**זכויות חשודים ונאשמים במשפט הפלילי - ד"ר אסף הראל**

**שיעור 1, 15.10.18**

**פרק א': הצדקות תיאורטיות להליך הפלילי**

**מקרי פתיחה**

1. **מקרה 1 -** שימוש בדנ"א שניתן בתרומה לפענוח תיק האונס. למעשה התשובה קיימת - יודעים כבר מי האיש. חוקר המשטרה צריך להתחיל מהסוף להתחלה. יש את עניין "פירות העץ המורעל" - אבל יש צורך באיזון בין שני הדברים. מה יותר חשוב? הזכות להליך הוגן, או העמדה לדין של אנס עם התאמה גבוהה?
2. **מקרה 2 -** הרצח המדובב. בסופו של דבר הוא כן הודה - לא תחת עינויים או בצורה ברוטאלית - אני מניחה שדיבוב חשוד זו צורה לגיטימי להוציא הודאה מהחשוד.
3. **מקרה 3 -** המדובב והחשוד תחת השפעה של סמים לעיני החוקרים - הזכות להיוועצות. **ע"פ 2868/13-אלישע חייבטוב נ' מדינת ישראל.** - הרוצח זוכה - בעיקר עקב השימוש בסמים מסוכנים בעת הדיבוב, סמים כעבירה פלילית - הפרה של דיני העונשין, מכתים את ההליך הפלילי- השופטת דפנה ברק ארז). אם כן אומר בית המשפט העליון שאנחנו מוכנים לשלם מחיר כחברה בעבור שמירה על ערכים כמו הליך הוגן ושמירה על כבוד האדם.
4. **מקרה 4 -** עובד זר רוכב בת"א ולפתע עובר שוטר שחושד ברוכב ומעכב אותו הוא תחיל לשאול אותו שאלות ומבין שהאופניים גנובים. לפי העו"ד העיכוב והשהיית חופש התנועה הייתה שלא כדין משום שלא הייתה לשוטר שום אינדיקציה. בפועל - החוק בישראל מדבר על חשד סביר לביצוע עבירה כתנאי לעיכוב. במקרה זה אין שום חשד סביר ואין שום סיבה לעכב.

**מטרות ההליך הפלילי**

1. **עשיית דין צדק -** מטרה גדולה מדי, עם חוקי היסוד הצדק קיבל מעמד חוקתי. מאחר ומדובר במכלול גדול מדי, יש צורך לפרוט אותו. האם צדק משמעותו גם יעילות למשל?האם יכול להיות צודק לא לאפשר לאדם להגיש את הערעור, אם הגיש אותו יום לפני תום המועד האפשרי? מנגד, אם המדינה מגישה את הערעור באיחור - האם יש הבדל בין איחור של המדינה או איחור של הנאשם? ובמקרה בו יש פסק דין חלוט בו אדם הורשע בכל הערכאות - האם עיקרון סופיות ההליך עולה על מקרה בו נחשפו ראיות מזכות הדורשות משפט חוזר?
2. **חשיפת האמת -** באיזו אמת מדובר: **האמת העובדתית** (משקפת את ההתרחשות ע"פ מבט של מתבונן אובייקטיבית מהצד) או שמא מדובר **באמת המשפטית** (אמת שמשקפת את ההתרחשות דרך פריזמה של שופט מקצועי שרואה את המציאות ע"ב הראיות וכללי סדר הדין הפלילי שקיימים באותה שיטת משפט. האמת שהוא רואה זו האמת שמשקפת מתוך הראיות וסדרי הדין). על כן מדובר בהבדל תהומי בין 2 סוגי האמיתות.מכאן, מתבקשת השאלה איזו אמת אנחנו מחפשים, האמת העובדתית או האמת המשפטית? **האמת המשפטית היא למעשה הכלי שבאמצעותו מקיימים משפט, תוך שאיפה שהאמת המשפטית חופפת לחלוטין את האמת העובדתית.** השופט אלון/ברק ששעתו היפה ביותר של המשפט שהאמת העובדתית והאמת המשפטית תהיינה חופפות לחלוטין.

**עם זאת, יש מקרים שבהם נעדיף ערכים אחרים על פני האמת העובדתית:** לרוב נעשה כל שבידנו כדי שהאמת העובדתית תחפוף לאמת המשפטים. עם זאת, יש מקרים שבהם נעדיף לבכר ערכים אחרים, כמו ערך שלמות התא המשפחתי (עדות של קרובי משפחה מדרגה ראשונה אינה קבילה למעט עבירות אלימות), על פני הלימת האמת העובדתית והאמת המשפטית. **כמו גם "חיסיון עו"ד לקוח" - מה שמאפשר לחשוד לדבר ולהתייעץ בחופשיות. דוגמאות נוספות:** חיסיון מקור עיתונאי (כמו חשיפת שחיתות גדולה במסגרת כתבה עיתונאית) אלה, משום שיש ערך אחר שיש צורך להגן עליו (תקשורת חופשית, חופש העיתונות, חופש הביטוי - בלי תקשורת חופשית אין באמת דמוקרטיה). כל אלה מחירים שאנחנו מוכנים לשלם אל מול האמת העובדתית. **דוג' נוספת:** עסקאות טיעון - החלטה של החברה לותר במקרים מסוימים על האמת, והודאה בעבירות קלות יותר על פני אלה שנעשה בפועל, הקרבה עבור אינטרסים אחרים שהחברה מבכרת אותם: לקיחת אחריות - מה שמעלה את סיכוי השיקום שלו, חסיכה מהמתלוננים חקירה נגדית קשה במקרים של עבירות מין, זמן שיפוטי וכו'. עסקאות טיעון מכונות היום כבר בידי בית המשפט ככלי לאכיפת החוק - אחרת מערכת המשפט הייתה קורסת ולא הייתה יכולה לעמוד בעומס - זאת על אף שמדובר במוסד שאינו מגובה בחוק.

1. **הרשעת האשם ואותו בלבד וזיכוי החף מפשע -** אמר הרמב"ם, עדיף 1,000 פושעים מחוץ לבית הכלא על פני אדם אחד חף מפשע בתוך שעריו.

**בשורה התחתונה, יש מכנה משותף לשלושת התכליות האלה -** מלחמה בפשיעה כדי לנקות את העבריינים מהרחובות. זאת כדי להגן על קורבנות העבירה בכוח ובפועל, תוך וויתורים ומחירים. שיטה זו היא למעשה חרב מתהפכת ומדרון חלקלק מסוכן. כאשר נוקטים בכל האמצעים כדי להילחם בפשיעה, "על הדרך" בשטף הזה, יכנסו אמנם יותר פושעים, אבל יחד איתם יכנסו גם יותר חפים מפשע.בישראל כדי להרשיע יש צורך במעל לכל ספק סביר. אמנם היה ניתן לקבוע את הרף רק במאזן ההסתברויות, וכך למעשה לנקות את הרחובות ולהפוך אותם לבטוחים יותר. אך מדיניות זו אינה חלק ממטרות ההליך הפלילי ולמעשה מרשיעה חפים מפשע. **כך, החברה מוכנה לעשות הרבה כדי לנקות את הרחובות מפשיעה, אך לא בכל מחיר. המטרה לא מקדשת את כל האמצעים.**

* 1. **מניעת עיוות דין** - לכן, אי אפשר לנהל צדק מבלי שהנאשם או החשוד יזכו להליך הוגן. עליהם לנהל הגנה כדי לנסות להוכיח את חפותם. בלי אלה, לא יתקיים הליך צדק אמתי. יש צורך **בשמירה על כבוד האדם**. דיני ראיות ולא דיני כיכרות - משפט בכיכר העיר או בכיכר האינטרנט. קשה למחוק מגוגל כתבות. בתוך כך נכנסות זכות ההיוועצות, זכות השתיקה וכו'. מטרות אלה חשובות בעיקר בעידן הנוכחי בו ניתן יותר כוח לרשויות השלטון, בו החברה הסמיכה את הרשויות האלה לפעול ע"מ להשיג את האינטרס הציבורי. הכוח שניתן למדינה הוא עצום, אבל יש צורך בהגבלות - לא בכל מחיר מהסיבות שהוזכרו לעיל. הזכות להליך הוגן למעשה מאזנת בין הכוח העצום שיש למדינה לבין הפרט.
1. **נשאלת השאלה, האם יש סתירה בין התכליות או שמא הן יכולות לחיות יחד?** האם **'חשיפת האמת', 'הרשעת האשם ואותו בלבד' ו'זיכוי החף מפשע'** יכולים לדור בכפיפה אחת עם **'מניעת עיוות דין' ו'שמירת כבוד האדם'?**

**לסיכום, בשיעור זה סוכמו את תכליות ההליך הפלילי, על כל מורכבותן. לעיתים הן סותרות אחת השנייה ולעיתים הן משלימות אחת את השנייה.**

**שיעור 2, 22.10.18**

**מתח בין שני ערכים מרכזיים**

1. **ערך האמת -** מטרת ההליך הפלילי היא לגלות את האמת וסדר הדין הפלילי נועד לגלות אותה.
2. **ערך ההגינות -** הפרוצדורה הפלילית מגלמת בתוכה ערכים של הגינות שיש להם ערך עצמאי מעבר לכך שהם משרתים את גילוי האמת.

**מטרת סדר הדין הפלילי**

1. בניגוד להליך הפלילי, סדר הדין הפלילי זהו **סט של כללים שאנחנו כחברה קבענו לעצמנו כדי להוציא לפועל את ההליך הפלילי**. הוא נותן בידי המערכת את הכלים לעשיית צדק (להוציא באור המשפט). חשוב שיהיה סדר דין פלילי מכמה סיבות:
	1. סדר הדין הפלילי הוא **האמצעי לאכיפת הדין הפלילי המהותי**. מדובר בפרוצדורה. אולם זו פרוצדורה שיכולה להפוך למהות. **למשל:** דיני ההתיישנות. הרציונל הוא וודאות, יציבות, סופיות, וקושי בהוכחה. יהיה קשה להביא לידי ביטוי את הזכות להליך הוגן. תהליך ההתיישנות אומר שחוץ מהאמת יש עוד ערכים ולכן צריך לתחום לכדי תקופת זמן. זה אמנם כלי פרוצדוראלי, אך בעלת היבט מהותי.
	2. **לקבוע סטנדרט ניהול משפט על מנת שיקויים באופן מסודר, יעיל והוגן**. לא יעלה על הדעת ששופט בקריית שמונה יקבע לעצמו סדר דין אחר מאשר סדר דין של שופט באילת. זה יוצר חוסר יעילות, חוסר שוויון, שרירותיות. לכן הכללים חשובים כדי להגן על השוויון, למנוע שרירות, לשמור על תועלתניות ומונעים תביעות רשלנות כנגד עורכי דין. כי ברגע שהחוק קבע X ימים להגשת ערעור, יש סטנדרט שהחוק קבע, ולכן קשה לתבוע על רשלנות שנובעת מחוסר וודאות.
	3. **להעניק לנאשם תריס בפני עיוות דין -** הגנה על זכויות הפרט של הנאשם, בין היתר כתוצאה מפערי הכוחות האדירים בין הפרט למדינה. העוצמה של המדינה היא אדירה. **לדוג':** הכלל שאומר שעם כתב האישום חייב לכלות את כל חומרי הראיות. התביעה חייבת לשחק בקלפים פתוחים כלפי ההגנה, ההגנה יכולה לשמור את הקלפים קרוב לחזה - במטרה לצמצם פערים ולנסות לשמור על הליך הוגן. למשטרת ישראל מותר לשקר בחקירה על זיהוי במסדר אבל לא על זיוף ראיות פורנזיות. אם משטרת ישראל תתחיל לזייף ראיות - זה מדרון חלקלק שאי אפשר לצפות לאן אפשר להגיע. ביהמ"ש העליון נותן סוג של לגיטימיות של שקר - אבל מציב את הגבול עם זיוף ראיה אובייקטיבית. יש גבול לכל תעלול.
2. **חשיבות שמירה על הכללים:** שמירה על הכללים מונעת רשלנות במקרים עתידיים, עלות התדיינות, חוסר שרירות, כללים טובים יובילו לזיכוי החף ולהרשעת האשם.
* **האירוע הפלילי הראשון במדינת ישראל - הלכת סילבסטר. ע"פ 1/48.** הנשיא הוא הנשיא זמורה. רקע: סילבסטר הוא למעשה אזרח בריטי כאשר הוא מועמד לדין אחרי קום המדינה בהתאם לפקודה המנדטורית, כאשר העבירה עליה הוא מועמד היא ריגול. האישום היה שהוא העביר לאויב מידע באמצעות תשדורת אלחוטית בזמן מלחמת העצמאות. הפקודה המנדטורית וסעיפי העבירה שעליו הוא העומד היו שהוא ריגל במכוון. הסניגור שלו אמר שבכתב האישום נאמר שסילבסטר גילה סודות רשמיים ופרסם ידיעות שעלולות לסייע לאויב. אבל, התביעה לא פירטה במל של תוכן העבירה, שזאת עבירה שנחשבת עבירה רק אם היא נעשית רק בכוונה לפגוע בביטחון המדינה. התביעה כן הפנתה למס' הסעיף בפקודה המנדטורית, אבל במלל של תיאור העבירה שכחו לציין את יסוד הוונה - חלק קריטי. בזמן הזיכויים הסניגור שולף את הטענה וטוען לזיכוי. מאחר ומדובר בטעות של ניסוח לב הגדרת העבירה - צריך לזכות. ביתה המשפט העליון פוסק שהפרוצדורה הפלילית מכילה לטובת הנאשם תריס מפני עיוות דין, אמנם מנגד אי אפשר לשחק שחמט בדין הפלילי, שכל מהלך לא נכון משנה את גורל המשחק. בכל העניינים הטכניים שאין להם כל קשר לחפות או אשמה, לא יעלה שאדם יזוכה או יואשם בגלל טעות טכנית.

*"... הפרוצדורה הפלילית על דיניה מכילה לטובת הנאשם תריס מפני עיוות דין. רוצים לתת לנאשם את מלוא ההגנה ההוגנת. אבל אסור לסלף את הרעיון הבריא הזה ע"י הפרזה בפורמאליות... הדיון הפליל אינו צריך לקבל צורת משחק אשקוקי שבו מהלך אחד בלתי נכון קובע את גורל המשחק."*

זהו פסק דין מכונן גם בגלל מאחורי הכללים של הסיפור. פנחס רוזן הוא שר המשפטים, משה שרת שר החוץ והיועמ"ש הראשון - יעקב שמשון שפירא. הפרשה הייתה מאוד רגישה מבחינה מדינית. אנגליה מאוד לא אהבה שמדינת ישראל הצעירה פתאום מעמידה לדין שני אזרחים בריטים. ההיסטוריונים מספרים שהופעל לחץ כבד על ידי אנגליה להניח לסיפור הזה. משה שרת, שהיה שר חוץ, פנה ליועמ"ש ומבקש ממנו לחדול את הפרשה - לא חייבים. היועמ"ש משיב לו שאף אחד, ובוודאי לא דרג מדיני יתערב בהחלטת היועמ"ש. ויכוח שאנחנו שומעים אותו גם בימנו אנו. לכן פרשת סילבסטר היא פרשה מכוננת עקב האמירה של היועמ"ש שלא יתכן שדרג מדיני יתערב בהחלטה של תובע בעניין העמדה או אי העמדה לדין. בסופו של דבר סילבסטר זוכה מסיבה מהותית. פרשת הריגול היחידה שהסתיימה בישראל עם זיכוי.

* **פרשת המרמרה -** משבר בינלאומי קשה בין ישראל לטורקיה. היועמ"ש, יהודה ויינשטיין, בתחילת כהונתו. מדינת ישראל נקלעה למשבר בינלאומי קשה עם השלכות משמעותיות. מה יעשה היועמ"ש - יעמיד לדין את אלה שפשעו נגד חיילי צה"ל, או להרגיע את השטח ולפתור את הבעיה הבינלאומית. האם לדרג המדיני יש אמירה בסיטואציה הזו? האם יש להם סמכות? הסמכות היא בידי היועץ המשפטי לממשלה. עם זאת, היועמ"ש יכול לזמן את הדרג המדיני שיתאר לו את הבעיות שעלולות להיווצר - אך בסוף ההכרעה היא של בן אדם אחד היועמ"ש, ולא של הדרג המדיני. ההחלטה במקרה הזה הייתה בעקבות חוות הדעת של הדרג המדיני, והחליט שלא להעמיד אותם לדין. הייתה עתירה כנגד החלטה זו, נגד היועמ"ש ובג"ץ דחה את העתירה.

**מתי תאפשר סטייה מהכללים**

1. **ראשית, נדרשת הסמכה לסטות:** אי אפשר לסטות מחוק או מתקנה אלמלא החוק או התקנה מאפשרים את הסטייה, זאת בניגוד להנחיה מנהלית. (הנחייה מנהלית - הוראה שהרשות המנהלית קובעת לעצמה כדי ששיקול הדעת שלה יופעל באופן שוויוני על מנת ליצור וודאות. לדוג': ההבדל בין חקירה לבדיקה: מתי פותחים בחקירה ומתי פותחים בבדיקה. היועמ"ש מוציא הנחיית יועץ שמנחה את שיקול הדעת שמנחה את התובעים ביחס לפרמטרים מתי פותחים בחקירה ומתי בבדיקה. הנחייה מנהלית כשמה כן היא - אמנם שיקול הדעת הפרטני הוא רדום, אך ניתן להעיר אותו. אפשר לסטות מהנחייה מנהלית כי זה כלל שהרשות קבעה לעצמה. אם יש צורך במקרה ספציפי אפשר לסטות מההנחיה.

דוג' נוספת - רישום ילדים לגן ילדים. אפשר לסטות מההנחיה אם יש מישהו עם צרכים מיוחדים למשל.)אי אפשר אבל לסטות מחוק או תקנה. הדרך היא לשנות את החוק או התקנה או לעתור כנגדה ולטעון שהיא לא חוקתית. כדי לסטות כלל אם כן, בגלל שהכלל מעוגן בדרך כלל בחוק, צריך הסמכה לסטות ממנו.

1. **מניעת עיוות דין:** חשוב מכך, צריך לוודא שהסטייה לא תגרום לעיוות דין. בסילבסטר למשל, הסטייה לא גרמה לעיוות דין, והיה מדובר בהפניה טכנית בלבד, לכן לא נגרם עיוות**. דין דוג':**
	1. **ס 3' לחסד"פ -** בכל עניין בסדר הדין שאין עליו הוראה בחיקוק, ינהג בית המשפט בדרך הנראית לו טובה ביותר לעשיית צדק.
	2. **ס' 238 - פגמים שאינם פוגמים בדין: ל**יקוי טכני בעריכתו של מסמך הנערך לפי חוק זה, אין בו כדי לפגום בתקפם של ההליכים על פיו. אולם אם נראה לבית המשפט כי יש בדבר חשש לעיוות דינו של הנאשם, רשאי הוא לדחות את הדיון למועד אחר או להורות הוראה אחרת כדי להסית את החשש. (רעיון זהה לדבריו של השופט זמורה בפס"ד סילגדו).
* **פרשת אפללו -** עוסקת בסיטואציה של כתב אישום והליך פלילי. התביעה מבקשת להגיש קלטת לראיה. הסניגור טוען שהקלטת איננה קבילה. בית המשפט אומר שאני לא אדון בזה עכשיו, אלא קודם כל ההגנה תביא את ראיותיה, ולאחר מכן הוא ייתן את החלטתו לעניין קבילות הקלטת הזו.כך, בית המשפט בוחר שלא להחליט באותו רגע. השאלה היא, למה להחליט אחרי זה? הוא מונע יתרון טקטי. תשובתו של בית המשפט היא שמטרת ההליך הפלילי היא לא להעניק יתרונות טקטי, לא לתובע ולא נאשם, אלא לחשוף את האמת.
* **פרשת אנג'ל:** לפי ס' 74 לחסד"פ, התביעה צריכה להגיש את כל החומר החקירה להגנה יחד עם כתב האישום. לפעמים יש תקלות, כמו באנג'ל: לפעמים יש אלפי ראיות, ולפעמים מחמת הטעות ראיה מסוימת לא מובאת להגנה.הקלטת במקרה הזה לא הועברה בזמן להגנה, אלא לאחר עדותו של הנאשם. הנאשם טוען לזיכוי כי הוא יצא שקרן. אם הוא היה יודע שיש קלטת הוא היה מעיד אחרת - יש טענות שמוטב לא להעלותן. בית המשפט משיב שספק רב אם נאשם יכול להישמע בטענה שנגרם לו נזק ע"י כך שבשל אי גילוי ראיה מסוימת מטעם התביעה מסר ביודעין עדות כוזבת ושבשל התגלות הדבר יצא הוא שקרן בעיני בית המשפט.

**שיעור 3, 29.10.2018**

* **ס' 167 -** ס' שמצביע על סממנים אינקוויזיטורים בשיטה האדוורסרית. בתום הבאת הראיות, ביהמ"ש רשאי אם ראה בכך צורך להורות על הזמנת עד - ואפילו כבר נשמעה עדותו בפני בית המשפט..." ס' חריג, לשיטת המשפט האדוורסרית, שחלה בישראל.
* **פרשת קניר -** הסניגור שלף את ההוכחה בשלב הסיכומים, ולא בשלב ההוכחות. עד אז היו נהוג לעשות שימוש בס' 167 רק בשלב ההוכחות ולא בשלב הסיכומים. כי אז התביעה למענה טענת הסניגור שצריך לזכות את הנאשם כי התביעה לא הוכיחה את היותו תושב ישראל מאחר ולא הובא עד רלוונטי. במענה לכך אמרה התביעה שהיא מבקשת לעשות שימוש בס' 167 ולהביא עד מעם בית המשפט ע"מ להוכיח שהוא אכן תושב ישראל - פקיד של משרד הפנים. ההגנה התנגדה לעשות שימוש בס' 167 אחרי פרשת ההוכחות, קרי בשלב הסיכומים וטענה שזה לא ראוי. האם בשלב הסיכומים, רגע לפני שבית המשפט מכריז על חפות או אשמה, עדיין יכולים אחד הצדדים להביא מטעמו עד. חריגה מכלל שמתאפשרת בגלל 167. תשובת העליון בפרשת קניר מאוד ברורה: התהליך הפלילי הוא לא תחרות או מאבק. הכללים נועדים להביא לחשיפת האמת. התכליות אינן סותרות אחת את השנייה. **לרוב ניסיון החיים גיבש את הכללים שאמורים להביא לגילוי האמת, אבל אמון הציבור מתערער אם בית המשפט יתעניין בעניינים טכניים גרידא ולא על עניין מהותי של חטא ועונשו. אי אפשר לזכות מישהו על עניין שולי כל כך. הטכני לא יכול לחסום את האמת לצאת לאור.**

**בכל המקרים הטעות הייתה טעות טכנית של התביעה. בכל הפעמים בית המשפט אפשר את הטעות כי לא היה בכך לפגוע בזכות הנאשם להליך הוגן, ולא שינה את פסק הדין המהותי.**

* **פרשת דמיאניוק -** נולד ב-1920 באוקראינה, גויס ב-1940 לצבא האדום. נלחם בגרמנים ב-1941, ובספו של יום נפל במאי 42 לשבי הגרמנים. הגרמנים השתמשו בשבויים בסיוע למלאכת ההשמדה הנאצית, ודמיאניוק התנדב ליחידת העזר של האס אס, ומונה להיות וואכמן - שומר מחנות. הוא היה וואכמן בסוביבור, ושימש בפקיד זה גם בטרבלינקה, שם, ע"פ הטענה הוא היה אותו אחד שנהוג לכנותו איוון האיום. העדויות מספרות על אכזריות יוצאת דופן של האיש עם סיוע מאוד אקטיבי למכונת ההשמדה הנאצית. אחרי המלחמה הוא עבר לאוהיו, ועבד בחברת פורד. בשלב מסוים האמריקאים גילו שהוא הונה את רשויות ההגירה האמריקאיות והסתיר את העובדה שעבר קורס אס אס. האמריקאים שללו את האזרחות שלו (1986) והסגירו אותו למדינת ישראל, שם הוא עמד לדין בבית משפט מחוזי בהרכב מיוחד - שני שופטי מחוזי ושופט עליון אחד - נדיר מאוד. **הוא הורשע במחוזי בהרכב מיוחד (דורנר - מחוזי, צבי טל - מחוזי, דב לוין - העליון). עו"ד שפטל מטעם ההגנה. בסוף הליך מייגע הוא הורשע ונידון לגזר דין מוות. בערעור לעליון מתנהל באזור שנות ה-90, בתקופת נפילת מסך הברזל, אז נפתחו ארכיונים רבים לעיני הציבור, כשאחד מהם חשף כי איוון האיום הוא בכלל איוון מרצ'נקו, ולמשפט זה מועלה בכלל ג'ון איוון דמיאניוק. ספק הזה הועלה בערעור והתביעה בקשה לעשות שימוש בס' 184 שקובע** שבית המשפט רשאי להרשיע נאשם בעבירה שאשמתו בה נתגלתה מן העובדות שהוכחו לפניו, אף אם העובדות לא נטענו בכתב האישום, ובלבד שניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן (- קרי לא נגרם עיוות דין כתוצאה מהסטייה מהכלל) אולם לא יוטל עליו בשל כך עונש חמור מזה שאפשר היה להטיל עליו אילו הוכחו העובדות כפי שנטענו בכתב האישום. הכלל הוא שלא ניתן להרשיע במשהו שלא כתוב בכתב האישום. החריגים הם שניים: אפשרות סבירה להתגונן, ושלא יושת עליו עונש גבוה יותר ממה שנקבע).

**גם אם בית המשפט יזכה אותו מהיותו ג'ון איוון האיום מטרבלינקה, ניתן יהיה להרשיע אותו בעניין סוביבור. הטענה הזו לא התקבלה ע"י העליון.** ב[ערעור](https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A2%D7%A8%D7%A2%D7%95%D7%A8) בפני [בית המשפט העליון](https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%91%D7%99%D7%AA_%D7%94%D7%9E%D7%A9%D7%A4%D7%98_%D7%94%D7%A2%D7%9C%D7%99%D7%95%D7%9F) הוא זוכה בשל ספקות באשר לזיהויו כ"איוואן האיום" בעקבות ראיות חדשות שגילו הסנגוריה ונציג התביעה, מיכאל שקד. כמו כן נטען כי נמצאו ראיות המצביעות על אדם אחר, בשם [איוואן מרצ'נקו](https://he.wikipedia.org/w/index.php?title=%D7%90%D7%99%D7%95%D7%95%D7%90%D7%9F_%D7%9E%D7%A8%D7%A6%27%D7%A0%D7%A7%D7%95&action=edit&redlink=1), כאיוואן האיום.

**בית המשפט העליון:** "הוואכמן איוון דמיאניוק יצא לפנינו זכאי, מחמת הספק, מהאישומים הנוראים המיוחסים לאיוון האיום מטרבלינקה. מידה ראויה היא זו לשופטים, שאינם בוחנים כליות ולב, ואין להם אלא מה שעיניהם רואות וקוראות. תם - ולא נשלם. השלמות איננה נחלתו של שופט בשר ודם".

נשאלת השאלה **מדוע היועמ"ש אם כן לא הגיש תביעה על פשעיו בסוביבור?** תשובתו, היא שאין זה מאינטרס הציבור לפתוח בהליכים נ' דמיאניוק לפתוח בהליכים חלופיים. זיכוי נוסף יצור תחושה של מפולת, ואין בידנו בטחון שזיכוי כזה אינו אפשרי. הוגשו עתירות כנגד החלטה זו - שכולן נדחו.

**שיקול הדעת של היועמ"ש:** האם יש סיכוי סביר להרשעה, והאם יש לציבור עניין בהעמדה לדין. **(יופיע בהמשך הקורס -** שיקולי העמדה לדין).

**המשך הפרשה:** ארה"ב המשיכה לנסות להסגיר אותו (אוקראינה, פולין, ישראל - בשנית) והרימה את הכפפה - גרמניה. גרמניה העמידה אותו לדין על סוביבור ולא על טרבלינקה. הוא הורשע בבית משפט בגרמניה בסיוע לרצח של 29 אלף איש בהיותו שומר בסוביבור, ונדון ל-5 שנים. הוא ערער, ונפטר טרם נידון הערעור.

**השפעת ההליך הפלילי על גילוי האמת**

1. **חזקות משפטיות: אמת עובדתית מול אמת משפטית -** דוג' להבדל בין אמת עובדתית לאמת משפטית היא רצח ארלוזורוב. שנים לאחר מכן, ישראל מחליטה להקים ועדת חקירה בעניין האמת העובדתית של רצח ארלוזורוב. על החלטה זו מוגשת עתירה, שם אומר ביהמ"ש תוך דחיית העתירה: יש את האמת המשפטית שהיא תולדה של ההליך המשפטי הפלילי שהתנהל אז. אולם, ההליך הזה הוא מוגבל, כי האמת המשפטית הייתה תולדה של דיני הראיות והעדים של אז. אבל, זכותה של ממשלת ישראל להמשיך ולחקור את האמת העובדתית ההיסטורית. וזה לא אומר שוועדת החקירה תוכל לשנות את האמת המשפטית שבית המשפט קבע אז. דרכי הבירור של האמת ההיסטורית שונה מדרכי הבירור של האמת המשפטית. כך, למרות שיש החלטה משפטית חלוטה של ההליך הפלילי, אין זה מונע מהממשלה לבחון את האמת ההיסטורית.
2. **שיטת המשפט:**
	1. **שיטת המשפט האדברסרית -** הנהוג בישראל, בירושה מהמשפט המקובל. בישראל לבית המשפט אין אלא את שעיניו רואות.בעת הגשת כתב האישום לשופט את כתב האישום לפניו בלבד. בית המשפט בשלב הזה לא רואה שום דבר מלבד כתב האישום. בית המשפט לומד את הראיות בהתאם למה שהצדדים מביאים לפניו. **הרעיון הוא שיש עימות, והעימות הוא בין שני צדדים: תביעה והגנה.** בית המשפט הוא גוף עצמאי לחלוטין, **והוא אמור להכריע בדבר חפות או אשמה. הצדדים הם האחראיים להבאת הראיות. בית המשפט הוא לא גוף שיש לו סמכות אקטיבית בהבאת הראיות.** הוא פסיבי, יושב ומקשיב. הוא גם לא מכיר את הראיות מראש, אילו היה מכיר, הוא היה מגבש עמדה מראש. **ככלל, השופט לא מזמן עדים ולא מביא ראיות.** (קיימים לכך חריגים, ס' 167 לדוג', שמאפשר לביהמ"ש להביא עדים מטעמו - פרשת קניר; היכולת של בית המשפט להכריע על עובדות שלא כתובות בפרשת האישום, ס 184 - פרשת דמיאניוק; בירור ביהמ"ש בפתח הדיון את עמדת הנאשם). **בגדול - אין לבית המשפט הרבה כלים למעט מה שהצדדים עושים, להוציא את החריגים.**
	2. **שיטת המשפט האינקוויזיטורית -** ההליך שמקובל בגרמניה, צרפת וכו'. גם שם יש סממנים שונים וגישות שונות בתוך ההליך. בגדול - **בהליך זה השופט הוא שופט חוקר: הוא אחראי על גילוי האמת. הוא מזמין את התובע, את כל העדים שהוא חושב הוא צריך לשמוע, הוא יכול לתת צווים כאלו ואחרים, והוא אחראי על גילוי האמת. הוא לא מוגבל ע"י הצדדים. הליך זה מבוסס על חקירה - השופט החוקר. השופט אחראי לגילי האמת המהותית.**

**מדוע בישראל נהוג ההליך ההאדברסרי?**  מה הרציונל שלו?

* התפיסה הליברלית: laissez faire - מדיניות של אי התערבות.
* המונופול של הנאשם על הגנתו מקורו בתפיסה שהוא יודע טוב יותר מכל אחד אחר לנהל את ענייניו.
* **כל צד עושה את עבודתו -** התביעה מייצגת את האינטרס הציבורי. הנאשם מייצג את האינטרס שלו. הואיל וכל צד מנסה לקדש את מטרתו, בסופו של דבר האמת תצא לאור. ההנחה היא שכל צד יעשה ככל יכולתו כדי לסתור את הגרסה הנגדית.

**מתי בית המשפט כן יתערב בניהול המשפט:**

* + 1. מקום בו התביעה פעלה שלא כדין. כך למשל, כאשר התביעה ערכה הדר טעון לא ראוי בעיני השופט.
		2. ע"מ לתקן טעות פרוצדוראלית של הצדדים.
		3. גם בהליך האדברסרי יש דברים שנלקחו מהשיטה האינקוויזיטורית אפשרות בית המשפט לזמן עדים בעצמו זימון עדים וכו'.
* מאמר של פרופסור קרמניצר, **סקירה של שתי השיטות**. המחבר מבקר בין היתר את הגישה האדברסרית - **(א)** לא תמיד רמתם המקצועית של הצדדים מאפשרת להם להציג באורח נאות את גרסתם; (**ב)** נוכח חוסר השוויון בין הפרט למדינה, אין מקום לגישה ליברלית תחרותית בהליך הפלילי; **(ג)** הרשות השופטת בישראל היא בלתי תלויה - לכן אין חשש מהענקת סמכויות נרחבות לשופט. **הצעות לפתרון:** ראוי לאמץ לתוך השיטה האדברסרית מרכיבים מתוך השיטה האינקוויזיטורית: יכולת השופט לעיין בחומר הראיות טרם המשפט. החיסרון: גיבוש עמדה לפני שמיעת הצדדים. **בישראל, לאחרונה, תוקן החוק, והוסף ס' 143א - דיון מקדמי -** על אף האמור... בית המשפט רשאי בעבירות מסוימות לנהל דיון מקדמי בתחילת המשפט. מטרותיו: בירור הודית הנאשם, בחינה לצמצום המחלוקת העובדתית או המשפטית, סיום הדיון במסגרת הדיון המקדמי, ניסיון של שופט לפתור את הנושא טרום משפט. ניתן לקיין דיון מקדמי: הסכמת הנאשם להליך, הנאשם מיוצג בידי סנגור, וכאשר התובע הסכים - יש צורך בהסכמת שני הצדדים. ביהמ"ש רשאי בהסכמתם לעיין בחומר החקירה (בהתאם להצעתו של קרמניצר) וברשימת החומר הנאסף - וכן בחומר שנרשם בידי ההגנה. הצדדים רשאים להביא לו את הראיות. הס' החשוב ביותר - אם זה לא מצליח - לא יסתיים הדיון בכתב האישום - יעביר את הדיון בכתב האישום לשופט אחר. לא אותו שופט שניהל את הדיון המקדמי, הוא ינהל את המשפט עצמו אם הוא לא הגיע לכדי סיום. גם הפרוטוקול לא יעבור ויוותר חסוי. הוא לא ישמש ראיה בהליך המשפטי האחר. **כך, מדובר בניסיון לא רע של המחוקק** **להתגבר על הקשיים.**

**שיעור 4, 05.11.18 - השלמה מאופיר**

**מושבעים / שופט מקצועי**

1. רעיון שיטת המושבעים לא יושם בישראל, כי המנדט חשב שלא נכון שההדיוטות ישפטו את עצמם. מעין גישה פטרנליסטית שדווקא במושבות בניגוד למה שקורה באנגליה זה לא נכון שהעם ישפוט את עצמו.
2. **מדוע מראש אפשרו את הפרקטיקה, שמעוגנת בחו"י השפיטה, של עתירה לבג"צ כערכאה ראשונה?** הסיבה היא היסטורית. האנגלים לא רצו שערכאות נמוכות ישפטו את רשויות המנהל, מאחר שבערכאות הנמוכות ישבו שופטים מקומיים ובביהמ"ש העליון ישבו שופטים אנגלים, ולכן הם החליטו שביהמ"ש העליון כבג"צ ישפוט בערכאה ראשונה את רשויות המנהל.
3. **למה לא שיננו זאת עד היום?** די התאהבנו ברעיון הזה. נראה קסום שניתן לפנות לבג"צ כערכאה ראשונה, מעין סעד לצדק כשמדובר בפגיעה בזכויות אדם. אך עם הזמן עוד ועוד סמכויות הורדו מבג"צ לביהמ"ש המחוזי. ניואנסים היסטוריים שהשפיעו מאוד.

**תפקידי השופט בשיטת מושבעים:**

1. לסנן את חומר הראיות שמגיע למושבעים.
2. להנחות את המושבעים מה לעשות עם החומר המוצג לפניהם.
3. שיתוף כלל הציבור, ההדיוטות במלאכת השפיטה.
4. הרעיון של שיטת המושבעים הוא שלא צריך התמקצעות כדי לדעת האם פלוני דובר אמת, זה **חלק מהשכל הישר שנמצא בכל אדם ולאו דווקא בידי השופטים.** שיתוף הציבור בהליך השפיטה סוג של צו מילואים שמביא את האזרח להיות חלק ממנו. גם בארה"ב, שם קיימת שיטת המושבעים, מרבית המקרים נגמרים בהסדרי טיעון וגם אם לא הנאשם יכול להחליט (בכפוף תנאים מסוימים) שהוא לא מעוניין להישפט מול חבר מושבעים. מרבית המשפטים שם לא נעשים בשיטת המשובעים.
5. **חבר המושבעים -** העובדה שהמשובעים חייבים להגיע להכרעה פה אחד והשאלה איך בוחרים את השיטה הזו מראים כי זה לא עובד באופן האולטימטיבי. פרויקט החפות האמריקאי- "ניקח ד.נ.א, שלא פוענח בעבר, של אנשים שהורשעו על סמך הודאותיהם ואז נפתח את כל המשפטים". התגלה שיש רבים שהודו במשפט והם לא אלו שעשו את העבירה. משתמשים בזה כדי לומר שגם בישראל יש אולי אנשים שיושבים על לא עוול בכפם בגלל ההודאות. ההשוואה הזו אינה מדויקת. כי השיטה שונה: מושבעים שמרשיעים פלוני ע"ב הודאתו לעומת השיטה הישראלית בה שופטים מקצועיים. בארה"ב התובע הוא נבחר ציבור למשל. המערכות שונות, כך שלא ניתן להסיק מפרויקט החפות האמריקאי לישראל כי לאו דווקא נכון. בישראל, השיפוט מקצועי, שיטה קונטיננטאלית.
6. **חסרונות שיטת המושבעים -** היכולת להגיע לדיוק המקסימאלי בגילוי האמת היא מוגבלת יותר. הסיבה שלאט לאט פחות נעשה שימוש בשיטות המושבעים אומרת דרשני. **למשל:** גילו שהמושבעים ברובם הולכים עם הפוליגרף. האם ניקח את הכלי הזה כ-יהבו של המשפט הפלילי כאשר יש 10% הטיה, כאשר ייתכן שאם אמצעי זה היה כביל בישראל אנשים באמת היו יושבים על לא עוול בכפם. תכלית הסקירה היא להראות כמה הכללים, סדרי הדין והראיות משפיעים על גילוי האמת.

**כלל דיוני / כלל מהותי**

1. **כלל מהותי - דיני עונשין -** כלל שמגדיר מה אסור, מה מותר. מגדיר נורמה חברתית. מגדיר זכויות וחובות.
2. **כלל דיוני -** מגדיר כיצד הפרט והחברה ממשים את הכללים המהותיים.
3. **ההבחנות העיקריות ביניהם:**
4. **זמן תחולה** - אנו נוהגים לומר כי כללים דיוניים ודיני ראיות חלים באופן רטרואקטיבי. ניתן לתת דוגמה מסעיף 10א (אמרת עד מחוץ לביהמ"ש) לדיני ראיות. אם עד העיד במשטרה כנגד הנאשם ובמשפט פתאום הוא חוזר בו. עדותו במשטרה יכולה להיות מועדת ע"י החוקר שגבה אותה. לכאורה, זו עדות שמועה ולכן אינה כבילה. נניח שיש בסיס טוב להניח שהסיבוב הזה של העד (חזרתו בו) נעשה בגלל לחץ פסול ואמצעי לא הוגן. סעיף זה אומר שניתן במקרים מסוימים לקחת את העדות שלו במשטרה כראיה לעניין תוכנה. סמוך לאחר חיקוק סעיף זה היה הליך תלוי ועומד. בפרשת התביעה אחד העדים חזר בו. התביעה ביקשה לעשות שימוש בסעיף זה. הסנגור התנגד כי בזמן העבירה הסעיף לא היה בתוקף. ביהמ"ש ענה כי 10א הוא כלל דיוני ולכן תחולתו אקטיבית (נכנס לתוקף מכאן ואילך כולל משפטים תלויים ועומדים גם אם לתחולה יש משמעות רטרואקטיבית). כלומר, אין לך זכות קנויה שישפטו אותך לפי סדרי הדין בזמן ביצוע העבירה. כלל מהותי לא חל רטרואקטיבית (בכפוף לסעיפים 4 ו-5 בחוק העונשין - אם חל שינוי לטובה).
5. **אפשרות סטייה מהוראות החוק** - היכולת לסטות מכלל דיוני הרבה יותר גמישה כי בד"כ המחוקק מאפשר אותה, אלא אם יש עיוות דין. לעומת זאת, כשמדובר בכלל מהותי לא ניתן לסטות ממנו.

**לסיכום:**

* כללי סופיות הדיון (עם החריג והיכולת למשפט חוזר - לבחון שוב ככל שיש ראיה מזכה).
* **דיני ראיות - לדוגמה:** חסינויות למיניהן; איסור על עדות אישה נגד בעלה בעבירות שאינן אלימות; עדות שמועה; האזנת סתר מפלילה - בלתי כבילה.
* **דיני חקירה, חיפוש ומעצר -** המשפט מטיל הגבלות על החוקרים בחקירות, במעצרים וחקירות גם במחיר של עשיית צדק.
* **זכות השתיקה והחיסיון מפני הפללה עצמית -** אינם עולים בקנה אחד עם חשיפת האמת.

* **סעיף 31א(4) לחוק בתי המשפט:** אפשרות למשפט חוזר אם התעורר חשש של ממש שבהרשעה נגרם לנידון עיוות דין (אם היה שינוי פרשנות זו עילה למשפט חוזר). עד היום, מאז קום המדינה, 20 בקשות למשפט חוזר אושרו. רוב הבקשות למשפט חוזר נדחות.
* **פרשת הפניקס -** "לאור חו"י כבוד האדם וחירותו... עלינו לתת משקל רב, יותר משניתן בעבר, לזכויותיו של הפרט - הנאשם בדין. לפיכך, במקרה שהערעור מוגש ע"י הנאשם, אני סבורה כי יש להטות את כף המאזניים לטובת האינטרס של עשיית צדק ובירור האמת ככל שניתן. במקרה כזה עלינו להעדיף את זכותו של הנאשם למצות ההליכים העומדים לרשותו עד תום על פני זכאותו של הציבור לוודאות משפטית. וההפך הוא הנכון: במקרה שהערעור מוגש ע"י המדינה נרצה להגביל את יכולתה להאריך את ההליך הפלילי מעבר למינימום הדרוש, ונדרוש ממנה לעמוד בהגבלות הפרוצדורליות ובמועדים הקבועים בחוק להגשת הערעור, בזכרנו כי בכף השנייה של המאזניים נמצא הנאשם, החרד לגורלו ומעוניין לדעת במהרה מה יהיה בסופו. אין כוונתי כי מעתה ואילך תהא ידו של הנאשם על העליונה וכל נימוק שלו להפרת סדרי הדין יתקבל, וכי במקרה של המדינה יידחו בקשותיה. אלא שכיום, יותר מבעבר, יש לתת משקל לזכויות היסוד המהותיות, במסגרת דיני הפרוצדורה".

כלומר, פרשת הפניקס מדגימה את ההבחנה בין סיטואציה שהמדינה חורגת מהכללים (למשל: מגישה ערעור על זיכוי באיחור) ואז נהיה נוקשים, לבין סיטואציה שהנאשם חורג מהכללים (למשל: מגיש ערעור על הרשעה באיחור) ואז ביהמ"ש נוטה להקל ולחרוג מהכללים.

* **הלכת יששכרוב:** **"אם ראיה הושגה תוך הפרה בלתי מידתית של הזכות להליך הוגן שחורגת מגדרי פסקת ההגבלה אז היא לא תהיה כבילה".** כבילות = האם הראיה נכנסת או לא. משקל = מה המשמעות שתינתן לראיה. גם השופט דנציגר בפרשת זדורוב שחשב שצריך לזכותו, לא חשב שצריך לזכותו בגלל כבילות ההודאה אלא בגלל בעיה של משקלה. יש לעשות הבחנה בין כבילות למשקל.

**שאלת מחשבה (יכולה להופיע במבחן):** איך הלכה זו מסתדרת עם כל פסקי הדין שהובאו עד כה? שעסקו ביחס בין הכללים לזכות להליך הוגן? ראינו ששם ביהמ"ש אומר שהכללים חשובים והוא יקפיד ביתר שאת ככל שמדובר בשאלת חפות או אשמה אבל אם מדובר בעניינים טכניים שלא יביאו לעיוות דין הוא יכול להקל. **תשובה:** ביהמ"ש במקרים מסוימים מוכן לסטות מהכללים כל עוד לא יוצר עיוות דין וכך נאמר בפס"דים לעיל. איך נדע אם יש חריגה מפסקת ההגבלה? אם נגרם עיוות דין. ולכן הלכת יששכרוב למעשה משלימה את התמונה ועולה בקנה אחד עם מה שלמדנו עד כה.

**סקירה של ההליכים העיקריים בסדר הדין הפלילי**

**4 שלבים עיקריים להליך הפלילי:**

**1.**       **החקירה**.

**2.**       **ההעמדה לדין** (יש תובע שמקבל את החומר ועליו להחליט מה לעשות: לסגור/להעמיד לדין/לסגור דין בהסדר).

**3.**       **המשפט** שבסופו יש הכרעה ואם יש הרשעה יש גזר דין.

**4.**       **פוסט משפט**: ערעור; משפט חוזר; דיון נוסף.

**5.**     **יש הטוענים שהשלב החמישי הוא שלב ריצוי העונש - המאסר.** אחד הטיעונים כנגד הפרטת בתי הסוהר: מדוע המדינה מסירה אחריותה בסוף התהליך (העמדת לדין, משפט, הכרעתם ופתאום הפקרתם). זה פוגע בכבוד האסירים שמהווים אך עניין כספי.

**שלב 1: החקירה**

**ההליך הפלילי מתחיל בשלב התלונה** (סעיף 59 לחסד"פ - חקירת המשטרה: "נודע למשטרה על ביצוע עבירה, אם על פי תלונה ואם בכל דרך אחרת, תפתח בחקירה; אולם בעבירה שאינה פשע רשאי קצין משטרה בדרגת פקד ומעלה להורות שלא לחקור אם היה סבור שנסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות לפתיחה בחקירה או אם היתה רשות אחרת מוסמכת על פי דין לחקור בעבירה").

 **לאור "בכל דרך אחרת" -** לא חייבים לפתוח בחקירה בגלל תלונה רשמית אלא גם דרך כתבה עיתונאית וכו'.

**"תפתח בחקירה" -** לכאורה אין למשטרה כל שיקול דעת, פרט לעבירות חטא או עוון קצין משטרה יכול להחליט לא לחקור כי אין עניין לציבור. אולם גם בעבירות פשע זה לא נראה הגיוני שאין למשטרה שיקול דעת ולכן הפסיקה קבעה, כי תפתח חקירה כל עוד יש תשתית ראייתית מינימאלית שמצדיקה פתיחה בחקירה.

ישנה שאלה בשלב זה על ההבחנה בין חקירה לבין בדיקה. **בדיקה** זהו מונח שלא כתוב בחוק. אין כל ביטוי בחוק למונח זה. הוא נולד במקרים מסוימים שבהם מצד אחד אין עדיין חשד סביר לביצוע העבירה, כלומר אין עילה לפתיחה בחקירה. מצד שני, יש מידע כלשהו וקל וחומר כשמדובר באדם נושא תפקיד ציבורי נשוא התלונה וחשוב לבדוק אותו. בפתיחה בחקירה הנזק עשוי לעלות על התועלת ולכן התהליך הטרום חקירתי נקרא בדיקה. זהו מעין הליך מידתי יותר כי הנזק שיכול להיגרם לאיש ציבור כשאין חשד סביר עולה על התועלת. הליך זה לא נועד ליתן פרס לאיש ציבור. אם יש חשד שמצריך פתיחה בחקירה אז לא יפתחו בבדיקה אלא ישירות בחקירה (הכלי הזה נועד למקרה שאין חשד סביר). נועד מצד אחד לוודא ולבדוק את התלונה ומצד שני לא לרוץ לפתוח בהליך כשאין חשד סביר. נועד גם שהגשת תלונות לא תעשה לתכליות זרות.

ישנם גופים חוקרים מלבד משטרת ישראל: הרשות לניירות ערך, רשות המיסים. ישנם חוקים שמקנים סמכויות חקירה לגופים אחרים, פרט למשטרה. כל סמכות חוקר צריכה להיות מעוגנת בחוק או מכוח הסמכה מפורשת על פיו. בסעיף 241 לחסד"פ נאמר, כי הוראות חוק זה אינן גורעות מסמכויותיו של מי שהוסמך לחקור ע"פ חוק אחר. בחקירה ישנה חובה לומר את האמת. חשוד בעל זכות שתיקה. עד חסר אפשרות לזכות שתיקה אלא יש לו זכות להימנע מהפללה עצמית. עד ששותק עובר עבירה פלילית.

כשמדובר בחקירה של עבירות מין או אלימות כלפי בני זוג, סעיף 59א לחסד"פ: "(ב)  בקשת המתלונן שלא לחקור עבירת מין או אלימות שביצע כלפיו בן זוגו לא תהווה, כשלעצמה, סיבה יחידה להחלטה לפי סעיף 59 שנסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות לפתיחה בחקירה", מציב דגל אדום כי הרבה פעמים המתלונן מגיש תלונה ולאחר מכן חוזר בו. לכאורה צריך לסגור את התיק. המחוקק אמר שקרו מקרים רבים שנסגרו תיקי חקירה בגלל שהמתלונן חזר בו אבל לבסוף קרו מקרי רצח ולכן הגיע הסעיף, לפיו העובדה שהמתלונן ביקש לחזור בו לא תהא סיבה יחידה להחלטה לא לפתוח בחקירה.

**הכלים שעומדים לרשות המשטרה:**

**1.**       **חקירת החשוד** - נחקר תחת אזהרה; בעל זכות שתיקה מוחלטת. (בבדיקה אין חקירה תחת אזהרה ואי אפשר להשתמש במה שאמר אם הוחלט לפתוח בחקירה).

**2.**       **חקירת עדים**- עליו להשיב על כל השאלות למעט שאלות שמביאות להפללה עצמית. יכול להיות שהמשטרה חוקרת ותוך כדי עולה חשד סביר שהעד הופך לחשוד ואז היא צריכה להזהיר את העד, לומר לו שהוא חשוד בעבירה, שיש לו זכות היוועצות, שיש לו זכות שתיקה. רק אז הוא נחקר תחת אזהרה. האזהרה היא חשובה כדי לוודא שכל מה שאמר נעשה מתוך רצון טוב וחופשי ולא מתוך לחץ. אם הוא מודה אז ההודאה הייתה מתוך בחירה חופשית.

**3.**       **חיפושים.**

**4.**       **תפיסת חפצים.**

**5.**       **תרגילי** **חקירה**: עימותים; מדובב.

 הדרך האולטימטיבית לתעד חקירות היא תיעוד חזותי, כי הוא נותן אינדיקציה מקסימאלית לעניין טוהר החקירה, על מנת להבטיח שלא נעשה שימוש באמצעים פסולים. אולם מסיבות כלכליות לא כל תיעוד הינו חזותי. ישנו גם תיעוד אודיו ותיעוד בכתב.

 בד"כ בחקירה הפרקליטות לא מעורבת. למה? הרי המשטרה אוספת את הראיות עבורה, עבור התובע. אין מניעה לכך. ככל שהיא תעשה זאת זה רק ייטיב. אולם, זה לא תמיד נעשה בגלל בעיות תקציב. בד"כ התביעה לא מעורבת אלא אם מדובר בתיקי פרקליטות גדולים או כשיש מעצרים (לאור זמן המעצר המוגבל. יש סכנה לציבור ורוצים להפיק את המיטב. יש חשיבות למעורבות התביעה. כדי שסמוך לתום החקירה יוכן כתב אישום ויחד עם זה בקשה למעצר עד תום ההליכים), אז התביעה שולחת פרקליט מלווה למשטרה והוא ממש מלווה את החקירה.

1. **מעצר -**  אחת הפגיעות הקשות ביותר בזכויות הפרט במדינה דמוקרטית. למה? מה ההבדל בין מעצר למאסר? מעצר הוא תמיד כשהאדם חף מפשע. מעצר בהגדרתו הוא שלילת חירות אדם חף מפשע ביחס לאותה עבירה שהוא נחקר לגביה. לעומת זאת, מעצר זוהי תוצאת ההליך הפלילי והיא באה אחרי חקירה. מהסיבה הפשוטה הזו מעצר זה אקט פוגעני מאוד, אולי אפילו לא יוגש כתב אישום.
2. אולם מעצר הוא אמצעי הכרח, משום שהוא נדרש כדי להבטיח את ההליך הפלילי. במקרים שיש עילת מעצר (עילת מסוכנות/שיבוש הליכי משפט...) אין ברירה. רוב התיקים הפליליים במדינת ישראל מתנהלים ללא עצורים.
3. מעצר לצורכי חקירה נועד לאפשר חקירה ראויה:

**א.**      מעצר ראשוני ללא צו (למשל גנב בושם וניסה לברוח מהסופר פארם).

**ב.**      מעצר ראשוני על פי צו (מבקשים במעמד צד אחד בדר"כ בחקירות סמויות. השופט צריך לבדוק תשתית ראייתית ועילת מעצר). ברור שעדיף מעצר ראשוני על פיו צו, כי נעשתה בדיקת שופט מלכתחילה.

בשני סוגים אלו - תוך 24 שעות יש להביא את העציר בפני שופט.

השופט רשאי להאריך את המעצר, זה נקרא "מעצר ימים", ומוגבל בזמן. ניתן להאריך באמצעות השופט עד 30 יום במעצר לצורכי חקירה. מעבר לכך יש לקבל את אישור היועמ"ש לממשלה להגיש בקשת מעצר לביהמ"ש. וגם לאחר אישור זה ניתן לעצור את החשוד עד 75 יום זה הגג. מעבר לכך רק שופט עליון יכול לאשר מעצר לצורכי חקירה.

בשורה התחתונה, **עוצרים אדם רק אם יש תשתית ראייתית, חשד סביר לביצוע העבירה, ועילת מעצר**. כמובן צריך לבדוק שאין חלופת מעצר, דרך מידתית יותר, כמו מעצר בית. על כל מעצר לצורכי חקירה אפשר להגיש ערר בזכות לערכאה גבוהה יותר ותמיד הערכאה הגבוהה יותר היא המחוזי (כי מעצר לצורכי חקירה תמיד מתחיל אצל שופט השלום). ניתן להגיש בקשה לעיון חוזר (אחרי X זמן מבקש לבדוק האם יש סיבה להמשיך עצור אותי).

בשלב כלשהו ביהמ"ש הופך לבייביסיטר של המשטרה, כדי לוודא שאין פגיעה מיותרת בחשוד (האם מוצדק להאריך כל פעם את המעצר). בד"כ נותן הארכה של מס' ימים והוא מחליט האם לתת הארכה נוספת. בשלב מעצר הימים הסנגור ו/או החשוד לא נחשף לחומר החקירה, משום שמירב המשקל ניתן לגילוי העבירות ע"י המשטרה, אלמנט ההפתעה נורא חשוב. בשלב הזה החשוד אינו צד פורמאלי. (לא נעסוק בנושא במעצרים בקורס הזה אלא בקורס סד"פ).

**לאחר שהסתיימה החקירה חומר הראיות מגיע אל התביעה:**

היועמ"ש לממשלה (מעל פרקליט המדינה) הוא ראש התביעה הכללית. כל הרשומים מטה כפופים אליו.

**קיימים 4 סוגי תובעים:**

1. **פרקליטות** (המדינה/המחוז).
2. **התביעה המשטרתית** - מורכבת משוטרים שקיבלו מינוי ממפכ"ל המשטרה. כיום דה פאקטו רוב החוקרים הם עו"ד, אף על פי שזה לא נדרש לפי החוק (סעיף 9 לחסד"פ). התביעה המשטרתית היא נושאת ברוב התיקים. בעיקר בשלום. ישנה חלוקה ברורה (סעיף 60 לחסד"פ) אילו תיקים הולכים לאיזה תובע. עבירות הפשע הם בתחומי הפרקליטות ועבירות העוון והחטא הם בד"כ בתחומי התביעה המשטרתית. **אבל יש חריגים**: למשל גרם מוות ברשלנות נלקח ע"י הפרקליטות.
3. **עו"ד שקיבלו הסמכה מהיועמ"ש לממשלה להיות תובעים פליליים.** האם אין בכך טעם נפגם שהוא עו"ד פרטי, חסר כפיפות לאתיקה, לכללי המשמעת, יחבוש כובע שלטוני ויבצע סמכות שלטונית ע"פ דין?

ככלל אנו מעדיפים שסמכויות שלטוניות ובפרט כשמדובר בהגשת כתב אישום יבוצעו ע"י אנשי ציבור ולא ע"י עו"ד פרטיים. אולם, הפרקליטות ויתר גופי התביעה חסרי כוח אדם ולעיתים גם יכולת מקצועית. **למשל:** עבירות הקשורות בהגנת הסביבה. לכן יש אלפי עו"ד שמחזיקים בהסמכות מטעם היועמ"ש לממשלה להגיש כתבי אישום בתחומים רבים. לעיתים אלו גם עובדי ציבור: רשות הטבע והגנה זהו תאגיד סטטוטורי שעוה"ד בלשכתו המשפטית הם עובדי ציבור, עוה"ד שם מחזיקים בכתב הסמכה כדי להעמיד לדין. אולם ישנם מקרים שבהם עו"ד פרטיים עושים זאת וזה מורכב. יודגש כי בג"צ אישר זאת. צריך לפקח על כל אלו. גם בג"צ מעדיף שלא יהיו תובעים שהם עו"ד פרטיים אבל הוא מבין את צורכי השעה, בעיות התקציב.

1. **תובעים שקיבלו הסמכה מהחוק**. למשל: חוק התכנון והבניה מסמיך את הוועדות לתכנון ובניה לשמש כתובעות. חוק השיפוט הצבאי מסמיך את התובעים הצבאיים לשמש כתובעים צבאיים בעבירות צבאיות.

**שיעור 5, 12.11.18**

1. **תשתית ראייתית מול עניין הציבור -** הפסיקה בישראל חד משמעית בעניין - אין מקום להזנה הדדית וחומה סינית בין התשתית הראייתית לבין עניין הציבור. דעת מיעוט בנושא הייתה בפס"ד קצב של אדמונד לוי ובייניש שאומר שהסדר טיעון הוא חוסר סבירות קיצוני בראיות שעמדו בפרשה. בג"ץ כמעט לא מתערב כמעט בכלל בהחלטה של יועמ"ש בעניין תשתית ראייתית.
2. **התובע צריך להחליט אם הוא מגיש כתב אישום, ומכאן ממשיכים מהנקודה הקודמת.** כך, למעשה לתביעה יש כוח מאוד חזק, אך עם זאת מפוקח ע"י התקשורת, בית המשפט, לשכת עורכי הדין, מבקר המדינה, ולאחרונה הוקם הגוף "המבקר על מערך התביעה" שהתחילה השופטת גרטל, וכיום עושה השופט רוזן בתוך הפרקליטות. כך, התביעה למעשה היא גוף מאוד מבוקר. אם התובע מחליט לסגור את התיק, הוא חייב להסביר ולפרט מדוע - חוסר אשמה, מצב טוב עבור החשוד. חוסר ראיות - מצב פחות טוב "אין עשן בלי אש"? לכן תמיד חשוד יעדיף סגירה מחוסר אשמה, ולכן הוא יכול לבקש את שינוי עילת הסגירה.
3. **קיימת אפשרות של סגירת תיק בהסדר מותנה -** קיימים תיקים רבים בעבירות חטא או עוון (ולא פשע שמעל שלוש שנים) שממילא נמצאים ברף התחתון של עניין הציבור. כך, גם אם יוגש כתב אישום, הפרקליטות לא תבקש עונש מאסר. כך, משקיעים משאבים רבים בתוצאה של הרשעה עם גזר דין קטן יחסית. ההצעה הייתה להגיע לתוצאה זהה בדרך שתחסוך זמן ותפנה את המערכת לתיקים חשובים יותר. כך, בתיקים של עוון או חטא, אם תובע מגיע למסקנה שהוא לא הולך לבקש עונש מאסר, ולחמש שנים האחרונות אין לחשוד שום רישום פלילי, ואין לו חקירות אחרות שתלויות או עומדות - אנשים נורמטיביים שביצעו עבירה ברף התחתון, ולכן יכול התובע (ללא הסדר טיעון - בלי מעורבות של בית המשפט) לכתוב כתב אישום, להראות אותו לנאשם, ולדבר על התנאים שהתובע ישית עליו, ובמידה והוא יסכים להודות, התביעה תסגור את התיק בהסדר, ויהיה מוקפא לשנה. אם הוא יעמוד בתנאים שהוסכמו, לא יוגש כתב אישום. אם לא יעמוד - יוגש כתב אישום, אך לא בהכרח יושת עונש מאסר. תנאים להסדר: תשלום פיצי לנפגע העבירה ולאוצר המדינה, התחייבות לא להיכנס למקום ולהיות בקשר עם אדם מסוים, כתיבת מכתב התנצלות לנפגע העבירה, התחייבות להרוס ולפרק את המבנה הלא חוקי וכו'. שיקום ותנאים נוספים שמופיעים בס' 67ג לחסד"פ. **בשורה התחתונה, אפשרות זו מגדיל את הרשת של העמדה לדין ומאידך מפנה את התביעה להתעסקות בתיקים רציניים יותר.**
4. חשוב לציין שעל כל החלטה אפשר להגיש ערר. בעבירות מסוימות אפשר להגיש קובלנה, כתב אישום. קובלנה - התניית סמכות סטטוטורית שלטונית לאדם, לנפגע עבירה, לקורבן. בעבירות מסוימות שמופיעות בחיקה ספציפית או בתוספת השנייה לחסד"פ, הדין מקנה לאדם להניע תביעה- מאוד נדיר. (עבירת תקיפה ולשון הרע, הפרת זכויות יוצרים ברף התחתון) עבירות בין אדם לחברו עם היבט פלילי כזה או אחר.
5. שילוב גורמים פרטיים במשפט פלילי מעלה מספר שאלות וסוגיות. דוג' לכך: פורום תקנה. מניעה ככל שניתן עבירות שמתבצעות ע"י רבנים בציונות הדתית שמשתמשים בכוח שלהם כלפי תלמידים. פורום תקנה אומר שיש מקרים רבים בהם המתלוננים לא מפעילים את ההליך הפלילי, ולא מערבים משטרה, במקרים אלה ניתן לפנות לפורום שדן בתלונה, מזמין את הנילון. הנילון יכול להחליט שהוא לא משתף פעולה, יכול להחליט בלעדיו ולהטיל עליו סנקציות בתוך הקהילה בה הוא חי, שיכולות לפגוע פגיעה קשה ביכולת שלו. האם גוף פרטי כזה שמאגד למטרה זה, לא למעשה מהווה הפרטה של סמכות העמדה לדין, בלא שקיבל הסכמה פורמאלית, אלא נשען על סנקציות והשפעתן על הקהילה אליה שייך הנילון. הפורום גם מבצע את החקירה בעצמו. למעשה מדובר גוף דו מהותי - גופים פרטיים שמשחקים תפקיד נוסף.
6. **השלב הבא:** מעצר עד תום ההליכים - עד סוף המשפט, הכרעת הדין. משמעות הרבה יותר אקוטית. יחד עם זאת, המחוקק ער לכך ויוצר הגבלת זמנים. מגבלה 1: דורש שהמשפט יסתיים תוך 9 חודשים. המגבלה השנייה, צריך להתחיל את המשפט, קרי: הקראת כתב אישום, תוך 30 יום מהמעצר. 2 מגבלות על מגבלות הזמנים. עם זאת ניתן להאריך אותן ע"י שופט בית משפט עליון, יכול להאריך אותן עד 90 יום ולעיתים עד 150 יום, ללא הגבלה על מספר ההארכות. דורש שלושה תנאים מצטברים:
	1. **תשתית ראייתית -** מבקשים סיכוי סביר להרשעה בראיות כבילות
	2. **עילת מעצר -** מסוכנות, הימלטות
	3. **היעדר חלופה ראויה -** השופט תמיד צריך לבדוק האם ניתן להשיג את אותה תכלית באופן שבו החירות שלו תפגע פחות: מעצר בית/ איזוק אלקטרוני. (במקרה כזה צריך לסיים את המעצר תוך 18 חודשים. - במקרה כזה לא מנוקה).
7. אין בהכרח יש הלימה בין עצירה לצרכי חקירה ומעצר עד תום ההליכים. שופט שדן בבקשה למעצר עד תום ההליכים, לא יהיה השופט שידון בתיק העיקרי, כדי שלא יגבש דעה מראש. (יוזכר שיש צורך בתשתית ראייתית, מה שעלול ליצור דעה קדומה - לכן זה לא אותו שופט). **ערכאת השיפוט:** שלום או מחוזי תלוי באיזו דרגה דן התיק המרכזי. בנוסף, שופט המעצר עד תום ההליכים רואה ראיות שאסור לשופט שדן בדין העיקרי לראות כמו תיק פלילי והרשעות קודמות. השופט שדן בתיק העיקרי רואה את זה, כדי שלא יגבש דעה. הסניגור במעצר עד תום ההליכים נחשף יחד עם החשוד - שהפך להיות נאשם - לכל חומרי הראיות. על החלטת מעצר עד תום ההליכים, אפשר להגיש ערר פעם ראשונה בזכות ופעם השנייה ברשות. בעבר שימוע הייתה פריבילגיה של אנשים ציבור, והיום ס' 60א מחייב להקנות זכות שימוע לעבירות פשע.
8. **הקראה -** החשוד כבר הופך לנאשם. ההתחלה הפורמאלית של המשפט - הצדדים מוקראים להקראת כתב האישום הנאשם צריך להשיב, אם יש סניגרר הוא הרבה פעמים אומר שהוא לא צריך להכיר. החוק אומר שיש אפשרות אחרי הקראה לטעון טענות מקדמיות.
9. **טענות מקדמיות -** טענות שהנאשם טוען בשלב ההתחלתי, ומפורטות בס' 149 לחסד"פ. לא מדובר ברשימה סגורה. חוסר סמכות מקומית ועניינית, פגם או פסול בכתב האישום, כבר זוכיתי/הורשעתי, כתב האישום אינו מגלה עבירה. צחי הנגבי למשל טען טענה מן הצדק במיניים הפוליטיים שלו. הגשת כתב האישום מנוגד לעקרונות של צדק. בית המשפט אישר, הפרקליטות הכינה ערעור, אבל אז היא שבתה. גם קצב טען טענה מן הצדק, ואמר שהוא כבר נשפט ע"י התקשורת - והביא כמות מטורפת של כתבות ועיתונות. הואיל והוא כבר נשפט ע"י התקשורת, לבית המשפט יהיה קושי אדיר להתעלם מהשיח הציבורי. בית המשפט לא קיבל את הטענה ואמר שקצב השתמש בתקשורת לא פחות. הוא ערך מסיבת עיתונאים בבית הנשיא כשהוא עדיין נשיא - קצב האיש הפרטי עושה שימוש במוסד הנשיאות בפריים טיים שהוא קיבל בערוץ 2 כי הוא נשיא, לצורך הדיפת ההליך הפלילי, ועשה שימוש במשאבי הציבור לצורך פרטי. הוא עשה שימוש איתן בתקשורת, ולכן אין לו מה להתלונן - "הוא התחיל". **קבלת טענות מקדמיות לעולם לא תביא לזיכוי: היא יכולה להביא לביטול כתב אישום (ואז יהיה ניתן להגיש מחדש) או לתיקון כתב אישום.** יש טענות מקדמיות שאם לא טענת בתחילת המשפט צריך לבקש רשות לטעון אותן בהמשך המשפט(ס' 149) : חוסר סמכות מקומית ופגם או פסול) כי לא הגיוני שתנהל משפט שלם באילת ובסוף תגיד שהיה צריך לנהל אותו בקריית שמונה.
10. **אחרי ההודאה יש שתי אפשרויות:** הודאה, מה שמוביל ישר להכרעת הדין (לרוב מגיע יחד עם הסדר טיעון). רוב הסדרי הטיעון לא נעשים בשלב כל כך מוקדם, אלא במהלך המשפט - כשהפרקליטות מגיעה למצב שיש לה קושי ראייתי. אם אתה מודה במשפט עצמו, לא צריך שום תוספת ראייתית, וזאת בניגוד להודאה במשטרה. הודאה במשטרה ע"פ הסיקה, דורשת תוספת ראייתית של דבר מה נוסף. הודאה במשפט לא דורשת שום תוספת ראייתית. דבר מה נוסף נועד לוודא שההודאה ניתנה מתוך רצון טוב וחופשי.
11. **תחילת המשפט היא שלב קריטי מכמה סיבות:** אם התביעה רוצה לחזור בה מכתב האישום, אחרי ההקראה, דין החזרה שווה זיכוי. לפני ההקראה, דין החזרה מכתב האישום שווה ביטול, מה שאומר שאפשר להגיש מחדש. אם התובע רוצה לתקן את כתב האישום, לפני ההקראה מספיק שהוא שולח הודעה לבית המשפט, ואחרי ההקראה זה דורש אישור. חריג: לבקש מהנאשם שלמרות שזה לפני הקראה, יהיה מדובר בביטול ולא בזיכוי. האיזון: אם את הנאשם מסכים לזה, כתב אישום מחודש ידרוש את הסכמת היועמ"ש לפתוח את זה שוב: ס' 94ג'. טענת אליבי ניתן לטעון בתחילת המשפט. הגיוני: למה לבזבז משאב יקר, אם לא צריך רשות.

**תרשים שלב א':**

**ניהול המשפט - שלב 2**

1. **ראיות התביעה:** חקירה ראשית, חקירה נגדית וחקירה חוזרת. תביעה מביאה את ראיותיה באמצעות עדים. במשפט פלילי, הכל מוגש באמצעות עדים, אלא אם כן יש הסכמה. אם אין הסכמה, עדים בלבד, והם יכולים להעיד בע"פ ולהגיש מסמכים ומוצגים. אין תצהיר עדות ראשית בהליך פלילי. העד הראשון מטעם התביעה לרוב יהיה **החוקר המשטרתי. משום שהוא מגיש את כל ההודאות של הנאשם במשטרה. הרלוונטיות של הודעות הנאשם במשטרה - הרי זו עדות שמועה.** התשובה היא שלגבי הודאות נאשם יש חריג בפקודת הראיות, והקבילות היא לעניין תוכנן. לכן עד מס' 1 לרוב יהיה החוקר. אם הייתה הודאה, הנאשם תמיד יכול לטעון שההודאה לא ניתנה מתוך רצון טוב וחופשי. ואז נפתח משפט זוטא - משפט בתוך משפט - שצריך לבחון את ההודאה. גם במשפט זדורוב דעת המיעוט לא רצה לבטל את ההודאה. השופט דנציגר שם דגש על המשקל הפנימי שלה. ס' 10א לפקודת הראיות. כלי נוסף: עד עוין: יכול לבקש מבית המשפט שיכריז על העד כעד עוין ואז חוקרים אותו בחקירה נגדית. התביעה מסיימת את עדיה ואומרת אלו עדי. ואז הכדור עובר להגנה. ההגנה בשלב זה יכולה לטעון "אין להשיב לאשמה" - no case to answer. - אין לכם קייס שיחייב את ההגנה להשיב. גם אם ניקח את כל מה שאמרתם ונגיד שהוא נכון, צריך לזכות אותי, ואני אפילו לא צריך להתאמץ בשביל להביא ראיות הגנה. **כמעט ולא טוענים את זה. משתי סיבות:** לא אוהבים להפסיד כי רוב הסיכויים שהטענה תדחה. דבר שני, אם אתה סניגור רציני - אתה צריך להסביר ואז לפרוס את כל הקייס של ההגנה, וכך לוותר ע היתרון היחסי של ההגנה. לרון ברוב המשפטי הטענה לא נשמעת. במשפט של קהלני, הוא עמד לדין בשלום וטען טענה זו. בית המשפט קיבל את הטענה וזיכה אותו, עם אמירות קשות ובוטות נגד הפרקליטות. הפרקליטות ערערה, בית המשפט קיבל את הערעור, והחזיר את התיק לשלום - ואז הוחלט לזכות אותו שוב.

**שיעור 6, 19.11.18 - השלמה מדניאל**

1. **ההגנה -** ההגנה יכולה להעלות טענת "אין להשיב לאשמה", או באנגלית – No case to answer. הכוונה היא שההגנה יכולה להגיד בעצם שאין קייס להאשים אותה, יש לזכות אותה ואין צורך בראיות הגנה בכלל. דבר זה נדיר מאוד, כי הרף הראייתי שבית המשפט קבע שצריך לעמוד בו כדי להעביר את הכדור מהתביעה להגנה מאוד נמוך, ולכן טענה זו כמעט לא עולה.
2. סניגורים לא אוהבים להעלות טענה זו מ-2 סיבות – 1. לא אוהבים להפסיד(רוב הסיכויים שהטענה תידחה). 2. צריך להסביר למה אין קייס, מה שמחייב לפרוס את התיזה של ההגנה וככה נהרס היתרון הטקטי של ההפתעה. אם הטענה מתקבלת, הדבר מוביל לזיכוי.
3. הנאשם יכול להחליט אם הוא מעיד, הוא לא חייב. אם הנאשם לא מעיד החסד"פ קובע שהדבר יכול להוות חיזוק או סיוע נגדו. אם הוא בוחר להעיד, אי אפשר לשאול אותו שאלות שקשורות בעברו הפלילי כי השופט לא אמור להיחשף לכך.
4. קיים לכך חריג - אם הנאשם טוען שיש לו עבר נקי אך התובע יודע שיש עבר פלילי, הוא יכול להביא זאת בפני בית המשפט.

**שלב הסיכומים:**

אחרי שפרשת ההגנה מסתיימת עוברים לשלב הסיכומים. כל צד מסכם את ראיותיו, התביעה וההגנה. לאחר מכן, מגיע שלב הכרעת הדין.

אם יש זיכוי, ביהמ"ש מודיע על כך בפתח הדברים.

**1.**       **הכרעת הדין -**בית המשפט מכריע האם הנאשם ביצע את העבירה או לא.

**2.**       **גזר הדין:** דיון שמתרחש לאחר הכרעת הדין. כל צד מעלה את טענותיו בדבר העונש והשאלה היא איזה עונש ראוי להטיל על העבריין. התביעה מתחילה. התביעה יכולה להביא ראיות בדבר עברו הפלילי של הנאשם, השופט לא נחשף לעבר הפלילי כדי שלא יגבש דעה. בשלב גזר הדין, העבריין כבר הורשע, ולכן דבר זה אפשרי. עומדת גם אפשרות לתביעה להביא תסקיר קורבן בעבירות מין ואלימות, תסקיר זה עוסק במצבו של הנפגע. ההגנה והתביעה מביאות את הראיות שלהן לעניין העונש. ההגנה מביאה עדים שנקראים עדי אופי - אלו עדים שמספרים על אופיו הטוב של הנאשם, שיכולים לספר על דברים שעומדים לזכותו. השלב הבא הוא סיכומי התביעה וההגנה לעניין העונש. גזר הדין ניתן בסופו של דבר.

**דרכי הענישה:**

1. מאסר בפועל - עד 6 חודשים יש אפשרות להמיר בעבודות שירות. בית המשפט לא חייב לאשר.
2. מאסר על תנאי.
3. קנס כספי.
4. פיצוי למתלונן.
5. שירות לתועלת הציבור- נלווה בד"כ לאי הרשעה, לא תמיד.
6. אי הרשעה- נשמר למקרים נדירים של מעידה חד פעמית.

**שלב 4: השלב שלאחר המשפט - פוסט משפט:** מדובר בערעור. הערעור יכול להתבצע על ידי שני הצדדים תוך 45 יום בזכות. ערכאת הערעור לא מבצעת משפט מחודש, היא בוחנת את פסק הדין של בימ"ש קמא ובודקת האם נפלו שגיאות. ערכאת הערעור לא מתערבת בממצאים עובדתיים(לרוב, במקרים חריגים יש התערבות). ההתערבות היא במסקנות שניתן להגיע אליהן מהעובדות.

**החלטות ביניים:** במשפט פלילי, אין ערעור על החלטות ביניים. יש לכך חריגים- למשל, עיון בחומר חקירה(ס' 74 לחוק סדר הדין הפלילי). יש מחלוקת הגיונית בין הצדדים אם מדובר בחומר חקירה או לא. אם התביעה מסרבת לתת, יש אפשרות לפי חוק סדר הדין הפלילי להביא את הנושא בפני שופט(לא זה שדן בכתב האישום). הוא זה שמקבל את ההחלטה אם מדובר בחומר חקירה או לא. אם הסניגור לא מרוצה מההחלטה, זו החלטת ביניים ואין אפשרות לכאורה לערער עליה. עם זאת, יש חריג שקבוע שאפשר להגיש ערר בזכות תוך 30 יום לערכאה גבוהה יותר אם מדובר בהחלטה שלא לתת לעיין בחומר חקירה.

חריג נוסף הוא טענה על פסלות שופט. זו טענה שצריך להעלות בהקדם האפשרי. אם השופט דוחה את הבקשה, אפשר להגיש ערעור לבית המשפט העליון. יש מקרים נדירים בהם מוגשת עתירה לבג"צ נגד החלטה של שופט בהליך פלילי בשם הצדק. ברוב המקרים בג"צ דוחה את העתירות האלה.

**משפט חוזר:** זהו חריג לכלל סופיות הדיון. חוק בתי המשפט מאפשר לפנות לבית המשפט העליון בבקשה למשפט חוזר. דיון נוסף - אפשרי להגיש בקשה אם הערעור נדון בעליון.

**פרק ד': השפעת המהפכה החוקתית על ההליך הפלילי וכלל הפסילה הפסיקתי**

**קיימות 2 דוקטרינות:**

1.       שמה את הדגש על **הלחימה בפשיעה**ומבקשת להגן על האינטרס הציבורי וקורבנות העבירה.

2.       שמה את הדגש על **ההליך ההוגן**ורוצה לתת את מירב המשקל להגנה על זכויות חשודים ונאשמים בהליך הפלילי.

נראה באיזה אופן המהפכה החוקתית השפיעה על זכויות החשודים והנאשמים. פוטנציאל הפגיעה של ההליך הפלילי בזכויות החשודים והנאשמים הוא אדיר - מעצרים שפוגעים בחירות, חיפושים שפוגעים בקניין ובזכות לכבוד, האזנות סתר ועוד. ההליך הפלילי שמתחיל בחקירה כולל צעדים רבים שפוגעים בזכויות חוקתיות.

השאלה שעולה - **מדוע אין בחוקי היסוד שעוסקים בזכויות אדם התייחסות לזכויות הדיוניות שיש לנאשמים בהליך הפלילי כמו שיש בחוקות של מדינות אחרות?**

חוקי היסוד מגנים על זכויות שונות, אך אין שום התייחסות לזכויות פרוצדורליות של חשודים ונאשמים בהליך הפלילי.

הצעת חוק יסוד זכויות במשפט - זהו חוק יסוד שמציע לעגן את חזקת החפות, זכות ההיוועצות, זכות השתיקה, העובדה שאי אפשר להרשיע מעל לכל ספק סביר ועוד בחוק יסוד בעל אופי חוקתי. זכויות ועקרונות אלה מוכרים לנו, אך לא מעוגנים בחוק יסוד.

**מה קורה עם הזכויות הדיוניות שמנינו?** אהרון ברק אומר במאמרו שאומנם אין זכויות פרוצדורליות בחוקה, אך יש את **הזכות לכבוד,**ועל זכות זו אפשר להשתית ולגזור את הזכות להליך הוגן ואת כל הנגזרות ממנה- חזקת החפות, זכות ההיוועצות, זכות השתיקה, הזכות להימנע מהפללה עצמית, הוכחה מעל לכל ספק סביר ועוד.

אמירה זו לא מפתיעה. בית המשפט הכיר ב**זכויות בלתי מנויות**שנכנסו דרך הזכות לכבוד בדלת אחורית - חופש הביטוי, שוויון ועוד. גם הזכות להליך הוגן היא זכות בלתי מנויה.

**פס"ד יששכרוב -** בית המשפט קובע שפגיעה מהותית בזכות להליך הוגן יכולה לעלות כדי פגיעה בזכות לכבוד. שם נוצרה דוקטרינת הפסילה **הפסיקתית.** הפסיקה היא זו שמאפשרת פסילה.

**הלכת יששכרוב - דוקטרינת הפסילה הפסיקתית** -**ראיה שהושגה שלא כדין תיפסל אם קבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכות להליך הוגן שחורגת מגדרה של פסקת ההגבלה.**

בשיטת המשפט הישראלית אין זכויות מוחלטות(למעט הזכות נגד עינויים). פסקת ההגבלה מתירה פגיעה בזכות, אך היא צריכה לעמוד בתנאים שנקבעים. כיוצא בזה, כך גם הלכת יששכרוב-**הזכות להליך הוגן כמו כל זכות חוקתית אחרת היא זכות יחסית.**

**פס"ד בן חיים -** אדם התבקש על ידי שוטר להראות לו מה יש לו בכיסים. לשוטר לא היה שום יסוד סביר לחשד שהאיש מחביא משהו. בכל זאת השוטר מבקש ממנו לרוקן את כיסיו. החוק קובע בבירור ששוטר לא יכול לבצע חיפוש באדם מבלי שיהיה לו חשד סביר. החוק מגדיר גם מהו חיפוש פנימי ומהו חיפוש חיצוני. חיפוש פנימי הוא בעל אלמנט חדירתי. חיפוש חיצוני הוא לקיחת חומר מתחת לציפורניים ועוד. חוץ מחיפושים אלה, יש חיפוש נוסף שבו יש אלמנט של פגיעה בכבוד, כמו חיפוש בתיקים וכיסים. מה קורה כשאין תשתית ראייתית מינימלית לדרוש מפלוני לרוקן את הכיסים? השוטר, כתחליף להיעדר עילת חיפוש בחוק מבקש את הסכמת האדם. האם הדבר אפשרי? זו הסוגיה שעלתה בפס"ד בן חיים.

בית המשפט העליון אומר שהדבר אפשרי ובלבד שהשוטר יבהיר לחשוד שאין עילת חיפוש ושהוא לא חייב להסכים. הוא צריך לתת לחשוד להבין שאם הוא לא יסכים זה לא ישמש נגדו ואז לבקש את הסכמתו. במילים אחרות- השוטר צריך לנטרל את פערי הכוחות ולהסביר שהוא לא חייב להסכים. רק כך, יינתן ביטוי לאוטונומיית הרצון הפרטי של החשוד. זו ההלכה.

בפסק הדין קיימת גם דעת מיעוט של השופט דנציגר. הוא אומר שבמשפט המנהלי יש עיקרון שנקרא עיקרון חוקיות המנהל. העיקרון אומר שכל מה שרשות עושה צריך להיות מגובה בהסמכה מפורשת בחוק, בניגוד לפרט שיכול לעשות כל מה שלא נאסר עליו. הוא שואל מאיפה דעת הרוב מסיקה שיש לשוטר  סמכות לבקש הסכמה? זה לא כתוב בחוק. לכן, דנציגר חושב שהדבר לא אפשרי.

אהרון ברק אומר שבקביעה של פסיקת ההגבלה שהפגיעה צריכה להיות בחוק או ע"פ חוק, **בחוק כולל גם הלכה פסוקה.**יש כאן הלכה של בית המשפט שקובעת שהדבר אפשרי, ולכן גם היא צריכה לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה(הדבר לא נעשה בפס"ד זה).

**שינוי בנקודת האיזון בין זכויות הפרט לאינטרס הציבורי:**

בסופו של דבר, חוקי היסוד והמהפכה החוקתית הובילו לכך שניתן יותר משקל להגנה על זכויות אדם מאשר להגנה על האינטרס הציבורי.

**פס"ד גנימאת -**תושב חברון מועמד לדין על גניבת שני רכבים. השאלה שעולה – האם ניתן לעצור אדם עד תום ההליכים רק משום שהוא מואשם בכך שהוא ביצע עבירה שהיא מכת מדינה?

הדבר מגיע לבית המשפט העליון ולדיון נוסף. בפסק דין זה ניתנות כמה הלכות.

חוק המעצרים החדש עדיין לא נכנס לתוקף בתקופה זו. בתקופת גנימאת אנו מדברים על סעיף בחוק שהיה קיים לפני חוקי היסוד, ולכן הוא מוגן **בסעיף שמירת הדינים.**סעיף זה אפשר מעצר עד תום ההליכים והוא מוגן מפני ביטול. בית המשפט בפס"ד גנימאת מנתח את הסעיף ושואל האם אפשר לגזור פרשנות שתאפשר מעצר עד תום ההליכים רק משום שנאשם מואשם בעבירה שהיא מכת מדינה.

תשובת בית המשפט - הדבר לא אפשרי. מעצר הוא לא עונש, הוא אמצעי שנועד כדי לוודא שההליך הפלילי יתנהל בצורה תקינה. לכן, לקחת את המעצר ולהפוך אותו לאקט הרתעתי היא דבר פסול לחלוטין. זו הפיכה של הפרט למכשיר שבאמצעותו נחנך את הציבור. הפרט לא הורשע בכלל וייתכן שהוא יזוכה, ולכן **אין לעשות שימוש במעצר לתכלית הרתעתית**. יש לבחון אינדיבידואלית אם יש עילת מעצר ספציפית- מסוכנות, חשש לבריחה, חשש לשיבוש הליכים.

ברור שאם אדם מואשם בעבירה חמורה שהיא מכת מדינה הדבר עלול להוות אינדיקציה למסוכנות, אך יש לבחון זאת בכל מקרה.

הלכה זו אומרת שזכויות הפרט(החשודים והנאשמים) מקבלות ביטוי משמעותי. נכון שאותו סעיף לחוק המעצרים הישן מוגן מפני ביטול, אך הוא לא מוגן **מפרשנות** לפי חוקי היסוד.

מתנהל וויכוח בין שמגר לבין ברק- **שמגר** אומר שחוקי היסוד לא שינו דבר, בית המשפט הגן עליהן עוד לפני חוקי היסוד(חופש העיסוק בבז'ראנו, חופש הביטוי בקול העם). הוא מוסיף גם שהקורבן זכאי לזכויות יסוד והגנה, ולא רק החשוד והנאשם. אם מדברים על שינוי בנקודת האיזון, אין להיות חד צדדיים.

**ברק** אומר שהוא מסכים, אך שנבצע איזון בין זכות הנאשם לזכות הקורבן כשיש סכנה כלשהי מהנאשם. ברור שכשיש סכנה זכויות הקורבן גוברות על הנאשם, אבל במקרה זה של גנימאת אין אינדיקציה, ולא ייתכן שנשים אדם במעצר עד תום ההליכים רק משום שהוא מואשם בעבירה שהיא מכת מדינה.

\*השופטת דורנר אומרת שלשמגר יש טעות- כשמדברים על קורבנות, לא עושים שיח של קורבן מול הנאשם(=איזון אופקי בין שתי זכויות אדם), זכויות הקורבנות נכנסות בתוך האינטרס הציבורי(=איזון אנכי).

**הנכונות לשלם מחיר כדי להגן על זכויות אדם:**

המקור של כותרת זו הוא המהפכה החוקתית. פסק דין רלוונטי במיוחד הוא פס"ד שגיא צמח.

**פס"ד צמח -** מדובר בתיקון לחוק השיפוט הצבאי שמקצר את התקופה שבה חייבים להביא עצור צבאי בפני שופט ל-96 שעות. תיקון זה לחוק היטיב את המצב לעומת מה שהיה קודם – הוא קיצר את התקופה ובכל זאת הוגשה עתירה נגד חוקתיות התיקון. המדינה טוענת שכשיש תיקון מטיב של חוק שחוסה בצל שמירת הדינים, הדבר פוטר אותו מהצורך לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה. למעשה, אין תמריץ למחוקק לתקן ולהטיב חוקים ישנים שממילא מוגנים מפני ביטול.

בית המשפט העליון אומר שהמחוקק מתקן אם הוא רוצה לתקן, אין צורך בלתת לו תמריץ חיובי או שלילי.

המדינה טוענת שתחום האזרחי, צריך להביא עצור בפני שופט תוך 24 שעות. הרצון הוא לקצר את התקופה שבה אדם עצור בלי שעין שיפוטית נתנה לכך אישור. יש הבנה לזכות של החשוד ולצורך ששופט יאשר את המעצר כמה שיותר מהר. עם זאת, במקרה זה מדובר בצבא, וקשה להביא בצבא למצב שעצור יובא בפני שופט תוך 24 שעות. יש לכך משמעויות מבחינת כוח אדם, רכבים, מנהלה ועוד. במילים אחרות- המדינה מבינה את הצורך והיא תשפר.

השופט זמיר מגיב לכך ואומר **שזכויות אדם עולות כסף.**הוא לא מקבל את טענת המדינה. יפה לחוקק חוקים ליבראליים שמגנים על זכויות אדם, אך זמיר אומר שצריך ביטוי לחוק הזה בספר התקציב, אין רק לחוקק חוקים יפים ולתלות אותם על הקיר, המבחן של חברה דמוקרטית הוא לתת להם ביטוי בספר התקציב, וזכויות אדם עולות כסף. אם הצבא אומר שהדבר יקר, יש לבחון את המשאבים שהצבא נדרש להשקיע אל מול הנזק שייגרם לחיילים. הנזק עולה על המשאבים, ולכן הצבא צריך למצוא דרך לקצר את הזמן ל-48 שעות.

אנו לומדים מפסיקה זו ששיקול תקציבי הוא לא שיקול זר. השופט זמיר לא אומר שהוא לא מוכן לשמוע שיקולים כספיים, אלו שיקולים ענייניים, אך יש לבחון אותם מול הפגיעה, הנזק מול התועלת.

גם הלכת יששכרוב עוסקת בשאלה איזה מחיר אנו מוכנים לשלם כדי להגן על זכויות אדם. הלכת חייבטוב גם היא ביטוי לכך שאנו כחברה מוכנים לשלם מכיר יותר גבוה כדי להגן על הזכות להליך הוגן גם במחיר של זיכוי אדם שהורשע ברצח.

**שיפור תנאי הכליאה:**

חוק המעצרים הוא חוק שהפנים את המהפכה החוקתית. אם נסתכל עליו, נראה שהוא מאוד מידתי. תובנות רבות בדבר זכויות אדם נמצאות שם.

השופט ברק אומר שהחשיבות של המהפכה החוקתית באה לידי ביטוי בכך שהחקיקה טובה יותר, כשיושבים ומחוקקים מתחשבים יותר זכויות וחוק המעצרים הוא דוגמא לכך.

**פס"ד עזזמי-**בית המשפט העליון קובע שמעצר לא רק פוגע בחירות, אלא גם בכבוד. לכן, תמיד צריך לבחון חלופת מעצר. במעצר עדיין מדובר באדם חף מפשע.

**שיעור 7, 26.11.18**

**שתי מגמות שהמשפט הישראלי היה צריך להכריע בהן:**

1. **מעבר מקבילות למשקל -** פירוק מחסומים פרוצדוראליים שימנעו מהשפוט להגיע לחשיפת האמת. לאפשר לשוט להכניס כמה שיותר ראיות לתוך הסל. למה צריך את הפרוצדורה? האינטרס הוא חשיפת האמת.גם השופט דנציגר בזדורוב רצה לזכות מחמת משקל, הא לא פסל את קבילות ההודאה, אלא את משקלה.
2. **חוקי היסוד -** המהפכה החוקתית הביאה שראיה שהושגה תוך הפרת הזכות החוקתית להליך הוגן, אינה קבילה בסל הראיות. הזרם הזה מבקש לחזור למגמת שמפרידה בין סל הראיות שהשופט יכול להכניס ראיות קבילות, לבין הראיות שיהיו מחוץ לסל. תומכי המגמה: אם השופט יקבל ראיה שהיא תולדה של הפרת הזכות החוקתית להליך הוגן, השופט הופך להיות מעין שותף לפגיעה בזכות החוקתית. כי לחנך את המשטרה, צריך לבטל קבילות של ראיה שבוצעה בהפרה של הזכות החוקתית. רק אז הם יבינו שאין להם תמריץ להפר זכויות חוקתיות. **לפני חוקי היסוד לא היה שום כלל בפסיקה דיבר על פסילה של קבילות של ראיה שהושגה תוך הפרה של זכויות. הפסיקה הזמינה את המחוקק לחוקק זאת: שלושה מקרים בחקיקה שכן דיברו על פסילה של ראיות שהתקבלה תוך הפרת זכויות: חוק האזנת סתר, חוק הגנה על פרטיות ופקודת הראיות. שני החוקים הראשונים קובעים ברחל בתך הקטנה שראיה שהושגה בהפרה: תוך האזנת סתר** או פגיעה בפרטיות היא ראיה פסולה. החריג: שיקול דעת לשופט במקרים חריגים. בפקודת הראיות, ס' 12 קובע שע"מ שהודאה של חשוד במשטרה תהיה קבילה, צריך להוכיח שני דברים מצטברים: חופשית ומרצון. מלשון ההן, לומדים את הלאו: אם היא לא חופשית ומרצון, אז הראיה פסולה. לאחר מכן נחקקים שני חוקי היסוד ויוצרים את המפכה החוקתית. המחוקק לא הגיב לחוקי היסוד**. לדוג':** חוק החיפושים וחוק המעצרים קובעים כללים ביחס למתי מותר לעצור/לחפש וכו'. חוקים שכבר הפנימו את המהפכה החוקתית, לכן היינו מצפים שתהיה הוראה שתגיד ברחל בתך הקטנה מה הדין של ראיה שהושגה תוך הפרת זכויות. חוקן למשל לא נמצא באחת האפשרויות של חיפוש פנימי, ומדובר ברשימה סגורה. מה קורה אם מבצעים חוקן, ואפילו חוקן בהסכמה, מה עושים עם הראיה הזו? **שאלה שהפסיקה עוד לא נתנה עליה תשובה. אם כתוצאה מהחוקן התגלתה ראיה חשובה לצורך הרשעתו של הנאשם - האן ניתן לעשות שימוש בראייה? היה ניתן לצפות שחוק החיפושים ייתן תשובה לשאלה - האם המחוקק רוצה לאמץ כלל פסילה אחרי חוקי היסוד. אין תשובה. החוק שותק ביחס לשאלת קבילות הראיות שהושגו תוך הפרת אחת מהוראותיו. על רקע זה הגיע פרשת יששכרוב. משהמחוקק לא עשה זאת, לא היה מנוס אלא שבית המשפט יתערב מעצמו:**
3. **פרשת יששכרוב:** אחת מהטקטיקות השיפוטיות של ברק הן לכונן הלכות מרחיקות לכת על מקרים קטנים - מה שמאפשר לציבור לחלחל את ההלכה. דרך טובה ליצור פסיקה מחייבת. הסיפור הוא אזוטרי. חייל נפקד שבכלא 6 נפלה מהתחתונים שלו חתיכת גראס. החוקר קיבל הוראה מהמפקד שלו לעצור את החייל. חוק השיפוט הצבאי קובע שצריך להודיע לחשוד על זכות ההיוועצות אם קיימת אפשרות קרובה לוודאי שייעצר. במקרה זה, המפקד אמר לחוקר לעצור אותו, וידע שיש אפשרות קרובה לוודאי שייעצר, ולכן היה צריך להודיע לו על זכותו על עורך דין. הוא לא עשה זאת, ובמקום זה הודיע לו על זכות השתיקה בלבד. זכות השתיקה וזכות ההיוועצות הן שתי צדדים של אותו מטבע - מה שווה השתיקה בלי עורך דין שייעץ?

הטוראי יששכרוב, במהלך חקירתו הודה שעשה שימוש בסם במקרים אחרים שהיה חייל. על דבר זה, הלא מאוד חשוב, הגישה הפרקליטות כתב אישום. רק אחרי שהודה, הודיעו לו על הזכות להיוועץ עם עורך דין. במסגרת כתב האישום הוא עמד לדין גם בגין אות מקרים שהוא הודה שעשה בהם שימוש כשהיה חייל. במהלך המשפט הוא כפר באישומים, והתביעה רצתה להשמיע את ההודאות. הסנגוריה קפצה וטענה שהראיות אינן קבילות מאחר ולא ניתנה לו הזכות להליך הוגן. החגיגה הגדולה התחילה כשהתיק הגיע לעליון: גם היועמ"ש, שיכול להצטרף לכל הליך, הצטרף להליך זה. גם לשכת עורכי הדין התייצבה, וגם הסנגוריה הציבורית התייצבה. פסק הדין הזה היה הזדמנות טובה שבית המשפט יאמר את דברו בדבר כלל הפסילה הפסיקתית. בלית ברירה בית המשפט הכריע בנושא, ואחרי שעמד על חשיבות זכות הייצוג כחלק מהזכות להליך הוגן, הגיע למסקנה **שראיה שהושגה שלא כדין תפסל אם קבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכות להליך הוגן, שלא על פי גדריה של פסקת ההגבלה.**

הלכת יששכרוב חשובה גם מבחינת ס' 12 לפקודת הראיות. יש שני מסלולים לבחינת ההודאה: התמלול הראשון: ההודאה צריכה להיות חופשית ומרצון: אחרי חוקי היסוד אומר בית המשפט, המשקל שצריך לתת לזכויות האדם שמתנגשים עם ערכים אחרים, צריך להיות הרבה יותר גבוה. בית המשפט מדבר על 2 זכויות יסוד שנגזרות מ-ס'12 לפקודת הראיות. הזכות האחת היא שלמומת הגוף והנפש של הנחקר. אם החוקר פוגע בצורה אחרת בגופו של הנחקר, או פוגע בנפשו: משפיל/מבזה אותו - יוביל לפסילה מידית גורפת ואוטומטית של ההודאה, מבלי שנצטרך להראות שאותו אמצעי חקירה פסול השפיע על אמיתות ההודאה. משקל גדול שבית המשפט מייחס לזכויות גרעיניות אלה: שלמות הגוף והנפש שאי אפשר לפגוע בהן, בלי פשרות. **זכות היסוד השניה: הזכות לאוטונומיה והזכות לחופש הבחירה למסור הודאה:** צריך לראות אם הייתה לנאשם אוטונומיה וחופש בחירה להחליט אם להודות או לא. צריך באמת להראות שלא פגעו ביכולת הבחירה של הנאשם. אם ננקט אמצעי פסול שפגע משמעותית באוטונומיה של הנאשם או של החשוד, ובחופש הבחירה שלו האם להודות או לא, אז זה יוביל לפסילת ההודאה, אבל לא בכל מקרה. כאן, בניגוד לשלמות הגוף והנפש, כאן צריך להראות שיש קשר סיבתי בין האמצעי הפסול לבין שלילת האוטונומיה. אם הנחקר יודע שיש לו זכות להיוועצות - אין קשר סיבתי ולכן ההודאה לא פסל. אם יש מכות או השפלה, ההודאה תפסל. כשביתה משפט בוחן את העובדות של יששכרוב לפי ס' 12, הוא מגיע למסקנה פשוטה שלא נקטו בשום אמצעי של אלימות ולא הייתה שם השפלה, ויתרה מכך שהוא מגיע למסקנה שלא הייתה פגיעה באוטונומיה, זאת כי בחקירה אחרת שהייתה קצת אחרי שהוא התייעץ עם עורך דין, יששכרוב השיב לכל שאלות החוקרים, לכן אי אפשר לומר שהפגם הוא פגע לו בזכויות. לכן בית המשפט החליט שאין לו בעיה עם ס' 12. הכלל הוא כל כך רחב ואינו מוגבל רק להודאה.

**תחולתו היא כללית:** כל סוגי הראיות שהושגו שלא כדין (תוך הפרות שונות) וכל אמצעי חקירה פסול שהוביל לראיה מסוימת - לאו דווקא הודאה, (אם זו הודאה, צריך לבדוק את שני המסלולים - גם את ס' 12 וגם את כלל הפסילה הפסיקתית. ) אבל אם זו ראיה במסגרת אחרת: בדיקת דם בכוח, במסגרת חוק החיפושים, ובבדיקת הדם גילו שהנהג שנהג היה שיכור (היפותטית). חוק החיפושים לא מאפשר לחפש חיפוש פנימי בכוח. החוק אומר שהוא לא רוצה לראות סיטואציה של חיפוש פנימי שיש לו אלמנט חודרני שיבוצע בכוח. לכן הוא מוכן לשלם מחיר ולאבד ראיה אבל לא לאבד צלם אנוש של החברה שתאפשר פלישה לאדם בכוח. אמנם יהיה מחיר לסירובו - שיכול להוות עבירה פלילית וסנקציה ראייתית. אבל חיפוש בכוח לא מתאפשר. חיפוש חיצוני אפשר, שפחות פוגע בכבוד, אפשר במקרים מסוימים תוך הפעלת כוח סביר. הדוקטרינה היא יחסית: רק בהפרת הזכות החוקתית רק אם מדובר בפגיעה קשה בזכות להליך הוגן שחורגת מספקית ההגבלה. כלל פסילה יחסי ולא גורף, שמקנה לבית המשפט שיקול רחב.

1. **מהם הפרמטרים שיקלו אם לפסול את הראיה: השופטת בייניש התוותה אמות מידה לשופטים שיהוו אינדיקציה להפעלת שיקול הדעת. בפסק הדין היא מונה 3 קבוצות שיקולים בבחינתו לפסילת קבילות ראיה:**
	1. **אופייה וחומרתה של אי החוקיות -** עד כמה אי החוקיות היא חמורה.לא הרי שימוש באמצעי פסול במכוון כשימוש באמצעי פסול בתום לב. ככל שיש אינדיקציה עשתה בכוונת תחילה שימוש באמצעי פסול כך יעלה הסיכוי שהראיה תפסל. דבר נוסף, יש לבדוק האם יש נסיבות מקלות שיכולות להפחית מחומרת אי החוקיות. לדוג': נניח הנאשם התכוון להשמיד ראיה חיונית, ולא היה מנוס לחוקרים מלהשתמש באמצעי חקירה פסול כדי למנוע את השמדת הראיה החיונית. מקרה זה מוריד את האופי החמור של אי החוקיות. או כשהנאשם ניצל לרעה את זכויותיו והשתמש באי החוקיות, או שהיה צורך מסוכן לציבור ולא היה מנוס מלהשתמש בדרך לא חוקית.
	2. **מידת ההשפעה של האמצעי הפסול על אמיתות הראיה -** לא הרי ראיה שהיא הודאה ורבלית שכל כולה היא תולדה של אי החוקיות. לדוג': יששכרוב. **אדם שהודה כתוצאה מלחץ קשה שהופעל עליו למשל, ייתכן שאף מדובר בראיה שרחוקה מהאמת העובדתית. לעומת זאת, דוג' כמו הלכת פרחי - ראיית דנא שעומדת על שתי רגליים עצמאיות - זה כבר סיפור אחר. נתון חשוב. ראיה כזו ללא קשר לאי החוקיות שלה, היא ראיה עצמאית, שמבחינת החשש ואמיתותה, זה בהחלט מגדיל את הסיכוי שהראיה בכל זאת תתקבל. ככל שיש לראיה קיום עצמאי ונפרד מאי החוקיות, כך ייגבר הסיכוי שהראיה תתקבל. חי בטוב הראיה המרכזית היא הודאה שהושגה כתוצאה מלחץ פסול שהובא תוך שימוש בסם במשותף. לראיה יש קשר ישיר לאי חוקיות.**
	3. **הנזק מול התועלת -** כמו מבחן המידתיות השלישי בפסקת ההגבלה - השפעת פסילת הראיה על מלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב - עד כמה הראיה חשובה להוכחת האשמה. מה מהות העבירה המיוחסת של הנאשם, ומה מידת חומרתה. כשמדובר בראיה שהיא איה חשובה ומכרעת, מבחינת הצורך שלה להרשיע, וברור שכשמדובר בעבירות חמורות, אז פסילת הראיה עלולה לפסול אינטרסים ציבוריים אחרים. קבוצת שיקולים זו מעלה שאלה שגררה ביקורת נוקבת שהשאירה בצריך עיון: האם נכון לומר שככל שאדם מואשם בעבירה חמורה יותר, כך גם הסיכוי שהעבירה תפסל היא קטנה יותר. **מה זה ייתן אם הלכת יששכרוב תיתן מזור רק בעבירות קלות? העונש בעבירות החמורות הוא גם חמור יותר, ודווקא שם צריך להגן בקוצו של יוד על הזכות של הליך הוגן. בית המשפט העליון הוציא את חומרת העבירה מעניין השיקולים בפס"ד אלהוקה - חשוב ומצד שני מעורר שאלות אחרות - כמו הגנה על קורבנות ההגנה. אם אתה הוצאת את חומרת העבירה כשיקול כנגד הפסילה, מי יגן על הקורבנות?**
	4. **פרשת יונתן אלזה -** מה התחבולות הלגיטימיות של מדובב, שיטת חקירה לגיטימית שהמשטרה עושה בה שימוש. פיוח מעניין להלכת יששכרוב. עד כמה המדובב יכול להיות אקטיבי? ההודאה נעשית לפני כביכול חבר, ואין צורך להוגיע על זכויות וליידע.המדובב זיהה את האכזבה של יונתן מעורכי הדין, והחליט לסכסך ביניהם כדי לשכנע אותו שההמלצה לשמור על זכות השתיקה היא החלטה עם תכלית זרה. האמירות של המדובב כגון אמירות. בית המשפט מזכה את יונתן גם לפי ס' 12 וגם לפי כלל הפסילה הפסיקתית ומגיע למסקנה שצריך לפסול את ההודאה. הפגם הנוסף היה שיונתן אלזה היה מוכן להודות, הוא רוצה להודות בפני קצין מסוים. הקצין לא היה פיזית בתחנה, 20 דק' נסיעה. בשלב זה הגיע הסניגור שהוא הציע לו, שהחוקרים ידעו שאם הסנגור יראה אותו, לא תהיה הודאה, ולכן הם החליטו לדחות את הפגישה. בחוק המעצרים יש כללים שמאפשרים דחייה של עורך דין, אף אחת מהעילות האלה היא לא עילה של חשש שהפגישה תטרפד הודאה. אסורה לדחות פגישה עם עורך דין רק מחשש שעורך הדין יעוץ לו עצה שתטרפד הודאה. כאן גם דעת המיעוט ביקרה קשות את המשטרה.
	5. **פרשת אסף שי - תאונה קשה שגבתה חיי אדם.** מיד אחרי התאונה הוא נחקר תחת אזהרה, ללא שום מאפיין מיוחד, הוא הכחיש ונחקר תחת אזהרה. רישיון הנהיגה שלו כמו כן נפסל בפסילה מנהלית, שלאחריה דיון שיפוטי בהמשך לפסילה המנהלית. אחרי הדיון אסף שי הסכים להתלוות לשוטר על אזרחי. השוטר התחיל לגבות הודאה תוך אזהרה שזו זכות שתיקה, אך לא אמר דבר על זכות ההיוועצות שלו. אסף שי מבקש מיוזמתו עורך דין. החוקר מתעלם מהבקשה, שואל שאלה ואף שי עונה. הוא ביקש לא נענה וממשיך לזרום עם השוטר. במהלך החקירה הוא מודה שהתעסק במשהו אחר ומגיש לתביעה את ההרשעה בהריגה. בהודאה הקצרה הזו נתן לתביעה את הראיות בעניין היסוד הנפשי של הריגה, והוגש כתב אישום של הריגה. וחלט לפסול את קבילות ההודאה בשל הפגיעה בהליך הוגן שחרגה מגדרי פסקת ההגבלה. לא רק שלא הוצע לו עורך דין, הוא ביקש עורך דין. חוק המעצרים ס' 34. באסף שי בייניש אומרת שזכות ההיוועצות צריכה להינתן לכל מי שבמשטרה, ולא משנה אם הוא מעוכב או עצור. ס' 34(ב) : יש לאפשר זאת ללא דיחוי. מה זה ללא דיחוי? הלכה שקובעת בייניש בפסק הדין: אחרי המהפכה החוקתית, ההלכה צריכה לקבוע שכשחשוד מבקש להיפגש עם עורך דין, צריך ליצור באופן מיד קשר עם העורך דין, בהנחה שאין סייג במאפשר הפסיקה לפי החוק. אם הסניגור יגיע תוך מועד סמוך סביר, תעצרו. אם לא, אפשר להמשיך אלא אם יש נסיבות מיוחדות שמחייבות לעצור. מהן אותן סיבות? לפי כל מקרה. אין מחלוקת שבמקרה זה אלה הן נסיבות מיוחדות שחייבו הפסקה גם אם הוא לא הגיע תוך מועד ביר - כי הוא לא היה עצור ולא נשקפה שום סכנה, חודשיים אחרי התאונה. לא הייתה שום דחיפות לקיים את החקירה כאן ועכשיו. בשורה התחתונה הנשיאה מרשיעה אותו בגרימת מוות ולא בהריגה.

**שיעור 8, 03.12.18**

**כלל הפסילה הפסיקתית - השלמת קצוות**

1. **דנ"פ שמש 5852/10 -** דיון נוסף. שאלה משפטית על התפר של דיני ראיות, דיני עונשין וסדר דין פלילי. העובדות: 2 תאונות רכבת קשות שהתרחשו ב-2005, שהובילו ל-8 בני אדם, ופצועים. משטרת ישראל פתחה בחקירה לבחון אם בוצעה עבירה פלילית, ובמקביל לה, גם רכבת ישראל, חברה ממשלתית, פתחה גם היא בוועדת חקירה ובירור נסיבות התרחשות התאונות. רכבת ישראל הקימה ועדת חקירה פנימית. מטרתה, לברר את נסיבות התאונה ולוודא שהכשלים, ככל שהיו, לא יתרחשו שוב. **ע"מ שיהיה שיתוף פעולה מצד העבדים, רכבת ישראל התחייבה בפני העובדים שהם יכולים לדבר באופן פתוח וגלוי תוך התחייבות מפורשת ששום דבר מהנאמר בוועדה, לא יצא החוצה לאף גורם, אלא באישור היועץ המשפטי של הרכבת.** העובדים, מן הסתם, לא מסרו עדות לא נחקרו תחת אזהרה, ולא היוועצו עם עו"ד. מה גם שהרכבת לא ביצעה חקירה פלילי, אלא אך ביקשה להפיק לקחים וביקשה לעודד שיתוף פעולה. מי שלא שיתף פעולה, עמד בפני איום של הליך משמעתי ותחת סכנת פיטורין - כך המעביד משדר מסר **שהוא זקוק למידע ויעשה הרבה בשבילו. בשלב מסוים פונה המשטרה לרכבת ישראל, ומבקשת לקבל את הפרוטוקולים של דברי העובדים בוועדות החקירה הפנימיות.**  רכבת ישראל משיבה שכתאגיד היא מעבירה להם את שיידרש, ושהיא תשמח להעביר את הפרוטוקולים אולם בשל התחייבותה לעובדיה, היא לא יכולה להעביר להם את החומר בשל הפרת התחייבות ופגיעה בזכותם לחיסיון מפני הפללה עצמית ולזכות להליך הוגן. המשטרה פונה לבית המשפט, לפי ס' 43 לפקודת סדר הדין הפלילי: הזמנה להציג חפץ. החפץ המבוקש במקרה זה, הוא הפרוטוקולים שברשות רכבת ישראל. במידה ועד לא מביא מסמכים מיוזמתו/לאחר שנתבקש, ניתן לעשות שימוש בס' זה. הרכבת טוענת גם ביכולת של הרכבת להגיע לחקר האמת מפרספקטיבה של מניעת תאונות והפקת לקחים, ושבה ומשתמשת בטיעונים זהים של הזכות להליך הוגן בשם העובדים. טיעון זה הוא למעשה כלל הפסילה הפסיקתית. משטרת ישראל מנסה לעקוף את הזכות להליך הוגן, ומבקשת לקחת את הפרוטוקולים על אף שלא הוזהרו ולא היו מיוצגים, מה שמהווה פגיעה בזכות החוקתית להליך הוגן. טיעון נגדי שטוענת המשטרה: **חקר האמת.**
2. הניסיון לגדוע את הפרוטוקולים מעיני המשטרה, נעשה במטרה שלא תוכל להוציא מהם ראיות חדשות. מחד, יש למנוע מהמשטרה לעיין בחומר, בעיקר כדי למנוע פגיעה באינטר ציבורי חשוב - שאנשים ישתפו פעולה עם וועדות חקירה פנימיות, לכן המשטרה לא יכולה לשים עליהם יד. מצד שני, יש כאן פגיעה קשה בחקר האמת, ולוקחים את הלכת יששכרוב צעד אחד אחורה, באופן שנותן משקל רב מדי לזכויות החשודים, ובאופן שפוגע ביכולת המשטרה להתחקות אחר חקר האמת. יתרה מכך, הרכבת ביקשה למנוע מהפרוטוקולים להגיע לגוף החוקר. אמנם, המשטרה לא יכולה לראות את הפרוטוקולים - חיסיון, מכשיר שמונע מהגוף החוקר לראות את הראיה, אך מחסום של קבילות לא מונע מהגוף החוקר לראות את הראייה, אלא הוא מנוע מבית המשפט לקבל את הראייה ולקבל אותה. המחיר על חיסיון הוא כבד יותר. אמנם יש אינטרס לחיסיון (עו"ד, עיתונאי וכו'). כך, הגיעו שופטי הרוב (דנציגר ורובינשטיין) למסקנה שיש למנוע מהמשטרה לראות את החומר, **ויצרו חיסיון פסיקתי.** האם בית המשפט יכול בכלל ליצור חיסיון פסיקתי? חיסיון עיתונאי - ביתה משפט יצר את החיסיון של מקור עיתונאי בפס"ד בן ציון נ' סיתרין, שנועד להגן על עיתונות חופשית חוקרת וחושפת שחיתויות, אחרת לא תהיה עיתונות עצמאית אם המשטרה תוכל לשים ידיה על תוכן או זהות המידע של המקור. כך, יש תקדים וניתן ליצור חיסיון בפסיקה - אולם זה יהיה מקרה של חריגים שבחריגים, משום שכל חיסיון פוגע בחקר האמת, ולכן ראוי שהמחוקק יאמר את דברו, ולא רצוי שבית המשט יעשה זאת, אלא במקרים חריגים. במקרה זה, אומר ביתה משפט זה אכן מקרה חריג. בית המשפט מביט על חוק השיפוט הצבאי, שם יש הוראה מפורשת שמעניקה חסיונות על תחקירים פנימיים. כך המחוקק כבר העניק חיסיון במקרים מסוימים, ולכן צריך לראות את זה אולי כדוג' למצב שהמחוקק חשב ולא רצה לתת חיסיון לכל וועדת חקירה פנימית - משום שמדובר במדרון חלקלק אם זה היה מופיע בחוק.
3. **בשורה התחתונה, למרות שבגלגול הראשון העמדה הייתה למנוע מהמשטרה לעיין בחומר, קובעים השופטים בדיון נוסף, השופט אדמונד לוי יחד עם הנשיאה בייניש שאומרת שיש להבחין בין קבילות וחיסיון, ואין מה ליצור חיסיון פסיקתי כתוצאה מיששכרוב, ובסופו של דבר ניתנה למשטרה רשות לעיין בחומרים. המדינה היא שהגישה את הדיון נוסף מחשש ממדרון חלקלק.**
4. **פס"ד רון שועלים -** עוסק בפרשנות ס' 32 לחוק המעצרים. העובדות: רצח ע"י עובד זר אזרח סין, רצח את בת זוגו במכת גרזן, ביתר את גופתה וזרק במספר פחי אשפה. התיאור בפסק הדין הוא לא פשוט. השאלה המשפטית: החשוד נעצר בהרצליה, ובזמן המעצר וכבר בשטח למעשה נאמר לו שיש לו זכות שתיקה. בפתיחת החקירה הודיעו לו שיש לו זכות היוועצות עם עורך דין. **בתום החקירה הייתה הודאה, והודיעו לו שיש לו זכות לסנגור ציבורי. השאלה הנשאלת - מתי צריך לומר לו שיש לו זכות לסניגור ציבורי? האם היא צריכה להיות בפתח החקירה ולא בסופה? להשלים את המשך פסק הדין.**
5. **לפי ס' 19 צריך להודיע לו בהקדם האפשרי, כלומר לפני המעצר.** כך, אומר רובינשטיין שיש סתירה בין שני ס' החוק. ביתה משפט העליון פוסק שכפי שהמשטרה נוהגת בפני עצמה בגישה מחמירה בעניין ההודאה על עצם הזכות להיוועצות, ומוגיעה על כך לפני החקירה, כך היא גם צריכה לנהוג גם על ההודאה לאפשרות על הסניגוריה הציבורית - יש לומר זאת בכריכה אחת, בלשון אחת, ביחד. רובינשטיין אומר שזכות ההיוועצות לא שווה בלי הידיעה שאין לך זכות לסניגוריה ציבורית, במיוחד שאתה אזרח זר שלא יודע זכויות המקום.
6. **הלכת פרחי -** אין בישראל הלכה שעוסקת בפירות העץ המורעל. ביתה משפט העליון אומר שהוא יבדוק כל ראיה בנפרד, ע"פ הפרמטרים ומבחנים של הלכת יששכרוב, ולא אומר מראש שאם נפסלה החוליה הראשונה בשרשרת בהכרח תיפסל השנייה, אלא יבחן כל חוליה בפני עצמה לפי הפרמטרים של הלכת יששכר. החידוד המעניין של אדמונד לוי בפרחי הוא הקשר בראיות נגזרות: קשר סיבתי עובדתי וקשר סיבתי משפטי. קשר סיבתי עובדתי - כל ראיה נגזרת, צולחת את המבחן הזה. אם בסיפור של פרחי - ברור שאלמלא הפרת ההבטחה **לא היינו מגיעים לדנ"א השני ולשאר הראיות. לכן ברור שיש קשר סיבי עובדתי, אבל אדמונד לוי אומר שבשביל לפסול ראיות צריך לבדוק גם קשר סיבתי משפטי - בשביל לראות אם נותק הקשר. אם למשל שוטר נכנס ללא צו חיפוש לדירה מסוימת, ומגלה שבוצעה שם עבירה - אין מחלוקת שאסור היה לו להיכנס לשם, ושהוא פעל שלא כדין. הוא כבר ראה את העבירה, הודע לו שיש לו זכויות של שתיקה והיוועצות והאיש הודה. בדוג' זו, השופט אדמונד לוי אומר שיש ניתק בקשר הסיבתי המשפטי, כי הגם שיש קש"ס עובדתי, הוא הובא בפני שוטר הודיעו לו על זכויותיו ועדיין הוא החליט להודות, לכן הודעתו במשטרה אחרי שהתייעץ עם עו"ד, הוא לא יכול לבטל את הראיה, לפי לוי כי נותק הקש"ס המשפטי. הוא הודה אחרי שהודיעו לו על זכויותיו, ולכן חל נתק משפטי בין שתי הראיות.**

**שיעור 9, 10.12.18 -השלמה מאופיר**

**פרק ב': השפעת הפרטת ההליך הפלילי על זכויות חשודים**

1. **הפרטת ההליך הפלילי, בהקשר הפרטת בתי הסוהר ( 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר; "על כבוד האדם והפרטה" - מאמר של המרצה ושל מיכל אלברשטיין, מופיע בסילבוס)** סוגיה זו כוללת תחומי משפט רבים: דיני עונשין, סדר דין פלילי, משפט חוקתי, משפט מנהלי.
2. משרד האוצר הלך לסוג של פיילוט בו בית הסוהר יועבר לידיים פרטיות, יהיה סוג של תאגיד למטרת רווח. יילקח התקציב של המדינה ויינתן לזכיין פרטי, במקרה הזה לב-לבייב, והוא באותו כסף יבנה בית סוהר חדש ויטיב את תנאי הכליאה. המדינה הופכת להיות רגולטור, במקום מפעילת בית הסוהר היא תהיה מפקחת. תוקנה פקודת בתי הסוהר, הוסף סעיף שמתיר הפרטה של בית הסוהר. הוגשה עתירה ע"י הקליניקה לזכויות של המרכז האקדמי למשפט ועסקים, בשלבים מוקדמים עוד לפני שנבחר זכיין פרטי. המדינה התנגדה וביהמ"ש קיבל את העמדה, ולא הוצא צו ביניים בכל התהליך אלא אך בסוף כשבית הסוהר כבר היה בנוי. אי הוצאת צו הביניים לאורך ההליך תמוהה ומעוררת שאלות רבות. העתירה מושתת על שני טיעונים:
	1. **פגיעה בזכויות -** (הטיעון דרכו ביהמ"ש פסל את החוק) הפרטת בתי הסוהר פוגעת פגיעה בלתי מידתית בזכות לכבוד ובזכות החירות של האסירים. בייניש, כותבת פסה"ד ודעת הרוב, יוצאת ב-3 הנחות:
		1. עצם הכליאה פוגעת בזכות לחירות ובחופש התנועה.
		2. הואיל ובית הסוהר הזה לא אוכלס, ולכן אין הוכחה לפגיעה בזכויות הפרטים יותר מבית הסוהר הציבורי. זו הנחה חשובה כי ביהמ"ש לא מבטל חוק על בסיס פגיעה פוטנציאלית. (זה מאוד חשוב כי על הפגיעה התבססה העתירה, העתירה תאורטית).
		3. הרגולציה והמנגנונים לפיקוח המדינה על בתי הסוהר הפרטיים הם מצוינים וטובים. לכן, יש לצאת מנק' הנחה שהמנגנונים יפעלו כראוי.

 ביהמ"ש בודק האם יש כאן פגיעה במשמעות "שמיוחדת בחברה הישראלית לכליאתו של אדם בבית סוהר המנוהל ומופעל ע"י תאגיד פרטי" שהחברה הישראלית מייחסת לכליאה בבית סוהר פרטי? דרך פסקת ההגבלה.

הוא מגיע למסקנה כי תכלית החוק ראויה, להיטיב עם האסירים; כי יש קשר רצינאלי בין האמצעי למטרה; העותרים לא הצליחו להראות שיש אמצעי פחות פוגעני שישיג את אותה התכלית. החוק נפל במבחן המידתיות השלישי, מבחן עלות-תועלת: בייניש קבעה, כי היקף תחומי אחריות המדינה והיחס שצריך להתקיים בין תחומי פעילות של הסקטור הציבורי לבין הסקטור הפרטי (כלומר זהו טיעון מוסדי). ישנו שימוש פסול באסירים שמהווים סוג של אמצעי להפקת רווחים. המדינה חתומה על האמנה החברתית וכיו"ב. גם תהליך הכליאה הוא חלק מההליך הפלילי במובן הרחב והמדינה לא יכולה לפרק חלק ממנו ולהפריטו לתאגיד פרטי שפועל למטרות רווח.

 השופט אמונד לוי, בעמדת מיעוט, טוען שיש תחומים רבים שמופרטים במדינת ישראל. אשפוז כפוי בבי"ח לחולי נפש, סנגוריה ציבורית, עבודות שירות שנעשות בעמותות, האצלת סמכות היועמ"ש להגיש כתבי אישום לעו"ד פרטיים. ולכן הוא שואל מדוע דווקא הפרטת בתי הסוהר מיוחדת. "דומה כי לגישתם הפגיעה בזכויות שנושאת עימה ההפרטה היא כה חמורה עד כי אין דבר שיוכל לעמעם אותה". הוא אומר בציניות, כי גם אם היה משתה 7 ימים זה לא היה מספק את דעת הרוב.

* 1. **טיעון מוסדי -**  (הטיעון דרכו ביהמ"ש לא פסל את החוק) יש סמכויות שמצויות בגרעין הקשה של הרשות המבצעת ולא ניתן להפריט אותן. טיעון זה הסתמך על סעיף 1 לחוק יסוד הממשלה. העותרים ניסו לבסס טיעון מעניין, לפיו יש סמכויות ליבה, כמו: כליאה, שיטור, שאי אפשר להפריט אותן, והממשלה חייבת להותירן בידיה. כן נטען כי זה גם נובע מעקרונות היסוד של השיטה. בית המשפט השאיר בצריך עיון את הטיעון המתבסס על סעיף 1 לחו"י הממשלה.

טיעון מקביל לטיעון הגרעין הקשה הוא כלל ההסדרים הראשוניים, לפיו כללים העוסקים בזכויות אדם ובדברים קריטיים ראוי שייקבע ע"י המחוקק ולא ע"י הרשות המבצעת. ואז נשאלת השאלה מה קורה כשהמחוקק מאציל לשר את הסמכות לקבוע הסדר ראשוני? יש הטוענים שחוק כזה אינו חוקתי, מאחר שהוא פוגע בסעיף 1 לחו"י הכנסת, לפיו הכנסת היא הרשות המחוקקת של המדינה, ולפיכך הכנסת לא יכולה להאציל כלל של הסדר ראשוני לראשות המבצעת. גם זה נשאר בצריך עיון בפס"ד אחר.

ביהמ"ש החליט לא להכריע בטיעון המוסדי, ניתן להעלות מספר סיבות:

1. אם יש סמכויות גרעיניות שאי אפשר להפריט אולי ניתן יהיה להבין שכל היתר ניתנות להפרטה. וביהמ"ש לא רוצה לקבוע מסמרות כאלו.
2. טיעון נוסף שניתן לחשוב עליו, הוא שחו"י הממשלה הוא טרם המהפכה החוקתית ואין לו פסקת הגבלה, ולכן ביהמ"ש הולך בדרך הקלה יותר של הזכויות. הוא לא בחר בדרך זו ייתכן כי אינה חרושה והיא הייתה גורמת לו להיזקק לפסקת הגבלה שיפוטית.

למעשה, ביהמ"ש משחיל את הטיעון המוסדי דרך הטיעון של הפגיעה בזכויות, יש כאן סוג של תחפושת. לכאורה, ביהמ"ש בודק אם ישנה פגיעה בלתי מידתית בזכות לכבוד ובזכות לחירות ושם מכניס את גרעין הזכויות.

 **ניתוח של ד"ר הראל ומיכל אלברשטיין, במאמרם:** השאלה היא אילו היה תיקון בחוק שמאפשר לאסיר להיכלא בבית סוהר פרטי זכות בחירה, יכולת לוותר על הזכות הסימבולית להיכלא בבית סוהר ציבורי? זה מתחיל ביכולת של פרט לוותר על זכות חוקתית, שאלה שעוד לא נבחנה. הוויתור צריך להיבחן ב-2 פרספקטיבות:

1. **ציבורי -** מול המדינה. כמובן שכשאנו מדברים על המשפט הציבורי יש פערי כוחות בין הרשות לפרט. וזכויות האדם נועדו להגן על הפרט מפני הכוח הדורסני של השלטון, ולכן כשאנו רוצים לאפשר לפרט לוותר על זכויותיו החוקתיות, יש לוודא שאכן הוויתור לא נעשה בגלל פערי הכוחות. יש לוודא זאת דרך פסקת ההגבלה, דרך מבחני המידתיות. כלומר יש ליצור מנגנון שיוודא שהוויתור הוא וויתור מדעת.  אנו כבר רואים שפרט רשאי לוותר על זכויותיו. למשל: היכולת של חשוד לוותר על זכות ההיוועצות, יכולת החשוד לוותר על זכותו להימנע מהפללה עצמית, אולם יש מנגנון בחסד"פ לוודא שהוויתור נעשה מרצון. לכן ויתור על זכות חוקתית אפשרי כל עוד יש מנגנון שמוודא שזה נעשה מדעת ושהפגיעה מידתית.
2. **פרטי -** מול פרט אחר. אנו יודעים שהזכויות החוקתיות חלחלו גם למשפט הפרטי. חובת הפרט לכבד זכויות אדם כלפי פרט אחר היא נמוכה מחובת השלטון, אולם היא עדיין קיימת. ניתן לוותר גם על זכויות חוקתיות במסגרת מערכת יחסים בין שני פרטים, אולם כאן זה ייבחן בפרספקטיבה של תקנת הציבור (לעומת המשפט הציבורי, שם זה ייבחן בפסקת ההגבלה).

 האם יש מגבלות לוויתור על זכויות? (זהו נושא שלא קיבל התייחסות והוא טעון פיתוח) במאמר נבחנו מספר מגבלות.

1. נתחיל מזכויות גרעיניות שלא ניתנות לוויתור, והן זכויות הקשורות לצלם האדם: שלמות גופו (למשל: פרשת ההתנתקות - היו מספר פרטים שרצו לגור שם גם לאחר ההתנתקות, והם ביקשו להגן על עצמם. ביהמ"ש העליון דחה בקשתם, "יש מקום להנחה כי השארתם תעמידם בסיכון רב. מדינת ישראל אינה רשאית ליטול על עצמה סיכון כזה"; **פרשת גואטה -** שוטרים עצרו אדם באמצע הרחוב והחיפוש נעשה בהסכמה, הם מצאו סמים בין אחוריו, השופט אלון אמר שיש גבול גם בהסכמה ולא ניתן לבזות אדם כבל עם ועדה).
2. ויתור כפוף לפגיעה בזכויות של אחרים - היה אדם שביקש שלאחר מותו גופתו תינתן למאכל לבע"ח (אמר כל חיי ניזונתי כך במותי אתן להם מבשרי). ביהמ"ש קבע, כי ישנה פגיעה ברגשות הציבור ופגיעה בריאותית. ישנם ערכים בסיסיים שלא ניתן לוותר עליהם גם אם אדם עצמו מוותר.
3. **זכויות קוגנטיות -** יש כאן מעמד פטרנליסטי, לפיו המדינה יודעת מה טוב לפרט, טוב יותר ממנו. למשל: בדיני עבודה, גם אם פרט מוותר על זכויותיו, לא מתירים זאת, כיוון שזה נעשה מפערי הכוחות בינו לבין המעביד.

בדר"כ ויתור דורש מנגנון ראוי שיבטיח את מודעות האדם לזכותו. פס"ד בן-חיים ממחיש זאת יפה. כשיש טענה שעצם ההפרטה היא פוגעת בזכות לכבוד של האסירים, עולה השאלה, באילו היבטים של כבוד מדובר? והאם בצד הלגיטימציה החיצונית, קרי הלגיטימציה שהמחוקק נתן להפרטה, נדרשת לגיטימציה פנימית (מצד האסיר) להחלטה בדמות וויתור של האסיר על הזכות הסימבולית להיאסר בבית סוהר ציבורי?

השופטת בייניש מדברת על הפגיעה בכבוד. אולם, למעשה ה"כבוד" מאוד רחב, ולכן יש להידרש לפגיעה הספציפית בכבוד, לענפי הכבוד הנפגעים. יהודית קרפ אומרת ישנם מעגלי כבוד, ישנו מעגל רחב וישנם מעגלים רחבים יותר. במאמר נסקרו מעגלי הכבוד השונים:

1. **הראשון הוא כבוד האדם - חירות.** עונש מאסר הוא לא חוקתי, אולם בסופו של יום יש לבחון את החוקתיות במבחני פסקת ההגבלה.
2. **כבוד האדם - גרעיני.** כבוד שכולל פגיעה פיסית, עינויים פיזיים או נפשיים, שפוגעים בצלם האדם. הרעיון הוא שאדם נברא בצלם אלוקיו ולכן אנו מייחסים משהו מהילת הכבוד של האל. במובן הזה, זכויות האדם הן מוחלטות. בכל מה שמדובר בכבוד במובן הבסיסי והגרעיני של צלם האדם אין פשרות. כך אומר ברק בפרשת הוועד הציבורי נגד עינויים: "חקירה סבירה היא חקירה ללא עינויים. איסורים אלו מוחלטים, אין בהם חריגים ואין בהם איזונים". בפרשת יששכרוב ביהמ"ש אומר כשאתה פגע בשלמות גופו הפיזי והנפשי של הנחקר אין פשרות, זה יוביל מיידית לביטול ההודאה, לפי ס' 12 לחסד"פ, ולא צריך אפילו לבחון עד כמה אמצעי החקירה הביאו להודאה.

הואיל ופסה"ד של הנשיאה יוצא מנק' ההנחה השנייה מבין אלו שמנינו מעלה, אין שום הוכחה שבבית הסוהר הפרטי יש פוטנציאל גבוה יותר לפגיעה מביהמ"ש בציבורי, אז אין שום בעיה בוויתור על זכות להיאסר בבית סוהר ציבורי מבחינת הפגיעה במעגל הכבוד הגרעיני.

1. **המשמעות החברתית והסמלית שיש לכליאה בבית סוהר ציבורי -** כדי לבסס מעגל זה של הכבוד, כל פסה"ד עוסק במנה החברתית, בליגטימיות הדמוקרטית, באתוס של השירות הציבורי, במשמעות הערכית והסמלית להיאסר בבית סוהר ציבורי. כל התיאור הזה קשור לטיעון המוסדי.
2. **רמת הקיום המינימאלי לה זכאי האדם - זכויות חברתיות**. יש לאדם זכות שצרכיו הבסיסיים יסופקו כדי שיוכל להתקיים במינימום קיום וכבוד. מעגל זה אומר שאדם שמתגורר בחוצות ללא בית כבודו נפגע, אם אדם רעב ללחם כבודו נפגע וכיו"ב.

בעוד שהמעגל השני עוסק בהיבטים האוניברסליים בצלם האדם, המעגל הרביעי עוסק בתנאים שיכולים להשתנות מחברה לחברה. היקף הזכויות החברתיות שכל חברה מעניקה לאזרחיה משתנה בהתאם ליכולות הכלכליות שלה. ברי, כי רעב לא מתיישב עם רמת קיום מינימאלי באף מקום, אולם תפריטי תזונה ישתנו מחברה לחברה.

בהקשר של פסה"ד אם ישתפרו תנאי הכליאה מעבר למינימום ברי, כי אין כל פגיעה במעגל הכבוד הזה.

1. **אוטונומיה של הרצון הפרטי -** בחירת האסיר לוותר על הזכות. "רצונו של אדם כבודו". גם בייניש בפסה"ד בן חיים - משתיתה את פסה"ד על האוטונומיה של הרצון הפרטי לוותר על הזכות.

בפסה"ד דווקא דעת הרוב היא זו שמאיינת את האוטונומיה של הרצון הפרטי (דעת הרוב אומרת שעצם הוויתור על הזכות פוגעת בכבוד הסימבולי). הרי אם נשאל את האסיר האם הוא מעדיף את הכבוד הסימבולי, להתהלך במדים של השב"ס, או להיטיב תנאיו, לקבל מזון טוב יותר, חדר גדול יותר וכיו"ב אולם מדיו יהיו של לב-לבייב., נראה, כי יעדיף בית סוהר פרטי, כשהוא יודע שהמדינה מפקחת. האוטונומיה היא רכיב חשוב של הכבוד.

**בשורה התחתונה, המאמר חושף את המהלך של ביהמ"ש ששזר את הטיעון המוסדי בטיעון של זכויות. הכריע לפיכך אולם גזר רק חלק אחד של הזכות לכבוד.** (ביהמ"ש השאיר את הטיעון המוסדי בצריך עיון, והשתית את ביטול החוק על פגיעה בזכות לכבוד במעגל השלישי: המשמעות החברתית והסמלית שיש לכליאה בבית בוהר ציבורי. מכאן שפסק הדין מושתת על הטיעון המוסדי, והוא רק התחפושת של פגיעה בזכויות). ומבקר את ביהמ"ש על הדיון הגזור והחסר בזכות לכבוד: אם כבר החלטתם לדבר על הכבוד אז המעגל רחב הרבה יותר, הכבוד כולל גם את המעגל החמישי: אוטונומיה של הפרט (לוותר על הזכות) כדי לשפר את המעגל הרביעי: רמת הקיום המינימאלי (של האסירים). המאמר בעצם אומר שביהמ"ש יכול היה לדחוף לתיקון קטן (שנותן לאסיר לבחור) וכך החוק היה נשאר.

 **שאלה שנשאלה בכיתה:** מדוע ביהמ"ש לא הלך בדרך המלך, לפי הטיעון המוסדי, כי זו דרך לא חרושה ובשביל המהלך הזה הוא היה צריך לשתול פסקת הגבלה שיפוטית.

**שיעור 10, 17.12.18, הרצאה אורחת - עו"ד שירה לייטרסדוף**

**פרק ג': המשפט הפלילי דרך עדשה טיפולית - הייתכן שיח של רגשות במשפט?**

**"לתבוע ברגש" רגשות של פרקליטים בניהול הליכים פליליים**

* [**שירה לייטרסדורף שקדי וטל גל  "'לתבוע ברגש' - רגשות התובעים בהליך פלילי" המשפט כג תשע"ז 47.**](https://lemida.biu.ac.il/pluginfile.php/1241603/course/section/632066/hamishpat-23-047.pdf)

[**https://lemida.biu.ac.il/pluginfile.php/1241603/course/section/632066/hamishpat-23-047.pdf**](https://lemida.biu.ac.il/pluginfile.php/1241603/course/section/632066/hamishpat-23-047.pdf)

**שיעור 11, 24.12.18 -השלמה מליאל**

 **פרק ה': בדיקה מקדימה וחקירה פלילית זכויות חשודים בחקירה**

אנחנו יודעים שמשטרת ישראל היא הגוף שמבצע את מירב החקירות. חשוב להבין שחקירה פוגעת בכמה זכויות חוקתיות :הזכות לכבוד וכדומה. יש כאן הליך לא פשוט וגם אין אלמנט של וולונטריות. כלומר שאדם נקרא לחקירה בין אם הוא עד ובין אם הוא חשוד הוא צריך להגיע לחקירה וההוא צריך לענות תשובות אמת למעט כאשר תשובותיו עלולות לגרום להפללה עצמית.

המקור הנורמטיבי הוא חוק הפרוצדורה הפלילית. כמו כן, אין אבחנה בין חשוד לבין עד. אך הפסיקה הרחיבה את הזכות להימנע מפני הפללה עצמית שניתנת לכל עד/חשוד, היא הרחיבה אותה לכדי זכות שתיקה מוחלטת, כלומר חשוד יכול לא לענות על אף שאלה שהוא נשאל. ליצור בינו מיסוך בינו לבין החוקר. אם הוא לא עושה זה הוא מפר הוראה חוקית.

לאור הפגיעה בזכויות חוקתיות חקירה היא אקט שבהחלט שמחייב הסמכה מפורשת בחוק. ההסמכה כזו קיימת למשטרת ישראל אך לעיתים יש גם לגורמים אחרים כמו הגוף להגבלים עסקיים שיש לו גוף שחוקר. יותר מכך, פתיחה בחקירה פלילית היא כשלעצמה גם אם בסוף לא יוגש כתב אישום יכולה לגרום נזקים רבים לנחקר. נתחיל מזה שברישום המשטרתי יש תיעוד על פתיחה בחקירה ואדם שנחקר כחשוד אז נתוני הזהות שלו נכללים במאגר הזיהוי המשטרתי. כמו כן זה יכול לפגוע באדם במישור התעסוקתי.

אגב, יש גורמים מסוימים שכאשר נפתחת חקירה פלילית נגדם (לדוג' שופט) יש צורך בהסכמה של היועמ"ש אישית.

**מתי נפתחת חקירה?**

לפי החסד"פ ניתן לפתוח בחקירה כאשר נודע למשטרה על ביצוע עבירה (בין אם זה בגלל תלונה). יש להדגיש שהמתלונן לא חייב להיות נפגע העבירה. התשתית הראייתית שהדין דורש לצורך פתיחת חקירה הוא **חשד סביר** לביצוע העבירה. האם ניתן לצקת תוכן לחשד סביר באמצעות ראיות לא קבילות? (מידע מודיעיני, פוליגרף) - כן. החשד הסביר הוא בית קיבול גם לראיות בלתי קבילות. זה רף ראייתי לא גבוה אבל הוא עדיין רף ראייתי שדורש קיומן של ראיות. מה התשתית הראייתית להגשת כתב אישום? סיכוי סביר להרשעה וכאן מדובר רק בראיות קבילות.

עולה השאלה מה קורה כאשר אין לי עדיין את החשד הסביר לביצוע העבירה אבל אני רוצה לבדוק את זה, אני רוצה לבצע איזה שהם פעולות כדי לבחון אם יש חשד סביר? האם ניתן לעשות הליך טרום חקירתי? אין עיגון בחוק לבדיקה מקדימה. כידוע רשות מנהלית לא יכולה לבצע שום פעולה אם היא לא מוסמכת לכך בחוק, לעומת אדם פרטי שיכול לעשות כל דבר כל עוד לא נאסר עליו בחוק. לגבי בדיקה מקדימה- יש הנחיית יועץ שלראשונה פורסמה בעקבות עתירה לבג"ץ שמפרטת בצורה די ברורה מה בדיוק כולל ההליך ומתי משתמשים בו, היועמ"ש הנוכחי עדכן את ההנחיה של היועמ"ש הקודם.

כשאתה איש ציבור יש חשש לשימוש לא ראוי בהליך הפלילי כדי לפגוע בו בעשייה הציבורית וכמובן שזה פסול. עם זאת, עולה השאלה מתי נפתח בבדיקה מקדימה?

א.      כאשר יש תלונה **ואין חשד סביר**, ובכל מצב אחר היית גונז את התלונה אבל בגלל שמדובר ברגישות ציבורית ובגלל שמדובר באדם בעל מעמד ציבורי יש מקום לבצע עוד בדיקות מקדימות כדי להגיע לחשד סביר.

ב.      **תרחיש שבו עדיין לא נבדק אם יש חשד סביר** אבל בגלל המעמד הציבורי, בגלל ההשלכות על נושא התפקיד הציבורי אתה מראש רוצה לעבות את הראיות לפני שאתה מלכתחילה מקבל החלטה אם יש חשד סביר או לא.

יש סמכות לבדיקה מקדימה מתוך סמכות עזר, כלומר כשיש לך סמכות ראשית שהיא כתובה בחוק יש סמכות נגזרת מכך כי הרשות המנהלית לא יכולה לפעול כאשר הכל יהיה מעוגן בחוק. הסייג של סמכות עזר הוא שאי אפשר לפגוע בזכות אדם. האם בדיקה מקדימה יכולה להיכנס לאמות המידה של סמכות עזר? בדיקה מקדימה נועדה להגן על זכויות החשוד ולכן בג"ץ אישר את הבדיקה המקדימה.

|  |  |
| --- | --- |
| **בדיקה וחקירה** | **העמדה לדין** |
| **אין חשד סביר** | **תשתית ראייתית** |
| **יש עניין ציבורי במיצוי התלונה.** | **נסיבות העניין בכללותם מצדיקות העמדה לדין.** |

נניח שיש הרבה נסיבות שמצדיקות העמדה לדין ויש תשתית ראייתית קטנה בנוגע לאיש ציבור, האם אפשר לעשות סוג של מקבילית כוחות? כלומר, כדי להשלים את החסך הראייתי - **אי אפשר יש חומה סינית!**אלו שני דברים שונים אי אפשר לערב מין שאינו מינו. זה מעלה שאלה לגבי הטרייד אוף לגבי חקירה בדיקה. נניח שאין לי חשד סביר, אבל יש עניין ציבורי במיצוי התלונה לאור התפקיד הציבורי ולאור הרגישות, כאן בהחלט יש הבדל, כאן אני יכולה למלא את העובדה שאין לי תשתית ראייתית לצורך פתיחה בבדיקה, **כאן זה בסדר כי זה נועד להגן על זכויות החשוד**, כדי להגן על האינטרס הציבורי.

אי אפשר לעכב את נשוא הבדיקה, ויתרה מזו עפ"י הנחיית היועץ הכלל הוא שלא פונים לנשוא הבדיקה אלא במקרים חריגים, רק בהסכמת היועמ"ש. אתה יכול לגבות עדויות ממעורבים, יכול לאסוף מסמכים, יכול לבצע בדיקות כלכליות אך אתה לא יכול לחקור תחת אזהרה את נשוא הבדיקה. חקירה תחת אזהרה מחייבת שהאיש יהיה חשוד והוא לא חשוד עדיין. באישור מיוחד של היועמ"ש (לפי חידוש מנדלביט) אתה יכול לקרוא לו לתשאול. בוודאי שלא מבצעים פוליגרף לאותו אדם ולא חיפוש.

האם בדיקה את מירוץ ההתיישנות בהליך פלילי? בהליך פלילי ההתיישנות נגזרת מהענישה. הכלל הוא שכל פעולת חקירה עוצרת את מירוץ ההתיישנות וגורמת לשעון להתאפס. הנחיית היועמ"ש גורסת שהרציונל שחל על חקירה חל גם על בדיקה (זה מתאים למקרה השני של בדיקות מקדמיות).

מהם גבולות החקירה?

**בג"ץ הוועד הציבורי נגד מינויים בישראל נ' מדינת ישראל -**פסק הדין עוסק בשתי שאלות: האם לחוקרי השב"כ יש סמכות לבצע חקירות? בהנחה וכן, מה מותר להם במסגרת החקירה (האם מותר להם להשתמש בשיטת חקירה פיזית, חקירה בשעות לפנות בוקר)? יש לקחת בחשבון שפסק הדין ניתן בשנת 99 ושנקודת המוצא היא שתכלית החקירה של השב"כ שונה משל המשטרה כי המשטרה חוקרת כדי לאתר ראיות על מנת שתובע יוכל לקבל החלטה האם בוצעה עבירה בעבר לעומת השב"כ שמעניין אותו למנוע את הפיגוע הבא בעתיד.

**האם יש סמכות לשב"כ לחקור?** השב"כ הוקם מלכתחילה על בסיס ס' 32 לחוק הממשלה "הממשלה רשאית לבצע בכפוף לכל כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת על רשות אחרת". על בסיס אותו טיעון המדינה טענה שסמכויות השב"כ נובעים מכוח סעיף זה. למה זה נדחה? כי זה פגיעה בזכויות יסוד, אי אפשר לפגוע בזכויות יסוד מכוח הסמכות השיורית.

**מהם סמכויות החקירה שיש לשב"כ?** זה מגיע לנשיא ברק והוא אומר שכל חקירה מעמידה נחקר במצב קשה. ברק שם גבולות מאוד ברורים בפסק דינו, חל איסור מוחלט על שימוש באמצעים ברוטליים. כלומר אסור באופן מוחלט לבצע עינויים. לעומת זאת כשמדובר בחוסר שינה או איזוק, אותם אמצעים יותרו רק כאשר הם מקדמים מבחינה חקירתית באופן אינהרנטי, כלומר אם יש חשש שהחשוד ירים יד על חוקרים אז יש לאזוק. אין להשתמש באמצעים האלה רק בשביל כוח ההתנגדות. באה המדינה ואומרת מה קורה כאשר יש פצצה מתקתקת? האם גם אז אסור לעשות שימוש באותם אמצעים חריגים? המדינה אומרת יש לי פתרון, היא אומרת שיש סמכות ב"הגנת הצורך". ברק בתגובה אומר הגנת הצורך לא יכולה להוות מקור סמכות מראש כי במשפט פלילי הגנת הצורך נבחנת בדיעבד, כלומר אחרי שבוצעה פעילות כזו או אחרת יכול אותו חוקר לטעון שכדי להגן על חיי אדם הוא היה צריך להשתמש באמצעים הללו. בסופו של דבר אנחנו דמוקרטיה שנלחמת כשיד אחת קשורה מאחורי הגב, אנחנו לא רוצים להילחם כמו אויבנו.

מאז פסק הדין היועמ"ש אליקים רובינשטיין הוציא מסמך והוא במסמך הזה הוא מפרט שיקולים שיכולים לעזור לו להחליט האם להעמיד חוקר שב"כ שהפעיל אמצעים אסורים במסגרת "הגנת הצורך". הגנת הצורך לא תחול על אמצעי חקירה שנקיטתו היא בגדר עינויים, כלומר גם בחסות הגנת הצורך עינויים – לא.

בחוק השב"כ יש גם את ס' 18 לא יישא חוקר שב"כ אם המעשה שעשה נעשה בתו"ל, במסגרת תפקידו, באופן סביר ולשם מינויו.

**זכות השתיקה**

**ג'מי בנטם (אבי תורת התועלתנות) -** אילו היו מתאספים עבריינים מכל הסוגים ומנסחים שיטה לפי אוות נפשם האם לא היה הכלל של זכות השתיקה שהיו קובעים לביטחונם הם, חפות תדרוש את זכות הדיבור כפי שאשמה תקרא לעברתה את זכות השתיקה. בעצם נקודת המוצא שלו שמי ששותק אדם ומי שחף מפשע מדבר.

לדעת המרצה, נקודת המוצא של ג'מי בנטם היא שגויה כי שתיקה נועדה להוות מגן לחפים מפשע. השתיקה נועדה ליצור מיסוך בין החשוד לחוקר כדי שהחשוד ידבר רק לאחר שהוא מקבל ייעוץ מעו"ד, לא פעם חשודים מדברים רק אחרי הפגישה עם עורך הדין.

עדות שתינתן רק כאשר הוא מובא בפני שופט העדות תיחשב עדות כבושה (חמוצה), למה לא דיברת בהזדמנות הראשונה. לכן שתיקה מגנה מפני חפים מפשע והיא לא נועדה להיות פרס לעבריינים.

**שיעור 12, 31.12.18**

**פרק ו': זכות השתיקה**

1. אחת הזכויות החשובות ביות שקיימות לחשודים ונאשמים.
2. **פס"ד גלעד שרון -** מעלה שאלה שקשורה ל-ס' 47 לפקודת הראיות. המקור הנורמטיבי הנוסף לזכות שתיקה במשטרה. הס' קובע:

**ראיות מפלילות**

47.  (א)  אין אדם חייב למסור ראיה אם יש בה הודיה בעובדה שהיא יסוד מיסודותיה של עבירה שהוא מואשם בה או עשוי להיות מואשם בה.

 (ב)  ביקש אדם להימנע ממסירת ראיה מחמת שהיא עשויה להפלילו כאמור בסעיף קטן (א) ובית המשפט דחה את הבקשה והראיה נמסרה, לא תוגש הראיה נגד אותו אדם במשפט שבו הוא מואשם בשל העבירה שהעובדה המתגלית מן הראיה היא יסוד מיסודותיה, אלא אם הסכים לכך.

 (ג)   נאשם שבחר להעיד במשפטו כעד הסניגוריה, לא יחול עליו סעיף זה לגבי העבירה שהוא מואשם בה באותו משפט.

* 1. **ס' (א):** האם הס' חל גם על חקירה במשטרה או גם על חקירה במשפט? הס' חל על שתי החקירות: במשטרה ובבית משפט. נקודה נוספת: האם הס' חל רק על ראיה ורבלית או גם על ראיה חפצית? מה קורה עם פירות הראיה שקיבלה חיסיון שימוש? האם הראיות הפירותיות הן גם תחת חיסיון השימוש? לא. כרסום נוסף בזכות השתיקה. בית המשפט מחייב למסור ראיה, שאמנם לא תשמש כנגדו, אך הראיות הפירותיות כן יוכלו לשמש כנגדו.
	2. **ס' (ב):** ס' שמתיר לבית המשפט לכפות להציג ראיה שיכולה להפליל אותו, ובתנאי שבית המשפט יעניק "חיסיון שימוש".
	3. **ס' (ג)** אם אני בוחר להעיד במשפט שלי כעד הגנה, אני לא אוכל שכשמתחילה חקירה נגדית על השאלה הזו אני לא עונה כי התשובה לשאלה עלולה להוביל להפללה עצמית. אי אפשר לאחוז בחבל בשתי קצותיו.
1. **תוספת של הפסיקה:** הבחנה בין מסמכים פרטיים למסמכים ציבוריים:
	1. **מסמך פרטי:** הנאשם יוצר את הראיה בעצמו, מבלי חובה חוקית ליצור אותו.
	2. **מסמך ציבורי:** מסמך שהחוק דורש להכין ע"מ להציג בפני הרשויות. (הצהרות מס הכנסה, פנקסי חשבונות, דרכון)

ההבחנה חשובה כי הפסיקה אומרת **שהחיסיון מפני הפללה עצמית לא חל על מסמכים ציבוריים, גם אם המסמכים האלה עלולים להפליל את החשוד/נאשם. החיסיון חל רק על מסמכים פרטיים. הרציונל ברור:** מסמכים עם אוריינטציה ציבורית, קשה לטעון שחשיפתם באופן וולונטרי תגרום להפללה עצמית, כי עצם המסמך הוא ציבורי.

1. **פס"ד רזיאל -** כתב אישום שהוגש נ' פלוני. עורך הדין צילם את ל חומרי החקירה עם הגשת כתב האישום (ס' 74 לחסד"פ). עקב תקלה, המסמכים אבדו לתביעה. הפרקליטות פנתה לסניגוריה לבקש לצלם את הראיות לחומר. הסניגור מטעמו של הנאשם סירב לאפשר את צילום החומר. הטעמה נדחתה מהטעם העיקרי הוא שמדובר במסמכים ציבוריים. מרגע שהמסמך נוסף ע"י המשטרה כחלק מעבודתה לגילוי ואיתור ראיות, המסמכים הם כבר קניינה של מדינת ישראל, אין זה נחשב מסמך פרטי ולא חל עליו החיסיון בפני הפללה עצמית.
2. **דוג' נוספת:** כתבה שצולמה בחברת החדשות של ערוץ 2. במסגרת הכתבה צולמו פניו של קטין בניגוד לחוק. המדינה מעמידה אותם לדין ומבקשת את הקלטת. בית המשפט פוסק שהקלטת היא מסמך ציבורי, משום שכולם ראו אותו ושהוא הוצא לאור, לכן לא ניתן לטעון שמדובר במסמך פרטי.
3. **פרשת גלעד שרון - השאלה שעלתה** היא האם העובדה שזכות שתיקה היא זכות שמאפשרת לשתוק באפן מוחלט ביחס לראיות ורבליות (עדות בע"פ) האם ניתן להקיש על זכות שתיקה בעניין דרישה להצגת מסמכים. **העובדות:** בגלעד שרון הייתה סיטואציה יחסית נדירה: גלעד התגורר עם אביו בחוות השקמים, כאשר גלעד שרון היה חשוד בעבירות מימון בחירות. לא היה ניתן לבצע חיפוש בביתו בגלל חוק חסינות חברי כנסת שמקנה להם חסינות מפני החיפוש בביתם. גלעד שרון עצמו אמנם לא היה חבר כנסת, אך אביו באותה תקופה היה ח"כ. היועמ"ש פירש את חוק חסינות חברי כנסת באופן כזה שלא מאפשר לערוך חיפוש בביתו של אריאל שרון.לכן, לא היה מנוס מלפנות לבית המפשט ע"פ ס' 43 לפקודת סדר הדין הפלילי מעצר וחיפוש. כותרת הס', **הזמנה להציג חפץ.** "ראה שופט שהזמנת חפץ נחוצה או רצויה לצרכי חקירה או משפט, רשאי הוא להזמין כל אדם שלפי ההנחה החפץ נמצא בהחזקתו או ברשותו להתייצב או להציג את החפץ או להמציאו בשעה ובמקום הנקובים בהזמנה."

לרוב המשטרה משתמשת בס' כנגד עדים ולא כנגד חשודים, כאשר המשטרה נתקלת בקושי להשיג מסמך שנמצא בידי עד מסוים בדרכים הרגילות, היא פונה לבית משפט ומבקשת מהשופט שיורה לאותו אדם שהחפץ נמצא ודרוש לצרכי חקירה, שיורה להציג אותו להציג את החפץ. לרוב אין היגיון להשתמש בס' 43 בזמן המשפט, אלא אך בזמן החקירה כנגד עדים. זאת, מפני שהרבה יותר פשוט לערוך חיפוש אצל חשוד מכוח צו חיפוש שניתן במעמד צד אחד, ללא שיתוף פעולה של החשוד. בגלעד שרון,, הסיטואציה מנעה לבצע צו חיפוש, לכן היה צורך בשיתוף הפעולה של גלעד שרון, באמצעות ס' 43.

(בדיון נוסף שמש, היה גם שימוש בס' 43, כאשר המשטרה פנתה באמצעותו לבית המשפט כדי שיחייב את הרכבת להביא את הפרוטוקולים של עדויות העובדים בוועדת החקירה הפנימית. היה צורך בס' מפני שהרכבת לא שיתפה פעולה, והמשטרה לא צליחה לשים ידה על הפרוטוקולים בעצמה. )

לפי ס' 43, לא מדובר בשופט של המשפט, אלא בשופט אחר. גלעד שרון טען שהפסיקה טענה לזכות שתיקה מוחלטת ורבלית. לו יש זכות שתיקה מוחלטת לגבי עדות ורבלית, הרי שיש גם זכות שתיקה מוחלטת בבקשה למסירת מסמכים לפי ס' 43. כשם שניתן לשתוק מול שוטר, ניתן לשתוק מול בית המשפט ולא בא. השאלה המשפטית היא האם נכון וראוי להחיל את זכות השתיקה המוחלטת גם לגבי מסמכים.

החשש בין פערי הכוחות בין החוקר בתחנת המשטרה אל מול הנחקר. כאשר נותנים הרבה כוח לשוטר כאשר החשוד נמצא לבדו, יש חשש שהחשוד יודה במשהו שהוא לא בצע, לכן ניתנה לו הזכות לשתיקה. כשמדובר בהגשת מסמכים, הרציונל לא מתקיים. משניתן הצו החשוד יכול להתייעץ עם עורך דין. הצו רק מזמין לדיון, ולהסביר למה הוא לא יכול להביא את המסמך. יש את כל הזמן והאמצעים לפנות לעורך דין. כשמדובר במסמכים מדובר בראייה אובייקטיבית, ללא אופי של עדות ורבלית. לכן החשש שקיים לגבי עדות ורבלית לפיו החוקרים ינצלו את הכוח ויגרמו לו להודות במשהו שלא ביצע, החשש לא קיים, כי מדובר במסמך קיים. אתה לא ממציא את הראיה תך כדי דיבור. היכולת למסור ראיה שקרית שאולי תוביל להרשעת חף מפשע, לא קיימת כשמדובר במסמכים. כמו כן, אנחנו לא רוצים להטיל חובת עשה. לעומת זאת, כשמדובר במסמך, זה קצת דומה לתהליך של צו חיפוש. שיתוף הפעולה הוא מאוד מינימלי, אתה לא יוצר את הראיה בדיבור.

**לכן, בשורה התחתונה, לפי ההלכה בגלעד שרון, אין זכות שתיקה מוחלטת כשמדובר בצו שהתקבל לפי ס' 43.**

לאחר שהגיע ולא התלם מהצו, ס' 43 לא חל בחלל ריק. יהיה צורך לבחון את ס' 43 למול הוראות אחרות: חיסיון, פגיעה בצדדים שלישיים למשל. כך, בראיון בערוץ 2 של מישהי שהיה חשד שניהלה בית בושת. כתב אישום שהוגש נ' ענת הראל, שמייחס לה עבירות של סרסרות והלבנת הון. 10 ימים לאחר כתב האישום, הראל המואשמת בעבירות, התראיינה באולפן שישי, ובאותה כתבה בכותרתה " מאחורי הקלעים של תעשיית הזנות" נערך עמה ראיון. במסגרתו, חוץ מהתוצרים של הכתבה, קיים זמן צילום נוסף שצולם "אוף קמרה". אותה הראל הגיע לראיון עם עורכת דינה. המשטרה רצתה לקבל מחברת החדשות של ערוץ 2 את כל חומר הגלם ששימש את חברת החדשות לקראת הכתבה ואת שיחות הרקע שערכו איתה. המשטרה פנתה לחברת החדשות, שסירבה להעביר את החומרים ואת חומרי הגלם שנעשו. הטיעון המשפטי של חברת החדשות, שאינה חשודה, אלא משמשת כעדה, המבקשים ממנה להמציא חומרים להוכחת עבירה פלילית, היה **חיסיון מקור עיתונאי.** חיסיון שנוצר בפסיקה (פס"ד בנציון נ' שטרית).

הרציונל מאחוריו: העיתונות לא חושפת את מקורותיה, אחרת אף אחד לא ירצה להתראיין, מה שיעקר את התקשורת מתפקידה כחושפת שחיתויות ונושכת ואפקטיבית. הדרך לחשוף שחיתויות היא להגן על המקורות. (מדובר בחיסיון יחסי ולא מוחלט, מה שמקנה לבית המשפט להכריע מקרים חריגים בהם גילוי האמת חשוב יותר מהחיסיון). עד לאן מרחיבים את חיסיון מקור עיתונאי? האם החיסיון יורחב גם על מסמך? כן, לא חושפים גם מסמך שמוביל את המקור. למשל, עיתונאי שצילם תמונות בהן גם המקור נמצא. העיתונאי לא חושף את הצילומים שחושפים את המקור. המשטרה באותו מקרה, מבקשת לקבל את החומרים שצולמו אוף קמרה. האם יש להרחיב את החיסיון גם לחומרים אלה?

באותו מקרה, **בית המשפט השלום פסק שלא ימסרו את החומר, ומחיל את הרציונל של חיסיון מקור עיתונאי גם על עבודה עיתונאית שוטפת.** מהרציונל של לא לגרום לחוסר אמון הציבור בעיתונות. חשש להפוך את התקשורת לעד תביעה פוטנציאלי.  **כך, הרחיב בית המשפט השלום את החיסיון גם לתרחישים אלה.** המדינה ערערה, **ובית המשפט המחוזי הופך את ההחלטה**, וקובע שאין חיסיון עיתונאי על חומרים אלה. **הטעם שסיפק המחוזי היה שמרגע שהנאשמת התראיינה ומסרה רצון חופשי למסור מידע. יצירת חיסיון כזה עלול ליצור חיסיון חדש שיוצר חיסיון על שיקולי עריכה, ולא חיסיון על זהות מקור עיתונאי - יצירה של חיסיון אחר למעשה.** בית המשפט העליון החליט לא להחליט, משום שראה שאף אחד מבתי המשפט לא עיונו בחומר הגלם של חברת החדשות, ביטל את שני פסקי הדין, והחזיר את פסק הדין לשלום. מחליט לא להחליט, לכן אין הלכה בנושא. **רע"א 7835/16, חברת החדשות הישראלית בע"מ נ' מדינת ישראל.**

בשורה התחתונה, פנייה לבית המשפט מכוח ס' 43, לא אומר שלא בודקים חסיונות.

**בחזרה לגלעד שרון:** אין זכות שתירה מוחלטת ולא ניתן להתעלם הצו.( השלב השני, אם הם לא עשויים להפליל, למסור אותם. אם כן- צריך לבדוק מה אופי המסמך. אם זה מסמך ציבורי, אין חיסיון - וצריך למסור. אם זה מסמך פרטי, צריך לבדוק, אם חל עליו חיסיון שימוש. בפס"ד מאוחר יותר, פס"ד השני של גלעד שרון 1761/04, בית המשפט מרחיב עוד יותר את הפרשנות של ס' 43, ומחיל אותו גם על מסמכים שאינם פיזית בידי מקבל הצו. כלומר, כל עוד יש נגישות למסמך, כלומר הכוח והשליטה מאפשרים להמציא אותם, גם אז הס' יחול.

**האם הסניגור יכול גם הוא להשתמש בס' 43?** הסנגוריה יכולה לפנות בלית המשפט, לבקש במהלך החקירה, שהוא יורה לפלוני או אלמוני להמציא מסמכים שהסנגוריה חושבת שיעזרו לה. היה ניסיון לטעון שניתן לבקש את המצאת המסמכים לא רק ככלי לאיסוף ראיות בידי ההגנה, אלא גם שזה יהיה במעמד צד אחד, ומבלי שהתביעה תדע מכך, כדי שההגנה וכל להפתיע את התביעה, שהרי ההגנה משחקת בקלפים שאינם פתוחים (למעט חוות דעת). הטיעון נדחה בידי השופט עמית, בפס"ד 296/18, פלוני נ' מדינת ישראל, דוחה את הטענה **וקובע שס' 43 הוא לא כלי לאיסוף ראיות ע"י ההגנה, אלא משרת את התביעה בלבד. הוא לא מקנה לנאשם זכות לבקש מבית המשפט להמציא בדיו ראיות, לא במהלך המשפט, לא במהלך החקירה, ובוודאי שלא במעמד צד אחד.** יש ס' אחר שיכול בהחלט לשרת את הגנה כשהיא רוצה לבקש במהלך המשפט שעד מסוים ימציא ראיות שלרוב לא נמצאות בידי התביעה: ס' 108 לחסד"פ. במקרה זה לא מדובר בשופט תורן, אלא בשופט שדן על כתב האישום. ס' רלוונטי נוסף הוא ס' 74 לחסד"פ שיכול לשמש כלי בידי ההגנה לבקש חומר שאין לה. היתרון של ה'הוא שפונים לבית המשפט כאשר השופט שדן בשאלה האם להעביר את החומר הוא לא אותו שופט שדן בתיק, אלא שופט תורן. מבחינת ההגנה זה יתרון, משום שהמסמך לא ייחשף מפני השופט שידון בכתב האישום. בס' 74 יש ערר בהליך ביניים, לעומת 108, לכן ההגנה תעדיף את ס' 74.

1. **בחזרה לזכות השתיקה -** השתיקה היא התנהגות מפלילה לפי הפסיקה. לשתיקה במשפט יש שני נדבכים:
	1. **ס' 152 לחסד"פ -** שמדבר על זה שאחרי שבית המשפט מקריא את כתב האישום, ניתן להחליט או להשיב או לשתוק. הבעיה היא שב-152(ב) נאמר שלשתיקה יש משמעות של חיזוק של משקל ראיות התביעה. לכן, דה פקטו, אף אחד לא באמת שותק בזמן הקראת האישומים, אלא לכפור. אם אתה כופר מתקבל אותו אפקט בלי הקנס של החיזוק. הנדבך המרכזי של שתיקה במשפט, כאשר הנאשם בוחר שלא לעלות להעיד כעד הגנה. המשמעות היא שאתה לא מביא את הראיות שלך בזמן המשפט. המחיר הוא ברור:
	2. **ס' 162 -** שתיקת הנאשם במשפט - חיזוק או סיוע לראיות התביעה. מה הדין לגבי דיבור והודאה במשטרה (לצידה דורשת הפסיקה תוספת ראייתית נוספת מלבד הודאתו במשטרה) לעומת שתיקה במשפט? הם ניתן להשתמש בשתיקתו של הנאשם במשפט כאותה תוספת ראייתית? **- השופטת עדנה ארבל ברע"א 4142/04 קובעת שאדם ששתק במשטרה, יש לקחת בחשבון ששתיקתו במשפט יכולה להוות את אותו דבר מה נוסף להודאה שמסר במשטרה. אבל, יעשה רק במקרים חריגים, ולפני שזה ייעשה, צריך שבית המשפט ישתכנע הודעתו במשטרה עומדת בפני עצמה ולא נבעה מלחץ חיצוני או פנימי. וכמובן, אם בית המשפט השתכנע, ששתיקת במשפט יש הסבר תמים (הגנה על משפחה למשל).** השתיקה היא התנהגות מפלילה, אלא אם ניתן לשכנע שהשתיקה נעשתה מטעם מסוים. אם היה טעם מניח את הדעת לשתיקה, לא בהכרח ידובר בהתנהגות מפלילה.

**זכות ההיוועצות**

1. צדו השני של מטבע הזכות השתיקה, כי מה שווה זכות השתיקה בלי עורך דין שייעץ. זכות ההיוועצות, כמו זכות השתיקה, אינן זכויות מוחלטות. ס' 35 לחסד"פ. ס' שמאפשר בעבירות ביטחון למנוע עורך דין לזמן רב. החוק שמאפשר דחיית הפגישה נעשה מרציונל של סיכול עבירה, שמירה על חיי אדם או טובת החקירה. (פס"ד יונתן אלזם, ביקורת של השופט גו'בראן על סיטואציה שדוחים פגישה של עורך דין כדי שלא ייעץ לשמור על זכות השתיקה. ) במקרה כזה לא מדובר בטובת החקירה. חשש מייעוץ של עורך דין לשמור על זכות השתיקה אינו מצדיק כלל וכלל עיכוב של עורך דין.
2. פס"ד רון שועלים של השופט רובינשטיין - אם מעכבים א זכות ההיוועצות ככל שיש יכולת לעכב אותה לפי ס' 34, 35, צריך להודיע לחשוד שהזכות שלו עוכבה. מיותר לציין שלא צריך לחכות שהחשד ייבקש להיפגש עם עורך דין, אלא שצריך ליידע אותו גם אם אין בקשה מצדו.

**שיעור 13, 07.01.19 - השלמה מאופיר**

**הרצאה אורחת של ד"ר חגית לרנאו, המשנה לסנגור הציבורי הארצי.**

פאנל בשבת האחרונה של פרקליט, סנגור והשופט שוהם. הבולט בדברי השופט שהם היה "שחררנו רוצח לחופשי". חגית הציגה את המתח בין קבילות למשקל.

בתיק של חייבטוב המשטרה הרשתה לעצמה להחזיק עצור כל כך הרבה זמן. היא החזיקה במשך שבועיים וחצי, בתחנת מעצר עם מדובב בתא. מבלי ליתן לו להיפגש עם עו"ד, מבלי לדבר עם משפחתו, כאילו העלימו אותו. איך הם עשו זאת? פיזית – הוא היה אסיר, העבירו אותו מהשב"ס למשטרה. אבל משפטית איך הם עשו זאת? חקירה סמויה. הם עשו חקירת דמה. בתחילה אמרו לו שהוא חשוד בהתפרצויות למועדוני סנוקרים. הפרקליטות כבר החלה ללוות את התיק.

היום הדבר הזה לא היה קורה, אף חוקר לא היה עושה זאת, כיוון שהנורמות של הזכויות, זכות ההיוועצות והמהות שנותן חוק המעצרים לחשודים הרבה יותר ברורה.

ביהמ"ש העליון, בדומה לדברים ששוהם אמר לעיל, שחייבטוב אשם ושהוא מזכה רוצח בגלל הפרת זכויות. שהם אמר בכנס כי מעולם לא ראה הפרה כזו גדולה של זכויות, ולכן למרות שהוא יודע שהוא רוצח הוא משחרר אותו לחופשי. זו אמירה מאוד קשה.

לטענת חגית, הסיפור האמיתי בסיפור הזה הוא של הודאות שווא. בתוך המסע שעובר ביהמ"ש העליון, אין כמעט איסור במהות של הודעה, וזה מאוד צורם נוכח מחקרים רבים, שנעשים בעיר בארה"ב, ששופכים תובנות גדולות על הודאות שווא והחשש מהודאות שווא. 11 שנים היא ייצגה את חייבטוב, וטענה כי צורת החקירה הגדילה את ההסתברות להודאות שווא. בתחושה שלה, עשתה זאת, גם מאחר שהיא חששה מהודאות שווא (כלומר מדובר באיש הלא נכון) לאור המתודולוגיה של החקירה, וגם מאחר שביהמ"ש לא יצליח לעשות את הצעד של לשחרר רוצח לחופשי. הצעד הדרמטי של לפסול הודאה ולשחרר אדם שהשופט חושב שהוא רוצח, היה נראה לה מרחיק לכת. מבחינת הסנגוריה הציבורית, התיק הזה הביא משמעותית את החשש מהודאות שווא. בעיני חגית, הודאה לכשעצמה, כגון: אני עשיתי, היא חסרת משקל, מה שיש לבחון היא מהות דבריו, ידיעה של דברים מוכמנים וכיו"ב. למשל: אם היה אומר לאחר הרצח החבאתי את האקדח ב... והיו מוצאים שם את האקדח, אז לא הייתה טוענת להודאת שווא, אולי פגיעה בזכויות וכיו"ב. הודאות שווא יכולות להיות גם על כלום, למשל: בחור אתיופי צעיר שנחשד באונס קבוצתי. המתלוננת, לבנה, זיהתה את אחד מ-4 המבצעים, כשנסעה עם אימה לחפש וכו'. הראשון הודה ואמר הייתי עם עוד 3. והשניים האחרים הודו בהמשך. היא טענה שהלקוח שלה, זה שהודה מאוחר יותר, מסר הודאת שווא, או שהחוקרים הוציאו לו מילים מהפה, או שהוא אמר דברים לא נכונים, כמו: מקום האירוע, הוא הצביע על קילומטר וחצי משם. בסופו של יום, ביהמ"ש זיכה. הוא סיפר לה שהודה, כי השוטרים אמרו לו שאם יודה יוכל לשבת עם משפחתו ולאכול סנדוויץ', כמו חברו שכבר הודה. היא טוענת שזרות (חייבוב הגיע מקווקז, אדם זר גם לא בקיא בשפה וגם מתנכר לממסד, חסר אמון כלפי הממסד), חקירות ארוכות, מצב נפשי רעוע מגדיל את הסיכוי להודאות שווא.

בעיני חגית, כל הודעה לפיה האדם קושר עצמו לתוכן, אין בה ממש, יש להתייחס לתוכן, ואם זה לא נפגע ולא הגיע מהכוונה והכנסת מילים לפה.

דבר משמעותי בדברי שוהם בפסה"ד חייבטוב הוא שצריך לתעד קולית או ווידאו את החלטת החשוד לוותר על זכות ההיוועצות.

חגית אמרה כי לא במקרה רואים כי ככל שהשוטר שיישב בחדר הבקרה היה מעורב בחקירה, הוא תיעד פחות את הסמים וכתב דברים שישרתו את החקירה, וככל שהשוטר שיישב בחדר הבקרה היה פחות מעורב כך הוא תיעד יותר בצורה אובייקטיבית.

דפנה ברק-ארז התייחסה לעניין הסמים בפסק דינה וטענה שזה ליקוי מאורות. ושגם לאלו יש חלק בהודאת השווא. (ביהמ"ש המחוזי האמין למדובב שחייבטוב סיפק את הסמים, ללא כל ראיה וכיו"ב. בהקשר זה, ביהמ"ש אמר שכל מה שהסנגוריה טוענת זה טיעון סברה כי חייבטוב לא העיד. הם גם פסלו חוו"ד מומחה, פסיכולוג של השייטת וכו' שהצביע על ההתנהגויות זהובילו להודאת שווא).

חגית: "חובתו של סנגור לפעול לפי רצון הלקוח". רצונו של הלקוח וטובתו לא עולים בקנה אחד, אנו נלך עדיין לפי רוצונו. לכן בפרשה זו, גם כשהיא הייתה סבורה שחשוד אחר שנחקר הוא האשם ורצתה לזמנו להעיד וכו' וחייבטוב התנגד, היא ירדה מזה.

הם הגישו בקשה לפי ס' 80 לחוק העונשין, ליתן לו פיצויים. לצד זה, הוא יוכל להגיש בקשה אזרחית.

הנתיב שבו הולך ביהמ"ש - באמירתו שחררנו רוצח, בעייתי למשפחות שני הצדדים. הם בסה"כ גרים באותו מקום. יש בעיה חברתית באמירה כזו. גם חייבטוב מתקשה להתקבל בחברה, וגם משפחת המנוח עם תחושה שהרוצח מסתובב חופשי. לטענתה, יש להטיל אחריות אישית על המדובב ועל ראש הצח"מ. היא חושבת שצריך לפתוח תיקים אחרים שנעשו עם המדובב הזה, שמסר עדות שקר על דברים מצולמים וכן עם ראש הצח"מ, שניהל את החקירה וכו'. זה התיקון האמיתי. וככל שלא נאמר שחייבטוב אינו חף מפשע נתקשה לתקן.

**שיעור 14, 14.01.19**

**רע"פ 3829/15 ירדאו קסאי נ' מדינת ישראל -** פס"ד של מלצר, דפנה ברק ארז ופוגלמן. עובדות פסק הדין: בחור אתיופי שרכב על אופניו על חוף הים בחיפה. מעבר לכך, לא היה כמעט כלום שהצדיק את הידרדרות המקרה:

הבחור רכב על אופניו, כאשר בזמן זה התקבל דיווח למוקד העירוני של חיפה ע"י אזרח, שדיווח על צעיר ממוצא אתיופי, לובש בגדים ארוכים, רוכב על אופני "שיש משהו חשוד בהתנהגות שלו" וחשש שזה מישהו "שינסה לשדוד או לפגוע ומישהו מבוגר עלול להיפגע ממנו". קצין הביטחון ששמע את הפרטים מדווח לפקחים העירוניים שמסתובבים בחוץ, על אותו בחור שמסתובב בחוף הים - שהוא פדופיל שניסה להטריד קטינות - שרשרת דיווחים שגויה. אחד הפקחים אמר שקיבל דיווח על כך שיש לו סכין ושהוא מאיים על ילדים קטנים. שרשרת של טעויות מאותו דיווח. הפקחים הבחינו בצעיר ועיכבו אותו (\*). הם ניזונו משרשרת הדיווחים בלבד, ולא ראו משהו בעצמם.

הם מבקשים ממנו להזדהות, הוא מסרב, הוא נכנס איתם לחדר בחוף הים, הם ראו שהוא מתנהג מוזר והם אכן מצאו סכין. הסיטואציה של החזקת סכין אם אין הסבר מניח את הדעת היא כשלעצמה עבירה פלילית. לאחר מכן הוזמנו שוטרים, ותוך כדי השיח עם השוטרים, אותו בחור נוקט באלימות מילולית כלפי השוטרים, "תוריד את המדים ונראה" "אני עוד אשמיד אותך" - איומים מילוליים. תוך כדי הם מגלים בליטה במכנסיו, והם עורכים חיפוש על פני הגוף (לא חיפוש חיצוני או פנימי לפי חוק המעצרים) אלא חיפוש על פני הגוף, שדומה לחיפוש לכניסה לקניון או משרד ממשלתי. בחיפוש הם מוצאים טלפון שחשוד כגנוב.

הוא הסכים לחיפוש בטיילת על גופו העירום, ולא נמצא שום דבר. עד כאן האירוע. הצעיר בגין מעשים אלה הועמד לדין והורשע בהחזקת סכין, החזקת חפץ החשוד כגנוב, הפרעה לשוטר במילוי תפקידו, איומים. הוא עצור חודש וחצי במעצר ומעצר בית לשמונה חודשים פחות שבוע - מבלי שהיה לו עבר פלילי, ומעצר בית לילי עד סיום ההליכים. הערעור למחוזי נדחה, והגיש תביעה לעליון, שהסניגוריה לקחה את התיק כעניין עקרוני על העניין - שאלות עקרוניות שנובעות מהעובדות. ההיבטים המשפטיים:

* + 1. **בן חיים - חיפוש על פני הגוף** (ולא על חיפוש יותר פוגעני מבחינת זכויות הפרט - לא על חיפוש חיצוני ולא על חיפוש פנימי) פס"ד אחר שדיברנו עליו, ההלכה שם שפסק בית המשפט העליון: **אפשר לבצע חיפוש על פני הגוף, גם בהיעדר עילת חיפוש לפי החוק, ובלבד שתינתן הסכמה מדעת.** הרעיון הוא שאתה מסכים מתוך אוטונומית הרצון הפרטי שלך. חיפוש על פני הגוף הוא לכאורה פגיעה קלה בזכויות אדם. ועדיין, אי אפשר לבצע את החיפוש המינימלי הזה ללא הסמכה בחוק. בהוראות החוק השונות מפוזרים סעיפים שונים המאפשרים חיפוש על פני הגוף (חוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור - מקנה סמכויות לשוטרים, מאבטחים במקרים שונות לבצע חיפושים - ס' 3(ב) חיפוש על פני הגוף של אדם - בבגדיו/כליו שאינו חיפוש חיצוני או פנימי כהגדרתם בחוק החיפושים. כלומר מדובר בהגדרה שיורית, כל מה שהוא לא חיפוש חיצוני או פנימי לחוק החיפושים. **חיפוש חיצוני -** אחד מאלה: בחינה חזותית של גופו העירום של אדם לרבות צילומו (התפשטות זה לא חיפוש על פני הגוף); נטילת טביעת אצבע; לקיחת חומר מתחת לציפורניים, שיער, לרבות שורשיו וכו'. **חיפוש פנימי:** בדיקת דם, אולטרסאונד, רנטגן, סי טי והשאר בחוק. רשימות סגורות בחוק. **אם יש חשד סביר קמה הסמכות לבצע חיפוש על פני הגוף.**

**מסקנת הביניים היא שיש הליכים מסוימים במסגרת ההליך הפלילי, שכרטיס הכניסה אליהם זה חשד סביר לביצוע עבירה. לדוג':** חקירה פלילית; עיכוב; מעצר לצרכי חקירה(למעצר עד תום ההליכים דרוש אף יותר); חיפוש על פני גופו של אדם (לחיפוש חיצוני או פנימי נדרש אף מעבר) . כל אלה דורשים מינימום חשד סביר לביצוע עבירה. חיפוש על גופו של אדם יכול לחלופין לדרוש הסכמה מדעת (לפי פס"ד בן חיים).

**חשד סביר מהו?** שאלה שהטרידה את בית המשפט הרבה מאוד שנים. הלכת גני, וגם בדיון בפס"ד ירדאו קסאי הוא שחשד סביר צריך אלמנט שיבסס את סבירות החשד. חשד סביר יכול להיות ניזון מעדות שמועה. שוטר יכול ללכת ברחוב, ומישהו ירוץ אליו כולו נסער, ויצביע על פלוני שבורח, מה שמחזק את סבירות החשד, וטוען שפלוני תקף את אלמוני. השוטר לא ראה את התקיפה, אם הדיווח של התקיפה נראה מהימן, בנוסף לאלמנטים נוספים של המולה, רעש, ומהומה - מצדיקה את החשד. טעות עובדתית שתתברר בדיעבד, לא בהכרח מאיינת את החשד. אם אדם שמסתובב בלילה במגרש חניה שם נפרצו שלושה רכבים, מסתובב עם תיק ואין לו הסבר למעשיו, בזמן אמת יש לו חשד סביר. לאחר מכן יכולה להתברר סיבה אחרת למעשיו. חשד סביר יכול להיות תולדה של שרשרת דיווחים. במקרה כזה, א' דיווח ל-ב' ב' דיווח ל-ג' ו-ג' דיווח לשוטר. במקרה כזה, מספיק שתביא את א', כדי לבסס את סבירות החשד, הוא המקור הראשוני של החשד. בשרשרת דיווחים סותרים לעומת זאת שיוצרים סיפור לא קוהרנטי, אז זה כבר עניין אחר. ככלל, חשד סביר יכול להיות מפי שמועה, ובלבד שהראשון בשרשרת המדווחים יכול לבסס את סבירות החשד, שמכוחו השוטר ביסס בעצמו את ביסוס החשד. מידע מודיעיני יכול גם הוא להיות חשד סביר. יש צורך באינדיקציה: עדות שמועה/מידע מודיעיני. **אבל לא תחושת בטן, אינטואיציה, לא צבע עור, לא מגדר, לא גזע ולא עבר פלילי קודם.**

בשביל להבין את עובדות המקרה, יש צורך במידע נוסף מחוק המעצרים. חוק המעצרים מדבר על עיכוב (ס' 67-75). עיכוב יכול להיות ע"י שוטר או ע"י אדם פרטי. בעבר, אדם פרטי יכול היה גם לבצע מעצר, לפני חוק המעצר. אדם פרטי כיום לא יכול לעצור אלא לעכב. עיכוב בניגוד למעצר, זו לא הגבלה של חופש התנועה אלא השהייה של חופש התנועה של עד 3 שעות ובמקרים חריגים של עד 6 שעות. עיכוב ע"י שוטר יכול להתבצע כאשר יש חשד סביר לביצוע עבירה, ויכול לעכב גם בגין חשד לביצוע עבירה עתידי. עיכוב כעקרון נועד לצרכי חקירה וקבלת פרטים. אפשרות נוספת היא גם עיכוב של עד - מאוד חריג, אצלנו אפשרו את זה, אם יש עד לעבירה שבוצעה שלא מעוניין לשתף פעולה (ולא חשוד בשום דבר) יש למשטרה סמכות לעכב לצורך חקירה. סירוב לעיכוב זו עילת מעצר עצמאית. עיכוב על ידי אדם פרטי זה סוג של הפרטה. במשפט, אין אהדה לנושא של סעד עצמי. יחד עם זאת, יש רצון לעודד את הציבור לעזור, כי אין שוטר בכל פינה. הפשרה היא ס' 75 לחוק המעצרים: אזרח לא יכול היה לעצור כשהתבצעה עבירת פשע לפניו (כפי שהיה לפני חוק המעצרים) אלא לעכב בלבד, עד לבואו של שוטר אם נתקיים אחד מאלה: תנאים חלופיים: (א) חשוד שביצע **בפניו** עבירת אלימות פשע גניבה או עבירה שגרמה נזק של ממש לרכוש - התשתית העובדתית המחמירה שניתן לדרוש. ביטול עבירת הפשע והורדת דרגה לעיכוב, הורחבו העילות - לא רק פשע אלא גם גניבה, או עבירה שגרמה נזק לנחישות של ממש. (ב) חשש שהחשוד ימלט או שזהותו אינה ידועה.

במקרה זה (קסאי), אף אחד מהתרחישים לא התקיים. הפקח לא ראה מישהו לנגד עיניו מבצע עבירה. התרחיש השני גם לא רלוונטי כי האזרח אמר שהוא נראה לו חשוד, מבלי שקרה כלום. לכן, אין סמכות לפקחים האלה לעכב. פקח לא נכנס למשבצת של עיכוב ע"י שוטר - כי הם לא שוטרים. וגם שוטר לא יכול לעכב - כי אין חשד סביר. הדיווח עצמו נטול כל בסיס. אילו הם היו שוטרים והשוטר היה מקבל דיווח כזה, אם מדובר במקור מהימן אפשר לבסס את סבירות החשד.

חוק לייעול האכיפה והפיקוח העירוני ברשויות מקומיות - החוק מקנה סמכויות אכיפה שונות כולל סמכות עיכוב גם לפקחים של רשויות מקומיות. עם זאת, בתוספת לחוק כתובה רשימה מצומצמת של רשויות בהן חלה הסמכות הזאת. חיפה לא נמצאת שם ולכן אין סמכות לפקח לבצע עיכוב בחיפה. דפנה ברק ארז מעירה על זה למחוקק כמקום לשיור שיש רשויות שמותר ורשויות שאסור.

עיכוב אדם שהוא חשוד בביצוע עבירה, צריך להודיע לו שהוא מעוכב + סיבת העיכוב. אם לא נעשו דברים אלה - העיכוב/המעצר לא חוקי. אחת השאלות שבית המשפט דן בהם היא מה קורה כשאזרח מעכב - האם גם אזרח צריך לבצע את הטקס הזה? דעת הרוב אומרת שאזרח לא צריך לפתוח בנוהל של העיכוב: זה לא מעשי, לא הגיוני, ואדם מן היישוב שהוא לא משפטן לא אמור לדעת. המשפט לא יכול לגזור גזרות לציבור שהוא לא יכול לעמוד בהן. זו הפרטה לכל דבר, ולא בהכרח הפרטה חיובית.

העיכוב שהוא תולדה שהוביל למציאת הסכין הוא לא חוקי. מדובר בעבירה קלה. השופטת ברק ארז משיבה לזה שכבר הוחלט שחומרת העבירה (חייבטוב) לא משפיעה על כך. בשורה התחתונה הוחלט לזכות. לגבי הטלפון שחשוד כגנוב, בית המשפט מחליט לא לבטל את קבילות ההרשעה על הטלפון הסלולרי. הגם שכל הסיפור התגלגלת מהפרה של זכות חוקתית להליך הוגן כי העיכוב הראשוני לא היה חוקי, הואיל והקשר סיבתי המשפטי נותק, החיפוש הוביל למציאת הטלפון. דפנה ברק ארז הרגישה צורך להמשיך בתיאור העובדות ואמרה שצריך לדבר גם על חיפוש בגופו העירום, ומציינת שחוק החיפושים שבסופו של יום החוק שמאפשר במקרים מסוימים חיפוש חיצוני, מספר מתי אפשר לבצע חיפוש חיצוני. היה לשוטר יסוד סביר לחשד שבגופו של חשוד נמצאת ראיה לביצוע עבירה ... רשאי הוא לערוך חיפוש חיצוני. במקרה הזה אין פה כלום - לא הייתה הצדקה לחיפוש חיצוני. גם בתחנת המשטרה, היה חיפוש בגופו העירום, בהסכמה, **וגם הסכמה לא יכולה לרפא היעדר עילת חיפוש.**

בית המשפט העליון גם מקל בעונש שלו, הוא מבטל את העונש בעיקר ברמה ההצהרתית. פסקה 32 לפסק דינה של דפנה: ההקלה בעונש מבטאת אי נחת מהתנהלותן של רשויות העניין ושל חווית הפגיעה של המערער גם בשלב שהתרחש בתחנת המשטרה. השופט פוגלמן מדבר על תחושת ההשפלה של עיכוב ברשות הרבים, חירות מול עיני העוברים והשבים, פגיעה בכבוד (פס' 3 לפסק דינו של פוגלמן).

**אישיות דו מהותית:** השלכות להקשר הפלילי. ראש ממשלת ישראל החליט להודיע על הודעה דרמטית, ובסופו של יום המום הראוי להשמיע אותם הוא אולי במהלך השימוע, או בדיון בכתב האישום עצמו. השאלה היא בשימוש בבמה הציבורית כאשר מוגש נגדו כתב אישום. שאלות לא פשוטות במונח שנקרא אישיות דו מהותית, למעשה אי אפשר ליצור חומה וירטואלית בין הפרטי לציבורי. כל נושא תפקיד בגוף דו מהותי (יו"ר קק"ל, יו"ר ההתאגדות לכדורגל, היועמ"ש) כמה אתה מביא אתך לתפקיד הציבורי את עניינך הפרטיים. והפוך - עד כמה אתה מביא הביתה את הנושאים הציבוריים (ההפגנה מול ביתו של היועץ המשפטי לממשלה). דינה זילבר כדוג' נוספת. האם ראוי שעובד או נבחר ציבור יעשה שימוש בבמה הציבורית לצורך טיעונים הרלוונטיים לחשדות או להאשמות נגדו.

**נקודות חשובות למבחן: המבחן יהיה בנוי כך:**

1. שאלת קייס אחת - השאלה המרכזית, שתחייב לדעת ליישם ולהבין ולהגיע. מעין קייס מתגלגל עם סעיפי משנה. מספר שורות קצוב לכל סעיף.
2. שאלת חשיבה/שאלת ידע. סוגיות רוחביות עקרונית. להביע דעתנו על המשפט שנקבל. נכון/לא נכון קשיים וכו'.
3. מושגים - בחירה שתיים מתוך שלוש.
4. הבחינה בחומר סגור - אין צורך להביא כלום. מדור בחינות יחלק סילבוס על הבחינה, וסעיפי חקיקה רלוונטיים.
5. המבחן שעתיים. לא צריך באמת שעתיים.
6. ספרות ופסיקה: התמקדות בפסקי הדין שדיברנו עליהם. כלל הפסילה הפסיקתית למשל - להתעכב על פסקי הדין שכן ניתחנו. להתמקד בהם.
7. דוגמאות: שאלת חשיבה: דוג' לשאלה: נתחו את המשפט הבא, והביעו את דעתכם באשר לנכונותו תוך הבאת נימוקים מדין פסיקה: "שלום הציבור היה נשמר טוב יותר אילו היינו מסתפקים בהוכחת אשמתו של נאשם ע"פ מאזן ההסתברויות, ולא מעל לכל ספק סביר." - הפתיח של הקורס בעיקר.
8. שאלת קייס שתכיל התרחשויות מהפסיקה. כמו הפסק דין שלמדנו היום - השתלשלות שהובילה לכל מיני תרחישים. פשוט צריך לדעת את החומר.
9. מושגים - שאלת מתנה.