



הכנסת

מרכז המחקר והמידע

עדות קרובים - סקירה משווה -

מוגשת לוועדת החוקה, חוק ומשפט

ט"ו באב התשס"ז
30 ביולי 2007

כתיבה: עו"ד אורלי פישמן ועו"ד ליאור בן דוד
אישור: עו"ד הודיה קין, ראש צוות

הכנסת, מרכז המחקר והמידע

קריית בן-גוריון, ירושלים 91950

טל': 02 - 6408240/1

פקס: 02 - 6496103

www.knesset.gov.il/mmm

1. מבוא

מסמך זה נכתב לבקשת הלשכה המשפטית לקראת דיון שייערך בוועדת החוקה, חוק ומשפט בהצעת חוק לתיקון פקודת הראיות (מס' 16) (עדות קרובים), התשס"ו-2006, שהוגשה על-ידי משרד המשפטים.¹

פקודת הראיות הישראלית קובעת כלל רחב לפיו **"הכל כשרים להעיד בכל משפט..."**.² כלל זה מסייע לבית המשפט במלאכתו החשובה של גילוי האמת ועשיית הצדק. עם זאת, הפקודה קבעה **סייגים** לכלל זה, לפיהם במשפט פלילי, **בני זוג** וכן **הורה וילד** אינם כשרים להעיד האחד לחובת משנהו, ואין כופים אחד מהם להעיד לחובת אדם המואשם יחד עם משנהו בכתב אישום אחד.³

הרציונל העומד בבסיס סייגים אלה הוא **הרצון להגן על ערכי שלמות המשפחה ושמירת שלום הבית**, שעלול להיפגע כאשר אדם מעיד לחובת בן-זוגו, הורהו או ילדו וכן ההנחה לפיה **קרובים הם בעלי עניין**.⁴

אולם, נדמה כי הרציונל הראשון אינו תמיד עומד איתן אל מול מקרים בהם עדותו של קרוב המשפחה היא עדות עיקרית או יחידה במשפט; מקרים בהם הנאשם מואשם בעבירות חמורות ומקרים בהם הנאשם עצמו כבר פגע בשלמות המשפחה, עת ביצע עבירה פלילית בקרוב משפחתו. ואכן, הפקודה קבעה **סייגים** לחריג אי-הכשרות של קרובי משפחה, לפיהם **בעבירות מין מסוימות, בעבירות אלימות, בעבירות הנלוות להן וכן בניסיון לעבור עבירות אלה, בני זוג וכן הורה וילד יהיו כשרים** להעיד האחד לחובת משנהו.⁵

שלילת כשרותם של עדים להעיד לחובת קרוביהם היתה נושא לביקורת, על אף שפקודת הראיות קבעה סייגים לאי כשרות זו. השופט **שמגר**, לדוגמה, ציין כי **"בחברה שבה גוברת והולכת האלימות לכל צורותיה ובה הרצח, השוד, הפריצה והתקיפה הם סממני היום-יום, אין מקום להמשך קיומו של פטור מחובת מתן עדות של קרובי משפחה ובוודאי שאין מקום לפסול עדותם מעיקרה**. נהפוך הוא... עם שינוי העיתים ומול תופעות הזמן יתאים עצמו גם החוק למציאות החדשה... טובתו של הציבור מחייבת איזון של אינטרסים והללו משנים משקלם וחשיבותם היחסית על-פי ההתפתחויות והשינויים החברתיים".⁶

ואכן, התיקון המוצע מבקש להיענות לביקורת זו, **להרחיב את רשימת החריגים לכלל אי-הכשרות ולאפשר עדות קרובים גם בעבירות נוספות**, כמו עבירה של גרימת מוות ברשלנות, עבירות סמים, עבירות של החזקת נשק חם וכן עבירות מין נוספות שלא היו כלולות עד כה בחריגים לכלל אי-הכשרות. בדברי ההסבר להצעת החוק צוין כי ההרחבה היא לעניין עבירות, **שבשל חומרתן**, נראה שבדומה לעבירות המהוות כבר כיום חריג לכלל אי-הכשרות, יש הצדקה להחיל עליהן את אותו הסדר.⁷

¹ הצ"ח 242, ט"ז בסיון התשס"ו, 12 ביוני 2006, עמ' 458.

² סעיף 2 בפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971.

³ סעיפים 3 ו-4 לפקודת הראיות.

⁴ וראו הדברים המובאים בהסבר להצעת החוק, בהערה 1 לעיל, וכן המקורות שהובאו שם: א' הרנון, דיני ראיות (תש"ל), עמ' 87; ע"פ 500/77 עומרי נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(2), 681, 698.

⁵ סעיף 5 לפקודת הראיות.

⁶ ע"פ 500/77 עומרי נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(2), 681, 698-699 (1979).

⁷ הצ"ח 242, הערה 1 לעיל, בעמ' 459.

יצוין, כי מגמתה זו של הצעת החוק **עולה בקנה אחד** עם המגמה הכללית של **מעבר מפורמליזם למהות**, המאפיינת את החלטות בית המשפט העליון החל משנות השמונים.⁸ מגמה רחבה זו, שמקיפה ענפי משפט רבים, באה לידי ביטוי בתחום של דיני הראיות **במעבר מכללי קבילות לכללי משקל**.⁹ מגמה זו בדיני הראיות מבקשת **להמעיט במקרים בהם עדות תיפסל באופן קטגורי** וקוראת **לקבוע כללי כשרות רחבים ככל האפשר**, תוך **מסירת שיקול דעת לבית המשפט להעניק לכל עדות ועדות את משקלה הראוי לה**.

הדין העברי שונה מאותה מגמה של הצעת החוק, לפיה יש להרחיב את המקרים בהם תותר עדותם של קרובי משפחה. המשפט העברי מתייחס אף הוא לעדותם של קרובי משפחה ובדברים כ"ד, ט"ז נכתב כי **"לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות איש בחטאו יומתו"**. מפרשים רבים נדרשו לפסוק זה¹⁰ ופרשוהו כפשוטו, אולם חז"ל לא פרשוהו כפשוטו, וראו בפסוק זה כציווי המורה על פסלות עדותם של קרובים הן במשפט הפלילי והן במשפט האזרחי: **"לא יומתו אבות על בנים - וכי מה בא הכתוב ללמדנו? שלא יומתו אבות על-ידי בנים ולא בנים על-ידי אבות, והלוא כבר נאמר - איש בחטאו יומתו?!** אלא שלא יומתו אבות **בעדות** בנים ולא בנים **בעדות** אבות. כשהוא אומר **"ובנים"** - לרבות את הקרובים."¹¹ הרמב"ם במשנה תורה¹² לומד אף הוא מפסוק זה כי **"הקרובים פסולים לעדות מן התורה"**.

בנוסף לרציונל אחדות המשפחה ושלוש הבית שצוין גם במשפט הישראלי לעניין פסלותם של קרובים, הרי שהתלמוד מציין כי פסלותם של הקרובים נובעת גם, או אולי בעיקר, **מחוסר מהימנותם**, ובלשונו – **"קירוב הדעת"** הקיים תדיר בעדותם.¹³

רציונל זה מסביר אולי מדוע לא נקבעו במשפט העברי סייגים לכלל אי-הכשרות של קרובים, בדומה לסייגים שנקבעו בפקודה הישראלית ובמדינות אחרות. אם פסלות זו מקורה **בעדות עצמה** ולא בטעם חיצוני כמו שמירה על יחסיו של העד עם קרובו, הרי שחשיבות מתן עדות בנושא **אינה מרפאת את הפגם הפנימי שבעדות קרובים**.

נימוק אפשרי נוסף לפסלות הגורפת שקבע המשפט העברי בעניין עדותם של קרובים ולאי סיוגה של פסלות זו, ולפער זה שבין המשפט האזרחי ובין המשפט העברי, ניתן למצוא בדברי ח"ש חפץ.¹⁴ לדבריו, הדבר נעוץ **בשוני הרחב יותר בין דיני הראיות במשפט האזרחי ובין דיני הראיות במשפט העברי** – בשונה מהמשפט האזרחי, המעניק לשופט שיקול דעת הן בקביעת מהימנותה של כל עדות והן בקביעת **משקלה**, הרי שהמשפט העברי מעניק משקל רב ביותר למוסר העדות, וכאשר באים שני עדים לפני הדיין ואין חשש שעדותם אינה מהימנה, הדיין **חייב** לפסוק לפיה.¹⁵ משום כך, הוקשחו תנאי הסף לכשרותם של עדים, ולגבי עדים שהם קרובי משפחה, הדבר נעשה באופן קטגורי.

⁸ וראו מנחם מאוטנר בספרו **"ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי"** (1995) וכן במאמרו **"ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי"**, **עיוני משפט**, יז (תשנ"ג) 505.

⁹ וראו למשל רע"א 423/83 מ"י נ' **עזבון המנוחה סילוורמן**, פ"ד לו(4) 281.

¹⁰ וכן לסתירה שיש לכאורה בינו ובין פסוקים ו' ו-ז' בשמות ל"ד **"ה' אל רחום וחנון... ונקה לא ינקה פקד עוון אבות על בנים ועל בני בנים על שלשים ועל רבעים"**.

¹¹ **ספרי** (מדרש ההלכה לספר דברים), פיסקא רפ. מובא גם אצל יחזקאל מרגלית, **"לפסול עדות קרובים"**, גיליון מס' 160 לפרשת כי-תשא, תשס"ד, מחלקה למשפט עברי, משרד המשפטים.

¹² **משנה תורה**, הלכות עדות, פרק י"ג, הלכה א'. מובא גם כן אצל מרגלית, הערה 6 לעיל.

¹³ הגמרא **בסנהדרין** כח ע"ב. מובא גם כן אצל מרגלית, הערה 6 לעיל.

¹⁴ ח"ש חפץ, **"מקומה של עדות במשפט העברי"**, דיני ישראל ט (תשל"ח-תש"ס) נא-פג.

¹⁵ כך לפי גישתו של **הרמב"ם** בהלכות סנהדרין, פרק כ"ד, הלכה א': **"יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת, והדבר חזק בלבו שהוא כן, אף על פי שאין שם ראיה ברורה... אם כן, למה הצריכה התורה שני עדים? שבזמן שיבואו לפני הדיין שני עדים, ידון על פי עדותן, אף על פי שאינו יודע אם באמת העידו או בשקר"**. מובא גם אצל

בסקירה זו נבחנו במדינות השונות¹⁶ שלוש שאלות: האם קבועים במדינות אלה כללי כשרות כלליים, כדוגמת סעיף 2 בפקודת הראיות הישראלית, וכן כללים המחילים חובת מסירת עדות על כל עד הכשר להעיד; האם נקבעו חריגים לכללים אלה והאם נקבעו סייגים לחריגים. הדגש בסקירה זו הושם על עדותם של קרובי משפחה.

מהסקירה עולה כי **ברוב המדינות קבוע כלל כשרות כללי**, לפיו כל עד כשר לעדות למעט החריגים הקבועים בחוק. בדרך-כלל, **כלל זה מלווה בכלל נוסף, לפיו כל אדם הכשר להעיד חייב למסור עדות**. דיני הראיות במדינות השונות מבחינים בין **הכשרות** להעיד ובין **החובה** להעיד, ובכל אחת מהן **נקבעו חריגים** הן **לכלל הכשרות** והן **לכלל החובה** להעיד.

בכל המדינות קבועים כללים מיוחדים לעניין עדותם של קרובי משפחה. הגדרת המונח "קרובי משפחה" שונה ממדינה למדינה; בחלקן מונח זה כולל בני זוג בלבד, בחלקן בני זוג וכן הורים וילדים ובחלקן ההגדרה היא רחבה ביותר וכוללת, לדוגמא, גם גיסים או נכדים של ידועים בציבור. למרות השוני בהגדרה, **המשותף לרוב המדינות בעניין עדות קרובים הוא ההתייחסות אליה במישור החובה להעיד ולא במישור הכשרות להעיד**. ברוב המדינות שנסקרו, **עדים כשרים** להעיד במשפטם של קרוביהם, אך **לא תמיד חייבים לעשות כן**.

לעתים, הפטור מחובת מתן עדות שניתן לקרובים **כפוף לשיקול דעתם של העדים עצמם**, האם להעיד אם לאו; לעתים, פטור זה **כפוף לשיקול דעתו של בית המשפט**, וזה רשאי להורות להם להעיד; אך לעתים, הפטור **מוגבל בסייגים הקבועים בחוק**, ואפילו בית המשפט אינו רשאי לפטור עדים אלו מחובת מתן עדות בעניין קרוביהם.

סייגים אלו **אינם** זהים בכל המדינות, אולם מהסקירה עולה כי **עדים יהיו חייבים למסור עדות בעניינם של קרוביהם, מקום בו האחרונים מואשמים בעבירות חמורות**, שנעברו בתוך המשפחה ואף לעתים מחוצה לה.

יחזקאל מרגלית, "לפסול עדות קרובים", גיליון מס' 160 לפרשת כי-תשא, תשס"ד, מחלקה למשפט עברי, משרד המשפטים.
¹⁶ אוסטרליה, אוסטרליה, ארצות-הברית, בלגיה, גרמניה, דנמרק, פינלנד, קנדה ושבדיה.

2. ארצות הברית¹⁷

א. כללי

דיני הראיות, ובכללם גם סוגיות של כשרות להעיד וחיסיון מעדות, מוסדרים בארצות הברית הן במישור הפדראלי והן בנפרד בכל מדינה ומדינה. במישור הפדראלי כפופים דיני הראיות, גם בתחום האזרחי וגם בתחום הפלילי, לכללים שנקבעו במסגרת ה-Federal Rules of Evidence. כללים אלה מחייבים בבתי המשפט הפדראליים אך אינם חלים על תביעות המוגשות בבתי המשפט המדינתיים. עם זאת, הכללים שנקבעו במדינות רבות בארצות הברית (הן בחקיקה והן בפסיקה) עוצבו בהתאם לכללים הפדראליים האמורים.¹⁸

ככלל, יש להבחין לעניינינו בין שני סוגים שונים של הגבלות על מתן עדות: הגבלות מתחום הכשרות (competence) והגבלות מתחום החסיונות (privileges). כלל כשרות גורף במישור הפדראלי נקבע בכלל 601 ל-Federal Rules of Evidence, שלפיו כל אדם כשיר להיות עד בכפוף לחריגים המפורטים בכללים אלה. החריגים לעניין הכשרות להעיד הם מעטים בלבד. כך למשל נקבע בהמשך אותם כללים חריג כללי, לפיו עד אינו רשאי להעיד על עניין שאין לו לגביו ידע אישי (אלא אם מדובר בעד מומחה)¹⁹, או חריג ספציפי יותר (ויש לומר, גם מובן מאליו), לפיו שופט המנהל את המשפט אינו כשיר להעיד באותו משפט עצמו.²⁰ צמצום ההגבלות על הכשרות להעיד, כפי שבא הדבר לידי ביטוי בכללים הפדראליים, עולה בקנה אחד עם המגמה האמורה בדיני הראיות של מעבר מכללי קבילות לכללי משקל.²¹ בהתאם לכך, הגבלות הנוגעות לעדות קרובים, כפי שיפורטו להלן, אינן מצויות על-פי רוב בתחום הכשרות אלא בתחום החסיונות (אם כי יש לציין שהטרמינולוגיה לגבי חסיונות או "פריבילגיות" אלה משתנה ממדינה למדינה בארצות-הברית, ולעתים בחוקי המדינות השונות כן נעשה שימוש במונחים של "אי-כשרות"]incompetence] או "פסילה" [disqualification].²²

ב. חיסיון בין בני-זוג

החסיונות מהווים חריג לעיקרון הכללי, לפיו כל ראיה רלוונטית וכשירה קבילה בבית המשפט; וכן לעיקרון לפיו כל אזרח חייב למסור עדות בהליך משפטי (אם נדרש לעשות זאת). החיסיון, להבדיל מסוגיית הכשרות, אינו פוסל אדם מלהעיד אלא מקנה לבעל החיסיון (holder) זכות לסרב למסור עדות או למנוע קבלת עדות כנגדו. בעל החיסיון גם רשאי, לפיכך, לוותר על זכותו זו.

¹⁷ פרק זה מסתמך, בין השאר, על תשובותיו של ראלף אמלאן (Amelan) מה-American Center, שגרירות ארצות-הברית, לפניית מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 6 במאי ו-26 ביולי 2007.

¹⁸ ה-Federal Rules of Evidence (בגרסתם המעודכנת ל-1 בדצמבר 2006) מופיעים באתר של Cornell Law School, <http://www.law.cornell.edu/rules/fre>, תאריך כניסה: 24 ביולי 2007.

¹⁹ כלל 602 ל-Federal Rules of Evidence.

²⁰ כלל 605 ל-Federal Rules of Evidence.

²¹ <http://library.findlaw.com/2001/Jan/1/241488.html>, תאריך כניסה: 24 ביולי 2007.

²² R. Michael Cassidy, "Reconsidering Spousal Privileges after Crawford", Research Paper 113, November 1, 2006, p. 25, המאמר נמצא באתר <http://ssrn.com/abstract=945686>, תאריך כניסה: 25 ביולי 2007. הסקירה העוסקת בחסיונות בין בני-זוג מסתמכת ברובה על מאמר זה.

במישור הפדראלי חסיונות הנוגעים לעדות בני-זוג (spousal privileges או marital privileges) הם יציר ההלכה הפסוקה²³ ואילו במדינות השונות הם יציר חקיקה ופסיקה גם יחד. קיימים בארצות-הברית שני סוגים של חסיונות הנוגעים לעדות בני-זוג, כמפורט להלן.

1. חיסיון מפני עדות נגד בן-זוג הנאשם במשפט פלילי

חיסיון זה (spousal/marital [adverse] testimonial privilege) עניינו **מתן זכות לאדם לסרב להעיד נגד בן/בת זוגו, על-פי רוב כאשר בן-הזוג נאשם במשפט פלילי**. מדובר בשריד לכלל ישן נושן של המשפט המקובל האנגלי, אשר במקור מנע לחלוטין מתן עדות של אדם בעד או נגד בן/בת זוגו, הן במשפט פלילי והן במשפט אזרחי. במרוצת השנים עבר הכלל הזה כמה שינויים ותהפוכות: מכלל של אי-כשרות מוחלטת הוא הפך לכלל של אי-כשרות במשפט הפלילי בלבד; לאחר מכן לכלל המקנה לנאשם את הזכות למנוע עדות כנגדו, אך מאפשר לו לזמן את בת-זוגו להעיד לטובתו; ובהמשך לכלל שמסמעותו, על-פי רוב, זכות לחיסיון המוקנית לבן הזוג המעיד בלבד.

כדי להעלות טענת חיסיון מסוג זה **על בני-הזוג להיות נשואים בעת המשפט עצמו**. כאשר מתקיים החיסיון, בן הזוג שאמור להעיד רשאי לסרב למסור עדות לא רק לגבי חילופי דברים בינו לבין בן-הזוג הנאשם (ראו להלן) אלא גם לגבי כל עובדה אחרת, לרבות עובדות שהתקיימו לפני שבני הזוג נישאו זה לזו. הרציונל המודרני מאחורי גישה זו הוא שלעדוּתו של אדם נגד בן/בת זוגו עלולה להיות השלכה הרסנית על קשר הנישואין ביניהם.

כיום **בבתי המשפט הפדראליים** בעל החיסיון הזה הוא אך ורק בן הזוג שאמור להעיד. מצב משפטי זה הוא תולדה של פסק-דין שניתן בבית המשפט העליון של ארצות הברית ב-1980 (Trammel v. United States), שאישר את קיום החיסיון במשפט הפדראלי אך הפקיד אותו בידיו של בן-הזוג המעיד ולא בידי בן הזוג הנאשם.²⁴ בהתאם לכך, בן הזוג שנקרא להעיד רשאי להימנע ממתן עדות, אך הוא רשאי גם לבחור לוותר על החיסיון ולהעיד נגד בן הזוג האחר, מבלי שהאחרון יוכל למנוע זאת ממנו. יצוין, שבתי המשפט הפדראליים נחלקו בשאלת יישומו של חריג "השותפים לעבירה" (joint participants) לחיסיון זה. בחלק מבתי המשפט נפסק שאם בן-הזוג המעיד שותף לעבירה שבה נאשם בן הזוג האחר, אזי הוא אינו רשאי להעלות את טענת החיסיון (כלומר הוא חייב להעיד). לעומת זאת, בתי משפט אחרים סרבו להכיר בחריג זה לחיסיון.

במדינות השונות תמונת המצב המשפטית (נכון ל-2006) מורכבת יותר. 19 מדינות בארצות הברית זנחו כליל את ההכרה בחיסיון האמור, מתוך הסתפקות בקיומו של חיסיון אחר הנוגע לחילופי דברים סודיים בין בעל לאשתו (ראו בהמשך). במדינות אלה, בן/בת הזוג של הנאשם (או הנאשמת) הוא עד רגיל שניתן לכפות עליו להעיד. 31 המדינות האחרות וכן מחוז קולומביה מכירות בחיסיון זה (ב-marital adverse testimonial privilege). מתוך אותן מדינות שעדיין מכירות בחיסיון, רובן מחילות אותו על הליכי המשפט הפלילי בלבד, אך במדינות אחדות חל החיסיון על הליכים פליליים ואזרחיים גם יחד. ברובן המכריע של המדינות המכירות בחיסיון, בעל החיסיון הוא בן הזוג המעיד, בהתאם לפסק הדין האמור (Trammel v.)

²³ כלל 501 ל-Federal Rules of Evidence מעגן את סוגיית החסיונות במישור הפדראלי באופן כללי בלבד, מבלי לפרט את סוגי החסיונות השונים ובהתאם לכך גם מבלי להתייחס באופן פרטני לסוגיית החיסיון בין בני-זוג.

²⁴ בכך הפך בית המשפט הלכה קודמת שנקבעה ב-1958 בפרשת Hawkins v. United States.

United States). עם זאת, ב-4 מדינות קיים הכלל שקדם לפסק דין Trammel, לפיו בעל החיסיון הוא הנאשם (או הנאשמת). ב-5 מדינות נוספות שני בני הזוג מחזיקים בחיסיון. משמעות הדבר במדינות אלה היא שאם בן זוג אחד רוצה להעיד נגד רעהו אזי בן הזוג הנאשם רשאי למנוע זאת ממנו; אך במקביל גם אם הנאשם אינו מתנגד לעדות (או אפילו מזמן את בן/בת-הזוג להעיד לטובתו), עדיין רשאי האחרון לסרב להעיד.

עבירות בתוך המשפחה – חריג לחריג :

כבר במשפט המקובל האנגלי הוכר חריג לחיסיון זה כאשר מדובר היה בהליכים פליליים בגין פשעים שבוצעו בין בני הזוג (בעיקר מקרים של אונס ותקיפה). בהתאם לכך, רוב המדינות בארצות-הברית שמכירות בחיסיון עיגנו בחקיקה חריגים לחיסיון, אשר לא רק מתירים לבן הזוג אלא גם מחייבים אותו להעיד נגד בן הזוג השני במקרים של פשעים שהאחרון ביצע כלפיו או כלפי ילדיהם, כאשר הכוונה היא בעיקר לעבירות אלימות ומין במשפחה (חריגים אלה נקראים בדרך-כלל spousal crime exceptions ו-child abuse exceptions).

לפיכך, כאשר מתקיימים אותם חריגים הנוגעים לעבירות במשפחה, החיסיון האמור מתבטל. אם הנאשם הוא שמחזיק בחיסיון, אזי הוא אינו רשאי למנוע מבן הזוג להעיד כנגדו; ואם החיסיון מצוי בידי בן-הזוג הקורבן או העד, אזי הוא אינו רשאי לסרב להעיד. על-פי, מייקל קסידי (Cassidy), נכון ל-2006, 4 מבין 31 המדינות המכירות בחיסיון (וכן מחוז קולומביה) טרם עיגנו בחקיקה את אותם חריגים הנוגעים לעבירות במשפחה. לפיכך, לדבריו, במדינות אלה, בהעדר יכולת לחייב את בן/בת-הזוג להעיד נגד בן הזוג התוקף, קשה יותר להוכיח את אותן עבירות, אלא אם קיימים צדדים שלישיים שיכולים להעיד עליהן.²⁵

2. חיסיון על חילופי דברים בין בעל לאישה

חיסיון מסוג אחר המוענק אף הוא לבני זוג הוא ה-Marital Communications Privilege, הידוע גם בשם "the husband-wife privilege". מדובר בזכותו של אדם לסרב להעיד בבית המשפט על "אמירות סודיות" (confidential statements) שנאמרו בינו לבין בן/בת זוגו במסגרת נישואיהם, בשיחה או בכתב, וזאת כדי להגן על פרטיות התקשורת בין בני-הזוג. חיסיון זה חל גם במשפט הפלילי וגם במשפט האזרחי (חסיונות דומים קיימים לגבי חילופי דברים בין כהן דת למתוודה, עורך דין ולקוחו, רופא וחולה וכיו"ב מערכות יחסים מקצועיות).

מקור החיסיון במשפט המקובל האנגלי (למעשה זהו אחד החסיונות המוקדמים ביותר שהוכרו במשפט המקובל; קדם לו רק החיסיון על יחסי עורך דין - לקוח) והוא קיבל מעמד רשמי ב-English Evidence Amendment Act מ-1853, אשר קבע כי אין לאלץ בעל או אישה לחשוף חילופי דברים ביניהם שנאמרו (או נכתבו) במהלך נישואיהם. בארצות-הברית הוכר החיסיון האמור בכללי העדות הפדראליים והמדינתיים וב-1934 קבע בית המשפט העליון של ארצות-הברית (פסק הדין בעניין Wolfe v. United States) שמדובר בפריבילגיה כה חיונית לשימור קשר הנישואין עד כי משקלה גובר על הפגיעה בניהול המשפט.

²⁵ R. Michael Cassidy, "Reconsidering Spousal Privileges after Crawford", p. 28.

החיסיון אינו בגדר זכות מוחלטת. מאחר ומשמעותו שלילת ראייה מבית המשפט, בתי המשפט על-פי רוב מפרשים אותו פרשנות מצמצמת. התנאים המצטברים לקיום החיסיון הם אלה:

- התקיימו **חילופי דברים** (במלים או בצורה אחרת שנועדה להעביר מסר) **בין בני-הזוג**.
- **בעת אותם חילופי דברים בני-הזוג היו נשואים כדין** זה לזו (גם אם לאחר מכן, בעת המשפט, הם כבר אינם נשואים). בתי המשפט אינם מחילים את החיסיון על בני זוג שבעת חילופי הדברים רק חיו ביחד, היו בגדר ידועים בציבור, או קיימו ביניהם קשר נישואין פיקטיבי בלבד. כמו כן, על-פי הפסיקה, החיסיון גם אינו חל על בני זוג שבעת חילופי הדברים פורמאלית היו עדיין נשואים אך למעשה כבר נמצאו בהליכי גירושין ו/או חיו בנפרד מזה תקופה ממושכת.
- חילופי הדברים **נועדו להישמר בסודיות**, כלומר הם לא נאמרו בנוכחות צד שלישי או נועדו להימסר לצד שלישי. נוכחותם של צדדים שלישיים במהלך חילופי הדברים בין בני הזוג לרוב מבטלת את טענת החיסיון, אם כי בתי המשפט גם החילו חריג לחריג זה כאשר מדובר היה בדברים שנאמרו בין בני הזוג בנוכחות ילדיהם.

חיסיון זה מוכר במשפט הפדראלי וכן בכל המדינות של ארצות הברית (ברובן המוחלט הוא גם מעוגן בחקיקה). ברוב המדינות חל החיסיון על הליכים פליליים ואזרחיים כאחד, אך בארבע מדינות מוגבלת תחולתו להליכים פליליים בלבד. הגישה הרווחת היא ששני בני-הזוג הם בעלי החיסיון ועל כן כל אחד מהם רשאי להתנגד לעדות שחושפת חילופי דברים פרטיים ביניהם. על-פי גישה זו, חשיפה של חילופי דברים על-ידי אחד מבני-הזוג אין משמעותה ויתור על החיסיון גם מבחינת בן הזוג השני, אשר רשאי להמשיך לסרב להעיד עליהם (גם אם הראשון זימן אותו להעיד). בחלק מהמדינות הגישה היא שבעל החיסיון הוא רק הצד השותף להליך המשפטי (כתובע, כנתבע או כנאשם). ישנן קומץ מדינות שמגינות על החיסיון האמור באמצעות כלל פסילה מוחלט, שלפיו שופט אינו רשאי להתיר לעד לחשוף חילופי דברים הנופלים בגדר החיסיון, גם אם שני הצדדים מעוניינים לחשוף אותם.

עבירות בתוך המשפחה – חריג לחריג:

במקרים של עבירות אלימות במשפחה חיסיון זה מעורר פחות בעייתיות מהחיסיון הקודם שזכר לעיל, מאחר ובניגוד לקודמו הוא ממילא חל רק על חילופי דברים "סודיים" שנאמרו או נכתבו בפרטיות בין בני-הזוג ואינו מתיר באופן גורף הימנעות ממתן עדות של בן-זוג אחד נגד רעהו. במלים אחרות, חיסיון זה אינו מתיר לאישה שנאנסה או הוכתה בידי בעלה להימנע מלהעיד על מעשיו אלה. עם זאת, קיומו של חיסיון מסוג זה בכל זאת עלול לעורר קשיים ראייתיים גם במשפטים שעניינם אלימות או עבירות מין במשפחה, מאחר והחיסיון עלול להיות מוחל על חילופי דברים שהתרחשו בהקשר של אירוע כאמור ושיש בהם כדי להפליל את הנאשם (איומים, הפצרות להימנע או לחזור מהגשת תלונה, הבעות חרטה לאחר האירוע, בקשות לפיוס, הבטחות לשיפור ההתנהגות בעתיד וכיו"ב).

לפיכך, **רוב המדינות בארצות-הברית מכירות במקרים של פשעים במשפחה** (לרוב כאשר מדובר בעבירות אלימות, אך בחלק מהמדינות גם כאשר מדובר בעבירות אחרות) כחריגים לחיסיון האמור (spousal crime exceptions), אשר למעשה מבטלים את קיומו באותן סיטואציות. עם זאת, נכון ל-2006,

ישנן 5 מדינות שטרם סייגו את החיסיון בחקיקתן בחריג שכזה.²⁶ לדברי קסידי, מצב זה בעייתי במיוחד מאחר וברוב המדינות הללו זכות החיסיון נתונה גם לבן הזוג הנאשם והוא רשאי למנוע מאשתו להעיד על השיחות הפרטיות שהתנהלו ביניהם, גם אם האישה המעידה רוצה לחשוף את פרטיה.²⁷ יצוין שאמנם במדינות רבות הוצאו איומים בין בני הזוג מגדר החיסיון, מתוך תפיסתם כ"מעשים ורבאליים" ולא כ"שיחות פרטיות". ואולם, באותן מדינות שלא החילו את החריג האמור לגבי פשעים במשפחה, אין די בכך כדי להבטיח קבילותן של אמירות שאינן בגדר איומים, שאותן השמיע הנאשם במהלך או לאחר האירוע הפלילי.

ג. חיסיון בין הורים לילדים

חיסיון בין הורים לילדים (Parent-Child Privilege) הוכר בארצות הברית במקרים בודדים על-ידי בתי המשפט והמחוקקים, אך במשפט הפדראלי וברוב המדינות הוא אינו מוכר.²⁸ בניגוד לחסיונות בין בני-זוג, המעוגנים היטב בחקיקה המדינתית ובפסיקה, על-פי רוב סירבו בתי המשפט להעניק חיסיון המגן על יחסי הורים וילדים ו/או על חילופי דברים ביניהם. על-כן, בארצות-הברית, בדרך-כלל ניתן לאלץ הורה להעיד נגד ילדו ולהיפך. המדינות מינסוטה ואיידהו מייצגות דוגמאות חריגות יחסית להחלה (בחקיקה) של החיסיון על חילופי דברים סודיים גם על דברים שנאמרו בין הורים וילדיהם הקטינים.²⁹

ב-2005 הונחה בבית הנבחרים של ארצות-הברית הצעת חוק שנועדה לתקן את ה-Federal Rules of Evidence ולהוסיף להם כלל נוסף העוסק בחיסיון בין הורים לילדים (The Parent-Child Privilege Act) (2005). הצעת החוק הזו נועדה להחיל את שני סוגי החסיונות שצוינו לעיל לגבי בני-זוג (ה-Adverse Testimonial Privilege וה-Confidential Communications Privilege) גם על יחסי הורים וילדים.³⁰ ההצעה הועברה לדיון באחת מוועדות הקונגרס ושם, לפי שעה, נגנזה.

לגבי החיסיון הראשון נאמר בהצעת החוק שבכל הליך פלילי או אזרחי שכללים אלה (ה-Federal Rules of Evidence) חלים עליו, אין לכפות על הורה או ילד להעיד זה נגד זה, אלא אם כן ההורה או הילד המשמשים כעדים, בודעין ומתוך בחירה, מוותרים על הזכות להימנע מלהעיד כאמור.

לגבי החיסיון השני נאמר בהצעת החוק שבכל הליך פלילי או אזרחי שכללים אלה חלים עליו, הורה או ילד לא יחויבו לחשוף חילופי דברים פרטיים-סודיים שהתקיימו ביניהם במסגרת יחסי ההורות, אלא אם שני הצדדים (ההורה והילד), בודעין ומתוך בחירה, מוותרים על השימוש בחיסיון זה.

הצעת החוק גם קובעת שורה של חריגים שבהם לא יחולו החסיונות האמורים. למשל: בכל הליך אזרחי שנקט על-ידי הילד נגד הורהו ולהיפך; בכל הליך אזרחי שבו הורי הילד הם צדדים להליך משני צידי המתרס; בכל הליך שבו נידונות סוגיות כגון משמורת על הילד, תשלום מזונותיו, זכויות הורות לגביו,

²⁶ ג'ורג'יה, ניו-המפשייר, צפון קרוליינה, דרום קרוליינה ומערב וירג'יניה.

²⁷ R. Michael Cassidy, "Reconsidering Spousal Privileges after *Crawford*", p. 29.

²⁸ <http://www.lexisnexis.com/lawschool/study/outlines/html/evvid/evvid39.htm>, תאריך כניסה: 25 ביולי 2007.

²⁹ Minn. Stat. Ann. § 595.02(j); Idaho Rule of Evidence 514.

ראו: <http://www.epic.org/privacy/privileges>, תאריך כניסה: 29 ביולי 2007.

³⁰ כאשר לצורך העניין "ילדים" הם גם ילדים "חורגים" או מאומצים ו"הורים" מוגדרים גם כהורים "חורגים", מאמצים או אפוטרופוסים חוקיים של הילד.

הזנחת הילד, מעשי ניצול כלפיו וכיו"ב; בכל הליך פלילי שבו נאשם הילד או הורה בפגיעה בגופו או ברכושו של האחר (ההורה או הילד) או של אחד מבני המשפחה. כאמור, מדובר בהצעת חוק בלבד אשר לא נחקקה.

3. קנדה

א. כללי

חוק הראיות בקנדה (Canada Evidence Act 1985) מבחין בין **הכשרות** להעיד ובין **החובה** להעיד. כפי שנראה, ההתייחסות בדין הקנדי **לעדות קרובים** היא הן במישור **הכשרות** והן במישור **החובה** להעיד. החוק **לא מציין במפורש** כלל כשרות כללי, אם כי הוא קובע כבר בתחילתו כי אדם לא ייפסל לעדות רק בשל **אינטרס** שיש לו בעדות או בשל כך שביצע **עבירה פלילית**.³¹ עם זאת, חוק הראיות בקנדה מתייחס באופן ספציפי לעדויות של בני זוג וכן לעדויות של עדים נוספים.

ב. עדות בני זוג

1. עדות בני זוג במשפט פלילי

עדויותם של בני זוג במשפט פלילי זוכה להתייחסות, כאמור, הן במישור הכשרות והן במישור החובה להעיד. כלל המשנה הראשון לעניין זה קובע כי **כל אדם כשר להעיד כעד הגנה במשפט בו בן זוגו מואשם בפלילים**, בין אם האחרון מואשם לבד ובין אם מואשם ביחד עם אחר בכתב אישום אחד.³² כלל המשנה השני לעניין זה קובע כי **במספר מקרים אדם כשר ואף חייב להעיד כעד תביעה במשפט בו בן זוגו מואשם בפלילים**, גם ללא הסכמת בן הזוג המואשם. **הכשרות והחובה להעיד כעד תביעה במשפטים אלה היא במקרים האלה:**³³

- כאשר בן הזוג מואשם **בעבירות הבאות**, או **בניסיון** לעבור את העבירות הבאות:³⁴

0 עבירות מין;³⁵

0 עבירות זנות ותועבה;³⁶

0 עבירות בקטינים ובחסרי ישע - הזנחת קטינים ומושגחים,³⁷ נטישת קטינים³⁸ וחטיפת קטינים;³⁹

³¹ Canada Evidence Act, sec. 3. Available at: <http://laws.justice.gc.ca>

³² Canada Evidence Act, sec. 4(1).

³³ בחוק הראיות בקנדה אין התייחסות מפורשת לשאלה אם ביתר המקרים בהם אדם מואשם בפלילים, בן זוגו הוא רק כשר להעיד כעד תביעה אך לא חייב להעיד כעד תביעה, או שמא לא יהיה חייב ואף לא יהיה כשר. וראו להלן הערה בגוף הטקסט לעניין משפטים שנדונים לפי המשפט המקובל.

³⁴ Canada Evidence Act, sec. 4(2).

³⁵ Canada Criminal Code, sec. 151-153, 155, 159-160, 170-173 and 271-273. Available at: <http://laws.justice.gc.ca>

³⁶ Canada Criminal Code (1985), sec. 212

- 0 **עבירות בענייני נישואין** - ביגמיה⁴⁰ ועריכת טקס נישואין ללא סמכות;⁴¹
- 0 **שידול והדחת קטין לברוח ממוסד לעבריינים צעירים או להפר תנאי מתנאי שחרורו וכן סיוע לו בעשותו כן;**⁴²
- 0 **שוטטות.**⁴³
- כאשר בן הזוג מואשם **בעבירות הבאות ולקורבן או למתלונן על עבירות אלה טרם מלאו 14 שנה:**⁴⁴
- 0 **עבירות המתה** – רצח מדרגה ראשונה ושנייה,⁴⁵ הריגה,⁴⁶ המתת ולד,⁴⁷ גרימת מוות ברשלנות פושעת,⁴⁸ ניסיון לרצח⁴⁹ וכן שותף לאחר מעשה רצח;⁵⁰
- 0 **עבירות של סיכון החיים והבריאות** – גרימת חבלה (bodily harm) ברשלנות פושעת,⁵¹ גרימת חבלה שלא כדין,⁵² תקיפה,⁵³ תקיפה בעזרת נשק שגרמה לחבלה⁵⁴ וכן תקיפה חמורה.⁵⁵

2. עדות בדבר חילופי דברים בין בני זוג בתקופת הנישואים

גם עדות זו עניינה בעדות של עד בקשר לבן זוגו, אולם בשונה מהעדות שלעיל, אין היא עוסקת דווקא במשפט פלילי או במשפט שבן הזוג נשוא העדות צד לו.

בכלל זה יש דגש בעיקר על החובה להעיד, וליתר דיוק, על **אי הסמכות לכפות מתן עדות** זו על עד: הגם שאדם **כש** להעיד בדבר **חילופי הדברים** ("any communication") **שיש לו או שהיו לו עם בן זוגו במהלך נישואיהם**, הרי שבעניינים אלה הוא **עד שאינו בר-כפייה ולא ניתן לחייבו להעיד**. ויודגש, כי הכוונה בסעיף זה היא רק לחילופי הדברים שהיו בין בני הזוג במהלך נישואיהם, אך לא לאלה שהיו טרם הנישואים או לאחר שהנישואים הסתיימו.⁵⁶

³⁷ Canada Criminal Code, sec. 215

³⁸ Canada Criminal Code, sec. 218

³⁹ Canada Criminal Code, sec. 280-283

⁴⁰ Canada Criminal Code, sec. 291

⁴¹ Canada Criminal Code, sec. 294

⁴² Youth Criminal Justice Act (2002), sec 136(1). Available at: <http://laws.justice.gc.ca>

⁴³ Canada Criminal Code, sec. 179. הכוונה היא לאדם המשתכר מהימורים או מביצוע פשעים.

⁴⁴ Canada Evidence Act, sec. 4(4)

⁴⁵ Canada Criminal Code, sec. 235

⁴⁶ Canada Criminal Code, sec. 236

⁴⁷ Canada Criminal Code, sec. 237

⁴⁸ Canada Criminal Code, sec. 220

⁴⁹ Canada Criminal Code, sec. 239

⁵⁰ Canada Criminal Code, sec. 240

⁵¹ Canada Criminal Code, sec. 221

⁵² Canada Criminal Code, sec. 269

⁵³ Canada Criminal Code, sec. 266

⁵⁴ Canada Criminal Code, sec. 267

⁵⁵ Canada Criminal Code, sec. 268

⁵⁶ Canada Evidence Act, sec. 4(3)

- יצוין, כי שני כללים אלה בעניין עדות בן-זוג אינם מעלים ואינם מורידים לגבי מקרים, בהם לפי המשפט המקובל עד עשוי להיקרא לעדות במשפט בו נאשם בן-זוגו, גם ללא הסכמת בן הזוג הנאשם.

ג. עדים נוספים שעניין כשרותם או קבילות עדותם מצוין בחוק

עדות קטינים ועדים בעלי מוגבלות נפשית

לפני שבית המשפט מאשר עדותם של קטינים עד גיל 14 וכן עדותם של בעלי מוגבלות נפשית, מחויב הוא לערוך חקירה בה יקבע האם העד מבין את משמעותה של שבועה או של הצהרה על אמירת אמת והאם ביכולתו של העד להעיד.⁵⁷

יצוין כי בהוראה זו אין קביעה ראשונית וקטגורית כי עדים אלה אינם כשרים או שעדותם לא תישמע, אלא על בית-המשפט לערוך בחינה ולקבוע האם רשאים יהיו להעיד בכל מקרה ומקרה לגופו. למרות שהשאלה בעניין זה היא אם עדים אלו יעידו אם לאו, הרי שאי הקביעה הקטגורית מראש ועצם בחינת כל מקרה לגופו עולה בקנה אחד עם המגמה הכללית של מעבר מכללי קבילות לכללי משקל.

4. אוסטרליה

א. כללי

חוק הראיות באוסטרליה (Evidence Act 1995) מבחין אף הוא בין הכשרות להעיד ובין החובה להעיד וההתייחסויות לאלה מאוגדות בתת פרק אחד.⁵⁸

החוק קובע בצורה מפורשת כי למעט חריגים, כל אדם כשך להעיד, וכי כל מי שכשר להעיד גם חייב להעיד.⁵⁹

החריגים לכלל כפול זה הם הן בנושא הכשרות והן בנושא החובה להעיד, וכן הן ביחס לקרובי משפחה והן ביחס לעדים אחרים.

ב. עדות של קרובי משפחה במשפט פלילי

1. הכלל – מעין חיסיון בין קרובי משפחה

⁵⁷ Canada Evidence Act, sec. 16

⁵⁸ Evidence Act 1995, Part 2.1 Division 1 "Competence and compellability of witnesses". Available at:

<http://www.comlaw.gov.au>

⁵⁹ Evidence Act, sec 12

במשפטים פליליים, בן זוגו הנשוי של הנאשם וכן בן זוגו בפועל, הורה או בנו של הנאשם, רשאים **לסרב להעיד** כעדי תביעה במשפט או להעיד על חילופי דברים שהיו ביניהם. עד שברצונו לסרב להעיד במקרים אלה חייב לבטא את התנגדותו בטרם מסירת העדות או בסמוך למועד בו למד על זכותו לסרב להעיד. במידה שבית המשפט סבור כי עד רשאי לסרב להעיד במקרה זה, עליו⁶⁰ לוודא כי האחרון מכיר ומבין את זכותו זו.⁶¹

זכותו זו של קרוב משפחה לסרב להעיד **אינה מוחלטת**, ובית המשפט **רשאי לדרוש ממנו להעיד**, אלא אם מצא כי **עלול להיגרם נזק** ישיר או עקיף לאותו עד או ליחסיו עם קרוב משפחתו הנאשם, וכן כי **הנזק שעלול להיגרם עולה על התועלת שבמסירת העדות**.⁶² מבחן זה הוא מבחן כפול, ושיקול הדעת לעניין זה מסור לבית המשפט. בית המשפט רשאי לשקול שיקולים שונים, אולם מבלי להגבילו, קובע החוק שורה של עניינים עליהם **חייב** בית המשפט לתת את הדעת בהחלטתו זו:⁶³

- טבעה וחומרתה של העבירה בה מואשם הנאשם;
- תוכנה וחשיבותה של העדות שהעד צפוי למסור וכן המשקל שבית המשפט עשוי לייחס לעדות זו;
- האם יש באפשרות התביעה לגבות ממקור אחר ראיה או עדות אחרת, הנוגעת לאותם עניינים שבעדותו של העד המדובר; והאם אפשרות זו היא סבירה;
- טבעה של מערכת היחסים שבין העד לנאשם;
- האם בשל מתן העדות העד יאלץ לחשוף עניין שנמסר לו מהנאשם בסוד ומתוך יחסי האמון שיש ביניהם.

לאחר שבית המשפט הכריע בדבר חובתו של עד להעיד לחובת קרוב משפחתו או בעניין חילופי הדברים שהיו ביניהם וקבע כי אין לכפות עליו להעיד, התביעה **לא תהא רשאית** לערער על החלטה זו או לבקר את העד ולהעיר על סירובו להעיד.⁶⁴

2. **החריג – החובה להעיד בעבירות מסוימות**

כפי שהוזכר לעיל, הפריבילגיה של עד לסרב להעיד לחובת קרובו או בדבר חילופי דברים שהיו ביניהם אינה מוחלטת, והיא מוגבלת בכך שבית המשפט רשאי לכופו להעיד. עם זאת, הגבלה זו אינה ההגבלה היחידה שמוטלת על פריבילגיה זו.

הפריבילגיה **לא תעמוד** לזכות העד כאשר קרובו מואשם בעבירות הבאות, והוא **חייב** להעיד לחובתו. במקרים אלו, גם **לבית המשפט לא מסור שיקול הדעת** לפטור אותו מלהעיד:

- **עבירות מין** במי שטרם מלאו לו 16 שנים;⁶⁵

⁶⁰ במידה שהמשפט מתנהל בפני חבר מושבעים, השופט ישמע וידון בכל ההתנגדויות שמועלות ביחס לעניין זה בהיעדרו של חבר המושבעים.

⁶¹ Evidence Act, sec 18(1)-(5).

⁶² Evidence Act, sec 18(6).

⁶³ Evidence Act, sec 18(7).

⁶⁴ Evidence Act, sec 18(8).

⁶⁵ Crimes Act 1900 of the Australian Capital Territory, part 3.

- **עבירות בקטינים** - העסקת קטין בעבודות המסכנות את בריאותו,⁶⁶ הזנחת קטין⁶⁷ והעברת קטין ממשמורת חוקית למשמורת אחרת ללא סמכות;⁶⁸
- **עבירות אלימות בתוך המשפחה.**⁶⁹

ג. **חריגים נוספים לכלל הכשרות ולכלל החובה**

מלבד החריג בעניין עדותם של קרובי משפחה, מונה חוק הראיות באוסטרליה רשימה של עדים נוספים שחלקם אינם כשרים להעיד וחלקם האחר אינם חייבים להעיד, על אף כשרותם. להלן יצוינו עדים אלה בקצרה:

1. **נאשמים במשפט פלילי**

נאשם **אינו כשר** להעיד כעד תביעה במשפטו. בנוסף, נאשם **אינו חייב** להעיד, כעד הגנה או כעד תביעה, במשפטו של מי שהואשם עמו בכתב אישום אחד, אלא אם הם נשפטים בנפרד. במידה שעד מעיד במשפט של מי שהואשם עמו בכתב אישום אחד, והם אף נשפטים ביחד, **יודא בית המשפט**⁷⁰ **כי העד מודע לכך שאינו חייב להעיד.**⁷¹

2. **אדם בעל מוגבלויות**

אדם **אינו כשר להעיד בדבר עובדה**, אם אין **ביכולתו לשמוע או להבין** שאלות בקשר לאותה עובדה או להשיב לשאלה זו ואם לא ניתן להתגבר או לרפא **אי יכולת** זו.⁷²

אדם שאין **ביכולתו להבין** כי במוסרו עדות הוא **חייב למסור עדות אמת** - **אינו כשר להעיד בשבועה.**⁷³

3. **הריבון כעד**

ראש המדינה (sovereign), המושל הכללי, מושל של מדינה או של טריטוריה וכן מי שעומד בראש מדינה זרה **אינם חייבים להעיד ובית המשפט אינו רשאי לכפות עליהם להעיד, למרות כשרותם.**⁷⁴

4. **שופטים וחברים בחקר מושבעים**

שופט או חבר בחקר מושבעים **אינם כשרים**, כמובן, להעיד **באותו הליך** בו הם יושבים בדיון. עם זאת, חבר בחקר מושבעים **כשר** להעיד **בעניינים המשפיעים על ניהול ההליך** בו הוא חבר.⁷⁵

⁶⁶ Children's Services Act 1986 of the Australian Capital Territory, sec 133-135

⁶⁷ Children's Services Act 1986, sec 139

⁶⁸ Children's Services Act 1986, sec 140

⁶⁹ An offence that is a domestic violence offence within the meaning of the Domestic Violence Act 1986 of the Australian Capital Territory

⁷⁰ במידה שהמשפט מתנהל בפני חבר מושבעים, השופט יודא זאת בהיעדרו של חבר המושבעים.

⁷¹ Evidence Act, sec 17

⁷² Evidence Act, sec 13(4)

⁷³ Evidence Act, sec 13(1)

⁷⁴ Evidence Act, sec 15(1)

⁷⁵ Evidence Act, sec 16(1)

בשונה, שופט או מי שהיה שופט בהליך מסוים באוסטרליה או מחוץ לאוסטרליה **כשר** להעיד בדבר הליך זה במהלך הליך אחר שמתנהל בבית המשפט, אך **אינו חייב** לעשות כן.⁷⁶

5. פינלנד⁷⁷

א. כללי

ראשית, יש לציין שקוד הפרוצדורה המשפטית של פינלנד מבחין בין שמיעתם במשפט של עדים, עדים מומחים וצדדים להליך המשפטי; כאשר לכל אחת מהקטגוריות הללו מייחד הקוד בסעיפים נפרדים הוראות שונות.

לגבי עדים קובע הקוד כלל כשרות כללי, לפיו **"כל אדם שאינו צד להליך רשאי להישמע כעד"**.⁷⁸

בנוסף, הקוד קובע חובה כללית של מתן עדות החלה על כל מי שכשיר להעיד ולפיה, **אדם לא יסרב להעיד**.⁷⁹ כפי שיובהר להלן, התייחסות הקוד הפיני אל **עדות קרובי משפחה** אינה במישור הכשרות, אלא במישור החובה להעיד.

ב. עדות קרובי משפחה

סעיף 20 לקוד מוציא קרובי משפחה מסוימים מגדר החובה להעיד. על-פי הסעיף, האנשים הבאים רשאים אך אינם חייבים להעיד:

- מי שנשוי, מאורס או היה נשוי לאחד מהצדדים להליך.
- אבות או צאצאים ישירים (direct ascendant or descendant) של צד להליך, וכן מי שנשוי או היה נשוי לאבות או צאצאים ישירים כאמור של צד להליך.
- אחים ואחיות, או בני-זוג של אחים ואחיות, של צד להליך.
- הורים מאמצים או ילדים מאומצים של צד להליך.

בכל הנוגע לקרובי המשפחה האמורים – השאלה אם להעיד או לא נתונה תמיד לשיקול דעתם ובשום נסיבות לא ניתן לכפות עליהם להעיד.⁸⁰

יצוין שככלל, עדות חייבת להימסר תחת שבועה או הצהרה על-פי נוסח שנקבע בקוד,⁸¹ ואולם מי שיש לו קירבה משפחתית כמפורט לעיל לנאשם במשפט פלילי והוא בוחר להעיד – לא יישבע או יצהיר כאמור.⁸²

⁷⁶ Evidence Act, sec 16(2).

⁷⁷ תשובת משרד המשפטים הפיני לפניית מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 14 במאי 2007.

⁷⁸ (1). Code of Judicial Procedure, chapter 17, section 18 נוסח באנגלית של הקוד מופיע באתר <http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1734/en17340004.pdf>, תאריך כניסה: 26 ביולי 2007.

⁷⁹ שם, סעיף 20 (רישא).

⁸⁰ תשובת משרד המשפטים הפיני לפניית מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 14 במאי 2007.

⁸¹ סעיף 129(1).

⁸² סעיף 30(3).

ג. חריגים נוספים

לכלל הכשרות שצוין לעיל נקבעו כמה חריגים נוספים המתייחסים למי שאינם רשאים להופיע כעדים או אינם רשאים להעיד על דברים מסוימים. למשל:

- בהליך פלילי, הצד שנפגע לא יישמע כעד, גם אם הוא לא מימש את זכותו להישמע כצד להליך. בהליך זה גם לא יישמע כעד אדם שנאשם באותו מעשה פלילי או במעשה שקשור באופן מיידי לעבירה שאליה מתייחס האישום. בהליך אזרחי, אדם לא יישמע כעד אם פסק-הדין הסופי יפעל לטובתו או לרעתו כאילו הוא עצמו היה צד להליך.⁸³
- אם אדם שזומן להעיד טרם מלאו לו 15 שנים, הוא חולה נפש או סובל מפיגור שכלי – בית המשפט יעריך ויקבע אם ניתן או לא לשמוע את עדותו. כלל זה חל גם על מי שעומד לדין פלילי במשפט אחר (בעת שהוא נקרא להעיד) ועל מי שנגזר עליו עונש מאסר בגין עבירות מסוימות.⁸⁴
- נשיא הרפובליקה לא יוזמן להעיד.⁸⁵
- האנשים הבאים לא יעידו:⁸⁶

- א. פקיד ציבורי, נבחר ציבור, אדם שמונה למשרה ציבורית – כל אלה לא יעידו על מה שמחובתם לשמור בסודיות במסגרת תפקידם.
- א. אף אדם לא יעיד על מה שיש לשמור בסודיות ממדינה זרה מטעמים של ביטחון לאומי או הגנה על הזכויות והאינטרסים של המדינה.
- א. בכפוף לחריגים מסוימים, רופא, רוקח, מיילדת ועוזריהם לא יעידו על מה שנודע להם מתוך עבודתם המקצועית ושיש לשמור בסודיות על-פי טבעו, אלא אם כן האדם שלטובתו נשמרת חובת הסודיות נתן את הסכמתו לשמיעת העדות. כך גם עורך-דין או יועץ משפטי לא יעידו על מה שלקוחם הפקיד בידם, אלא אם הלקוח נתן את הסכמתו לשמיעת העדות (יצוין שהוראות נפרדות חלות על חובת הסודיות שחלה על כהן דת). יצוין, כי מצבם המשפטי של בעלי מקצוע אלה שונה מזה של קרובי המשפחה שצוינו לעיל. את הראשונים (למעט סנגורו של נאשם) ניתן לחייב למסור עדות במשפט שבו נאשם אדם בעבירה שעונשה המינימאלי הוא שש שנות מאסר (במשפט הפיני מדובר בעבירות החמורות ביותר).⁸⁷ כאמור, את קרובי המשפחה לא ניתן לחייב להעיד בשום מקרה.

⁸³ סעיף 18.

⁸⁴ סעיף 21.

⁸⁵ סעיף 22.

⁸⁶ סעיף 23.

⁸⁷ סעיף 23(3).

א. כללי

בשבדיה, הוראות החוק העוסקות בכשרות להעיד, בחובה למסור עדות ובחריגים לשני אלה, דומות לאלה שנקבעו בפינלנד ואף הן מעוגנות בקוד הפרוצדורה המשפטית.⁸⁹

לגבי עדים קובע הקוד כלל כשרות כללי, לפיו "כל אדם שאינו צד להליך רשאי להישמע כעד".⁹⁰ גם בשבדיה, ההתייחסות אל עדות קרובי משפחה אינה במישור הכשרות, אלא במישור החובה להעיד.

ב. עדות קרובי משפחה

הקוד קובע שקרובי משפחה מסוימים פטורים מהחובה להעיד ואלה הם:⁹¹

- בני-זוג או בני-זוג לשעבר של צד להליך.
- אבות או צאצאים ישירים של צד להליך, וכן מי שנשוי או היה נשוי לאבות או צאצאים ישירים כאמור של צד להליך.
- אחים ואחיות, או מי שנשוי או היה נשוי לאח או אחות, של צד להליך.
- אחים ואחיות של מי שנשוי (או היה נשוי) לצד להליך.

קרובים אלה רשאים אך אינם חייבים להעיד. החריג החל לגביהם תקף ללא קשר לחומרת העבירות שבהן נאשם אדם כלשהו או לכל נסיבה אחרת. גם משרד המשפטים השבדי מדגיש בתשובתו, שהחריג האמור מקנה לאותם קרובי משפחה פטור מוחלט מחובה להעיד, במובן זה שאין שום נסיבות מיוחדות שמאפשרות לבית-משפט לכפות עליהם מתן עדות.⁹²

יצוין, שאם אדם זומן למסור עדות עליו להעיד תחת שבועה,⁹³ אך על-פי הקוד, בהליך פלילי, אם קרוב משפחה כאמור של נאשם בוחר למסור עדות, נאסר עליו להעיד תחת שבועה.⁹⁴

ג. חריגים נוספים

לכלל הכשרות נקבעו כמה חריגים המתייחסים למי שאינם רשאים להופיע כעדים או אינם רשאים להעיד על דברים מסוימים. למשל:

⁸⁸ תשובת משרד המשפטים השבדי לפניית מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 9 במאי 2007.
⁸⁹ Code of Judicial Procedure, chapter 36. נוסח באנגלית של הקוד מופיע באתר (תאריך כניסה: 26 ביולי 2007):

<http://www.legislationline.org/upload/old/28dd0388a098dbff9a8b1edac2485592.pdf>

⁹⁰ Code of Judicial Procedure, chapter 36, section 1.

⁹¹ שם, סעיף 3.

⁹² תשובת משרד המשפטים השבדי לפניית מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 9 במאי 2007.

⁹³ סעיף 11.

⁹⁴ סעיף 13.

- בהליך פלילי, הצד שנפגע (הקורבן) לא יישמע כעד, גם אם אינו צד להליך (לקורבן ניתנת אפשרות להשמיע את דבריו, אך לא כעד תחת שבועה). בהליך זה גם לא יישמע כעד אדם שנאשם בהשתתפות באותו מעשה פלילי שאליו מתייחסת העדות או בעבירה אחרת שקשורה אליו באופן מיידי. חריג זה נכון גם לגבי אדם שיש כלפיו חשד סביר להשתתפות במעשה פלילי כאמור.⁹⁵
- אם אדם שזומן להעיד טרם מלאו לו 15 שנים או שהוא סובל מהפרעה נפשית – בית המשפט יעריך ויקבע אם ניתן או לא לשמוע את עדותו.⁹⁶
- אנשים שאינם רשאים למסור מידע מכוח הוראות חוק הסודיות (Secrecy Act 1980) או הוראות חוק אחרות אינם רשאים להעיד על אותו מידע ללא אישורה של הרשות המוסמכת שבמסגרת פעילותה הושג המידע האמור.⁹⁷
- בכפוף לחריגים מסוימים, עורכי-דין, רופאים, מיילדות, אחיות, פסיכולוגים, פסיכותרפיסטים ופקידים סוציאליים אינם רשאים להעיד על עניינים שהופקדו בידיהם או שהם נחשפו אליהם במסגרת עבודתם המקצועית, אלא אם החוק מתיר זאת או שהאנשים שלטובתם נשמרת חובת הסודיות מסכימים לחשיפת המידע. בדומה לאמור לגבי פינלנד, מצבם המשפטי של אלה שונה מזה של קרובי המשפחה שצוינו לעיל, שכן הראשונים (למעט סגורים), חייבים להעיד במשפטים הנוגעים לעבירות מסוימות ואילו האחרונים, כאמור, אינם חייבים להעיד בשום מקרה.

7. אוסטריה⁹⁸

א. כללי

קוד הפרוצדורה הפלילית של אוסטריה (Strafprozessordnung – StPO) עורך הבחנה בין הכשרות להעיד ובין החובה להעיד.⁹⁹

כפי שנראה, ההתייחסות בדין האוסטרי לעדות קרובים אינה במישור הכשרות כי אם במישור החובה להעיד.

ב. עדות של קרובי משפחה

הקוד האוסטרי קובע כי אדם כשר להעיד במשפטו של קרובו, אולם אינו חייב להעיד, מקום בו העדות היא לחובת קרוב משפחה וקיים חשש כי העד יפליל בעדותו את קרוב משפחתו.

”קרוב משפחה” מוגדר בסעיף 72 בקוד הפלילי של אוסטריה (Strafgesetzbuch – StGB) כקרוב בקרבת דם או נישואין, לרבות נכדים, דודים, סבים וסבתות (ואחיהם של הסבים והסבתות), בני-דודים,

⁹⁵ סעיף 1.

⁹⁶ סעיף 4.

⁹⁷ סעיף 5.

⁹⁸ תשובת משרד המשפטים האוסטרי לפניית מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 8 במאי 2007.

⁹⁹ בתשובת משרד המשפטים האוסטרי לפנייתנו, לא מצוין דבר לעניין כלל כשרות כללי או כלל לפיו כל אדם (הכשר להעיד) חייב למסור עדות.

גיסים (הן אחיהם של בני-זוג והן בני-זוג של אחים), אביו או אמו של ילד "מחוץ לנישואין" של העד, הורים מאמצים וילדים מאומצים, ידועים בציבור וכן ילדיהם ונכדיהם של האחרונים.¹⁰⁰

כאמור, אדם רשאי **לסרב** להעיד במשפטו של קרוב משפחתו. גם כאשר עד בוחר להעיד במשפטו של קרובו, עלול להתעורר חשש כי מתן תשובה לשאלות שהעד נשאל במהלך עדותו יבייש אותו או את **קרוב משפחתו** או יפגע בו או בקרוב משפחתו פגיעה כלכלית מיידית ורצינית. במקרים אלו, אם אין בתשובה חשש להפללת קרוב המשפחה אלא "רק" החשש שהוזכר כאן, ובית המשפט סבור שהתשובה חיונית להמשך ההליכים, **רשאי יהיה בית המשפט לחייבו להשיב לשאלות**.¹⁰¹

יצוין, כי ב-1 בינואר 2008 עתיד להיכנס לתוקף תיקון לקוד הפרוצדורה הפלילית באוסטריה. רוב השינויים העתידיים להתקבל בתיקון זה אינם משפיעים על עדים, מלבד שינוי אחד, הנוגע לעדים **המעידים נגד קרובי משפחתם** וכן לעדים שהם קורבנות של מספר עבירות¹⁰² שהעידו בעדות מוקדמת.¹⁰³ לפי השינוי, אל לו לבית המשפט להסתפק ביידוע עדים אלה בעניין זכותם לסרב להעיד, אלא עליו לבקש מעדים אלה באופן מפורש ואקטיבי לוותר על זכותם שלא להעיד, אם מסכימים הם לכך. מן הצד האחר קובע התיקון, כי בגיר המצטרף להליך הפלילי כצד פרטי "התובע" את קרוב משפחתו לא יוכל לסרב להעיד, מאחר שהרציונל העומד בבסיס הסירוב להעיד נגד קרוב משפחה אינו עומד בבסיסו של מקרה בו אדם משתמש בהליך הפלילי לצורך "תביעת" קרוב משפחתו.¹⁰⁴

ג. עדים שאינם כשרים להעיד

סעיף 151 בקוד הפרוצדורה הפלילית קובע כי הבאים **אינם כשרים** להעיד (zeugnisunfähigkeit) במקרים המפורטים:

- מי שאינו כשיר להעיד מפאת **בעיה נפשית או פיסית**;
- **כמרים**, בכל הנוגע למידע שנתקבל אצלם במהלך עבודתם;
- **עובדי מדינה**, אם עדותם תחשוף סודות רשמיים והם לא הורשו להעיד על-ידי הממונים עליהם.

ד. עדים נוספים הכשרים להעיד, אך רשאים לסרב להעיד

מלבד קרובי משפחה, מונה הקוד האוסטרי רשימה של עדים נוספים אשר **אינם חייבים** למסור עדות, על אף כשרותם. עדים אלה הם בעלי חסיונות, כמו עורכי-דין, נוטריונים, נאמנים (fiduciaries), פסיכולוגים, פסיכיאטרים וכן עובדיהם של בעלי חסיונות אלה;¹⁰⁵ עדים שהינם קורבנות עבירת מין וכן

¹⁰⁰ StPO, sec. 152.

¹⁰¹ StPO, sec. 153.

¹⁰² עבירות מין ופשעים שבוצעו בקטינים שטרם מלאו להם 14 שנים.

¹⁰³ וכן שלצדדים ניתנה הזדמנות נאותה לחקור אותם.

¹⁰⁴ Dr. Andreas Pscheidl, משרד המשפטים, אוסטריה, מכתב, 8 במאי 2007.

¹⁰⁵ יש לשים לב כי בדין האוסטרי החיסיון בנוגע לכמרים הוא בדרגה גבוהה יותר מאשר החסיונות של קבוצת בעלי החסיונות המוזכרת כאן. כאמור, עדותם של כמרים אינה קבילה, **בשונה** מעדותם של בעלי החסיונות המוזכרת כאן, שהיא קבילה, האף שיש באפשרותם לסרב להעיד.

מי שהיו קורבנות עבירה פלילית בהיותם קטינים שטרם מלאו להם 14¹⁰⁶ וכן עדים שיש חשש כי עדותם תפליל אותם.¹⁰⁷

8. גרמניה¹⁰⁸

א. כללי

בדומה לקבוע בחלק מהמדינות שנסקרות כאן, גם פקודת המשפט הפלילי בגרמניה קובעת כלל, לפיו כל **אדם כשר להעיד וחייב להעיד**, ובצדו **חריגים** הן במישור הכשרות והן במישור החובה להעיד.

ב. עדות קרובי משפחה

ככלל, אדם **כשר** להעיד ואף **חייב** להעיד במשפטו של קרוב משפחתו. עם זאת, **במשפט פלילי**, אדם **אינו חייב להעיד ושופט לא יהא רשאי לכופו להעיד** במשפטו של קרובו, וזאת **על אף כשרותו**.¹⁰⁹

החוק הגרמני לא הגדיר במדויק מי אלה קרובי המשפחה שזכאים לפריבילגיה זו, ואך ציין כי יהיו אלה בן זוגו הנשוי של הנאשם, בן זוגו לחיים, מי שמאורס לו וכן כל בני המשפחה ה"קרובים" (nahe Verwandte).¹¹⁰

ג. חריגים נוספים לכלל הכשרות והחובה להעיד

1. קטינים

כשרות עדותם של קטינים נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט. ככלל, קטינים **אינם כשרים** להעיד, אך שופט רשאי להחליט האם לקבל את עדותם אם לאו.

2. בעלי חסיונות

קבוצה נוספת המהווה חריג לכלל הכשרות והחובה להעיד היא קבוצת בעלי החסיונות, בה מנויים סניגורים, עיתונאים, פוליטיקאים ויועצים משפטיים.¹¹¹ עדותם של אלה עלולה להוות **עבירה פלילית של הפרת סודיות**, המחייבת ענישה לפי חוק העונשין.¹¹²

¹⁰⁶ עדים אלו יהיו רשאים לסרב להעיד במידה שהעידו בעדות מוקדמת (לפני שהחל שלב ההוכחות בתיק) ושניתנה לצדדים הזדמנות נאותה לחקור אותם.

¹⁰⁷ StPO, sec. 152.

¹⁰⁸ תשובת משרד המשפטים הגרמני לפניית מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 11 במאי 2007. תרגום מגרמנית - גלעד נתן, מרכז המחקר והמידע של הכנסת.

¹⁰⁹ סעיף 52 לפקודת המשפט הפלילי (strafprozessordnung).

¹¹⁰ שם.

¹¹¹ סעיף 53 לפקודת המשפט הפלילי (strafprozessordnung) וסעיף 203 לחוק העונשין (Strafgesetz).

¹¹² סעיף 203 לחוק העונשין.

9. דנמרק

א. הכלל - קרובי משפחה כשרים להעיד לטובת הנאשם או לחובתו אך אינם חייבים

גם דיני הראיות בדנמרק מתייחסים באופן מיוחד לעדות קרובי משפחה, וקובעים כי בני זוג וקרובי משפחה "קרובים" ("close relatives")¹¹³ הם עדים כשרים להעיד לטובת הנאשם או לחובתו.¹¹⁴

עם זאת, סעיף 171 בקוד הפרוצדורה האזרחית והפלילית בדנמרק (Rpl. – Retsplejeloven 1916) קובע כי עדים אלה, הגם שהינם כשירים להעיד, הם אינם ברי כפייה ולא ניתן לחייבם להעיד בעד הנאשם או לחובתו.

יצוין, כי חלה חובה על בית-המשפט להביא לידיעתם של עדים אלה את זכותם שלא להעיד לחובת בן משפחתם או לטובתו.¹¹⁵

ב. חריג - מקרים בהם ניתן לחייב קרובי משפחה להעיד

קוד הפרוצדורה האזרחית והפלילית בדנמרק קובע כי במקרים הבאים רשאי יהיה בית המשפט לחייב עד להעיד במשפטו של קרובו:¹¹⁶

- כאשר העדות היא בעלת חשיבות מכרעת לתוצאת המשפט ;
- כאשר העדות היא רלבנטית ובעלת חשיבות גבוהה לחברה או לצדדים המתדיינים.

10. בלגיה¹¹⁷

גם קוד סדר הדין הפלילי בבלגיה קובע הוראות מיוחדות לעדותם של קרובי משפחה וכן של עדים נוספים שאינם כשרים להעיד.¹¹⁸

לעניין קרובי משפחה קובע הקוד שהעדים הבאים לא ייקראו לעדות ולא תתקבל עדותם:¹¹⁹

- האם, האב, הסבתא או הסב של הנאשם או של כל מי שנאשם עמו באותו כתב אישום ;
- הבת, הבן, הנכד, הנכדה או כל צאצא אחר של הנאשם ;

¹¹³ החוק הותיר את פרשנות המילה "קרובים" לבית המשפט. Peter Garde "The Right to Fair Trial in the Kingdom of Denmark", *The Right to Fair Trial*, David Weissbrodt and Rüdiger Wolfrum, p. 539.

¹¹⁴ Peter Garde "The Right to Fair Trial in the Kingdom of Denmark", *The Right to Fair Trial*, David Weissbrodt and Rüdiger Wolfrum, p. 539.

¹¹⁵ סעיף 173 ל-Rpl.

¹¹⁶ יצוין, כי לפי סעיף 753 ל-Rpl, החל משנת 1978 הדבר נכון גם לעניין חקירה ומתן עדות מחוץ לבית המשפט.

¹¹⁷ תשובת משרד המשפטים הבלגי לפניית מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 7 במאי 2007. תרגום מצרפתית - רון תקווה, מרכז המחקר והמידע של הכנסת.

¹¹⁸ בתשובת משרד המשפטים הבלגי לפנייתנו, לא מצוין דבר לעניין כלל כשרות כללי או כלל לפיו כל אדם (הכשר להעיד) חייב למסור עדות.

¹¹⁹ סעיפים 156 ו-322a בקוד סדר הדין הפלילי הבלגי.

- האחים והאחיות של הנאשם וכן בני זוגם של אלה ;
- בן הזוג הנשוי של הנאשם וכן מי שהיה נשוי לו ;

עם זאת, החוק קובע כי **אם הנאשם והתביעה הסכימו לשמוע** את עדותם של אלה – **עדותם תישמע**.