפים 25 ו-27(ב) לפקודה ובתקנות סדרי דין (עדות מומחים) תשט"ו - 1955.

(הערה: לענין משפטים פליליים מתיחסות התקנות 7 ו-8 בלבד ואף הן כאחרות מותאמות לדיון במסגרת האזרחית).

(2) תעודת עובד ציבור - בסעיפים 32 ו-34(ב) לפקודה.

ב. ההודעה המוקדמת לצד שכנגד :-

אם כי אין החוק מחייב זאת, יש לציין ברשימת עדי התביעה את ה"תעודה" אותה מבקשים להגיש כראיה ולהביא זאת בדרך זו לידיעת הצד שכנגד.

ג. ההצגה כיצד ?

(1) ללא עדים :

התעודות הנ"ל הינן מסמכים שניתן להציגם לביה"ד כראיה ללא עדים.

התובע יבקש אשוא קבלת התעודה כראיה תוך הסתמכות על סעיף החוק המתאים.

(לגבי חוות דעת מומחה/תעודת רופא - עפ"י סעיף 25 לפקודה, ולגבי עובד ציבור - עפ"י סעיף 32 לפקודה).

(2) ההתנגדות :

הצד שכנגד אינו זכאי להתנגד לקבלת התעודה, כל עוד זו:

(אא) ערוכה בצורה הקבועה בחוק.

(בב) מתיחסת ל"דברים" שהחוק התיר הוכחתם בדרך זו.

(גג) וחתומה ע"י המוסמך לכך עפ"י החוק.

פגומה התעודה באחד משלשה אלה - רשאי הצד שכנגד להתנגד לקבלתה.

נתקבלה ההתנגדות - לא תתקבל התעודה. אך אין בכך כדי למנוע מהתובע להזמין כעד את נותן התעודה וכך מחובתו לעשות הגם והדבר כרוך בדחית המשך הדיון למועד אחר.

5/..

(3) בקשה לחקירת העד :

מאידך גיסא, ז כ א י הצד שכנגד לבקש מביה"ד לצוות כי חותם התעודה ייקרא להחקר וביה"ד ח י י ב למלא בקשה זו ולצוות בהתאם. (סעיפים 30(א) ו-36(א) לפקודה).

(4) דחיית התעודה מיזמת ביה"ד :

זאת ועוד, כאמור רשאי ביה"ד מ י ז מ ת ו - דהיינו גם ללא התנגדות מטעם הצד שכנגד - שלא להיענות לבקשת התובע לקבל התעודה כראיה מהנימוק כי "הוא רואה חשש לעיוות דין" בקבלתה. גם במקרה כזה, פתוחה בפני התובע הדרך לקרוא למצהיר כעד וכך מחובתו לעשות על כך הכריך בכך כאמור. (סעיפים 25 ו-31 לפקודה).

(5) חקירה עפ"י צו ביה"ד :

כן רשאי ביה"ד מ י ז מ ת ו - דהיינו גם ללא בקשה מטעם הצד שכנגד - לצוות כי נותן התעודה, לאחר שזו נתקבלה כראיה, ייקרא להיחקר בביה"ד (סעיפים 30(א) ו-36(א) לפקודה).

(6) החקירה :-

דין "נותן התעודה" הנקרא להיחקר בביה"ד לאחר שהתעודה עצמה נתקבלה כראיה כדלקמן :-

(א) נקרא מיזמת ביה"ד - כדין עד ביה"ד ולאחר שיחקר ע"י ביה"ד יועמד לחקירת שתי וערב של הצדדים.

(ב) נקרא מכח בקשת הצד שכנגד - כדין עד תביעה. במקרה זה תיראה התעודה שנתקבלה כראיה כאילו היתה "עדות העד בחקירה ראשית ע"י התובע", והעד יועמד לרשות הצד שכנגד לחקירה נגדית ולאחר מכן יהיה התובע רשאי לחקרו חקירה חוזרת.

7. הערות כלליות :-

א. הואיל ובחלק הארי של המקרים התעודה תתקבל והמצהיר לא יקרא להעיד יש להקפיד על כך כי "הדברים" המוצהרים בה יערכו בצורה בהירה וברורה ללא צורך בהסברים "חיצוניים".

ב. לגבי תעודת רופא במיוחד, יש להקפיד כי המונחים הלטיניים "יתורגמו" לעברית וכי בצד הקביעות הרפואיות - מקצועיות תבוא תמיד בשפה ברורה "המשמעות" אותה מבקשים להוכיח.

ג. על מנת למנוע תקלות מן הראוי יהיה כי התובע יכין את התעודה עפ"י הערות שבפניו - או בהסתמך על שיחה עם המצהיר - ויעבירנה לו להשלמת הפרטים ולחתימה.

י. קדמי, רס"ן
תובע צבאי ראשי

מ ו ב ב ל

מפצ"ר / תביעה
טל' 885
חק-20(13)-
שבט תשכ"ה
ינו' 1965

הנדון:- חוזר הנחיות מקצועיות מס. 3 -
סדרי דין-דיני ראיות:- עד עוין.

1. לאחרונה התעוררו מספר פעמים שאלות באשר לסדרי הדין הנאותים להכרזת עד כעד עוין.

2. לפני שניגש ל"הצגתם" של סדרי הדין הנאותים, מן הראוי שנקדיש מלים לתנודות שחלו לאחרונה באשר למשמעות המושג "עד עוין" ובאשר למשקל עדותו של עד כזה.

3. בפתח הדברין מן הראוי להדגיש כי חוזר זה אינו מחיסר ליתן סקירה מקיפה וממצה של סוגית ה"עד העוין" ויצטמצם לסקירה כללית - תוך שימת הדגש על הפסיקה המקומית ובמיוחד על שני פסה"ד האחרונים ע.פ. 304/61 (פס" מז' 960) ו-ע.א. 263/63 (יח כרך א' 202) - ולפירוט ה ת ה ל י ך הנאות להכרזת עד כ"עד עוין".

4. להלן רשימת המקורות בהם ימצא המעונין חומר מקיף וממצא בסוגיה הנדונה :-

א. קרוס, ראיות עמ' 248;
ב. ויגמור, על הראיות כרך ג' ס' 896 - 918;
ג. פיפסון, מהדורה 9, עמ' 494-6 - 490 ו-503;
ד. ארצבולד, מהדורה 35, עמ' 1380 - 1379;
ה. גנור כרך א', עמ' 439;
ו. סלנס, ראיות, מהדורת 1963, עמ' 246 - 243;

5. כ ל ל י

א. בחוק החרות במדינתנו - לרבות חש"צ על תיקוניו - אין הוראות לענין "העד העוין" והנושא מוסדר עפ"י הוראות החוק המקובל האנגלי (מכח סימן 46 לדבהב"מ 1922) וההלכה הפסוקה המקומית.

ב. הכלל הוא כי אין צד רשאי ל"תקוף" את העד-הנקרא-על-ידו, דהיינו לחקרו חקירת שתי - וערב, להדריכו, להציג בפני ביהמ"ש עדויות קודמות שלו להטיל ספק במהימנות דבריו. צד הקורא עד מטעמו נוטל על עצמו את ה"סיכון" הכרוך בקבלת דברי העד כפי שיאמרו על-ידו בביהמ"ש.

ג. יחד עם זאת, כיוצא מן הכלל, מאפשר החוק לצד לתקוף את העד שנקרא על-ידו בתנאי שאותו עד מוכרז ע"י ביהמ"ש קודם לכן כעד "עוין". השאלה המסרידה המיד הן את הצד שהעד איכזבו ופנה לו עורף והן אתבתוהמ"ש, היא אימתי יוכרז עד כ"עד עוין".

2/..

ד. בהתאם להלכה הפסוקה בענין זה יש להבחין בין שני סוגי עדים ה"מאכזבים" את קוראיהם :-

(1) העד שעדותו המאכזבת א י נ ה נ ו ח ה לצד שקרא לו אך אין בדבריו כדי להצביע על עוינות לאותו צד במשמעות של hostile עד כזה ניתן לכנותו "עד-בלתי-אוהד" אך אין הוא מגיע לדרגת "העד העוין".

(2) העד שעדותו המאכזבת לא זו בלבד שאינה נוחה לצד שקרא לו, אלא שהיא מכוונת כ נ ג ד אותו צד, והנסיבות מצביעות על מ ג מ ה ע ו י נ ת מצד העד כלפי ענינו של קוראו.

ה. כל עוד המדובר בעד מן הסוג הראשון, אין החוק מתערב להגנת הצד המאוכזב, הנאלץ להיכנע לעקרון הכללי לפיו אין בכוחו "להשיב מלחמה שערה" ע"י פניה לחקירת שתי-וערב והטלת ספק או אף הריסת מהימנותו של אותו עד. כל מה שמתיר לו החוק במצב כזה הוא לקרוא לעדים א ח ר י ם אשר יוכלו להאיר הנושא באור אחר ולתקן בדרך זו את מה ש"עיוות" העד-הבלתי-אוהד.

ו. מאידך גיסא, כאשר המדובר בעד מן הסוג השני, נחלץ החוק להגנת הצד ש נ פ ג ע ומאפשר לו, ע"י הכרזת העד כ"עד עוין" לחקור את האחרון חקירת שתי-וערב על כל הכרוך בכך.

ז. מה היא מטרת הכרזתו של העד האמור כ"עד עוין" ומה התועלת שעשוי להפיק מכך הצד שנפגע :-

(1) הצד שנפגע ינסה להוביל את העד, בחקירת שתי-וערב, לשינוי עמדתו העוינת ולהצגת העובדות מחדש בצורה לה ציפה בעת שקרא לו להעיד. (ע"י רענון זכרון מעדויות קודמות, עיון במסמכים וכיוצ"ב).

(2) באם יכשל הצד שנפגע בהשגת המטרה הנ"ל, ינסה בדרך של חקירת שתי-וערב להרוס את מהימנותו של העד וליטול כל משקל מדבריו "העוינים".

6. <u>למשמעות המושג "עוין"</u>

א. כאמור יש להבחין בין העד ה"בלתי-אוהד" לבין העד ה"עוין". שני עדים אלה מאכזבים את קוראיהם ומוסרים עדות שאינה מתישבת עם ענינו של הצד שקראם. יחד עם זאת שונים כאמור הכללים לגבי כל אחד מהם. ההבדל בין ה"בלתי אוהד" לבין ה"עוין" נעוץ בדרך כלל בדרגת "אי האהדה" או "העוינת" שמגלה העד בעדותו בביהמ"ש.

ב. "אי אהדתו" של העד נמדדת בשלשה :

(1) במידת "הניגוד" המתגלה בעדותו לענינו של הצד שקראו.

(2) במידת הסתירה שבה עומדת עדותו בביהמ"ש לדברים שמסר בהזדמנויות קודמות.

(3) במידת התרשמותו של השופט כי העדות מלווה ב"כוונה עוינת" מצד העד כלפי הצד שקראו להעידו.

ג. (1) אמת המבחן המצוינת בפסקה ב(1) לעיל הינה אמת מבחן אוביקטיבית של הגיון.

(2) אמת המבחן המצוינת בפסקה ב(2) לעיל הינה אמת מבחן סבנית של השואת דברי העד בעדותו בביהמ"ש לדברים הרשומים בעדות שמסר קודם לכן.

(3) אמת המבחן המצוינת בפסקה ב(3) הינה אמת מבחן אוביקטיבית שהתשובה לה הינה הפועל היוצא מצורת מסירת העדות ע"י העד:
מנימת דבריו, מנכונותו להשיב, מהיסוסיו וכיוצ"ב.

ד. בהתאם להלכה הפסוקה עד ל-ע.פ. 304/61 הנ"ל, מקובל היה כי אין די בכך שדברי העד עמדו בשנ המבחנים הראשונים - דהיינו שהיו בניגוד לענינו של הצד ושעמדו בסתירה לעדות שמסר קודם לכן - כדי להפכו ל"עד עוין" ועל המבקש להכריז על עד שלו כעד עוין היה ל ה ר א ו ת לביהמ"ש כי העדות עומדת גם במבחן השלישי - דהיינו כי דברי העד מלווים ב"כוונה עוינת", כאמור לעיל.

ה. <u>ל ס י כ ו ם ב י נ י י ם</u>

(1) עד ל-ע.פ. 304/61 חייב היה הצד המבקש להכריז עד כ"עד עוין" להוכיח כי הינו "עוין" במובן hostile ולא במובן adverse בלבד.

(2) העובדה כי דברי העד בביהמ"ש עמדו בסתירה לדברים שמסר בעדותו במשטרה לא הספיקה כשלעצמה כדי להביא להכרזתו כעד עוין (אם כי יתכן והספיקה כדי לכנותו "עוין" במובן adverse) ומן הדין היה שתצטרף לעובדה זו גם התרשמותו של השופט כי העד מגלה ב ה ת נ ה ג ו ת ו "כוונה עוינת" במובן hostile כלפי ענינו של הצד שקראו להעיד.

(3) "הכונה העוינת" היתה צריכה לבא לידי ביטוי ב ה ת נ ה ג ו ת ו של העד, דהיינו, בהתחמקות ממתן תשובות, בחיפוש אחר התשובות הפוגעות ביותר בצד שקראו וכיוצ"ב, כאמור לעיל.

ו. פסה"ד ב-ע.פ. 304/61 חולל שנוי בנושא הנדון. די אם נצטט את דברי כב' השופט כהן בע' 967 על מנת לעמוד על טיבה ומהותה של מהפיכה זו.
"האמת היא שהעד הנקרא "עוין" (בלע"ז adverse or hostile) אינו צריך להיות דוקא "עוין" את הצד הקורא לו להעיד. דיו לבעל הדין לשכנע את ביהמ"ש שהוא ס ת ר את עצמו ומסר הודעות קודמות ש א י נ ן ע ו ל ו ת ב ק נ ה א ח ד עם עדותו בביהמ"ש".

ז. אולם בפסה"ד (האזרחי) בחיק ע.א. 263/63 (פס"ד יח', א', 202) הוחזר הגלגל במידה רבה אחורה ונקבעו כללי משמעות חדשים למושג "עוינות" שיש בהם משום הצרת ההרחבה שב-ע.פ. 304/61 עד כדי מזער. ואלה דברי כב' השופט אגרנט בע' 206:

"יש להטעים כי עד איננו הופך להיות עד עוין לצד שקרא לו להעיד רק משום שחשובותיו אינן עולות בקנה אחד עם ציפיתו של זה האחרון או אינן לטובת ענינו. המבחן להיותו עוין הוא, אם ה ת ר ש ם השופט, השומע את העדות, שהיא נמסרת מתוך כוונה עוינת (hostile animus) כלפי הצד שקרא את העד - אם היא נמסרת "בצורה ב ל ת י ה ו ג נ ה ו מ ת ו ך ר צ ו ן ש ל א ל ג ל ו ת א ת ה א מ ת".

ח. כב' השופט אגרנט היה ער לדברים שנאמרו בענין זה ב-ע.פ. 304/61 וניסה לישב שני פסה"ד באמרו בע' 207:

"לדעתי העובדה כי בהזדמנות קודמת מסר העד הודעה הנוגדת את עדותו במשפט יכולה, ג ם ה י א , לשמש גורם בשיקולו של השופט, אך אותה עובדה ב ל ב ד , אין בכוחה לחייב תמיד או בהכרח את המסקנה שהעד הינו "עוין" ורשאי השופט לצורך הכרעתו בענין זה ובשים לב להתנהגות העד ושאר הנסיבות ל ה ת ע ל ם מ מ נ ה כ ל י ל .

לא נעלם ממני כי בעפ' 304/61 ..... נאמר: "שהעד הנקרא "עוין"..... אינו צריך להיות דוקא "עוין" את הצד הקורא לו להעיד ..... אולם סבורני שבדבריו אלה לא התכוון השופט כהן לקבוע כלל הוקשה כי בכל מקרה שבו התחוור לשופט .... שהעד מסר בעבר הודעה הסותרת את עדותו, יהיה מן הדין להכריז כעד עוין ..... " .

ט. בנמקו עמדתו לפיה יש ליחס למושג "עוין" משמעות של hostile דוקא ללא של adverse בלבד, מצביע כב' השופט אגרנט (ע' 208 ו-209) על כך כי המושג הוא המושג ה י ח י ד המוכר במשפט המקבל בעוד שהמושג hostile הינו יציר המחוקק בסעיף 22 לחוק הפרוצדורה משנת 1854 וכי בהתאם לפסיקה האנגלית ידם של בעלי הגישה כי גם את ה- adverse האמור יש לקרוא כ- hostile , הינה על העליונה.

י. בסיכומו של דבר, סבור כב' השופט אגרנט כי יש ליתן למושג "עוין" את המשמעות של hostile ולא של adverse בלבד וזוהי עתה ההלכה המחייבת.

יא. יחד עם זאת, על אף דחיתה החלקית של ההלכה שנפסקה בעפ' 304/61, או נכון יותר ע"י אימוצה החלקי, הורחבה ב-ע.א. 263/63 בכל זאת ל מ ע ש ה היריעה לעומת המצב ששרר לפי ע.פ. 304/61 ואין ספק שלעובדה כי דברי העד בביהמ"ש עומדים בסתירה לדברים שמסר בעדות קודם לכן - ובכל שהסתירה קיצונית יותר הרי זה בעל חשיבות רבה יותר - יהיה משקל נכבד בשקולו ביהמ"ש בשאלה אם העד הוא "עוין" או רק "בלתי אוהד".

יב. ניתן לסכם איפא נושא זה כדלקמן :

עד עוין הוא עד המגלה בהתנהגותו בעת מסירת עדותו בביהמ"ש "כוונה עוינת" (במובן hostile animus) לצד שקראו להעיד. בין יחד הנסיבות המביאות בהצטרפותן למסקנה כי אכן מגלה העד "כוונה עוינת" כאמור יש מ ק ו ם נ כ ב ד לעובדה כי העד מוסר בביהמ"ש דברים העומדים בסתירה לדברים שמסר בהזדמנויות קודמות.

יג. ברוח זו, כך נראה לי, יש להבין את דברי כב' השופט אגרנט בעמודים 210-211 כדלקמן :

"..... אלא מטבע הדברים הוא לראות כעד "עוין" אדם שחזר בו, שעה שהעיד מטעם הקטגוריה במשפט פלילי, מההודעה שמסר במשטרה ולכן במקרה כזה יהיה השופט נוטה, כמעט תמיד, להפעיל את שיקול דעתו בהתאם לבקשת הקטיגור....
נכון אני להחיל מבחינה עקרונית את הגישה הנ"ל גם על משפטים אזרחיים ולומר, כי בבואו להחליט אם שומה עליו להתיחס לעד פלוני במשקל כזה כאל עד עוין רשאי השופט לעיין ..... בהודעה הסותרת ..... אולם זוהי רשות גרידא.. שהרי ברור הוא, שלא קיימת תמיד, בשל הסתירה בין עדותו של עד במשפט אזרחי לבין הודעתו הקודמת, אותן הודאות לגבי שאלת היותו עוין לצד שקרא לו להעיד, א ש ר ק י י מ ת , בדרך כלל לגבי עד הקטגוריה אשר חזר בו במשפט מההודעות שמסר במשטרה ".

7. למשקלה של עדות העד העוין :

א. עד לפסה"ד ב-ע.פ. 304/61 מקובל היה כי משקל הדברים שמוסר העד העוין בלחץ החקירה הנגדית הינו אפסי. הווה אומר, שאם לאחר שעד הוכרז כעד עוין עלה בידי הצד שהזמינו כעד להוציא מפיו דברים שיש בהם כדי לשמש ראיה "נגד" הנאשם, ביהמ"ש לא ייחס לדברים אלה משקל כלשהו אלא יראה אותם כמבטלים את הדברים שאמר אותו עד לפני הכרזתו כעד עוין "כנגד" הצד שקרא לו להעיד ותו לא.

ב. גם אם לא הצליח הצד שקרא לעד להציל מפיו בחקירה הנגדית עדות לטובתו והעד עמד על גרסתו הסותרת, לא ייחס ביהמ"ש, בדרך כלל, משקל חיובי לדברים שמסר העד נגד קוראו וזאת בשל המהימנות שנשללת מהם לאור העדות הקודמת האחרת.

ג. גם בנושא זה חל שנוי בפסה"ד ב-ע.פ. 304/61 הנ"ל וכך התבטא כב' השופט כהן בענין זה :

"..... שאחרי הכרזתו לעד עוין, אמנם העיד מחמד עדות מלאה ומפורטת התואמת את הודעותיו הקודמות במשטרה ומאשרת אותן ואם כי ניתנה עדות זו בחקירת שתי-וערב בתשובה על שאלות מדריכות הרי משקלה ומהימנותה הם ענין לביהמ"ש אשר שמע וראה את העד ..... בפסק דינו של ביהמ"ש המחוזי המונח לפנינו נאמר מפורטות שהשופטים הזהירו את עצמם שמחמד העיד את אשר העיד נגד המערער רק לאחר שהוכרז כעד עוין ושהם ערים לעובדה זו ולאחר שהזהירו עצמם כאמור, הגיעו לידי מסקנה שיש לתת אמון בעדותו של מוחמד. ב"כ המערער לא הראה לנו סיבה כלשהי להסיר ספק בכך שאמנם קבעו השופטים המלומדים מה שקבעו לאחר שהזהירו את עצמם כהלכה".

ד. ביהמ"ש קבל במקרה האמור את הדברים שמסר העד העוין בחקירה הנגדית כבסיס לה רשעה .

ה. בפסה"ד ב-ע.פ. 263/63 חלה אף כנושא זה נסיגה וכך ביטא זאת כב' השופט אגרנט בעמוד 208 :

"הכל מסכימים היום, שמטרת ההוראה הזאת היא אך ורק לאפשר לצד שקרא לעד ל"נטרל" את העדות שמסר (בניגוד למצופה) לרעתו, להבדיל מהמטרה להוכיח באמצעות ההודעה הסותרת את העובדות הכלולות ב....."

ו. אמנם דברים אלה נאמרו בהקשר אחר, דהיינו לענין הצגת העדות הקודמת שמסר העד ושאת תכנה סתר בעדותו בביה"ד, ברם, יש לדברים אלה השלכה ישירה גם לנושא הנדון בפרק זה, שהרי במקרה הטוב ביותר יצליח הצד שקרא לעד העוין להביאו לידי כך שיודה בדברים שאמר בעדותו הקודמת.

ז. מכל מקום, הן מפסה"ד ב-ע.פ. 304/61 והן מפסה"ד ב-ע.א. 263/63 מסתבר כי העקרונות הכללים לפיהם יקבע ביהמ"ש עמדתו באשר למשקלה ומהימנותה של כל עדות הבאה בפניו הם שחייבים להנחותו גם לענין משקל עדותו של עד עוין ואין מקום להחלתו של עקרון פורמלי סכני נוקשה לפיו תמיד לא יהיה בעדוי העד העוין אלא כדי ל"נטרל" או לתקן את הנזק שנגרם ע"י העדות הסותרת שמסר לפני שהוכרז כעוין, כפי שהיה מקובל להניח לפני שני פסה"ד הנ"ל.

ח. לסיכום נושא זה :

יש להזמין את ביהמ"ש בכל מקרה ומקרה להעריך את עדות העד העוין שנמסרה על-ידו לאחר שהוכרז ככזה וחזר בו מהדברים שהביאו להכרזתו כ"עוין" עפ' המבחנים הכלליים המנחים את בתיהמ"ש בהערכת עדותם של עדים, דהיינו עפ' התרשמותו הבלתי אמצעית מן העד שבפניו. כמובן שביהמ"ש יקח בחשבון, בין יתר השיקולים, כי אותו עד סתר את עצמו וחזר בו מסתירתו, כשם ששומה עליו לקחת בחשבון כל גורם אחר שיש בו בדרך כלל, ולאו דוקא במקרה של הערכת עדותו של עד עוין דוקא, כדי למעט ממהימנות וממשקל הדברים הנאמרים בפניו ע"י העדים.

ס. אגב אורחא מן הראוי לזכור כי העדות שמסר העד מחוץ לכתלי ביהמ"ש ואשר הוצגה לצרכי הכרזתו כעד עוין אינה משמשת כשלעצמה חומר ראיה נ ג ד הנאשם.

8. לענין סדרי הדין :

א. ב- ע"פ 304/61 קבע כב' השופט כהן את התהליך הבא :-

(1) "... אם ברצון הקסגוריה לבקש את ביהמ"ש שיכריז עליו כעד עוין, מותר לה להראות לביהמ"ש את ההודעה שמסר למשטרה כדי שביהמ"ש יוכל להיוכח שאמנם מנסה העד לחזור בו מהודעותיו הקודמות ....."

(2) ".... היא רק חייבת לזהות את ההודעה כהודעתו של העד ע"י שתשאל אותו אם הוא מסר את ההודעה או חתם עליה .... "

(3) "..... ואחרי שיקבל תשובה חיובית, היה עליו לבקש את ביהמ"ש לעיין בהודעה ... "

(4) "..... ולהכריז על מחמד כעד עוין ....."

(5) "..... ורק לאחר החלטת ביהמ"ש מותר היה לו לשאול אותו בדבר תכנה של ההודעה ..."

ב. ב-ע.א. 263/63 למרות מתיחת הבקורת על עמדתו של כב' השופט כהן בענין זה, הצטרף כב' השופט אגרנט למעשה לנוהל שנקבע על כב' השופט כהן באמרו (עמ' 210) " ... והנה ב-ע.פ. 304/61 .... קבע השופט כהן שהנוהל הנזכר כוחו יפה בעיקרם של דברים גם במשפטים פליליים המתנהלים בישראל ואם גם לא מצאתי אחיזה להלכה זו בחוק החרות המקומי (ואף לא במשפט המקובל) אין לדעתי להסתיג ממנה הואיל ויש לה יסוד רב בהגיון ובשכל הבריא".

ג. יחד עם זאת מבליט כב' השופט אגרנט ב-ע.א. 263/63 את היסוד הדסקרציוני לפיו ביהמ"ש השומע את העד הינו השליט הבלעדי כמעט הן על ענין הכרזתו כעד עוין והן על שאלת הסכמתו לעיין בעדות שנמסרה ע"י העד קודם לכן. לדעת כב' השופט אגרנט אין כל חובה על השופט להיענות לבקשה לעיין בעדות שמסר העד מחוץ לכתלי ביהמ"ש ודעה זו מתקשרת עם עמדתו כי כל ענין "הסתירה" אינו אלא אחד הגורמים בלבד בהם יתחשב ביהמ"ש בשיקולו באם להכריז על העד כעד עוין, ולאו דוקא הגורם המכריע.

ד. מכל מקום, הצטרפותו של השופט אגרנט לנוהל שנקבע ע"י כב' השופט כהן מאפשרים קביעת הנוהל לפיו מן הדין לנהוג בנושא זה כאמור להלן.

ה. התברר לתובע כי העד שקרא - להעיד - מטעמו שינה טעמו, פנה לו עורך וחזר מהדברים שמסר בשעת בעדותו בעת החקירה - ינהג בדרך הבאה :

(1) ישאל את העד את השאלות מהן ניתן להסיק בברור על עמדתו העוינת, דהיינו שאלות שהתשובות עליהן עומדות בסתירה קיצונית לדבריו שמסר בשעתו בעת החקירה מחד גיסא ושתגלינה את כוונתו להזיק לעמדת התובע מאידך גיסא .

(2) לאחר קבלת מספר תשובות כאלה, כאשר ניתן להצביע לא על סתירה סתם אלא על סתירה רבתי שיש בה משום ניגוד "היפוך היוצרות" לגבי עדותו הקודמת וכן על מגמה עוינת שבאה לידי ביטוי כאמור בצורת מתן תשובות :-

(אא) יצהיר התובע כי בדעתו לבקש הכרזת העד כעד עוין .

(בב) יציג העדות שנמסרה בעת החקירה לעד לשם זיהויה (ע"י זיהוי חתימתו) .

(גג) לאחר שהעדות תזוהה ע"י העד כעדות שנמסרה על-ידו, יבקש מבה"ד לקבל העדות לעיונו על-מנת שיוכל לעמוד על הסתירות שבינה לבין מה שמסר העד בביהמ"ש .

(3) נתקבלה העדות לעיון יצביע התובע - לשם הקלת מלאכתו של ביה"ד - על אותם הקטעים בעדות שנסתרו ע"י העד בעדותו בביהמ"ש .

(4) לאחר העיון, יבקש התובע מביה"ד להכריז על העד כעד עוין . בהנמקת בקשתו זו יציין התובע :-

(אא) את הסתירות האמורות ;

(בב) את הנסיבות המלמדות על כונתו העוינת של העד ;

(5) לאחר שהעד יוכרז ע"י ביה"ד - בהחלטה - כעד עוין רשאי התובע לחקרו חקירת שתי-וערב .

(6) בחקירתו זו יבקש התובע תחילה להשיג את המסרה האמורה בפסקה 5.ז. (1) לעיל ובאם לא יצליח במשימה זו מחובתו להשיב לפחות את המסרה האחרת האמורה בפסקה 5.ז. (2) לעיל .

ו. הסכים העד לאחר שהוכרז כעד עוין עם האמור בעדותו בעת החקירה אין צורך להציג אותה עדות כמוצג. עמד העד על עדותו הסותרת - תוצג העדות שמסר בעת החקירה כמוצג כדי שתשמש בסיס למיעון נגד מהימנותו .

ז. מן הראוי לזכור :

א. יש להניח שהצד שכנגד יתנגד לבקשת התובע כי ביה"ד יעיין בעדותו של העד במשטרה כאמור ויש על כן לשאוף תמיד ל"השגת" מירב הקיצוניות בסתירות שניתן להציג בפני ביה"ד .

ב. יש להניח שהצד שכנגד יתנגד לבקשת התובע כי ביה"ד יכריז על עדו כעד עוין - וזאת גם לאחר שביה"ד יעיין בעדותו של העד בעת החקירה - ויש על כן להתדל שלא לבקש העיון וההכרזה כעד עוין לפני שיש בידי התובע להצביע בנוסף על הסתירות שבין העדויות, גם על "כוונתו העוינת" של העד .

ח. יחד עם זאת, אין התובע מוגבל לענין מספר הפעמים בהם רשאי הוא לפנות בבקשה להכריז על עד עוין אף לגבי אותו עד, הוה אומר, שאם נדחתה פעם אחת בקשתו של התובע אין הוא מנוע, לגבי אותו עד, מלחזור על בקשתו ובלבד שבינתיים הצליח ל"אסוף" חומר נוסף שיהיה בו כדי להניע את ביה"ד להיעתר לבקשתו.

9. א. כל האמור לעיל בחוזר זה מתיחס למקרה הקלאסי של העד העוין, דהיינו של עד החוזר בו בביהמ"ש מעדות שמסר קודם לכן בעת חקירתו.

ב. הכרזת עד-שלא-מסר-עדות-בעת החקירה כעד עוין מהוה בעיה קשה, באשר נמנע למעשה מן הצד שקרא את העד ל"הראות" לביהמ"ש כי העד חוזר בו ומאכזב את הצד שקראו, ולא ניתן לבסס הבקשה של הדברים הסותרים שהוא מוסר בעדותו בביהמ"ש.

ג. במקרה כזה, ניתן יהיה, במקרים נדירים, להכריז על עד כעד עוין בהסתמך על תוצאות שתי אמות-המבחן האמורות בפסקאות 6(ב)(1) ו-(3) לעיל כאשר הדגש מושם, כמובן, על אמת המבחן האחרונה.
תובע שיבקש להכריז על עד-שלא-מסר-עדות-קודמת כעל עד עוין וכאן איפא אם יש בהתנהגות של העד כדי להצביע על כונתו העוינת (היסוס במתן תשובות, מתן תשובות להכעיס, התחמקות, התחכמות וכיוצ"ב).

ד. בדרך המתוארת בסעיף ג' לעיל תהיה גם הדרך הנכונה בה על התובע לנהוג כאשר ביה"ד מסרב לעיין בעדותו הקודמת של העד, אך בהמשך החקירה מסתבר כי נתן להצביע, אף ללא הסתמכות על הסתירות בין העדויות, על "כונה עוינת" מצדן כלפי הצד שקראו.

10. כל תובע ייטיב לעשות אם יעיין היטב בשני פסה"ד המוזכרים לעיל בחוזר זה וישנן לעצמו שלבי תהליך הכרזת עד כ"עד עוין" לשם מניעת תקלות שלא לצורך בעת הדיון. (כן ראה: פ"מ ט, ע' 78, פ"מ י' 152 ופס"ד ח' 1490).

11. <u>עד הסותר עדותו הקודמת בשלב חקירת שתי וערב של הצד שכנגד</u> :

א. אחד המצבים הקשים והמביכים עבור צד הוא כאשר העד שנקרא על-ידו להעיד סותר בעת החקירה הנגדית ע"י הצד שכנגד את העדות שמסר בעת החקירה מחוץ לכתלי ביהמ"ש.

ב. כפי שראינו בעליל, באם חוזר בו העד מעדותו הקודמת בעת החקירה הראשית ע"י הצד שקראו להעיד - קבע החוק את הכללים בדבר "העד העוין".

ג. לעומת זאת, במצב המתואר בסעיף 9 א' לעיל יעמוד הצד שנפגע חסר אונים - אלא אם כן יוכל בשלב החקירה החוזרת לרענן זכרונו של העד או לפחות להראות לביהמ"ש כי בהזדמנות מסר העד עדות אחרת.

ד. הנושא טרם נידון בארצנו ואילו באנגליה הוא מוצא את פתרונו במסגרת החוק החרות (ראה: ארצ"בולד, מהדורה 35 פסקה 1380).

10/..

ה. הדרך המוצעת לתובע במצב כזה הינה כדלקמן :

(1) לשאול את העד באם מסר עדות בנושא בו סתר עדותו הקודמת;

(2) לשאול את העד באם יש לו מה להעיד לענין העדות שמסר באותו נושא;

(3) השיב העד תשובה ממנה מסתבר כי מסר בשעתו עדות אחרת - יתבקש להסביר מדוע חזר בו;

(4) לא השיב העד תשובה כאמור - יש לפנות לביהמ"ש ולבקש להציג אותו קטע בעדות שסתר העד;

(5) בכל מקרה של התנגדות הצד שכנגד יש להסביר מיד - לאחר בקשה להוציא את העד מן האולם עד לגמר הטיעון - כי בדעת התביעה להראות לביהמ"ש שהעד חזר בו מעדות שמסר קודם לכן כדי לאפשר לביהמ"ש לשקול נכונה עדותו בנושא זה.

ו. למותר הוא לציין כי אין לנקוט בדרך זו אלא אם כן חזר בו העד בחקירת שתי וערב כאמור בנקודה זו שהיא מהותית לנושא הדיון, תוך לקיחה בחשבון כי פגיעה במהימנות העד בנקודה בה סתר עצמו עלול לפגום עדותו כולה ולמוסס את הגרסה המושתת עליה.

בחלק הארי של המקרים ייטיב איפוא התובע לעשות אם לא ינקוט בצעדים לגבי סתירות שאינן יורדות ל"שרשו של ענין" השיקול יהיה מה העדיף בנסיבותיו של המקרה: ויתור על העדות כולה או השלמה עם הסתירה.

12. ערעור

א. ענין הכרזת עד כעד עוין נתון באופן מוחלט כמעט להכרעתו הבלעדית של ביהמ"ש בפניו מופיע העד.

ב. ביהמ"ש לערעורים לא יתערב בהחלטתו של ביהמ"ש דלמטה בנושא זה אלא במקרים נדירים ביותר. ראויים לציון בענין זה דברי כב' השופט כהן ב-ע.פ. 304/61 :

"ברם, ענין הכרזתו של עד כעד עוין נתון כולו לשיקול דעת ביהמ"ש, ואין ביהמ"ש לערעורים מתערב בכגון דא אלא בנסיבות נדירות יוצאות מן הכלל". דברים אלה נתקבלו ע"י השופט אגרנט ב-ע.א. 263/63.

ג. מצב זה מחייב את התובע למשנה הקפדה וזהירות בנושא זה, דהיינו להכנה מדוקדקת של הרקע לבקשתו להכריז על עד כעד עוין. פניה מוקדמת בבקשה, כאמור, עשויה לקבוע מראש גורל הבקשות שתבאנה אחריה וערעור בענין זה יהיה בדרך כלל חסר סיכויים.

י. קדמי , רס"ן
תובע צבאי ראשי

יק/דפ