

אין דנים אדם על מעשה שהורשע בו קודם לכן?

יוצרים שיטה לעדות השיטה

מאת

נועם קוזלוב *

תקציר

דוקטרינות עדות השיטה ומעשים דומים עברו תמורות רבות מאז נקלטו בדין הישראלי במסגרת הלכת **שיוביץ**. מזרזיף צר, שהתיר לבית המשפט להרשיע אדם בהסתמך על מעשי עבר רק כאשר הוכחה שיטת הביצוע העולה לכדי מעין "טביעת אצבע" שהותיר הנאשם בזירה, הפכה הדוקטרינה לנהר גועש, המאפשרת הרשעה גם בהתבסס על דמיון כללי ובוודאי לא ייחודי. רשימה זו תבקש לבחון כיצד השתנתה ההלכה הישראלית באופן כה משמעותי לאורך השנים, לדון בבעייתיות הגלומה בה ולאחר מכן להציג הסדר חלופי.

הסדר זה, המבוסס על פתרונות שאומצו במדינות המשפט המקובל, יבקש להתמודד עם הדילמה שעדות השיטה מעלה: ערכה הפרובטיבי המשמעותי, שבכוחו לסייע בהרשעת המתחכמים שבעבריינים בעבירות שההתחקות אחריהן היא המורכבת ביותר, המהול בקשיים אפיסטמיים וחוקתיים-מוסריים הנובעים משימוש בראיות בדבר מעשי העבר של הנאשם כדי להוכיח את האישום הנוכחי נגדו. הפתרון המוצע יבקש להסדיר את אופן השימוש בדוקטרינה וכן ליצור תבחינים ברורים שיוכל בית המשפט להביא בחשבון בבואו לקבוע את משקלה של ראיה בדבר מעשי עבר.

* מתמחה בבית המשפט העליון, לשכת כבוד השופט יוסף אלרון. בוגר תוכנית מכפ"ל באוניברסיטה העברית (תואר כפול במשפטים, כלכלה ופילוסופיה). אני מודה לשופט יוסף אלרון, לפרופסור רבקה ווייל, לד"ר עדי ליבוביץ וכן לחברי מערכת מ"ח של כתב העת עיוני משפט על העבודה המאומצת והערותיהם המועילות. כל האחריות על תוכן המאמר היא שלי. לתגובות והודעות מזומנים לפנות לכתובת הבאה: noam.kozlov@mail.huji.ac.il.

הקדמה	3
א. התפתחות עדות השיטה והמעשים הדומים בדין הישראלי	6
1. קליטת הדוקטרינות בישראל	6
2. הגמשת ההלכה	10
ב. השימוש בראיות בדבר מעשי עבר להוכחת האשמה – דיון ביקורתי	16
1. הדוקטרינה הישראלית – קשיים בהלכת כהן	16
2. לגיטימיות השימוש בראיות בדבר מעשי עבר	20
ג. ראיות בדבר מעשי עבר במשפט המקובל	26
1. הקדמה - מגבלות השופט המקצועי	26
2. אנגליה	27
3. ארצות הברית	31
4. ניו זילנד	33
5. קנדה	34
6. סקוטלנד	36
7. המשפט המקובל וראיות בדבר מעשי עבר – סיכום	38
ד. הדין הראוי	40
1. מטרת הראיה	40
2. מבחן המידתיות	41
3. קביעת משקלה של הראיה	42
(א) זהות המבצע – שיטת ביצוע	43
(ב) יסוד עובדתי – דמיון מובהק	43
(ג) יסוד נפשי – מעשים דומים	45
(ד) השפעת ההסדר המוצע על ההלכה הקיימת	46
סיכום	48

"כלל ידוע הוא שאין התביעה רשאית להציג בפני בית המשפט, בשלב בירור אשמתו של הנאשם, ראיה הנוגעת להתנהגות הנאשם בהזדמנויות אחרות המצביעה על אופיו הרע או על נטייתו המיוחדת לבצע את העבירה שבה הוא מואשם. חריג לכלל זה מתקיים כאשר הראיה נדרשת להוכיח שיטה מיוחדת שנקט הנאשם בביצוע מעשיו האחרים, המאפיינת בסממניה אף את אופן ביצועו של המעשה הנוכחי. חריג זה לכלל הפסיקה מוכר בשיטת המשפט המקובל שנים רבות, והוא ידוע כ"עדות שיטה"¹.

הקדמה

העיקרון שלפיו אין האדם עומד לדין על אופיו או על מועדות עבריינית כללית, אלא על עבירה ספציפית המיוחסת לו, הוא ערך בסיסי במשפט הפלילי המודרני.² ערך זה נגזר בין היתר מעקרון החוקיות,³ הקובע כי אין עבירה אלא על פי חקוק ספציפי. שפיטת אדם על בסיס נגעיו המוסריים הכלליים, ולא בהתבסס על עבירה מסוימת המצויה בחיקוק מסוים, עומדת בסתירה לעיקרון זה. באורח דומה, שפיטת אדם על סמך היעדר מוסריות כללית באופיו תקשה עד מאוד את ניהול הגנתו, בראי הקושי להתגונן מפני אישומים כלליים ובלתי ספציפיים,⁴ ובכך תיפגע זכותו להליך הוגן.⁵ שיקול נוסף בבסיס העיקרון טמון בגישה שלפיה אין זה ראוי לשפוט אדם על חטאי העבר, שעליהם כבר שילם את חובו לחברה. בהקשר זה אף נטען כי הרשעת אדם על סמך מעשי העבר סותרת את הערך הקומוניקטיבי בענישה, המאפשר לנאשם לפתוח דף חדש לאחר שסיים לרצות את עונשו.⁶ נימוקים אלה מתווספים לקשיים אפיסטמיים הטמונים בהרשעת אדם בעבירה ספציפית בהתבסס על מועדות כללית לביצוע עבירות. עם אלה נמנה החשש שראיות האופי הרע עלולות להשפיע באופן בלתי פרופורציונלי על בית המשפט, ובכך להוביל להערכת יתר של ערכן הפרובטיבי (*probative*)

¹ ע"פ 411/04 **טטרוני מדינת ישראל**, פס' 13 לפסק הדין של השופטת ביניש (פורסם בנבו, 9.1.2006).
² ראו פרק ג' להלן.

³ ש. ז. פלר "בחינות אחדות של עקרון החוקיות בפלילים" **משפטים** א 19 (התשכ"ח).
⁴ ס' 85 (4) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982; רע"פ 2038/04 **לם נ' מדינת ישראל**, פ"ד ס' 96 (4) 96 (2006); ע"פ 4776/10 **פלוגי נגד מדינת ישראל**, פס' 104 לפסק הדין (פורסם בנבו 22.10.2022).

⁵ ואכן, עיקר הדיון בהקשר לחריגי העיקרון בארצות הברית מצוי סביב הזכות החוקתית להליך הוגן שעוגנה בתיקונים ה-5 וה-14 לחוקה.

⁶ (1) Mirjan R. Damaska, *Ponpensity Evidence in Continental Legal systems*, 70 (1) CHL-KENT L. REV. 55, 59 (1994). באופן מעניין, דווקא שיקול זה הוא השיקול העיקרי של המשפט הקונטיננטלי לפסילת ראיות על מעשי עבר, כאשר מקורם של מעשי העבר הוא בהרשעות קודמות אשר רישומן נמחק.

value).⁷ זאת ועוד, נימוק אפיסטמי נוסף טמון בשאלה אם אפשר בכלל להסיק מהתנהגותו הכללית של אדם בעבר על מעשיו באירוע הספציפי מושא האישום. העיקרון, קיבל אפוא ביטוי במשפט המקובל, וכן בדין הישראלי,⁸ בדמות איסור על הצגת ראיות בדבר מעשי העבר של הנאשם בשלב של הוכחת האשמה. בדין הישראלי עוגן הכלל בסעיף 163 לחוק סדר הדין הפלילי, הקובע כי "נאשם שבחר להעיד, לא יישאל בחקירה שכנגד שאלות בענין הנוגע להרשעותיו הקודמות", וזאת למעט מקרים שבהם הביא ראיות על אופיו הטוב.⁹ סעיף זה הוא אכסניה כללית לכלל הפסילה, שעל פיו תהא התביעה מנועה מהבאת ראיות על מעשי עבר שאינם חלק מהאישום הנוכחי לצורך הוכחת העבירה המיוחסת לנאשם.¹⁰ ואולם, כלל פסילה זה אינו מוחלט. לאורך השנים התפתחו במשפט המקובל דוקטרינות המכונות במחזותינו **עדות שיטה ומעשים דומים**. דוקטרינות אלה מאפשרות לתביעה להביא לפני בית המשפט ראיות בדבר מעשיו הקודמים של הנאשם, אף אם אלה אינם נכללים בכתב האישום נגדו ואף אם כבר נשפט בגינם בעבר. מאז תחילת דרכו של חריג זה, בעניין Makin האנגלי מסוף המאה התשע עשרה,¹¹ היה השימוש בו מוגבל ביותר, וככלל נתחם למקרים שבהם התנהגות הנאשם באירועים השונים הותירה מעין טביעת אצבע (hallmark) ועלתה לכדי דמיון מובהק (striking similarity).¹² ברוח גישתו המחמירה של המשפט המקובל הוכר בישראל חריג דומה בשנות השישים במסגרת פסק דין **שיוביץ**.¹³ לאורך השנים, ובראי התפתחויות חברתיות – בין היתר, בכל הקשור להתגברות הדרישה הציבורית להביא עברייני מין לדין – חלו שינויים בגישתן של מדינות המשפט המקובל לאפשרות לעשות שימוש במעשי העבר של הנאשם לצורך הוכחת אשמתו באישום הנוכחי.¹⁴ עם זאת, הגמשת הכלל בישראל חריגה בהיקפה.¹⁵ זאת ועוד, בניגוד לקריטריונים מסוגים אחר נקבעו בחלק ניכר ממדינות המשפט המקובל כדי למנוע הגמשת-יתר של הכלל, הדין הישראלי במתכונתו הנוכחית נעדר משנה סדורה ביחס לאופן שבו יש לבחון ראיות

⁷ טליה פישר "דיני הראיות בראי התיאוריה" **עיוני משפט** לט 107, 118 (2016).

⁸ ראו עניין **טטור**, לעיל ה"ש. **Error! Bookmark not defined.**

⁹ ס' 163 לחוק סדר הדין הפלילי.

¹⁰ ע"פ 11068/08 **מדינת ישראל נ' סנקר**, פס' 48 לפסק הדין (פורסם בנבו 12.7.2010).

¹¹ Makin v. Attorney General for New South Wales [1894] AC 57 (PC) (להלן: עניין Makin).

¹² DPP v. Boardman, [1975] AC 421 (HL) (להלן: עניין Boardman). בעניין זה משנת 1975, אשר היה ההלכה האנגלית כמעט עד לרפורמה התחקיתית שתפורט להלן, נקבע מבחן הדמיון

הבלתי ניתן לערעור, אשר שימר במידה מסוימת את הגישה המחמירה של הלכת DPP ; Makin (HL).

¹³ v. P, [1991] 2 AC 447 (HL) (להלן: עניין P). במסגרת עניין זה רוכן המבחן הנדון במידת מה.

להרחבה ראו ה"ש 129 להלן והטקסט הנלווה.

¹⁴ ע"פ 265/64 **שיוביץ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד יט 421 (1965) (להלן: עניין **שיוביץ**).

¹⁵ על התפתחות הדוקטרינה ראו נינה זלצמן "עדות 'שיטה' כראיה מסייעת – מבחן שונה לקבילות?" **משפטים** יא 528 (התשמ"א); ע"פ 3049/94 **פלוגי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(4) 189, פס' 5 לפסק הדין של השופט כץ (1995); ע"פ 3372/11 **קצב נ' מדינת ישראל**, פס' 332 לפסק הדין של השופט נאור (פורסם בנבו 10.11.2011).

¹⁵ ראו פרק ג להלן.

בדבר מעשי עבר, ולמידת האפשרות של בית המשפט להסתמך על ראיות אלה בעת קביעת האשמה.

רשימה זו תבקש להראות תחילה כיצד התפתחו דוקטרינות עדות השיטה והמעשים הדומים למצבן הנוכחי, אגב בחינת היחס של בית המשפט העליון לראיות בדבר מעשי העבר של הנאשם לאורך השנים.¹⁶ לאחר מכן תיבחן גישת בית המשפט מבחינה ביקורתית ויוצגו הקשיים, הן האפיסטמיים והן החוקתיים-מוסריים, העולים מהיקפה הנוכחי של הדוקטרינה. בשלב זה תוצג התפתחות ההלכה במדינות המשפט המקובל, כדי להראות כי לצד ההכרה הבין-לאומית בצורך להגמיש את התנאים להסתמכות על ראיות בדבר מעשי עבר, רוב מדינות המשפט המקובל הציבו תנאים ברורים יחסית לבחינת האפשרות להסתמך על ראיות מסוג זה. לבסוף, יוצע להחיל אף בדין הישראלי מבחנים סדורים לתחולת הדוקטרינה, אשר יתבססו על המטרה שלשמה מובאת הראיה בדבר מעשי העבר.

בטרם תחילה, יש להבהיר הערה טרמינולוגית הקשורה לנקודת המבט של המשפט הישראלי ביחס לראיות בדבר מעשי עבר. הדין הישראלי מתייחס לעיקרון שלפיו אין להביא ראיות בדבר מעשי עבר לצורך הוכחת האישום הנוכחי בעיקר דרך דוקטרינות עדות השיטה ומעשים דומים.¹⁷ ואולם, דוקטרינות אלה אינן אלא מקרה פרטי של סוגי השימוש האפשריים במעשי העבר של הנאשם לצורך הוכחת אישומיו הנוכחיים. כפי שיוצג להלן, קיימים מקרים נוספים שבהם התביעה עושה, הלכה למעשה, שימוש במעשי הנאשם שאינם נוגעים לאישום נגדו במטרה להוכיח את אותו האישום. דוגמה לכך אפשר למצוא בשימוש בעדות דרושת-סיוע מאישום אחד כדי לסייע לעדות דרושת-סיוע באישום אחר.¹⁸ דוגמה נוספת היא השימוש בראיות אווירה (explanatory evidence).¹⁹ רשימה זו של חריגים תכונה להלן בכלליות "ראיות בדבר מעשי עבר". הדגשה זו חשובה כרקע לפנייה למשפט המשווה, כאשר שם חריג הבאת הראיות בדבר מעשי עבר אינו מתייחס אך לעדות שיטה ומעשים דומים, אלא גם

¹⁶ יצוין במאמר מוסגר כי ניתן להבחין בין שני סוגים של שימוש בראיות בדבר מעשי עבר. בסוג המקרים הראשון, מעשי העבר אינם חלק מכתב האישום, ואלה מובאים כדי להוכיח את עובדות כתב האישום הנוכחי. בסוג המקרים השני, הפרקליטות מבקשת ליחס לנאשם שיטת ביצוע בהסתמך על אישומים שונים באותו התיק, במובן זה שריבוי האישומים נגדו יוצר מעין שיטת ביצוע, כאשר האישומים הינם ראיה האחד ביחס לאחר. רשימה זו מתייחסת לשני סוגי השימושים. להרחבה ראו: MIKE REDMAYNE, CHARACTER IN THE CRIMINAL TRIAL 92-91 (2015) (להלן: REDMAYNE, CHARACTER IN THE CRIMINAL TRIAL).

¹⁷ בהקשר זה ראו ה"ש 55 להלן והטקסט הנלווה לה.

¹⁸ בתמצית יתואר כי פקודת הראיות קובעת שביט המשפט לא יוכל להרשיע אדם בהתבסס על עדות יחידה מסוג מסוים (למשל, עדות עד מדינה), אלא בהתקיימה של תוספת ראיתית מסוג סיוע. להרחבה ראו יעקב קדמי על הראיות חלק ראשון 181 (מהדורה משולבת ומעודכנת 2009).

¹⁹ ראו ע"פ 4456/14 קלנר נ' מדינת ישראל, פס' 43 לפסק הדין של השופט זילברטל (פורסם בנבו 29.12.2015). בניגוד לשמן המפוקפק-לכאורה, ראיות אווירה הן ראיות קבילות בדין הישראלי (שם). ראו גם ע"פ 3575/99 דרעי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 721, פס' 38 (2000); ע"פ 4596/98 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 145, פס' 31 (2000); ע"פ 3417/99 הר-שפי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 735, פס' 61 (2001) ("ראיות אטמוספירה").

לשימושים אפשריים אחרים. כמו כן, הסדרה כללית של חריג השימוש בראיות בדבר מעשי עבר תדרוש התייחסות להיבטיו השונים של החריג, אשר כאמור אינם מוגבלים לדוקטרינות עדות השיטה ומעשים דומים.

א. התפתחות דוקטרינות עדות השיטה והמעשים הדומים בדיון הישראלי

1. קליטת הדוקטרינות בישראל

הכלל האוסר על הצגת ראיות בדבר מעשי העבר של הנאשם הוא כלל פסילה עתיק יומין במשפט המקובל.²⁰ עם זאת, לקראת סוף המאה התשע עשרה התפתח בדיון האנגלי חריג לכלל פסילה זה, אשר אפשר לתביעה להשתמש במעשי העבר של הנאשם לצורך הוכחת האישומים הנוכחיים נגדו, אם נמצא דמיון מובהק (striking similarity) בין המעשים הקודמים למעשים מושא האישום. לצורך תיאור ההלכה השתמש בית הלורדים במטפורה שלפיה יהיה אפשר להתבסס על מעשי העבר של הנאשם לצורך הוכחת האישום הנוכחי נגדו במקרים שבהם מעשיו היו כה ייחודיים, עד שהותירו מעין "טביעת אצבע" (hallmark) בזירה.²¹

ברוח הגישה הנוקשה שרווחה בקרב מדינות המשפט המקובל ביחס לשימוש בראיות בדבר מעשי עבר, סירב בית המשפט העליון בישראל לאמץ חריג לכלל הפסילה עד לשנות השישים, אף על פי שהתביעה ביקשה להסתמך על ראיות מסוג זה פעמים מספר.²² בתוך כך, בית המשפט הכיר באפשרות התאורטית של אימוץ חריג מסוג זה בעתיד.²³ אפשרות זו הפכה למציאות בשנת 1965, כאשר הנשיא אגרנט ייבא את ההלכה למדינת ישראל במסגרת הדיון בעניין **שויבין**.²⁴ באותו מקרה הואשמו המערערים, עורכי דין ונוטריונים, בכך שזייפו מסמכים במטרה להשיג פיצויים משלטונות גרמניה המערבית. לצורך הרשעת המערערים בביצוע העבירות ביקשה התביעה להראות מעין

²⁰ להרחבה ראו פרק ג להלן. עניין **טטרו**, לעיל ה"ש. Error! Bookmark not defined, בפס' 13 לפסק הדין של השופטת ביניש ("החריג התפתח במשפט האנגלי ומצא ביטוי עוד בסוף המאה ה-19, בפרשת *Makin v. A-G for New South Wales*, [1894] AC 57).

²¹ או באנגלית, Hallmark. עניין Boardman, לעיל ה"ש 12. בהקשר זה מעניין לציין כי מחקר היסטורי שבוצע בשנות השלושים העלה כי בתחילת דרכו של המשפט המקובל לא נמצא כלל פסילה ביחס למעשי העבר, והוכחת עבירות באמצעות הצבעה על מועדותו ואופיו הכלליים של הפושע הייתה דרך המלך באותה התקופה. הדבר נמשך עד אשר ערכים ליברליים שחדרו לכותלי בית המשפט הובילו ליצירת כלל הפסילה, ובהתאם גם ליצירת החריג (Julius Stone, *The Rule of Exclusion of Similar Fact Evidence: America*, 51 HARV. L. REV. 988, 990-991 (1938); Julius Stone, *The Rule of Exclusion of Similar Fact Evidence*; 989 (1938) REDMAYNE, *Redmayne; England*, 46 HARV. L. REV. 954, 966-965, 975 (1933) CHARACTER IN THE CRIMINAL TRIAL לעיל ה"ש 16.

²² ראו ע"פ 125/50 **יעקובוביץ' נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל**, פ"ד ו 514, 537-538 (1952); ע"פ 31/52 **שמעיה נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל**, פ"ד ו 765 (1952).

²³ שם.

²⁴ עניין **שויבין**, לעיל ה"ש 13.

דפוס פעולה בין מקרי הזיוף השונים, בעיקר כדי לסתור טענת תום לב של המערערים ולהוכיח כי היו מודעים לכך שבהתנהלותם זייפו מסמכים. לצורך ההכרעה עמד הנשיא אגרנט בכלליות על דוקטרינות עדות השיטה ומעשים דומים. נקבע כי מטרתה של דוקטרינת עדות השיטה היא להוכיח את היסוד העובדתי של העבירה. להוכחת קיומה של עדות שיטה תידרש התביעה להצביע על ריבוי מעשים ייחודיים.²⁵ לעומת זאת, דוקטרינת המעשים הדומים עוסקת בהוכחת היסוד הנפשי של הנאשם (למשל, הוכחה שהמעשים בוצעו באופן בלתי תמים). כשהתביעה מבקשת להוכיח את קיומם של מעשים דומים, ניתן להסתפק בדמיון כללי יותר.²⁶

לגופם של דברים, לאור ריבוי מעשי הרמייה הדומים קבע בית המשפט כי אלה עולים לכדי מעשים דומים, במידה המאפשרת לסתור חלק מטענות המערערים על טעות או שגגה בתום לב.²⁷ עם זאת, אפשר ללמוד על הרף הגבוה שהציב השופט אגרנט באותו עניין לדוקטרינות עדות השיטה ומעשים דומים מכך שאחד הנאשמים זוכה מחלק ממעשי הרמייה, לאחר שנקבע כי באותו המקרה הדמיון בין ביצוע הזיוף בעבירה שיוחסה לאופן ביצועם של הזיופים האחרים לא היה דומה מספיק, ולכן "דפוס הפעולה" לא היה ברור מספיק לסתירת טענת טעות בתום לב.²⁸ במילים אחרות, אף על פי שאותו המערער הורשע בריבוי מעשי רמייה, שנעשו בשיטה מסוימת, לאורך חודשים, ביחד עם שותף, עדיין לא היה בכל אלו די כדי להוכיח מודעות פלילית (קרי כדי לסתור טענת שגגה שבתום לב), אשר כאמור די בקיומם של "מעשים דומים" כדי להוכיחה.

הלכה מחמירה זו קיבלה ביטוי גם בעניין נעמן,²⁹ אשר הוכרע בסמוך לאחר שוביץ. באותו מקרה דחה בית המשפט את ערעור המדינה על זיכוי הנאשם מאחד משני אישומים שעסקו במכירת דולרים מזויפים. לפי עובדות כתב האישום, הנאשם – נעמן – מכר לאחד בשם פרסמן דולרים מזויפים בסכום כולל של 25,000 דולר בשתי עסקאות שונות. פרסמן נתפס על ידי הרשויות ושימש כמעין עד מדינה נגד נעמן.³⁰ משכך, נדרש בית המשפט למצוא סיוע לעדותו. בית המשפט מצא סיוע ביחס לאחת העסקאות, המאוחרת בזמן, אולם לא מצא סיוע נפרד ביחס לעסקה הראשונה. התביעה טענה כי העסקאות בוצעו באופן דומה העולה לכדי שיטת ביצוע – שתיהן כללו סכום דומה של דולרים מזויפים, אשר נעמן מכר לפרסמן באמצעות אותו המתווך. בית

²⁵ שם.

²⁶ שם.

²⁷ שם, בעמ' 487; בהקשר זה יצוין כי בית המשפט השתמש במינוח "שיטת ביצוע", אף על פי שלמעשה נזקק במקרה דנן רק לראיות בדבר מעשים דומים, שכן עצם ביצוע הדברים הוכח וכל שנדרש היה להוכיח את היסוד הנפשי של המערערים. ואולם, נראה שבית המשפט רצה לקבוע כי באותו המקרה מעשי המערערים עולים לכדי "עדות שיטה" במטרה להראות שהם ביצעו אף את היסוד העובדתי שבעבירת הקשר.

²⁸ שם, בעמ' 484.

²⁹ ע"פ 42/66 נעמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ(4) 187 (1966).

³⁰ המדינה טענה שאין לראות בפרסמן שותף לדבר עבירה, שכן הוא היה הקונה. בית המשפט לא קיבל עמדה זו וקבע כי, מבחינה מהותית, עדותו דרושה סיוע. שם, בעמ' 192.

המשפט קבע כי אין די בדמיון כללי בין שתי העבירות, ויש להצביע על אופן שבו המעשים כללו **דמיון וייחודיות**, היוצאים מגדר דרך הביצוע הרגילה של העבירה.³¹ גישה דומה הובעה בעניין **חסן עליאן** משנת 1972,³² שם יוחסו לנאשם שני אישומים של קבלת כספים כאתנן למעשי זנות שביצעו המתלוננות בהוראתו. עדות כל אחת מהמתלוננות דרשה סיוע, אשר התביעה ביקשה לבסס באמצעות סיוע הדדי של כל עדות לרעותה, כאשר שני האישומים היו, לדעת התביעה, שיטת ביצוע. בית המשפט קבע כי לא היה ניתן להשתמש בדוקטרינת שיטת הביצוע כדי לצלוח את דרישת הסיוע לכל אחת משתי העדויות, אף על פי שהעדויות דרושות-הסיוע נגעו לאירועים דומים.³³ בית המשפט העליון הגיע להכרעה דומה גם בעניין **קריב**.³⁴ בחלוף הזמן לאחר פסק דין **שיוביץ** המשיך בית המשפט לדבוק בגישה מחמירה להרשעה בהתבסס על עדות שיטה ומעשים דומים, ולא היסס להפוך הרשעות של הערכאות הדיוניות. כך, בעניין **עבד אלחי** הורשע המערער בשני מעשי שוד של תחנות דלק, אשר בשניהם חטף השודד את התיק של עובד התחנה וברח. שני מעשי השוד התרחשו בפער של שעה ביניהם ובאזור קרוב, ובשניהם נמלט השודד באמצעות מכונת סוברו לבנה. המערער זוהה על ידי שוטר כמבצע של אחד משני מעשי השוד. בית המשפט העליון הפך את החלטת המחוזי וזיכה את המערער מביצוע השוד השני, לאחר שקבע כי אי-אפשר לקבוע שהדמיון המתואר בין האירועים עולה לכדי עדות שיטה ייחודית. כך, בית המשפט ציין כי "דרך הביצוע [...] הינה שיטה 'המקובלת' על עבריינים לשדירות כספם של עובדי תחנות דלק".³⁵ דוגמאות נוספות מהעת הזו אפשר למצוא למכביר.³⁶

בחינה מספרית של פסיקות בית המשפט אשר בהן אוזכרו המונחים "שיטת ביצוע" או "עדות שיטה"³⁷ העלתה כי עד הלכת כהן, שניתנה בשנת 1980 ואשר הובילה לשינוי

31 שם.

32 ע"פ 221/72 מדינת ישראל נ' חסן עליאן, פ"ד כו(2) 732 (1972).

33 שם.

34 ע"פ 648/77 קריב נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 729 (1978).

35 ע"פ 363/83 עבד אלחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 773, פס' 13 (1983).

36 ראו בין השאר את עניין **קריב**, לעיל ה"ש 34; לדוגמאות נוספות ראו ע"פ 3122/91 אלעביד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו 8.11.1992); ע"פ 40/85 דקל נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(2) 652 (1985); 1301/92 מדינת ישראל נ' שורץ, פ"ד נ(5) 749 (1997); ע"פ 293/72 גרינוולד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו 14.12.1972). ע"פ 113/79 רכטמן נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 261 (1979) (להלן: עניין **רכטמן**). פרקטיקה זו של בית המשפט, שנמנע מעיסוק בדוקטרינת עדות השיטה לגופה באמצעות התמקדות בראיות האחרות בערעור, באה לידי ביטוי במקרים נוספים באותה התקופה (ע"פ 299/85 לוי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו 3.1.1988); ע"פ 185/88 יהלום נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(1) 541, פס' 7 (1989)). דוגמה למקרה שבו דווקא התקבלה טענת שיטת ביצוע אפשר למצוא בעניין **שילון** (ע"פ 315/74 שילון נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 212 (1979)). שם ביצע המערער ריבוי מעשי זיוף ורמייה, ובהתחשב בדמיון הניכר באופן הפעולה באירועים השונים הכיר בית המשפט בקיומה של שיטת ביצוע.

37 הבחינה בוצעה באמצעות מאגר פסקי הדין "נבו" באמצעות חיפוש מורפולוגי של המונחים "שיטת ביצוע" ו"עדות שיטה" במאגר הפסיקה. כלל פסקי הדין שנבחנו מצורפים בנספח לרשימה זו <https://www.nevo.co.il>.

מגמה בפסיקה ופרטיה ייסקרו בהרחבה להלן, נדונו בבית המשפט העליון 12 תיקים שעסקו בדוקטרינת עדות השיטה.³⁸ מתוכם אשרר בית המשפט העליון את טענת התביעה באשר לעדות שיטה בארבעה מקרים,³⁹ קרי שליש מהמקרים שהגיעו לפתחו. בשאר המקרים שלל בית המשפט באופן מלא או חלקי את האפשרות להסתמך על עדות שיטה לצורך הוכחת המעשים.⁴⁰ מתוך מקרים אלה מצא בית המשפט כי היו די ראיות להרשעת הנאשם אף מבלי להתבסס על עדות שיטה בתיק אחד,⁴¹ ובשבעת המקרים הנותרים זיכה את הנאשם זיכוי מלא או חלקי בעקבות אי-האפשרות לבסס את הרשעתו על ראיות בדבר עדות שיטה ומעשים דומים והיעדרן של ראיות חלופיות שבכוחן לבסס את ההרשעה.⁴²

עולה אפוא שעד לשנות השמונים נותר בית המשפט נאמן לתנאים הנוקשים שנקבעו בעניין **שויבין** ודרש מהתביעה להצביע הן על **חזרתיות** והן על **ייחוד** של המעשים המיוחסים לנאשם כדי לשמש בסיס מספק להרשעה על סמך דוקטרינת "עדות השיטה", וזאת אף כאשר נמצאו ראיות נוספות שעליהן הסתמכה התביעה. בכך "התכתבה" הדוקטרינה הישראלית בדבר עדות שיטה עם זו המקובלת בעולם המשפט המקובל באותה העת. ואולם, מגמה זו התהפכה.

³⁸ עניין **יעקובוביץ**, לעיל ה"ש 22; עניין **שויבין**, לעיל ה"ש 13; ע"פ 39/66 כלו נ' **היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד (2) 188 (1966); עניין **נעמן**, לעיל ה"ש 29; עניין **גרינוולד**, לעיל ה"ש 36; עניין **חסן עליאן**, לעיל ה"ש 32; ע"פ 35/72 **דיין נ' מדינת ישראל**, פ"ד (1) 662 (1972); עניין **קריב**, לעיל ה"ש 34; ע"פ 583/77 **מדינת ישראל נ' אבני**, פ"ד לב(1) 472 (1978) (להלן: עניין **אבני הראשון**); עניין **שילון**, לעיל ה"ש 36; עניין **רכטמן**, לעיל ה"ש 36; ע"פ 839/78 **מדינת ישראל נ' אבני**, פ"ד לג(3) 821 (1979) (להלן: עניין **אבני השני**); כמו כן, יש לציין כי הפסיקה התייחסה לאפשרות לעשות שימוש בעדות שיטה גם בהליך משמעותי בעש"מ 2/73 **פלוגי נ' מדינת ישראל**, פ"ד כח(1) 365 (1974)) וכן בהליכים אזרחיים כגון ע"א 46/77 **בוכוולד נ' בנק ברקליס דיסקונט**, פ"ד לג(1) 718 (1979)). כמו כן, בהקשר יש להתייחס גם להליך משנת 1952, שבו התייחס בית המשפט לדוקטרינת עדות השיטה במשפט המקובל אך קבע שבאותו המקרה הראיה שבמחלוקת נגעה באופן ישיר לאישום ולכן לא עברה על האיסור להגשת ראיות בדבר מעשי העבר של הנאשם (עניין **שמעיה**, לעיל ה"ש 22, פס' 4). על החלטה פרשנית זו, אשר מתרחשת גם בהקשרים אחרים לשימוש בראיות בדבר מעשי עבר, ראו להלן ה"ש 55 והטקסט הנלווה, וכן פרק א.1.

³⁹ עניין **כלו**, לעיל ה"ש 38; עניין **דיין**, לעיל ה"ש 38 (יצוין שבעניין זה ההרשעה בוטלה בסופו של דבר מטעמים אחרים); עניין **שילון**, לעיל ה"ש 36; עניין **אבני השני**, לעיל ה"ש 38.

⁴⁰ עניין **יעקובוביץ**, לעיל ה"ש 22; עניין **חסן עליאן**, לעיל ה"ש 32; עניין **גרינוולד**, לעיל ה"ש 36; עניין **נעמן**, לעיל ה"ש 29; עניין **קריב**, לעיל ה"ש 34; עניין **אבני הראשון**, לעיל ה"ש 38; עניין **רכטמן**, לעיל ה"ש 36; וכן עניין **שויבין**, לעיל ה"ש 13.

⁴¹ עניין **רכטמן**, לעיל ה"ש 36.

⁴² עניין **יעקובוביץ**, לעיל ה"ש 22; עניין **חסן עליאן**, לעיל ה"ש 32; עניין **גרינוולד**, לעיל ה"ש 36; עניין **נעמן**, לעיל ה"ש 29; עניין **קריב**, לעיל ה"ש 34; עניין **אבני הראשון**, לעיל ה"ש 38; וכן עניין **שויבין**, לעיל ה"ש 13.

2. הגמשת ההלכה

את נקודת המפנה באשר לגישת בית המשפט ביחס לדוקטרינות עדות השיטה ומעשים דומים ניתן לאפיין עם הלכת כהן.⁴³ באותו מקרה הואשמו הנאשם ואחרים בביצוע תשע עבירות פריצה וגנבה בבתים בירושלים. בשמונה מתוך תשע הפריצות נעשה שימוש בטכניקה חדשה יחסית לפריצת דלת, אשר נתגלתה למשטרה רק חודשים אחדים לפני ביצוע הפריצות.⁴⁴ עיקר הראיות התבססו על עדותו של אחד השותפים לכנופיית הפורצים, אשר לה נדרש סיוע ראייתי. בית המשפט קבע כי אף על פי ששיטת הביצוע אינה שיטה ייחודית – שהרי השיטה נודעה למשטרה עוד לפני שבוצעו הפריצות נשוא כתב האישום, וכן לא נעשה בה שימוש בכלל הפריצות שיוחסו לנאשמים – עדיין אפשר לראות בה ראיה מסייעת לראיה העיקרית במשפט. במובן זה, בית המשפט ביקש להבחין בין מקרה שבו ראיה בדבר עדות שיטה עומדת לבדה, לבין מקרים שבהם הראיה משמשת כתוספת ראייתית בלבד לראיה העיקרית.⁴⁵ הלכת כהן הובילה להגמשה של דרישות החזרתיות והייחוד שאפיינו באופן מסורתי את דוקטרינת עדות השיטה ולהקלה בהסתמכות על ראיות בדבר מעשי עבר לצורך ביסוס האשמה. ביטוי לגישה מגמישה זו ניתן לראות בעניין שטיינברגר.⁴⁶ באותו המקרה עבדו המזערערים במאפייה ונהגו להעמיס כמות עודפת של לחם על משאות, ולאחר מכן להתחלק עם הנהגים ברווחים ממכירת הכמות העודפת. בית המשפט העליון קבע כי העדויות הדומות של הנהגים ביחס ל"שיטת ביצוע דומה" (העמסה עודפת של לחם למשאות שלהם) מהווה עדות שיטה. אפשר לתהות בהקשר זה כיצד שיטה זו, אשר נראה כי כלשון בית המשפט בעניין עבד אלחי הינה ה"דרך המקובלת" לגנבה ממעביד, עומדת בתנאי הייחוד הנדרשים לפי אמות המידה הקשיחות של דוקטרינת עדות השיטה. במובן זה, ההכרעה בפסק דין שטיינברגר מתכתבת עם ההכרעה המגמישה בעניין כהן, ובשני המקרים ראיית עדות השיטה שימשה כתוספת ראייתית לראיה העיקרית. על היפוך המגמה אפשר ללמוד גם מעניין סוילם. באותו עניין הורשע המזערער בביצוע חמישה מעשי אלימות במנהרה באזור. התביעה הצליחה לקשר את המזערער במישרין לשניים מחמשת האישומים, וההרשעה בשאר האישומים הסתמכה על עדות שיטה. נקבע כי המיקום הגאוגרפי של התקיפה, והעובדה שבכל המקרים הותקפו נשים, מספקים את התנאים לקיומה של עדות שיטה.⁴⁷ בשורת פסקי דין נוספים מהתקופה שלאחר עניין כהן אפשר למצוא מספר לא מבוטל של תיקים שבהם דרישת הייחודיות של דוקטרינת עדות השיטה הופחתה באופן ניכר.⁴⁸

⁴³ ע"פ 679/78 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(1) 480 (1979).

⁴⁴ שם, בפס' 1 לפסק הדין של השופטת בן-פורת.

⁴⁵ שם, בפס' 8 לפסק הדין של השופטת בן-פורת ובפסק הדין של השופט ברק.

⁴⁶ ע"פ 3762/97 שטיינברגר נ' מדינת ישראל (פורסם בנוב 31.12.1997).

⁴⁷ ע"פ 3731/12 סוילם נ' מדינת ישראל (פורסם בנוב 11.11.2014).

⁴⁸ רע"פ 1569/11 כוכבי נ' מדינת ישראל (פורסם בנוב 23.10.2012); עניין סוילם, לעיל ה"ש

47; לעניין הכרסום בדרישת החזרתיות ראו עניין טטרו, לעיל ה"ש Error! Bookmark not

זאת ועוד, ההתפתחות וההגמשה שבהלכה לא הגבילו את עצמן לתחום התוספות הראייתיות. בהקשר זה אפשר להידרש לעניין **כנעאני** מהעת האחרונה.⁴⁹ באותו המקרה הואשם הנאשם בשני אישומים. באישום הראשון נטען שהנאשם עלה על מונית באזור המרכז. במהלך הנסיעה, כאשר עברו במקום לא מיושב, שלף הנאשם אקדח ודרש מנהג לעצור בצד. בשלב זה הצטרף לנאשם אדם נוסף אשר התחבא וחיכה לו, והשניים כפתו את נהג המונית וברחו עם מכוניתו, בעוד הנהג נותר בצד הדרך. במקרה השני נטען שהנאשם עלה על מונית מאזור קרוב לזה שבו התרחש האירוע הקודם. גם במקרה זה הנאשם שלף אקדח בזמן הנסיעה ודרש מהנהג לעצור, אלא שאז החל הנהג להילחם בו, ובשלב מסוים ירה הנאשם בנהג בירכו. הנאשם קפץ מהמונית, והנהג הצליח להימלט. בשני המקרים איכנו מחקרי תקשורת את הטלפון של הנאשם באזור הכללי שבו אירע השוד. כמו כן, הנאשם נתפס עם כלי הנשק שממנו בוצע הירי במסגרת האישום השני. על בסיס זאת לא התקשה בית המשפט להרשיע את הנאשם באישום השני. עם זאת, ביחס לאישום הראשון נדרש בית המשפט לדוקטרינת עדות השיטה, אשר הייתה הראיה העיקרית – ולמעשה כמעט היחידה – באותו האישום.⁵⁰ נקבע כי המסד העובדתי שהוצג לעיל עולה לכדי עדות שיטה, ומהווה בסיס מספק להרשעה.⁵¹ בהקשר זה ראוי להיזכר בעניין **עבד אלחי לעיל**, אשר עסק באופן דומה בשני מקרי שוד.⁵² גם בעניין **עבד אלחי** היה אפשר לקשור את הנאשם במידה מסוימת של ודאות לאחר ממקרי השוד, וביחס למקרה האחר נמצאה ראיה נסיבתית אשר קשרה אותו באופן חלקי לסביבת האירוע.⁵³ עם זאת, באותו המקרה קבע בית המשפט כי לא היה די בביצוע העבירה באירוע הראשון בנסיבות הדומות לאלה של אירוע השני כדי לזהות את הנאשם כזה שביצע את השוד באירוע השני, שכן נקבע כי אופן ביצוע השוד לא היה ייחודי דיו. לעומת זאת, בעניין **כנעאני**, בראי ההתפתחות הפסיקתית וההגמשה

defined. 8277/14 פלוגי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו 23.2.2016); ע"פ 9657/05 פלוגי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו 9.3.2009); ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו 10.11.2011); ע"פ 4327/12 פלוגי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו 5.6.2013) (להלן: עניין פלוגי); ע"פ 6922/16 קופר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו 19.5.2022); ע"פ 7253/14 פינקלשטיין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו 16.11.2015); ע"פ 244/21 מדינת ישראל נ' רבינוביץ' (פורסם בנבו 31.8.2022); ע"פ 4121/20 פלוגי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו 1.7.2021); ע"פ 229/19 מדינת ישראל נ' פלוגי (פורסם בנבו 30.12.2019); ע"פ 3541/17 פלוגי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו 13.6.2019); ע"פ 3204/17 מדינת ישראל נ' פלוגי (פורסם בנבו 24.1.2018); ע"פ 6504/10 פרחאן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו 2.10.2013); ע"פ 5676/10 שונים נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו 23.08.2012); ע"פ 7045/05 אנטפיקה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו 03.04.2008); ע"פ 6079/08 פלוגי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו 30.8.2010). בהקשר זה ראו את הבחינה האיכותנית שנעשתה, להלן ה"ש 67 והטקסט הנלווה.

⁴⁹ ע"פ 3652/14 **כנעאני נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו 28.12.2015).

⁵⁰ וזאת מלבד איכוני התקשורת. שם, בפס' 60 לפסק הדין של השופט סולברג.

⁵¹ שם, בפס' 61. מעניין לציין כי בניגוד להכרעת בית המשפט קמא (כפי שפורטה בפס' 14 לפסק הדין), בית המשפט נזהר שלא להידרש במפורש לדוקטרינת עדות השיטה, אלא אך יישמה בפועל. שם דובר על שוד תחנות דלק. ראו לעיל ה"ש 35 והטקסט הנלווה.

⁵² שם דובר על זיהוי חלקי שלו כאדם שנמלט מאזור השוד ברכב שבו לכאורה בוצע השוד. וראו שם, בפס' 3 לפסק הדין.

שחלה בה, הגיע בית המשפט לתוצאה הפוכה. אין באמור כדי להצביע על כך שההכרעה בעניין **עבד אלחי** עדיפה מזו שבעניין **כנעאני** או להפך. עם זאת, שני מקרים פרדיגמטיים אלה של גבולות עדות השיטה מצביעים על התפתחות ההלכה בחלוף השנים.⁵⁴

התפתחות נוספת בפסיקה ביחס לחריגים לכלל האוסר על הצגת ראיות בדבר מעשי העבר של הנאשם אפשר לזהות בהכרה באפשרות של עדות דרושת-סיוע מאישום אחד לסייע לעדות דרושת-סיוע מאישום אחר, במקרים שבהם קיימת זיקה בין האישומים. הכרה באפשרות זו מהווה סטייה מגישתו המסורתית של בית המשפט,⁵⁵ אשר קבעה כי שימוש באירוע אחד כראיית סיוע לאירוע אחר חורג מהאיסור על שימוש בראיות בדבר מעשי עבר.⁵⁶ בעת ההכרה בדוקטרינה זו של "סיוע הדדי" עמד בית המשפט על כך שמדובר למעשה בשימוש בדוקטרינות עדות השיטה ומעשים דומים, ולכן על הראיות לעמוד בתנאי הדוקטרינה הכללית.⁵⁷ עם זאת, בחלוף הזמן נפרם הקשר בין מקור ההלכה כמקרה פרטי של ראייה בדבר מעשי עבר, כאשר חלק מן הפסיקות עדיין מכירות בצורך להוכיח "מעשים דומים" במובן המקורי של ההלכה, ואחרות דורשות קשר כללי בלבד בין האישומים מבלי להידרש לתנאי דוקטרינות עדות השיטה ומעשים דומים.⁵⁸ בכך רכשה למעשה ההלכה חיים עצמאיים, אשר אינם מוגבלים לעמידה בחריגים המסורתיים לכלל האוסר על הרשעת הנאשם על בסיס מעשי העבר שלו.

⁵⁴ בהקשר זה ראו מקרה דומה שבו הוכרה עדות שיטה בקשר לשורת מקרים של שוד בנק, כאשר השיטה התבססה בעיקרה על שימוש באקדח בעת השוד, הימלטות באופנוע וחבישת קסדה (ראו תפ"ח (מחוזי מרכז) 51122-01-13 **מדינת ישראל נ' קורסונסקי** (פורסם בנבו 26.10.2017). וכן ראו את התייחסות בית המשפט העליון לאותו המקרה בעת דחיית הערעור בלי לנמק בע"פ 6602/18 **קורסונסקי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו 4.9.2023). כמו כן, יצוין כי השוואה דומה אפשר לבצע בין הכרעות בית המשפט בעניין **קריב**, לעיל ה"ש 34, לעומת ההכרעה בעניין **קצב**, לעיל ה"ש 48. אף על פי שבשני המקרים דובר בעניינים דומים – שימוש בעדויות קורבנות עבירות אלימות מין לצורך תימוכין הדדיים, תוך "דמיון" ברף דומה בשני המקרים, בחר בית המשפט לשלול את האפשרות להסתמך על כל אחת מהעדויות בדמות מעין "שיטת ביצוע" בעניין **קריב**, ולעומת זאת קיבל גישה זו בעניין **קצב**.

⁵⁵ וראו בהקשר זה את עניין **חסן עליאן**, לעיל ה"ש 32; ע"פ 4721/99 **פלוגי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(1) 684, פס' 19 (1999) ("אכן, בשנים עברו סירבו בתי-המשפט [...] לראות בעדויות בדבר עבירות מין שבוצעו באנשים אחרים ראיות סיוע. זאת, בשל כוחן להקים דעה מוקדמת נגד הנאשם על-ידי הצבעה על נטייתו הפלילית. ראו, [...] ברם בתפיסה זו חל שינוי"). ראו בהקשר זה קדמי **על הוראות**, לעיל ה"ש 18, בעמ' 297.

⁵⁶ שם. שהרי, עבירה אחת של הנאשם אינה מהווה חלק מהאישום ביחס לעבירה אחרת שלו, ולכן יש לראות בה "מעשה עבר" של הנאשם.

⁵⁷ ע"פ 4009/90 **פלוגי נ' מדינת ישראל**, נ(3) 104, פס' 9 לפסק הדין (1996).

⁵⁸ ע"פ 4596/98 **פלוגי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(1) 145 (2000); ע"פ 2264/09 **פלוגי נ' מדינת ישראל**, פס' 10 (פורסם בנבו 3.8.2011); ע"פ 2608/04 **פלוגי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נט(6) 267 (2005); ע"פ 3873/08 **אטיאס נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו 6.9.2010); ע"פ 7150/06 **פלוגי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו 26.6.2008).

מקרה דומה הוא עניינה של ההלכה המאפשרת לעשות שימוש בסיוע מעבירה אחת לצורך הוכחת סיוע אף ביחס לעבירה אחרת,⁵⁹ כל אימת שהעבירות "קשורות" זו לזו.⁶⁰ גם כאן, גישת בית המשפט מאפשרת הלכה למעשה לבצע שימוש במעשים קודמים של הנאשם (אשר מהווים אישום פלוני) כדי להרשיע אותו במעשים אחרים (אישום אלמוני).⁶¹ ברי כי אלמלא נשפט הנאשם בגין כלל האישומים בכתב אישום אחד, היה אפשר להסתמך על אישום אחד כדי לסייע להוכחת אישום אחר רק באמצעות פנייה לדוקטרינות עדות השיטה ומעשים דומים. ואולם, בעצם צירוף האישום מתרככת למעשה הדרישה הראייתית הנדרשת מהתביעה,⁶² כאשר הדין הישראלי אינו מכיר בהלכה זו כחריג לכלל האוסר על שימוש בדבר מעשי עבר.

עולה אפוא כי הגמשת השימוש בראיות בדבר מעשי העבר אינה מוגבלת אך להקלה בדרישות של דוקטרינות עדות השיטה ומעשים דומים, אלא גם בהימנעות בית המשפט מזיהוי של הסדרים פסיקטיים מסוימים כחורגים מהכלל האוסר על שימוש במעשי הנאשם שאינם חלק מהעבירה הספציפית המיוחסת לו לצורך הוכחת אותה העבירה.⁶³ בהקשר זה יש להזכיר גם את השימוש שבית המשפט מבצע ב"ראיות אווירה" כתוספת למארג הראייתי בתיק.⁶⁴

שינוי מגמה זה אינו מתבטא אך בתוצאות שאליהן מגיע בית המשפט, אלא גם באמירות שיוצאות ממנו. ואכן, המגמה של הגמשת תנאיה של עדות השיטה לא נעלמה מעיניו של בית המשפט. אפשר לעיין, בין היתר, בדבריו של השופט שהם, שבהפניה לפסק דין אחר שלו ציין כי "עמדתי על מגמת הפסיקה להגמשת הדרישה למידת דמיון גבוהה במיוחד בין המעשים, דבר העולה כדי 'כרטיס ביקור' של העברין, בציני כי כל

⁵⁹ ע"פ 242/85 חזן נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 512 (1987); קרמי על ראיות, לעיל ה"ש 18, בעמ' 183-182.

⁶⁰ ע"פ 840/79 גבריאלי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(2) 371, פס' 9 (1981). חריג זה דומה לחריג של עניין פלונתי (לעיל ה"ש 58), במובן זה ששניהם מאפשרים לאמץ תוספת ראייתית לאישום הנוכחי בהתבסס על אישום אחר. עם זאת, הפער כאן הוא שבפלונתי נקבע כי ראיה עיקרית אחת (לרוב, עדות המתלונן) יכולה להיות סיוע לראיה עיקרית אחרת (לרוב, עדות אחרת של המתלונן). במקרה דנא נקבע כי אף סיוע ראייתי ביחס לעבירה אחת יכול לשמש כסיוע ביחס לעבירה אחרת. כך לדוגמה, אם קיים סיוע לעדות עד מדינה ביחס לאישום אחד (למשל, אירוע שבו נרצח פלוני), אפשר להשתמש בסיוע ראייתי זה אף ביחס לעדות עד המדינה באישום אחר (למשל, אירוע שבו נרצח אלמוני).

⁶¹ וראו בהקשר זה את גישתו המקורית של בית המשפט בעניין נעמן, לעיל ה"ש 29, אשר שללה אפשרות זו.

⁶² כעת אין עוד צורך לעמוד בתנאים של דוקטרינות עדות השיטה והמעשים הדומים, אלא די בכך שהעבירות יהיו "קשורות" כאמור.

⁶³ ע"פ 3954/08 אבו גודה נ' מדינת ישראל, פס' 12 (פורסם בנוב 6.4.2009); ניתן לזהות את השינוי ההלכתי הנראה לעין כחלק ממגמה רחבה של הפסיקה להקל בדרישות התוספות הראייתיות (גיא בן דוד "מבט דסקריפטיבי ומבט ביקורתי על מערך התוספות הראייתיות בישראל ומגמותיו" משפט ועסקים כב 1 (2019)).

⁶⁴ לעיל ה"ש 19 וההפניות שם.

מקרה יבחן לגופו בהתאם לנסיבותיו המיוחדות.⁶⁵ אפשר אף להידרש לדברי הנשיאה חיות, אשר בבואה לדחות את בקשתו של הנשיא לשעבר קצב לדון נוסף בעניינו, ציינה כי "אכן קיימת שורה של פסקי דין [...] בהם נזכרת הגישה המגמישה את הדרישות הנוגעות לעדות שיטה".⁶⁶

יצוין כי במסגרת הבחינה המספרית נבחנו גם מספר פסקי הדין שבהם אשרר בית המשפט את השימוש בדוקטרינת עדות שיטה החל מעניין כהן ואילך; מתוך 68 מקרים שבהם ביקשה התביעה להתבסס על ראיות בדבר עדות שיטה ומעשים דומים לצורך הוכחת כתב האישום, סירב בית המשפט העליון לקבל את הטענה ולהסתמך על עדות שיטה ומעשים דומים בשבעה מקרים בלבד.⁶⁷

כדי להוסיף למגמה זו, ניתן להתייחס לקביעת הפסיקה שלפיה ראיות בדבר מעשים דומים של הנאשם יכולות לשמש חיזוק ואף סיוע ראייתי להוכחת היסוד העובדתי.⁶⁸ ודוק, ההבדל בין מעשים דומים לבין עדות שיטה הוא כהגדרה הקביעה שעדות שיטה נועדה להוכיח את היסוד העובדתי של העבירה, בעוד מעשים דומים יכולים לכל היותר לשמש כדי להוכיח את היסוד הנפשי. עולה אפוא כי בהחלטת בית המשפט להכיר במעשים דומים כסיוע להוכחת היסוד העובדתי של העבירה יש משום אמירה בריש גלי שלפיה הרף לשימוש בראיות בדבר מעשי עבר הונמך; אם בעבר מעשים דומים לא סייעו לתביעה בהוכחת היסוד העובדתי, והיום הם יכולים לסייע להוכחת היסוד העובדתי, הרי שכהגדרה הדרישה מהתביעה הופחתה. אומנם הלכה זו הוחלה תחילה על עבירות מין בקטינים בלבד,⁶⁹ אך מאוחר יותר הורחבה אף לעבירות אחרות כתוספת ראייתית של חיזוק.⁷⁰

⁶⁵ עניין סוילם, לעיל ה"ש 48, בפס' 69 לפסק דינו של השופט שהם, שם הוא מפנה לפסק דינו בעניין פלוני, לעיל ה"ש 48.

⁶⁶ דנ"פ 864/12 קצב נ' מדינת ישראל, פס' 11 לפסק דינה של הנשיאה חיות (פורסם בנבו 2012.13.5) (להלן: "דנ"פ קצב").

⁶⁷ יודגש כי ביצעו של מחקר אמפירי בעקבות שינוי דוקטרינרי בהלכה של הערכאה העליונה הוא ככלל בלתי אפשרי, ומטרת הנתונים כאן היא להמחיש את הדיון הדוקטרינרי שלעיל. וראו William Hubbard, The Problem of Measuring Legal Change, with Application to Bell Atlantic v. Twombly (2011) (Ph.D. dissertation, University of Chicago) (ProQuest); George L. Priest, *Measuring Legal Change*, 3(2) J. L. ECON & ORGANIZATION 193 (1987); George L. Priest and Benjamin Klein, *The Selection of Disputes for Litigation*, 13(1) J. LEGAL STUD. 1 (1984); Jonah B. Gelbach, *The Reduced Form of Litigation Models and the Plaintiff's win rate*, 61 J. L. & ECON. 125 (2018); Dan Klerman, *The Selection of Thirteen-Century Disputes for Litigation*, 9 J. EMPIRICAL L. STUD. 320 (2012).

⁶⁸ ראו ע"פ 3215/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 27 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו 4.8.2008). כן ראו ע"פ 8347/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 21 (פורסם בנבו 11.2.2016) והאסמכתאות שם.

⁶⁹ שם.

⁷⁰ ע"פ 5739/03 אזולאי נ' מדינת ישראל, פס' י"ד לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו 26.3.2007). התפתחות נוספת, שעד כה הותרה בעיון נוסף, היא אפשרות בית המשפט להסתמך על "מעשים דומים" שעליהם הצביעה המתלוננת עצמה, קרי הסתמכות על עדות המתלוננת על אירועי עבר שהתיישנו לצורך הכרה ב"מעשים דומים" כראיה מסייעת ביחס לאישום הנוכחי נגד המתלוננת

לסיכום הסקירה בדבר יחס המשפט הישראלי לדוקטרינות עדות השיטה ומעשים דומים, דרישות החזרתיות והייחוד, ⁷¹ שהוכרו לראשונה בעניין **שויבין**, הן עדיין אמות המידה הבסיסיות לבחינת קיומה של עדות שיטה. עם זאת, הפסיקה הקלה לאורך השנים את הרף להוכחת חזרתיות וייחוד, ולעיתים קרובות הוחלפה דרישת הייחוד בדרישה לדמיון בין מעשי העבר למעשים הנוכחיים. ⁷² כמו כן, לצד שתי הדרישות הכלליות, פיתחה פסיקת בית המשפט לאורך השנים אינדיקציות מסוימות לצורך הכרה בקיומה של עדות שיטה. בין אינדיקציות אלה התייחסה הפסיקה לנושאים הבאים: מספר המקרים הקודמים (קרי יסוד החזרתיות); חלוף הזמן בין המקרים הקודמים למעשים מושא האישום; האפשרות לתיאום בין העדויות השונות שעליהן השיטה מבוססת; קיומו של מניע דומה במקרים הקודמים ובמקרה דנא; השאלה אם מעשי העבר הוכחו והובילו להרשעה בהליך קודם. ⁷³ אינדיקציות אלה רלוונטיות לדידו של בית המשפט הן לבחינת קבילותה של הראיה והן לבחינת משקלה. ⁷⁴ כפי שהוצג לעיל, אינדיקציות אלה לא מנעו את מגמת ההגמשה בפסיקה ואף לא את חוסר האחידות שבה. כמו כן, הערכאות הדיוניות מתייחסות לעיתים למבחן נוסף לצורך בחינת קבילותן ומשקלן של ראיות בדבר מעשי עבר, מבחן המאזן בין הערך הפרובטיבי של הראיה לעומת הנזק הטמון בה להגנת הנאשם. ⁷⁵

לצד יצירתן של אינדיקציות אלה, נראה כי גישת הדין הישראלי לדוקטרינות עדות השיטה ומעשים דומים לוקה בחוסר אחידות, בין היתר כתוצאה של הלכת **כהן**, אשר הכירה באפשרות להתאים את הרף להסתמכות על ראיות בדבר מעשי עבר למארג הראיות הכולל בכל מקרה ספציפי בהתאם למקבילית כוחות, ואשר פתחה את הדלת למגמת ההגמשה בפסיקה. ⁷⁶ נוסף על כך, ההבחנה הבסיסית בין דוקטרינת עדות השיטה לדוקטרינת המעשים הדומים טושטשה בעקבות ההכרה באפשרות להשתמש במעשים

(וראו ע"פ 6140/11 **פלוגי נ' מדינת ישראל**, פס' 48 (פורסם בנבו 9.5.2012); ע"פ 5149/12 **פלוגי נ' מדינת ישראל**, פס' 72 (פורסם בנבו 13.1.2014)).

⁷¹ בהקשר זה יצוין כי בעוד הלכת **שויבין** יצרה דרישות לחזרתיות וייחודיות הן לצורך הוכחת שיטת ביצוע והן לצורך הוכחת מעשים דומים (עניין **שויבין**, לעיל ה"ש 13), הרי שבחלוף הזמן הדרישה לצורך הוכחת מעשים דומים הפכה לדרישה של "דמיון" ולא ייחוד. במילים אחרות, המעשים צריכים להיות דומים זה לזה, אך אינם צריכים לכלול יסוד המייחד אותם מהדרך הרגילה שבה מבוצעים מעשים מאותו הסוג (וראו ע"פ 4721/99 **פלוגי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(1) 684 (1999); לגישה אחרת ראו את עמדת השופט שטיין בע"פ 4447/20 **פלוגי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו 29.3.2022). וכן ע"פ 8579/20 **פלוגי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו 29.3.2022).

⁷² שם.
⁷³ ראו עניין **קצב**, לעיל ה"ש 14, בעמ' 187-188; עניין **קריב**, לעיל ה"ש 34, בעמ' 158; עניין **סוילס**, לעיל ה"ש 47.

⁷⁴ שם.

⁷⁵ ת"פ (מחוזית"א) 14088-02-17 **מדינת ישראל נ' כהן** (פורסם בנבו 20.2.2019); תפ"ח (מחוזי ב"ש) 35982-12-17 **מדינת ישראל נ' זגורי** (פורסם בנבו 18.7.2023); בהקשר זה, האיוון צוין לראשונה בעניין **שויבין** עצמו, אולם בית המשפט העליון לא נדרש אליו לבחינת קבילותה ומשקלה של הראיה (עניין **שויבין**, לעיל ה"ש 13, בעמ' 447). ראו אזכור מבחן זה מבלי לבחון אותו בע"פ 3215/07 **פלוגי נ' מדינת ישראל**, פס' 26 (פורסם בנבו 4.8.2008).

⁷⁶ זאת אף במקרים החורגים מהיקף ההגמשה שנקבע בעניין **כהן**, לעיל ה"ש 49 והקטסט הנלווה לה.

דומים לצורך הוכחת היסוד העובדתי, ולא רק היסוד הנפשי, של העבירה.⁷⁷ לבסוף, לאורך השנים נוצרו דה-פקטו חריגים נוספים לעיקרון האוסר על שימוש בראיות בדבר מעשי עבר לצורך הוכחת האישום הנוכחי.⁷⁸

ב. השימוש בראיות בדבר מעשי עבר להוכחת האשמה – דיון ביקורתי

1. הדוקטרינה הישראלית – קשיים בהלכת כהן

נראה אפוא כי הדוקטרינה הישראלית ביחס לראיות בדבר מעשי עבר חוותה תמורות משמעותיות מאז הונהגה בעניין **שיוביץ**. כך, בעוד מבחינה מסורתית היו הדרישות להרשעה בהתבסס על מעשי עבר נוקשות, עם השנים חלה הגמשה בתנאים שבית המשפט מציב כדי להרשיע בהתבסס על מעשי העבר של הנאשם, למרות קולות המבקשים להשיב עטרה ליושנה.⁷⁹

בהקשר זה יש להידרש לעמדת השופט ברק בעניין **כהן**,⁸⁰ שלפיה בית המשפט לא הנמיק את הרף להרשעה על בסיס ראיות בדבר מעשי עבר, אלא אך התאים את הרף הנדרש בהתאם לשאר הראיות הנמצאות בתיק, ולמעשה יצר מקבילית כוחות בין הרף ההוכחה הנדרש לשיטת הביצוע ומעשים דומים ובין המארג הראייתי הכולל.⁸¹ להלן יוצג כי יצירת מקבילית כוחות אומנם רלוונטית להסדרים משפטיים רבים,⁸² אולם השימוש בה כשמדובר בדוקטרינות עדות השיטה ומעשים דומים טומן בחובו בעייתיות ייחודית.

כך, אף על פי שהלכת **כהן** נפסקה לראשונה בהקשר של הגמשת הרף לצורך שימוש בעדות השיטה כתוספת ראייתית בלבד,⁸³ הרי שמאז הגמישה ההלכה את השימוש בראיות בדבר עדות שיטה אף לצורך הרשעה בתיקים נסיבתיים.⁸⁴ ודוק, אף אם אפשר

⁷⁷ לעיל ה"ש 68 והטקסט הנלווה לה.

⁷⁸ ראו לעיל ה"ש 55 והטקסט הנלווה לה.

⁷⁹ ראו את דעת המיעוט של השופט אלרון בעניין **קופר**, לעיל ה"ש 48, בפס' 170 לפסק דינו. כן ראו את עמדות השופטים מצא ושטיין, לעיל ה"ש 100.

⁸⁰ עניין **כהן**, לעיל ה"ש 43.

⁸¹ שם, בעמ' 493.

⁸² כך למשל, בעת דיון בעיכוב ביצוע של פסק דין קיימת מקבילית כוחות בין סיכויי הערעור לבין מאזן הנוחות בין הצדדים. ראו למשל ע"א 553/15 **הועדה המקומית לתכנון ולבניה קריית אונו נ' האגודה למוסדות ציבור ליוצאי נשלס בישראל** (פורסם בנבו 4.5.2015).

⁸³ כך, עניין **כהן** עסק בשאלה אם שיטת הביצוע הנטענת מהווה סיוע לעדותו של עד המדינה. ראו עניין **כהן**, לעיל ה"ש 43, בפס' 4 לפסק דינה של השופטת בן-פורת.

⁸⁴ תיקים נסיבתיים הם תיקים שבהם לא קיימת ראיה ישירה לביצוע העבירה (למשל, בדמות עדות עד ראייה) וההרשעה נסמכת על ראיות נסיבתיות. להרחבה ראו בנימין בלום ואלישע הרלב "הרשעה על סמך ראיות נסיבתיות – דיון בשאלת מודל ההכרעה הראוי בעקבות פסק הדין קריאף" **דין ודברים** יא 261 (2018).

ראו עניין **קופר**, לעיל ה"ש 48. על הקושי הכללי בהרשעה בהסתמך על ראיות נסיבתיות ראו עניין **קלנר**, לעיל ה"ש 19, בפס' 61 לפסק הדין של השופט הנדל; בנימין בלום ואלישע הרלב "הרשעה

לקבל את הגמשת רף ההוכחה לשיטת ביצוע לצורך הוכחת תוספת ראייתית, בהתחשב בהקלה הכללית באופייה של התוספת הראייתית הנדרשת,⁸⁵ עדיין יש בהחלת ההלכה על תיקים נסיבתיים, שבהם אין ראיה ישירה עיקרית לביצוע העבירה,⁸⁶ משום הגמשה נוספת בדרך לרידוד התנאים לשימוש בראיות בדבר מעשי עבר.

לאמיתו של דבר, נראה כי הדיון בעדות שיטה ומעשים דומים מתעורר במלוא עוזו דווקא בתיקים נסיבתיים, שבהם אין ראיות חלופיות שאפשר להסתמך עליהן מבלי להידרש לראיות בדבר עברו הפלילי של הנאשם. אלה הם גם המקרים שבהם הראיות בדבר מעשי עבר הכרחיות ביותר, כדי לתפוס עבריינים שאם לא כן אי-אפשר להרשיעם. כך למשל, בעניין קופר, שהגיע לפתחו של בית המשפט העליון בעת האחרונה, הורשע המערער ברצח אשתו הראשונה והשלישית.⁸⁷ באותו התיק, אשר התבסס על ראיות נסיבתיות, קבע בית המשפט בדעת רוב כי שני מעשי הרצח בוצעו במידה העולה לכדי עדות שיטה, בין השאר לאור הטענה ששניהם הוסו כהתאבדות של הקורבנות.⁸⁸ ברם, השופט אלרון עמד בדעת מיעוט על הבעייתיות שבהסתמכות בית המשפט על עדות שיטה אף כאשר זו אינה בעלת מאפיינים ייחודיים.⁸⁹ כך, השופט אלרון ציין כי שיטת הרצח ביחס לאישה הראשונה כלל לא הוכחה, ועל כן קשה לקבוע כי מדובר בעדות שיטה.⁹⁰ למרות זאת נותר כאמור השופט אלרון בדעת מיעוט, ושופטי הרוב קבעו כי בהתחשב במכלול הראיות הנסיבתיות הדמיון בין המעשים עולה לכדי עדות שיטה.⁹¹

כמו כן, ראוי להידרש לאפקט ה"משוב החיובי" (positive feedback) שהכרה במקבילית כוחות עלולה ליצור:⁹² בשלב הראשון, בית המשפט מכיר בראיות על מעשי עבר כמקיימות את הדרישה לעדות שיטה בהסתמך על מארג ראיית משמעותי נוסף, אשר עדות השיטה היא רק חלק ממנו. בשלב השני, ההכרה במעשי העבר האלה מאזכרת בקרב הערכאות הדיוניות לצורך הרשעה אף על סמך מעשי עבר שאינם עדות שיטה ברורה. בשלב השלישי, הרשעות אלה מוצאות את דרכן לפתחו של בית המשפט

על סמך ראיות נסיבתיות – דיון בשאלת מודל ההכרעה הראוי בעקבות פסק הדין קריאף" **דין ודברים** יא 261 (2018); ראו עניין **כנעאני**, לעיל ה"ש 49.

⁸⁵ בן דוד, לעיל ה"ש 63; ע"פ 3834/10 **והבה נ' מדינת ישראל**, פס' ז' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו 6.3.2013).

⁸⁶ ע"פ 728/84 **חרמון נ' מדינת ישראל**, פ"ד מא (3) 617 (1987).

⁸⁷ עניין **קופר**, לעיל ה"ש 48.

⁸⁸ שם, בפס' 45 לפסק הדין של השופט עמית.

⁸⁹ שם, בפס' 172 לפסק הדין של השופט אלרון.

⁹⁰ שם, בפס' 170 לפסק דינו של השופט אלרון. השופט אלרון סבר כי הפסיקה הכירה "ברף גבוה של דמיון" לצורך הוכחת שיטת הביצוע. אומנם זו הייתה ההלכה עד לעניין **כהן**, אולם נראה כי היא אינה הלכת בית המשפט כיום. כך, אפשר לראות כי עיקר פסקי הדין שהשופט אלרון מאזכר הם מהתקופה שלפני להכרעה בעניין **כהן** או בסמוך אליה.

⁹¹ שם, בפס' 44-45 לפסק הדין של השופט עמית.

⁹² דווקא, תופעת המשוב החיובי הנוצרת בעקבות הלכות הערכאה העליונה במדינה זכתה לכתיבה נרחבת בספרות המשווה. ראו למשל Donald A. Dripps, *Why Gideon Failed: Politics and Feedback Loops in the Reform of Criminal Justice*, 70 WASH. & LEE L. REV. 883 (2013).

העליון, אשר כידוע אינו מתערב בקביעות הערכאה הדיונית כאשר באלה גלומים ממצאי עובדה (אשר לא פעם הם ה"ראיות הנוספות" אשר עליהן נוספת עדות השיטה).⁹³ הפחתת הרף הנוספת הזו על ידי בית המשפט העליון מתורגמת לאזכור והנמכת רף מצד הערכאות הדיוניות, וכך חוזר חלילה.

אם כן, המעבר מסטנדרט קשיח לדוקטרינות עדות השיטה ומעשים דומים, לסטנדרט גמיש המבוסס על מקבילית כוחות, מפחית את יכולתה של ערכאת הערעור לבצע ביקורת אפקטיבית על קביעות הערכאה הדיונית; כאשר משקללים את נטייתה הכללית של ערכאת הערעור להימנע מהתערבות בממצאים העובדתיים של הערכאה הדיונית, יכולת בית המשפט העליון לעצור את כדור השלג של הנמכת הרף לשימוש במעשי עבר הופכת למוגבלת ביותר. הווי אומר, אף אם תתקבל העמדה שלפיה אפשר להנמיך את הרף לשימוש בראיות בדבר מעשי עבר כאשר המארג הראייתי הכולל משמעותי דיו, עדיין נראה כי כעניין של מדיניות שיפוטית, החלטה זו טומנת בחובה סיכון ניכר, אשר בכוחו לפתוח את הדלת להנמכת רף חוזרת ונשנית ולחשיפת המערכת המשפטית בפני הסיכונים הגלומים בהסתמכות יתר על מעשי העבר של הנאשם.⁹⁴

תיתכן כמובן הטענה שאפקט משוב חיובי זה קיים גם בהסדרים משפטיים אחרים שבהם יצר בית המשפט מקבילית כוחות. ואולם, נראה כי בכל זאת קיים ייחוד מסוים ביצירת מקבילית כוחות בהקשר של שימוש בראיות בדבר מעשי עבר, שהרי במרבית ההסדרים המשפטיים הרלוונטיים מקבילית הכוחות נוצרת בין שיקולים משפטיים סדורים יחסית – לרוב, באיזון בין שני שיקולים ספציפיים. לדוגמה, בהחלטה לעכב ביצוע פסק דין יבחן בית המשפט את מאזן הנוחות של הצדדים וסיכויי הערעור של המבקש,⁹⁵ כאשר בין שני השיקולים קיימת מקבילית כוחות.⁹⁶ במקרה זה, הבחינה תבוצע בין שני שיקולים סדורים יחסית: ככל שמאזן הנוחות נוטה בחריפות לטובת הצד המבקש, עיכוב ביצוע פסק הדין יישקל בחיוב אף כאשר סיכויי הערעור אינם

⁹³ ראו לשם המחשה ע"פ 5956-08 אל עוקה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו 23.11.2011); ע"פ 6577-10 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו 28.11.2013); ע"פ 5921-12 סבג נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו 7.5.2013); ע"פ 2132-04 קייס נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו 28.5.2007).

⁹⁴ ניתן להעלות למשל את הטענה כי אפקט משוב חיובי זה אירע בפרשת קורסונסקי, לעיל ה"ש 54. הכרעת בית המשפט המחוזי בעניין קורסונסקי נסמכה באופן בולט על פסיקת בית המשפט העליון בעניין סוילם, לעיל ה"ש 47, אשר כשלעצמה הייתה יתד נוספת במגמת ההגמשה של דוקטרינת עדות השיטה.

⁹⁵ לעניין עיכוב ביצוע ראו רע"א 7759/19 מדינת ישראל - רשות מקרקעי ישראל נ' נסרה (פורסם בנבו 31.12.2019); לעניין סעד זמני ראו רע"א 4417/18 בבלפור נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ (פורסם בנבו 3.12.2018). דוגמאות נוספות אפשר למצוא במקבילית הכוחות שבין עוצמת הראיות לעילת המעצר, בהחלטה למעצר עד תום ההליכים (בש"פ 5564/11 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו 8.8.2011). כן ראו את מקבילית הכוחות בין זיקת החומר להגנת הנאשם לאינטרסים להגן על חיסיון בהקשר של זכות העיון של נאשם לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי (בש"פ 8252-13 מדינת ישראל נ' שינר, פ"ד סו(3) 442 (2014)); בעניין אחר, ראו את מקבילית הכוחות בין אמת המידה העוסקת באיכות ההצעה ובין אמת המידה העוסקת במחירה בדיני מכרזים (עע"מ 2310/02 איגוד ערים אוור דן (תברואה וסילוק אשפה) נ' דסאל מרחבים, חברה לעבודות עפר בע"מ, פ"ד נט(6) 337 (2002)).

⁹⁶ עניין נסרה, לעיל ה"ש 95.

גבוהים, ולהפך. קיומם של שני שיקולים סדורים מאפשר ליצור כללים והלכה ברורה יחסית בנוגע לאופן הפעלתה של מקבילית הכוחות: למשל, הכלל שלפיו ייטה בית המשפט שלא לעכב פסק דין כספי,⁹⁷ או הכלל שלפיו הוא דווקא ייטה לעכב פסק דין העוסק במימוש מקרקעין,⁹⁸ הם כללי דיוניים אשר היה אפשר להגיע אליהם בעקבות האיזון בין שני שיקולים סדורים.⁹⁹

לעומת מקרים אלה, בהקשר של עדות השיטה ומעשים דומים, מקבילית הכוחות מתרחשת בין ראייה אחת – מעשי העבר של הנאשם – לבין מכלול הראיות האחרות. בניגוד לאיזון בין שני רכיבים ספציפיים, המאפשר יצירת איזון ברור יחסית והשוואה בין מקרים שונים באופן אפקטיבי, האיזון בין ראייה אחת לבין כלל הראיות שבתיק מקשה את האפשרות להעריך באופן יעיל את שני צדדיה של מקבילית הכוחות. זאת, מאחר שבחינה של עדות שיטה ומעשים דומים לעומת מכלול הראיות בתיק היא, מטבעה, בחינה הנטועה בנסיבותיו הקונקרטיות של התיק ובמכלול הראיות שבו, באופן המקשה על יצירת כללים והלכות ברורים. ואכן, כללים והלכות אשר יוצקים תוכן לאופן החלת מקבילית הכוחות, אשר קיימים כאמור באזורים אחרים של הדין, לא נוצרו בבחינת עדות השיטה ומעשים דומים.

אף שיש בסיס אינטואיטיבי להבחנה בין מקרים שבהם עדות השיטה עומדה לבדה לבין מקרים שבהם עדות השיטה היא חלק מן המארג הראייתי השלם, נראה כי התמורות בהגמשה ברף ההוכחה לעדות השיטה ומעשים דומים הרחיקו לכת. לכך יש להוסיף את עמדתם של חלק משופטי בית המשפט העליון עצמם, שלפיה השימוש בעדות השיטה הפך לליברלי מדי, באופן שאינו משמר את ליבת הייחודיות והחזרתיות כפי שהדבר נדרש בעניין **שיובין**.¹⁰⁰ דברים אלה אמורים בפרט בעניינם של תיקים נסיבתיים. אמנם, ייתכנו מקרים שבהם התוספת הראייתית הנדרשת משמעותית במיוחד, ולעומת זאת מקרים שבהם קיימות ראיות נסיביות משמעותיות בנפרד מראיית עדות השיטה. ואולם, אף אם עניין **כהן** הוכרע במקור במסגרת זו של השימוש בראיות בדבר מעשי עבר כתוספת למסד ראייתי עיקרי, העברת הדיון למקרים שבהם לא קיימת ראייה עיקרית יוצרת חוסר בהירות, אי-אחידות ומגבירה את הסיכון להחלטות שגויות. כמו כן, הגמשת הרף להסתמכות על ראיות בדבר מעשי עבר עלולה ליצור אפקט משוב חיובי, שיוביל להגמשה חוזרת ונשנית. הבעייתיות באפקט משוב זה חמורה שבעתיים כאשר מדובר בראיות בדבר מעשי העבר של הנאשם, לאור הסיכונים האינהרנטיים הקיימים בעצם השימוש בראיות אלה ושיפורטו בהמשך הדברים.

⁹⁷ חמי-בן-נח וטל חבקין **הערעור האזרחי** 371-372 (מהדורה 3, 2012).

⁹⁸ שם.

⁹⁹ שם, בעמ' 371; לכללים נוספים שנקבעו לאורך השנים ראו אורי גורן **סוגיות בסדר דין אזרחי** כרך ב 1086-1089 (מהדורה 13, 2020).

¹⁰⁰ עניין **קופר**, לעיל ה"ש 48, בפס' 170-172. בפרט ראו את ההערה בה"ש 90 לעניין פסקי הדין שאלרון הזכיר בחוות דעתו. בהקשר זה מעניין להזכיר את ע"פ 8579/20 **פלוגי נ' מדינת ישראל**, פס' 12-13 (פורסם בנבו 29.3.2022), שיש בה ניגוד מסוים למגמת הפסיקה, ובו בית המשפט ביטל הרשעה אשר התבססה על סיוע הדדי של שני נפגעי עבירות מין. כמו כן, ראו את הערות השופט מצא ברעת המיעוט שלו ע"פ 4009/90 **מדינת ישראל נ' פלוגי**, מז(1) 292 (1993).

לסיכום, לעיל נסקרה התפתחות דוקטרינות עדות השיטה ומעשים דומים בדין הישראלי. בתוך כך הוצגה מגמת הריכוך שחלה בפסיקה, בין היתר בעקבות עניין כהן. לאחר מכן הוצג כי ההצדקה בבסיס מגמת ריכוך זו – יצירת מקבילית כוחות בין הראיה בדבר מעשי העבר לבין מכלול הראיות בתיק – עלולה להוביל לתוצאות מוטות. ואולם, נראה כי הגמשת השימוש בראיות בדבר מעשי עבר במסגרת הלכת כהן אינה אלא סימפטום של קושי רחב יותר בדוקטרינות עדות השימוש ומעשים דומים. להלן ייבחן השימוש בראיות בדבר מעשי עבר מפרספקטיבה כללית ותוצג גישה המכירה בחשיבות השימוש בראיות אלה, אך שומרת על אינטרסים אפיסטמיים וכן שיקולים חוץ-הוכחתיים בעת השימוש בראיות בדבר מעשי עבר.

2. לגיטימיות השימוש בראיות בדבר מעשי עבר

השימוש במעשי העבר של הנאשם מנוגד לעקרון יסוד של המשפט הפלילי – האדם עומד לדין על מעשה שביצע, ולא על אופיו הרע וטבעו האנושי.¹⁰¹ במילים אחרות, בדין הפלילי המודרני, אישום פרטיקולרי ביחס למעשה פרטיקולרי (או ריבוי מעשים) הוא העומד למשפט, ואותו התביעה צריכה להוכיח. אין התביעה נדרשת להוכיח כי האדם העומד למשפט הוא אדם "רע" מוסרית או מועד להתנהגות בלתי מוסרית, ולהפך – אין בהוכחה שהאדם העומד למשפט הוא אכן אדם בעל מטען מוסרי שלילי כדי להוביל להרשעתו באישום הנוכחי.

אכן, אין זה מראה חריג שהאדם העומד למשפט פלילי ייראה בעיני האדם הממוצע כבעל אופי "עברייני",¹⁰² וכן רקעו של הנאשם הממוצע במשפט הפלילי, רקע של עוני ופשיעה, המלווה בעבר פלילי של הנאשם עצמו, עלול לא פעם לצבוע אותו בצבעים סטיגמטיים.¹⁰³ ואולם, קיימת דרישה מוחלטת, בלתי מתפשרת ובסיסית המוטלת על קובע העובדות במשפט – להתעלם מכל אלה¹⁰⁴ ולשפוט רק על פי הראיות המונחות לנגד עיניו, ולא לפי תחושות והתרשמויות מוסריות מהדמות העומדת נגדו. אומנם ייתכן שמדובר בדרישה מחמירה, בלתי אפשרית כמעט עבור קובע העובדות האנושי,

¹⁰¹ Kenneth J. Melilli, *The Character Evidence Rule Revisited*, 1998(4) BYU L. Sherry F. Colb, "Whodunit" Versus "What Was Done": ;REV. 1547, 1576 (1998) *When to Admit Character Evidence in Criminal Cases*, 79 N. C. L. REV. 939 David P. Leonard, *In Defense of the Character Evidence Prohibition*; (2001) *Foundations of the Rule against Trial by Character*, 73 IND. L. J. 1161 (1998)

¹⁰² Daniel J. Capra & Liesa L. Richter, *Character Assassination: Amending Federal Rule of Evidence 404(B) to Protect Criminal Defendants*, 118 COLUM. Arval A. Morris, *Poverty and Criminal Justice*, 38 ; L. REV. 769, 771-772 (2018) Wayne A. Logan & Ronald F. Wright, *Mercenary*; WASH. L. REV. 667 (1963) *Criminal Justice*, 2014(4) U. ILL. L. REV. 1175 (2014)

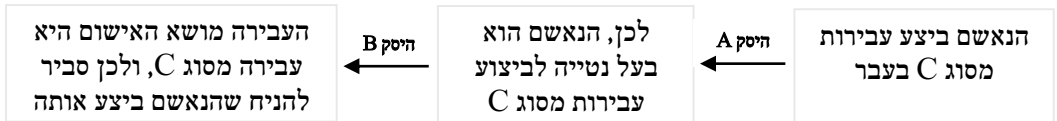
¹⁰³ Bernadette Rabuy & Daniel Kopf, *Detaining the Poor: How money bail perpetuates an endless cycle of poverty and jail time*, PRISON POL'Y INITIATIVE 3 (2016)

¹⁰⁴ ראו, בין היתר, Sheppard v. Maxwell, 384 U.S. 333, 362 (1966)

אך עלינו להתאמץ וליצור הסדרים משפטיים השואפים להגשים מטרה זו במידת האפשר.

עיקרון בסיסי זה מגולם בזכותו של הנאשם להליך הוגן, זכות הנהנית ממעמד חוקתי בדין הישראלי,¹⁰⁵ ואשר זכתה להכרה חוקתית בשיטות משפט נוספות.¹⁰⁶ אחד מביטוייה של הזכות נמצא כאמור בסעיף 163 לחוק סדר הדין הפלילי. נקודת המוצא היא אפוא ששימוש במעשי העבר של הנאשם כדי להוכיח את האישום הנוכחי נגדו הוא אסור, ונדרשת הצדקה משמעותית לסטייה מאיסור זה.

לצד האמור, לא כל סטייה מהאיסור נולדה שווה. נראה כי מידת הפגיעה בזכות הנאשם להליך הוגן כתוצאה של הצגת ראיות בדבר מעשי העבר טמונה **במטרה** שלשמה הראיה מוגשת. כך, כאשר הראיה מוגשת במטרה להראות שהנאשם הוא אדם רע מטבעו, ומטבעו גם מונע לעבירות פליליות, ולכן גם סביר להניח שביצע את העבירה הפלילית שמיוחסת לו באישום הנוכחי, הרי ששימוש בראיות בדבר מעשי העבר **לצורך** זה נוגע לליבת זכותו של הנאשם להליך הוגן ומאיין את האיסור מתוכן. לאמיתו של דבר, השימוש בראיה לצורך זה מבקש לבצע שני היסקים, כפי שעולה מהתרשים להלן:¹⁰⁷



כך, תחילה יש לקבוע כי אדם שביצע עבירות מסוג מסוים (C) בעבר הוא בעל נטייה כללית לביצוע עבירות אלה (היסק A). קביעה זו טומנת בחובה שני קשיים, קושי ראיתי וקושי מוסרי-חוקתי. מן הבחינה הראייתית, הטענה שלפיה מביצוע של כמה פשעים בעבר אפשר ללמוד על מועדות כללית של הנאשם לביצוע עבירות היא טענה

¹⁰⁵ ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי**, פ"ד סא (1) 461, פס' 65-66 (2006); בג"ץ 8425/13 **איתן מדיניות הגירה ישראלית ואח' נ' ממשלת ישראל**, פס' 169 (פורסם בנוב 22.9.2014); בש"פ 8823/07 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד סג (3) 500, פס' 16 (2010); ע"פ 2868/13 **חייבטוב נ' מדינת ישראל** (פורסם בנוב 2.8.2018).

¹⁰⁶ U.S. CONST. amend. V (להלן: תיקון 5 לחוקה האמריקאית); Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms, 1982, c 11 (U.K.). על הזכות להליך הוגן במשפט המקובל ראו, Luc Tremblay, *Section 7 of the Charter: Substantive Due Process?*, 18 U. BRIT. COLUM. L. REV. 201 (1984).

¹⁰⁷ ראו גרסה דומה אצל Paul F. Rothenstein & Edward J. Imwinkelried, *The Future Scope of Character Evidence Prohibition: The Contextual Statutory Construction Argument that Could Finally Force the Policy Discussion*, 60 CRIM. L. BULL. 127 (2024).

אשר ביסוסה האמפירי אינו חד-משמעי,¹⁰⁸ זאת בפרט בראי רף ההוכחה הנדרש בהליך הפלילי.

מהבחינה המוסרית-הצהרתית, הקביעה שאדם מסוים הוא מטבעו מועד לביצוע עבירות סותרת את הגישה המודרנית למשפט הפלילי, המבקשת שלא לקטלג אדם כמועד לביצוע עבירות מעצם טבעו. כמו כן, קביעה זו עומדת בסתירה גם לביסוס הגמולי למערכת משפט פלילי. כך, כשמערכת המשפט קבעה שאדם מועד מטבעו לביצוע עבירה מסוג מסוים, הרי שהוא גם אינו בעל אחריות למעשיו או למצער אחריותו למעשיו מופחתת מאוד, שכן לא ביצע את העבירה מתוך בחירה חופשית, אלא מתוך מועדותו הטבעית-אינהרנטית לביצוע עבירות. אם האדם אינו אחראי לביצוע העבירה, אזי גם לא ראוי להטיל עליו סנקציה פלילית. אם כן, הקביעה שאדם מועד מטבעו לביצוע עבירות מסוג מסוים לא רק טומנת בה קשיים ראייתיים, אלא גם נושאת מחירים חברתיים-מוסריים, אשר ספק אם מערכת המשפט והציבור מוכנים לשאת בהם כדי להצדיק את השימוש בראיות בדבר מעשי עבר.

כמו כן, אף אם צלחנו את המכשולים האלה, הגענו רק לאמצע הדרך. לא די בכך שנראה כי לאדם מועדות כללית לביצוע עבירות מסוג C, אלא שעלינו להראות כי מכאן גם נובע שהאדם ביצע את העבירה הספציפית מסוג C (היסק B). היסק זה כולל אף הוא קושי ראייתי וקושי מוסרי. מן הבחינה הראייתית, גם אם נניח שלאדם יש מועדות מסוימת לביצוע עבירות מסוג מסוים, עולה ספק של ממש אם מכאן גם נובע שאפשר לייחס לו את ביצועה של עבירה ספציפית מאותו הסוג. כך, נניח שבמסגרת השלב הראשון של ההיסק הגענו למסקנה שלאדם יש מועדות מסוימת, העולה באופן ניכר על הממוצע, לביצוע עבירה מסוג C. עדיין, ברי שמכאן לא נובע שהאדם תמיד יבצע את העבירה כאשר תהיה לו הזדמנות לבצעה. יודגש כי גם כאשר יש לאדם מועדות לכאורית לביצוע עבירה מסוימת, הוא עדיין יימנע מביצוע העבירה ברובן המוחלט של ההזדמנויות: האם שודד הבנקים שודד כל בנק שנקלע לדרכו? האם האנס אונס כל אדם שבו הוא פוגש ברחוב? נראה שלא.¹⁰⁹

זאת ועוד, גם כאן הקושי הראייתי אינו עומד לבדו, והקושי המוסרי-חוקתי מתעורר כאן אף ביתר שאת. כאמור, העיקרון שלפיו לא האדם הוא שעומד לדין אלא המעשה הספציפי הוא עיקרון על של שיטת המשפט שלנו. במובן זה, הרשעת אדם בהתבסס על מועדותו לביצוע עבירות אינה רק קשה מבחינת הביסוס הראייתי הרעוע שעליו היא

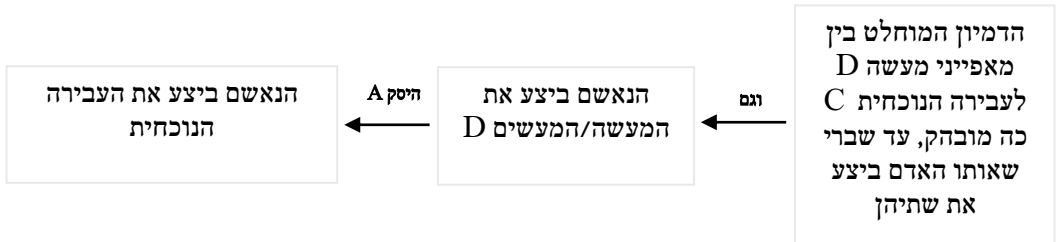
¹⁰⁸ ראו פישר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 118 וההפניות שם; לסקירה ראו Charles H. Rose III, *Should the Tail Wag the Dog?: The Potential Effects of Recidivism Data on the Character Evidence Rules*, 36 N.M. L. REV. 341 (2006); Robert G. Spector, *Rule 609: A Last Plea for Its Withdrawal*, 32 OKLA. L. REV. 334, 351 (1979).

¹⁰⁹ בהקשר זה, כל ראיה בפני עצמה צריכה לעמוד ברף פרובטיבי מינימלי כדי שתצלח את דרישת אי-הקבלות שבסעיף 163 ובית המשפט יוכל להידרש לה (וראו דיון במושג "אי-קבלות עובדתית" אצל יצחק עמית *חסיונות ואינטרסים מוגנים - הליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי והפלילי* פרק ה' (2021); יניב ואקי *דיני ראיות* כרך א 149 (2020); David Hamer, *Tendency Evidence in Hughes v. the Queen: Similarity, Probative Value and Admissibility*, 38 Michael Avery, *Prejudice vs. Probative Value*, SYDNEY L. REV. 491 (2016); *Philadelphia Style*, 50 ST. LOUIS U. L. J. 1147 (2006).

עומדת, אלא שהיא גם מעלה קשיים חוקתיים משמעותיים. ראייה מסוג זה כאמור נוגעת לליבת האיסור בדבר שפיטת אדם על מעשי העבר שלו.

לעומת זאת, כאשר הראיה בדבר מעשי העבר מוגשת כדי להוכיח שהנאשם לא ביצע שגיאה בתום לב, משום שחזר על אותה "שגיאה" שוב ושוב, הרי שבמקרה כזה מטרת הראיה אינה להוכיח כי הנאשם מועד מטבעו לפשיעה, ולכן בהכרח פשע גם הפעם. אלא שמטרת הראיה במקרה זה היא להוכיח כי מעשה קודם של הנאשם במקרה פרטיקולרי מצביע על כך שהנאשם כנראה גם ביצע את המעשה הנוכחי באותן הנסיבות. במקרה זה, מרחב המחלוקת שעליה מגשרת הראיה בדבר מעשה העבר מצומצם למדי: הראיה אינה מובאת להוכחה של עצם ביצוע המעשים, אלא כדי ללמד על הנסיבות שבהן בוצעו המעשים מושא האישום (כאשר ביצוע המעשים עצמם הוכח באמצעות ראיות אחרות). לדוגמה, בבחינת עובדות עניין **שיוביץ** לא נטען כי הנאשמים רמאים מטבעם, ולכן גם במסמכים מושא כתב האישום הם כללו מידע שאינו נכון; העובדה שהמידע אינו נכון הוכחה באמצעות ראיות אחרות, כאשר הראיות בדבר מעשי העבר הובאו לצורך הוכחת היעדר תום הלב – העובדה שהנאשמים מילאו מידע מוטעה בעשרות רישומים מצביעה על כך שאין מדובר בשגיאה נקודתית בתום לב.

באורח דומה, כאשר מובאת ראיה על מעשה עבר של הנאשם, ונטען שהאדם שביצע את מעשה העבר הוא בהכרח גם האדם שביצע את המעשה הנוכחי (למשל, כתוצאה של שיטת ביצוע מסוימת), גם כאן מטרתה של הבאת הראיה אינה לטעון כי האדם מטבעו מונע לפשיעה, אלא להראות שמעשה מסוים של הנאשם בעבר מצביע על כך שהעבירה הנוכחית כנראה נעברה על ידיו. או בתרשים:



במקרה זה איננו משתמשים במעשי העבר כדי להוכיח מועדות כללית של הנאשם לביצוע עבירות, אלא כדי להוכיח דמיון בין מעשים ספציפיים. בהתאם, ההיסק שעלינו לבצע פשוט בהרבה ופוגעני פחות ביחס לזכות הנאשם להליך הוגן. כפי שאפשר לראות בתרשים, בבואנו לבצע היסק על רכיב ספציפי בעבירה בהתבסס על מעשי העבר של הנאשם, איננו נדרשים לקבוע כי אותו האדם מועד מטבעו לביצוע עבירות. אלא שעלינו להכריע כי בין המעשה הקודם D לבין העבירה הנוכחית C קיים דמיון ממשי, אשר ממנו ניתן להסיק על קשר בין זהות המבצע של כל אחד מהמעשים. ודוק, אם לצורך העניין נקבע כי מעשה השוד בעבר (D) כה דומה למעשה השוד שבוצע כעת (C) עד שיש להקיש כי הם בוצעו על ידי אותו האדם, היקש זה אינו מעיד כלל על אופיו של הנאשם או על מועדותו הכללית לביצוע העבירות. בכך גם איננו מרשיעים

את האדם על אופיו הרע או על נטייתו הכללית לעבריינות. אנו מרשיעים את האדם בהתבסס על דמיון של ממש בין שני מעשים ספציפיים, אשר מהם אפשר ללמוד על הקשר בין מבצע מעשה D למבצע עבירה C.

היסק דומה אפשר לבנות כדי להסביר את השימוש במעשי עבר במטרה לסתור טענת תום לב - שימוש נפוץ נוסף במעשי העבר של הנאשם במסגרת דוקטרינת המעשים הדומים. כך, אין לטעון כי מאחר שהאדם ביצע מעשים D בעבר, הרי שבאופן כללי הוא מועד לביצוע עבירות מסוג דומה, ולכן אם הוכח היסוד העובדתי של העבירה הנוכחית, ברור מאליו שאדם שהוא מטבעו עברייני יהיה גם בעל היסוד הנפשי הנדרש להרשעה בעבירה. היסק זה מתכתב כאמור עם הסקה על בסיס מועדות, אשר על פי הניתוח לעיל הינו שימוש בלתי לגיטימי בראיות בדבר מעשי עבר. דרך ההיסק צריכה אפוא להיות כדלהלן: (1) מעשים D דומים באופן בולט למעשה C, ולכן מאחר שאין לסבור כי אדם מבצע "שגיאות בתום לב" מספר רב של פעמים, הרי שאם אדם מסוים ביצע גם את המעשים D וגם את היסוד העובדתי של עבירה C, יהיה אפשר לייחס לו היעדר תום לב בביצוע עבירה C; (2) הנאשם ביצע את המעשים הדומים D; (3) לכן אפשר לייחס לנאשם היעדר תום לב בביצוע עבירה C. גם כאן, נקודת המבט מתמקדת בעבירה הספציפית, ולא באופיו של הנאשם, ובוחרת האם ניתן להשליך ממעשה מסוים D על הוכחת רכיב מטריאלי ספציפי בעבירה C, מבלי שהיסק זה ידרוש לקבוע מסקנות על אופיו הכללי של הנאשם ומועדו לעבירות, וכן מבלי שנדרש לקבוע שכתוצאה של מועדות כללית זו הנאשם גם ביצע את המיוחס לו באישום הנוכחי. יודגש כי כתנאי לכך שההיסק יהיה לגיטימי עלינו להצביע על רכיב מטריאלי ספציפי שאותו אנו מתכוונים להוכיח, ולא להשתמש בראיה בדבר מעשי העבר לצורך חיזוק "מסקנה מרשיעה" כללית. כך, השימוש בראיה בדבר מעשי עבר לצורך חיזוק "מארג הראיות" כדי להראות כי "כלל רכיבי העבירה הוכחו" הינו היסק מהסוג הבלתי לגיטימי. אלא שיש להצביע על תכונה מטריאלית ספציפית (למשל, כאמור, היעדר תום לב) ולהראות כיצד ניתן להסיק ממעשי העבר של הנאשם על כך שתכונה מטריאלית זו התקיימה אף באישום דנא.

בהקשר זה יש להידרש לשימוש מסוים בראיות בדבר מעשי עבר אשר מטבעו מועד לפורענות: הגשת ראיות בדבר מעשי עבר לצורך הוכחת **זהותו של מבצע העבירה**. במקרים אלה קשה לכאורה להצביע על רכיב מטריאלי ספציפי שאותו המדינה מנסה להוכיח באמצעות הגשת הראיה, שכן למעשה כלל רכיבי העבירה ביחס לנאשם מוכחים באמצעות הגשת הראיה: הנאשם מכחיש את כלל יסודות העבירה ביחס אליו, ולכן השימוש בראיות בדבר מעשי עבר כדי להוכיח שהוא-הוא מבצע העבירה נועד למעשה להוכחת כלל היסודות ביחס אליו. במקרים מסוג זה, שבהם יריעת המחלוקת היא הרחבה ביותר – כאשר הנאשם מכחיש כל קשר לעבירה, וטוען כי לא הוא שביצע אותה – יריעת מחלוקת זו היא יתרון מסוים מבחינת התביעה; די לתביעה להוכיח את עצם קיומו של קשר בין הנאשם לעבירה (למשל, בדמות נוכחות בזירה) כדי לסתור באופן מוחלט את גרסתו ולהטות את הכף לטובת הרשעה בהתחשב בראיות נסיבתיות וישירות נוספות. אם כן, כאשר למרות חזיתה הרחבה של המחלוקת התביעה עדיין לא הצליחה להעמיד אדן עצמאי להרשעה והיא נדרשת לראיות בדבר מעשי העבר, אשר

מעצם טבען מועדות לקשיים אפיסטמיים וחוקתיים, בחינת הראיות תיעשה בזהירות יתרה. כמו כן, במקרים אלה גם ההיקש שהתביעה מבקשת מבית המשפט לבצע הוא הרחב ביותר: בשונה מקביעה של רכיב מסוים ביסוד העובדתי, או של רכיב ביסוד הנפשי, במקרים שבהם הנאשם מכחיש הכחשה גורפת כל קשר לעבירה והתביעה מבקשת להתבסס על ראיות בדבר מעשי עבר, מתבקשת הוכחה של כלל רכיבי האישום בהתבסס על ראיה זו. במקרים כאלה ערכה הפרובטיבי של הראיה צריך להיות משמעותי ביותר.

אפשר אפוא לשרטט הבחנה בסיסית בין סוג לגיטימי של חריגים לסוג אשר על דרך הכלל אינו לגיטימי. כאשר הראיה מתמקדת בהוכחת רכיב של **העבירה**, מדובר בשימוש לגיטימי במעשי העבר של הנאשם (בכפוף למבחנים שיוצגו להלן). לעומת זאת, כאשר הראיה מתמקדת בהוכחת רכיבים באישיותו של **הנאשם**, במטרה להראות שאותו הנאשם מועד מטבעו לביצוע עבירות אשר העבירה מושא האישום נמנית איתן, הרי שמדובר בשימוש שאינו לגיטימי בראיה בדבר מעשי העבר. ראו לצורך הדגמה את המקרה הבא: נניח שהנאשם נהג, לאורך כמה אישומים שהוכחו, להשאיר סימן היכר בדמות הותרת הברזים פתוחים בבתים שאלהם פרץ. נניח גם שבמסגרת האירוע שמיוחס לנאשם כעת נמצא ברז פתוח בתוך בית שבו אירעה גנבה. כאשר התביעה מבקשת להגיש את הראיה בדבר מעשי העבר, אין היא טוענת כי הנאשם מעצם טבעו הוא גנב ושוודר, ולכן סביר שגם הפעם ביצע את השוד. הטענה כאן שונה: נסיבות העבירה הן בעלות דמיון כה רב למעשים קודמים שביצע את הנאשם, עד שסביר כי הנאשם הוא שביצע את העבירה. מן העבר השני, ראו את הדוגמה הבאה: נניח שלחובתו של הנאשם למעלה ממאה הרשעות באירועי פריצה וגנבה קודמים. כעת הנאשם מואשם בביצוע עבירת גנבה נוספת במושב קטן בצפון. התביעה, אשר לה ראיות לכך שהנאשם שהה באותה עת בסביבת המושב, מבקשת להגיש את הרשעותיו הקודמות, במטרה לטעון כי מאחר שלנאשם עבר כה נרחב במעשי פריצה וגנבה, ומאחר שהוא שהה בקרבת המקום שבו אירעה הגנבה, הרי שסביר להניח כי הוא שביצע את הגנבה גם הפעם. ברי כי שימוש שכזה בראיות בדבר מעשי עבר חותר תחת ליבת זכותו של הנאשם להליך הוגן וסותר את עקרון שפיטת המעשה ולא האדם. משכך, סוג זה של ראיות בדבר מעשי עבר יהיה לא לגיטימי.

ייתכן כמובן כי הבחנה זו, בין היסק המתמקד במעשה להיסק המתמקד בעושה, אינה תמיד בהירה, ולעיתים מיטשטשים הקווים המבחינים בין שני סוגי ההיסקים. אכן, קיימים מקרים שבהם קשה לשים את האצבע על טיבה המדויק של הראיה שאותה מבקשת הפרקליטות להציג. כמו כן, קיימים מקרים – וייתכן שמדובר ברובם של המקרים – שבהם הראיה היא בעלת פונקציה כפולה. כך, לעיתים קרובות ראיה בדבר מעשי עבר מחזקת את החשד ביחס לביצוע העבירה הספציפית, וגם מחזקת את החשד שהנאשם מועד מטבעו לביצוע עבירות כדוגמת העבירה שבכתב האישום. בהקשר זה חשוב להדגיש כי ההבחנה מתמקדת לאו דווקא בתוצאה של הגשת הראיה, אלא במטרה שלשמה היא מוגשת. כאשר הבסיס להצדקת הגשתה של הראיה פסול מיסודו, אין מקום להגיש אותה. לעומת זאת, כאשר הראיה מוגשת למטרה לגיטימית, לעיתים יהיה מקום לקבל גם נזק אגבי בדמות פגיעה בלתי רצויה בהגנת הנאשם. במבט-על,

נראה כי למטרה של הגשת הראיה יש מקום חשוב בבחינת נאותות הגשתה. עקב כך, המטרה שלשמה הוגשה הראיה תשמש להלן אמת דרך לצורך בחינה של מידת הלגיטימיות של השימוש בראיה וכן לצורך יצירת המבחנים שיהיה על בית המשפט להחיל בבואו להסתמך על הראיה בעת קביעת משקלה.

לסיכום, ההיסק שעליו מתבסס השימוש בראיות בדבר מעשי עבר מועד לקשיים אפיסטמיים ומוסריים-חוקתיים. קשיים אלה מתגברים כאשר הראיות בדבר מעשי העבר משמשות כדי להוכיח מעין מועדות כללית של הנאשם לביצוע עבירות מהסוג שבו הוא מואשם, ולאחר מכן מועדות כללית זו משמשת לצורך היסק שלפיו הנאשם ביצע אף את העבירה שבה הוא מואשם כעת. באורח דומה, אף השימוש במעשי העבר לצורך חיזוק של מכלול הראיות וחיזוק כללי של המסקנה המרשיעה הוא סוג היסק המועד לפורענות. לעומת זאת, כאשר ראיות בדבר מעשי העבר משמשות לצורך הסקת מסקנה מטריאלית ספציפית בהתבסס על ניתוח הקשר בין מעשי העבר לאישום הנוכחי, מבלי להידרש לאופי הנאשם ומועדו לעבירות דומות, להיסק מסוג זה קיים בסיס אפיסטמי מוצק יותר, וכן הפגיעה בזכות הנאשם להליך הוגן במקרה זה פחותה. בראי כל זאת, להלן יבחן אופן ההתמודדות של מדינות המשפט המקובל עם סוגיית הראיות בדבר מעשי העבר. יוצג כי למצער חלק ממדינות המשפט המקובל אימצו הסדרים הבוחנים את המטרה של הגשת הראיה כבסיס לדוקטרינה.

ג. ראיות בדבר מעשי עבר במשפט המקובל

1. הקדמה - מגבלות השופט המקצועי

טרם בחינת גישתו של המשפט המקובל לראיות בדבר מעשי העבר של הנאשם, יש להתמודד עם טענה, שעולה לא אחת בפסיקה, שלפיה יכולת הלמידה שלנו משיטת המשפט המקובל מוגבלת בשל שיטת חבר המושבעים הנוהגת בו,¹¹⁰ זאת לעומת שופטים מקצועיים היושבים בדיון בישראל, היכולים לחסן את עצמם במידה מסוימת מהטיות שהדיוטות משפטיים חשופים להם. טיעון זה יכול לשמש כהסבר להגמשת התנאים להסתמכות על ראיות בדבר מעשי העבר בשלב בירור האשמה: אומנם דוקטרינת עדות השיטה נקלטה במקורה מן המשפט המקובל, אולם נראה כי בית המשפט סבר שהחששות הקיימים בקרב מדינות המשפט המקובל, מפני חשיפת חבר מושבעים לראיות בדבר עברו הפלילי של הנאשם, פוחתים כאשר מדובר במערכת משפטית שבה קובעי העובדות הם שופטים מקצועיים.¹¹¹ אכן, נראה כי אנשים אשר כל עולמם משפט יכולים להתמודד באופן טוב יותר עם הקשיים העולים מהתבססות

¹¹⁰ ראו עניין אבו גודה, לעיל ה"ש 63, פס' 13 (פורסם בנבו 6.4.2009) והאסמכתאות שם; כמו כן, ראו עניין שויביץ, לעיל ה"ש 13, בעמ' 447-448.

¹¹¹ שם.

על ראיות בדבר מעשי עבר.¹¹² עם זאת, יש להתייחס לטיעון זה בעירבון מוגבל. ראשית, קיים בסיס מחקרי המציג אף את מועדותם של שופטים מקצועיים להטיות קוגניטיביות אנושיות המשפיעות על הכרעותיהם.¹¹³ שנית, הקשיים האפיסטמיים שבשימוש בראיות בדבר מעשי עבר אינם היחידים, ושימוש בראיות אלה טומן בחובו גם קשיים חוקתיים-מוסריים.

זאת ועוד, למרות הנטייה לאימוץ מנגנונים של "הוכחה חופשית" בדין הישראלי,¹¹⁴ ואף על פי שהשיטה הישראלית מבוססת על שופטים מקצועיים, דיני הראיות בישראל עדיין מבוססים במידה רבה על ההסדרים המסורתיים של המשפט המקובל. הסקירה המשווה תתמקד לפיכך במדינות נבחרות מהמשפט המקובל.¹¹⁵ הסקירה תציג את הדין הנוהג באנגליה, ארצות הברית, ניו זילנד, קנדה וסקוטלנד. המדינות נבחרו הן בראי הפנייה אליהן בהקשרים אחרים בדין הישראלי,¹¹⁶ והן מאחר שהן מציגות כמה פתרונות מובחנים-יחסית לסוגיית הראיות בדבר מעשי העבר, כך שסקירת הגישות השונות תשמש כמצע לבחינת הדין הראוי שבפרק הבא.

2. אנגליה

הכלל האוסר על שימוש במעשי העבר של הנאשם לצורך הוכחת האישום הנוכחי נגדו הוא כלל עתיק יומין במשפט המקובל האנגלי.¹¹⁷ לכלל זה נוצרו חריגים, אשר התבססו על המטרה שלשמה מובאת הראיה, כאשר המטרות קוטלגו לקטגוריות שונות, ולכל קטגוריה הוצב רף ראייתי מותאם. חריג זה הותווה לראשונה בעניין *Makin*.¹¹⁸ באותו מקרה הואשמו בני זוג ברצח תינוק בן שבועות מספר שאותו אימצו זמן קצר קודם לכן בתמורה לתשלום, אשר גופתו נמצאה קבורה בגינה של ביתם הישן, לצד גופותיהם של שלושה ילדים נוספים. החקירה גילתה לא פחות מתשע גופות נוספות,

Justin D. Levinson, Mark W. Bennett & Koichi Hioki, *Judging Implicit Bias*:¹¹²
; (2017) *A National Empirical Study of Judicial Stereotypes*, 69 FLA. L. REV. 63
Jeffrey J. Rachlinski, Sheri Lynn Johnson, Andrew J. Wistrich & Chris Guthrie, *Does Unconscious Racial Bias Affect Trial Judges?*, 84 NOTRE
DAME L. REV. 1195 (2009) (להלן: Rachlinski ואחרים).

John F. Irwin & Daniel L. Real, *Unconscious Influences on Judicial Decision-Making: The Illusion of Objectivity*, 42 MCGEORGE L. REV. 1 (2010)¹¹³

להרחבה דורון מנשה "שיקול דעת עובדתי, חופש הוכחה ותיזות בדבר מקצועיות השפיטה"¹¹⁴
הפרקליט מג 83 (התשנ"ז).

במאמר מוסגר יצוין כי לא יסקרו מדינות מהשיטה הקונטיננטלית, בין היתר בראי העובדה
שמנגנונים קיימים בשיטה הקונטיננטלית להגנה מפני הרשעות שווא, וכן הסדרים ראייתיים
אחרים, כלל אינם קיימים בשיטה הישראלית. אפרת פינק ורתם רוזנברג-רובינס "על הבעיות
המוסדיות המונעות תיקון של הרשעות שווא בישראל" *מעשי משפט* 193 (2013); יעקב קדמי *על*
הראיות חלק רביעי 1972 (מהדורה משולבת ומעודכנת 2009).

מרדכי ראבילו ופבלו לרנר "על מקומו של המשפט ההשוואתי בישראל" *מחקרי משפט* כא 89, 94
(2004).¹¹⁶

לעיל ה"ש 21 וההפניות שם.¹¹⁷

עניין *Makin*, לעיל ה"ש 11.¹¹⁸

שבע מהן בגינת ביתם הנוכחי של הזוג ושתיים בגינת בית אחר, שבו התגוררו בעבר.¹¹⁹ התביעה ביקשה להוכיח מעין עדות שיטה, אשר לפיה בני הזוג נהגו לאמץ ילדים תמורת תשלום, ואז רצחו אותם ושמרו את הכסף. לצורך כך ביקשה התביעה להגיש במסגרת המשפט ראיות בקשר לנסיבות היעלמותם של הילדים האחרים. ה- Privy Council אישרה את הצגת הראיות, תוך התוויית נוסחה כללית להגשת ראיות בדבר מעשי עבר, שהתבססה על קטגוריזציה של טיב הנושא שבמחלוקת אשר הראיות מבקשות להוכיח, והתאמה של מבחן קבילות שונה לכל סוג קטגוריה.¹²⁰ למשל, לראיות בדבר מעשי עבר שהובאו לסתירת טענת חוסר תום לב הותאם רף ראיתי שונה מזה שלראיות ביחס לרכיב מסוים ביסוד העובדתי של העבירה. במקרים שבהם לא הייתה אפשרות לזהות קטגוריה ספציפית שבמחלוקת, למשל אם הנאשם מסר כפירה כללית באישום וחזית המחלוקת הייתה רחבה במיוחד, לא היה אפשר לעשות שימוש בראיות בדבר מעשי עבר כלל.¹²¹

דוגמה להבחנה בין הקטגוריות השונות אפשר למצוא בעניין Lewis.¹²² שם הואשם הנאשם בכך שביצע מעשים מגונים בשתי הבנות של בת זוגו. הנאשם מסר הכחשה גורפת ביחס לאחד מהאישומים. נקבע כי ראיות על כך שהנאשם הביע בעבר עניין בחומרים פדופיליים לא היו קבילות להוכחת אישום זה. כך, כאשר הקטגוריה שבמחלוקת עוסקת בטענת היעדר תמימות,¹²³ נכון היה בית המשפט לקבל ראיות בדבר מעשי עבר אגב הצבת רף נמוך יחסית. לעומת זאת, כאשר חזית המחלוקת רחבה, ומתייחסת לשאלה של עצם ביצועה של עבירה, או של זהות מבצעה,¹²⁴ אפשר בית המשפט הגשת ראיות בדבר מעשי עבר רק במקרים חריגים יחסית ודרש רף דמיון וייחודיות גבוה.¹²⁵

המשפט המקובל באנגליה קבע אפוא באופן מסורתי כי על בית המשפט לעמוד על הקטגוריה שבה נמצאת הסוגיה שבמחלוקת ולבחון אם הראיות בדבר מעשי העבר עומדות בתנאים לקבילות ברף הקבוע לאותה קטגוריה, מבחינת ערכן הפרובטיבי להוכחת הרכיב שבמחלוקת. הלכה זו קיבלה תפנית בעניין Boardman,¹²⁶ שם נקבע מבחן הדמיון המובהק (striking similarity) אשר התקבע בפסיקה האנגלית.¹²⁷ במסגרת מבחן זה נדרש בית המשפט לבחון אם מעשי העבר של הנאשם אכן עולים

¹¹⁹ שם.

¹²⁰ Redmayne, לעיל ה"ש 16, בעמ' 95.

¹²¹ R. v. Flack, [1969] 1 WLR 937 (Eng.).

¹²² R. v. Lewis, (1982) 76 Cr. App. R. 33 (Eng.).

¹²³ קרי הבאת ראיות לצורך הוכחת היסוד הנפשי, בדומה לדוקטרינת מעשים דומים בישראל.

¹²⁴ קרי במקרים אלה הבאת הראיות היא לצורך הוכחת היסוד העובדתי, בדומה לדוקטרינת עדות השיטה בדין הישראלי.

¹²⁵ עניין Lewis, לעיל ה"ש 122.

¹²⁶ עניין Boardman, לעיל ה"ש 12; Finn Keyes, *Unloosing the Gordian Knot: The Scope of the Exclusionary Rule for Bad Character Evidence in Irish Law*, 8

KING'S INNS STUDENT L. REV. 195, 201-202 (2019).

¹²⁷ שם.

לכדי דמיון מובהק, הקרוב לטביעת אצבע.¹²⁸ בחלוף השנים נשמרה הדרישה המחמירה לטביעת אצבע נשמרה למקרים שבהם התביעה מבקשת להוכיח את זהות הנאשם, בשונה משימוש בראיות בדבר מעשי עבר להוכחת עובדות מטריאליות אחרות, שבהן יושם ככלל מבחן המודד את הערך הפרובטיבי של הראיה לעומת הנזק הטמון בה להגנת הנאשם.¹²⁹

עולה אפוא שהמשפט המקובל באנגליה נותר ככלל נאמן לגישה המגבילה את השימוש בראיות בדבר מעשי עבר של הנאשם לצורך הוכחת אשמתו בתיק הנוכחי. גישה זו הובילה, בין היתר, לכמה החלטות מעוררות מחלוקת בתחילת המאה העשרים ואחת, שבהן הפכו בית המשפט לערעורים ובית הלורדים החלטות שהתירו שימוש במעשי עבר להוכחת עבירות מין.¹³⁰ בכלליות, באותה העת גברה המודעות ביחס לעבירות מין וקשיי ההוכחה שהן יוצרות והתעוררה ביקורת ציבורית סביב ההלכה הנוהגת, אשר התווספה להלך רוח כללי בציבור האנגלי שביקש להחמיר את גישת מערכת המשפט הפלילי לעבריינים ונאשמים.¹³¹ ביקורת זו הובילה לחיקוקו של פרק 1 בחלק 11 לחוק הצדק המשפטי (Criminal Justice Act),¹³² אשר שינה את ההסדר המשפטי הנוהג באנגליה ביחס לקבילותן של ראיות בדבר מעשי עבר. התיקון לחוק הוצדק על ידי ראש הממשלה דאז, טוני בלייר, בכך שהוא "שם את נפגעי העבירה ראשונים".¹³³

סעיף 101 לחוק יצר חלופות אחדות לקבילותן של ראיות בדבר מעשי עבר, והעיקרית שבהן קובעת שראיות בדבר מעשי עבר יהיו קבילות אם הן רלוונטיות לנושא שבמחלוקת.¹³⁴ החרוג מאפשר את הגשתה של כל ראיה בדבר מעשי עבר אם היא

¹²⁸ שם. מעניין לציין כי עניין Boardman הוכרע בשנת 1975, חמש שנים לפני הלכת כהן. במובן זה, בעוד המשפט הישראלי הלך לכיוון הקלה ברף לשימוש בראיות בדבר עדות שיטה, המשפט המקובל באנגליה נטה לכיוון ההפוך.

¹²⁹ עניין P., לעיל ה"ש 12; R. v. Kumar, [2005] EWCA Crim 3549; R. v. Z., [2000] 2 AC 483; בהקשר זה ראו R. v. Randall, [2004] 1 WLR 56. פסק הדין הנידון הוכרע בסמוך לפני הרפורמה של שנת 2003.

¹³⁰ R. v. Cowie, [2003] EWCA Crim 3522; R. v. Musquera, [1999] Crim LR 857; לדוגמאות נוספות ובידון בביקורת כלפי ההלכה ראו Redmayne, לעיל ה"ש 16, בעמ' 107-106. ¹³¹ DAVID GARLAND, THE CULTURE OF CONTROL (2001); Leon Radzinowicz, *Penal Regressions*, 50(3) CAMBRIDGE L. J. 422 (1991); STEPHEN FARRALL & COLIN HAY, THE LEGACY OF THATCHERISM (2014); וראו את הספר הלבן הממשלתי CJS, JUSTICE FOR ALL, Cm. 5563, § 4.52, 4.56, and 4.57. המסביר את הטעמים לרפורמה (TSO, 2002).

¹³² Criminal Justice Act 2003, c. 44 (Eng.) (להלן: חוק הצדק המשפטי). ¹³³ Sarah Brown, Beverley Steventon, *The Admissibility of Bad Character Evidence*, 13 COVENTRY L. J. 1 (2008).

¹³⁴ ס' 101(d)(1) לחוק הצדק המשפטי, לעיל ה"ש 132; בין החלופות האחרות, הסעיף קובע כי ניתן להגיש ראיות בדבר מעשי העבר ככל שיש להן ערך הסברי משמעותי או כאשר הנאשם הביא ראיות ביחס למעשי העבר של עדים אחרים (למשל, המתלונן). הסעיף העוסק ברלוונטיות לנושא שבמחלוקת הינו סעיף סל אשר ממילא טומן בחובו את מרבית החרגים האחרים. ראו Redmayne, לעיל ה"ש 16, בעמ' 147.

ס' 103(1)(a) לחוק הצדק המשפטי, לעיל ה"ש 132. הסעיף קובע כי התביעה תוכל להגיש ראייה בדבר מעשי עבר להוכחת מועדות הנאשם לביצוע עבירות דומות, למעט במקרים שבהם מועדות זו אינה רלוונטית לאישום הנוכחי (Redmayne, לעיל ה"ש 16, בעמ' 163).

David Culberg, *The Accused's Bad Character: Theory and Practice*, 84 (2009) 1343, 1349 NOTRE DAME L. REV. 19; Cr.App.R. [2006] 1 R. v. Weir, (להלן: עניין Weir); Redmayne, לעיל ה"ש 16, בעמ' 150; עוד ראו את הנחיות התביעה הפלילית באנגליה: Crown Prosecution Service, *Bad Character Evidence*, CPS, GUIDELINES (10.9.2021): <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/bad-character-evidence>.

למשל, החוק מתיר במפורש את הצגתן של עבירות עבר שבהן הורשע הנאשם, למעט במקרים שבהם הצליח הנאשם להראות כי הגשת הראיה תחטא לעקרונות הצדק (ס' 103(3) לחוק הצדק המשפטי).

עניין Weir, לעיל ה"ש 136; Redmayne, לעיל ה"ש 16, בעמ' 150.

Shane Kennedy, *Reform of the Exclusionary Rule in Relation to Evidence of Bad Character and Misconduct Evidence*, 13 HIBERNIAN L. J. 98, 109 (2014); James; (ROBERTS & ZUCKERMAN'S CRIMINAL EVIDENCE 664 (3d ed. 2022)) Goudkamp, *Bad Character Evidence and Reprehensible Behaviour*, 12 INT'L EVIDENCE & PROOF 116 (2008) Keys; J., לעיל ה"ש 126, בעמ' 220.

R. v. Hanson, [2005] 1 WLR 3169. ההלכה שנקבעה בפסק הדין נותרה בעינה עד היום. ראו ,Roberts & Zuckerman's R. v. Hunter and Ors, [2015] EWCA (Crim) 631 לראיה.

R. v. Campbell, [2007] 1 WLR 2798; 664, בעמ' 139, לעיל ה"ש 136.

Kennedy, לעיל ה"ש 139; [2005] EWCA (Crim) R v. Edwards & other appeals, ("under the new regime it is apparent that Parliament intended that evidence would be put before juries more frequently than hitherto had been R. v. Peace, [2022] EWCA (Crim) 879; R. v. Mitchell, [2016] UKSC; the case") ; R v. Cambridge, [2011] EWCA ; R v. Howe, [2017] EWCA (Crim) 2400 ; 55 (Crim) 2082 EWCA [2018] R.v. Thompson, 2009 (Crim) ראו לעיל ה"ש 136 וההפניות שם. Keyes, לעיל ה"ש 126, בעמ' 221; [2006] 1 WLR 1885 (Eng.) R. v. Weir, [2006] 1 WLR 1885 (Eng.)

3. ארצות הברית

בעברו של המשפט האמריקאי הייתה האפשרות להציג ראיות בדבר שיטת ביצוע מוגבלת ביותר ו"התכתבה" עם גישת המשפט האנגלי.¹⁴² עם השנים רוככה גישה פסיקתית זו¹⁴³ והתביעה יכלה להביא אף ראיות שאינן עומדות ברף של "דמיון מובהק" בחלק מן המקרים.¹⁴⁴ ואולם, גישה המחמירה עם ראיות שנועדו להוכיח את זהותו של מבצע העבירה נותרה בעינה.¹⁴⁵

גישת המשפט האמריקאי לראיות בדבר מעשי עבר הוסדרה בחקיקה בשנת 1975. סעיף 403 לחוק הראיות הפדרלי¹⁴⁶ קובע כי אין להביא ראיות בדבר מעשי עבר של נאשם כאשר מטרתם להעיד אך ורק על מועדותו לביצוע עבירות. כך, הסעיף קובע כי כדי להציג ראיות בדבר מעשי העבר של הנאשם על המדינה להראות כי (1) הראיות רלוונטיות לעובדה מטריאלית הנמצאת בדיון; (2) הבאתה של הראיה צריכה להיעשות למטרה לגיטימית; (3) ערכה הפרובטיבי של הראיה צריך לעלות על הנזק שהיא עלולה לגרום להגנת הנאשם.¹⁴⁷ באופן מסורתי, בתי המשפט פירשו את התנאים בצורה מחמירה וככלל לא אפשרו לעשות שימוש בראיות מעברו הפלילי של הנאשם למעט מקרים קיצוניים ביותר של שיטה ברורה, חזרתית וייחודית;¹⁴⁸ קריאה מחמירה זו של

¹⁴² People v. Molineux, 168 N. Y. 264, 314-313 (1901).

¹⁴³ Stone, לעיל ה"ש 21 בעמ' 1031.

¹⁴⁴ ראו למשל: Edward Pare III, *Restoring the Character Evidence Rule: Reconsidering Evidence of Crimes, Wrongs, and Other Acts in Rhode Island*, 399 (2016) 399 U. L. REV. 21; ROGER WILLIAMS, Melilli, לעיל ה"ש 101.

¹⁴⁵ Joan L. Larsen, Of Propensity, Prejudice, and Plain Meaning: The Accused's Use of Exculpatory Specific Acts Evidence and the Need to Amend Rule 404(b), 87 NW. U. L. REV. 651, 652 (1992). וכן ראו ה"ש 148 לאסמכתאות בדבר כללים דומים ברוב הערכאות השיפוטיות בארצות הברית.

¹⁴⁶ Fed. R. Evid. 403.

¹⁴⁷ Larsen, לעיל ה"ש 145, בעמ' 654.

¹⁴⁸ David M. De La Paz, Sacrificing the Whole Truth: Florida's Deteriorating Admissibility of Similar Fact Evidence in Cases of Child Sexual Abuse, 15 Michael Sean Quinn, The Jurisprudence ; N.Y.L SCH. J. HUM. RTS. 499 (1999); of Similar Acts Evidence in the Eighth Circuit, 48 UMKC L. REV. 342 (1980); Chris Chambers Goodman, The Color of Our Character: Confronting the Racial Character of Rule 404(b) Evidence, 25 LAW & INEQ. 1 (2007). אי-אפשר להתעלם אף מהקושי לראות את הדיון האמריקאי כמקשה אחת. אכן, הערכאות השיפוטיות הרבות והשונות בארצות הברית הגיעו לעיתים להחלטות שונות בנושא (לעניין זה ראו Glen Weissenberger, Making Sense of Extrinsic Act Evidence: Federal Rule of Evidence 404(b), 70 IOWA L. REV. 579 (1985)). בכל מקרה, נראה כי נכוחה היא העמדה הכללית כפי שפורט לעיל, שלפיה השתמרה ההלכה לעניין קיומה של דרישה מחמירה של מעין "טביעת אצבע" לצורך הוכחת זהותו של מבצע העבירה, בשונה מרכיב אחר של היסוד העובדתי.

הסעיף היא תוצר של תיקון 5 לחוקה האמריקאית, המבטיח את הזכות החוקתית להליך הוגן.¹⁴⁹

גישה מחמירה זו הלכה והתפתחה עם השנים, ולאחרונה זוהתה מגמה להקלת הדרישות לקבילותן של ראיות בדבר מעשי עבר בעברות מין. מגמת הפסיקה של בתי המשפט הפדרליים לערעורים,¹⁵⁰ בפרט כאשר מדובר בתיקי עבירות מין. מגמת הפסיקה של בתי המשפט הפדרליים לערעורים מאופיינת בהיעדר עקיבות פנימית וכן היעדר עקיבות בין גישותיהם של בתי המשפט השונים, והכול כאשר בית המשפט העליון לא התערב בינתיים בהגמשה שחלה בהלכה וכן בהיעדר העקיבות המסוימת המצויה בה.¹⁵¹ דוגמה להקלה בגישה אפשר לראות בנכונות שמגלים בתי המשפט לקבל ראיות על סחר בסמים בעבר כדי להוכיח מודעות ומטרה לסחור בסמים גם באישומים נוכחיים.¹⁵²

באופן כללי, ראיות בדבר עדות שיטה, ובאופן נקודתי תחולתו של סעיף 404 לחוק הראיות, הן אחד הנושאים השנויים ביותר במחלוקת בתחום דיני הראיות בארצות הברית,¹⁵³ ומלומדים ציינו כי מדובר "בנושא המדובר ביותר בתחום דיני הראיות בעת המודרנית".¹⁵⁴ מחד גיסא, יש הרואים בו כלי הכרחי לצורך הרשעה של עבריינים המבצעים עבירות אשר קשה באופן אינהרנטי להתחקות אחריהן, כדוגמת עבירות מין בילדים.¹⁵⁵ מאידך גיסא, יש הרואים בסעיף ובשימוש בראיות בדבר חשדות עבר, בעיקר כאשר אלה לא הובילו לאישום פלילי, דוקטרינה גזענית שנועדה לאפשר הרשעה של קבוצות אוכלוסין שמעצם טיבן "זוכות" להיתקלות מוגברת עם המשטרה וכן לפתיחת חקירות רבות יותר בעניינם.¹⁵⁶

Fang Bu, Searching for a Better Constitutional Guarantor for FRE 413-415: The Conflict among Circuits Applying the FRE 403 Balancing Test and a New Aviva Orenstein, Deviance, ; Solution, 2016 U. ILL. L. REV. 1905, 1907 (2016) Due Process, and the False Promise of Federal Rule of Evidence 403, 90 United States v. Powell, 587 F.2d 443 (9th Cir. ; CORNELL L. REV. 1487 (2005) 1978).

את מקורה של גישה גמישה זו ניתן לזהות עוד בפסיקתו של בית המשפט העליון בעניין Huddleston v. United States, 485 U.S. 681 (1988).

Dorie Klein, One Step Backward: The Ninth Circuit's Unfortunate Rule 404(b) Decision in United States v. Lague, 55 LOY. L. A. L. REV. 739, 760, 767 United States v. Gomez, 763 F.3d 845, 853 (2014) ; (2022).

Hillel J. Bavli, Character Evidence as a Conduit for Implicit Bias, 56 UC United States v. Smith, DAVIS L. REV. 1019, 1035 (2023) United States v. Williams, 534 F.3d 980, ; 789 F.3d 923, 930-929 (8th Cir. 2015) Gillian R. Chadwick, Reorienting the Rules of Evidence, ; 984 (8th Cir. 2008) 39 CARDOZO L. REV. 2115 (2018).

Jeffrey Bellin, The Evidence Rules That Convict the Innocent, 106 CORNELL L. REV. 305 343 (2021).

Edward J. Imwinkelried, The Evolution of the Use of the Doctrine of Chances as Theory of Admissibility for Similar Fact Evidence, 22 ANGLO-AM. L. REV. 73, 74 (1993).

ראו De La Paz, לעיל ה"ש 148.

ראו Goodman, לעיל ה"ש 148.

לצד גישה כללית זו של הדין האמריקאי ביחס לשימוש בראיות בדבר מעשי העבר של הנאשם, בשנת 1995 נוספו לחוק הראיות הפדרלי סעיפים 413-415, המסדירים את השימוש בראיות בדבר מעשי העבר של הנאשם בתיקי עבירות מין, ובפרט בתיקי עבירות מין בילדים.¹⁵⁷ לשון החוק קובעת כי בתיקי עבירות מין (סעיף 413) או עבירות מין בילדים (סעיף 414), יהיו קבילות ראיות הבאות להוכיח כל (any) מעשה עבירה מין או עבירה מין בילדים, ויהיה אפשר להגיש ראיות אלה "לכל צורך רלוונטי".¹⁵⁸ סעיף זה מרחיב אפוא את האפשרות להשתמש בראיות בדבר מעשי עבר בתיקי מין. מסיבה זו גם נמתחה עליו ביקורת חריפה, בין השאר על ידי ועדה שיפוטית מטעם בית המשפט העליון האחראית על מתן המלצות לקונגרס על חקיקה הקשורה לדיני הראיות.¹⁵⁹ נטען כי החקיקה סותרת את עקרון היסוד שלפיו הנאשם נשפט לפי מעשה ספציפי, ולא לפי מוסריותו הכללית או מועדותו הכללית לביצוע עבירות, אשר בית המשפט העליון קבע בעבר שמדובר בשיטה בלתי לגיטימית ובלתי חוקתית להוכחת עבירות בהליך הפלילי.¹⁶⁰

4. ניו זילנד

עד לשנת 2006 עוגנה עדות השיטה בניו זילנד במשפט המקובל שפיתחו בתי המשפט, אשר ככלל התחקה אחר הגישה האנגלית להגבלת האפשרות להשתמש בראיות בדבר מעשי העבר של הנאשם להוכחת אשמתו.¹⁶¹ במסגרת חוק הראיות שנחקק בשנת 2006 הוסדרה סוגיית עדות השיטה והמעשים הדומים בסעיפים 43-44 לחוק.¹⁶² בניגוד לאנגליה, הרפורמה הסטטוטורית בניו זילנד דאגה ליצור שומרי סף אחדים במטרה למנוע שימוש יתר בראיות בדבר מעשי עבר.¹⁶³ כשלם מקדמי נקבע כי על בית המשפט להחליט אם הראיה שבפניו הינה ראיה בדבר מעשי עבר של הנאשם. ההגדרה לראיה על מעשי עבר היא "ראיה אשר בכוחה להצביע על כך שהאדם נוהג לפעול בצורה מסוימת, או להיות בעל יסוד נפשי מסוים".¹⁶⁴ כפי שיוצג להלן, הגדרה רחבה זו באה דווקא בעוכרי המנסה להגיש את הראיה, שכן הגדרת הראיה ככזו

¹⁵⁷ Fang Bu, *Searching for a Better Constitutional Guarantor for FRE 413-415: The Conflict among Circuits Applying the FRE 403 Balancing Test and a New Solution*, 2016 U. ILL. L. REV. 1905 (2016).

¹⁵⁸ FED. R. EVID. 415-414.

¹⁵⁹ Bu, לעיל ה"ש 157, בעמ' 1911; Judicial Conference of the U.S., *Report of the Judicial Conference on the Admission of Character Evidence in Certain Sexual Misconduct Cases*, 159 F.R.D. 51, 52 (J.P.L.M 1995).

¹⁶⁰ Bu, לעיל ה"ש 157, בעמ' 1912.

¹⁶¹ Ian Ko, *Pedophilic proclivities and the assumption of homogeneity - A psychological critique of the Court of Appeal jurisprudence concerning the propensity evidence in cases of child sex abuse*, 3 NZ L. STUD. J. 296, 299 (2014).

¹⁶² Evidence Act 2006, § 44-43 (N.Z.). (להלן: חוק הראיות הניו זילנדי).

¹⁶³ Richard Mahoney, *Similar Fact Evidence*, 55 CRIM. L. Q. 22, 23 (2009).

¹⁶⁴ סי' 40 (1) לחוק הראיות הניו זילנדי.

שנועדה להוכיח מעשי עבר מחייבת את עמידתה בתנאי הקבילות המחמירים של סעיף 165.44 לאחר שהוחלט כי מדובר בראיה בדבר מעשי העבר של הנאשם, בית המשפט עובר לשקול את ערכה הפרובטיבי של הראיה מול הנזק שהיא עלולה לגרום להגנת הנאשם.¹⁶⁶ לשם כך על בית המשפט לקבוע את העובדה המטריאלית אשר לשמה הראיה מוגשת (קרי מטרת הגשת הראיה)¹⁶⁷ ולבחון את הערך של הראיה בהוכחת עובדה זו.¹⁶⁸ במסגרת שקילת הערך הפרובטיבי על בית המשפט להביא בחשבון את הנושאים הבאים: (1) טווח הזמנים בין המקרים; (2) מספר המקרים; (3) מידת הדמיון בין המקרים; (4) מספר האנשים שמאשימים את הנאשם בביצוע המעשים שמיוחסים לו; (5) הייחוד של מעשי העבר והמעשים שבהם הנאשם מואשם; (6) אם קבילות הראיות והתבססות עליהן יקבלו משקל לא פרופורציונלי בעת קביעת האשמה.¹⁶⁹

פרשנות התיקון התחיקתי הגיע פעמים מספר לפתחו של בית המשפט העליון בניו זילנד. פסק הדין המנחה בתחום, עניין *Mahomed v. R*,¹⁷⁰ שרטט את קווי הגזרה המגבילים של השימוש בראיות בדבר מעשי עבר של הנאשם בדין הניו-זילנדי. באותו עניין, תינוקת בת עשרה שבועות מתה עקב חבלות בראשה, ונתיחה לאחר המוות הראתה כי החבלות נגרמו לתינוקת 12 שעות לפני שהגיעה לבית החולים. בית המשפט העליון של ניו זילנד בחן את האפשרות לקבל ראיה על אירוע הזנחה הורית שביצע האב בתינוקת שבועות מספר לפני מותה.¹⁷¹ בית המשפט קבע כי בראי הקריטריונים שהוגדרו בדין עולה ספק מהו הערך הפרובטיבי של הראיה. עוד קבע בית המשפט כי אף אם הייתה הראיה רלוונטית במידה מסוימת, ברי כי הנזק להגנת הנאשם עולה באופן ניכר על ערכה הפרובטיבי, ולכן אין היא קבילה להוכחת אישום הרצח.¹⁷²

5. קנדה

באופן היסטורי, ההלכה הקנדית לא אפשרה הגשת ראיות בדבר מעשי עבר כדי להוכיח "שיטת ביצוע".¹⁷³ עם זאת, בראי התפתחותה של ההלכה באנגליה, אף הדין

¹⁶⁵ זאת, כאשר המבחן לראיה שלא הוגדרה כראיה בדבר מעשי עבר הוא מבחן הרלוונטיות הכללי, המוסדר בסעיף 8 לחוק.

¹⁶⁶ Andrea Ewing, *Disputed Propensity Evidence*, 2013(1) N.Z. L. REV. 35, 37 (2013).

¹⁶⁷ Stephanie Bishop & Elizabeth McDonald, ;Freeman v. R., [2010] NZCA 230 *What's in an Issue? The Admissibility of Propensity Evidence in Acquaintance Rape Cases*, 17 CANTERBURY L. REV. 168, 170 (2011).

¹⁶⁸ ס' 243 (2) לחוק הראיות הניו-זילנדי; Ko, לעיל ה"ש 161, בעמ' 300.

¹⁶⁹ ס' 43 לחוק הראיות הניו-זילנדי.

¹⁷⁰ Mahomed v. R. [2011] NZSC 52, [2011] 3 NZLR 145.

¹⁷¹ שם, פס' 77-75.

¹⁷² שם, פס' 32. לדיון בהשלכות פסק הדין ראו Scott Optican, *Evidence*, 2019 N.Z. L. REV.

David Hamer, *The Legal Structure of Propensity Evidence*, 20 ; 565, 577 (2019).

INT'L J. EVIDENCE & PROOF 136, 141 (2016).

¹⁷³ Mahoney, לעיל ה"ש 163, בעמ' 25.

הקנדי החל לאפשר הגשת ראיות בדבר מעשי עבר של הנאשם.¹⁷⁴ במהלך שנות השמונים התקבעה בקנדה ההלכה שלפיה ראיה בדבר מעשי עבר תהיה קבילה כאשר ערכה הפרובטיבי עולה על הנזק שתגרום להגנת הנאשם ולזכותו למשפט הוגן.¹⁷⁵ בראי הלכה כללית זו, עניין Handy משנת 2002 התווה את העקרונות הכלליים לשימוש בראיות בדבר מעשי עבר של נאשם.¹⁷⁶ באותו עניין, המתלוננת פגשה כבר את המערער, שאותו היא הכירה במשך חודשים מספר. המתלוננת והמערער הלכו יחדיו לבית המערער וקיימו אינטראקציה מינית, שהפכה לאלימה. השאלה המשפטית שעמדה בפני בית המשפט היא אם העבר האלים של המערער כלפי אשתו הינו ראיה קבילה להוכחת מעשיו. הערכאה הדיונית קבעה כי לא היה אפשר להגיש את הראיות, מאחר שנזקן לזכות המערער להליך הוגן עולה על ערכן הפרובטיבי, ומכאן הערעור לבית המשפט העליון.

בית המשפט קבע כי קיימת חזקה שלפיה מעשי העבר של הנאשם אינם קבילים בשלב הוכחת האשמה.¹⁷⁷ עם זאת, התביעה יכולה לסתור חזקה זו בכפוף לעמידתה במבחן דו שלבי. בשלב הראשון, הראיה נדרשת לעמוד במבחן סף: על הראיה בדבר מעשי עבר לעסוק במעשים שאותם ביצע הנאשם, ואשר להם יש רלוונטיות להוכחת עובדה שבמחלוקת באישום הנוכחי.¹⁷⁸ אם עמדה הראיה במבחן הסף, יבחן בית המשפט אם ערכה הפרובטיבי עולה על הנזק שלה לתדמית הנאשם ולזכותו למשפט הוגן.¹⁷⁹ במסגרת בחינת הערך הפרובטיבי של הראיה בית המשפט נדרש לענות על השאלה הבאה: האם הקרבה בין המעשים הקודמים למעשים המיוחסים במסגרת כתב האישום היא כה גדולה, עד שיהיה זה לא הגיוני לקבוע כי הייחוס של שניהם לנאשם הוא תוצר של צירוף מקרים.¹⁸⁰ לצורך מתן תשובה על שאלה זו ציין בית המשפט כמה קריטריונים שעל בסיסם תיבחן קבילות העדות: (1) טווח הזמנים בין האירוע; (2) מספר הפעמים שבהן האירועים הדומים חזרו על עצמם; (3) מידת הדמיון בנסיבות האופפות את האירועים; (4) ייחודם של האירועים; (5) קיומם של גורמים או אירועים מתערבים בין האירועים.¹⁸¹ על בסיס הדברים האלה קבע בית המשפט כי הנזק שגרמו

¹⁷⁴ כאשר ההתפתחות של הדין בקנדה תאמה ככלל את ההתפתחות באנגליה. R. v. Percy, 2020 NSCA 11. ¶47 (להלן: עניין Percy).

¹⁷⁵ Sweitzer v. Queen, [1982] 1 S.C.R. 949, at 959 (Can.).

¹⁷⁶ Ryan Elias, Unlikable and before the ; R. v. Handy, [2002] 2 S.C.R. 908 (Can.)
Jury: Does Non-Probativ Character Evidence Increase the Risk of Wrongful
Mike Redmayne, Similar Facts, ; Conviction?, 63 CRIM. L.Q. 567, 571 (2016)
Familiar Obfuscation: R v Handy, 6 INT'L J. EVIDENCE & PROOF 243 (2002)

¹⁷⁷ שם, פס' 55. ראו גם R. v. Z.W.C. (2021), 155 O.R. 3d 129, ¶96 (Can.) (להלן: עניין Z.W.C.).

¹⁷⁸ R. v. Luciano, [2011] ONCA 89, ¶227; עניין Handy, לעיל ה"ש 176, בפס' 69.

¹⁷⁹ שם, בפס' 49.

¹⁸⁰ עניין Handy, לעיל ה"ש 176, בפס' 41. וראו עניין Percy, לעיל ה"ש 174, בפס' 67.

¹⁸¹ Mahoney, לעיל ה"ש 163, בעמ' 26-31; עניין Z.W.C., לעיל ה"ש 177.

הראיות באותו התיק לתדמית הנאשם ולזכותו להליך הוגן עלה באופן ניכר על ערכן הפרובטיבי, ולכן צדקה הערכאה הדיונית בקביעתה שהראיות לא היו קבילות.¹⁸² לאורך השנים נותרה ההלכה הקנדית שמרנית יחסית בכל הקשור לקבילותן של ראיות בדבר מעשי עבר.¹⁸³ דוגמה לכך אפשר למצוא בעניין Z.W.C. משנת 2021.¹⁸⁴ הנאשם, מהגר מסין, הואשם בכך שביצע במשך שנים עבירות מין באשתו ובבתו. המשפחה היגרה לקנדה בשנת 2009. בהתאם לעובדות כתב האישום, הנאשם ביצע באשתו ובבתו עבירות מין ואלימות חמורות בין השנים 2009 ל-2014. בשנת 2014 נודע לאשתו של הנאשם כי ביצע יחסי מין ללא הסכמה מהווה עבירה בקנדה, והיא התלוננה במשטרה. בסמוך לאותה העת חשפה בתו של הנאשם בפני פסיכיאטר את עבירות המין שביצע בה הנאשם, ובעקבות זאת התלוננה למשטרה. בזמן ניהול ההליך ביקשה התביעה להגיש ראיות על מעשים שביצע הנאשם בביתו ובאשתו שלא היו חלק מכתב האישום, בין השאר מעשים שביצע לפני שהוזג עבר לקנדה וכן מעשים שבוצעו לאחר המעבר ואשר לא נכללו בכתב האישום. השופט בערכאה הדיונית התיר את הגשת הראיות. בתום ההליך הורשע הנאשם בעבירות שיוחסו לו.¹⁸⁵ בערעורו לבית המשפט לערעורים טען הנאשם כי הגשת הראיות בוצעה בניגוד להלכת Handy, שכן הנזק הטמון בהן עולה על ערכן הפרובטיבי. בית המשפט קיבל את הערעור והורה על עריכת משפט חדש.¹⁸⁶ בית המשפט קבע כי הגשת הראיות היא בעלת קושי כפול – הן הקושי המוסרי והן קושי הסתמכות היתר, שתוארו לעיל. בין היתר, נקבע כי היקף הראיות שביקשה התביעה להגיש, כמו גם חומרתן (אחד האירועים שהוגשו כלל תקיפה מינית שביצע הנאשם בעוד אשתו מתאוששת מלידה), אינם מוצדקים מבחינת התוספת הפרובטיבית הנובעת מהגשתן לעומת נזקן להגנת הנאשם. בתוך כך עמד בית המשפט על הגישה המגבילה של הדין הקנדי בהגשת ראיות בדבר מעשי עבר.¹⁸⁷

6. סקוטלנד

הדין הסקוטי יוצא דופן בהשוואה למדינות המשפט המקובל במגבלות שהוא מתווה על שימוש בראיות בדבר מעשי עבר של הנאשם.¹⁸⁸ הדין הסקוטי בנוגע לשימוש

¹⁸² עניין Handy, לעיל ה"ש 176, פס' 153.

¹⁸³ כאשר עניין Handy נותר ההלכה השרירה בפסיקות בית המשפט העליון (R. v. Grant, [2015] 3 SCR 3, ¶31 (Can.); S.C.R. 475, ¶32 (Can.) (R. v. Goldfinch, [2019] 3 SCR 3, ¶31 (Can.)) ובתי המשפט לערעורים במדינות (R. v. Tsirlash, [2019] ONCA 650; R. v. Bent, [2016] ONCA 651 (להלן: עניין Bent); R. v. McDonald, [2017] ONCA 568; R. v. Durant, [2019] ONCA 74; R. v. J.W., [2022] ONCA 306; R. v. Whitehead, [2022] SKCA 19; v. Gareau, [2016] NSCA 75).

¹⁸⁴ עניין Z.W.C., לעיל ה"ש 177.

¹⁸⁵ שם.

¹⁸⁶ שם, בפס' 133 לפסק הדין.

¹⁸⁷ שם, בפס' 96 לפסק הדין וההפניות שם.

¹⁸⁸ Fiona E. Raitt, *The Evidential Use of Similar Facts in Scots Criminal Law*, 7 EDINBURGH L. REV. 174, 182 (2003).

ראיות בדבר מעשי עבר תואר כמבלבל, חסר עקיבות, ונטוע בכמה הלכות נפרדות הנוגעות לקטגוריות שונות של מטרות שלשמן הראיות מוגשות.¹⁸⁹ יצוין כי מערכת המשפט הסקוטית אומנם שואבת לעיתים השראה מן הדין האנגלי, אולם הכרעותיה הן עצמאיות וכפופות לדינים עצמאיים, ואכן לעיתים מתפתחים פערים בין השיטות.¹⁹⁰ פקודת סדר הדין הפלילי הסקוטית אוסרת, בדומה למצב בישראל, על הגשתן של ראיות בדבר מעשי העבר של הנאשם,¹⁹¹ זאת למעט במקרים שבהם הגשת הראיות נועדה לסתור טענות של הנאשם עצמו על אופיו החיובי או כאשר הנאשם תקף את הרקע של אחד מעדי התביעה.¹⁹² אם התביעה מעוניינת להגיש ראיות בדבר מעשי עבר בסקוטלנד, עליה להסתמך אפוא על המשפט המקובל במדינה. מקור השימוש בראיות בדבר מעשי עבר במשפט המקובל הסקוטי מצוי באימוץ של הלכת Makin האנגלית.¹⁹³ בתוך כך, הדין הסקוטי קבע כי ראיות בדבר מעשי עבר יוכלו לשמש לצורך הוכחת היסוד הנפשי של הנאשם, לרוב במטרה להוכיח היעדר תמימות במעשיו.¹⁹⁴ לצד חריג זה, הנוגע ליסוד הנפשי, הדין הסקוטי מאפשר הגשת ראיות בדבר מעשי עבר בכפוף לתנאי הלכת Moorov.¹⁹⁵ על דרך הכלל, הדין הסקוטי דורש "סיוע" עצמאי לכל ראיה מפלילה כדי להרשיע נאשם בפלילים.¹⁹⁶ דרישת סיוע זו מקשה מטבע הדברים להביא להרשעה במקרים שבהם התיק מבוסס על עדות יחידה, לרוב של נפגע העבירה. במענה לקושי זה התפתחה הלכת Moorov, אשר קובעת כי כאשר בתיק אחד קיימות שתי האשמות דומות או יותר, האישומים יכולים להיות סיוע זה לזה. הלכה זו הייתה במקורה מגבילה במיוחד ודרשה דמיון משמעותי בין האירועים, וכן לא אפשרה להשתמש בהלכה כדי להוכיח את זהותו של מבצע העבירה.¹⁹⁷ ואולם, תנאי

¹⁸⁹ Findlay Stark, *Wiping the Slate Clean: Reforming Scots Law's Approach to* ; *Evidence of the Accused's Bad Character*, 76(2) MOD. L. REV. 346, 352 (2013) SCOTTISH LAW COMMISSION, REPORT ON SIMILAR FACT EVIDENCE AND THE MOOROV DOCTRINE. 2012, Scot. L. Com. Report No.229, § 2.4 (Scot.) (להלן: דוח הוועדה הסקוטית).

¹⁹⁰ Raitt, לעיל ה"ש 188, בעמ' 182.

¹⁹¹ Criminal Procedure (Scotland) Act 1995, § 266(4).

¹⁹² Criminal Procedure (Scotland) Act 1995, § 266(4)(b), 266(4)(c).

¹⁹³ עניין Makin, לעיל ה"ש 11. ההלכה הוחלה בדין הסקוטי בעניין HM Advocate v. Joseph, [1929] JC 55 (Scot.) וראו Fraser P. Davidson, 'Similar Fact' (להלן: עניין ג'וזף). EVIDENCE LAW 97 (Peter Duff and Pamela R. Ferguson eds., 2021) *Evidence and Moorov: Time For Rationalisation?*, in SCOTTISH CRIMINAL

¹⁹⁴ שם, בעמ' 98; Raitt, לעיל ה"ש 188, בעמ' 183. עניין ג'וזף, לעיל ה"ש 193; Leggate v. HM Advocate, [1988] JC 127 (Scot.). Stark, לעיל ה"ש 189, בעמ' 350.

¹⁹⁵ Moorov v. HM Advocate, [1930] JC 68 (Scot.).

¹⁹⁶ שם; Stark, לעיל ה"ש 189, בעמ' 350; Raitt, לעיל ה"ש 188, בעמ' 185-186; Ilona Cairns, *The Moorov Doctrine and Coercive Control: Proving 'Courde Behavior' Under s. 1 of the Domestic Abuse (Scotland) Act 2018*, 24(4) INT'L J. EVIDENCE & PROOF 396, 397 (2020).

¹⁹⁷ עניין Moorov, לעיל ה"ש 195; Cannell v. HM Advocate, [2009] HCJAC 6, SCCR ; MR v. HM Advocate, [2013] 351; Stark, לעיל ה"ש 189, בעמ' 351; Davidson, HCJAC 8 (Scot.) ; McMahon v. HM Advocate, [2013] 102; Stark, לעיל ה"ש 193, בעמ' 102.

הדמיון רוככו עם השנים, ובעניין Howden משנת 1994 הוחלה הלכת Moorov אף על מקרים שבהם מטרת הבאת הראיה היא לצורך זיהוי של מבצע העבירה.¹⁹⁸ למרות הריכוך המסוים,¹⁹⁹ הלכת Moorov, אשר מקורה בשנות השלושים, נשתמרה עם השנים²⁰⁰ והינה הדרך היחידה בדין הסקוטי לשימוש בראיות בדבר מעשי עבר לצורך הוכחת היסוד העובדתי של העבירה.²⁰¹ על ההלכה הסקוטית נמתחה ביקורת רבה,²⁰² ונטען כי היא יוצרת הגנה רחבה מדי עבור נאשמים. בשנת 2007 הוקמה ועדה ממשלתית לבחינת הסוגיה. הוועדה הגישה את ממצאיה הסופיים בשנת 2012.²⁰³ במסגרת דוח הוועדה הוצעה רפורמה רדיקלית בדין הנוהג, כך שראיות בדבר מעשי עבר יהיו כפופות מעתה למבחן הרלוונטיות הכללי לקבילותן של ראיות, קרי הוצע לבטל הלכה למעשה את כלל הפסילה של ראיות בדבר מעשי עבר.²⁰⁴ עוד הוצע כי יתאפשר לגשר על הקשיים שיתעוררו כתוצאה של הסתמכות יתר על ראיות בדבר מעשי עבר באמצעות מתן הנחיות לחבר המושבעים. מנגד נמתחה על הצעת הוועדה נמתחה ביקורת, שלפיה למרות קשיים בהלכה הסקוטית הנוהגת, הוועדה ביקשה להזיז את המוטלת לקיצוניות האחרת.²⁰⁵ הצעת הוועדה לא יושמה עד היום, וכרגע אין תכנון ליישמה בעתיד.²⁰⁶

7. המשפט המקובל וראיות בדבר מעשי עבר – סיכום

כסיכום ביניים אפשר אפוא לאפיין את היחס הבא של כל אחת מהמדינות הנסקרות לראיות בדבר מעשי עבר: בדין האנגלי, עד לרפורמה נעשה שימוש באמת מידה מחמירה יחסית של דמיון מוחלט (striking similarity). לאחר הרפורמה, סעיף 101 הוביל לביטול דוקטרינות המשפט המקובל, ומבחן הרלוונטיות הפך למבחן העיקרי בבחינת קבילותה של ראיה בדבר מעשי עבר; בדין האמריקאי, קבילות ראיות בדבר

McAskill v. HM Advocate, [2016] HCJAC 64 ; Advocate, [1996] SLT 1139

.AK v. HM Advocate, [2011] HCJAC 52 (Scot.); (Scot.)

.Howden v. HM Advocate, (1994) SCCR 19 (Scot.)

בפרט בעבירות מין, ובפרט בעבירות מין בקטינים. Adam & Daisley v. HM (Scot.)

5 HCJAC [2020] Advocate, Cairns ; לעיל ה"ש 196, בעמ' 403.

ובחי המשפט לא מהססים למנוע את האפשרות לראות במעשי עבר אף כראיית סיוע האחד לשני,

במקרים שבהם אלה אינם עומדים בתנאי Moorov. ראו McBride v. HM Advocate, [2016]

JM v HM ; ER v. HM Advocate, [2016] HCJ 98 (Scot.); HCJAC 78 (Scot.)

.Advocate, [2018] HCJAC 30 (Scot.)

201 (Scot.) HCJAC 5 at [22] Stark ; Adam & Daisley v. HM Advocate, [2020]

ה"ש 189, בעמ' 350-351 ; JL v. HM Advocate, [2016] HCJAC 61 (Scot.) ; Cairns ; לעיל ה"ש 196, בעמ' 398.

202 דוח הוועדה הסקוטית, לעיל ה"ש 189, § 2.4 ; Raitt ; לעיל ה"ש 188 ; Davidson ; לעיל ה"ש

193 ; Stark ; לעיל ה"ש 189 ; Cairns ; לעיל ה"ש 196.

203 דוח הוועדה הסקוטית, לעיל ה"ש 189.

204 שם, § 5.19 ; Stark ; לעיל ה"ש 189, בעמ' 360 ; Davidson ; לעיל ה"ש 193, בעמ' 103.

205 שם.

206 Stark ; לעיל ה"ש 189, בעמ' 369.

מעשי עבר מבוססת על מבחן האיוון הקבוע בסעיף 403, שלפיו יש לאזן בין הערך הפרובטיבי של הראיה לנזק שלה להגנת הנאשם, כאשר בראי ההגנה החוקתית על הזכות להליך הוגן פרשנות המבחן היא מגבילה-יחסית; הדין הקנדי מפעיל אף הוא נוסחת איוון הדומה לזו שבדין האמריקאי, בשילוב עם קריטריוני עזר כדוגמת מספר האירועים, טווח הזמן ביניהם ועוד; הדין הניו-זילנדי גם הוא כולל איוון בין הערך הפרובטיבי של הראיה לנזק הטמון בה להגנת הנאשם, ובדומה לדין הקנדי גם הוא נעזר בקריטריוני עזר לבחינת קבילותה של הראיה; לבסוף, הדין הסקוטי מציג גישה מחמירה במיוחד ביחס לשימוש בראיות בדבר מעשי עבר, ואלה ככלל קבילות רק כראיה מסייעת וכאשר האישומים הם חלק מאותו ההליך.

נראה אפוא כי מדינות המשפט המקובל עברו כברת דרך ביחס לגישתן לשימוש בראיות בדבר מעשי העבר של הנאשם. לצד מדינות אשר נותרו נאמנות לגישה המחמירה והמצמצמת שאפיינה את המשפט המקובל באופן מסורתי,²⁰⁷ בחלק מהמדינות רפורמות תחקיקתיות נועדו להקל את האפשרות להשתמש בראיות בדבר מעשי העבר.²⁰⁸ עם זאת, המשותף למרבית המדינות שנסקרו הוא גישה המבכרת את יצירתם של מבחנים וקריטריונים סדורים לצורך בחינת האפשרות להסתמך על ראיות בדבר מעשי עבר, זאת כאשר הרף שבו נדרשת הראיה לעמוד לצורך קביעת קבילותה מבוססת על המטרה שלשמה היא מוגשת. כך, במדינות השונות ניכרת חשדנות מיוחדת להגשת ראיות לצורך זיהוי מבצע העבירה במקרים שבהם הנאשם מוסר הכחשה גורפת ויריעת המחלוקת בין הצדדים היא הרחבה ביותר. נוסף על כך, כמה שיטות אימצו מבחן מאזן, שבו הערך הפרובטיבי של הראיה נבחן לעומת הנזק שלה להגנת הנאשם, באופן המאפשר לאזן בין הצורך להשתמש בראיה לבין זכות הנאשם להליך הוגן.

לבסוף, ראוי להתייחס בפרט לדין הקיים באנגליה. כאמור, עד לרפורמה החקיקתית של 2006 היה המשפט המקובל באנגליה דומה לדין החל בקנדה כיום והתיר את קבילותן של ראיות בדבר מעשי עבר של הנאשם רק במקרים שבהם היה דמיון משמעותי בינם לבין האישומים שבהם הנאשם מואשם.²⁰⁹ מהסקירה עולה כי תכלית הרפורמה לא התבססה על ניסיון לאזן בין הערך הפרובטיבי של ראיות בדבר מעשי עבר לבין הנזק הטמון בהן להגנת הנאשם, אלא התבססה על שיקולים חוץ-הוכחתיים. ודוק, דווקא הביקורת על רפורמה זו יכולה ללמד על הסכנה בהרחבת יתר של השימוש בראיות בדבר מעשי עבר.²¹⁰

²⁰⁷ קנדה וסקוטלנד.

²⁰⁸ בעיקר באנגליה ובאופן מוגבל ניו זילנד וכן ארצות הברית (בעיקר הקשר לשימוש בראיות בדבר מעשי עבר בעבירות מין).

²⁰⁹ John R. Spencer, Evidence of Bad Character § 1.3-1.2 (2016).

²¹⁰ Brown & Steventon, לעיל ה"ש 133.

ד. הדין הראוי

בראי הדין הביקורתי לעיל, והסקירה המשווה של הדין הנוהג במדינות המשפט המקובל, עולה כי בעת השימוש בראיות בדבר מעשי עבר קיימת חשיבות מיוחדת להחלתם של קריטריונים ברורים.²¹¹ קריטריונים ברורים יאפשרו להגביל את הגמשת הכללים הנוגעים לשימוש בראיות בדבר מעשי עבר. בכך יוכלו הקריטריונים לסייע בשימוש לגיטימי בראיות אלה, הן באופן המתכתב עם הניתוח הראייתי-פרובטיבי שהוצג והן באופן המסייע להגן על זכות הנאשם להליך הוגן. כפי שהוצג, קריטריונים ברורים הוחלו בחלק ממדינות המשפט המקובל לצורך הגשמת מטרות אלה. הדין שלהלן יבחן אפוא את דרך שילובם של קריטריונים ברורים לשימוש בראיות בדבר מעשי עבר במסגרת דוקטרינות עדות השיטה ומעשים דומים הקיימות בדין הישראלי.

1. מטרת הראיה

ההבחנה הבסיסית שעל בית המשפט לבצע בבואו לבחון את האפשרות להסתמך על ראיות בדבר מעשי עבר עוסקת במידת הפגיעה של השימוש בראיה בזכות הנאשם להליך הוגן. במובן זה, אם המטרה שלשמה הראיה מוצגת מביאה לפגיעה ליבתית בזכות להליך הוגן, שימוש בראיה לצרכים אלה יהיה אסור ובלתי חוקתי, זאת בוודאי בהיעדר הסדרה מפורשת בחוק של סוגיית הראיות בדבר מעשי עבר, אשר תאפשר לסטות מהוראת סעיף 163 לחוק הסדר הפלילי. שימוש בראיות בדבר מעשה עבר במטרה להוכיח מועדות כללית לביצוע עבירות מסוג מסוים, ולאחר מכן להסתמך על מועדות כללית זו לצורך הוכחת העבירה הנוכחית, הוא לפיכך שימוש בלתי לגיטימי, וספק חוקתי,²¹² בראיות בדבר מעשי עבר. משכך, ראיות מסוג זה אינן קבילות, בלא קשר לשאלת המשקל שיש לייחס להן.²¹³

לצד האמור, את מבחן המטרה אפשר להפעיל לא רק בעת ההבחנה הבסיסית בין סוג היסק שאינו לגיטימי לסוגי היסקים לגיטימיים, אלא גם לצורך הבחנה בין סוגי ההיסק הלגיטימיים. במובן זה אפשר להשתמש במטרה שלשמה מובאת ראיה בדבר מעשי עבר כאמת מידה לבחינת הדרישות שיציב בית המשפט לצורך הסתמכות עליה. ככל שהשימוש בראיה מובא למטרה שאפתנית יותר, הרחקת לכת זו מחייבת כי הראיה

²¹¹ רות גביון "בית המשפט וחובת ההנמקה" משפטים ב 89 (תש"ל).

²¹² זאת בוודאי בלא הסדרה מפורשת בחוק.

²¹³ בהקשר זה יש להתייחס לטענה שלפיה סוגיית הקבילות אינה צריכה לקבל מקום משמעותי בדין, שכן ממילא רף הקבילות בדין הישראלי נמוך, וכן בית המשפט, בבואו להכריע בדבר קבילותה של ראיה, ממילא נחשף לתוכנה. לכך יש להשיב כי למרות הריכוך ברף הקבילות, עדיין קיימים חסמי קבילות בדין הישראלי, בעיקר בהקשר של ראיות שבכוחן לפגוע מהותית בזכויות החוקתיות של הנאשם (וראו בין היתר את ס' 32 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981). באשר לקושי של בית המשפט להתעלם מראיות שכבר נחשף אליהן, אכן קושי זה אינו מבוטל, וקצרה היריעה ברשימה זו מדין בו. עם זאת, יצוין כי קושי זה קיים גם בהיבטים שונים של הדין, ובהם עיון בית המשפט בראיות חסיות (ס' 44-45 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971) ובבקשות הקשורות לחומרים חקירה (לפי ס' 108 לחוק סדר הדין הפלילי).

תהיה בעלת ערך פרובטיבי רב יותר כדי להצדיק את השימוש בה למרות הסיכון שהיא טומנת.

2. מבחן המידתיות

אף אם המטרה שלשמה מובאת הראיה לגיטימית, עדיין קיים חשש שפגיעתה בזכות הנאשם להליך הוגן תעלה על תועלתה. לצורך התמודדות עם קושי זה יש לבחון את מידתיות הפגיעה בזכות להליך הוגן, באמצעות השוואה בין הערך הפרובטיבי של הראיה לבין הנזק הפוטנציאלי הטמון בה להגנת הנאשם. מבחן זה, שהינו אמת דרך בסיסית בדין הקנדי, האמריקאי והניו-זילנדי,²¹⁴ נועד לשמש סנן מפני שימוש בראיות אשר נזקן להליך הפלילי עולה על התועלת הגלומה בהן.

כך, בהיבט החוקתי-מוסרי, ראיות מסוג זה פוגעות בזכות הנאשם להליך הוגן באופן בלתי מידתי לעומת התועלת הראייתית שלהן, ולכן אף שאינן נוגעות לליבת הזכות להליך הוגן, על בית המשפט לשלול את האפשרות להשתמש בהן. בהיבט האפיסטמי, כאשר ערכה הפרובטיבי של הראיה אינו עולה על הנזק הטמון בה להגנת הנאשם, מתגברים הקשיים האפיסטמיים הטמונים בשימוש בראיות בדבר מעשי העבר, והחשש שהראיה תקבל משקל רב מערכה האמיתי עולה על הערך הפרובטיבי הלגיטימי המצוי בה. במובן זה, המחיר הראייתי שעלינו לשלם בדמות נזק אגבי להגנת הנאשם עולה על הערך הראייתי המצוי בראיה.

מבחן זה, אשר אוזכר על ידי הערכאות הדיוניות,²¹⁵ אינו זר לשיטת המשפט הישראלית. כך, אפשר להזכיר בהקשר זה איזון דומה – אך הפוך – המבוצע במסגרת בחינת בקשה לגילוי ראיה חסויה.²¹⁶ בדומה למודל שמוצע כאן, כאשר הראיה החסויה הכרחית להגנת הנאשם, אי-אפשר לחסות את הראיה, בלא קשר לעוצמת האינטרס הציבורי או הביטחוני בהותרת הראיה חסויה (או במקרה דנא, כשהשימוש בראיה נוגע לליבת הזכות להליך הוגן, השימוש בה יהיה תמיד אסור, בלי קשר לערך הפרובטיבי שלה). במקרים שבהם הראיה אינה הכרחית להגנת הנאשם, אך יש בה ערך לעשיית משפט צדק, על בית המשפט לאזן בין ערכה של הראיה ביחס לעשיית הצדק לבין האינטרס הציבורי או הביטחוני שבהותרתה חסויה (ובענייננו, על בית המשפט לאזן בין הערך הפרובטיבי של הראיה לבין הנזק הטמון בה לזכות הנאשם להליך הוגן). במילים אחרות, בעניינן של ראיות חסויות האיזון נעשה בין הערך הפרובטיבי של הראיה לבין האינטרס הציבורי הרלוונטי. מוצע כי בעניינן של ראיות בדבר מעשי עבר יבוצע איזון בין הערך הפרובטיבי של הראיה לבין זכות הנאשם להליך הוגן.²¹⁷ לסיכום,

²¹⁴ וכן בפסיקה האנגלית עובר לרפורמה התחקיתית, וראו לעיל ה"ש 129 וההפניות שם.
²¹⁵ עניין כהן, לעיל ה"ש 75, בעמ' 11. כן ראו את התייחסותו של השופט מלצר לאפשרות של תחולת המבחן בעניין אבו גודה, לעיל ה"ש 63, פס' 5 לפסק דינו של השופט מלצר.

²¹⁶ wo 44-45 לפקודת הראיות.

²¹⁷ יודגש כי את קביעת הקבילות יהיה אפשר להותיר לשלב הכרעת הדין, ככל שבית המשפט יראה כי הדבר נדרש, בדומה לנעשה במקרים אחרים. כמו כן, יצוין כי בניגוד לאיזון המבוצע בהתאם לגישת

כאשר הנזק הטמון בראיה להגנת הנאשם יעלה על ערכה הפרובטיבי, הראיה לא תהיה קבילה.

3. קביעת משקלה של הראיה

שני המבחנים שהוצגו לעיל – מבחן המטרה הלגיטימית ומבחן המידתיות – שניהם עוסקים בקבילות הראיה. כאשר ראיה אינה עומדת בשני מבחני סף אלה, קיים קושי להתיר את הגשתה וחשיפת בית המשפט אליה. עם זאת, גם אם החליט בית המשפט כי הראיה עומדת בשני מבחני סף אלה, עדיין נותר לבחון את המשקל שיש ליתן לראיה. בשלב זה יוצע כי אף בחינת משקל הראיה בדבר מעשי העבר תבוצע כתלות במטרה שלשמה היא מוגשת.

כיום, בראי עניין כהן, הפסיקה הישראלית מאזנת ככלל בין הראיות בדבר המעשים הקודמים לבין מכלול הראיות בתיק. איוון זה אינו מעניק משקל מספק לקשיים שבשימוש בראיות בדבר מעשי עבר; יש סוגי ראיות אשר השימוש בהם חותר תחת הזכות להליך הוגן במידה כה חמורה, עד שלא יהיה זה לגיטימי להכניס אותן לפתחו של בית המשפט. באופן דומה, יש סוגי ראיות אשר השימוש בהם לוקה בקשיים אפיסטמיים חמורים, לצד נזק אגבי ניכר להגנת הנאשם, עד שאין מקום לבסס עליהם ממצאים כלל ויש לייחס להן משקל אפסי. הבחינה המוצעת, המתמקדת במטרה שלשמה מובאת הראיה בדבר מעשי העבר, בשונה מבחינת מקומה של הראיה ביחס למכלול הראיות בתיק, מאפשרת להתחקות באופן מדויק יותר אחר ההצדקה לשימוש בראיה בדבר מעשי העבר וליצור דיפרנציאציה בין ראיות אשר המטרה שלשמן הן הובאו פסולה מעיקרה לבין ראיות אשר השימוש בהן לגיטימי אך יש לעשותן בזהירות. כמו כן, הדין המוצע מתמודד עם קשיים נוספים העולים מהלכת כהן, שנדונו לעיל. עם אלה נמנה האיוון בין הראיה בדבר מעשי העבר לבין מכלול הראיות, היוצר מקבילית כוחות, שכאמור בית המשפט מתקשה ליצור כללים סדורים לאיוון בה ואשר עלולה להוביל לאפקט משוב חיובי. הצבתם של קריטריונים ברורים התלויים במטרת הראיה תנתק את הקשר בין הראיה בדבר מעשי העבר לבין מכלול הראיות בתיק, ובכך תוביל לביטול מקבילית הכוחות, על קשייה, שנוצרה בעניין כהן. נוסף על כך, החלתם של קריטריונים ברורים תאפשר לבית המשפט העליון לבקר את אופן השימוש בראיות בדבר מעשי עבר בקרב הערכאות הדיוניות ולהציב כללים סדורים הניתנים לחיקוי בנוגע לאופן השימוש בראיות אלה.

התמקדות במטרה שלשמה מובאת הראיה מאפשרת לבצע דיפרנציאציה בין סוג הראיות הלגיטימי לבין הסוג הבלתי לגיטימי ולבחון את הרף הנדרש בהתבסס על המטרה שלשמה מובאת הראיה, בשונה ממקומה של הראיה בין מכלול הראיות.

עניין כהן, שבו ערכה הפרובטיבי של הראיה בדבר מעשי העבר מאוזן לעומת מכלול הראיות בתיק, איוון שהינו כאמור גישה בעייתית, הרי שכאן האיוון הוא בין שני שיקולים עצמאיים – ערכה הפרובטיבי של הראיה לעומת נזקה להגנת הנאשם. סוג איוון זה תואם יותר את גישת "מקבילית הכוחות" הנפוצה בדיון הישראלי, כפי שאפשר ללמוד מעניין של ראיות חסויות.

בהתאם, להלן יוצגו שלושה רפי הוכחה שונים, אשר מידת הפרובטיביות שראיה נדרשת להפגין בכל אחד מהם תלויה במטרה שלשמה היא מוגשת.

(א) זהות המבצע – שיטת ביצוע

כפי שצוין לעיל, כאשר הראיה נועדה להוכיח את זהותו של מבצע העבירה (ובעצם להשתמש בראיה כדי להוכיח את כלל היסודות המטריאליים ביחס לנאשם), קיים חשש אינהרנטי בהצגת הראיה למטרה זו. חשש זה עולה גם מסקירת המשפט המשווה, שממנה עולה כי מדינות המשפט המקובל ככלל מציבות רף גבוה במיוחד למקרים שבהם הראיה בדבר מעשי העבר מוגשת לצרכים אלה.

בהתאם לפתרון המוצע, כדי להוכיח את זהות הנאשם באמצעות ראיות בדבר מעשי עבר תידרש אפוא התביעה להראות, במנותק מראיות אחרות הקושרות את הנאשם לאירוע הנוכחי, כי הדמיון בין המעשה הקודם (שאותו ביצע הנאשם) לבין העבירה המיוחסת לו כעת הוא כה משמעותי, עד שברור שהאדם שביצע את המעשה הראשון הוא גם האדם שביצע את העבירה הנוכחית, וייחוד המעשים הוא כה משמעותי עד שמדובר במעין "טביעת אצבע" שהנאשם הותיר בזירה. הייחוד בביצוע המעשים יכול להתקבל גם מהצטברות גורמים שונים במעשה; כך, אם הנאשם חוזר על אותו סדר המעשים בדיוק בביצוע כל אחת מהעבירות, אזי ייתכן שאף אם כל מעשה בעצמו אינו ייחודי, דרך הביצוע של המעשים, במצטבר, מקנה לו ממד ייחודי במידה שתספיק כדי לצלוח את הרף האמור.

גישה זו נובעת גם מהתבנית הלגיטימית שנדונה בפרק הדיון הביקורתי – כאשר חזית המחלוקת בין התביעה להגנה רחבה במיוחד והשימוש בראיה בדבר מעשי העבר שאפתני ביותר, נדרשת זהירות מיוחדת כדי לוודא שהשימוש לא נעשה למעשה כדי להשחיר את פני הנאשם, ולהשתמש במעשי העבר שלו כהיסק למועדותו לבצע עבירות מהסוג שבהן הוא מואשם.

עולה כי הסיכונים הגלומים בשימוש בראיות בדבר מעשי העבר של הנאשם מתעצמים כאשר מטרת הבאתן היא להוכיח את זהותו של מבצע העבירה, בשונה מהוכחת היבטים אחרים של היסוד העובדתי. במקרים אלה יהיה אפוא על בית המשפט לנהוג בזהירות בשימוש בדוקטרינת עדות השיטה ולהציב רף הוכחה גבוה במיוחד להכרה בשיטת ביצוע ייחודית. כך, נראה כי במקרים אלה יהיה מקום לאמץ את המבחן המחמיר ביותר ביחס להסתמכות על ראיות בדבר מעשי עבר ולדרוש כי התביעה תעמוד בקריטריון המחמיר של "טביעת האצבע", בהתאם לדרישה המסורתית להסתמכות על עדות שיטה.

(ב) יסוד עובדתי – דמיון מובהק

אם מטרתה של עדות השיטה להוכיח רכיב אחר מהיסוד העובדתי של העבירה, כדוגמת עצם קיומה של עבירה, כאשר אין חולק על כך שאם העבירה בוצעה הנאשם

הוא שביצע אותה,²¹⁸ יהיה אפשר להסתפק ברף נמוך יותר של הוכחה. בניגוד להוכחת זהותו של המבצע, במקרה זה מטרת הגשתה של הראיה היא הוכחת עובדה מטריאלית ספציפית, וממילא חזית המחלוקת בין הצדדים מצומצמת יותר, כאשר השימוש בראיה שאפתני פחות.

לצד זאת, יש להימנע מהרחבת יתר של השימוש בראיות בדבר מעשי עבר אף במקרים אלה. כיום, גישת הפסיקה לשימוש במעשי העבר רידדה את התנאים לביסוס הרשעה בפלילים בעבירה אחת על המעשים שביצע הנאשם בזמנים אחרים, שאינם קשורים לעבירה עצמה. דוגמה לכך אפשר למצוא באפשרות לראות "סיוע הדדי" בעדויות הקשורות לשני מעשים שונים, שנבחנה לעיל.

בהתאם, במקרים שבהם הראיה מובאת להוכחת רכיב עובדתי שאינו זהותו של מבצע העבירה, יוצע כי בית המשפט יאמץ מבחן המבוסס על הקריטריונים שהוכרו בפסיקה הסקוטית, הקנדית וכן בדין הניו-זילנדי.²¹⁹ בדומה למודל שהוצע לעיל, דוקטרינת הדמיון המובהק תתמקד באפשרות להשליך ממעשים ספציפיים שבוצעו בעבר על מעשה העבירה המיוחס לנאשם כעת, וזאת מבלי להתבסס על מועדות כללית שאפשר לייחס לנאשם לביצוע עבירות מסוג מסוים.

מוצע אפוא כי במקרה שבו המטרה שלשמה מובאת הראיה נועדה להוכיח רכיב מהיסוד העובדתי שאינו שאלת זהותו של מבצע העבירה, יבחן בית המשפט אם בראי המטרה שלשמה הובאה הראיה, הראיות בדבר מעשי העבר עולות לכדי דמיון מובהק למעשים הנוכחיים, המאפשר להסיק ממעשי העבר ממצאים ביחס לרכיב שבמחלוקת בעבירה הנוכחית.²²⁰ בתוך כך יידרש בית המשפט לקריטריונים הבאים:

(1) טווח הזמנים בין מעשי העבר לבין העבירה המיוחסת לנאשם, או, במקרה שבו הנאשם מואשם בכמה עבירות והתביעה מעוניינת להשתמש בהצטברותן להוכחת שיטה, טווח הזמנים בין כלל העבירות. על כך יש להוסיף כי בית המשפט יידרש להתייחס לאירועים מתערבים, אשר היה כוונתם "לנתק את הקשר" בין אירועי העבר ובין אירועים המיוחסים לנאשם.

(2) ייחודם של האירועים והנסיבות האופפים את מעשי העבר והמעשים העדכניים. בהקשר זה תידרש התביעה כאמור להוכיח כי הדמיון בין העבירות יוצא מגדר עצם היותן עבירות מאותו הסוג, אלא שדרך ביצוען, או פרטים אחרים הקשורים בהן, מחזקים את החשדות נגד הנאשם.

²¹⁸ לדוגמה, טענה כי יחסי המין בוצעו בהיעדר הסכמה לצורך הוכחת עבירת האינוס, כאשר אין מחלוקת על עצם קיומם של יחסי מין בין הנאשם למתלוננת.

²¹⁹ וכן ראו Michael Y.M. Hor, *Similar Fact Evidence in Singapore: Probative Value, Prejudice and Politics*, 1999 SING. J. LEGAL STUD. 48, 50 (1999); William Sanchirico, *Character Evidence and the Object of Trial*, 101(6) COLUM. L. REV. 1127, 1233 (2001).

²²⁰ כאמור, דוקטרינת הדמיון-המובהק רלוונטית רק להוכחת היסוד העובדתי שאינו נוגע לזהות מבצע העבירה. כאשר מדובר בזהות המבצע, יידרש בית המשפט לדוקטרינת עדות השיטה.

(3) מידת הפגיעה של הראיות להגנת הנאשם. כפי שהוצג לעיל, מבחן זה הינו תבחין סף לקבילות ראיה בהתאם להסדר המוצע. כמו כן, מוצע כי התבחין יובא בחשבון אף במסגרת בחינתו של משקל הראיה, כאשר בית המשפט יידרש לבחון את מידת הנזק שנגרם להגנת הנאשם כתוצאה של השימוש בראיה, וככל שהנזק בראיה גבוה יותר כך תקטן האפשרות להסתמך על הראיה. לעיתים ערכה הפורבטיבי של הראיה בדבר מעשי העבר יעלה על נזקה להגנת הנאשם ולכן היא תהיה קבילה במשפט. עם זאת, ככל שפגיעת הראיה בהגנת הנאשם תהיה משמעותית, יהיו לכך השלכות על משקלה הראיית.

(4) במקרים המתאימים יהיה ראוי כי בית המשפט ישקול את האמינות של עצם התרחשותם של מעשי העבר הנתעבים. תבחין זה רלוונטי בעיקר למקרים שבהם לא מוגשות לבית משפט הרשעות עבר של הנאשם, אלא המדינה מנסה להסתמך על עדויות בדבר מעשים שהתיישנו,²²¹ או, לחלופין, כאשר התביעה סוברת כי ריבוי האישומים בתיק מעיד בפני עצמו על שיטת ביצוע. במקרים כאלה יצטרך בית המשפט לבחון את הסיכון מתיאום גרסאות בין העדים.²²² במקרים שבהם קיים קשר בין העדים (למשל, כאשר מדובר בבני משפחה), יעלה החשש כי אין מדובר בתיאור של "עדות שיטה" אלא בעדויות שהוכתמו מהעברת מידע בין העדים לבין עצמם – בין אם בזדון, במטרה לתאם את עדויותיהם, ובין אם כחלק מהליך טבעי שהוביל לחשיפת העבירות.²²³

הגמשת התנאים לקבילות ראיות בדבר מעשי העבר של הנאשם אינה ייחודית לישראל, וכפי שהוצג לעיל אפשר למצוא אותה גם ביתר מדינות המשפט המקובל. ברם, רוב המדינות הללו מצאו איזונים שמטרתם להיות שומרי סף כדי למנוע שימוש יתר בראיות אלה, באופן שיוביל להרשעת חפים מפשע ולהרשעת יתר של אשמים. החלת המבחן שהוצג לעיל תאפשר לישראל להצטרף למדינות אלה, זאת מבלי להחזיר את הגלגל לאחור לימי **שויבין**, אלא באמצעות יצירת דיפרנציאציה בין המקרים שבהם ראוי להקל בהסתמכות על ראיות בדבר מעשי העבר של הנאשם לבין מקרים שבהם מוטב להיזהר.

(ג) יסוד נפשי – מעשים דומים

לבסוף, במקרים שבהם כל מטרתן של הראיות בדבר מעשי העבר של הנאשם היא לשלול טענת "תום לב" מצד הנאשם, קרי להוכיח את היסוד הנפשי של העבירה, המחלוקת שעליה מבקשת הראיה לגשר מצומצמת יחסית. במקרים אלה כבר הוכיחה התביעה שהנאשם ביצע את כלל הרכיבים העובדתיים המיוחסים לו, וכל שנותר הוא לסתור טענה הנוגעת ליסוד הנפשי. אף חלק מדינות המשפט המשווה מתירניות יותר ביחס לשימוש בראיות בדבר מעשי עבר למטרות מסוג זה.

²²¹ למשל, כפי שאירע בעניינו של קצב. ראו עניין **קצב**, לעיל ה"ש 14, בפס' 336.

²²² שם.

²²³ עניין **פלתי**, לעיל ה"ש 48.

יוצע אפוא כי במקרים אלה יוחל מבחן דומה לזה שהוצג לצורך הוכחת הדמיון המובהק. אף במקרה זה יידרש בית המשפט, כמבחן סף, לאזן בין הערך הפרובטיבי של הראיה ובין הנזק הטמון בה להגנת הנאשם. יצוין כי ייתכן שדווקא החשיבות הפחותה של הראיה במקרה זה תעמוד בעוכריה במסגרת מבחן האיזון: אם הערך של הראיה עבור התביעה מצומצם יחסית, ולעומת זאת הצגת העבר הפלילי תוביל לפגיעה משמעותית בהגנת הנאשם, ייתכן כי דווקא בחירת התביעה להגיש את הראיה למטרה זו היא שתמנע את כניסתה במסגרת מבחן הסף. פתרון אפשרי לסוגיה זו יוכל לכלול צמצום של היקף המידע שנחשף במסגרת הראיה בדבר מעשי עבר: ייתכן שדי בהבאת חלק מהראיות (למשל, חלק מפסק הדין המרשיע), בניגוד לתיק המלא, כדי להעביר את טענת התביעה, וזאת מבלי לחשוף את בית המשפט בהליך הנוכחי לכלל פרטיה של העבירה הקודמת, באופן שעלול להזיק באופן בלתי מידתי להגנת הנאשם.

לאחר צליחת מבחן הסף יוכל בית המשפט ליישם את הקריטריונים שהוצעו לבחינת משקל הראיה באופן מקל יחסית. כך, גם פערי זמנים גדולים יותר בין העבירות השונות יוכלו לשמש את בית המשפט לסתירתה של טענת תום לב, ואף אם דרך ביצוע המעשים אינה ייחודית, אלא מדובר בדרך הביצוע הרגילה של עבירות מאותו הסוג, יוכל בית המשפט להסתמך על ראיות בדבר מעשי העבר, אם בין אלה קיים **דמיון פנימי** בולט (להבדיל מייחודיות ביחס למעשים אחרים).²²⁴ לבסוף, יש להבחין בין סוגים שונים של מחלוקות מטריאליות ביחס "ליסוד הנפשי". אכן, קיימות מחלוקות מצומצמות יחסית בנוגע למצבו המנטלי של הנאשם, אולם לעיתים המחלוקת הופכת לרחבה יותר, למשל כאשר הנאשם שולל כל מודעות ליסודות העבירה. כפי שהוצג לעיל, במקרים שבהם המחלוקת בין התביעה להגנה רחבה יותר, ומטרת הראיות בדבר מעשי העבר שאפתנית יותר, הרף לביסוס ממצאים על הראיות יעלה.

(ד) השפעת ההסדר המוצע על ההלכה הקיימת

ההסדר החדש אינו מבקש לבצע מהפכה בגישת הדין הישראלי ביחס לדוקטרינות עדות השיטה ומעשים דומים. כפי שעולה מהסקירה המשווה, הגמשת התנאים לשימוש בראיות בדבר מעשי עבר אינה ייחודית לישראל, ואפשר לזהותה אף במרבית מדינות המשפט המקובל, ובראשן אנגליה וארצות הברית. אכן, נראה כי ההגמשה כשלעצמה - הנובעת בין היתר משיקולים חוץ-הוכחתיים והינה תוצר של התפתחויות חברתיות ותרבותיות אשר ביקשו להביא לדין דווקא את אלה המבצעים את מעשיהם כמחשכים, ובמקרים שבהם ממילא אין ראיות למכביר - היא מגמה ראויה המשקפת את היותו של בית המשפט קשוב להלך הרוח הציבורי ולהתפתחויות החברתיות בחלוף השנים.²²⁵ עם זאת, מגמת ההגמשה זו, המבוצעת בדין הפלילי וביחס לזכות הנאשם

²²⁴ קרי, מעשה עבר A דומה מאוד למעשה הנוכחי B, כאשר שני המעשים אינם ייחודיים ביחס לאופן שבו מבוצעים מעשים אלה על דרך הכלל (R).

²²⁵ אומנם, כפי שעולה מהסקירה, היבטים רבים במגמת ההגמשה נוצרו בעקבות התערבות חיצונית של המחוקק, אולם נראה כי למצער חלק מהגורמים להגמשת גישתו של המשפט המקובל לראיות בדבר מעשי עבר מצויים בשינוי בפסיקת הערכאות השיפוטיות.

להליך הוגן, ראוי שתיעשה בזירות ובאוזן קשבת ועין פקוחה ביחס לסיכונים הטמונים בשימוש בראיות בדבר מעשי עבר.

ההסדר המוצע יוצר איזון בין הצורך הניכר להשתמש בראיות בדבר מעשי עבר של הנאשם במקרים שבהם הערך הפרובטיבי שלהן משמעותי לבין הסיכונים בשימוש זה. בפרט, ההסדר מאפשר לבית המשפט להישאר ער לחשיבותן של ראיות אלה במקרים של הרשעת עבריינים בעבירות מין, שבהם לעיתים קרובות אין לתביעה ראיות חלופיות להציע. לצד ההכרה בחשיבותן של ראיות אלה, ההסדר מנסה להפחית את הסיכון להרשעת חפים מפשע במקרים שבהם הדמיון בין מעשי העבר ובין העבירות המיוחסות לנאשם אינו מספיק כדי להסתמך עליו בעת קביעת אשמתו. ההסדר מבחין בין המטרות השונות שלשמן מובאות ראיות בדבר מעשי העבר של הנאשם. במקרים שבהם הראיה מובאת למטרות לא לגיטימיות הפוגעות בליבת הזכות להליך הוגן, מוצע כי בית המשפט יסרב לקבל ראיה זו בשלב בירור האשמה. כמו כן, אף ביחס לראיות שמטרת הבאתן לגיטימית אך "מועדת לפורענות", ההסדר המוצע מסדיר את הרף להוכחת שיטת ביצוע ודורש מהתביעה להוכיח מעין "טביעת אצבע". לעומת זאת, כאשר מטרת הראיה להוכיח היבט אחר של היסוד העובדתי, או את היסוד הנפשי, תידרש התביעה לרף הוכחה נמוך יותר.

היבט נוסף שבו ההסדר מבאר את הדין הוא ביצירת תבחינים ברורים לצורך הוכחת כל אחד מהמבחנים שלעיל. כך, כאשר התביעה מבקשת להוכיח מועדות לביצוע העבירה, היא תצטרך לעמוד בתבחינים ותבחיני המשנה הנסמכים על קריטריונים דומים לאלה שנקבעו במדינות המשפט המקובל. מבחני משנה אלה יוצרים קריטריונים ברורים שבית המשפט נדרש להתייחס אליהם בבואו להסתמך על ראיות בדבר מעשי העבר של הנאשם.

אומנם אף קריטריונים אלה אינם חד-משמעיים לחלוטין, ואפשר שאי-הבהירות באשר לשימוש בראיות בדבר מעשי עבר לא תוסר לחלוטין לאחר החלתם, אך עדיין יש בהם ערך אינטרינזי בעצם יצירתה של מפת דרכים סדורה ואחידה שאליה יידרש בית המשפט. מפת דרכים זו תאפשר הן יציקה של הלכה פסוקה והן השוואה בין מקרים שונים, וכן תקל על ערכאת הערעור להתחקות אחר החלטת הערכאה הדיונית. בכך, ההסדר המוצע מבקש להתמודד עם הקשיים שנוצרו בדין הנוהג בעקבות עניין כהן ולמנוע את אפקט המשוב החיובי, שנדון לעיל.

הסדרת הדוקטרינה תסייע לבתי המשפט אף בכל הקשור להטיות הקוגניטיביות המובנות בחשיפה והסתמכות על ראיות בדבר מעשי העבר של הנאשם. כאמור לעיל, עצם הדרישה מבית המשפט לבחון את הראיה בהתאם למפת דרכים סדורה תגביר את מודעותו להערכת יתר אפשרות של ראיות בדבר מעשי העבר של הנאשם, ובכך תפעל לצמצם את ההשפעה של הערכת יתר זו על שיקול דעתו של בית המשפט. לבסוף, הבחנה ברורה יחסית זו תבהיר לרשויות אכיפת החוק את הרף שבו הן צריכות לעמוד ואת טיב הראיות שיהיה עליהן לחפש לצורך המטרות השונות שלשמן יבקשו להגישן. ודוק, הסדר זה לא יפחית בהכרח את השימוש בראיות בדבר מעשי עבר של נאשמים, אלא יחייב את הצדדים למשפט לשקול באופן בהיר אם מעשי עבר אלה אכן מאפשרים לבית המשפט להתבסס עליהם בעת קביעת האשמה, בהתחשב במטרה שלשמה הובאו.

סיכום

רשימה זו ביקשה לבחון את אחד מעקרונות היסוד במשפט הפלילי, האוסר על שימוש באופיו הרע של הנאשם ומועדו הכללית לעבריינות כדי להוכיח את האישום הנוכחי נגדו. הוצג כי עקרון יסוד זה נשחק עם השנים, בראי התפתחותן של דוקטרינות עדות השיטה ומעשים דומים בדין הישראלי, כמו גם פיתוחן של הלכות נוספות אשר נגסו במוחלטות הכלל. הוצג כי הגמשה זו אינה ייחודית לישראל, ותהליכים דומים אירעו במדינות נוספות בשיטת המשפט המקובל. לצד זאת, נטען כי הגמשה יתר של העיקרון, כפי שהדבר נעשה בישראל, אינה רצויה לא מבחינה אפיסטמית ואף לא בראי הפגיעה החוקתית בזכות הנאשם להליך הוגן, זכות המצויה בבסיס כלל הפסילה האמור. הוצע אפוא להסדיר מחדש את סוגיית השימוש בראיות בדבר מעשי העבר של הנאשם בשלב ביורור האשמה. במסגרת הסדרה זו הוצע כי המטרה שלשמה מובאת הראיה תשמש כבסיס לדוקטרינה, כאשר קבילות הראיה וכן המבחנים לקביעת משקלה ייגזרו מהמטרה שלשמה היא מוגשת. בתוך כך, הוצע להכיר בכמה קריטריונים, אשר חלקם שזורים ברחבי הפסיקה הישראלית, לצורך עמידה על המשקל שניתן לראיה בדבר מעשי העבר. קריטריונים אלה, המתבססים על הסדרים דומים המצויים במדינות המשפט המקובל, יוצרים מארג סדור ובהיר יחסית ביחס לאופן תחולתה של הדוקטרינה ומתבססים על המטרה שלשמה התביעה מבקשת להציג ראיות בדבר עברו הפלילי של הנאשם.

כ-60 שנים לאחר הלכת **שיוביץ**, שייבאה את דוקטרינת עדות השיטה למשפט הישראלי, ולאחר שחלו בה תמורות מרחיקות לכת, נראה שהגיעה העת לדון מחדש במקומה במשפט הישראלי. ישראל היא מדינה ייחודית, המשלבת דוקטרינות מן המשפט המקובל עם שופטים מקצועיים, וככזאת עליה להיזהר מקליטת דוקטרינות משיטה אחת מבלי לשים לב למארג החוקי שממנו דוקטרינה זו ניטלת. נראה שבתחומם של דיני הראיות, ואף על פי שקובעי העובדות בה אינם חבר מושבעים, מדינת ישראל עודנה חלק ממטריית המשפט המקובל. עליה להותיר אפוא על כנם את שומרי הסף אשר נוצרו בשיטה זו כדי לגונן מפני שימוש יתר בראיות בדבר מעשי עבר של נאשמים.

בחינת ראיה בדבר מעשי עבר – תרשים

