**זכויות חשודים ונאשמים בהליך הפלילי – מחברת קורס/ דניאל יוסף**

**שיעור 1:**

**נראה 3 מקרים:**

**מקרה ראשון- פס"ד פרחי- שיטת האלמינציה – חקירת רצח עו"ד ענת פרידר:**

המשטרה לוקחת דגימת DNA מאנשים שאינם חשודים ברצח כדי לבדוק האם יש קשר בינם לרצח. הם מתנדבים לתת דגימות DNA אלה. המשטרה מבטיחה לאותם נדגמים שלא ייעשה שימוש בDNA למטרות אחרות והוא לא ישמר. בהמשך, היה מקרה אונס ומהזירה נלקחו דגימות DNA. חוקרת המשטרה שחקרה את המקרה השתמשה בדגימות הDNA שנלקחו מרצח ענת פרידר וביצעה השוואה בניגוד לחוק(אך בתום לב). היא מצאה התאמה בין DNA מאותה חקירה של מקרה הרצח לDNA שנמצא בזירת האונס. המשטרה הבטיחה, וכך גם קובע החוק, שלא ייעשה שימוש בDNA לצרכים אחרים חוץ מחקירת הרצח. נמצאו ראיות נוספות שקושרות את אותו אדם שהDNA שייך לו לאונס. אסור לגעת בו כי המשטרה הבטיחה וכך גם קובע החוק. מה אפשר לעשות?

משטרת ישראל ניגשת לשופט מעצרים ומבקשת צו מעצר. האיש נעצר ואינו משתף פעולה. בחקירה המשטרה נותנת לו לעשן סיגריה. הוא משאיר את הבדל מיוזמתו בתא. המשטרה לוקחת את הבדל, ולוקחת דגימת DNA מהרוק שעל הבדל. נמצאת התאמה מלאה בין הDNA בזירת האונס לDNA בבדל. כעת יש שתי דגימות DNA שקושרות אותו. המשטרה מסיימת את החקירה, מעבירה את התיק לפרקליטות והוא עומד לדין באשמת אונס. הוא מבקש לפסול את שתי ראיות הDNA בטענה שיש כאן פגיעה בלתי מידתית בזכות להליך הוגן – מדינת ישראל הבטיחה לו, מה שווה ההתחייבות אם היא מופרת ברגל גסה? ההבטחה הייתה שלא ייעשה שימוש בDNA, והשימוש מהווה פגיעה חוקתית בזכותו לכבוד. האם יש לפסול את הראיות ולזכות אותו?

\*ראיות הDNA נפסלו אך היו ראיות נוספות על בסיסן היה אפשר להרשיע(איכון טלפון וכו') והוא הורשע. השופט אדמונד לוי בפסק דין זה – אין "פרי העץ המורעל" בשיטת המשפט הישראלי קבלת ראיות הDNA תהיה "הכשרת השרץ". השופטת חיות – הפגיעה בזכות להליך הוגן הייתה אך לא חרגה מפסקת ההגבלה באופן חריג.

**מקרה שני – פרשת יונתן אלזם- רצח ושימוש במדובב:**

אדם חשוד ברצח אך אין מספיק ראיות. המשטרה מכניסה מדובב לתא המעצר. הרעיון של מדובב הוא להכניס אדם שמתחזה לחבר של החשוד בתא המעצר והמדובב אמור לגרום לחשוד להיפתח בפניו ולדבר מתוך מחשבה שהוא חבר שלו. מדובבים בד"כ הם עבריינים מורשעים שמבצעים תפקיד זה בתמורה לשכר כזה או אחר או אנשי חוק שזה תפקידם. המדובב מזהה שהחשוד ברצח מאוכזב מאוד מעורך הדין שלו מאחר ועורך הדין שלו לא הגיע בעצמו לתא המעצר אלא שלח אליו עורכת דין זוטרה. המדובב מעצים את האכזבה באמירות כגון "אל תקשיב לעורכי הדין שלך", "עורך הדין שלך מוכר אותך", "העצה לשמור על זכות השתיקה משרתת את עורך הדין, כדאי לך להודות ולשתף פעולה וכך תקבל הצעה טובה" ועוד. הוא מנצל את מערכת היחסים בין עורך הדין והחשוד. החשוד מקשיב למדובב ומודה. מוגש נגדו כתב אישום בגין רצח. הסניגור אומר שיש לפסול את ההודאה עקב פגיעה בלתי מידתית בזכותו להליך הוגן, ההודאה לא נאמרה מתוך אוטונומיה ורצון חופשי ולכן יש לפסול אותה. האם יש לזכות אותו?

\*שימוש במדובב הוא לגיטימי לחלוטין. הכל נעשה תחת עיניהם של החוקרים שמתבוננים בנעשה בתא המעצר. כשחשוד מתוודה בפני מדובב מדובר בעדות שמיעה, ודבר זה הוא חריג לכלל האוסר עדות שמועה. זהו כלי חקירה לגיטימי.

\*בית המשפט העליון זיכה מרצח במקרה זה.

**מקרה שלישי- ע"פ אלישע חייבטוב נ' מדינת ישראל רצח ושימוש במדובב שמעשן סמים יחד עם החשוד:**

גם כאן מדובר בחשד לרצח. נכנס מדובב לתא עם החשוד ושניהם משתמשים בסמים מסוג הירואין תחת עיניהם הפקוחה של השוטרים. החשוד מבקש לראות עורך דין מספר פעמים. הוא עומד בפני דיון להארכת מעצר והמדובב מציע לחשוד להביא לו עורך דין שהוא מכיר ושהוא דיבר איתו והוא יגיע. החשוד אומר למדובב שגם לו יש עורך דין, וששניהם יגיעו. אף אחד מעורכי הדין לא מגיע לדיון. מציעים לו סניגור ציבורי והוא מסרב. הוא חוזר לתא ומודה בפני המדובב. הסניגור מבקש לבטל את ההודאה בטענה שהיא נלקחה כאשר השניים עישנו סמים ותוך פגיעה בזכות להיוועצות עם עורך דין. נראה שאם הוא היה נפגש עם עורך דין הוא היה מקבל אזהרה להיזהר ממדובבים. האם יש לפסול את ההודאה?

זהו פסק דין מאוגוסט 2018. בית המשפט העליון זיכה מרצח את הנאשם ובכך הפך את ההחלטה של המחוזי שהרשיע. בפסק הדין נאמר שהשימוש שעשו המדובב והמערער בסמים בתא המעצר היה חציית קו אדום באופן שמחייב את פסילת ההודאה. השופטת בפסק הדין אומרת ששימוש בסמים במסגרת חקירה פלילית מעוררת כשלים מהותיים רבים – מדובר בעבירה פלילית על כל המשתמע מכך. זהו טשטוש הגבול בין הגורמים האחראים על אכיפת החוק לבין גורמים עבריינים. דבר זה מכתים את ההליך הפלילי בכללותו. סמים הם גורם מטשטש תודעה. זהו מקרה מובהק של "ליקוי מאורות" בכל הנוגע לשימוש במדובב והצבת גבולות לפעילותו.

**מקרה רביעי:**

עובד זר רוכב על אופניים ירוקים בתל אביב. עובר שוטר ומבחין בעובד הזר. הוא מחליט לעכב אותו ומתשאל אותו. תוך כדי התשאול מתברר שהאופניים גנובים. מוגש נגד העובד כתב אישום בגין גניבת האופניים. עורך הדין מבקש לזכות את העובד הזר בטענה שהעיכוב היה שלא כדין מאחר ולא היה לשוטר שום חשד סביר שמצדיק את הגבלת חופש התנועה של העובד הזר.

\*החוק בישראל מדבר על חשד סביר כתנאי לעיכוב.

מקרים אלה ממחישים את הדילמות שעולות במהלך ההליך הפלילי. במקרים אלה מעורבים תחומי משפט רבים – משפט חוקתי, משפט מנהלי, דיני ראיות, סדר דין פלילי ודיני עונשין.

**מטרת ההליך הפלילי:**

**עשיית דין צדק**:

* חשיפת האמת- בסופו של דבר כל שיטת משפט מתבססת על צדק. הצדק הוא בעל מעמד חוקתי על חוקי. ההליך הפלילי מחפש לעשות צדק, אך מה בדיוק הכוונה בצדק? האם יעילות היא צדק? נניח ואדם הורשע בעבירה פלילית חמורה, יש לו רשות להגיש ערעור עד 45 יום. מה קורה אם הוא מגיש את הערעור אחרי 46 יום? האם יש לאפשר לו אותו או שהכללים הם חלק מובנה בצדק אחרת כל אחד יעשה מה שהוא חושב ולא יהיה לזה סוף? מה קורה למשל אם אדם הורשע ויש פסק דין חלוט בעניינו אך יש ראיות מזכות לטובתו? החוק קובע אפשרות להגיש בקשה למשפט חוזר. מנגד, אם אדם מזוכה אך יש ראיות מרשיעות לרעתו, אין אפשרות למדינה לבקש משפט חוזר במטרה להרשיעו. במסגרת ההליך הפלילי, **הרצון המרכזי הוא לחשוף את האמת.**

**אמת עובדתית ואמת משפטית-** צריך להבחין בין אמת עובדתית לאמת משפטית. האמת העובדתית היא מה קרה ביום האירוע מבחינה עובדתית, היא משקפת את האמת מנקודת מבטו של מתבונן אובייקטיבי מהצד. האמת המשפטית היא אמת שמשקפת את ההתרחשות דרך נקודת מבטו של שופט מקצועי, כלומר איך השופט רואה את המציאות על בסיס הראיות הקיימות וכללי סדר הדין הפלילי. האמת שהוא רואה היא האמת שמשתקפת דרך הראיות וסדרי הדין, זו האמת המשפטית. נחזור לדוגמא של אדם שהורשע ויש פסק דין חלוט בעניינו. אם מתגלות ראיות מזכות, האמת העובדתית השתנתה. מה קורה עם האמת המשפטית? צריך להגיש בקשה למשפט חוזר, לקבל משפט חוזר, לדון בדברים ולקבל זיכוי. רק לאחר שזה קורה, האמת המשפטית מקבלת את האמת העובדתית. דבר זה ממחיש את ההבדל. האמת העובדתית משתנה באותו רגע שהטעות מתגלה והאמת המשפטית משתנה לפי מה שהדין עושה עם השינוי הזה. אז איזו אמת מחפשים בהליך הפלילי? מחפשים קודם כל את האמת המשפטית. הרצון הוא שהאמת המשפטית תהיה **חופפת לחלוטין** את האמת העובדתית ותהיה הלימה מלאה ביניהן.

**העדפת אינטרסים ציבוריים על חשבון השגת האמת העובדתית המלאה:**

לעיתים, יש מקרים **שבהם נעדיף אינטרסים ציבוריים וערכים אחרים** שחשובים לא פחות מהשגת האמת העובדתית המלאה. למשל, שלמות התא המשפחתי(סייגים לעדות של בן/בת זוג ס' 3-4) או חסיונות כאלה ואחרים(כמו של עיתונאים למשל). התקשורת במדינה דמוקרטית היא אחד המוסדות החשובים ביותר לשמירה על שלטון החוק. מקרי שחיתות רבים נחשפים בתקשורת ובלי תקשורת חופשית אין באמת דמוקרטיה. החיסיון לעיתונאים מחקירות הוא מחיר שאנו מוכנים לשלם כדי לשמור על זה.

דוגמא נוספת לאינטרסים ציבוריים על חשבון האמת המלאה היא הסדרי טיעון. מטרתם היא להביא להרשעה גם אם במחיר של עבירות קלות יותר מהעבירות המיוחסות במקור. על הסדרי טיעון יש ביקורות רבות מצד שני. בית המשפט רואה בהסדרי טיעון כלי הכרחי לאכיפת החוק, אלמלא הסדרי הטיעון, מערכת המשפט הייתה קורסת – אין מספיק שופטים ואין מספיק תובעים. מערכת המשפט לא הייתה עומדת בעומס הזה. לכן, הסדרי טיעון, גם אם הם לא הדבר הכי אהוב, הם דבר הכרחי.

* הרשעת האשם ואותו בלבד-בישראל הרף כדי להעמיד לדין הוא סיכוי סביר להרשעה, וכדי להרשיע- מעל לכל ספק סביר. זהו רף גבוה. אם הרף הראייתי ירד, ייכנסו אנשים רבים חפים מפשע לכלא. אנו רוצים שיהיו פחות פושעים ברחובות, אך לא בכל מחיר.
* זיכוי החף מפשע-"עדיפים 1,000 פושעים חופשיים על חף מפשע אחד בכלא" (הרמב"ם).
* מניעת עיוות דין-אי אפשר לנהל צדק בלי לדאוג שהנאשם והחשוד יזכו להליך הוגן. מדובר בלתת להם אפשרות להוכיח את חפותם. בלי זה, הצדק לא יהיה אמיתי. בתוך מניעת עיוות הדין אנו רוצים להגן על חזקת החפות – כל עוד לא הוכחה אשמתו מעל לכל ספק סביר בבית המשפט הוא חף מפשע, לא מרשיעים אדם "בכיכר העיר". לזכות להליך הוגן נכנסת זכות ההיוועצות עם עורך דין והזכות לשמור על שתיקה.
* שמירת כבוד האדם- למדינה והרשויות יש כוח רב כדי להשיג צדק בהליך הפלילי – האזנות סתר, חיפושים, הוצאת צווי מעצר ועוד אמצעים רבים שקיימים בידי המשטרה. כשנאשם או חשוד ניצבים מול המערכת הזאת יש פערי כוחות אדירים. הזכות להליך הוגן מאזנת בין הפרט לרשויות.

3 התכליות הראשונות נועדו לשמור על אינטרסים ציבוריים ולהילחם בפשיעה. 2 התכליות הנוספות נועדו לשמור על הליך הוגן. שאלת האיזון בין התכליות קשה. האם יש סתירה ביניהן? האם הן יכולות לחיות ביחד במסגרת ההליך הפלילי? שאלה זו מורכבת.

\*עדות פוליגרף בהליך פלילי- מצד אחד זהו כלי שנועד להבטיח שרק האשם יורשע ולא החף מפשע. עם זאת, הוא לא קביל בהליך הפלילי מתוך חשש להרשעת חף מפשע(יש בו 10% הטיה).

שיעור 2:

התכליות שהזכרנו לעיתים מתנגשות ביניהן בהליך הפלילי. לעיתים הן משלימות אחת את השנייה. המתח הוא בין שני ערכים מרכזיים:

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

אם עד כה נגענו בהליך הפלילי, כעת נדבר על סדר הדין הפלילי.

**מטרת סדר הדין הפלילי**

בניגוד להליך הפלילי, סדר הדין הפלילי הוא סט של כללים שאנו כחברה קבענו כדי להוציא לפועל את ההליך הפלילי. מטרתו לתת בידי המערכת את הכלים לעשיית צדק. מהם הכלים האלה בהיבט הפרקטי מעשי? זהו סדר הדין הפלילי.

**מדוע חשוב שיהיה סדר דין פלילי?**

* **אכיפת הדין הפלילי המהותי-** הכלים שנותן סדר הדין הפלילי הם הכלים לאכיפת הדין הפלילי המהותי. הדין המהותי הוא דיני העונשין, המשפט החוקתי. סדר הדין הפלילי נועד כדי להוציא אותם לפועל. מדובר בפרוצדורה, אך זו פרוצדורה שיכולה להפוך להיות מהות. למשל, דיני ההתיישנות. הרציונל מאחוריהם בהקשר הפלילי הוא שאנחנו כחברה צריכים בשלב מסוים, מלבד האמת העובדתית, להביא בחשבון עוד ערכים, ולכן אנו תוחמים תקופת זמן. זהו כלי פרוצדורלי, אך יש בו היבט מהותי. התיישנות היא מחסום דיוני שמונע להביא לידי מימוש את ההליך הפלילי ולהעמיד לדין. לא מדובר בתעודת יושר, אין המשמעות שהאדם זכאי, אך הוא גם לא אשם. דוגמא נוספת – הכלל שאי אפשר להגיש ערעור לאחר 45 יום. הפרוצדורה הזו בהליך פלילי נועדה לאכוף את הדין המהותי, אך היא הופכת למשמעותית מאוד.
* **לקבוע סטנדרט ניהול משפט על מנת שיקויים באופן מסודר, יעיל והוגן-** לא ייתכן ששופט במקום אחד ייקבע לעצמו את כללי סדר הדין ושופט במקום אחר ייקבע לעצמו בצורה אחרת. זה היה יוצר חוסר וודאות, פגיעה בשוויון, שרירות ובעיקר חוסר יעילות. לכן הכללים מאוד חשובים כדי להגן על השוויון ולמנוע שרירות. הם משקפים גם את הגישה התועלתנית, זה יעיל יותר. בנוסף, הם מונעים תביעות רשלנות כנגד עורכי דין. אם יש סטנדרט שהחוק קבע, לא צריך לדון האם הייתה רשלנות או לא ומהי חובת הזהירות שמחויב בה עורך הדין, הוא פועל לפי הכללים הקבועים.
* **לתת לנאשם תריס בפני עיוות דין-** מדובר בהגנה על זכויות הפרט של הנאשם. יש פערי כוחות אדירים בין הפרט לבין המדינה, גם אם מדובר בפרט אמיד שבאפשרותו לשכור עורכי דין מעולים, עוצמת המדינה היא אדירה. לכן, כחברה, אנו רוצים שהכללים ישמרו כדי למזער את פערי הכוחות ולנסות לאזן ביניהם. הכללים הם כלי מצוין לצורך השגת מטרה זו. למשל, הכללים שאומרים הרשעה רק מעל לכל ספק סביר, שעדות פוליגרף איננה קבילה, שאם מוגש כתב אישום כל החומר מובא בפני הנאשם ועוד. הכוחות שניתנו לרשויות הן כוחות שניתנו לה בסמכות בחקיקה, אך עדיין יש לוודא שנוצר איזון מסוים.

(\***הלכת ישכרוב(2006)-** אפשר לפסול קבילות של הודאה או כל ראייה שהושגה שלא כדין אם יש הפרה של הזכות להליך הוגן של החשוד/נאשם).

**דוגמא-** בית המשפט מתיר שימוש בתרגיל חקירה לפיו נאמר לחשוד בחקירה שהוא זוהה במסדר זיהוי ובכך להביאו להודאה. מנגד, בית המשפט לא מתיר כתרגיל חקירה לשקר לנאשם שDNA שלו נמצא בזירה ובכך להביאו להודאה. מדוע שקר אחד מותר והשני לא? מה ההבדל ביניהם?

המטרה לא מקדשת את כל האמצעים. מדובר במדרון חלקלק- אם משטרת ישראל תתחיל לזייף ראיות לא יהיה לכך סוף. אי אפשר לאכוף עבירות פליליות דרך ביצוע עבירה פלילית(כמו לתת למדובב לעשן סמים עם החשוד) והפיכת המשטרה לסוג של עבריין בכך שהיא תזייף ראיות פורנזיות. בדוגמא שהבאנו, יש אמירה של החברה לגבי כמה רחוק אנו מוכנים ללכת כדי להביא להודאה. יש הבדל בין שקר פרונטלי למסמך מזויף של גורם רשמי אובייקטיבי, עצמאי ומדעי. יש לציין שבתוך בית המשפט העליון יש ביקורת גם כנגד השקרים הפרונטליים למרות שכרגע ההלכה היא שהם מותרים מאחר וחקירה היא מלחמת מוחות ואנו רוצים לתת למשטרה את הכלים.

**חשיבות שמירה על הכללים:**

* שמירה על הכללים מונעת רשלנות במקרים עתידיים.
* עלות התדיינות.
* חוסר שרירות.
* כללים טובים יובילו לזיכוי החף מפשע ולהרשעת האשם.

**מתי תתאפשר סטייה מהכללים?**

**פס"ד סילבסטר-** מדובר בערעור הפלילי הראשון במדינת ישראל – ע"פ 1/48. סילבסטר הוא אזרח בריטי והוא מועמד לדין אחרי קום המדינה בהתאם לפקודה מנדטורית כשהעבירה בה הוא מואשם היא ריגול. האישום היה שבזמן מלחמת העצמאות הוא העביר מידע לאויב באמצעות תשדורת אלחוטית. המידע שהוא העביר היה מפורט מאוד(הכוונת ירי של האויב). העבירות היו גילוי סודות במטרה לפגוע בביטחון המדינה לפי הפקודה המנדטורית. הסניגור שלו טען שבכתב האישום נאמר שסילבסטר גילה סודות רשמיים ופרסם ידיעות שעלולות להיות לתועלת לאויב. במלל של תוכן העבירה, התביעה לא פירטה וציינה שמדובר בעבירה רק אם היא נעשית במטרה לפגוע בביטחון המדינה. זוהי עבירה שטעונה יסוד נפשי של כוונה. התביעה כן הפנתה למספר הסעיף באותה פקודה, אך במלל לא ציינה את יסוד הכוונה.

בזמן הסיכומים, הסניגור משתמש בטענה זו ומבקשת לזכות את סילבסטר. על פי המסורת הבריטית באותה עת, כל טעות של התביעה יכולה להוביל לזיכוי. הוא טוען שמדובר בטעות, וטעות שקשורה לניסוח העבירה, כלומר טעות משמעותית.

הכרעת ביהמ"ש העליון- בית המשפט אומר שהפרוצדורה הפלילית מחילה לטובת הנאשם תריס מפני עיוות דין. הרצון הוא לתת לנאשם את מלוא ההגנה, אבל אסור להשתמש בכך בצורה מופרזת. הנשיא אומר שבכל מה שקשור בהוכחת האשמה, יש צורך בהוכחה מעל לכל ספק סביר. **עם זאת, בכל העניינים הטכניים, שאין להם שום קשר לחפות או אשמה, לא יועלה על הדעת שאדם יזוכה או יורשע בגלל טעות טכנית.** בית המשפט אומר במקרה זה שמדובר בטעות טכנית.

\*סילבסטר זוכה בסופו של דבר מסיבה אחרת, ביהמ"ש הגיע למסקנה שאי אפשר להרשיעו מעל לכל ספק סביר בעבירות המיוחסות.

פרשת סילבסטר בנוסף היא פרשה מכוננת בגלל מה שהיה מאחורי הסיפור. שר המשפטים באותה עת היה פנחס רוזן, רה"מ בן גוריון, שר החוץ משה שרת והיועמ"ש היה יעקב שפירא. פרשה זו הייתה רגישה מאוד מבחינה מדינית. בריטניה לא אהבה את זה שמדינת ישראל שזה עתה נולדה מעמידה לדין אזרחים בריטיים. הופעל לחץ כבד ע"י אנגליה להניח לסיפור הזה. משה שרת שהיה שר החוץ פנה ליועמ"ש שפירא והתייעץ איתו בנושא. ישראל רצתה מאוד לקבל את הלגיטימציה הבינלאומית זמן קצר לאחר הקמתה וההכרה של אנגליה הייתה נחוצה. שר החוץ מבקש מהיועמ"ש להניח לסיפור. היועמ"ש אומר לו שאף אחד, בוודאי לא דרג מדיני, יתערב בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה. הפרשה מכוננת בגלל האמירה שלא יעלה על הדעת שדרג מדיני יתערב בהחלטה של תובע. תובנה זו ברורה גם היום. אין מחלוקת בשיטת המשפט הישראלית ששר בממשלה לא יתערב בתיק קונקרטי. פרשת סילבסטר הייתה ניסיון של הדרג המדיני להתערב בתיק ספציפי והיועמ"ש הדף את זה.

**פרשת המרמרה:**

הפרשה הייתה אירוע קשה וגרמה למשבר בינלאומי. היועמ"ש ויינשטיין היה בתחילת כהונתו. תורכיה, בעקבות משבר זה, דרשה לשחרר את כל המשתתפים במשט הטרור. עם זאת, היו צילומים ברורים של אנשים שביצעו מעשי טרור נגד חיילי צה"ל. מה עושים? מצד אחד יש רצון לפתור את המשבר הדיפלומטי ומצד שני להגיע לגילוי האמת ולענישה. בסיטואציה כזו, מה הסמכות של הדרג המדיני? התשובה היא שאין לו סמכות. הסמכות כולה היא של היועמ"ש. הסיפור הזה קשור לפרשת סילבסטר מבחינת הרציונל. אין מניעה שהדרג המדיני ייקרא ליועמ"ש ויספר לו על ההשלכות המדיניות הקשות שצפויות להיות אם וכאשר המעורבים לא ישוחררו, אך ההחלטה עצמה היא של היועמ"ש ולא של הדרג המדיני, הדרג המדיני לא מחליט אם להעמיד לדין או לא. בפרשה זו, היועמ"ש החליט לשחרר את המעורבים על סמך חוות הדעת של הדרג המדיני. הוגשה עתירה לבג"צ נגד היועמ"ש מאחר וכל החלטותיו ניתנות לביקורת שיפוטית והעתירה נדחתה.

**אז מתי אפשר לסטות מהכללים?**

**2 תנאים מצטברים:**

* נדרשת הסמכה לסטות- בסופו של דבר הכללים קבועים בחוק ובתקנות. אי אפשר לסטות מחוק או תקנה אלמלא החוק או התקנה מאפשרים את הסטייה. דבר זה שונה מהנחיה מנהלית. הנחיה מנהלית היא הנחיה שהרשות המנהלית קובעת לעצמה כדי ששיקול הדעת שלה יופעל באופן שוויוני וכדי ליצור וודאות ויציבות. למשל, בין חקירה לבדיקה יש הבדל. יש כללים מתי פותחים בחקירה ומתי פותחים בבדיקה. היועמ"ש מוציא הנחיה שמתווה את שיקול הדעת של כל התובעים מתי פותחים בחקירה ומתי פותחים בבדיקה. עם זאת, הנחיה מנהלית כשמה כן היא, ואם יש מקרים שמצריכים סטייה ממנה, **אפשר לסטות ממנה** מאחר והיא הנחיה שהרשות קבעה לעצמה. בשונה מהנחיה מנהלית, מחוק או תקנה אי אפשר לסטות גם אם היא נראית לא נכונה. הדרך לסטות מחוק או תקנה היא לשנות אותם או לעתור נגדם ולטעון שאינם חוקתיים. בגלל שהכלל מעוגן לרוב בחוק, יש צורך בהסמכה כדי לסטות ממנו. אם הוא מעוגן בנוהל, הסטייה קלה יותר.
* מניעת עיוות דין- דוגמאות:

**ס' 3 לחוק סדר הדין הפלילי– סדרי דין באין הוראות –** "בכל עניין של סדר הדין שאין עליו הוראה בחיקוק, ינהג בית המשפט בדרך הנראית לו טובה ביותר **לעשיית צדק**".- זו הוראה כללית שמאפשרת לבית המשפט גמישות. כשאין הוראה בחוק, הוא יוכל לנהוג בדרך שנראית לו לנכון.

**ס' 238- פגמים שאינם פוגמים בדין-** "ליקוי טכני בעריכתו של מסמך הנערך לפי חוק זה, אין בו כדי לפגום בתקפם של ההליכים על פיו, אולם אם נראה לביהמ"ש כי יש בדבר חשש לעיוות דינו של הנאשם, רשאי הוא לדחות את הדיון למועד אחר או להורות הוראה אחרת להסיר את החשש". – סעיף זה הוא דוגמא לכלל וחריג לכלל. בחריג לכלל נאמר שצריך לוודא שאין עיוות דין. אם יש חשש לעיוות דין, **אפשר לסטות מהכלל.**

**פס"ד אפללו-** בפרשה זו התביעה דורשת להגיש קלטת כראייה. הסניגור טוען שהקלטת איננה קבילה ויש לפסול אותה כראייה. בית המשפט אומר שהוא לא ידון בכך עכשיו, אלא שההגנה תביא את ראיותיה ולאחר מכן בית המשפט ייתן דעתו בעניין קבילות הקלטת. הנאשם מבקש מבית המשפט להחליט בעניין עכשיו בטענה שנמנע ממנו יתרון טקטי.

תשובת ביהמ"ש- מטרת ההליך הפלילי היא להביא לזיכוי של החף מפשע והרשעת האשם. ההליך הפלילי אינו תחרות, מטרתו לחשוף את האמת. לא כתוב שההליך הפלילי מטרתו לתת יתרונות טקטיים לנאשם על פני התובע.

**פס"ד אנג'ל-** לפי סעיף 74 לחוק סדר הדין הפלילי, התביעה צריכה להעביר את כל החומר להגנה עם הגשת כתב האישום. לפעמים יש תקלות, ואחד מהמקרים האלה היה בפרשת אנג'ל. לפעמים יש ראיות רבות מאוד, וקורה שראייה מסוימת(במקרה זה – קלטת) לא מובאת לעיון ההגנה בזמן. דבר זה עשוי לגרום לפעמים לעיוות דין. בפרשת אנג'ל הקלטת לא הועברה בזמן להגנה, היא הועברה אחרי עדותו של הנאשם. הנאשם אומר שצריך לזכות אותו. אם הוא היה יודע שיש את הקלטת, הוא היה מעיד אחרת ולא יוצא שקרן בעיני ביהמ"ש.

תשובת ביהמ"ש- "ספק רב הוא אם יכול נאשם להישמע בטענה, שנגרם לו נזק על ידי כך שבשל אי גילוי ראיה מסוימת מטעם התביעה מסר ביודעין עדות כוזבת ושבשל התגלות הדבר יצא הוא שקרן בעיני בית המשפט". במילים אחרות – זו הייתה טענות מיותרת שלא היה לטעון אותה. זו דוגמא לסטייה מכלל שלא גרמה לעיוות דין.

**שיעור 3:**

**סעיף 167 לחוק סדר הדין הפלילי-** "סיימו בעלי הדין הבאת ראיותיהם, רשאי בית המשפט, אם ראה בכך צורך, להורות על הזמנת עד – ואפילו כבר נשמעה עדותו בפני בית המשפט ועל הבאת ראיות אחרות, אם לבקשת בעלי דין ואם מיוזמת בית המשפט".

סעיף זה מקנה כוח רב לבית המשפט. הוא חריג מכיוון שבית המשפט לא אחראי על הבאת העדים. בישראל השופט הוא פסיבי ושיטת המשפט אדוורסרית, כאן רואים דוגמא לשריד ממשפט אינקביזיטורי.

**פרשת קניר-** בפרשה זו אחד מרכיבי העבירה שהתביעה הייתה צריכה להוכיח הוא שהנאשם הוא תושב ישראל. התביעה שכחה. בהליך הפלילי אין דבר מובן מאליו, הכל טעון הוכחה. הסניגור שלף את הטענה שהתביעה לא הוכיחה את רכיב העבירה הזה בשלב הסיכומים, כלומר אחרי שלב ההוכחות. דבר זה נדיר מכיוון שעד אז היה מקובל לומר שאפשר לעשות שימוש בסעיף 167 רק בשלב ההוכחות. התביעה כמענה לטענת הסניגור שצריך לזכות את הנאשם כי התביעה לא הוכיחה את היותו של הנאשם תושב ישראל ולא הובא אף עד רלוונטי, ביקשה להשתמש בסעיף 167 ולהביא עד מטעם בית המשפט על מנת להוכיח את היותו של הנאשם תושב ישראל. ההגנה התנגדה בטענה שאי אפשר לעשות שימוש ב-167 אחרי פרשת ההוכחות, כלומר בשלב הסיכומים. השאלה היא האם בשלב הסיכומים, רגע לפני שביהמ"ש מחליט על חפות או אשמה, אחד הצדדים יכול לבקש מביהמ"ש להביא מטעמו עד. זו חריגה מכלל, אך חריגה שמתאפשרת בעקבות הסעיף.

תשובת ביהמ"ש- בית המשפט אומר שההליך הפלילי הוא לא תחרות או מאבק בין תובע לנאשם. הכללים נועדו לקבוע סטנדרט של משפט שנועד להביא לחשיפת האמת. אין סתירה בין הכללים לבין גילוי האמת. לא יעלה על הדעת שבעניין טכני נאשם יזוכה בגלל טעות כזו או אחרת של התביעה, ולכן יש לאפשר לכללים, כל עוד אין חשש לעיוות דין, להביא לעשיית צדק גם אם תידרש סטייה מהם. אחרת, אמון הציבור יתערער.

במקרים שראינו היה מדובר בטעות טכנית, ובית המשפט אפשר את תיקון הטעות תוך סטייה מהכללים כי לא הייתה פגיעה בזכות של הנאשם להליך הוגן.

**פרשת דמיאניוק-** דמיאניוק גויס לצבא האדום ונלחם בגרמנים במלחמת העולם השנייה. הוא נפל בשבי ב-1942. הגרמנים נהגו להשתמש בשבויים לצורך מלאכת ההשמדה הנאצית, ודמיאניוק התנדב ליחידת העזר של הSS. הוא אומן להיות שומר מחנות במחנה סוביבור("וכמן") ובמחנה טרבלינקה. במחנה טרבלינקה הוא כונה "איוון האיום". העדויות מספרות על אכזריותו יוצאת הדופן וסיועו האקטיבי למכונת ההשמדה הנאצית. אחרי המלחמה הוא היגר לארה"ב והשתקע שם. בשלב מסוים, האמריקאים גילו שהוא הונה את רשויות ההגירה האמריקאיות בכך שהסתיר את עברו. כשדבר זה נודע, ב-1986 נשללה אזרחותו והוא הוסגר למדינת ישראל.

הוא הועמד לדין בבית המשפט המחוזי בהרכב מיוחד לפי חוק לעשיית דין בנאצים ועוזריהם. ישבו 2 שופטי מחוזי ושופט עליון אחד. לחוק זה אין התיישנות והוא רטרואקטיבי. הוא הורשע ע"י השופטים דורנר, צבי טל ודוב לוין. מי שייצג את דמיאניוק היה עו"ד שפטל. בתום ההליך הוא כאמור הורשע, ונידון לגזר דין מוות. הוא ערער לבית המשפט העליון.

הערעור התנהל בשנות ה-90. ארכיונים רבים שהיו חסויים נפתחו לעיון ציבור, ואחד הארכיונים הוביל למציאת מסמכים של הKGB שמהם עלה ששמו של "איוון האיום" הוא איוון מרצ'נקו ולא דמיאניוק. זה מעלה ספקות לגבי כך שהאיש הוא אכן איוון האיום. ספק זה עלה בערעור, והשאלה הייתה מה לעשות.

התביעה ביקשה להשתמש **בסעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי.** הסעיף אומר ש"בית המשפט רשאי להרשיע נאשם בעבירה שאשמתו נתגלתה מן העובדות שהוכחו לפניו, אף אם עובדות אלה לא נטענו בכתב האישום, ובלבד שניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן, אולם לא יוטל עליו בשל כך עונש חמור מזה שאפשר היה להטיל עליו אילו הוכחו העובדות כפי שנטענו בכתב האישום".

סעיף זה קובע כלל, חריג לכלל וסייג לחריג. הכלל הוא שיש להרשיע אדם על בסיס העובדות שכתובות בכתב האישום והוכחו מעל לכל ספק סביר בבית המשפט. אדם לא אמור להיות מורשע על בסיס עובדות שפתאום מתגלות במשפט ומפתיעות אותו. נאשם אמור להתגונן כראוי מאישום שהוא מכיר ומראיות שהוא מכיר. החריג אומר שבמקרים מסוימים, אפשר להרשיע בעובדות שהועלו במשפט גם אם הן לא כתובות בכתב האישום. הסייג לחריג הוא שזה מתאפשר רק אם ניתנה הזדמנות סבירה להתגונן(=לא נגרם עיוות דין כתוצאה מהסטייה מהכלל) ודבר נוסף הוא שאי אפשר להטיל עונש חמור ממה שמלכתחילה היה ניתן. זו עוד דוגמא לסעיף אינקביזיטורי.

התביעה טענה שניתן להרשיע את ג'ון איוון דמיאניוק על בסיס העובדות שהוכחו במשפט על מעורבותו כוואכמן בסוביבור. אין ספק שהוא עבר קורס מטעם הSS ופעל בסוביבור ועשה שם מעשים נוראיים. לכן, גם אם בית המשפט יזכה אותו על היותו איוון האיום מטרבלינקה, אפשר להרשיע אותו על העובדות שהוכחו במהלך המשפט על מה שנעשה בסוביבור.

טענה זו לא התקבלה ע"י בית המשפט העליון. בית המשפט אומר שדמיאניוק יצא זכאי מחמת הספק מהאישומים שמיוחסים לאיוון האיום מטרבלינקה. הוא מזוכה וחוזר לארצות הברית.

מופנית ליועץ המשפטי לממשלה אצבע בטענה שהוא יכל להגיש כתוב אישום חדש על המעשים המיוחסים לדמיאניוק בסוביבור שהתגלו במהלך המשפט. למה הוא לא הגיש? היועמ"ש אמר שזה לא אינטרס הציבור לפתוח בהליכים נגד דמיאניוק באישומים חלופיים אם בסופו של דבר אין ביטחון שהוא לא יזוכה גם בהם. זיכוי נוסף ייצור תחושה של מפולת ואין ערובה לכך שהזיכוי הזה לא אפשרי. הנזק האפשרי עולה על התועלת. \*היועמ"ש הגיע למסקנה שלדמיאניוק לא הייתה אפשרות סבירה להתגונן נגד האישומים בסוביבור.

כאמור, התביעה צריכה לשקול 2 שיקולים מצטברים בהגשת כתב אישום – 1. סיכוי סביר להרשעה על סמך תשתית ראייתית 2. עניין לציבור.

שני שיקולים אלה ביחד נותנים כוח עצום לתביעה במדינת ישראל. בעניין דמיאניוק הוגשו עתירות לבג"צ נגד היועמ"ש בגין אי העמדתו לדין. העתירות נדחו בטענה שלא היה חוסר סבירות קיצוני בהחלטת היועמ"ש.

ב-2002 הוא נעצר שוב בארה"ב ואזרחותו נשללה מאותן סיבות והוסגר לגרמניה. שם הוא הועמד לדין על המעשים בסוביבור. הוא הורשע על מעורבותו ברצח של 29,000 בזמן שהיה שומר במחנה. הוא נידון ל-5 שנות מאסר. הוא הגיש ערעור, ובמהלך ההמתנה לערעור הוא נפטר.

**השפעת ההליך הפלילי על גילוי האמת:**

1. **חזקות משפטיות:**

כמו שראינו, אנו פועלים לפי האמת העובדתית והאמת המשפטית. האמת העובדתית משקפת את ההתרחשות על פי מבט של מתבונן מהצד. האמת המשפטית משקפת את ההתרחשות דרך שחזור שופט מקצועי את המציאות על בסיס הראיות שהוצגו בפניו ובכפוף לסייגים ולפרוצדורה.

**דוגמא לאמת המשפטית מול האמת העובדתית – רצח ארלוזורוב והבג"צ שהוגש אחרי ההרשעה ברצח-** יש את האמת המשפטית שהיא תולדה של ההליך הפלילי שהתנהל. האמת הזו היא תולדה של דיני הראיות, הפרוצדורה, ובסופו של דבר קבע את אשר קבע. עם זאת, זכותה של ממשלת ישראל להמשיך לחקור את האמת העובדתית ההיסטורית. אפשר לשנות את האמת העובדתית המשפטית שנקבעה אז. דרכי הבירור של האמת העובדתית ההיסטורית שונות מדרכי הבירור של האמת המשפטית. לכן, במקרה זה, למרות שיש הכרעה, זה לא מונע מהממשלה לבחון את האמת ההיסטורית.

1. **שיטת משפט- אדברסרית/אינקוויזיטורית:**

בישראל שיטת המשפט היא שאין לבית המשפט אלא את מה שעיניו רואות. בזמן הקראת האישום, הדבר היחיד שיש לשופט הוא כתב האישום בלבד. כתב האישום מכיל את הסיפור, העובדות. התובע צריך להיות מקצועי מספיק כדי לספר את הסיפור באופן כזה שאם הנאשם מודה בו, **יש את כל רכיבי העבירה של סעיפי האישום שמופיעים מיד אחרי הסיפור.** יש גם את רשימת עדי התביעה ועוד. בשלב זה כאמור, ביהמ"ש לא רואה דבר מלבד כתב האישום.

אחרי ההקראה יש את פרשת ההוכחות, פרשת התביעה, פרשת ההגנה, והקלסר של בית המשפט מתמלא בחומרים. ביהמ"ש לומד את הראיות לפי מה שהצדדים מביאים בפניו.

ההליך האדברסרי:

* מבוסס על עימות. הכוונה היא שיש שני צדדים, התביעה וההגנה, והשופט צריך להכריע ביניהם.
* הצדדים הם אלה שאחראים להבאת הראיות. בית המשפט הוא פסיבי, הוא יושב ושומע. הוא גם לא מכיר את הראיות מראש, כי אם זה היה כך, ביהמ"ש היה מגבש עמדה מסוימת.
* ככלל, השופט לא מזמן עדים ולא מביא ראיות. ראינו את סעיפים 167(זימון עדים ע"י ביהמ"ש) ו-184(הרשעה על בסיס דברים שלא נמצאים בכתב האישום) שהם חריגים לשיטה האדברסרית. בית המשפט פעיל במידה מסוימת פה ושם, אך אין לו הרבה כלים מעבר למה שהצדדים עושים.

ההליך האינקוויזיטורי:

זהו ההליך שמקובל בגרמניה וצרפת למשל. בגדול, בהליך האינקוויזיטורי השופט הוא **שופט חוקר.** הוא זה שאחראי על גילוי האמת. הוא מזמין את התובע, את כל העדים שהוא חושב שהוא צריך לשמוע, את הנאשם. הוא יכול לתת צווים כאלה ואחרים. הוא לא מוגבל על ידי הצדדים.

* מבוסס על חקירה – השופט חוקר.
* השופט אחראי לגילוי האמת המהותית. הוא אינו מוגבל על ידי הצדדים.
* השופט יכול לזמן עדים ולהביא ראיות.
* מגבלות מועטות בענייני קבילות ראיות.

אם השופט החוקר חושב שצריך להגיש כתב אישום, במדינות מסוימות, המקרה הולך לשופט אחר שהוא אדברסרי ואז מתנהל משפט.

**בארץ המודל הוא ההליך האדברסרי, מה הרציונל לכך?**

1. התפיסה הליברלית- Laissez faire.
2. המונופול של הנאשם על הגנתו מקורו בתפיסה שהוא יודע טוב יותר מכל אחד אחר לנהל את ענייניו. אחרי שמוגש כתב אישום, כל התמונה נחשפת בעיני הנאשם. לכן, הוא זה שיידע בצורה הכי טובה לנהל את הגנתו ועדיף שהתביעה תעשה את עבודתה, ההגנה את עבודתה ובית המשפט יהיה גורם אובייקטיבי שיחליט על חפות או אשמה.
3. התביעה מייצגת את האינטרס הציבורי. הנאשם מייצג את האינטרס שלו. הואיל וכל צד מנסה לקדם את מטרתו, בסופו של דבר האמת תצא לאור. ההנחה היא שכל צד יעשה ככל יכולתו כדי לסתור את הגרסה הנגדית.

**מתי ביהמ"ש כן יתערב בניהול המשפט(\*דיברנו על כך קודם):**

1. מקום בו התביעה פעלה שלא כדין. כך למשל, כאשר התביעה ערכה הסדר טיעון לא ראוי בעיני השופט. \*כשבית המשפט לא מקבל הסדר טיעון הוא לא מתערב בעבודת התביעה כי הוא לא מחויב להסדר הטיעון.
2. ע"מ לתקן טעויות פרוצדורליות של הצדדים.
3. גם בהליך האדברסרי יש דברים שנלקחו מהשיטה האינקוויזיטורית- אפשרות ביהמ"ש לזמן עדים בעצמו כמו שראינו ועוד.

**המאמר של פרופ' קרמניצר – "התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת או האם לא הגיעה העת לסיים את עונת המשחקים"-** סוקר את השיטה האדברסרית אל מול השיטה האינקוויזיטורית, יתרונות מול חסרונות.

המחבר מבקר את השיטה האדברסרית:

1. לא תמיד רמתם המקצועית של הצדדים מאפשרת להם להציג באורח נאות את גרסתם. קרמניצר אומר שלעיתים עורכי הדין של שני הכיוונים לא נמצאים ברמה מספיקה כדי להוביל לגילוי האמת.
2. נוכח חוסר השוויון בין הפרט למדינה, אין מקום לגישה ליברלית תחרותית בהליך פלילי. פערי הכוחות לא תואמים שיטה של תחרות בין תביעה להגנה.
3. הרשות השופטת בישראל היא בלתי תלויה – לכן אין חשש מהענקת סמכויות יתר.

הצעות לפתרונות לפי קרמניצר:

* ראוי לאמץ לתוך השיטה האדברסרית מרכיבים מהשיטה האינקוויזיטורית כגון **יכולת השופט לעיין בחומר הראיות טרם המשפט**. איך השופט יכול להגיע אל האמת כשהוא נמצא במצב נחות מול הצדדים? הרי התביעה וההגנה מכירים את חומר הראיות והשופט נחשף אליהם תוך כדי ההליך. \*החיסרון – גיבוש עמדה מוקדמת עוד לפני שמיעת הצדדים.

\*ס' 143(א) לחוק סדר הדין הפלילי – הסעיף אומר שבית המשפט רשאי בעבירות מסוימות, בתחילת המשפט(לפני הקראת כתב האישום), לנהל דיון מקדמי. מה מטרות הדיון הזה? בחינת האפשרות לצמצום המחלוקת העובדתית או המשפטית, סיום הדיון במסגרת הדיון המקדמי ועוד. זהו הליך שהוא למעשה ניסיון של שופט לקחת את התביעה וההגנה ולנסות להביא אותם לסוג של הסדר טיעון.

**מתי אפשר לקיים דיון מקדמי?** 1. הנאשם קיבל הודעה, הבין את המהות והסכים(=נדרשת הסכמת הנאשם). 2. נאשם מיוצג ע"י סניגור. 3. התובע הסכים(=יש צורך בהסכמת שני הצדדים).

סעיף קטן ד' – בית המשפט רשאי בהסכמת בעלי הדין לעיין בחומר החקירה וברשימת כל החומר שנאסף על ידי הרשות החוקרת ולקבל ראיות מהצדדים.

אם לא הסתיים הדיון במסגרת הדיון המקדמי, **הדיון בכתב האישום יעבור** **לשופט אחר.** לא אותו שופט שניהל את הדיון המקדמי ינהל את המשפט עצמו. דבר זה פותר את הבעיה של גיבוש עמדה.

**פרוטוקול הדיון המקדמי לא עובר לשופט במשפט**, הוא חסוי ולא ישמש ראיה בהליך המשפטי האחר, כך לפי הסעיף. זהו ניסיון של המחוקק לייתר הליכים.

שיעור 3:

**מושבעים/שופט מקצועי:**

תפקידי השופט בשיטת מושבעים – 1. לסנן את חומר הראיות שמגיע למושבעים. 2. להנחות את המושבעים מה לעשות עם החומר המוצג לפניהם.

שיטת המושבעים לא יושמה בישראל למרות שירשנו את שיטת המשפט הבריטי. הסיבה לכך היא שהבריטים לא יישמו את השיטה בקולוניות שלהם מחוץ לבריטניה. סיבה זו הובילה להשלכות בשיטת המשפט שלנו, למשל – בית המשפט העליון בשבתו כבג"צ פוסק בערכאה ראשונה בענייני ביקורת שיפוטית על רשויות המנהל. אז למה בכל זאת אפשרו את הפרקטיקה הזאת של עתירה לבג"צ כערכאה ראשונה? הסיבה היא סיבה היסטורית, מאותה סיבה שאין לנו מושבעים. האנגלים מאוד לא רצו שערכאות נמוכות ישפטו את רשויות המנהל על מעשים מנהליים משום שבערכאות הנמוכות ישבו שופטים מקומיים ובבית המשפט העליון ישבו שופטים אנגלים. מסיבה זו, שהיא לחלוטין מקרית, הוחלט שביהמ"ש העליון בשבתו כבג"צ ישפוט כערכאה ראשונה את רשויות המנהל.

למה דבר זה לא שונה ובג"צ עד היום יושב כערכאה ראשונה בעניינים שקשורים ברשויות המנהל? הרי זה לא טריוויאלי. התשובה לכך היא שהמדינה אהבה את הרעיון הזה של אפשרות לפנות לבג"צ למען הצדק. עם הזמן ההבנה הייתה שיש עומס על בג"צ, והרבה עניינים ירדו ממנו.

בחזרה לשיטת המושבעים:

יש בה לא מעט יתרונות אך גם לא מעט חסרונות. יש שופט, אך הוא פחות אקטיבי. הרעיון של שיטת המושבעים הוא שלא צריך התמקצעות כדי לדעת אם נאשם דובר אמת, מחליטים לפי השכל הישר. יש בכך דבר יפה של שיתוף הציבור בתהליך השפיטה.

**יתרונות בשיטת המושבעים:**

1. אין ערובה להתמקצעות של שפיטה – השופט אכן מבין יותר טוב בשאלות המשפטיות אך בשאלות העובדתיות אין לשופט יתרון על מושבעים.
2. שיתוף כלל הציבור, ההדיוטות, במלאכת השפיטה.

**חסרונות בשיטת המושבעים:**

היכולת של השיטה להגיע לגילוי האמת יותר מוגבלת. גם בארצות הברית בה יש מושבעים, רוב המקרים מסתיימים בהסדר טיעון. בנוסף, בארה"ב יש אפשרות לנאשם לבקש שלא להישפט בפני מושבעים, הזכות להישפט בפני מושבעים היא זכות חוקתית בארצות הברית. לסיכום, רואים שימוש הולך ופוחת בשיטה.

בישראל כאמור יש שיפוט מקצועי, דבר שעולה בקנה אחד עם השיטה הקונטיננטלית.

חיסרון נוסף בשיטת המושבעים קשור בבדיקות פוליגרף. ברגע שיש בדיקת פוליגרף, רוב המושבעים הולכים לפיה.

**כלל דיוני/כלל מהותי:**

סדרי הדין והכללים משפיעים מאוד על גילוי האמת.

**כלל מהותי-** אלו דיני העונשין. זהו כלל שמגדיר מה אסור ומה מותר. הוא מגדיר נורמה חברתית, קרי- זכויות וחובות.

**כלל דיוני-** מגדיר כיצד הפרט והחברה מממשים את הכללים המהותיים.

קיימות 2 הבחנות בין כלל דיוני לכלל מהותי:

1. זמן התחולה- כללים דיוניים ודיני ראיות חלים רטרואקטיבית גם על עבירות שבוצעו לפני תיקונם. לאדם אין זכות קנויה שהדיון יתקיים על פי הכללים הדיוניים בזמן ביצוע העבירה. אדם יישפט לפי סדרי הדין הקיימים בזמן המשפט. לעומת זאת, כלל מהותי אינו חל למפרע(בכפוף לסעיפים 4-5 לחוק העונשין המחילים רטרואקטיבית שינויים מהותיים לטובה).
2. אפשרות סטייה מהוראות חוק- לא ניתן לסטות מהוראות חוק מהותיות. לעומת זאת, בהוראות דיוניות של סדרי דין וכללים דיוניים, בית המשפט יאפשר סטייה בתנאי שלא ייגרם עיוות דין.

**כללים פרוצדוראליים שמשפיעים על המהות:**

* כלל סופיות הדיון.
* דיני ראיות – לדוגמא – חסיונות למיניהן(עו"ד-לקוח, עיתונאי, כהן דת), איסור על עדות אישה נגד בעלה בעבירות שאינן אלימות, עדות שמועה, האזנת סתר מפלילה- בלתי קבילה.
* דיני חקירה, חיפוש ומעצר- המשפט מטיל הגבלות על החוקרים בחיפושים, מעצרים וחקירות גם במחיר של עשיית צדק.
* זכות השתיקה והחיסיון מפני הפללה עצמית – הם אינם עולים בקנה אחד עם חשיפת האמת.

\*סעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט – יש אפשרות להורות על משפט חוזר אם מתעורר חשש של ממש שלנידון נגרם עיוות דין. **בית המשפט אומר שאם יש שינוי פרשנות של בית המשפט העליון שברור שאם היה קיים בזמן הדיון היה מוביל לזיכוי, זו בהחלט עילה למשפט חוזר.**

**פרשת הפניקס-** מדגימה את ההבחנה בין סיטואציה בה המדינה חורגת מהכללים(נניח מגישה ערעור על זיכוי באיחור) ואז נהיה נוקשים יותר ולא נאפשר את החריגה לבין סיטואציה בה הנאשם חורג מהכללים ומגיש את הערעור על ההרשעה באיחור ואז ביהמ"ש נותן את האפשרות לחרוג מהכללים.

**\*הלכת ישכרוב-** אחת ההלכות החשובות שקשורות בזכויות חוקתיות בהליך הפלילי של חשודים ונאשמים. היא אומרת שאם ראיה הושגה תוך הפרה בלתי מידתית של הזכות להליך הוגן שחורגת מגדריה של פסקת ההגבלה, היא לא תהיה קבילה(=ראיה שהושגה תוך פגיעה בזכות להליך הוגן אך עומדת בתנאי פסקת ההגבלה- קבילה!).

קבילות היא למעשה השאלה האם הראיה נכנסת אל תוך סל הראיות או לא. משקל זה דבר אחר- זה אומר שגם כשהראיה נכנסה לסל הראיות, מה המשקל שלה?

בפרשת זדורוב, השופט דנציגר שבחר לזכות את זדורוב עשה זאת בגלל בעיית משקל ולא בגלל בעיית קבילות.

בפרשות שראינו, ביהמ"ש אומר שהכללים חשובים ושהוא יקפיד עליהם כשמדובר בעניין של חפות או אשמה, אך בעניינים טכניים, כשלא נגרם עיוות דין, תתאפשר סטייה מהכללים. איך הלכת ישכרוב מתיישבת עם פרשות אלה?

במקרים מסוימים כן נאפשר את קבלת הראיה אם היא לא חורגת מפסקת ההגבלה. איך נדע אם היא חורגת? אם לא נגרם עיוות דין. בכך, הלכת ישכרוב משלימה את פסקי הדין שראינו עד עכשיו.

**סקירת ההליך הפלילי מתחילתו ועד סופו:**

להליך הפלילי יש 4 שלבים עיקריים:

* שלב החקירה
* שלב ההחלטה להעמיד לדין- התובע מקבל את החומר ומחליט אם להעמיד לדין.
* שלב המשפט- הוגש כתב אישום ובית המשפט הופך לגורם הדומיננטי. מתנהל דיון, יש הכרעת דין ואחריה אם יש הרשעה גזר דין.
* שלב הפוסט משפט- השלב שאחרי. הוא יכול לכלול משפט חוזר, דיון נוסף ועוד.

יש הטוענים שיש גם **שלב חמישי** – שלב ריצוי העונש.

נסתכל על ההליך לפרטיו:

1. **תלונה/דרך אחרת- סעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי-** זהו השלב בו מתחיל ההליך הפלילי. לפי הסעיף, לא חייבים תלונה רשמית. תלונה יכול להגיש גם מי שאינו הקורבן. לפי נוסח הסעיף, לכאורה אין למשטרה שיקול דעת אם לחקור או לא, ברגע שהיא קיבלה מידע, עליה לפתוח בחקירה. עם זאת, בעבירות חטא או עוון(עד 3 שנים), קצין משטרה יכול להחליט שלא לפתוח בחקירה. בעבירת פשע, נראה לפי הנוסח שאין שיקול דעת. הפסיקה אומרת שהכוונה בסעיף ל"תפתח בחקירה" היא **כל עוד יש תשתית מינימלית ראייתית, כלומר – יש שיקול דעת למשטרה.**

**ההבחנה בין חקירה לבדיקה-** בחוק אין שום ביטוי למונח בדיקה. הוא נולד במקרים בהם אין עדיין חשד סביר לביצוע עבירה, כלומר אין עילה לפתיחה בחקירה אך יש איזשהו מידע. הדבר מתעצם כשמדובר באדם שנושא תפקיד ציבורי ולכן חשוב לבדוק, אך פתיחה בחקירה עלולה לגרום נזק שיעלה על התועלת. במצב כזה פותחים בהליך טרום חקירתי. זוהי לא פריבילגיה לאנשי ציבור, אך יש צורך בהליך הזה כדי לנקוט בהליך מידתי יותר לפיו הנזק שייגרם לאיש הציבור לא יעלה על התועלת כשאין חשד סביר לביצוע עבירה. אם יש חשד סביר נגד איש ציבור, תיפתח מידית חקירה, אין נוהל לפיו כשמדובר באיש ציבור אוטומטית נפתחת בדיקה ולא חקירה.

\*בדיקה היא בירור "לא רשמי" שנעשה. חקירה היא הליך רשמי בו החשוד מזומן לחקירה תחת אזהרה.

משטרת ישראל היא הגוף החוקר המרכזי, אך קיימים עוד גופים חוקרים – הרשות לניירות ערך, רשות המיסים. סעיף 241 לחוק סדר הדין הפלילי- למרות שהמשטרה היא הגורם המרכזי שמבצע חקירות, יש חוקים שמקנים סמכויות חקירה לגופים אחרים.

בגלל שחקירה היא אקט שהפגיעה שלו בזכות הפרט מאוד גבוהה, יש צורך שכל סמכות של חוקר **תהיה מעוגנת בחוק או מכוח הסמכה מפורשת.**

\*סעיף 59(א)- כשמדובר בעבירות מין או אלימות, כשהמתלונן ביקש לחזור בו מהתלונה, זו לא תהיה הסיבה היחידה לא לפתוח בחקירה.

1. **חקירה-** כשמתקבלת החלטה לפתוח בחקירה, המשטרה עושה שימוש באמצעים רבים כדי לגלות האם נעשתה עבירה:

* חקירת החשוד- זהו האמצעי המרכזי. **לחשוד יש זכות שתיקה מוחלטת, הוא לא חייב לענות על כלום.**
* חקירת עדים- לעדים אין זכות שתיקה מוחלטת. הם חייבים לענות על כל השאלות למעט שאלות של **הפללה עצמית.** יכול לקרות מצב בו אדם ייחקר כעד ותוך כדי יעלה מולו חשד סביר והוא יהפוך לחשוד. המשטרה צריכה ליידע את העד על השינוי בסטטוס שלו ולהזהיר אותו. היא צריכה ליידע אותו על זכות ההיוועצות שיש לו, ורק לאחר מכן הוא יכול להיחקר כחשוד. האזהרה היא כלי חשוב לוודא שמה שהחשוד אומר הוא מתוך אוטונומיה ורצון חופשי.
* חיפושים
* תפיסת חפצים
* תרגילי חקירה- עימותים של החשוד מול המתלונן, שימוש במדובב.

הדרך האולטימטיבית לתאר חקירות היא תיעוד חזותי. תיעוד כזה נותן אינדיקציה מקסימלית לעניין טוהר החקירה ולהבטיח שלא נעשה שימוש לרעה באמצעים פסולים. מסיבות תקציביות, תיעוד חזותי לא נעשה בכל התיקים. חוק סדר הדין הפלילי מחייב תיעוד חזותי בחקירה של עבירות מסוימות. האופציה החלופית היא תיעוד באודיו והאופציה השלישית היא תיעוד בכתב. כמובן שתיעוד חזותי הוא האולטימטיבי.

בד"כ בחקירה, **הפרקליטות לא מעורבת** בשלב זה. התפקיד הקלאסי של התביעה הוא לבדוק את החומר שנאסף ולהחליט האם להעמיד לדין. עם זאת, בתיקים גדולים בעלי חשיבות ציבורית, הפרקליטות מקצה דבר שנקרא "פרקליט מלווה" והוא מלווה את המשטרה מתחילת החקירה. אין בכך בעיה כי לכולם יש את אותה מטרה – לגלות האם נעשתה עבירה. זה טוב שהתביעה מעורבת כי היא יכולה להנחות את החוקר מה לבדוק למשל, אך מבעיות תקציביות זה לא נעשה.

בשלב החקירה יכול להיות מעצר לצורכי חקירה. זהו מעצר מוגבל בזמן. יכול להיות גם מעצר עד תום ההליכים – עד המשפט. יש חשיבות לרצף הזה כי לא ייתכן שהחשוד יהיה עצור במהלך החקירה וישוחרר עד שהתובע יכין כתב אישום. בהקשר זה, חשיבות המעורבות של התביעה בשלבים המוקדמים בולטת, כדי לשמור על רצף המעצר.

מעצר לצורכי חקירה- מעצר זו אחת הפגיעות הקשות ביותר בזכויות הפרט במדינה דמוקרטית, אם לא הקשה בהן. מעצר היא שלילת חירותו של אדם כשהוא תחת חזקת החפות. מאסר לעומת זאת, הוא התוצאה של ההליך הפלילי. היא באה בהכרח אחרי הרשעה. מסיבה זו, מעצר הוא אקט פוגעני מאוד. ייתכן שבכלל לא יוגש כתב אישום נגד חשוד שנמצא במעצר לצורכי חקירה.

עם זאת, מעצר הוא הכרח בל יגונה. הוא נדרש כדי להבטיח את ההליך הפלילי. במקרים שיש עילת מעצר(מסוכנות, שיבוש הליכי חקירה ומשפט), אי אפשר לטמון את הראש בחול ולהיצמד לחזקת החפות ולאפשר לחשוד להתהלך חופשי.

רוב התיקים במדינת ישראל מתנהלים ללא עצורים, זאת השאיפה.

מעצר לצורכי חקירה נועד כדי להבטיח שתתאפשר חקירה ראויה של העבירה בה העצור חשוד. זהו לא מעצר שהוא עונש. בית המשפט מחליט אם לאפשר מעצר לצורכי חקירה תוך שקילה הדברים.

סוגי מעצרים:

* מעצר ראשוני ללא צו ע"י שוטר- כששוטר רואה אדם מכה למשל.
* מעצר ראשוני על פי צו – הולכים לשופט במעמד צד אחד , המשטרה והשופט. מציגים את הראיות ומבקשים צו מעצר. השופט בודק האם יש תשתית ראייתית והאם יש עילת מעצר(מסוכנות, שיבוש וכו'). מעצר כזה עדיף משום שעין שיפוטית אישרה את המעצר **מראש**, היא בדקה אם יש עילת מעצר.

בשני המקרים יש להביא את העצור בפני שופט תוך 24 שעות.

הארכת מעצר מוגבלת בזמן. מעצר לצורכי חקירה יכול להיות עד 30 יום. זה מה שבסמכותו של ביהמ"ש להורות. מעל 30 יום, יש צורך באישור היועץ המשפטי לממשלה. המקסימום הוא 75 יום. מעל 75 יום, רק שופט בבית המשפט העליון יכול לאשר מעצר לצורכי חקירה.

עוצרים אדם רק כש- יש תשתית ראייתית, חשד לביצוע עבירה ועילת מעצר. **כמובן שיש לבדוק אם לא קיימת דרך מידתית** יותר, כמו מעצר בית למשל.

על כל מעצר לצורכי חקירה אפשר להגיש ערר בזכות לערכאה גבוהה יותר(=תמיד המחוזי, מכיוון שמעצר לצורכי חקירה נעשה תמיד מול שופט שלום). יש גם אפשרות להגיש בקשה לעיון חוזר- לבדוק האם יש צורך להמשיך במעצר. בית המשפט מהווה סוג של "משגיח" על המשטרה, הוא כל פעם נותן מעצר למספר ימים מועטים כדי לא לפגוע מעבר לנדרש בזכויות החשוד. אם המשטרה ביקשה למשל יומיים ומבקשת להאריך את המעצר, בית המשפט מבקש לראות **מה עשתה המשטרה ביומיים אלה,** ולפי זה מחליט.

בשלב המעצר **הסניגור והחשוד לא נחשפים לחומרי החקירה.** מירב המשקל ניתן לגילוי הראיות. אלמנט ההפתעה חשוב, ולכן החשוד לא יודע מה יש נגדו. הוא לא צד פורמאלי בשלב זה.

1. **החלטת התביעה- האם להעמיד לדין-** כשהחקירה מסתיימת, החומר מועבר לידי התביעה בתוספת להמלצה של המשטרה. קיימים מספר סוגים של גופי תביעה:

* הפרקליטות(פרקליטות המחוז ופרקליטות המדינה).
* התביעה המשטרתית – היא מנהלת 90% מהתיקים הפליליים בישראל. הם מופעים בבית משפט שלום בעיקר. יש קביעה בחוק איזה תיקים הולכים לתביעה המשטרתית ואיזה לפרקליטות. התיקים המשמעותיים יותר הולכים לפרקליטות(מסוג פשע) ועבירת החטא והעוון לתביעה והמשטרתית. עם זאת, יש עבירות עוון חמורות שהפרקליטות לוקחת, כמו גרימת מוות ברשלנות. מנגד, יש תיקי פשע ברף הנמוך שהתביעה המשטרתית לוקחת.
* עורכי דין פרטיים שקיבלו הסמכה מהיועמ"ש(=שהוא ראש התביעה הכללית) להיות תובעים פליליים בעניינים מסוימים. האם ראוי שעורך דין פרטי יקבל כובע שלטוני ויהפוך לתובע פלילי? אנו מעדיפים שסמכויות שלטוניות, במיוחד פוגעניות, יבוצעו על ידי עובדי ציבור ולא על ידי עורכי דין פרטיים. עם זאת, לפרקליטות ויתר גופי התביעה אין את היכולת להגיש כתבי אישום בכל סוגי העבירות, לפעמים גם יכולת מקצועית. למשל – עבירות שקשורות בהגנת הסביבה. אלו עבירות שדורשות ידע מקצועי ספציפי בתחום מסוים. לכן, יש אלפי עורכי דין שמחזיקים בהסמכות מהיועמ"ש להגיש כתבי אישום בהרבה מאוד תחומים. לעיתים מדובר גם בעובדי ציבור. ברשות הטבע והגנים למשל, יש לשכה משפטית בה עורכי דין שהם עובדי ציבור ויש להם הסמכה להעמיד לדין כי יש להם את ההתמקצעות.

בג"צ אישר את הפרקטיקה הזו של עורכי דין פרטיים שהם תובעים. הם כמובן כפופים ליועמ"ש ויש עליהם פיקוח. בג"צ אומר שהוא היה מעדיף שלא יהיו תובעים שהם עורכי דין פרטיים, אך אין מה לעשות, הצרכים והחוסר בתקציב מחייב זאת.

* תובעים שקיבלו הסמכה ע"פ חוקים אחרים- חוק התכנון והבנייה למשל מסמיך את וועדות התכנון והבנייה לשמש כתובעים. חוק השיפוט הצבאי מסמיך את התובעים הצבאיים לשמש כתובעים בעניינים עבירות צבאיות.

כל 4 סוגי תובעים אלה כפופים מקצועית ליועץ המשפטי לממשלה. הוא אוכף את המדיניות. תובעים אלה הם אלו שצריכים להכריע מה לעשות עם חומר החקירה שנאסף על ידי המשטרה.

\*קיים תיקון לחוק הנוגע בהמלצות המשטרה בעניין העמדה לדין או אי העמדה לדין.

**להמלצות המשטרה אין שום משמעות משפטית-נורמטיבית**, זוהי המלצה בלבד ומי שמחליט האם להגיש כתב אישום ולהעמיד לדין הוא הגוף התובע בלבד.

האופציות שעומדות בפני התביעה:

* **סגירת התיק-** התובע הגיע למסקנה שאין תשתית ראייתית מספיקה, אין סיכוי סביר להרשעה. בנוסף, התובע צריך לבדוק האם יש "עניין לציבור". המינוח תוקן, אך עדיין מכריעים לפי האם יש עניין לציבור. "עניין לציבור" הוא שאלה של תועלת מול נזק, האם ההליך הפלילי הוא ההליך המתאים או שיש שיקולים בגינם ההליך הפלילי צריך לסגת(כמו פרשת המרמרה וסילבסטר שראינו). יש פסיקה של בית המשפט העליון שבנושאים של שחיתות ציבורית למשל, חזקה שיש עניין לציבור. סיכוי סביר להרשעה ועניין לציבור הם **שני תנאים מצטברים.** הפסיקה בישראל חד משמעית בעניין שני התנאים- אין מקום להזנה הדדית, חייב שיתקיימו שני התנאים, לא ייתכן שתנאי אחד יתקיים יותר והשני פחות או אחד כן ואחד לא.

אם מתקבלת החלטה לסגור את התיק, יש לציין את סיבת הסגירה- חוסר ראיות או חוסר אשמה. מבחינת החשוד, חוסר אשמה הוא הדבר האולטימטיבי, הוא מנקה אותו לחלוטין. לחשוד יש ע"פ חוק זכות לבקש את שינוי עילת הסגירה.

על כל החלטה לסגור תיק ולא להעמיד לדין אפשר להגיש ערר. בעבירות מסוימות אפשר להגיש **קובלנה.**

קובלנה- זוהי אחת הדוגמאות המובהקות להקניית סמכות סטטוטורית שלטונית לנפגע עבירה. בעבירות מסוימות(לשון הרע, תקיפה ברף התחתון ועוד), הדין מקנה לאדם שהוא נפגע עבירה את היכולת להניע את ההליך הפלילי אחרי שהתקבלה החלטה לסגור את התיק. דבר זה מאוד נדיר. הקובלנה היא כתב אישום לכל דבר ועניין שמוגש על ידי אדם פרטי. אפשר אפילו לבקש לעצור את החשוד. לתביעה כמובן יש את היכולת להזיז את נפגע העבירה לצד ולמנוע את התערבותו.

המכשיר של קובלנה מאוד בעייתי ויכול להיעשות בו שימוש לרעה. כרגע הוא עדיין קיים בחוק.

* **הגשת כתב אישום.**
* **סגירת תיק בהסדר מותנה-** אפשרות שקיימת בשנים האחרונות מכוח תיקון שנעשה לחוק סדר הדין הפלילי. המחשבה הייתה שיש הרבה מאוד תיקים בעבירות חטא ועוון שממילא נמצאים ברף התחתון של עניין לציבור. גם אם יוגש כתב אישום, התביעה לא תבקש עונש מאסר. הרצון היה לחסוך זמן ולפנות משאבים למערכת. כך נוצר ההסדר המותנה. הוא אומר שבעבירות עוון או חטא, אם תובע מגיע למסקנה שהוא לא הולך לבקש עונש מאסר**, וב-5 שנים האחרונות אין לחשוד שום רישום פלילי ואין נגדו חקירות עומדות**(כלומר מדובר באנשים נורמטיביים), התובע יכול לכתוב כתב אישום ולדבר עם החשוד על התנאים. התובע אומר לחשוד שאם הוא יסכים להודות בכתוב בכתב האישום הזה ולעמוד בתנאים שהוא קובע, התיק נגדו ייסגר. אם לא, כתב האישום יוגש. **זהו לא הסדר טיעון. בית המשפט לא מעורב. התנאים שיכול להעמיד התובע-** תשלום פיצוי לנפגע העבירה, התחייבות לא להיכנס למקום מסוים, כתיבת מכתב התנצלות לנפגע העבירה, התחייבות לקחת חלק בטיפול שיקומי ועוד. זהו רעיון טוב שמשחרר את המערכת מהתיקים שלא נמצאים ברף הגבוה. זה גם מאפשר צמצום של סגירת תיקים שהיו נסגרים לפני כן בגלל חוסר במשאבים.

החשוד רואה את כל חומר הראיות ומחליט אם הוא מקבל את ההסדר הזה או לא.

* **בקשת השלמת חקירה-** של התביעה מהמשטרה. נעשית כי התביעה חושבת שהמשטרה לא חקרה מספיק או לא חקרה דברים מסוימים.

מעצר עד תום ההליכים(אחרי הגשת כתב אישום)- גם כאן כמובן יש פגיעה בחירות של אדם שעדיין בחזקת חף מפשע. בניגוד למעצר לצורכי חקירה, כאן הפגיעה קשה הרבה יותר כי הזמן יותר ארוך. כבר לא מדובר במעצר של ימים, **אלא עד סוף המשפט**- עד הכרעת הדין. המחוקק ער לכך ויוצר מגבלת זמנים- הוא דורש בחוק שהמשפט יסתיים בהכרעת דין תוך 9 חודשים. מגבלה נוספת היא שהמשפט צריך להתחיל(=הקראת כתב האישום) תוך 30 יום מיום הגשת כתב האישום, כי לא הגיוני שאדם יהיה עצור עד תום ההליכים ומשפטו יתחיל אחרי חצי שנה למשל. אלו שתי מגבלות הזמנים, אך שופט בית משפט עליון יכול להאריך זאת ללא מגבלה על כמות ההארכות, כל פעם ב-90 ימים. זה נעשה כי יש הבנה שיש תיקים מורכבים שלוקחים זמן רב.

כלי זה של מעצר עד תום ההליכים דורש 3 תנאים מצטברים:

1. תשתית ראייתית- התשתית הראייתית הנדרשת כאן משמעותית הרבה יותר מהתשתית הראייתית הנדרשת במעצר לצורכי חקירה, צריך להראות שיש סיכוי סביר להרשעה.
2. עילת מעצר- הימלטות, שיבוש, מסוכנות.
3. היעדר חלופה ראויה- השופט צריך לבדוק האם אפשר להשיג את אותה תכלית באמצעות שימוש באמצעי שפגיעתו פחותה- איזוק אלקטרוני למשל.

ימי המעצר ינוקו מגזר הדין. איזוק אלקטרוני ומעצר בית לא ינוקו.

בין מעצר לצורכי חקירה למעצר עד תום ההליכים אין תמיד הלימה, ייתכן שאדם היה עצור לצורכי חקירה ולא יהיה עצור עד תום ההליכים והפוך.

שופט שדן בבקשת מעצר עד תום ההליכים בד"כ לא יהיה אותו שופט שידון בתיק העיקרי כדי שלא יגבש דעה. מבחינת סמכות עניינית, זה יכול להיות בית משפט שלום או מחוזי, בניגוד למעצר לצורכי חקירה ששם זה תמיד בית משפט שלום שמאשר.

השופט במעצר עד תום ההליכים רואה גם ראיות שאסור להראות לשופט שדן בתיק העיקרי כמו רישום פלילי בעבירות קודמות. רישום פלילי יכול להוות אינדיקציה למסוכנות.

הסניגור במעצר עד תום ההליכים נחשף ביחד עם החשוד לכל חומר החקירה. החשוד בשלב זה כבר אינו חשוד, **אלא נאשם.** מעצר עד תום ההליכים נעשה **אחרי הגשת כתב אישום.**

אפשר להגיש על החלטה לעצור עד תום ההליכים ערעור.

1. **הגשת כתב אישום:**

**לפני** הגשת כתב אישום, יש לחשוד זכות שימוע לפי ס' 60(א). התביעה אומרת לחשוד שיש לו 30 יום לשכנע אותה למה לא להגיש כתב אישום. אם האדם **עצור**, אין לנו 30 יום לחכות, ולכן אין שימוע.

למה חשוב לשמוע את החשוד בשימוע לפני הגשת כתב אישום? כי הגשת כתב אישום יוצרת פגיעה. יש 2 סיבות לחשיבות:

1. החקירה שנעשתה אינה שימוע. החשוד נחקר תחת אזהרה והיכולת שלו לתמרן פחותה מאוד.
2. מבחינת המשפט, זהו כל הרעיון של השימוע- אנו רוצים למנוע את הגשת כתב האישום והנגזרות שלו.

כתב האישום ומהלך המשפט:

החשוד הופך מחשוד לנאשם. הוא מקבל את כל חומר הראיות. אם התביעה יודעת שהיא רוצה לבקש עונש מאסר, היא חייבת להודיע זאת **עוד בשלב הגשת כתב האישום** כי זו אחת העילות שמזכה בסניגור ציבורי.

המשפט נפתח **בהקראת כתב האישום.** הצדדים מזומנים והשופט מקריא את כתב האישום.

אחרי ההקראה ולפני ההשבה לכתב האישום, הנאשם יכול לטעון **טענות מקדמיות.**

**טענות מקדמיות:**

**מפורטות בסעיף 149 לחוק סדר הדין הפלילי. זוהי לא רשימה סגורה. למשל:**

* **חוסר סמכות- מקומית ועניינית.**
* **פגם או פסול בכתב האישום.**
* **כבר זוכיתי/הורשעתי.**
* **כתב האישום אינו מגלה עבירה.**
* **הגנה מן הצדק-** הגנה שאומרת שהגשת כתב האישום כשלעצמה חורגת מעקרונות של צדק. יכולים להיכנס בתוך טיעון זה דברים רבים. למשל, אכיפה סלקטיבית- מעמידים את הנאשם לדין בעבירה שלא העמידו בה מישהו אחר. דוגמא נוספת- שיהוי כבד בהגשת כתב האישום. גם משה קצב במשפטו טען להגנה מן הצדק – "נשפטתי כבר בידי התקשורת". ביהמ"ש השיב על כך שהוא השתמש בתקשורת לא פחות.

**קבלת טענות מקדמיות לא תוביל לזיכוי, היא תוביל או לביטול כתב האישום(ואז אפשר להגישו מחדש) או לתיקון כתב האישום.**

יש טענות מקדמיות שאם לא טוענים אותן בתחילת המשפט אי אפשר לטעון אותן בהמשך אלא באישור- חוסר סמכות מקומית/עניינית ופסלות שופט.

לאחר שהוקרא כתב האישום, בין אם הועלו טענות מקדמיות או שהועלו ולא התקבלו, הנאשם צריך להשיב לאשמה. במשפט פלילי אין כתב הגנה, הוא צריך להשיב.

הנאשם יכול **לכפור** בכל העובדות, לכפור בחלק מהן ולהודות בחלקן או **להודות** הודאה מלאה.

אם הנאשם מודה, המשפט עובר **לשלב הכרעת הדין.** הודאה באה לרוב בעקבות **הסדר טיעון**.

אם הנאשם מודה במשפט עצמו, לא צריך שום תוספת ראייתית. זאת בניגוד להודאה במשטרה. על פי הפסיקה, **הודאה במשטרה דורשת תוספת ראייתית של דבר מה נוסף.** דבר זה נועד לוודא שההודאה ניתנה מתוך רצון חופשי. הודאה במשפט לא דורשת שום תוספת ראייתית.

תחילת המשפט היא שלב קריטי ממספר סיבות:

* אם התביעה רוצה לחזור בה מכתב האישום, אחרי ההקראה, דין החזרה= זיכוי. לפני הקראה, דין החזרה= ביטול, כלומר- אפשר להגיש מחדש.
* אם התובע רוצה לתקן את כתב האישום, לפני ההקראה מספיק לשלוח הודעה לבית המשפט(כי המשפט עוד לא התחיל). אחרי ההקראה- יש צורך באישור בית המשפט מאותו שופט שמנהל את התיק.
* בסעיף 94 לחסד"פ יש אפשרות לתביעה לבוא לנאשם ולהגיד לו שהיא רוצה לחזור בה מכתב האישום אחרי ההקראה אך שזה ייחשב ביטול ולא זיכוי. למה שנאשם יסכים? כי אחרת התביעה לא תחזור בה.
* טענת אליבי יכולה להיטען בתחילת המשפט, אם לא יש צורך ברשות.

**במקרה של כפירה בעובדות:**

נפתח **שלב ההוכחות.**

ראיות התביעה- חקירה ראשית, חקירה נגדית, חקירה חוזרת:

התביעה מביאה את ראיותיה בשלב זה **באמצעות עדים.** עדים יכולים להעיד בעל פה, להגיש מסמכים ומוצגים.

עד התביעה הראשון הוא **החוקר.** הוא תמיד עד התביעה הראשון כי הוא זה שמגיש את כל ההודאות של הנאשם במשטרה. אם הייתה הודאה, תמיד הנאשם יכול לטעון שהיא לא הייתה מתוך רצון טוב וחופשי, ואז נפתח משפט זוטא. פסילת קבילות ההודאה היא עניין אחר, היא נבחנת על פי הקבילות שלה(רצון טוב וחופשי) והמשקל שלה.

עד עוין- אפשר לבקש מבית המשפט להכריז על העד כעד עוין ואז חוקרים אותו בחקירה נגדית.

התביעה מסיימת את העדים שלה ואומרת **"אלו עדיי".** בשלב זה עובר הכדור להגנה.

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.

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.

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.

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:**

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

**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 שקובע 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.

**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 ישכרוב-** 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 מגדריה 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 ישכרוב- **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 פסקת 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 שבתחום 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 מחיר 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 בזכויות 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.

**מעבר מקבילות למשקל:**

אנו רוצים לפרק מחסומים פרוצדורליים שיאפשרו לשופט להגיע לחקר האמת. אנו רוצים שהוא ידע לתת את המשקל המתאים לכל ראייה. לפעמים הוא ייתן לראייה משקל אפסי. גם השופט דנציגר בפרשת זדורוב טען שצריך לזכות לא בגלל קבילות ההודאה אלא בגלל משקלה.

נושא קבילות הראיות קשור בחוקי היסוד. אי אפשר לזלזל בכך שראייה שהושגה תוך הפרת הזכות החוקתית להליך הוגן היא ראייה שאי אפשר לקבל אותה בכלל לתוך סל הראיות. דבר זה מבקש לחזור בצורה ברורה למגמה לפיה שופט יכול להכניס לסל ראיות קבילות ולהשאיר ראיות מסוימות מחוץ לסל.

יהיו מי שיטענו שאם שופט יקבל ראייה שהיא הפרה של הזכות החוקתית להליך הוגן, הוא הופך להיות שותף של המשטרה בכך, ובדבר זה יש פגיעה ביושר השיפוטי. לכן, כדי ליצור הרתעה והתנהגות ראויה, יש לפסול ראיות שהושגו תוך הפרת הזכות החוקתית להליך הוגן. דבר זה לא ייתן תמריץ למשטרה לפעול להשגת ראיות כאלה, כי אין לה למה. אותה דוקטרינה גם תיגע בכך שראייה שהושגה תוך הפרת הזכות להליך הוגן גם לא מייצגת את האמת העובדתית. זהו כשל בתכלית השגת האמת העובדתית(לא תמיד, במקרים מסוימים).

דברים אלה מובילים לצורך ליצור כלל לפיו אפשר לפסול קבילות ראיות לאור המהפכה החוקתית. כלל זה יכול לבוא בצורות שונות- כלל מנדטורי שיחייב את בית המשפט לפסול ראייה שהושגה תוך הפרת הזכות להליך הוגן, כלל קיצוני יותר שיחייב את ביהמ"ש לפסול ראייה כזו ואת פירותיה.

**לפני חוקי היסוד:**

לא היה שום כלל **בפסיקה** שדיבר על פסילה של קבילות ראייה שהושגה תוך הפרת זכות יסוד. היו 3 הוראות חוק שדיברו על פסילת ראיות:

1. חוק האזנת סתר
2. חוק הגנת הפרטיות
3. פקודת הראיות

שני החוקים הראשונים קובעים שראייה שהושגה תוך הפרת הזכות לפרטיות או תוך האזנת סתר אסורה אינה קבילה. עם זאת, הם נותנים לביהמ"ש שיקול דעת במקרים מסוימים כאשר הצורך לעשיית צדק גובר על הפגיעה לקבל את הראייה.

בפקודת הראיות, סעיף 12 קובע שע"מ שהודאה של חשוד במשטרה תהיה קבילה, יש להוכיח 2 תנאים מצטברים: 1. הודאה חופשית. 2. הודאה מרצון.

מכך אפשר ללמוד שאם ההודאה לא חופשית ומרצון, זהו **כלל פסילה.**

דוגמאות אלה הן הוראות חוק לכללים שפוסלים ראיות. לאחר מכן נחקקו חוקי היסוד והגיעה המהפכה החוקתית.

**אחרי חוקי היסוד:**

המחוקק לא כל כך הגיב לחוקי היסוד. חוק המעצרים וחוק החיפושים קובעים כללים שונים ביחס למתי מותר לעצור ולחפש, הם הפנימו את המהפכה החוקתית(ראינו בשיעור הקודם). עם זאת, היינו מצפים שתהיה הוראה שתגיד מה הדין במקרה של הפרה של חוק החיפושים למשל. במילים אחרות, היינו מחפשים הוראה שהייתה נותנת לנו להבין אם המחוקק אימץ כלל פסילה. החוק שותק בנושא זה, ביחס למה קורה במקרה של הפרה של אחת מהוראותיו. כך גם חוק המעצרים. בנקודה זו הגיעה פרשת יששכרוב.

**כלל הפסילה הפסיקתי:**

**פס"ד ישכרוב-** בית המשפט העליון לא רצה לקבל החלטה שיפוטית בנושא. השופטת בייניש מתארת כמה ביהמ"ש העליון פנה למחוקק בבקשה לחוקק כלל פסילה. יותר מתאים שהמחוקק ייקבע כלל כזה מאשר בית המשפט ייצור אותו בפסיקה, אך כשהמחוקק לא עשה זאת, לא היה מנוס.

עובדות המקרה פשוטות. היה מדובר בחייל נפקד שנכלא בכלא 6. בוצע עליו חיפוש ונפלה מתחתוניו חבילת גראס. הוא נחקר ע"י חוקר צבאי והחוקר קיבל בטלפון הוראה ממפקדו לעצור את החייל. למה דבר זה חשוב? כי חוק השיפוט הצבאי קובע שצריך להודיע לחשוד על זכות ההיוועצות אם יש אפשרות קרובה לוודאי שייעצר. החוקר ידע שיש אפשרות קרובה לוודאי למעצר כי המפקד שלו הודיע לו על כך, אך הוא לא הודיע זאת לחשוד. הוא הודיע לו רק על זכות השתיקה. זכות ההיוועצות וזכות השתיקה הן "אחיות", שני צדדים של אותו מטבע. מה שווה זכות השתיקה בלי שיהיה עו"ד שייתן ייעוץ בנוגע למשמעות השתיקה והאם כדאי לשתוק?

ישכרוב הודה בחקירה בכך שהוא ביצע שימוש בסם במקרים אחרים בזמן שהוא חייל. הוגש כנגדו כתב אישום. רק לאחר ההודאה, החוקר הודיע לו על זכות ההיוועצות עם עורך דין. הפגם בזכות להליך הוגן נובע מהיעדר היידוע על זכות ההיוועצות. במסגרת כתב האישום הוא הועמד לדין גם בגין אותם מקרים שבהם הודה שעשה שימוש כשהיה חייל.

הוא כפר באישומים, והתביעה רצתה להגיש את ההודאות שלו כראייה כחריג לכלל של עדות שמועה. הסנגוריה סירבה וטענה שההודאות לא קבילות. בית הדין הצבאי קיבל את הטענה ופסל את קבילות ההודאה. התביעה ערערה לבית הדין הצבאי לערעורים שביטל את פסק הדין, אך נתן רשות ערעור לבית המשפט העליון. היועמ"ש הצטרף להליך מכוח הסמכות שיש לו לעשות זאת.

פסק דין זה היה הזדמנות טובה לבית המשפט העליון לומר את דברו בנוגע לכלל הפסילה הפסיקתי אחרי קריאות רבות קודמות. בית המשפט מכריע בנושא ואחרי שהוא עומד על זכות הייצוג וההיוועצות כחלק מהזכות להליך הוגן, הוא קובע את **ההלכה הבאה- ראייה שהושגה שלא כדין אם קבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכות להליך הוגן שלא עומדת בגדרי פסקת ההגבלה לא קבילה.** הזכות להליך הוגן חשובה, אך היא לא מוחלטת בדומה לזכויות אחרות.

חוץ מכלל הפסילה הפסיקתי, הלכת ישכרוב חשובה גם ביחס **לפרשנות סעיף 12 לפקודת הראיות**. בית המשפט אומר שיש 2 מסלולים לבחינה של הודאה- סעיף 12 וכלל הפסילה הפסיקתי. לפי סעיף 12, ההודאה צריכה להיות חופשית ומרצון. בית המשפט אומר שאחרי חוקי היסוד, המשקל שצריך לתת לזכויות האדם שמתנגשים עם ערכים אחרים צריך להיות הרבה יותר גבוה. ביהמ"ש מדבר על **2 זכויות יסוד** שנגזרות מסעיף 12 לפקודת הראיות:

הזכות הראשונה היא **הזכות לשלמות הגוף והנפש של הנחקר.** אם חוקר פוגע בצורה כזו או אחרת בגופו של הנחקר או בנפשו(משפיל אותו, מבזה), דבר זה יוביל **לפסילה מידית, גורפת ואוטומטית של ההודאה מבלי שיהיה צורך להראות שאותו אמצעי חקירה זה השפיע על אמיתות ההודאה.** ביהמ"ש מייחס כאן כבוד רב לכך שאדם נברא בצלם אלוהיו, יש זכויות שאי אפשר לפגוע בהן.

הזכות השנייה היא **הזכות לאוטונומיה והזכות לחופש הבחירה למסור הודאה.** ביהמ"ש אומר שחשוד צריך להודות מתוך רצונו טוב. לכן, צריך לראות אם היה לו חופש בחירה להודות או לא. איך מראים את זה? מראים שלא הייתה פגיעה ביכולת לבחור. ביהמ"ש העליון אומר שאם הייתה נקיטה באמצעי פסול שפגע באופן משמעותי באוטונומיה של הנאשם ובחופש הבחירה שלו להודות, **הדבר יוביל לפסילת ההודאה אך לא בכל מקרה. כאן, בניגוד לשלמות הגוף והנפש, יש להראות שיש קשר סיבתי בין האמצעי הפסול לבין שלילת האוטונומיה.** מה הכוונה בקשר סיבתי?

נניח וסטודנט למשפטים נחקר במשטרה תחת אזהרה. השוטר החוקר לא מודיע לו על זכות ההיוועצות ואותו אדם מודה. לאחר מכן, הוא יכול לטעון שזכות ההיוועצות שלו נפגעה ובכך הייתה פגיעה באוטונומיה שלו לחופש הבחירה. עם זאת, אותו אדם הכיר את זכות ההיוועצות וידע שהיא קיימת, הוא ידע את זה. לכן, אין קשר סיבתי בין הפגם של השוטר(למרות שאין מחלוקת שיש פגם) לעובדה שהסטודנט בחר להודות. במקרה כזה, ההודאה לא תיפסל.

לעומת זאת, אם השתמשו במכות והשפלה, אין פשרות בנושא, ההודאה נפסלת אוטומטית.

בפרשת ישכרוב ביהמ"ש אומר שלא הייתה נקיטה בשום אמצעי של אלימות ולא הייתה השפלה, בנוסף, לא הייתה פגיעה באוטונומיה. למה? כי בחקירה אחרת שהייתה לאחר התייעצות עם עורך דין, ישכרוב השיב על כל שאלות החוקרים. לכן, אי אפשר לומר שהפגם הקודם פגע בזכות הבחירה.

**חשוב להבין שכלל הפסילה הפסיקתי רחב, הוא לא מדבר רק על הודאה. הוא מדבר על כל ראייה שהושגה שלא דין(באמצעות שימוש באמצעי חקירה פסול).**

נניח ובוצעה בדיקת דם בחשוד בכוח. מהבדיקה הוכח שאותו אדם נהג שיכור. חוק החיפושים **לא מאפשר** חיפוש פנימי בכוח. חיפוש חיצוני אפשר לבצע בהפעלת כוח סביר. נניח והראייה הושגה דרך ביצוע הבדיקה בכוח. **כאן אין רלוונטיות לסעיף 12** **כי אין הודאה**, אך לכלל הפסילה הפסיקתי יש מקום נכבד. **כלל הפסילה הפסיקתי נוגע בכל ראייה שהושגה.** במקרה זה יש פגיעה מהותית בזכות להליך הוגן.

לסיכום- אנו רואים שיש כאן דוקטרינה מוגבלת, פסילה של ראייה שהושגה תוך הפרת הזכות להליך הוגן שחורגת מגדריה של פסקת ההגבלה. דבר זה מקנה לביהמ"ש שיקול דעת מאוד רחב.

**איזה פרמטרים נשקול במסגרת השאלה האם לפסול ראייה?**

השופטת בייניש לא הסתפקה באמירה כללית בפס"ד ישכרוב. היא מתווה אמות מידה שיהוו אינדיקציה האם לפסול ראיה או לא. היא אומרת שיש **3 קבוצות של שיקולים שבית המשפט צריך לשקול לפני שהוא מחליט אם לפסול קבילות של ראייה:**

1. **אופייה וחומרתה של אי החוקיות שהביאה לאותה ראייה-** השופטת בייניש אומרת שצריך לבדוק עד כמה אי החוקיות היא חמורה. היא אומרת שראייה שהושגה תוך שימוש באמצעי פסול בכוונה שונה מראייה שהושגה מאמצעי שהופעל בתום לב. בנוסף, בתוך קבוצת שיקולים זו יש לבדוק אם קיימות נסיבות מקלות שיכולות להפחית מחומרת אי החוקיות. לדוגמא- הנאשם התכוון להשמיד ראייה חיונית ולא היה מנוס לחוקרים להשתמש באמצעי חקירה פסול כדי למנוע את השמדת הראייה החיונית. דבר זה מוריד את האופי החמור של אי החוקיות. דוגמא נוספת- הנאשם תרם לאי החוקיות, למשל דרך ניצול הזכויות שלו או שהיה צורך דחוף להגן על ביטחון הציבור כך שלא היה מנוס.
2. **מידת ההשפעה של האמצעי הפסול על אמיתות הראייה-** בייניש מדברת על מצב שהאמצעי הפסול פוגע באמיתות הראייה. למשל, מצב בו הופעל לחץ כבד על החשוד, וכתוצאה ממנו הוא הודה. דוגמא אחרת היא ראייה שעומדת על שתי רגליים עצמאיות ללא קשר לאי החוקיות שלה, היא ראייה שהחשש לאמיתותה נמוך, הסיכוי שאינה תתקבל נמוך. ככל שיש לראייה קיום עצמאי מאי החוקיות שהופעלה כדי להשיג אותה, גדל הסיכוי שהיא תתקבל.
3. **הנזק מול התועלת-** בדומה למבחן המידתיות השלישי בפסקת ההגבלה. יש לבחון איזו השפעה תהיה לפסילת הראייה על עשיית הצדק במובן הרחב. כמה הראייה באמת חשובה? מה העבירה שמיוחסת לנאשם ומה מידת החומרה שלה? ברור שכשמדובר בראייה חשובה ומכרעת מבחינת הצורך בה כדי להרשיע וכשמדובר בעבירות חמורות, פסילת הראייה עלולה לפגוע באינטרסים ציבוריים אחרים- לחימה בפשיעה, פגיעה בקורבנות. קבוצת שיקולים זו מעלה שאלה שבייניש דנה בה וגררה ביקורת. היא משאירה בצ"ע את השאלה שהאם נכון לומר שככל שאדם מואשם בעבירה חמורה יותר כך הסיכוי שהראייה תיפסל קטן יותר. היא אומרת שחומרת העבירה היא שיקול מכריע. כנגד זה, אפשר לבוא ולהגיד שדווקא כשמדובר בעבירות הקשות בספר החוקים שהעונש עליהן חמור, דווקא כאן נצפה שתהיה הגנה על הזכות להליך הוגן.

**בפסק דין אלעוקה** **שניתן לפני מספר שנים ביהמ"ש מוציא את חומרת העבירה בצורה מפורשת ממניין השיקולים.** אם מוציאים את חומרת העבירה כשיקול כנגד הפסילה, מי יגן על הקורבנות? פרופ' מיכל טמיר מציעה במאמרה שלפני שבית המשפט העליון פוסל קבילות ראייה לפי כלל הפסילה הפסיקתי, יהיה צורך לשמוע את קורבן העבירה.

**לאור פס"ד חייבטוב**, אין באמת צורך בפס"ד אלעוקה, בית המשפט מזכה אדם מעבירת רצח.

**פס"ד יונתן אלזם-** זו התפתחות מעניינת של הלכת יששכרוב. השאלה שם היא מה הגבולות לתחבולות לגיטימיות של מדובב. מדובב היא שיטה מקובלת שהמשטרה עושה בה שימוש. עד כמה הוא יכול להיות אקטיבי? כאן נכנסת הלכת אלזם. מדובב מתיימר להיות חבר של החשוד לתא. הוא לא צריך ליידע אותו על זכויות שונות. כשחשוד מודה, הוא מודה בפני חבר מרצון, שופך אליו את ליבו. המדובב אינו איש מרות. בפרשה זו היה מדובר באדם שחשוד ברצח. אלזם היה מאוכזב מאוד מעורך דינו מסיבות שונות והמדובב זיהה זאת. הוא ניסה לתקוע טריז בין עורך הדין לחשוד כדי לשכנע אותו שהמלצת עורך הדין לשמור על זכות השתיקה היא המלצה שנועדה לתכלית זרה ולא לטובתו. המדובב השתמש באמירות כמו "עזוב עו"ד אתה העו"ד של עצמך, אתה לא צריך אף אחד", "הרבה פעמים עורכי דין נותנים לך עצה שנועדה לשרת אותם ולא אותך", "העו"ד שלך עצלן ומזלזל בך, אם הוא לא דואג לך לדברים הקטנים איך הוא ידאג לגדולים", "עורכי הדין יכולים למכור אותך" בנוסף, הוא מייעץ לו להחליף לעורך דין אחר. יש במעשים אלה הסגת גבול במתחם שאמור להיות מוגן- מתחם יחסי עו"ד-לקוח. אסור שייכנס במתחם זה אף גורם. בית המשפט העליון אומר שאסור להטיל דופי ביושרה המקצועית של הסניגור ושאסור לגרום לחשוד לפקפק בהצעותיו. אסור להשיא עצות משפטיות לחשוד בוודאי לא תוך הצגה מוטעית של הדברים ועל כן יש גבולות לתחבולות. בית המשפט בוחר לזכות את יונתן אלזם, גם לפי סעיף 12 וגם לפי כלל הפסילה הפסיקתית.

ביהמ"ש מנתח את שני המסלולים הנ"ל ומגיע למסקנה שיש לפסול את ההודאה. בנוסף, היה קיים פגם נוסף של המשטרה- כשאלזם היה מוכן להודות, הוא רצה לעשות זאת בפני קצין מסוים. הקצין לא היה פיזית בחנה אלא בתחנה אחרת במרחק 20 דק' נסיעה. בשלב זה, הגיע הסניגור שהמדובב הציע לחשוד לקחת. החוקרים ידעו שאם הסניגור יראה אותו, לא תהיה הודאה. לכן, הם החליטו לדחות את הפגישה.

בחוק המעצרים יש עילות מסוימות שמאפשרות דחיית עילת פגישה עם עו"ד. אף אחת מהעילות היא לא עילה של חשש מכך שהפגישה תטרפד הודאה. אסור לדחות פגישה עם עו"ד בגין חשש כזה. אפילו דעת המיעוט בפס"ד זה ביקרה את המשטרה. דבר זה לא משנה, ההודאה בפני המדובב נפסלה לא בגלל זכות ההיוועצות אלא בגלל התנהלותו הפגומה.

**פס"ד אסף שי-** מדובר בסיפור טראגי של נהג משאית ללא עבר פלילי. הוא לא שם לב לרכב שבא לפנות שמאלה והתנגש בו מאחור בצורה קשה מאוד שהובילה לתאונת שרשרת קשה בה נהרגו אנשים. מיד אחרי התאונה אסף שי נחקר תחת אזהרה בחשד להריגה והכחיש, לא היה דבר מיוחד בחקירה. רישיון הנהיגה שלו נפסל בפסילה מנהלית. כחודשיים לאחר מכן, הוא הגיע לבית המשפט לדיון בנושא הפסילה המנהלית. מגיע אליו חוקר שביקש לשאול אותו כמה שאלות אחרי הדיון ולהתלוות אליו. אסף שי התלווה אליו. הוא הזהיר אותו שיש לו זכות שתיקה, אך לא יידע אותו שיש לו זכות היוועצות. אסף שי מיוזמתו ביקש להיפגש עם עורך דין. החוקר מתעלם מכך וממשיך לשאול שאלות ואסף שי עונה. בשלב מסוים, אסף שי מספר שהוא התעסק במספר דברים תוך כדי הנהיגה וכשחזר להסתכל לכביש הרכב הפונה היה במרחק קצר ממנו. באמירות אלה הוא למעשה מגיש לתביעה על מגש של כסף הרשעה בהריגה, הוא התעסק במשהו אחר, דבר המעיד על היסוד הנפשי של פזיזות.

הוא עומד לדין בגין הריגה. הוא מביא את הלכת יששכרוב ואומר שיש לפסול את קבילות ההודאה בשל הפגיעה בזכות להליך הוגן שחרגה מגדריה של פסקת ההגבלה. במילים אחרות, הוא אומר שהוא ביקש עורך דין, ומעבר לזה- החוקר עצמו היה צריך להציע לו עו"ד ולחכות שיגיע עו"ד.

חוק המעצרים ס' 34- "עצור זכאי להיפגש עם עורך דינו ולהיוועץ בו". איפה הבעיה? אסף שי לא היה עצור. ניסוח הסעיף בעייתי. זכות ההיוועצות צריכה להיות לכל חשוד שנמצא במשמורת המשטרה, בין אם במעצר או בין אם בעיכוב. יש הצעת חוק שמבקשת לתקן את החוק הקיים.

כבר ביששכרוב, השופטת בייניש מצביעה על כשל זה לפיו כתוב "עצור" אך שזכות ההיוועצות אמורה להינתן לא רק לעצורים. ביששכרוב היא לא הייתה צריכה לתת לכך מענה כי חוק השיפוט הצבאי מתקדם יותר מחוק המעצרים, הוא מדבר על זכות היוועצות לכל מי שיש הסתברות קרובה לוודאי שהוא ייעצר וביששכרוב לא היה ספק בנושא. באסף שי, **בייניש אומרת שזכות ההיוועצות צריכה להינתן לכל מי שנמצא במשמורת המשטרה, בין אם הוא חשוד, מעוכב או עצור.**

סעיף 34(ב)- ביקש העצור להיפגש עם עו"ד, יש לאפשר זאת ללא דיחוי. גם אם החוקר מעל בתפקידו ולא יידע על זכות ההיוועצות, אין מחלוקת שאסף שי ביקש להיוועץ עם עורך דין. השופטת בייניש צריכה לדון בשאלה מה הכוונה ב"ללא דיחוי"? בכמה זמן מדובר?

בייניש אומרת שבעבר, כשעצור ביקש להיפגש עם עו"ד לא היו חייבים להפסיק חקירה ולאפשר לו זאת, אלא ליידע על זכות השתיקה וההיוועצות, וכך החשוד שותק עד שהעו"ד מגיע. היא אומרת שאנחנו נמצאים בשלב שאחרי המהפכה החוקתית, וכרגע ההלכה צריכה לקבוע **שכאשר חשוד מבקש להיפגש עם עו"ד, יש ליצור מידית קשר עם עורך הדין(=בהנחה שאין סייג שמאפשר את הדחייה ע"פ החוק). אם הסניגור יגיע תוך מועד סביר, יש לעצור את החקירה ולחכות. אם הוא לא יגיע תוך מועד סמוך סביר, אפשר להמשיך אלא אם יש נסיבות מיוחדות המחייבות עצירה.** מהן אותן נסיבות? כל מקרה ע"פ נסיבותיו. במקרה זה של אסף שי, מדובר בנסיבות מיוחדות שחייבו עצירה גם אם עורך דין לא היה מגיע תוך מועד סביר. למה? כי היה מדובר באדם שלא נשקפה ממנו שום סכנה ובזמן של חודשיים לאחר התאונה. מה היה כ"כ דחוף למשטרה לקיים את החקירה כאן ועכשיו?

עולה השאלה האם אסף שי וויתר בכך שהמשיך לענות על שאלות? האם הוויתור נבע מאוטונומיה ובחירה מדעת? בייניש אומרת שהחוקר לא טרח לתעד מה קרה שם. ודבר נוסף, והוא החשוב, כשהיא מסתכלת על החקירה הראשית בבית המשפט, היא רואה את הדברים שאמר על השוטר- הוא מספר שפחד מהאיומים של החוקר ולכן רצה לסיים את הסיפור מהר וללכת הביתה. מכאן נובע שלא היה וויתור מתוך רצון טוב וחופשי אלא מחשש. בייניש מזכה אותו מהריגה ומרשיעה אותו בגרימת מוות ברשלנות בשל פסילת קבילות הראייה.

השופט רובינשטיין אומר שיש קושי רב בלזכות, אך יש לעשות זאת בגלל הלכת יששכרוב והזכות להליך הוגן.

\*הלכת חייבטוב- נדבר עליה בהרצאת אורח.

נראה מספר פסקי דין שהם יישום של הלכת ישכרוב:

**ד"נ שמש:**

פסק דין זה מעלה שאלה שנמצאת בתפר שבין דיני ראיות, משפט פלילי וסדר דין פלילי. הסיפור הוא 2 תאונות רכבת קשות שהתרחשו ב-2005. תאונות אלה הובילו ל-8 הרוגים ופצועים נוספים. משטרת ישראל פתחה בחקירה כדי לבדוק אם בוצעו עבירות פליליות. במקביל לחקירה הפלילית, גם רכבת ישראל(שהיא חברה ממשלתית) פתחה בפעולות בדיקה שנועדו לברר את התרחשות התאונות. הרכבת הקימה וועדת חקירה פנימית. מטרת הוועדה הייתה לברר את נסיבות התאונה ולוודא שהכשלים(ככל שהיו) לא יתרחשו יותר.

חוץ מההליך הפלילי, יש חשיבות להפקת לקחים מאירוע קשה כמו זה, וזאת מטרת הוועדה. ע"מ שיהיה שיתוף פעולה מצד העובדים רכבת ישראל התחייבה בפני העובדים שהם יכולים לדבר באופן פתוח מבלי ששום דבר שנאמר בוועדת החקירה לא ייצא לגורם חוץ רכבתי אלא באישור מיוחד של היועץ המשפטי של הרכבת. התחייבות זו הייתה **התחייבות מפורשת** של הרכבת בפני העובדים. העובדים שמגיעים לוועדה לא מגיעים לוועדה עם עורך דין, הם לא נחקרים תחת אזהרה ואין רלוונטיות לזכות ההיוועצות כי הרכבת היא לא בעלת סמכות חקירה וזו גם לא הייתה מטרתה.

מקריאת פסק הדין עולה שמי שלא שיתף פעולה היה נתון לסיכון שיינקט נגדו הליך משמעתי ואף סכנת פיטורים. הרכבת שידרה בגדול שהיא פשוט רוצה לתקן את הליקויים.

בשלב מסוים פונה המשטרה לרכבת ישראל וביקשה לקבל את הפרוטוקולים של הדברים שנאמרו ע"י העובדים בוועדת החקירה הפנימית. רכבת ישראל אומרת למשטרה שהיא תשמח למסור מה שהמשטרה תרצה, אך יש בעיה אחת. כתאגיד, הרכבת מוותרת על הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית, אך יש בעיה כי היא התחייבה בפני העובדים שהיא לא תעביר את החומר. לכן, אם היא תעביר את החומר, היא תפגע בזכות העובדים להליך הוגן ותפגע בזכות שלהם להגנה מפני הפללה עצמית. המשטרה פנתה לבית המשפט והשתמשה בסעיף 43 לחוק סדר הדין הפלילי(הצגת חפץ) שמאפשר לשופט להורות למסור למשטרה דברים מסוימים שחיוניים לחקירה.

הרכבת חוזרת על טענתה בשם העובדים – פגיעה בזכות להליך הוגן. זהו למעשה כלל הפסילה הפסיקתי. הרכבת יצרה מצג בפני העובדים שהיא לא תוציא שום דבר שנאמר ולכן הם דיברו. המשטרה עושה מעין קיצור דרך ומבקשת לקחת את הפרוטוקולים למרות שהעובדים לא הוזהרו ולא היו מיוצגים. הרכבת טוענת על רקע זה שמדובר בפגיעה בלתי מידתית בזכות להליך הוגן.

מנגד, אפשר לטעון שמסירת הפרוטוקולים תפגע ביכולת להפיק לקחים ולמנוע אותם, שכן אף אחד לא ישתף יותר פעולה עם וועדות חקירה פנימיות בעתיד. עם זאת, המקום הנכון שבו נכון לטעון לכלל הפסילה הפסיקתי הוא בשלב **המשפט, לא בשלב החקירה.** אם התביעה תרצה להגיש במשפט את הפרוטוקולים כראייה, יהיה אפשר לטעון לפסילת קבילות החומר בשל פגיעה בלתי מידתית בזכות להליך הוגן.

בפסק דין זה נעשה ניסיון לקחת את הלכת ישכרוב **אחורה, לשלב החקירה**, ולמנוע את העברת החומר למשטרה. הטענה היא שעצם העיון בחומר הרלוונטי פוגעת בזכות להליך הוגן. הניסיון היה למנוע מהמשטרה להצמיח ראיות חדשות. לגבי זה אפשר להעלות **2 טיעונים**, את הראשון שמצדיק את מניעת העיון מהמשטרה ראינו קודם – חשש מאי שיתוף פעולה עם וועדות חקירה פנימיות, שזהו אינטרס ציבורי חשוב ובנוסף כדי למנוע פגיעה בזכות להליך הוגן של אנשים שהובטח להם שהחומר לא ייצא החוצה. הטיעון הנגדי שתומך במתן החומר למשטרה אומר שמניעת העיון תפגע ביכולת המשטרה להגיע לחקר האמת ושמדובר בהליכה רחוקה מדי עם הזכות להליך הוגן.

הלכת ישכרוב היא פסילה של ראיה, כלומר- אי קבילות של ראייה. המשמעות של אי קבילות הראייה היא שבית המשפט לא יכול לקבל אותה. יש הבדל בין **חיסיון לבין קבילות.**

**חיסיון** הוא מכשיר שמונע מהגוף החוקר לראות את הראייה. מחסום של **קבילות** לא מונע מהגוף החוקר לראות את הראייה, **הוא מונע מבית המשפט לקבל את הראיה ולבסס הרשעה על בסיסה.** המחיר הציבורי על חיסיון הוא כבד יותר ממחיר של חוסר קבילות.

בפרשת שמש בגלגולה הראשון, בית המשפט העליון בדעת רוב(השופט דנציגר ביחד עם רובינשטיין אל מול הדעה החולקת של לוי) מגיע למסקנה **שצריך למנוע מהמשטרה לראות את החומר**. המשמעות המשפטית- ביהמ"ש יצר חיסיון **פסיקתי.** השאלה שצריך לשאול היא האם יש תקדים לחיסיון פסיקתי? האם ביהמ"ש יכול בכלל ליצור חיסיון פסיקתי?

קיים **חיסיון של מקור עיתונאי** שביהמ"ש יצר **בפס"ד בן ציון נ' סיתרין.** ביהמ"ש אומר שעיתונאי רשאי שלא לחשוף את המקור שלו כי אם לא, העיתונות לא תחשוף שחיתויות ולא תהיה עצמאית כל עוד המשטרה תוכל לדעת את זהות המקור ולקרוא לו לתת עדות. החברה הדמוקרטית מעדיפה את האינטרס של עיתונות שוחרת חופש ועצמאית, גם במחיר של אי גילוי האמת. לכן, למקור של עיתונאי, גם אם הוא ביצע עבירה, יש חיסיון. זהו חיסיון שהוא תוצר של פסיקה. מכך אנו למדים שאפשר ליצור חיסיון מכוח הלכה פסוקה.

בדיון נוסף שמש בית המשפט אומר שיצירת חיסיון כזה תיעשה במקרים חריגים ביותר, מאחר וכל חיסיון פוגע באמת וראוי שהמחוקק הוא זה שיאמר את דברו וייצור את החיסיונות ולא בית המשפט בפסיקה. זה אפשרי, אך לא רצוי שבית המשפט יהיה זה שעושה את זה.

במקרה זה, ביהמ"ש מסתכל על חוק השיפוט הצבאי ועל החקיקה שעוסקת במשטרת ישראל. שם יש חיסיונות לתחקירים פנימיים, כלומר- המחוקק חשב על זה והעניק חיסיון במקרים ספציפיים שהוא ראה לנכון. יצירת חיסיונות היא מדרון חלקלק שפוגע ביכולת המשטרה להגיע לחקר האמת ולכן ביהמ"ש אומר שצריכים להיות זהירים מאוד עם זה.

בגלגול הראשון של הפרשה בבית המשפט העליון, השופט רובינשטיין מתייחס לרכבת כגוף דו מהותי. היא חברה ממשלתית, אך יש פה מעין התחייבות שלטונית של גוף שמספק שירות חיוני לציבור. לכן, בהתחשב בשינוי מצבם של העובדים לרעה בעקבות התחייבות הרכבת, יש למנוע מהמשטרה לעיין בפרוטוקולים.

בדיון הנוסף הקביעה מתהפכת. הנשיאה בייניש אומרת שאין קשר להלכת ישכרוב, יש צורך לעשות הבחנה בין קבילות לבין חיסיון. לדבריה, יש כאן ניסיון לקחת את הלכת ישכרוב ולעשות ממנה כלל חיסיון, ואת זה היא לא מקבלת.

עם זאת, עדיין יהיה אפשר לטעון לכלל הפסילה הפסיקתי אם התביעה תרצה להגיש את החומרים האלה בפני בית המשפט. למשטרה ניתנת אפשרות כאמור רק לעיין בחומרים במסגרת החקירה.

**פס"ד הון צ'ואן לי**- עוסק בפרשנות סעיף 32 לחוק המעצרים. מדובר במקרה רצח קשה של עובדת זרה מהפיליפינים ע"י עובד זר אזרח סין. היה ביניהם קשר רומנטי והיא ככל הנראה החליטה לסיים אותו. הוא הגיע לדירתה בחיפה עם גרזן ושקיות, חנק אותה, רצח אותה וביתר את גופתה והשליך את החלקים בפחים.

הבחור נעצר בהרצליה, ובזמן המעצר נאמר לו שיש לו זכות שתיקה. השאלה היא למה מיידעים על הזכות הזאת בשטח? כדי שאם הוא יאמר דברים במהלך הנסיעה, הוא לא יוכל להגיד שהוא לא ידע או הוזהר. הוא מגיע לחקירה ובפתיחת החקירה מודיעים לו שיש לו זכות היוועצות עם עורך דין. בתום החקירה הודיעו לו שיש לו זכות לקבל ייצוג של סניגור ציבורי.

השאלה שעולה- מתי צריך להגיד לו שיש לו זכות לסניגור ציבורי? האם ההודעה צריכה להיות יחד עם ההודעה על זכות ההיוועצות **בפתח החקירה** ולא בסיומה?

לעניין ההרשעה, שאלת ההודאה לא הייתה קריטית. היו התבטאויות רבות שלו שקשרו אותו לאירוע ומספר פרטים מוכמנים שהוא ידע כמו מספר חלקי הגופה, חיתוך חלקים מסוימים בה ועוד. עם זאת, שאלת ההודאה עדיין נשארה דבר שצריך לבדוק. הוא הודה בפני קרימינולוג ברצח ועולה השאלה האם יש חיסיון להודאה שנעשית בפני קרימינולוג קליני(לא ניכנס אליה).

לגבי השאלה שראינו, סעיף 32 לחוק המעצרים אומר שצריך ליידע על זכות ההיוועצות והזכות לסניגור ציבורי אחרי שהקצין הממונה מחליט לעצור. נניח אדם נעצר בשטח ומובא לתחנה. הקצין הממונה צריך להחליט אם הולכים ל"כליאה"(מביאים אותו תוך 24 שעות בפני שופט) או שמשחררים אותו. החוק היבש אומר שהקצין הממונה צריך להודיע לעצור על זכות ההיוועצות **אחרי שהוא החליט על כליאה**. הקצין הממונה מחליט על כליאה במרבית המקרים אחרי שהוא שומע את החשוד, **כלומר- אחרי שהחשוד נחקר.** זה הנוהג שהיה.

סעיף 19 לחוק הסניגוריה הציבורית אומר שאדם שנעצר והובא למתקן המשטרה או שהוא חשוד בביצוע העבירה, יקבל הודעה **בהקדם האפשרי** על זכותו לקבל ייצוג. השופט רובינשטיין אומר שקיימת סתירה חזיתית בין שני סעיפי חוק. בית המשפט העליון אומר שכפי שהמשטרה נוהגת כלפי עצמה בגישה מחמירה בעניין ההודעה על זכות ההיוועצות, כך היא גם צריכה לנהוג כלפי ההודעה על האפשרות למינוי סניגור ציבורי, כצופה פני עתיד. כלומר- **יש ליידע על שתי הזכויות ביחד.** השופט רובינשטיין למעשה אומר שמה שווה זכות ההיוועצות אם אדם לא יודע שיש לו זכות לסניגור ציבורי? במיוחד כשמדובר בעובד זר שלא מבין מה הזכויות שלו.

אין כאן זיכוי מרצח בגלל כלל הפסילה הפסיקתי בגלל דברים אחרים שקשרו את הרוצח לאירוע.

**הלכת פרחי-** בישראל אין הלכה שעוסקת ב"פירות העץ המורעל". מה שכן אומר בית המשפט העליון הוא שהוא יבדוק כל ראיה וראיה ע"פ הפרמטרים של הלכת ישכרוב. אי אפשר להגיד מראש שאם נפסלה הראיה הראשונה בהכרח תיפסל השניה, כל ראיה תיבחן בפני עצמה. השופט אדמונד לוי בפס"ד פרחי מדבר על **ראיות נגזרות.** הוא מדבר על קשר סיבתי עובדתי וקשר סיבתי משפטי.

קשר סיבתי עובדתי הוא למעשה כל ראיה נגזרת. כל ראיה כזו תצלח את המבחן הזה. במקרה של פרחי, ברור שאלמלא ההבטחה שלא לבצע השוואה בין הDNA של החשוד למאגר אחר לא היו מגיעים אליו. לכן, ברור שיש כאן קשר סיבתי עובדתי.

עם זאת, צריך לבדוק אם יש גם קשר סיבתי משפטי או שהוא נותק. דוגמא לסיטואציה בה נותק הקשר הסיבתי המשפטי היא שנניח ושוטר נכנס ללא צו חיפוש לדירה מסוימת ומגלה שבוצעה שם עבירה. אין מחלוקת שהשוטר לא יכל להיכנס לדירה ולחפש ושהוא פעל שלא כדין, אך הוא כבר ראה את העבירה, החשוד הובא לתחנת המשטרה, נודע לו שיש לו זכות היוועצות ושתיקה והאיש הודה. בדוגמא זו, אומר אדמונד לוי, יש ניתוק של הקשר הסיבתי המשפטי. יש קשר סיבתי עובדתי- אלמלא כניסת השוטר ללא צו לא היינו מגיעים לחשוד. עם זאת, הקשר הסיבתי המשפטי נותק. יהיה אפשר לטעון שההודאה של האיש במשטרה(אחרי התייעצות עם עו"ד ויידוע על זכות השתיקה) לא קבילה בגלל הלכת ישכרוב. למה נותק הקשר הסיבתי המשפטי?

דוגמא נוספת שהשופט אדמונד לוי מביא בפס"ד פרחי היא חוקרי משטרה שנכנסים ללא צו חיפוש ומגלים ראיה. הם מצלמים אותה בטלפון הסלולרי כדי להתגבר על זה שהראיה המקורית היא למעשה תולדה ישירה של הכשל הראשון. במקרה זה קיים גם קשר סיבתי עובדתי וגם קשר סיבתי משפטי.

**הפרטת ההליך הפלילי**

**הפרטת בתי סוהר:**

ממשלת ישראל רוצה להטיב את תנאי הכליאה אך מצד שני לא רוצה להכניס את היד לכיס. משרד האוצר הוביל מהלך של הפרטת בתי סוהר, כלומר- הקמת בית סוהר ע"י תאגיד שפועל למטרות רווח. הרעיון הוא להטיב את תנאי הכליאה מבלי להשקיע כסף מההון הציבורי. המדינה תיתן את הכסף שהיא משקיעה בבתי סוהר לזכיין פרטי והוא יבנה בתי סוהר בתנאים טובים יותר- גודל התאים, אוכל, מיטות ועוד.

המחשבה מבוססת על כך שהמגזר הפרטי יעיל יותר. המדינה למעשה הופכת ממי שמפעילה בית סוהר לרגולטור, היא לא יוצאת מהתמונה לחלוטין, אך היא הופכת למפקח.

פקודת בתי הסוהר תוקנה ונוסף סעיף שמאפשר הקמת בית סוהר שפועל לתכלית רווח. על תיקון זה הוגשה עתירה לבג"צ ע"י המרכז האקדמי למשפט ועסקים.

**פס"ד המרכז האקדמי למשפט ועסקים-** העתירה מושתת על 2 דברים – 1. סימון הפגיעה בזכויות שנגרמת מהקמת בית סוהר פרטי 2. טיעון מוסדי. טיעון הפגיעה בזכויות בא ואומר שהפרטת בתי הסוהר פוגעת פגיעה בלתי מידתית בזכות לכבוד של האסירים. הטיעון המוסדי אומר שיש סמכויות שנמצאות בתוך הגרעין הקשה של הרשות המבצעת, ואותן סמכויות גרעיניות לא ניתנות להפרטה. אלו סמכויות שצריכות להישאר בידיה והוא מבוסס על סעיף 1 לחוק יסוד הממשלה. העותרים טענו שסמכות הכליאה היא חלק מהסמכויות הגרעיניות. דבר נוסף שעליו התבססו העותרים הוא עקרונות היסוד של השיטה, שגם מהם אפשר ללמוד שהכליאה היא חלק מהסמכויות הגרעיניות.

בית המשפט החליט שלא להתייחס לשאלה המוסדית על אף שהוא מצא אותה מעניינת, הוא ביקש להשאיר בצריך עיון את השאלה האם יש סמכויות גרעין/ליבה שנמצאות בידי הרשות המבצעת.

כלל ההסדרים הראשונים- אומר שהסוגיות הקריטיות שעוסקות בזכויות אדם למשל, יקבע המחוקק. בגלל שאין חוקה וכלל זה לא מעוגן חוקתית, המחוקק פועל בניגוד לסמכותו בפעמים רבות ומאפשר לרשות המבצעת לקבוע הסדרים מסוג זה. יש הטוענים שחוק שקובע הסדר ראשוני ולא נקבע על ידי המחוקק אינו חוקתי(בהנחה שהוא נקבע ע"י פקידים ברשות המבצעת שאינם נבחרים). גם אם יש חוק של הכנסת שמאציל סמכות מסמכויות הליבה של הרשות המבצעת, אולי יהיה אפשר לטעון שאינו חוקתי.

בית המשפט אומר שחוק יסוד הממשלה הוא חוק שאין בו מנגנון פגיעה – **אין בו פסקת הגבלה**, ולכן בית המשפט לא בוחר במסלול הטיעון המוסדי כדי לדון בשאלת פסלות החוק ומשאיר את הטיעון המוסדי בצריך עיון. ביטול חוק בגלל פגיעה בחוק יסוד מוסדי/משטרי הוא דרמטי וקשה יותר. מסלול טיעון הזכויות פשוט יותר- יש את מבחני פסקת ההגבלה. בית המשפט בודק אם הפרטת בתי הסוהר מהווה פגיעה בלתי מידתית בזכות לכבוד של האסירים.

השופטת בייניש יוצאת מנקודת הנחה של 3 הנחות יסוד:

1. כל זמן שאדם נכלא, בין אם בבית סוהר פרטי או ציבורי, זכותו לחירות וחופש התנועה שלו נפגע. זה ברור.
2. הואיל ובית הסוהר המדובר עדיין לא אוכלס, אין הוכחה שבבית הסוהר הפרטי קיים פוטנציאל פגיעה גבוה יותר בזכויות האדם של האסירים מאשר בבית סוהר ציבורי. זו הנחת מוצא חשובה.
3. המנגנונים שיש למדינה כדי לפקח על בתי הסוהר מצוינים, הרגולציה טובה ולכן אפשר לבצע פיקוח ראוי.

כשבית המשפט בודק את טיעון הפגיעה בזכויות, הוא שואל האם יש פגיעה **במשמעות שמיוחסת בחברה הישראלית לכליאתו של אדם בבית סוהר המנוהל ומופעל ע"י תאגיד פרטי.** כלומר, כבר בדיון בפגיעה בכבוד, בית המשפט שוזר את הטיעון המוסדי- הוא שואל מה המשמעות שמייחסת החברה לכליאה בבית סוהר פרטי.

ביהמ"ש אומר שתכלית החוק ראויה- שיפור והטבת תנאי הכליאה של האסירים. כעת בית המשפט עובר לבחון את מבחני המידתיות:

החוק עובר את 2 מבחני המידתיות הראשונים, יש קשר רציונלי בין האמצעי שנבחר למטרה. לגבי המבחן השני, אומר ביהמ"ש שהעותרים לא הצליחו להראות שיש אמצעי פוגעני פחות שמשיג את אותה המטרה. החוק נופל במבחן השלישי – המידתיות במובן הצר, האם התועלת עולה על הנזק.

השופטת בייניש מדברת על היקף תחומי האחריות בין מה שהסקטור הציבורי צריך לקיים לבין מה שהסקטור הפרטי צריך לקיים. זהו בדיוק הטיעון המוסדי שבית המשפט אומר שהוא לא דן בו, נעשה שילוב שלו בדיון במסגרת הזכויות. השופטת אומרת שיש כאן ניצול של תאגיד שפועל למטרות רווח ופגיעה של המדינה ב"אמנה החברתית" שלה עם האזרחים. ההליך הפלילי מנוהל ע"י המדינה, כולל עונש מאסר. תהליך הכליאה הוא חלק מההליך הפלילי במובן הרחב, והמדינה לא יכולה להפריט את השלב האחרון ולנתק אותו משאר ההליך.

בפסק הדין קיימת דעת מיעוט של השופט אדמונד לוי. הוא אומר שבמדינת ישראל קיימים המון תחומים שמופרטים. למשל- תאגידי תביעה פרטיים, סניגוריה ציבורית, אשפוזים בכפייה, עמותות שפועלות ללא מטרות רווח, האצלת הסמכות של היועמ"ש לעורכי דין פרטיים להגיש כתבי אישום ועוד. השופט לוי תוהה מה דווקא בהפרטת בתי סוהר כל כך מיוחד. הוא אומר שלפי דעת הרוב הפגיעה בהפרטה כה חמורה שאין דבר שיערער אותה, גם אם הזכיין הפרטי ייתן תנאים מעולים.

**הניתוח של אסף הראל ומיכל טמיר לפסק הדין במאמרם:**

הם אומרים שבסופו של דבר בית המשפט קבע שהחוק אינו חוקתי וביטל אותי בשל הפגיעה בכבוד. הפגיעה בכבוד היא הזכות הסימבולית שיש לאסיר להיאסר בבית סוהר ציבורי. השאלה שעולה במאמר- האם אסיר יכול לוותר על הזכות הזאת?

נכון שבמתכונת של החוק זה לא אפשרי, אך אילו היה תיקון קטן שמאפשר לאסיר שנמצא מתאים להיכלא בבית סוהר פרטי זכות בחירה האם החוק היה חוקתי?

ככלל, קיימת שאלה גדולה סביב האפשרות לוותר על זכות חוקתית. הוויתור צריך להיבחן ב-2 פרספקטיבות:

1. וויתור על הזכות החוקתית במישור הציבורי, מול המדינה.
2. וויתור על הזכות החוקתית במישור הפרטי, מול אדם אחר.

**וויתור במשפט הציבורי:**

במישור הציבורי, יש פערי כוחות ברורים. הזכויות נועדו להגן על הפרט מכוחות חזקים אלה של השלטון. כשאנו רוצים לאפשר לפרט לוותר על זכותו החוקתית מול השלטון, יש לברר קודם שפערי הכוחות נוטרלו. איך עושים זאת? דרך פסקת ההגבלה והמבחנים שהיא קובעת. החוק צריך לאפשר מנגנון שיתן לפרט לוותר על זכות חוקתית וויתור זה ייבחן באמצעות מנגנון.

בארה"ב למשל, החוקה מאפשרת לאדם לוותר על זכותו להישפט בפני מושבעים. אם אדם בוחר בכך, בית המשפט צריך לאשר זאת. זו דוגמא למנגנון שקיים כדי לבחון את הוויתור.

לכן, **וויתור על זכות חוקתית במשפט הציבורי הוא אפשרי כל עוד יש מנגנון שבוחן את זה.**

גם בישראל קיימת דוגמא בהקשר זה. בהלכת פס"ד בן חיים שראינו, אדם יכול לוותר על זכותו שלא יבוצע בו חיפוש בהיעדר עילה בחוק בהסכמתו.

**וויתור במשפט הפרטי:**

זכויות האדם חלחלו גם למישור הפרטי וליחסים בין פרטים. נכון שהחובה של פרט לכבד זכויות אדם של פרט אחר אינה זהה לחובת השלטון לכבד זכויות אדם, אך עדיין אפשר לוותר על זכויות חוקתיות במסגרת יחסים זו. בניגוד למשפט הציבורי, כשהוויתור נעשה במשפט הפרטי, ההבדל הוא שהוויתור ייבחן בפרספקטיבה של **תקנת הציבור.** נבחן האם הוויתור עולה בקנה אחד עם תקנת הציבור. למשל, מה דין הסכם בין שני פרטים בו נקבע שפרט א' יהיה עבד של פרט ב'? נבדוק האם זה חורג מתקנת הציבור.

האם יש מגבלות לוויתור על זכויות(בין אם במשפט הציבורי ובין אם במשפט הפרטי)?

המאמר מונה כמה מגבלות:

* זכויות גרעיניות – מדובר בזכויות שקשורות לצלם האדם, כמו שלמות גופו. בפרשת ההתנתקות למשל היו אנשים שרצו להמשיך לגור בשטחים שפונו גם לאחר ההתנתקות. הם אומרים למדינה שהם יגנו על עצמם. בית המשפט העליון דוחה זאת שכן המשך ההתגוררות בשטחים תעמיד את אותם אנשים בסיכון רב והמדינה לא יכולה לקחת סיכון כזה. דוגמא נוספת היא **פס"ד גואטה-** בוצע חיפוש פולשני באדם בהסכמתו. השופט אלון אומר שיש גבול לכל חיפוש, כשמדובר בהשפלה ורמיסה של כבוד האדם אי אפשר לבזות אדם **גם אם הוא מסכים לכך.**
* וויתור שכפוף לפגיעה בזכויות של אחרים- לדוגמא- פסק דין בו אדם ביקש שאחרי מותו גופתו תינתן למאכל בעלי חיים מתוך תפיסותיו. בית המשפט העליון אומר שאף אם אדם מחל על כבודו, הדבר פוגע ברגשות של אחרים ובאינטרס הציבורי.
* זכויות קוגנטיות- אינן ניתנות לוויתור. יש כאן מימד פטרנליסטי- המדינה יודעת טוב יותר מהפרט מה טוב לו. דוגמא לכך היא דיני עבודה- המדינה קובעת שאדם לא יכול לוותר על זכויות מסוימות מתוך הבנה שהוויתור מבוסס על פערי הכוחות בין העובד למעביד.

וויתור דורש כאמור מנגנון ראוי שיוודא שהאדם המוותר מודע לזכות שהוא מוותר עליה ולהשלכות הוויתור.

דיון זה מוביל אותנו לדיון בהקשר של וויתור על זכויות במסגרת הפרטה. הטענה שעולה היא שעצם ההפרטה פוגעת בזכות לכבוד של האסירים. השאלות שעולות הן באיזה היבטים של פגיעה בכבוד מדובר והאם בצד הלגיטימציה שהמחוקק נותן להפרטה יש לתת לגיטימציה לזכות של האסיר לוותר על האפשרות להיאסר בבית סוהר ציבורי?

"כבוד":

השופטת בייניש מדברת על פגיעה בכבוד. אך באיזה היבט של כבוד מדובר? מה ההיבט שנפגע? כשנדע את זה, נדע אם אסיר יכול לוותר על כך. אסף הראל ומיכל טמיר במאמרם מעלים מספר מעגלים של כבוד:

1. כבוד האדם כחירות- ברור שעונש מאסר פוגע בחירותו של אדם וכשלעצמו אינו חוקתי. זהו מעגל פשוט.
2. כבוד האדם במובן הגרעיני- כאן מדובר בכבוד ששולל פגיעה פיזית – עינויים, פגיעה בגוף. מהכבוד הגרעיני אנו למדים שבמובן הזה זכויות האדם הן מוחלטות. כבוד זה מבוסס על כך שהאדם נברא בצלם אלוהיו, ולגבי כבוד זה לא יהיו פשרות. באנגלית אפשר להגביל כבוד זה למילה "Glory". השופט ברק אומר בהקשר זה למשל שחקירה סבירה היא חקירה ללא עינויים וללא יחס משפיל ואין לכך חריגים או איזונים. פסק הדין של בייניש כמו שראינו יוצא מהנחה **שאין הוכחה שבית הסוהר הפרטי יפגע יותר מהציבורי**, והואיל וזו הנחת המוצא, אין בעיה לוותר על הזכות להיאסר בבית סוהר ציבורי.
3. המשמעות החברתית והסמלית שיש לכליאה בבית סוהר ציבורי- דווקא לכליאה בבית סוהר ציבורי יש משמעות חברתית. כדי לבסס מעגל זה של כבוד פסק הדין עוסק באמנה החברתית, באתוס השירות הציבורי, בחברה הדמוקרטית, במשמעות הערכית והסמלית להיאסר בבית סוהר ציבורי. מעגל זה כולו קשור לשאלה המוסדית. פסק הדין למעשה מתמקד כולו במעגל זה.
4. רמת הקיום המינימלי לה זכאי האדם- מעגל זה אומר שיש לאדם זכות שצרכיו הבסיסיים יסופקו לו כדי שיוכל להתקיים בצורה מינימלית בכבוד. מעגל זה עוסק בזכויות חברתיות, ואומר שהמדינה צריכה לספק לפרט מינימום של קיום בכבוד. אדם שאין לו קורת גג הוא אדם שכבודו נפגע, אדם שאין לו גישה לטיפול רפואי הוא אדם שכבודו נפגע ועוד. בעוד שהמעגל הגרעיני השני עוסק בהיבטים האוניברסליים של צלם האדם, המעגל הרביעי עוסק בתנאים שיכולים להשתנות מחברה לחברה. היקף הזכויות החברתיות שכל חברה מעניקה לאזרחיה משתנה על סמך היכולות הכלכליות של כל חברה. יש מדינה שחושבת שחלק מהקיום בכבוד הוא לימודים אקדמיים בחינם ויש מדינה שחושבת שרק חוק חינוך חובה. ברור למשל שרעב לא מתיישב עם רמת קיום נאותה בשום מקום, אך פערים באיכות התזונה היא דבר שמשתנה. בהקשר הדיון שלנו, ברור שאין פגיעה במעגל כבוד זה, תנאי הכליאה בבתי הסוהר הציבוריים הם מינימליים והמדינה רוצה לשפר אל מעבר למינימום.
5. אוטונומיה של הרצון הפרטי- "רצונו של האדם כבודו". אדם נתפס כישות רוחנית שיכולה לפתח את עצמה, את האישיות שלה, לקבוע את גורלה. עצם העובדה שמאפשרים לבית סוהר להתנהל באופן פרטי פוגעת בזכות הסימבולית, אך מה יעדיפו רוב האסירים? תנאי כליאה טובים בהרבה או פגיעה סימבולית? לכן, האוטונומיה היא רכיב חשוב של הכבוד.

כאמור, בית המשפט ביקש להשתית את פסיקתו על הפגיעה בכבוד, במעגל השלישי, ולהתעלם לכאורה מהטיעון המוסדי. עם זאת, זהו פסק דין מוסדי טהור במסכה של זכויות אדם. במאמר, הכותבים ביקשו להרים את המסך. אם מדברים על כבוד, הכבוד הוא דבר הרבה יותר רחב מהמשמעות הסימבולית להיאסר בבית סוהר ציבורי. **הוא כולל מתן אפשרות לפרט לוותר על האפשרות להיאסר בבית סוהר ציבורי כדי לשפר את רמת הקיום המינימלית שלו.** אי אפשר לגזור מהכבוד את מה שרוצים ולשכוח שיש לו עוד היבטים שקשורים באסיר, והם המעגלים האחרים שראינו. המאמר מציע להוסיף מנגנון של בחירה לאסיר.

**רגשות במשפט- הרצאת אורח**

**"הטיות בקבלת החלטות שיפוטיות:**

* הגישה הפורמליסטית- קיים חוק, תקדימים, מאמרים ולפיהם יש ללכת ורק לפיהם. אין צורך בדבר נוסף מעבר.
* הגישה הריאליסטית- אי אפשר לנתק לחלוטין את השקפת העולם והרגשות של השופט. גם הוא אדם ועליו עוברים דברים מסוימים שנגזרים מחייו האישיים. גישה זו אומרת שיש להכיר בכך כהטיות ולהתייחס לכך בהתאם.
* גישת המשפט הטיפולי- גישה זו אומרת שיש לקחת את ההטיות הקיימות ולעשות מהן דבר חיובי. מה הכוונה בשופט טיפולי? שופט שלא נשאר "כלוא בכלוב של המשפט". הכוונה היא שהשופט חייב לפתוח את עיניו ולראות את הסכסוך באופן רחב יותר. שופט טיפולי הוא שופט שיש לו רגשות, איך הוא יודע כיצד לווסת אותן נכון, כך שהחלטתו לוקחת בחשבון את בני האדם שבאים לפתחו ולא רק את החוקים והדינים.

**משפטנים- "חושבים" ולא "מרגישים:**

רגשות ושפיטה- מחקרים שנעשו על מושבעים בארה"ב ביקשו מהם לראות תמונה של נרצחת ולהתעלם. מה קרה להם רגשית? לא רק שהם לא התעלמו, זה הדבר שהכי השפיע להם על ההרגשה. רגשות גורמים לאנשים לא לראות את כל התמונה המלאה.

רגשות התביעה- תובעים מייצגים את המדינה ועל כן מנסים לשמור על ממלכתיות("האם המדינה יכולה לקום בבוקר כשהיא לא סובלת נאשם או מתלוננת"? התשובה היא כן, אך לא רק זה צריך להשפיע על השיקולים).

**חקירה משטרתית- זכויות החשוד**

חקירה היא הליך שפוגע בצורה די קשה בזכויות החוקתיות של הפרט- כבוד, פרטיות ועוד. מדובר בהליך מורכב. כשאדם נקרא לחקירה משטרתית בין אם כעד או בין אם כחשוד מצופה ממנו להגיע לחקירה ובנוסף לומר אמת בלבד.

פקודת הפרוצדורה הפלילית(1927)- קובעת כללים לגבי מהלך החקירה ואיך היא צריכה להתבצע. זהו המקור הנורמטיבי שמכוחו חוקרי המשטרה מבצעים את סמכות החקירה שניתנת להם. זוהי סמכות שלטונית. סעיף 2 לפקודה מסייג את החובה להשיב על שאלות לכך שאפשר לא להשיב על שאלות שעלולות להעמיד את הנחקר בסכנה של אשמה פלילית.

הפסיקה הרחיבה את הזכות להגנה מפני הפללה עצמית עד לזכות שתיקה מוחלטת. חשוד יכול שלא לענות על אף שאלה שהוא נשאל, אפילו הפשוטות ביותר. השאלה האם ראוי להקנות לחשוד זכות שתיקה מוחלטת נשארה בצריך עיון, אך זו עדיין ההלכה והפרקטיקה הנוהגת.

לאור הפגיעה בזכויות חקירה היא דבר המחייב הסמכה מפורשת בחוק. הסמכה כזאת קיימת לגבי משטרת ישראל אך לעיתים יש גופי חקירה נוספים כמו הרשות להגבלים עסקיים שקיבלו הסמכה מפורשת לבצע חקירות.

פתיחה בחקירה פלילית היא כשלעצמה, גם אם בסוף לא יוגש כתב אישום, יכולה לגרום נזקים רבים לנחקר ועשויות להיות לה השלכות רחבות על החקירה עצמה. ראשית, ברישום המשטרתי, יש תיעוד על פתיחה בחקירה. אדם שנחקר כחשוד נתוני הזיהוי שלו נכללים במאגר הזיהוי המשטרתי. יש לכך משמעויות. למשל- יש גורמים מסוימים שיכולים לעיין ברישום המשטרתי. לא מדובר בהרשעה אלא רק בפתיחה בחקירה, אך עדיין מדובר בדבר שלא היינו רוצים שהוא יהיה בגלל הפגיעה במהלך החיים התקין(תעסוקתי, משפחתי, חברתי ועוד).

\*כאשר נפתחת חקירה פלילית נגד שופט למשל, יש צורך בהסכמה של היועץ המשפטי לממשלה. כך גם לגבי חקירה שנפתחת נגד ראש ממשלה.

**מתי נפתחת חקירה?**

ע"פ חוק סדר הדין הפלילי המשטרה רשאית לפתוח בחקירה כאשר נודע לה על ביצוע עבירה. הידיעה יכולה להגיע באמצעות תלונה או בדרך אחרת כמו תחקיר עיתונאי.

התשתית הראייתית הנדרשת לפתיחה בחקירה- חשד סביר לביצוע עבירה. אם אין חשד כזה אין חקירה. האם ניתן לצקת תוכן בחשד הסביר גם באמצעות ראיות שאינן קבילות כמו מידע מודיעיני, פוליגרף ועוד או שיש צורך רק בראיות קבילות? התשובה היא שאפשר גם באמצעות ראיות שאינן קבילות, כמו בפס"ד פרחי. מדובר ברף ראייתי שאינו גבוה, אך הוא עדיין דורש קיומן של ראיות.

מה קורה כשאין חשד סביר לביצוע עבירה ואין את "כרטיס הכניסה" לחקירה אך עדיין רוצים לבדוק בצורה מסוימת אם בוצעה עבירה כי יש ראיות כלשהן? האם יש הליך טרום חקירתי?

**בדיקה מקדימה:**

לבדיקה מקדימה אין עיגון בחוק. ע"פ עיקרון חוקיות המנהל רשות מנהלית יכולה לעשות רק מה שהדין הסמיך אותה לעשות. משטרת ישראל היא רשות מנהלית. מה הדרך להתגבר על היעדר העיגון בחוק?

בהקשר של אנשי ציבור, קיים חשש שיהיו גורמים שינסו לעשות שימוש פסול בהליך הפלילי כדי לפגוע בעשייה הציבורית שלהם.

בתיקון להנחיה האחרונה של היועץ המשפטי לממשלה הוא מונה 2 סיטואציות לפתיחה בבדיקה מקדימה:

1. כאשר יש תלונה, נבדק ונמצא שאין חשד סביר אך במקום לגנוז את התיק, בגלל העניין הציבורי, הרגישות הציבורית והמעמד הציבורי של נשוא התלונה יש רצון לבצע עוד בדיקות.
2. תרחיש שבו עדיין לא נבדק אם יש חשד סביר או לא אך בגלל המעמד הציבורי ובגלל ההשלכות של חקירה אפשרית על נושא התפקיד הציבורי יש רצון לעבות מראש את הראיות.

**איך מתגברים על היעדר הסמכות בחוק לביצוע בדיקה?** מפרשים אותה כסמכות עזר. סמכות עזר היא כלל שאומר שכשיש סמכות ראשית שמעוגנת בחוק, יש סמכויות שנגזרות ממנה גם אם אינן כתובות בחוק. הרציונל הוא שיש לאפשר לרשות המנהלית פעילות דינאמית, אי אפשר שהכל יהיה מעוגן בחוק. הסייג של סמכות עזר הוא שאי אפשר באמצעותה לפגוע בזכויות אדם בגלל פסקת ההגבלה של חוקי היסוד.

**האם בדיקה מקדימה באמת יכולה להיחשב לסמכות עזר?** כן, כי היא דווקא באה להגן על זכויות החשוד ולא פוגעת בהן, מדובר בפעולות שעשויות למנוע חקירה ולכן הדבר אפשרי.

|  |  |
| --- | --- |
| **בדיקה וחקירה** | **העמדה לדין** |
| חשד סביר. | צורך בתשתית ראייתית(=סיכוי סביר להרשעה). |
| עניין ציבורי במיצוי התלונה לאור התפקיד הציבורי. | נסיבות העניין בכללותן מצדיקות העמדה לדין(=עניין לציבור). |

נניח ואין סיכוי סביר להרשעה אך יש עניין רב לציבור, האם אפשר להפחית באחד התנאים אם השני מזין אותו? התשובה שלילית, אלו דברים לא קשורים אחד לשני ולכן אין מקום להזנה הדדית שלהם.

מה קורה לגבי בדיקה וחקירה? נניח ו**אין חשד סביר** אך יש עניין ציבורי במיצוי התלונה. האם כאן יש מקום להזנה הדדית בשונה מהעמדה לדין? התשובה היא כן, בגלל שזה למעשה מגן על הזכויות של איש הציבור. ייתכן שלגבי אדם אחר התלונה הייתה נגנזת בהיעדר חשד סביר, אך כשמדובר באיש ציבור, יש מקום לבדיקה מקדמית בגלל העניין והתפקיד הציבורי.

היקף הבדיקה המקדימה:

הכוונה לשאלה מה מותר ומה אסור במסגרת בדיקה.

**האם מותר לעצור או לעכב את נשוא הבדיקה?** התשובה שלילית. כרטיס הכניסה לכל שלילת חירות היא לפחות חשד סביר. אם אין חשד סביר לפתיחה בחקירה, בוודאי שאי אפשר להגביל את חופש התנועה ולעצור או לעכב. ע"פ הנחיית היועץ המשפטי לממשלה הכלל הוא שבכלל לא פונים לנשוא הבדיקה אלא בהסכמת היועמ"ש. אפשר לפנות לרשויות אחרות כדי לקבל מידע(כמו רשות המיסים), אפשר לגבות עדויות ממעורבים או עדים, אפשר לבצע בדיקות כלכליות ועוד. אי אפשר לחקור תחת אזהרה כי זאת לא חקירה, חקירה מחייבת שהאיש יהיה חשוד והוא עדיין לא חשוד.

**מה כן אפשר?** לקרוא לתשאול באישור היועץ המשפטי לממשלה. האם יהיה אפשר להשתמש בדברים שהוא יאמר בתשאול כנגדו לאחר מכן? אין לו זכות היוועצות כי הוא לא חשוד והוא לא הוזהר. רוב הסיכויים שדברים שיאמרו בבדיקה לא יהיה אפשר להשתמש בהם.

**פוליגרף-** אסור לבצע במסגרת בדיקה.

**האם בדיקה עוצרת את מירוץ ההתיישנות?** ההתיישנות בהליך פלילי נגזרת מהעונשים. יש התיישנות לעבירות חטא, עוון ופשע. נניח ויש התיישנות של 10 שנים ואחרי 9 וחצי שנים מבצעים פעולת חקירה- השעון מתאפס. לכן המנגנון הקיים בעייתי. הוא גורם לכך שאדם יהיה תחת החרב הפלילית שנים רבות. האם בדיקה עוצרת את מירוץ ההתיישנות? אין פסיקה בנושא. הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מניחה שהרציונל שחל על חקירה חל גם על בדיקה, ומכאן שהיא עוצרת התיישנות. נראה שהנחיית היועץ מתייחסת לתרחיש בו לא נבדק עדיין אם יש חשד סביר.

**גבולות החקירה:**

**פס"ד הוועד הציבורי נגד עינויים-** פסק הדין עוסק בשיטות החקירה של השב"כ ודן ב-2 שאלות:

1. האם לחוקרי השב"כ יש סמכות לבצע חקירות?
2. במידה וכן- מה מותר להם במסגרת חקירה? האם מותר להשתמש באמצעים פיזיים כמו טלטולים, איזוק, חקירה בשעות לילה קשות, איזוק בתנוחת שב"ח ועוד שיטות שהשב"כ משתמש בהן.

חשוב להבין שהתכלית החקירתית של השב"כ שונה מהתכלית החקירתית של המשטרה. המשטרה חוקרת כדי לאתר ראיות ולאסוף ראיות ע"מ שתובע יוכל לקבל החלטה אם בוצעה עבירה בעבר בעוד שהשב"כ עניינו סיכול ומניעת ביצוע פיגועים בעתיד.

לגבי השאלה הראשונה- השב"כ הוקם על בסיס ס' 32 לחוק יסוד הממשלה שקובע לה סמכות שיורית לבצע פעולות שלא מוקנות לרשות אחרת. המדינה טענה שסמכויות החוקרים נגזרות מסעיף 32 לחוק יסוד הממשלה. טענה זו לא התקבלה כי מדובר בפגיעה בזכויות אדם ואי אפשר לבסס אותה על סמכות שיורית. המדינה העלתה טיעון חלופי- ס' 2 לפקודת הפרוצדורה הפלילית מקנה סמכות לחקור. המדינה הביאה הסמכה שמית של השר לגבי כל חוקר וחוקר וכך פתרה את בעיית מקור הסמכות.

לגבי השאלה השנייה- השופט ברק אומר שכל חקירה מעמידה נחקר במצב קשה. לא מדובר במו"מ בין סוחרים, אלא במשחק מוחות מורכב. הוא אומר שאמצעים ברוטליים שאינם אנושיים חל עליהם איסור מוחלט והדבר לא נתון לאיזונים. האיסור נגד עינויים שנמצא באמנות שישראל חתומה עליהם הוא איסור מוחלט. לעומת זאת, כשמדובר באמצעים לא נעימים כמו איזוק, חוסר שינה, כיסוי עיניים ועוד, יהיו מותרים רק אם הם מקדמים צורך חקירה אינהרנטי וגם עליהם להיות מידתיים. אם למשל יש חשש שהחשוד יפגע בחוקר, אפשר לאזוק אותו. ברק אומר שאסור לנקוט באמצעים אלה כדי להחליש את כוח ההתנגדות. אסור להשפיל אדם בחקירה.

מה קורה במצב בו יש פצצה מתקתקת ואין דרך אחרת למנוע את הפיגוע חוץ מלבצע שימוש באותם אמצעים חריגים? המדינה אומרת שיש סמכות. הסמכות היא הגנת הצורך. הגנה זו היא סייג לאחריות פלילית בדיני העונשין. המדינה טוענת שסייג זה מקנה לה סמכות להשתמש באמצעים חריגים כשמדובר בפצצה מתקתקת. השופט ברק אומר בתגובה שמבחינה משפטית הגנת הצורך לא יכולה להוות מקור סמכות מראש. במשפט פלילי הגנת הצורך נבחנת בדיעבד, אחרי שבוצעה העבירה. אחרי שבוצעה פעולה קשה מסוימת יכול חוקר לטעון להגנת הצורך ולקוות שהיא תתקבל, אך היא לא מקור סמכות שמכשיר מראש פעולות חקירה שאינן לגיטימיות. ברק אומר שכמדינה דמוקרטית יש לנו גבולות וסייגים.

**מה קרה אחרי פסק דין זה?**

לא נחקק חוק כמו שברק הציע למדינה. היועמ"ש לשעבר רובינשטיין הוציא מסמך שמכיל שיקולים שאמורים להנחות אותו אם להעמיד לדין חוקר שב"כ שהפעיל שיטות חקירה לא חוקיות או שקיימת לו הגנת הצורך.

רובינשטיין אומר בצורה ברורה שהגנת הצורך לא תחול על אמצעי חקירה שנקיטתו היא בגדר עינויים כמשמעה באמנה נגד עינויים ויחס משפיל. **כלומר- גם בחסות הגנת הצורך עינויים אסורים.** מצד אחד, ראינו שנקבע שהגנת הצורך היא בדיעבד ולא מראש. מצד שני, ההנחייה קובעת קו מנחה מראש ואומרת שהגנת הצורך לא תעמוד לעינויים.

בחוק השב"כ שנחקק ב-2002 קיים ס' 18 שאומר שעובד השירות לא יישא באחריות פלילית או אזרחית למעשה או מחדל שנעשה בתום לב, באופן סביר, במסגרת תפקידו ולשם מילוי תפקידו. לסעיף יש סייפא שאומרת שאין בסעיף כדי לגרוע מאחריות לפי כל דין.(?)

**זכות השתיקה:**

ראינו שלחשוד יש אפשרות לשמור על זכות שתיקה מלאה בחקירה.

ג'רמי בנתאם- אמר שאילו היו מתאספים עבריינים מכל הסוגים ומנסחים שיטה לפי אוות נפשם, האם זכות השתיקה לא הייתה הכלל הראשון שהם קובעים לביטחונם? חפות תדרוש את זכות הדיבור כפי שאשמה תקרא לעזרתה את זכות השתיקה.

בנתאם למעשה שואל למה לאפשר זכות שתיקה לחשוד? למה לתת לעבריינים פרס כזה? נקודת המוצא של בנתאם היא שמי ששותק אשם ומי שחף מפשע מדבר, כי באופן טבעי כשמטיחים באדם האשמות, אדם חף מפשע ירצה להפריך אותן.

ייתכן שנקודת המוצא של בנתאם שגויה. אפשר לומר שהיא נועדה להוות מגן לחפים מפשע. דווקא החף מפשע שהוא אדם נורמטיבי לרוב, עלול להודות בדברים שהוא לא ביצע ולייחס לעצמו מעשים פסולים. השתיקה מאפשרת לנחקר לייצר מיסוך בינו לבין החוקר ולהמתין עד להתייעצות עם עורך דין.

חשוד שלא ידבר בחקירה וימסור את גרסתו רק כנאשם לשופט בדיון עדותו לא תחזיק. הדבר נקרא "עדות כבושה". אם חשוד שותק בחקירה הראשונה ומדבר בחקירה השנייה או השלישית עדותו לא תהיה כבושה.

**פס"ד גלעד שרון:**

מעלה שאלה שקשורה לסעיף 47 לפקודת הראיות. סעיף זה הוא המקור הנורמטיבי הנוסף לזכות שתיקה במשטרה.

סעיף 47 לפקודת הראיות:

הוא אומר ש"אין אדם חייב למסור ראייה שיש בה הודאה בעובדה ביסוד מיסודות העבירה שהוא מואשם בה".

* **האם הסעיף מדבר על זכות שתיקה מוחלטת?** סעיף זה לא מדבר על זכות שתיקה מוחלטת, אלא על חיסיון מפני הפללה עצמית.
* **האם הסעיף חל רק על חקירה במשפט או גם חקירה במשטרה?** ס' 52 לפקודת הראיות מחיל את הסעיף גם על חקירה במשטרה וגם על חקירה בביהמ"ש.
* **האם הסעיף חל רק על ראייה ורבאלית או גם על ראייה חפצית?** חל על שתיהן, כלומר- גם על מסמכים וגם על ראייה בע"פ.

סעיף 47(ב)- הסעיף מאפשר לבית המשפט לכפות על אדם להציג ראייה על אף שהיא עשויה להפליל אותו ובתנאי שביהמ"ש יעניק "חיסיון שימוש". כלומר- אי אפשר לעשות בראייה שימוש כנגד הנאשם. מה קורה עם פירותיה של הראייה המקורית? היא יכולה להוביל לכיווני חקירה שיביא ראיות נוספות שבהן כן אפשר לעשות שימוש כנגד הנאשם.

סעיף 47(ג)- אם אדם בוחר להעיד במשפטו כעד הגנה, הוא לא יוכל בשלב החקירה הנגדית להגיד שהוא לא עונה על שאלה כי התשובה עלולה להפליל אותו.

**ההבחנה בין מסמכים פרטיים למסמכים ציבוריים-** זוהי הבחנה שהפסיקה עושה. מסמכים פרטיים הם מסמכים שיוצר אדם מבלי שתהיה לו חובה חוקית ליצור אותו(מכתב, יומן וכו'). מסמכים ציבוריים הם דברים שיש להוציא ע"פ חוק כדי להציג בפני הרשויות, כמו דרכון, דו"חות מס ועוד. הבחנה זו חשובה כי הפסיקה אומרת שהחיסיון מפני הפללה עצמית **לא חל על מסמכים ציבוריים** גם אם הם עלולים להפליל אדם. החיסיון חל רק על מסמכים פרטיים. הרציונל הוא שדברים שאדם מחויב לעשות ויש להם אלמנט ציבורי הם דברים שאמורים להיות גלויים.

**פס"ד לגזיאל-** מדובר בכתב אישום שהוגש נגד נאשם. העו"ד שלו צילם את כל המסמכים, קרתה תקלה והמסמכים אבדו לפרקליטות ולתביעה. הם פנו לסניגוריה וביקשו לצלם את המסמכים כי הם צילמו אותם. הסניגור השיב שהוא לא אמור לספק לתביעה את הראיות כנגדו וסירב לאפשר את צילום החומר. טענה זו נדחתה ע"י ביהמ"ש משום שמדובר במסמכים ציבוריים. ברגע שהמסמך נאסף ע"י המשטרה כחלק מעבודתה לגילוי ואיתור ראיות להעמדה לדין הוא חלק מקניינה של מדינת ישראל ולא נחשב יותר למסמך פרטי שחל עליו החיסיון מהפללה עצמית.

דוגמא נוספת היא פסק דין שעסק בכתה שצולמה בערוץ 2 ובו צולמו פניו של קטין. התביעה מבקשת את הקלטת וחברת החדשות מסרבת. ביהמ"ש קובע שמדובר במסמך ציבורי. למה? כי כולם כבר ראו את הכתבה והיא פורסמה ולכן אי אפשר לטעון שהיא פרטית.

**בחזרה** **לפרשת גלעד שרון:**

עולה השאלה האם העובדה שזכות שתיקה היא זכות שמאפשרת שתיקה מוחלטת ביחס לעדות הורבאלית, האם אפשר להקיש ממנה שקיימת זכות שתיקה גם לגבי דרישה להצגת מסמכים?

עובדות המקרה הן שגלעד שרון גר עם אביו אריאל שרון בחוות השקמים. גלעד שרון חשוד בעבירות שונות כמו מימון בחירות. אי אפשר לבצע חיפוש בביתו בגלל חוק שנקרא חוק חסינות חברי הכנסת. הוא מקנה לח"כים חסינות מפני חיפוש בביתם. נכון שגלעד שרון עצמו לא היה חבר כנסת, אך אביו היה חבר כנסת ולו יש חסינות. זה מה שקבע היועמ"ש. אם אי אפשר לבצע חיפוש, אין מנוס מפנייה לביהמ"ש. הפנייה היא על בסיס ס' 43 לפקודת סדר הדין הפלילי(מעצר וחיפוש). כותרת הסעיף היא "הזמנה להציג חפץ" והוא אומר ש"ראה שופט שהצגת חפץ נחוצה או רצויה לצורכי 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."

המשטרה משתמשת בסעיף זה בד"כ נגד עדים ולא כנגד חשודים, במצבים בהם היא נתקלת בקושי להשיג מסמך שנמצא בידי עד מסוים בדרכים הרגילות. היא פונה לביהמ"ש ומבקשת ממנו להורות לאותו אדם להגיע ולהציג את החפץ.

הסעיף מדבר על "צורכי חקירה או משפט". אין היגיון להשתמש בו במשפט, אלא בזמן החקירה כנגד עדים. למה המשטרה לא משתמשת בסעיף נגד חשודים? כי כשיש חשוד המשטרה פונה מבעוד מועד לביהמ"ש במעמד צד אחד ומבקשת צו חיפוש, ואז היא לא צריכה את שיתוף הפעולה של החשוד. שיתוף הפעולה נדרש רק כשיש נסיבות מיוחדות שלא מאפשרות לבצע צו חיפוש.

במקרה של גלעד שרון, אין אפשרות לבצע חיפוש באמצעות צו חיפוש, זהו מקרה נדיר. לכן, נעשה שימוש בס' 43.

שרון אומר שהפסיקה קבעה שיש זכות שתיקה מוחלטת לגבי עדות ורבאלית, ומכאן שיש גם זכות שתיקה מוחלטת לגבי מסירת מסמכים לפי ס' 43. השאלה המשפטית היא האם ראוי וצריך להרחיב את זכות השתיקה המוחלטת גם לגבי מסמכים?

ביהמ"ש מדבר על החשש מפערי הכוחות שקיימים בין החוקר לנחקר. כשנותנים כוח לחוקר והחשוד נמצא לבדו, יש חשש שמהלחץ החשוד יודה במשהו שהוא לא ביצע, ולכן ניתנת לו זכות שתיקה מוחלטת כדי ליצור מיסוך בינו לבין החוקר. כשמדובר על הגשת מסמכים, דבר זה לא קיים. יש צו, אפשר להתייעץ עם עו"ד, לפעול לביטול הצו ולבוא לביהמ"ש ולהסביר למה אי אפשר להביא את המסמך שביהמ"ש חושב שצריך להביא.

כשמדובר במסמכים, מדובר למעשה בראיות אובייקטיביות, אין להם מאפיינים של עדות ורבאלית ולא קיים החשש שחוקרים ינצלו את הכוח ויגרמו לחשוד להודות במשהו שהוא לא ביצע. למה? כי המסמך קיים, לא צריך להמציא אותו בשונה מעדות ורבאלית. הדבר מתעצם אפילו יותר כשמדובר במסמכים ציבוריים, אפשר להתחקות ביתר קלות אחרי המקור שלהם והמהימנות שלהם.

אנו לא רוצים להטיל חובת עשה ובזכות האוטונומיה של הפרט במקום שלא חייבים. עם זאת, במסמכים, שיתוף הפעולה הנדרש הוא מינימלי, רק להביא את המסמך.

**ההלכה מפס"ד זה-** אין זכות שתיקה מוחלטת כשמדובר בצו שהתקבל לפי ס' 43 להמצאת מסמכים בניגוד לעדות ורבאלית.

את ס' 43 יש לבחון מול הוראות אחרות כמו חיסיון ופגיעה בצדדים שלישיים.

**פס"ד עינת הראל-** מייחס לנאשמת עבירות של סרסרות, הלבנת הון ועוד. היא מתראיינת באולפן שישי בערוץ 2 וכותרת הכתבה הייתה "מאחורי הקלעים של תעשיית הזנות". במסגרת הראיון היא צולמה במשך זמן מסוים ולא הכל נכנס לכתבה הסופית שפורסמה ועברה עריכה ובנוסף היא אמרה דברים שלא צולמו. המשטרה רצתה לקבל מחברת החדשות של ערוץ 2 את כל החומר ששימש את חברת החדשות לעריכת הכתבה ובעיקר את שיחות הרקע שנערכו עם הנאשמת שלא נכנסו לכתבה הסופית. חברת החדשות אומרת למשטרה שהיא לא עובדת אצלה. חברת החדשות היא בחזקת עד שמבקשים ממנו להמציא חומרים שיש לו שעשויים להעיד על ביצוע עבירה פלילית. הסירוב של חברת החדשות מבוסס מבחינה משפטית על חיסיון עיתונאי. כשמבקשים מעד להמציא חומר והוא מסרב, הסירוב צריך לנבוע מחיסיון. במקרה זה, חברת החדשות מדברת על חיסיון מקור עיתונאי. זהו חיסיון שנוצר בפסיקה והרעיון שלו הוא שהעיתונות לא חושפת את מקורותיה. למה? כי אם היא תחשוף העיתונות תהיה חסרת שיניים ואפקטיבית שתחשוף שחיתויות. הדרך לעשות זאת היא להגן על המקורות. אם מקור ידע שעיתונאי יחשוף אותו הוא לא ייתן מידע. חיסיון זה הוא חיסיון יחסי. ביהמ"ש יכול להחליט שגילוי האמת יותר חשוב מהחיסיון.

השאלה היא עד לאן יש להרחיב את החיסיון שניתן למקור עיתונאי? מה קורה עם מסמך שניתן לעיתונאי, האם יש גם עליו חיסיון? הפסיקה אומרת שכן. ההבנה היא שאם מקור נותן מסמך שיכול לחשוף את הזהות שלו יש לשמור גם על המסמך עצמו. דוגמא- עיתונאי שצילם תמונות ובצילומים גם המקור נמצא.

מה קורה במקרה זה? המשטרה אומרת שמה שצולם הוא בוודאי לא חסוי. מה עם מה שלא צולם ולא חשוף? המשטרה דורשת את זה גם. זהו עוד מקרה דוגמא לשימוש בס' 43. ביהמ"ש השלום אמר שאין למסור את החומר. נאמר שהרציונל של חיסיון מקור עיתונאי הוא הבטחת עיתונות חופשית והוא חל גם על מידע שנאסף במסגרת עבודה עיתונאית שוטפת. יש לעודד שיתוף פעולה של הציבור עם העיתונות ואם נחייב עיתונאי למסור מידע לרשויות החקירה נהפוך אותו לקבלן משנה של המשטרה ונפגע בעצמאות שלו. ביהמ"ש השלום הרחיב את כאן החיסיון.

המדינה ערערה, וביהמ"ש המחוזי הפך את ההחלטה וקבע שאין חיסיון. ביהמ"ש אומר שברגע שהיא התראיינה היא החליטה מרצונה החופשי למסור מידע. אם יהיה חיסיון, למעשה יווצר חיסיון חדש שיוצר חיסיון לשיקולי עריכה ולא למקור עיתונאי.

הייתה פנייה ברשות ערעור לעליון והעליון לא מחליט כי הוא ראה ששני בתי המשפט לא עיינו בחומר הגלם. הוא מבטל את שני פסקי הדין ואין הלכה. העניין חוזר לשלום.

בחזרה לפרשת גלעד שרון:

**ההלכה:**

1. אין זכות שתיקה מוחלטת לגבי מסמכים בצו שניתן לפי ס' 43.
2. יש לבדוק אם המסמכים עלולים להפליל אדם. אם אין חשש, יש למסור את המסמכים. אם יש- יש לבדוק אם מדובר במסמך פרטי או ציבורי. אם מדובר במסמך ציבורי- יש למסור אותו. אם מדובר במסמך פרטי- יש לבדוק אותו, וייתכן שיהיה למסור אותו בתמורה לחיסיון שימוש.

**פס"ד גלעד שרון השני-** ביהמ"ש מרחיב אף יותר את פרשנות ס' 43 ואומר שהוא חל גם על מסמכים שאינם פיזית בידי מקבל הצו. כלומר- כל עוד יש לאדם נגישות למסמכים או שהם בידי מישהו מטעמו(=הכוח והשליטה להמציא אותם בידיו)- הסעיף יחול.

**האם סניגור יכול להשתמש בס' 43?** הדבר מגיע לביהמ"ש העליון ונטען שלא כתוב בסעיף שהוא שייך רק למשטרה, ומכאן שגם הסניגוריה יכולה לפנות לביהמ"ש ולבקש במהלך החקירה שיורו לאדם מסוים להמציא מסמכים שהסניגוריה חושבת שיעזרו לה. מעבר לכך, היה ניסיון לטעון שניתן לבקש את המצאת המסמכים לא רק ככלי לאיסוף ראיות בידי ההגנה, אלא גם שהדבר יהיה במעמד צד אחד ובלי שהתביעה תדע מכך. למה? כדי שההגנה תוכל להפתיע את התביעה. בעוד שהתביעה משחקת בקלפים פתוחים, ההגנה לא. לכן, נטען שאפשר לבוא לביהמ"ש במעמד צד אחד ולהשתמש בס' 43. **טיעון זה נדחה ע"י ביהמ"ש העליון.** השופט עמית אומר **בפס"ד 296/18 פלוני נ' מדינת ישראל** שאין לקבל טענה זו. הוא אומר שסעיף 43 אינו כלי לאיסוף ראיות בידי ההגנה ולא מקנה לנאשם זכות לבקש מביהמ"ש להמציא בידיו ראיות במהלך החקירה או המשפט ובוודאי לא במעמד צד אחד.

קיים סעיף אחר שיכול לשרת את ההגנה. אם היא רוצה לבקש במהלך המשפט שעד מסוים ימציא ראיות שלא נמצאות בידי התביעה היא יכולה להשתמש בסעיף 108 לחסד"פ. הסעיף אומר ש"ביהמ"ש רשאי לבקשת בעל דין או ביוזמת ביהמ"ש לצוות על עד שהוזמן או על כל אדם אחר להמציא לביהמ"ש במועד שייקבע בצו מסמכים הנמצאים ברשותו ושפורטו בהזמנה או בצו". זהו סעיף שמאפשר להגנה במהלך המשפט לפנות ולבקש זאת. מי שידון בבקשה זו הוא אותו שופט שדן באישום, ולא שופט תורן בשונה מס' 43. בנוסף, גם לגבי 108 השופט עמית אומר שאין לאפשר פנייה במעמד צד אחד.

ס' 74 לחסד"פ- גם הוא יכול להיות כלי בידי ההגנה לבקש חומר שאין לה. במקרים רבים יש כתב אישום ואז לפי ס' 74 כל חומר החקירה מועבר להגנה. יש מקרים בהם ההגנה רוצה חומרים נוספים שהיא חושבת שהם חומר חקירה ולא מועברים אליה. היתרון של ס' 74 מבחינת ההגנה הוא שהשופט בפנייה על פיו הוא לא השופט שדן בתיק, וכך הוא לא ייחשף בפני השופט שדן בכתב האישום. הסעיף מאפשר גם להגיש ערר באמצע ההליך. לפי ס' 108 אי אפשר להגיש ערר כהליך ביניים. לכן, רוב הסיכויים שההגנה תעדיף תמיד את ס' 74.

השופט עמית עושה השוואה בפסק הדין בין ס' 43, 74 ו-108 ואומר שס' 43 לא אמור לשרת את ההגנה אלא רק את התביעה. השימוש שנעשה בו הוא בזמן החקירה כנגד עדים וגם אז יש לבדוק אם קיימים חסיונות.

(\*הפסיקה מפרשת שתיקה כהתנהגות מפלילה.)

**שתיקה במשפט:**

ס' 152 לחסד"פ- מדבר על זה שאחרי שביהמ"ש מקריא את כתב האישום אפשר להשיב או לשתוק.

ס' 152(ב)- אומר שלשתיקה יש משמעות- חיזוק משקל ראיות התביעה. מכאן שבפועל אף אחד לא באמת שותק בזמן הקראת האישומים, הרבה יותר נוח לכפור, זה נותן את אותו אפקט רק בלי ה"קנס" של חיזוק התביעה.

הנדבך המרכזי של שתיקה במשפט הוא נאשם שבוחר לא להעיד כעד הגנה. המשמעות היא שהוא לא מביא את ראיותיו במשפט.

ס' 162- אומר מה תג המחיר של שתיקה במשפט- חיזוק או סיוע לראיות התביעה.

**מה קורה במצב בו נאשם שותק במשפט אך הוא דיבר במשטרה וגם הודה בביצוע המעשה?** הפסיקה אומרת שאם רוצים להרשיע את הנאשם ע"ס הודאה חיצונית למשפט צריך "דבר מה נוסף". האם אפשר להרשיע על סמך הודאה במשטרה במקרה של שתיקה במשפט?

**פס"ד מילשטיין-** השופטת ארבל קובעת שאדם ששתק במשפט צריך לקחת בחשבון ששתיקתו במשפט **יכולה להוות אותו דבר מה נוסף להודאה שמסר במשטרה**, אך הדבר ייעשה רק במקרים חריגים ולפני שזה ייעשה צריך שביהמ"ש ישתכנע שההודאה במשטרה עומדת בפני עצמה, לא נבעה מלחץ חיצוני או פנימי. אם ביהמ"ש משתכנע שלשתיקה במשפט יש הסבר תמים, היא לא תהווה חיזוק או סיוע. החיזוק והסיוע הם לא אוטומטיים, אם יינתן הסבר הגיוני לשתיקה היא לא תחזק את התביעה.

**זכות ההיוועצות:**

דיברנו עליה באמצעות ניתוח הפסיקה שראינו. זכות זו היא הצד השני של מטבע זכות השתיקה, היא לא שווה בלי עו"ד שייעץ אם לשתוק או לא. גם זכות ההיוועצות אינה מוחלטת. ס' 34 מאפשר לדחות את זכות ההיוועצות מכל מיני סיבות שמנויות באותו סעיף- החל מכמה שעות, 24 שעות, 48 שעות וכשמדובר בעבירות ביטחון אפשר לדחות אותה לזמן רב יותר. החוק לא מאפשר לדחות את זכות ההיוועצות מחשש שעו"ד ייעץ לשמור על זכות השתיקה. הוא מאפשר לדחות את הזכות "לטובת החקירה", אך חשש מייעוץ לשתוק אינו נכנס לגדרי "טובת החקירה".

כשחשוד מבקש להיפגש עם עו"ד יש לאפשר זאת ללא דיחוי. בפס"ד אסף שי השופטת בייניש אומרת שאם עו"ד מגיע תוך זמן סביר צריך לעצור את החקירה. גם במקרים שהזמן לא סביר יכולות להיות נסיבות שמאפשרות את עצירת החקירה.

למרות שהחוק היום מדבר על "עצור", ביהמ"ש הרחיב את זכות ההיוועצות לכל אדם שנמצא במשמורת המשטרה, בין אם מעוכב או עצור.

דבר נוסף הוא שיש להודיע על הזכות לסניגור ציבורי בתחילת החקירה.

אם מעכבים את זכות ההיוועצות, יש להודיע על כך לחשוד. אין לחכות שהחשוד יבקש להיפגש עם עו"ד, יש ליידע אותו גם אם אין בקשה מצדו.

**הרצאת אורח- פס"ד חייבטוב:**

חייבטוב הוחזק בתא מעצר במשך שבועיים וחצי מבלי שניתנו לו הזכויות שיש בחוק המעצרים. מבחינה פיזית הדבר היה פשוט, הוא היה אסיר. איך הדבר אפשרי מבחינה משפטית בלי להאריך את המעצר שלו בבית משפט? דבר שנקרא "חקירה סמויה". נאמר לו שהוא חשוד בדברים אחרים, לא ברצח.

בסופו של דבר הוא זוכה מרצח בגלל הפרה חמורה של זכויות.

נראה שהעניין המרכזי במקרה זה הוא לא הפרת הזכויות אלא נושא הודאות השווא. עיקר המאמץ של הסניגוריה היה התמקדות בהודאות השווא וזו גם הייתה הטענה- הוא לא הרוצח וההודאה הייתה הודאת שווא.

הסניגוריה טענה שהפגיעה בזכויות מייצרת סיטואציה שבה הסיכוי להודאת שווא גבוה מאוד.

צריך להתייחס לתוכן ההודאה כשרוצים לטעון להודאת שווא, לא על עצם ההודאה ועל כך שאדם קשר עצמו לביצוע העבירה החמורה. יש להסתכל על התוכן ולראות האם החשוד יודע פרטים מוכמנים. כדי שדבר זה באמת יתאפשר בצורה אותנטית, אי אפשר לזהם את החקירה ולשתול פרטים אצל החשוד בצורה כזו או אחרת.

הודאה שניתנת בין אם אחרי שבועות של חקירה או בשיחה של כמה שעות אפשר לטעון שהיא חסרת משקל כשלעצמה, המשקל צריך להינתן לתוכן, וכדי שהתוכן יהיה אותנטי צריך לראות שהחקירה לא זוהמה.

הדבר המשמעותי ביותר מבחינה יומיומית פרקטית שניתן בפסק הדין הוא האמירה של השופט שוהם שצריך לתעד את בווידאו או באודיו את הוויתור של החשוד על הזכות לייעוץ עם עו"ד. השאלה היא כמה הוויתור הוא מודע, כמה מניפולציות הופעלו על חשוד כדי לגרום לו לוותר ועוד.

נקודה מעניינת נוספת בפסק דין זה היא שבית המשפט זיכה אדם מרצח למרות שהוא לא העיד במשפטו. לאדם יש זכות כאמור לא להעיד במשפטו, אך יש לה מחיר – חיזוק ראיות התביעה.

\*חוק העונשין קובע שנאשם שזוכה יכול לקבל 1/25 מהשכר הממוצע במשק על כל יום מעצר.

**ניתוח פס"ד רע"פ 3829/15 קסאי נ' מדינת ישראל:**

עוסק בסוגיות של עיכוב לא חוקי וכלל הפסילה הפסיקתי והשלכותיו.

השופטים- מלצר, ברק-ארז, פוגלמן.

**עובדות-** בחור ממוצא אתיופי רכב על אופניו בחוף הים בחיפה. באותו זמן מתקבל דיווח במוקד העירוני של עיריית חיפה מאזרח שמדווח על צעיר אתיופי שלובש בגדים ארוכים ורוכב על אופניים אשר "יש משהו חשוד בהתנהגותו". אותו אזרח הביע חשש שמדובר במישהו שינסה לשדוד או לפגוע באנשים. קצין הביטחון ששמע את הדיווח מעביר אותו לפקחים העירוניים שמסתובבים בחוץ. הוא מתאר להם שמסתובב בחוף הים בחור אתיופי פדופיל שמנסה להטריד קטינות. הפקחים הבחינו באותו בחור ועיכבו אותו. הם לא ראו בעצמם ביצוע עבירה או דבר חשוד, הם ניזונו משרשרת הדיווחים השגויה. הם מבקשים מהבחור להזדהות והוא מסרב. בשלב מסוים הוא נכנס לתוך חדר באיזור החוף עם הפקחים ומתנהג מוזר. הוא דוחף את ידו לבגדיו ומוציא סכין. דבר זה כשלעצמו הוא עבירה פלילית אם אין הסבר שמניח את הדעת.

שוטרים מוזמנים למקום ותוך כדי השיח עם השוטרים הבחור מקלל את השוטרים ואומר להם דברים כמו "אני עוד אשמיד אותך", "תוריד את המדים ואני אפגוש אותך", "אני אפגוש אותך בכלא" ועוד. השוטרים מגלים בליטה במכנסיו של הבחור ועורכים חיפוש על פני הגוף(לא פנימי או חיצוני). הם מוצאים טלפון שחשוד כגנוב. הטלפון אכן נגנב 3 חודשים לפני האירוע. קיים סעיף בחוק העונשין שאומר שמי שמחזיק פריט שחשוד כגנוב מבצע עבירה פלילית אלא אם הוא יכול להראות אסמכתא לרכישתו. הוא טוען שהוא קנה את הטלפון בחנות אך אין לו הוכחה לכך.

השוטרים מבקשים ממנו לבצע חיפוש חיצוני על גופו בעירום. הוא מסרב, נעצר, ונלקח לתחנת המשטרה. בתחנה מתבצע חיפוש בגופו העירום **בהסכמתו** ולא נמצא שום דבר.

הוא מועמד לדין ומורשע בהחזקת סכין, החזקת נכס שחשוד כגנוב, הפרעה לשוטר במילוי תפקידו ואיומים.

אותו בחור נמצא במעצר חודש וחצי מאחורי סורג ובריח ובמעצר בית 8 חודשים(פחות שבוע). הוא מורשע ומגיש ערעור לביהמ"ש המחוזי. הערעור נדחה והוא מגיש בקשת רשות ערעור לעליון.

פס"ד בן חיים- קבע שאפשר לבצע חיפוש על פני הגוף גם בהיעדר עילת חיפוש לפי החוק ובלבד שתינתן הסכמה מדעת.

הסכמה מדעת משמעותה היא שהשוטר מיידע את החשוד שהוא יכול לא להסכים, שאין עילת חיפוש ושאם הוא לא יסכים זה לא יהווה חשד סביר.

פס"ד בן חיים שדיבר על הסכמה מדעת דיבר **רק על חיפוש על פני הגוף** ולא על החיפושים הקשים יותר לפי החוק – חיצוני ופנימי.

חיפוש על פני הגוף מהווה לכאורה פגיעה קלה בזכויות הפרט. בעידן הזכויות החוקתיות גם פגיעה זו טעונה הסמכה בחוק. בהוראות החוק השונות פזורים סעיפים שונים שמאפשרים בהקשרים שונים חיפוש על פני הגוף. לדוגמא:

**חוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור –** מקנה סמכויות לשוטרים ומאבטחים לבצע חיפושים בכל מיני סיטואציות. ס' 3(ב) לחוק אומר "היה לשוטר, חייל או מאבטח מוסמך חשד סביר שאדם נושא עמו נשק שלא כדין או עומד לעשות עמו שימוש שלא כדין או שנשק שמוחזק שלא כדין נמצא בכלי תחבורה, רשאי הוא לערוך חיפוש על פני הגוף באדם או בכלי תחבורה".

קיימת הגדרה לחיפוש על פני הגוף – חיפוש על גופו של אדם= חיפוש על פני גופו של אדם, בבגדיו או בכליו שאינם חיפוש כהגדרתם בחוק החיפושים. **זוהי הגדרה שיורית.**

חיפוש חיצוני- בחינה חזותית של גופו העירום של אדם לרבות צילומו, (=כבר יודעים שאם אומרים לאדם להתפשט זה לא חיפוש על פני גופו שאפשר להכשיר באמצעות הסכמה מדעת) לקיחת חומר מתחת לציפורניים, לקיחת שיער ועוד.

חיפוש פנימי- בדיקת דם, אולטראסאונד, רנטגן, בדיקה גניקולוגית.

חיפוש על פני הגוף= כל מה שלא חיצוני או פנימי.

ס' 3(ב) שראינו אומר **שאם יש חשד סביר** להחבאה של נשק, קמה סמכות לבצע חיפוש על פני הגוף.

פקודת סדר הדין הפלילי(מעצר וחיפוש)- אם רוצים לבצע חיפוש, אפשר ללכת במעמד צד אחד לשופט ולבקש צו חיפוש במקרים מסוימים.

ס' 29 לפקודה זו מקים גם הוא סמכות לבצע חיפוש על פני הגוף באדם במקרים מסוימים.

ראינו שיש דברים בהליך הפלילי שכרטיס הכניסה אליהם הוא חשד סביר לביצוע עבירה- **חקירה, עיכוב, מעצר לצורכי חקירה.** כעת אנו רואים שזהו גם הדבר שנדרש **לחיפוש על פני גופו של אדם**(ובוודאי חיפוש חיצוני או פנימי).

חיפוש על פני גופו של אדם דורש חשד סביר לביצוע עבירה או הסכמה מדעת(=פס"ד בן חיים).

כשמדברים על חשד סביר לביצוע עבירה, למה הכוונה? שאלה זו העסיקה את ביהמ"ש שנים רבות. **נאמר שחשד סביר צריך אלמנט מסוים שיבסס את החשד הזה**. **חשד סביר בהחלט יכול להיות ניזון מעדות שמועה.** למשל, אדם שטוען שהוא ראה מישהו תוקף מישהו אחר והשוטר לא ראה זאת אך הוא רואה אותו בורח. דבר זה בהחלט מבסס חשד סביר.

טעות עובדתית שתתברר בדיעבד לא מאיינת את סבירות החשד.

הסבירות לא נבחנת בדיעבד, אלא בראייתו של כל שוטר בסיטואציה.

חשד סביר יכול להיות תולדה של שרשרת של דיווחים, כמו שהיה במקרה זה. במצב כזה, כל עוד הדיווחים קוהרנטיים, לא חייבים להביא את המקורות הראשוניים שיצרו את החשד. עם זאת, כשיש שרשרת של דיווחים סותרים ולא עקביים, צריך לברר את שרשרת הדיווחים מתחילתה.

חשוב להבין שלא אינטואיציה, לא ניחוש, לא תחושת בטן, לא צבע עור ולא מגדר מבססים חשד סביר. גם עבר פלילי קודם לבד כשלעצמו לא מספיק כדי לגבש חשד סביר.

**חוק המעצרים**(ס' 67-75) מדבר על עיכוב. עיכוב יכול להיות ע"י שוטר או ע"י אדם פרטי. עיכוב יכול להיות עד 3 שעות ובמקרים חריגים 6 שעות. הוא יכול להתבצע כשיש חשד סביר שבוצעה עבירה. העיכוב נועד לצורכי חקירה, קבלת פרטים ועוד. (\*קיימת אפשרות גם לעכב עד. דבר זה מאוד חריג ולא כל מדינה בעולם מאפשרת את זה. אם אדם עד לעבירה שבוצעה והוא לא רוצה לשתף פעולה עם המשטרה, יש סמכות לעכב אותו לצורך חקירה. אם הוא מסרב לעיכוב זו עילת מעצר עצמאית).

עיכוב ע"י אדם פרטי- זה למעשה סוג של הפרטה, אנשים פרטיים מגבילים חירות של אנשים אחרים. סעד עצמי במשפט מפורש בצורה מצומצמת מאוד. הרצון הוא שאנשים לא ייקחו את החוק לידיים. מצד שני, קיים חוק לא תעמוד על דם רעך, שבא לעודד את הציבור להושיט יד ולסייע. הפשרה היא ס' 75 לחוק המעצרים. הסעיף אומר שאזרח לא יכול לעצור אדם אחר(הדבר התאפשר לפני החוק), הוא יכול לעכב עד בואו של שוטר אם התקיים אחד מהדברים הבאים- אם אדם ביצע **בפניו** עבירת אלימות, פשע, גניבה או עבירה שגרמה נזק של ממש לרכוש. בגלל שהסמכות הורדה ממעצר לעיכוב, הורחבו העילות.

תרחיש נוסף שהסעיף מדבר עליו הוא שאדם אחר קורא לעזרה וטוען שבפניו בוצעה עבירה.

המשך הסעיף אומר שהכל אם יש חשש שהחשוד יימלט או שזהותו אינה ידועה.

האם סעיף זה רלוונטי למה שקרה בפסק הדין? לא, לא התרחיש הראשון ולא השני. מכאן שאין סמכות לפקחים אלה לעכב.

האם לפקחים מכוח תפקידם אין סמכות לעכב? בפסק הדין ניתנת לכך תשובה ונאמר שהם לא קיבלו הסמכה מהשר לביטחון פנים והם גם לא נחשבים לשוטרים ולכן אין להם סמכות. גם אם הם היו שוטרים הם לא יכלו לעכב- לא היה להם שום חשד סביר. עם זאת, אם הם היו שוטרים והדיווח המקורי היה מהימן, היה קם חשד סביר.

חוק לייעול האכיפה והפיקוח העירוני ברשויות מקומיות- מקנה סמכות עיכוב גם לפקחים של רשויות מקומיות. עם זאת, בתוספת של החוק כתוב על איזה רשויות הוא חל- מחילים אותו בהדרגה והוא לא חל על כל הרשויות המקומיות. על חיפה הוא לא חל, ומכאן – שלפקח אין סמכות לבצע עיכוב בחיפה. השופטת ברק-ארז מפנה זאת כהערה למחוקק.

ברגע ששוטר מעכב אדם, קיים **נוהל עיכוב.** השוטר צריך להודיע למעוכב **שהוא חשוד בביצוע עבירה, שהוא מעוכב, ומה סיבת העיכוב**. ברגע שהשוטר לא עושה דברים אלה – המעצר לא חוקי. אחת השאלות שביהמ"ש דן בהן היא מה קורה כשאזרח מעכב? הוא גם צריך ליידע על 3 הדברים?

השופט מלצר אומר בפסק הדין שלדעתו אזרח צריך לקיים את נוהל העיכוב. **עם זאת, השופטים דפנה ברק-ארז ופוגלמן חושבים שלא וזאת ההלכה.** המשפט לא יכול ליצור גזירות שהציבור לא יכול לעמוד בהן, זה לא מעשי לצפות שאזרח יקיים את הנוהל הזה.

בחזרה לעובדות המקרה:

נתפסה סכין. העיכוב שתפיסת הסכין היא תולדה שלו לא היה חוקי, ומכאן שראייה זו **אינה קבילה מכוח הלכת פרחי וכלל הפסילה הפסיקתי.** השופט מלצר מזכה אותו מכך. הוא אומר בנוסף שמדובר בעבירה שהיא עבירה קלה. השופטת ברק-ארז משיבה לו על כך שכבר הוחלט שחומרת העבירה היא לא שיקול ומפנה לפס"ד חייבטוב. הוא מזוכה מהחזקת הסכין מכוח כלל הפסילה הפסיקתי והלכת חייבטוב.

מה לגבי הטלפון שחשוד כגנוב?

ס' 3(ב) שראינו מדבר על סמכות לבצע חיפוש. במקרה זה הייתה בליטה במכנסיו של הנאשם, הוא איים וקילל את השוטרים ולכן ביהמ"ש קובע שהחיפוש היה חוקי כי היה חשד לנשיאת נשק והוא לא מזוכה מהחזקה זו. למרות שכל הסיפור נולד מהפרת הזכות להליך הוגן, יש כאן למעשה ניתוק של הקשר הסיבתי המשפטי בין הדברים – לשוטרים היה חשד סביר שהוביל למציאת הטלפון, ולכן הוא מורשע.

השופטת דפנה ברק-ארז מתייחסת גם לנושא החיפוש בגופו העירום. היא אומרת שחוק החיפושים בסופו של יום מתיר חיפוש חיצוני(=חיפוש בגוף עירום). החוק מדבר על יסוד סביר לחשד שמסתתר בגוף משהו שמצביע על ביצוע עבירה. דבר זה לא היה קיים במקרה זה.

גם בתחנת המשטרה היה חיפוש בעירום הסכמה, אך עדיין החיפוש לא היה חוקי. למה? כי לא הייתה עילת חיפוש, והסכמה לא מכשירה את זה. הסכמה לא יכולה לרפא היעדר עילת חיפוש.

ביהמ"ש העליון מקל בעונש.

פס' 32 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז – ההקלה בעונש לא נובעת רק מהזיכוי באחת העבירות, אלא מבטאת אי נחת מהתנהלותן של רשויות האכיפה בעניין. אזרח ללא עבר פלילי קודם נוסע על אופניו על חוף הים ועתים עליו פקחים ששוללים את חירותו בחדר שנמצא על החוף. הוא מתבקש להתפשט ובתחנת המשטרה בסופו של דבר מסכים. גם אם הוא לא היה מזוכה, היה אפשר להגיע לאותה תוצאה דרך הדוקטרינה של הגנה מן הצדק.

השופט פוגלמן מדבר על תחושת ההשפלה שבעיכוב ברשות הרבים, הפגיעה בכבוד ובחירותו של אדם שנשללת ברבים. פס' 3 – מדבר על כך שאפליה אסורה, ועל כך שמדביקים חשד לאנשים רק בגלל צבע עורם.

אישיות דו מהותית והקשרה לתחום הפלילי:

מדובר באדם, לא בגוף דו מהותי.

השאלה היא השימוש עושה אדם בבמה הציבורית כשמוגש נגדו כתב אישום.

במקרים רבים, אי אפשר ליצור חומה בין הפרטי לציבורי. אדם שנושא תפקיד ברשות ציבורית או בגוף דו מהותי, מעלה את השאלה כמה הוא מביא איתו את ההיבטים הפרטיים. איפה עובר הגבול בין הפרטי לציבורי? הפרטי הוא האדם והציבורי זה התפקיד. האם למשל עובד בתפקיד ציבורי יכול להביע את דעתו הפרטית במסגרת תפקידו? האם אדם יכול לעשות שימוש בבמה הציבורית לצרכים שקשורים בענייניו הפרטיים?

דברים אלה קשורים בהיבטים פליליים בסוגיות רבות. למשל, האם שר רשאי לשמור על זכות השתיקה במסגרת חקירה פלילית שמתנהלת נגדו ? האם ראוי שהוא ישמור על שתיקה כשהוא נושא בתפקיד ציבורי או שעליו לפנות את תפקידו?

מבחן:

שאלת קייס אחת. שאלה מתגלגלת עם מספר סעיפים. מספר שורות קצוב לתשובה.

שאלה שנייה- שאלת חשיבה/שאלת ידע על סוגיות רוחביות ועקרוניות. יהיה משפט ונצטרך להביע דעתנו עליו תוך התייחסות לדין ולפסיקה, לפרט את הקשיים.

מושגים – תהיה בחירה, מתוך 3 לבחור 2.

סעיפי חוק רלוונטיים יהיו מצורפים.

מבחן של שעתיים.

**\*ללמוד את המאמרים והפס"דים שדיברנו עליהם.**

דוגמא לשאלת חשיבה- נתחו והביעו את דעתכם על המשפט הבא תוך הבאת נימוקים מהפסיקה ומהדין שתומכים בעמדה – "שלום הציבור היה נשמר טוב יותר אילו היינו מסתפקים בהוכחת אשמתו של הנאשם על פי מאזן ההסתברויות ולא מעל לכל ספק סביר".