

מרצה: ד"ר אסף הראל assaf.harel@biu.ac.il

מנהלות:

- הקורס כולו ילמד בזום.
- הקורס מתכתב עם הקורס בסד"פ. הסוגיות שילמדו בקורס הן סוגיות עומק בתפר בין דיני עונשין, סד"פ, משפט ציבורי ודיני ראיות.
- במהלך הקורס יובאו מרצים אורחים.
- סילבוס: יש באתר של הקורס.
- ציון:
 - תהיה מטלת ביניים 10% – בוחן. בתאריך 1.12 ומועד ב' ב-15.12. שאלות אמריקאיות מקוונות על חומרי לימוד עצמי של חומרים (החומר יהיה מהספר החדש: "דיני ראיות" דר' ויניב אקי – 2-3 פרקים).
 - בחינת סיום – 90%. הבחינה תהיה בספרים סגורים. הבחינה תהיה מורכבת מקייסים ושאלות מחשבה.
 - אין ציון מטיב.
- נוכחות: חובה בנוסף לפתיחת מצלמות.
- מצגות: ככל שיהיו מצגות, הן יעלו לאתר הקורס.

תוכן עניינים

2	פרק א: הצדקות תיאורטיות להליך הפלילי
2	מהות ההליך הפלילי ומטרותיו
7	מטרת סדר הדין הפלילי
9	הממשק שבין הפרוצדורה לבין הרצון להגיע לצדק
14	השפעת ההליך הפלילי על גילוי האמת
18	סקירה של ההליכים העיקריים בסדר הדין הפלילי
26	פרק ג: השפעת המהפכה החוקתית על סדר הדין הפלילי
29	השלכות הלכת יששכרוב על זכויות חוקתיות של חשודים ונאשמים בהליך הפלילי
32	כלל הפסילה הפסיקתי
34	ניתוח: ס' 12 לפקודת הראיות – הודיה
36	כלל הפסילה הפסיקתי היחסי
39	דוגמאות ליישום הלכת יששכרוב
61	מה משקלו של שיקול חומרת העבירה?
63	פרק ה: זכות השתיקה בכלל זכויות השתיקה של אישיות דו-מהותית בפרט
63	הרציונאליים של זכות השתיקה
64	בסיס נורמטיבי – מקורות זכות השתיקה
64	השלכות הפעלת זכות השתיקה בחקירת משטרה
64	(1) חשש ממשקל העדות
65	(2) סנקציה ראייתית – חיזוק
67	(3) מימוש זכות השתיקה כטריגר למעצר/הארכת מעצר
67	חובת אזהרה
68	הזכות להימנע מהפללה עצמית ביחס לראיות

שיעור 1 – 20/10/2020

נפתח את הקורס ב-4 סיפורים כדי להבין את אופן החשיבה המשפטית של המשתתפים בקורס:

סיפור 1: ע"פ 4988/08 איתן פרחי נ' מד"י [אחרי יששכרוב; שימוש בדגימת DNA שניתנה לפענוח רצח ענת פילנר]

נערכה חקירת משטרה במשך שנים. בשלב מסוים המשטרה נתקלה במבוי סתום והחליטה לעשות מהלך יחסית חריג, היא פנתה לקבוצה של אנשים שלא היו חשודים וביקשו מהם דגימת ד.נ.א. כאשר הובטח להם שהדגימה תשמש אך ורק לצורך התיק הזה. לא הייתה סיבה לחשוד באנשים האלה. בהמשך, חוקרת משטרה שעבדה על תיק אחר אשר עסק באונס והיו בו דגימות ד.נ.א של האנס, נתקלה בדגימת ד.נ.א של אחד מהאנשים שנתנו בהסכמה את הדגימה שלהם למשטרה בתיק של ענת פינר אשר הייתה זהה לדגימה שתיק האונס שעבדה עליו. המשטרה ביצעה איכון של הטלפון של אותו אדם והתגלה כי הוא אכן היה באזור האונס. כלומר, המשטרה עשתה שימוש בדגימת הד.נ.א שניתנה תוך הבטחה לא לעשות בה שימוש לשום צורך אחר, כדי להשיג ראיה נוספת בתיק אחר. המשטרה פנתה לבהמ"ש וביקשה להוציא צו מעצר עבור אותו חשוד.

סיפור 2: ע"פ 2868/13 חייבטוב נ' מד"י [אחרי יששכרוב; תרגיל חקירה לא לגיטימי ע"י מדובב, נטילת סמים – הליך הוגן]

התבצע שוד בשדרות, אשר התפתח לרצח בסופו של דבר, מפני שאחד מהעובדים ניסה להתנגד. משטרת ישראל ניסתה במשך הרבה מאוד זמן לפענח את התיק. היו הודעות מודיעיניות שקשרו לתיק אסיר שישב בגין מעשה אחר שעשה. המשטרה ביקשה להוציא את האסיר ממאסר במטרה לחקור אותו, אך האסיר לא ידע שהוא חשוד, אלא בוצע תרגיל חקירה כדי לבחון האם הוא יקשור עצמו לרצח בעצמו. האסיר הכחיש כל קשר למקרה, לכן המשטרה שכרה מדובב שנכנס עם האסיר לתוך תא המעצר וניסה לדלות פרטים מהחשוד.

• **הערה:** מדובב זו שיטת חקירה לגיטימית, אך נשאלת השאלה מה הגבולות שהמדובב צריך לעבור בהם – מדובב,

בניגוד לחוקר, לא צריך להזהיר את המדובב שהוא חשוד או שיש לו זכות לעו"ד, אלא הוא מציג עצמו באופן טבעי כחבר

לתא ומנסה להשיג באופן וולונטרי ראיות שיקשרו את החשוד למקרה בו הוא מואשם.

החשוד במקרה דנן ביקש להיפגש עם עו"ד, ואפילו נתן לחוקרים פתק עם שם של עו"ד בו הוא חפץ. אך, המשטרה לא יצרה קשר עם אותו עו"ד. יש להדגיש שלאסיר עדיין יש זכויות בחשוד, והעובדה שהוא אסיר לא מאיינת את זכויותיו, כלומר שהמשטרה לא קיימה את זכותו זו. נוסף, כי המדובב קיבל מהמפעילים במשטרה תשלום, כאשר הובטח לו טובת הנאה גדולה יותר אם הוא ישיג הודאה, דבר אשר אסור לעשות בהפעלת מדובב מפני שזה עלול לגרום לתמריץ יתר להשיג הודאה בכל מחיר גם אם אינה הודאת אמת. המדובב יצר קשר עם החוקרים באופן ישיר, דבר אשר גם הוא בעייתי מפני שמדובב לא יכול לקבל מידע מהחוקרים ישירות כדי למנוע מהם לתת לו פרטים מוכמנים אותם ישזור בדיבור וידמה כאילו החשוד אמר אותם בעצמו. יום לפני הדיון בפני השופט, המדובב אמר לו לא לדאוג כי הוא ידאג שעו"ד שלו יגיע לדיון, בנוסף לעו"ד שהוא ביקש, בעוד שמה שקרה בפועל היה שלא הגיע אף עו"ד, זאת בנוסף לכך שהבאתו של החשוד בפני שופט לא בוצעה תוך 24 שעות. בשלב מסוים החשוד הודה בביצוע הרצח. **ההודאה של החשוד הייתה קוהרנטית, בעלת היגיון פנימי וסדור, אשר השתלבה עם ראיות שנמצאו קודם לכן.** לפני מתן ההודאה המדובב והחשוד נצפו נוטלים יחד סמים תחת עיניהם הפקוחות של חוקרי המשטרה.

סיפור 3: קסאי נ' מד"י [מעצר ע"י פקחים, דיווח מפלה על סכנה]

אדם אתיופי רכב על אופניו בצורה רגילה לחלוטין וללא ביצוע כל מעשה אסור, אך התקבל טלפון למוקד העירוני בחיפה בו נטען כי אותו אדם עשוי להוות סכנה לקשישים. המוקד יצר קשר עם פקחי העירייה בשטח, להם נאמר כי זיהו אדם אתיופי הלוכש בגדים ארוכים בקיץ וכי יש חשש וראיות שאותו אדם פדופיל (שרשרת הדיווח התעוותה כך שלא שיקפה את המצב העובדתי בשטח, ממקום בו נטען שהוא עשוי להוות סכנה לקשישים הוא הפך לפדופיל). אותו אדם היה מאוד נסער מכך שהפקחים הסתערו עליו כך פתאום. הוא נלקח לחדר מסוים בטיילת והתגלה על גופו סכין, אותה ניסה להחביא. בוצע חיפוש בחדר ונלקח

טלפון סלולרי שלו. הדברים הסתבכו ואותו אדם מצא עצמו עם כתבי אישום, בנוסף לכך שהיה עצור לתקופה מסוימת לאורך ההליך המשפטי.

סיפור 4:

המקרה עוסק בחשד לפריצה סמוך לביתו של שוטר. אותו שוטר רואה את המקרה ליד ביתו, כאשר הוא יודע שיום קודם שוחרר אסיר מהכלא שהורשע במספר מקרים של התפרצויות. השוטר אמר כי לדעתו אותו אסיר ששוחרר חשוד בפריצה הזו. השוטר פנה לשכנו כשיצא לקניות וביקש ממנו לבצע חיפוש בכיסיו. אותו שכן הסכים ורוקן את כיסיו. בכיס התגלו חפצים שנגנבו מאותה פריצה. כלומר, תחושת הבטן של השוטר התגלתה כנכונה. הוגש כתב אישום כלפי אותו אסיר, והראיות שהוגשו היו החפצים שנתגלו ע"י השוטר בכיסיו ע"ב תחושת הבטן של אותו שוטר.

התקיים דיון בשיעור בעניין אופן התגובה ביחס למקרים אלו.

פרק א: הצדקות תיאורטיות להליך הפלילי

מהות ההליך הפלילי ומטרותיו

1. **עשיית דין צדק** – מטרה גדולה ומופשטת מדי, עם חוקי היסוד הצדק קיבל מעמד חוקתי. מאחר ומדובר במכלול גדול מדי, יש צורך לפרוט אותו. האם צדק משמעותו גם יעילות למשל? האם יכול להיות צודק לא לאפשר לאדם להגיש ערעור בתיק רצח בו הורשע, אם הגיש אותו אחרי 7 שנים ולא אחרי 5 ימים כפי שעמדו לזכותו? זה עניין של איזון – מחד גיסא, ישנו עקרון סופיות הדיון, ומאידך גיסא המטרה שלנו היא לאפשר לאדם לקבל את יומו בפני ערכאת הערעור שכן איננו רוצים שהאדם שירצה את העונש יהיה האדם הלא נכון. מנגד, אם המדינה מגישה את הערעור באיחור – האם יש הבדל בין איחור של המדינה או איחור של הנאשם? ובמקרה בו יש פס"ד חלוט בו אדם הורשע בכל הערכאות – האם עיקרון סופיות ההליך עולה על מקרה בו נחשפו ראיות מזכות הדורשות משפט חוזר?

2. **חשיפת האמת** – באיזו אמת מדובר: האמת העובדתית (משקפת את ההתרחשויות בפועל עפ"י נקודת מבטו של מתבונן אובייקטיבי מהצד) או שמא מדובר באמת המשפטית (אמת שמשקפת את ההתרחשויות דרך פריזמה של שופט מקצועי שרואה את המציאות המשתקפת על בסיס דיני הראיות וכללי סדר הדין הפלילי שקיימים באותה שיטת משפט). על כן, מדובר בהבדל תהומי בין 2 סוגי האמיתות. מכאן, מתבקשת השאלה איזו אמת אנחנו מחפשים, האמת העובדתית או האמת המשפטית? האמת המשפטית היא למעשה הכלי שבאמצעותו מקיימים משפט ומכריעים בסוגיה, והכל תוך שאיפה שהאמת המשפטית תחפוף לחלוטין את האמת העובדתית, עם זאת זה לא תמיד המקרה. כך, גם ביטאו זאת השופט אילון והשופט ברק באחד מפסקי הדין: "שעתו היפה ביותר של המשפט היא שהאמת העובדתית והאמת המשפטית תהיינה חופפות לחלוטין". אנו נעשה כל מה שניתן, כדי לוודא שהאמת המשפטית תחפוף את האמת העובדתית, שהרי איננו רוצים להרשיע אדם חף מפשע, מטרתנו היא להרשיע את האדם ואותו בלבד.

עם זאת, יש מקרים שבהם נעדיף ערכים אחרים על פני האמת העובדתית: לרוב נעשה כל שבידנו כדי שהאמת העובדתית תחפוף לאמת המשפטית. עם זאת, יש מקרים שבהם נעדיף לבכר ערכים אחרים חשובים יותר, אפילו על חשבון ההגעה לאותה אמת עובדתית. כלומר, אלה מחירים שאנחנו מוכנים לשלם אל מול האמת העובדתית. דוגמאות:

- נעדיף ערך **שלמות התא המשפחתי** (עדות של קרובי משפחה מדרגה ראשונה אינה קבילה למעט עבירות אלימות), על פני הלימת האמת העובדתית והאמת המשפטית.

- **דיני החסיונות:**

○ "חיסיון עו"ד לקוח" מאפשר לחשוד לדבר ולהתייעץ בחופשיות עם עורך דינו.

○ חיסיון מקור עיתונאי (כמו חשיפת שחיתות גדולה במסגרת כתבה עיתונאית), זאת משום שיש ערך אחר שיש צורך להגן עליו (תקשורת חופשית, חופש העיתונות, חופש הביטוי – בלי תקשורת חופשית אין באמת דמוקרטיה).

- **עסקאות טיעון** – החלטה של החברה לוותר במקרים מסוימים על האמת, ולאפשר הודאה בעבירות קלות יותר על פני אלה שנעשה בפועל. כלומר, אנו מאפשרים הקרבה מסוימת עבור אינטרסים אחרים שהחברה מבכרת אותם כדוגמת לקיחת אחריות – מה שמעלה את סיכוי השיקום שלו, חיסכון חקירה נגדית קשה מהמתלוננים במקרים של עבירות מין, זמן שיפוטי וכו'. עסקאות טיעון מתבצעות היום כבר בידי בית המשפט ככלי לאכיפת החוק – אחרת מערכת המשפט הייתה קורסת ולא הייתה יכולה לעמוד בעומסים הרבים להם היא נתונה, וזאת על אף שמדובר בכלי שאינו מגובה בחוק.

← אם כן, בכלל, המשפט מתיימר לכך שהאמת העובדתית תחפוף את האמת המשפטית, עם זאת לעיתים ישנם אינטרסים ציבוריים מתחרים שעשויים להוביל לכך שעם כל הכבוד לערך האמת, הם אלו שיקבלו את הבכורה.

3. **הרשעת האשם ואותו בלבד** – כחלק מהחתימה לאמת.

4. **זיכוי החף מפשע** – כחלק מהחתימה לאמת.

5. **מניעת עיוות דין, ושמירה על כבוד האדם** – זוהי תכלית עצמאית שבבצד התכליות האחרות צריך לשמור גם עליה. **אי אפשר לנהל צדק מבלי שהנאשם או החשוד יזכו להליך הוגן (לדוגמה: זכות השתיקה, חזקת החפות, זכות היועצות עם עו"ד וכו'). עליהם לנהל הגנה כדי לנסות להוכיח את חפותם. בלי אלה, לא יתקיים הליך צדק אמתי ולא תשמר זכותם לכבוד האדם.** דיני ראיות ולא דיני כיכרות – משפט בכיכר העיר או בכיכר האינטרנט. קשה למחוק מגוגל כתבות. בתוך כך נכנסות זכות היועצות, זכות השתיקה וכו'. מטרות אלה חשובות בעיקר בעידן הנוכחי בו ניתן יותר כוח לרשויות השלטון, בו החברה הסמיכה את הרשויות האלה לפעול על מנת להשיג את האינטרס הציבורי. הכוח שניתן למדינה הוא עצום, אבל יש צורך בהגבלות – לא בכל מחיר מהסיבות שהוזכרו לעיל. הזכות להליך הוגן למעשה מאזנת בין הכוח העצום שיש למדינה לבין הפרט.

6. **הגנה על זכויות נפגעי עבירה.**

← **האם תכליות 'חשיפת האמת', 'הרשעת האשם ואותו בלבד' ו'זיכוי החף מפשע' יכולים לדור בכפיפה אחת עם תכלית 'מניעת עיוות דין ושמירת כבוד האדם'?** **על פניו ישנה סתירה.** לעיתים יש התנגשות בין תכליות 2-4 לבין התכלית ה-5. תכליות 2-4 מבקשות להגן על האינטרס הציבורי – להילחם בפשיעה, בעוד התכלית ה-5 מבקשת להגן על זכויות החשודים והנאשמים. אך עולה השאלה האם תמיד מתנגשות התכליות הללו, או שמא לעיתים אלו חותרות לאותו כיוון? לדוגמה: הכלל לפיו בדיקת פוליגרף אינה קבילה בהליך הפלילי המהותי, גם אם הצדדים מאוד רוצים – מצד אחד נועד להגן על זכויות החשודים, שהרי פוליגרף התברר שאמינותו אינה מובהקת דיה כדי לעמוד ברף ההרשעה בהליך פלילי, ואולם מצד שני זה כלל שלא בהכרח מתנגש עם תכליות 2-4 מפני שאנחנו רוצים לוודא שהאדם שיורשע בעבירה הוא אכן האשם ולא להגיע למצב שחלילה אדם חף מפשע יהיה תחת סורג ובריא – משום כך אנחנו מוכנים לקחת סיכונים כדי לוודא שאנחנו מגנים על זכויות החשוד ובמקביל מוודאים שהאדם שיורשע הוא האשם, כלומר **שאין פה התנגשות בהכרח בין התכליות**. אך מנגד, למשל בדוגמת סיפור 2 שהובאה בתחילת השיעור, בהנחה וההודאה ברצח הייתה קוהרנטית, סדורה והיה בה הגיון פנימי כשבמקביל הייתה הפרה בוטה של זכויותיו של החשוד, אזי עולה השאלה לאיזה ערך ומטרה ניתן את מלוא המשקל.

שיעור 2 – 27/10/2020

יש מתח בין 2 ערכים מרכזיים:

1. **ערך האמת (Crime Control Model)** – מטרת ההליך הפלילי היא לגלות את האמת, וסדר דין פלילי נועד לעזור לגלות אותה (מתבטא בתכליות 2-4).

2. **ערך ההגיונות (Due Process Model)** – הפרוצדורה הפלילית מגלמת בתוכה ערכים של הגיונות שיש להם ערך עצמאי מעבר לכך שהם משרתים את גילוי האמת (מתבטא בתכלית 5).

במהלך כל הקורס נראה את הקושי לאזן בין התכליות השונות.

דוגמה – נעדיף את ערך האמת:

מקרה – עד מעיד במשטרה נגד חשוד אומר בחקירתו דברים שמפלילים באופן מובהק את החשוד ועל בסיסם מוגש כתב אישום. העד הופך להיות עד תביעה ונחקר בחקירה ראשית על ידי התביעה. במצב זה התביעה מצפה שהעד יחזור על הדברים שאמר בחקירת המשטרה, אולם אם העד חוזר בו לפתע ישנה בעיה. השוטרים יכולים לעלות על דוכן העדים ולהעיד מה העד אמר לו בתחנת המשטרה, אך זו עדות מפי השמועה והיא אינה קבילה מפני שאין לסגור יכולת לחקור בחקירה נגדית את העד וישנו חשש שהעדויות הזו אינה מהימנה. **מה תעשה התביעה במצב כזה?** בידי התביעה יש 2 אפשרויות:

1. לבקש מבהמ"ש להכריז על אותו עד שחזר בו כעד עוין. במצב זה הפרקליטות יכולה לחקור אותו בחקירה נגדית למרות שהוא עד תביעה (העד שלה ולכאורה יכולה לחקור אותו רק בחקירה ראשית וללא שאלות מנחות).

2. ס'10א לפקודת הראיות אשר מאפשר במקרים מסוימים, כגון מקרה כזה, להעדיף את העדות של העד במשטרה על פני העדות של העד על דוכן העדים. כלומר, זה חריג לכלל הפוסל עדות מפי השמועה. הרציונל לכך הוא להגן על התביעה מפני מצב בו חלילה הנאשם או מי מטעמו יאיימו על עדי המפתח של התביעה.

← **ס'10א לפקודת הראיות** משרת את תכליות חשיפת האמת, הרשעת האשם וזיכוי החף מפשע באופן חד משמעית, וזאת גם במחיר הפגיעה בהליך ההוגן, שכן מוכשרת העדות מפי השמועה אשר מהווה פגיעה בזכותו של האשם.

אולם, ישנם מקרים בהם נעדיף באופן מובהק את ערך ההגיונות על פני ערך האמת.

דוגמה – נעדיף את ערך ההגיונות:

- הלכת יששכרוב מאפשרת לבהמ"ש לפסול את קבילותה של ראייה שהוצגה כתוצאה מפגיעה בזכותו של הליך הוגן של חשוד, זאת אפילו אם הדבר יפגע ביכולת לגלות את האמת.

- בדומה לכך, ישנה גם דוקטרינת הגנה מן הצדק המאפשר לבהמ"ש אפילו לבטל את כתב האישום כולו אם בהמ"ש מתרשם שישנה פגיעה קשה בזכות להליך הוגן ותחושת הצדק גם במחיר של פגיעה בהיבט העובדתי (דוקטרינה זו היא סוג של השתק עבור התביעה ונמצאת על קו התפר בין המשפט המנהלי למשפט הפלילי).

← כלומר, ישנה התנגשות בין שני הערכים: ערך האמת לערך ההגיונות.

שיקול חומרת העבירה במסגרת כלל הפסילה הפסיקתית:

סיפור 2 מהשיעור הקודם – ע"פ 2868/13 חייבטוב:

הלכת חייבטוב (הש' שהם): "חומרת העבירה לא תהווה שיקול להימנע מפסילת הראיה, בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית, שכן דווקא בעבירות חמורות יש להקפיד על זכותו של הנאשם להליך הוגן, ואין כל היגיון בהפעלת הדוקטרינה בעבירות קלות בלבד" (סעיף 89 לפסק דינו).

בהמ"ש העליון זיכה מרצח את חייבטוב לאחר שהורשע בבהמ"ש המחוזי לאור הפגמים שבעלו מחקירתו.

לפי הלכה זו – גם בעבירות החמורות ביותר בהמ"ש לא יהסס לפסול את קבילות הראייה אם יש חשש שהושגה תוך קביעה בלתי מידתית בזכות להליך הוגן. בכך נשללה התזה ההפוך לפיה ככל שמדובר בעבירות חמורות כך החשש לפגיעה באינטרס הציבורי הוא גדול יותר, שהרי זיכוי אדם מעבירות אלו הוא מחיר גבוה לחברה ויש להימנע מכך.

דווקא בעבירות החמורות אנחנו מצפים שהמשטרה תקפיד על קוצו של יוד על זכויות הנאשמים.

← העדפת זכותו של הנאשם ההליך ההוגן.

הזכות להליך הוגן אל מול איתור האמת העובדתית והרשעת הנאשם:

כאמור, לפי ס' 10א לפקודת הראיות כשמדובר בנאשם שהודה בחקירת משטרה או בפני מדובר בביצוע מעשה אפשר להגיש את הודאתו על ידי החוקר שגבה את ההודאה או על ידי המדובר לעניין תוכנה כחריג לכלל הפוסל עדות מפי השמועה. לעומת זאת, ס' 12 לפקודת הראיות קובע כי כדי שהתביעה תוכל להגיש את ההודאה האמורה של החשוד כראייה לעניין תוכנה עליה להוכיח כי ההודאה ניתנה באופן חופשי ומרצון, כלומר – עולה מפס"ד חייבטוב השאלה האם השופט שוהם קבע כי הפרת זכויות החוקתיות של חייבטוב מעידה על כך שהודאתו לא ניתנה באופן חופשי ומרצון? שכן בפס"ד חייבטוב בהמ"ש נמנע מלפסול את ההודאה לפי סעיף 12 לפקודת הראיות, אולם קבע כי "אין לומר כי ההפרה החמורה של זכות ההיוועצות הובילה לפגיעה מהותית באוטונומיה הרצון החופשי של המערער ובחופש הבחירה שלו" (פסקה 99 לפסק דינו של השופט שוהם). ובהתייחסו למשקלה הפנימי והחיצוני של ההודאה, קבע השופט שוהם כי "ההודאה בפני המדובר צולחת את המבחן הפנימי: יש בה סדר, היגיון וקוהרנטיות, ויש בה סימנים שעל פי השכל הישר, ניתן לרכוש לה אמון. אשר למבחן החיצוני, שלפיו יש להציג "דבר מה נוסף" להודאתו של הנאשם, נראה כי אף כאן הוצגה תשתית ראייתית מספקת לחיזוקה של ההודאה..." (פסקה 100 לפסק דינו).

כלומר, הפסיקה קובעת כי כדי לקבל הודאת חוץ של נאשם נדרש דבר מה נוסף, כאשר הדבר נובע מתוך החשש למהימנות ההודאה והפגיעה בזכויותיו של הנאשם. ונראה כי על פניו, מדבריו של השופט שוהם הוא מאמין להודאה שניתנה בפני המדובר ואף קובע כי היה דבר מה נוסף מספק כדי לקבל אותה.

אם כן, השופט שוהם לא פוסל את ההודאה מבחינת ס' 12 לפקודת הראיות, ועל פניו אף ניתן לקבלה. אולם, בכל זאת זיכה השופט שוהם מעבירת רצח – מדוע? זאת בשל כלל הפסילה הפסיקתית – יש פגיעה בלתי מידתית בזכות להליך הוגן (זכות ההיוועצות וכו') שגורמת לכך שלא ניתן לקבל את קבילות ההודאה והיא נפסלת (מוכשרת לפי ס' 12, אך נפסלת לפי כלל הפסילה הפסיקתית). השופט שוהם מבכר את הזכות להליך הוגן על פני איתור האמת העובדתית!

השופט דפנה ברק ארז הוסיפה: "סימני שאלה מוסיפים לרחף באשר לזהות האדם שירה למוות בשי אדרי ז"ל באותו ערב מר ונמהר. אולם, בתנאים שנוצרו לא ניתן להלום הרשעה בפלילים על סמך הראיות שבפנינו. זהו אחד מאותם מקרים שבהם מתברר כי הפעלת אמצעי חקירה פסולים בתכלית אינה רק פוגעת בזכויות, אלא גם מסכלת את התכלית של בירור האמת ואכיפת הדין" (פסקה 11 לפסק דינה). "השימוש שעשו המדובר והמערער בסמים במסגרת הימצאותם המשותפת בתא המעצר הביא לחצייתו של קו אדום... שימוש בסמים במסגרת של חקירה פלילית מעורר קשיים מהותיים... בראש ובראשונה, שימוש בסמים מסוכנים מהווה עבירה פלילית, על כל המשתמע מכך..." "בעצם ביצוען של עבירות במסגרת פעולות הנמנות על אמצעי חקירה יש כדי לטשטש את הגבול המפריד בין הגורמים האמונים על אכיפת החוק לבין העולם העברייני. ניסיון להגיע לחקר האמת אשר כרוך בהפרה של דיני העונשין חותר תחת שלטון החוק, מביא לפגיעה באמון הציבור ברשויות האכיפה ומכתים את ההליך הפלילי בכללותו... זהו אפוא מקרה מובהק של ליקוי מאורות בכל הנוגע לשימוש במדובר ולהצבת גבולות לפעילותו." ← כלומר, השופטת מביעה ביקורת מאוד חמורה על משטרת ישראל, שהרי לא יתכן שחקר האמת תוביל את המשטרה, שאמונה בעצמה לשמור על החוק, לעבור עליו ולחצות את הגבול. בשל כך, גם זו טוענת כי יש לזכות את חייבטוב מרצח. השופטת ברק ארז מעדיפה את איתור האמת העובדתית!

איזה אמת משרת הזיכוי – עובדתית או משפטית?

- לכאורה בזיכוי את חייבטוב, **השופט שוהם** הזיכוי משרת את האמת המשפטית אך לא את האמת העובדתית.

- אולם, משתמע מהמשפט הראשון המובא כי **השופטת ברק ארז** אינה מאמינה להודאתו של חייבטוב, ולדידה זיכוי הנאשם משרתת את האמת העובדתית, מפני שאם עדיין יש סימני שאלה עדיין לא ברור מהי האמת העובדתית ואין מקום להרשיע מעבר לכל ספק סביר.
 - **השופט חנן מלצר**: "מבלי לגרוע מכל האמור לעיל אדגיש כי לבנו עם משפחת הנרצח שי אדרי ז"ל, ואולם בנסיבות המכלול לא היה מנוס מהתוצאה" (פסקה 11 לפסק דינו). מלצר אינו אומר זאת במפורש, אך נראה כי הוא חש תחושת אי נוחות מהזיכוי, בדומה לשופט שהם.
- אם כן, גם בין השופטים, שכולם הגיעו לאותה תוצאה, יש חילוקי דעות מבחינת השאלה את מי הם מזכים (נאשם או נאשם חף מפשע), אך עדיין גם בעיני השופטים זה לא חד משמעי. חשוב להבין עד לאיזה גבולות רחוקים כלל הפסילה הפסיקתית הולך.

סיפור 3 מהשיעור הקודם – רע"פ 3829/15 ירדאו קסאי נ' מד"י:

בהמ"ש העליון זיכה את הנאשם מהעבירות.

השופט חנן מלצר (פס' 35):

"העבירות המיוחסות למערער... אינן מן הסוג החמור ביותר, ועל כן סבורני כי המחיר הכרוך בפסילת הראיה... הינו נמוך מן התועלת החברתית שתצמח מכך." השופט מלצר מחזיר לתוך הנוסחה את השיקול של חומרת העבירה, ואומר שהזיכוי אינו כרוך במחיר ציבורי גבוה.

השופטת דפנה ברק ארז (פס' 31-32):

"הפרות 'שיטתיות' של כללים ברורים בתחום החקירות מהוות הצדקה ברורה להפעלתה של הלכת יששכרוב, וכאשר אלה הם פני הדברים אני סבורה שדרגת החומרה של העבירה שמדובר בה אינה מעלה או מורידה". **השופטת דפנה ברק ארז מתנגדת לו ואומר כי חומרת העבירה אינה צריכה להוות סיבה שתשלול את פסילת קבילות הראייה כשיש פגיעה בזכות להליך הוגן.**

"...לשיטתי ההקלה בעונש במקרה זה נובעת לא רק מן הזיכוי מאחת העבירות, אלא מבטאת אי-נחת רבה מהתנהלותן הכוללת של רשויות האכיפה בעניין ומעוצמתה של חוויית הפגיעה מנקודת מבטו של המערער, גם בשלב שהתרחש בתחנת המשטרה. אזרח ללא עבר פלילי קודם נוסע על אופניו על חוף הים והנה עטים עליו מכל עבר פקחים השוללים את חירותו בחדר שנמצא על החוף". "לאחר מכן הוא מתבקש להתפשט. בסופו של דבר, לאחר שנלקח לתחנת משטרה, הוא אף מסכים, בתנאים שהסכמה לא יפה להם, להתפשט על מנת שיתבצע חיפוש בגופו. קשה לשער את תחושת הפגיעה הכרוכה בכך, ואולי יש בהתבוננות זו בדברים כדי להסביר, גם אם לא להצדיק, את התנהגותו התוקפנית של המערער כלפי בעלי הסמכות שאפפו אותו".

השופט פוגלמן:

"עשיית מעשים לעיכוב: תפיסת המעוכב, שימוש בכוח סביר (שאינו גורם לחבלה) נגדו, נקיטת צעדים להבטחת הישארותו במקום ועוד – פוגעת בחירותו ואף בחופש התנועה שלו... יצירת כפיפות של המעוכבת למעכבת, ולו לפרק זמן מוגדר, פוגעת בכבוד של המעוכבת. לא פעם מדובר בעיכוב ברשות הרבים. פגיעה בחירות של אדם אל מול עיני העוברים ושבים פוגעים בבכודו". "למרבה הצער אפשר לצפות כי בחלק מהמקרים יחשדו אנשים באחרים בהתבסס על מאפיינים שאינם צריכים לעניין, כגון צבע עור, היותו של אדם דר רחוב, מוצא...זו פגיעה בכבוד ובשוויון. כפי שהזכירה חברתי... המערער הוא ממוצא אתיופי. לא פעם יטפלו חשד על אנשים ממוצא זה (או ממוצא אחר) אך ורק בשל המוצא וצבע העור..." **כלומר, לדברי השופט פוגלמן יש מקרה שלא ניתן שלא לזכות שכן יש פה עיכוב לא חוקי שהתבסס על ממצאים שאינם אובייקטיביים וחלילה אפילו על**

בסיס טעמים פסולים וגזעניים, ומשום כך יש לזכות את ירדאו קסאי מהעבירות גם במחיר של פגיעה באמת העובדתית, והכל בשם הזכויות החוקתיות שלו להליך הוגן.

סיפור 1 מהשיעור הקודם – ע"פ 4988/08 איתן פרחי נ' מד"י:

גם פה בהמ"ש העליון הגיע למסקנה כי יש פגיעה בזכות להליך הוגן משום שבסופו של יום הבטיחו לו לא לעשות שימוש בדגימה. אולם, בפרשה זו, בניגוד לאחרות, למרות שבהמ"ש העליון פסל את דגימות ה-DNA שהושגו בתרגיל חקירה, עדיין לא זוכה הנאשם והוכשרו הראיות שנבעו מהראיות הראשונות שקשרו אותו לעבירת האונס. כלל הפסילה הפסיקתית יכול להוביל לפסילה של ראיות כאלה ולא של אחרות.

פסה"ד העלה את השאלה האם התקבלה בישראל הדוק' של פירות העץ המורעל שכן לא היינו מגיעים לראיות המפלילות האחרות אלמלא הפגם הראשוני והראיות שהושגו באמצעותו (ה-DNA). בהמ"ש קבע כי דוק' זו לא התקבלה בישראל. **אדמונד לוי** אומר כי נבדוק כל ראייה וראייה בשרשרת הראיות באופן עצמאי לפי כל הפרמטרים של הלכת יששכרוב ואינו פוסל באופן חד משמעי את כל שרשרת הראיות הנלוות שהן תולדה של הפגם הקודם – כל חולייה תבחן בנפרד.

סיפור 3 מהשיעור הקודם – רע"פ 10141/09 אברהם בן חיים נ' מד"י:

הלכת בן חיים – אם כאשר אין חשד סביר שקושר את פלוני לעבירה כזו או אחרת, אלא מדובר באינטואיציה, ואין עילת חיפוש על פי הדין המאפשרת לשוטל לבקש הסכמה לבצע חיפוש בכליו? כלומר, האם הסכמה יכולה להחליף עילת חיפוש. פס"ד בן חיים קבע כי **כל עוד מדובר בהסכמה מדעת ניתן לרפא את היעדר עילת החיפוש על פי הדין**.

לפי **ביניש** – נדע כי מדובר בהסכמה מדעת אם השוטל אמר לפלוני כי הוא אינו חשוד בעבירה, וכי אינו חייב להסכים, וגם אם יסכים אין הדבר מהווה ראייה לחובתו, ולבקש את הסכמתו לחיפוש בכל מקרה. אחרת, יש פערי כוחות אינהרנטיים בין החשוד לשוטל. אוטונומיית הרצון הפרטי של החשוד יכולה להחליף עילת חיפוש.

אולם **דנציגר** התנגד לגישה זו לאור חוקיות רשויות המנהל – לא כתוב בשום מקום בחוק כי שוטל יכול לבקש רשות לחפש בכליו של פלוני כדי להחליף את עילת החיפוש, ולכן לא ניתן לאפשר זאת. דנציגר מדגיש את החששות העולות כאשר נאפשר הסכמה מדעת כתחליף להיעדר עילה לפי החוק, שכן זה עלול להוביל לפרופיילינג על בסיס קריטריונים פסולים וניצול זאת.

שיעור 3 – 03/11/2020

מטרת סדר הדין הפלילי

סדרי הדין הפליליים אמורים להוציא מן הכוח אל הפועל את ההליך הפלילי. בניגוד להליך הפלילי, **סדר הדין הפלילי זהו סט של כללים שאנחנו כחברה קבענו לעצמנו כדי להוציא לפועל את ההליך הפלילי**. סדרי הדין הפליליים נותנים בידי המערכת את הכלים לעשיית צדק ("להוציא באור המשפט"). **חשוב שיהיה סדר דין פלילי מכמה סיבות:**

1. **אכיפת הדין הפלילי המהותי**. סדר הדין הפלילי עוסק בפרוצדורה והפרוצדורה נועדה לשרת את המהות. הפרוצדורה

היא הדרך והמהות היא העיקר. עם זאת, ישנם מצבים שהפרוצדורה הופכת למהות, דוגמה לכך היא התיישנות שהיא מחסום דיוני ולמעשה מגדירה קו גבול שלא ניתן לעבור אותו, המטרה של ההתיישנות היא לאפשר לנאשם להוכיח את חפותו ולאפשר לו הליך הוגן, כמו גם למנוע את המצב בו אדם הולך עם חרב ההליך הפלילי מעל ראשו עד אין קץ – העניין הטכני הפך מהותי לכל דבר ועניין. הפרוצדורה יכולה לשנות את התוצאה! המהות של סדרי הדין משתלבת עם המקצועות המהותיים האחרים, וחשוב להבין את השלכות המשפט החוקתי על תחום סדרי הדין ודיני הראיות.

2. **לקבוע סטנדרט ניהול משפט על מנת שיקויים באופן מסודר, יעיל והוגן**. סדר הדין הפלילי קובע כללים דיוניים

שמטרתם לשרת את המהות, ואחת התכליות של הכללים היא יעילות. אם כל שופט היה צריך לקבוע לעצמו את הכללים הדיוניים לכל עניין שעומד בפניו ברור שאין בזה היגיון, והדבר לא עולה בקנה אחד עם עקרונות של שוויון.

בנוסף למניעת שרירות, תועלתנות ושמירה על השוויון, כללים יוצרים אמות מידה להתנהגות סבירה של בעל מקצוע – כל עו"ד שמייצג לקוח יודע מהם פרקי הזמן שהוא צריך לעמוד בהם, וסטנדרט הסבירות הזה יכול לשמש למשל גם לעניינים של קביעת רשלנות.

3. **לתת לנאשם תריס בפני עיוות דין – הגנה על זכויות הפרט של הנאשם.** הכללים חשובים לשם הגנה על הזכות להליך הוגן על הנאשם ולמנוע עיוות דין. יש פערי כוחות אדירים בין המדינה לבין הפרט, בוודאי בהליך הפלילי. המדינה יכולה להשתמש בכוחה באמצעות הרשויות השלטוניות, שאנו כאזרחים ציידנו אותן בכוח זה, למשל מעצרים המהווים פגיעה בחירות בחברה דמוקרטית, ועדיין ברור לנו שאין מנוס מצידוד הרשות הסמכות פוגענית זו (במעצר – עדיין יש חזקת חפות, בניגוד למאסר שמגיע תמיד אחרי הרשעה). מעצר הוא לא עונש ויש עקרונות ברורים ותנאים ברורים לאיך ומתי ניתן לבצעו, תוך הקפדה על הפרשנות הדין לפי חוקי זכויות היסוד, וגם אם יתגלה בתום ההליך כי הנאשם חף מפשע אין הדבר אומר כי היה מדובר ברשלנות של הרשויות – מעצר מהווה כלי הכרחי לביורר הדין הפלילי ויישומו כהלכה, אך הוא החריג לכלל ולא מוחל בכל מקרה ומקרה. אולם בשל הפגיעה בזכויות האזרחים שיכולה להיגרם מהפעלת כוח זו עלינו להקפיד למנוע מצבים של עיוות דין כלפי הנאשם וליתן לו הליך הוגן. סדרי הדין קובעים סטנדרט המאפשר לשמור על זכויות הנאשמים וקיומו של ההליך ההוגן. הכללים נועדו למנוע את פערי הכוחות האדירים בין המדינה לבין הפרט, ולהבטיח הגנה על זכויות הפרט של החשודים והנאשמים – פערי הכוחות כל כך עצומים כך שזה לא משנה מי הפרט שעומד מול המדינה ומה החוסן שלו ביחס לפרטים אחרים. הפגיעה בזכויות הפרט בהליך הפלילי כה קשה כך שהמערכת תמיד תהיה מוכנה לספוג טעויות של זיכויים של מי שביצע את המעשה, בעוד אינה רוצה ואינה יכולה להגיע למצבים הפוכים של הרשעות של חפים מפשע (זו הסיבה שהרשעה תתבצע רק בהוכחה מעל לכל ספק סביר, זו הסיבה שיש עניין של סיכון כפול (חבר ההליך הפלילי מעל ראש הנאשם, יעילות, עקרונות סופיות הדין וכו'), משפט חוזר מקום וזה לטובת הנאשמים וכו').

חשיבות שמירה על הכללים:

1. שמירה על הכללים מונעת רשלנות במקרים עתידיים.
2. עלות התדיינות.
3. חוסר שרירות.
4. כללים טובים יובילו לזיכוי החף ולהרשעת האשם.

מתי תתאפשר סטייה מהכללים:

1. נדרשת "הסמכה" לסטות.
 2. מניעת עיוות דין – לא תפגע יכולתו של החשוד או הנאשם להגן על עצמו.
- **ס'3 לחסד"פ – סדרי דין באין הוראות:** בכל עניין של סדר הדין שאין עליו הוראה בחיקוק, ינהג בית המשפט בדרך הנראית לו טובה ביותר לעשיית צדק. § סעיף זה מעניק הסמכה כללית לבית המשפט מקום ואין הוראה אחרת בחיקוק.
 - **ס'238 לחסד"פ - 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 לבית המשפט כי יש בדבר חשש לעיוות דינו של הנאשם, רשאי הוא לדחות את הדיון למועד אחר או להורות הוראה אחרת כדי להסיר את החשש. ← הסעיף קובע כי ניתן לחרוג מהכלל מקום והיה עניין טכני, וזאת בתנאי שלא היה עיוות דין, ואם יש חשש לעיוות דין הסעיף מאפשר לבהמ"ש לעשות הכל כדי לרפא את החשש.
- האירוע הפלילי הראשון במדינת ישראל – ע"פ 1/48 סילוסטר נ' היועמ"ש:** רקע: סילבסטר הוא למעשה אזרח בריטי המועמד לדין אחרי קום המדינה בהתאם לפקודה המנדטורית, כאשר העבירה עליה הוא מועמד היא ריגול. האישום היה שהוא העביר לאויב מידע באמצעות תשדורת אלחוטית בזמן מלחמת העצמאות. הפקודה המנדטורית וסעיפי העבירה שעליו הוא העומד היו

שהוא ריגול במכוון. הסניגור שלו אמר שבכתב האישום נאמר שסילבסטר גילה סודות רשמיים ופרסם ידיעות שעלולות לסייע לאויב. אבל, התביעה לא פירטה במלל של תוכן העבירה, שזאת עבירה שנחשבת עבירה רק אם היא נעשית רק בכוונה לפגוע בביטחון המדינה. התביעה כן הפנתה למס' הסעיף בפקודה המנדטורית, אבל במלל של תיאור העבירה שכחו לציין את יסוד הכוונה – חלק קריטי. בזמן הסיכומים הסניגור שלף את הטענה וטוען לזיכוי בשל פגם הליך הפלילי – לטענתו, מאחר ומדובר בטעות של ניסוח לב הגדרת העבירה צריך לזכות. **הנשיא זמורה** בבית המשפט העליון פוסק שהפרוצדורה הפלילית מכילה לטובת הנאשם תריס מפני עיוות דין, אמנם מנגד אי אפשר לשחק שחמט בדין הפלילי, שכל מהלך לא נכון משנה את גורל המשחק. בכל העניינים הטכניים שאין להם כל קשר לחפות או אשמה, לא יעלה על הדעת שאדם יזוכה או יואשם בגלל טעות טכנית. בכך מדינת ישראל המתהווה דוחה את הגישה של הבריטית לעניין היחס כלפי פגמים טכניים בהליך הפלילי – אם היה ספק לגבי חפות / אשמה של האשמה בהמ"ש לא יהסס לזכות, אבל במשפט אין מדובר במשחק ולא יעלה על הדעת שכל טעות טכנית שאין לה חשיבות לגילוי האמת והוכחת האשמה תוביל לזיכוי.

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

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

פרשה נוספת שסבלה מלא מעט לחץ מדיני שהשפיע בתורו על מערכת המשפט וההליך הפלילי – **פרשת המרמרה**: משבר בינלאומי קשה בין ישראל לטורקיה. היועמ"ש, יהודה ויינשטין, בתחילת כהונתו. מדינת ישראל נקלעה למשבר בינלאומי קשה עם השלכות משמעותיות. מה יעשה היועמ"ש – יעמיד לדין את אלה שפשעו נגד חיילי צה"ל, או להרגיע את השטח ולפתור את הבעיה הבינלאומית. האם לדרג המדיני יש אמירה בסיטואציה הזו? האם יש להם סמכות? הסמכות היא בידי היועץ המשפטי לממשלה. עם זאת, היועמ"ש יכול לזמן את הדרג המדיני שיתאר לו את הבעיות שעלולות להיווצר – אך בסוף ההכרעה היא של בן אדם אחד היועמ"ש, ולא של הדרג המדיני. לתובע יש הרבה שיקו"ד האם להעמיד לדין – עניין לציבור (כולל בתוכו המון שיקולים ערכיים) ותשתית ראייתית מספקת. ההחלטה במקרה הזה של היועמ"ש התקבלה בעקבות חוות הדעת של הדרג המדיני אותה שמע היועמ"ש, והוחלט שלא להעמיד אותם לדין. הוגשה עתירה כנגד החלטת היועמ"ש ובג"ץ דחה את העתירה בטענה שלא היה חוסר סבירות קיצוני המצדיק התערבות. ← **המרצה** מקביל את המקרה למה שקרה בפרשת סילבסטר ביחס להשפעה של הדרג המדיני והעוצמה של היועמ"ש והכוח שנתון לו בהעמדה לדין.

שיעור 4 – 10/11/2020

(שיעור בלי הרבה רצף ברוך)

הממשק שבין הפרוצדורה לבין הרצון להגיע לצדק

← איזון בין מטרות ההליך הפלילי במסגרת כשלים פרוצדורליים.

פרשת אפללו – דובר על קלטת שהתביעה ביקשה להגיש במסגרת פרשת התביעה. הסגור של הנאשם התנגד בטענה שאינה קבילה. בהמ"ש אמר שידון בשאלת הקבילות מאוחר יותר, אולם הנאשם התעקש שבהמ"ש ידון בשאלה זו עכשיו אחרת יפגע, משום שזה מונע ממנו יתרון טקטי (יעיד מבלי לדעת את תוצאת הקבילות). בהמ"ש אמר:

"ההליך הפלילי מהווה מערכת מתואמת ומאוזנת של נורמות הבאה להגשים את המשפט הפלילי הסובסטיבי. **מטרתו של ההליך הפלילי היא להביא לידי ביטוי של החף מפשע ולהרשעתו של הנאשם**. ההליך הפלילי אינו תחרות, לא ספורטיבית ולא אחרת. המשפט אינו משחק ... מטרת הדיון הפלילי היא לחשוף את האמת. הן התובע והן הנאשם צריכים לתרום את חלקם לגילוי האמת. במגנה כרטה של הנאשם **לא כתוב כי ההליך הפלילי צריך להעניק לו יתרונות טקטיים על פני התובע**. מטרת ההליך אינו להעניק יתרונות טקטיים, לא לתובע ולא לנאשם".

אחד הדברים החשובים של הכללים הוא למנוע את פערי הכוחות בין התביעה לנאשם, ואחת השאלות החשובות שאנחנו נתקלים בהן היא האם נוסף על הזכות להליך הוגן יש לנאשם יש גם זכות ליתרונות טקטיים על פני התביעה. ככלל, הנאשם לא אמור להיות מופתע מהתביעה, שכן לפי **ס' 74 לחסד"פ** הנאשם מקבל את כל חומר החקירה אבל התביעה לא מקבלת את עמדותיו ודרכי ההתגוננות של הנאשם ולכן במובן הזה לנאשם יש יתרון על פני התביעה. כלומר, התביעה משחקת בקלפים פתוחים והנאשם לא. ובכל זאת בפרשה זו, בהמ"ש אמר שלא צריך להעניק יתרונות טקטיים לנאשם על פני התובע – זה אינו נכלל בזכותו של הנאשם להליך הוגן.

מה מותר ומה אסור לתביעה לעשות במסגרת הכנת העדים? האם צריכים להיות קווי גבול אדומים במסגרת הכנת עדי תביעה לפני פרשת ההוכחות? אסור, גם לעד, ובוודאי לא לתובע, לשקר. אסור לתובע לשים מילים בפיו של העד דרך הריאיון. יש כללים שקבעו מה מותר ומה אסור לתביעה לעשות. אסור גם לראיין כמה עדי תביעה יחד כי זה עלול להתפרש כתיאום עדויות. כן מותר לתובע להראות לעד את עדותו במשטרה ולרענן את זכרונו.

האם מותר לתובע לעשות עם העד סימולציה לקראת פרשת התביעה? למעשה, בעצם עשיית סימולציה כזו, הנאשם או סגורו מאבדים את הזכות להפתיע את העד כי דרך אותה סימולציה התובע מכין מראש את העד. עם זאת, בפרשת אפללו נאמר כי אין לנאשם את הזכות להפתיע את הנאשם.

הפרקטיקה של ראיון עדים היא חשובה כדי להגיע לחקר האמת אך יש גבולות. למשל, אם העד לפתע אומר לתובע דברים חדשים שלא אמר למשטרה, זה דבר בעייתי ועל התובע להכין מזכר ולשלוח לסגור. למה? כי התביעה משחקת בקלפים פתוחים ועל הנאשם לא להיות מופתע ולכן התובע צריך לשלוח לסגור דברים חדשים שאומר הנאשם.

דוגמה נוספת – מה קורה אם מתגלית סתירה בדברי העד? האם התובע יכול להפנות את תשומת ליבו לכך ולבקש את תגובתו? זכותו של הנאשם שהתביעה תשחק בקלפים גלויים לעיתים נפגעת במסגרת איזון הזכויות החוקתיות.

← **בשורה התחתונה – בפרשת אפללו נקבע כי לא נחזיר לזכות להליך הוגן גם את הזכות להפתיע את הנאשם.**

יניב ואקי בספרו מדבר על קווי גבול בנושא. למשל, בהכנה לעדות לקראת משפט אסור לתובע לומר לעד: "כאן תיראה מופתע". ואסור לו גם להגיד לקורבן עבירת מין "כאן יהיה חשוב אם תזילי דמעה". שכן, **אלה חציית קווים אדומים כי זוהי התערבות בוטה ולא בריאה, שלא ראוייה לתובע במסגרת הכנת העד לקראת המשפט. אנו רוצים להגיע לחקר האמת!** בדומה לכך, גם ראיון עדי תביעה חשוב לכך וכולל בתוכו קווי גבול, ואסור לתובע למשל לעשות מקצה שיפורים של חקירת משטרה (תובע לא אמור לעשות הליך חקירתי- החקירה הסתיימה אנו במשפט). אם העד אומר דברים חדשים שלא אמר במשטרה – יש להגיד לעד לעצור הכל, לכתוב מזכר ולשלוח את זה לסגור, שהרי לפי **ס' 74 לחסד"פ** התביעה משחקת בקלפים פתוחים. היכן זה בעייתי? אם מתגלית סתירה בין דברי העד, האם מותר לתובע להפנות תשומת ליבו לסתירה ולבקש תגובתו (מבלי לשים מילים בפיו). מתקשר לשאלת זכות ההפתעה של סגור הנאשם (האם היא חלק מהזכות החוקתית להליך הוגן? ובהכנת העדות מן הסתם הזכות נפגעת).

- **חקירה נגדית** – בד"ר הכלי החשוב להגיע לחקר האמת.
- **ראיון עד** – של העד שלו. מעבר לכללי האתיקה של עו"ד חלים כללי המשפט הציבורי כי הוא רשות מנהלית ורוצים לוודא שלא חוצים קו עדין שיגרום לתובע גם בטעות לחצות קו. דוגמה להשפעה בעייתית: הקורבן בוכה והתובע אומר תבכי ככה במשפט, גם "תיראה מופתע" ← חציית קווים.

בנוסף, בניסיון לוודא שלא נחצים קווים אדומים במחוזי בת"א נקבע לפני כשנה וחצי כי על הפרקליטות חלה החובה לתעד ראיונות של עדי תביעה, זאת על אף שהחובה הזו אינה כתובה בחוק. אולם, הדבר הוביל לתוצאה אבסורדית שהרי החוק קובע שרק בעבירות שעונש מעל 10 שנות מאסר יש חובה לתיעוד בווידיאו של חקירה משטרתית. אכן, קביעת בהמ"ש טובה מפני שעשויו לאפשר למנוע טענות של תרגילי חקירה, אבל במקביל זה כרוך גם בהשקעת משאבים וכסף. כלומר, אנחנו מבינים מה הרציונל אך יש להבין את ההשלכות, מפני שיש יתרונות אך גם חסרונות מערכתיים, כמו למשל אפקט מצנן מבחינת אינטראקציה בין העד לפרקליטות. **מה קרה אחרי ההחלטה במחוזי בת"א?** הפרקליטות הגישה עתירה לבג"צ כנגד ההחלטה. אך, נדיר להגיש עתירה לבג"צ נגד החלטת שופט במסגרת הליך פלילי, כי הכלל שאין ערעור על הליכי ביניים, אלא מחכים לסוף המשפט. לדוגמה, אם הועלתה טענה שלא באופן חופשי ומרצון ניתן לטעון לתרגילי חקירה ולמשפט זוטא באשר לקבילות ההודאה, אך לא ניתן לערער באמצע המשפט על מה שנקבע יש לחכות עד הכרעת הדין ואם הנאשם מורשע יש לחכות אפילו עד גזר הדין, ורק בסוף ההליך לערער גם על החלטת הביניים שלא התקבלה הטענה של משפט זוטא. כלומר, הגשת עתירה לבג"צ על החלטת ביניים של בימ"ש בהליך פלילי זה בניגוד לכך שאין ערעור בהליך פלילי על הליכי ביניים ואם בג"צ יקבל עתירות בצורה סיוטאית של הפרקליטות על הליכי ביניים והליכים פליליים, לא יצאו מזה משום שכל נאשם שלא יהיה מרוצה ירוץ לבג"צ. ואמנם, עדיין מבחינה פורמלית יש לבג"צ סמכות להכריע בעתירה זו לפי **ס' 15 לחוק יסוד השפיטה** אשר מקנה לבג"צ סמכות מאוד רחבה למתן "סעד למען הצדק" כי ביהמ"ש הוא רשות (שיפוטית אך רשות). אכן באמת היו מקרים נדירים שהתקבלו עתירות על החלטת ביניים בהליך פלילי ואחד המקרים הנדירים האלה היו באותו מקרה עם הווידיאו של ראיונות העדים, שם בג"צ פסל את ההחלטה של בהמ"ש המחוזי בנימוק שזה עניין של המחוקק, שהרי חובת תיעוד לא כתובה בחוק כי יש לכך השלכות אדירות.

פס"ד חייבטוב – חייבטוב הודה, הורשע במחוזי וזוכה בעליון כשבטעון נפסלה ההודאתו. זו לא דוגמה הכי טובה כי לא נפסל לפי **ס' 12 לפקודת הראיות** (פרוצדורה) אלא לפי כלל הפסילה הפסיקתית – **השופט שוהם** אמר שהתרשם כי מדובר בהודאה עם הגיון וסדר פנימי, קוהרנטית, דבר מה נוסף חיצוני וכו' אבל ביקש לפסול אותה בגלל פגיעה בלתי מידתית בזכות להליך הוגן. אם נאפשר ערעור מידי על כל דבר ההליכים ימשכו עד אינסוף (פגיעה בעקרון סופיות הדיון). **מי ראוי שידון בקבילות ההודאה?** ניתן לטעון כי לא ראוי שהשופט של ההליך ידון בכך, אך **אנו סומכים על שופטים מקצועיים שאם נחשפו להודאה לא קבילה (לא תמיד, לעיתים השופט מחליט לא להיחשף לתוכן הדברים עד שמחליט), שידעו להתעלם ממנה** (האם מדובר באותו שופט במשפט זוטא?).

- **הערה: הכללים לגבי ראיונות עדים חלים גם לגבי הצד השני** – סגור הנפגש עם עדי ההגנה. אך בעדי תובע זה מקבל משנה תוקף כי תובע הוא רשות ציבורית וכללי המשפט המנהלי חלים עליו בנוסף לכללי אתיקה, ונקודת המוצא היא שהתובע רוצה להגיע לחקר האמת! זוהי המטרה, רק השאלה היא מהם קווי הגבול. ← יש הנחיית פרקליט מדינה שעוסקת במותר ואסור לתביעה במסגרת ראיון עדי התביעה. יניב ואקי בספרו מנתח דברים נוספים שלא כתובים שם. ← עם זאת, **המרצה** גורס כי השאלות האם הזכות להפתיע את העד בחקירה נגדית זה חלק מהיתרון הטקטי של הנאשם, האם זה זכות חוקתית וחלק מהזכות להליך הוגן? האם התביעה יכולה להגיב/להתכונן לאותן הפתעות גם מבלי להדריך ומבלי לשים דברים בפי העד כשהוא מראיין לבד? האם היא יכולה לתזכר אותו בדברים שאמר במשטרה או שזה מנטרל את זכות הנאשם להפתיע את העד? – **אלו שאלות שנוגעות לנושא שלא נחקר מספיק.**

ס'167 לחסד"פ – ראיות מטעם בית המשפט

167. סיימו בעלי הדין הבאת ראיותיהם, רשאי בית המשפט, אם ראה צורך בכך, להורות על הזמנת עד – ואפילו כבר נשמעה עדותו בפני בית המשפט – ועל הבאת ראיות אחרות, אם לבקשת בעלי דין ואם מיזמת בית המשפט.

סעיף זה חריג לשיטה המשפטית שלנו, מפני שלבהמ"ש יש כאן יכולת להיות אקטיבי. בשיטה המשפטית שלנו בהמ"ש הוא פאסיבי, בהתאם לשיטה האדברסרית – הצדדים מביאים את הראיות ובהמ"ש אינו נוטל חלק אקטיבי מבחינת הבאת הראיות. אולם סעיף זה הוא חריג והוא סממן רלוונטי לשיטה האינקוויזיטורית, שם בהמ"ש ממש מעורב ומביא גם ראיות. הסעיף נותן לבהמ"ש למעשה להביא עד מטעמו – הן לבקשתו והן לבקשת הצדדים.

פרשת קניר – הסיניגור שלף את ההוכחה בשלב הסיכומים, ולא בשלב ההוכחות. עד אז היו נהוג לעשות שימוש בס' 167 רק בשלב ההוכחות ולא בשלב הסיכומים. הסיניגור טען שצריך לזכות את הנאשם כי התביעה לא הוכיחה את היותו תושב ישראל מאחר ולא הובא עד רלוונטי. במענה לכך אמרה התביעה שהיא מבקשת לעשות שימוש בס' 167 ולהביא עד מעם בית המשפט ע"מ להוכיח שהוא אכן תושב ישראל – פקיד של משרד הפנים. ההגנה התנגדה לעשות שימוש בס' 167 אחרי פרשת ההוכחות, קרי בשלב הסיכומים וטענה שזה לא ראוי. האם בשלב הסיכומים, רגע לפני שבית המשפט מכריז על חפות או אשמה, עדיין יכולים אחד הצדדים להביא מטעמו עד? חריגה מכלל שמתאפשרת בגלל ס'167. בהמ"ש העליון המשיך את הקו של פרשת סילווסטר וענה באופן מאוד ברור כי **התהליך הפלילי הוא לא תחרות או מאבק. הכללים נועדים להביא לחשיפת האמת. התכליות אינן סותרות אחת את השנייה.** לרוב ניסיון החיים גיבש את הכללים שאמורים להביא לגילוי האמת, אבל אמון הציבור מתערער אם בית המשפט יתעניין בעניינים טכניים גרידא ולא על עניין מהותי של חטא ועונשו. **אי אפשר לזכות מישהו על עניין שולי כל כך. הטכני לא יכול לחסום את האמת לצאת לאור.**

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

ס'74 לחסד"פ – עיון בחומר החקירה [67] (תיקון מס' 19) תשנ"ה-1995 (תיקון מס' 75) תשע"ו-2016

74. (א) (1) הוגש כתב אישום בפשע או בעוון, רשאים הנאשם וסיניגורו, וכן אדם שהסיניגור הסמיכו לכך, או, בהסכמת התובע, אדם שהנאשם הסמיכו לכך, לעיין בכל זמן סביר בחומר החקירה וכן ברשימת כל החומר שנאסף או שנרשם בידי הרשות החוקרת, והנוגע לאישום שבידי התובע ולהעתיקו; בסעיף זה, "רשימת כל החומר" – לרבות ציון קיומו של חומר שנאסף או שנרשם בתיק שאינו חומר חקירה ושל חומר שנאסף או שנרשם בתיק שהוא חסוי על פי כל דין, וכן פירוט של סוג החומר כאמור, נושא והמועד שבו נאסף או נרשם, ובלבד שאין בפירוט האמור לגבי חומר חסוי כדי לפגוע בחיסיון לפי כל דין; היו בחומר כמה מסמכים מאותו סוג העוסקים באותו עניין, ניתן לפרטם יחד בקבוצה, תוך ציון מספר המסמכים הנכללים בקבוצה;

פרשת אנג'ל – לפי **ס' 74 לחסד"פ**, התביעה צריכה להגיש את כל החומר החקירה להגנה יחד עם כתב האישום. לפעמים יש תקלות, כמו באנג'ל: לפעמים יש אלפי ראיות, ולפעמים מחמת הטעות ראייה מסוימת לא מובאת להגנה. כאן, הקלטת במקרה הזה לא הועברה בזמן להגנה, אלא לאחר עדותו של הנאשם. הנאשם טוען לזיכוי כי הוא יצא שקרן ולטענתו אם הוא היה יודע שיש קלטת הוא היה מעיד אחרת – אולם יש טענות שמוטב לא להעלות. **בית המשפט השיב שספק רב אם נאשם יכול להישמע בטענה שנגרם לו נזק ע"י כך שבשל אי גילוי ראייה מסוימת מטעם התביעה מסר ביועצין עדות כוזבת ושבשל התגלות הדבר יצא הוא שקרן בעיני בית המשפט.**

פרשת דמיאניוק – נולד ב-1920 באוקראינה, גויס ב-1940 לצבא האדום. נלחם בגרמנים ב-1941, ובסופו של יום נפל במאי '42 לשבי הגרמנים. הגרמנים השתמשו בשבויים בסיוע למלאכת ההשמדה הנאצית, ודמיאניוק התנדב ליחידת העזר של האס אס, ומונה להיות וואכמן – שומר מחנות. הוא היה וואכמן בסוביבור, ושימש בפקיד זה גם בטרבלינקה, שם, ע"פ הטענה הוא היה אותו אחד שנהוג לכנותו איוון האיום. העדויות מספרות על אכזריות יוצאת דופן של האיש עם סיוע מאוד אקטיבי למכונת

ההשמדה הנאצית. אחרי המלחמה הוא עבר לאוהיו, ועבד בחברת פורד. בשלב מסוים האמריקאים גילו שהוא הונה את רשויות ההגירה האמריקאיות והסתיר את העובדה שעבר קורס אס-אס. האמריקאים שללו את האזרחות שלו בשנת 1986 ובשנת 1988 הוסגר דמיאניוק לישראל והועמד לדין. **חוק עשיית דין בנאצים ובעוזריהם** הוא מיוחד משני הביטים: אין התיישנות והוא גם רטרואקטיבי (עבירות שבוצעו לפני קום המדינה שהן פליליות ונגד האנושות). הרכב השופטים בערכאה הראשונה היה מאוד מיוחד ונדיר – 2 שופטי מחוזי ואחד עליון (מחוזי- צבי טל, דורנר ובעליון- דב ליון).

כתב האישום הוגש כאשר הטענה היא שדמיאניוק הוא הפושע המכונה "איוון האיום" שביצע מעשי התעללות חמורים בטרבלינקה. הוא נידון במחוזי לגזר דין מוות.

יש ערעור אוטומטי לעליון למקרה כזה. במהלך הערעור לעליון התרחשה נפילת מסך הברזל וראיות חדשות התגלו ואחת הראיות הייתה ששמו של איוון האיום היה איוון מרצ'נקו. דמיאניוק טען שהיה שומר במחנה אך לא היה אותו איוון מרצ'נקו. איך מתגברים על הספק הזה?

התביעה ניגשה לביהמ"ש וטענה כי גם אם נצא מתוך נקודת הנחה שיש ספק סביר לגבי השאלה האם זה איוון האיום מטרבלינקה, בכל מקרה יש ראיות לכך שאותו דמיאניוק שנמצא כעת בישראל עשה מעשים נוראיים בסוביבור ולכן ניתן להרשיע אותו על בסיס **ס' 184 לחסד"פ** – הס' הזה אומר שיש מקרים שבהם ניתן לסטות מהכלל וביהמ"ש יכול להרשיע ראייה שהתגלתה במהלך המשפט גם אם העובדות לא כתובות בכתב האישום, אבל כדי לסטות מהכלל צריך לוודא שניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן וזה לא משהו טכני- אלא משהו שהוא גם ראייתי וגם מהותי (צריך לוודא שלנאשם הייתה אפשרות לחקור עדים, להביא ראיות ולנהל סנגוריה ביחס לאותה טענה שנטענה לראשונה במשפט והוא הופתע ממנה – אותן ראיות שהובאו במשפט, הוא צריך לגבש הגנה ולהיערך בהתאם). בנוסף, לא ניתן להטיל עליו עונש חמור מזה שיכול היה לקבל אילו הוכחו העובדות בכתב האישום.

התביעה בפרשת דמיאניוק ביקשה לעשות שימוש בדיוק בסעיף הזה בטענה שכתב האישום עוסק בטרבלינקה ובאיוון האיום אבל יש ראיות במשפט לכך שעשה פשעים בסוביבור ולכן יש להרשיעו לפי הסעיף הזה.

אולם, **בהמ"ש דחה את טענת התביעה וזיכה את איוון דמיאניוק מהאישומים שיוחסו לו בכתב האישום בישראל, בשל הספק שהתעורר ומתוך החשש שאיוון מרצ'נקו לא יזכה להליך הוגן, שהרי לא זכה להתגונן מפני האישומים לגבי הפשעים שבוצעו בסוביבור.**

בהמשך, אפשר היה להגיש כתב אישום חדש נגדו בגין הפרשה של סוביבור ואחת השאלות היותר מעניינות הייתה מדוע היועמ"ש נמנע מכך. נימוקו היה שאין ביטחון שהוא לא יזוכה גם באישומים החדשים ולכן אמר שזיכוי נוסף ייצור תחושה של מפולת. הוא בעצם אומר שהמדינה לאחר המשפט הזה נמצאת במצב לא פשוט. יש פה זיכוי מחשש לעיוות דין ומחשש שלא יוכל לקבל הליך הוגן.

לקחת את כתב האישום הזה ולהרשיע אותו על סוביבור – לא ניתן. אז עולה השאלה מדוע לא להרשיעו על סוביבור (הרי אין מעשה בית דין על מעשיו בסוביבור) והתשובה היא תשובת היועמ"ש לעיל (שיקול הדעת של היועמ"ש: האם יש סיכוי סביר להרשעה, והאם יש לציבור עניין בהעמדה לדין. (נלמד בהמשך הקורס – שיקולי העמדה לדין)).

בהמשך, דמיאניוק חזר לארה"ב ושוב ב-2008 ארה"ב פנתה לכמה מדינות בשאלה איזו מדינה רוצה שדמיאניוק יוסגר אליה – היא פנתה לפולין ולאוקראינה בין היתר ואף לישראל – אף אחד מהמדינות לא הרימה את הכפפה ומי שהרימה את הכפפה זו גרמניה – הוא הועמד לדין בגרמניה על הפשעים הנוראיים שביצע בסוביבור. הגרמנים למדו את הלקח והגישו את כתב האישום על סוביבור. הוא הורשע ב-2011 בגרמניה על סיוע לרצח ונגזרו עליו 5 שנות מאסר. הוא היה בתהליכי ערעור על פסד"ד ונפטר בבית החולים כשהוא ממתין לתשובת הערעור.

אז בהמ"ש בישראל זיכה אותו בשל העובדה מחשש לעיוות דין אם נרשיע אותו על עבירות שאינן כתובות בכתב האישום.

שיעור 5 – 17/11/2020

השפעת ההליך הפלילי על גילוי האמת

דוגמאות להיבטים פרוצדוראליים המשתנים בין מדינות, ומאוד חשובים לגילוי האמת.

א. חזקות משפטיות:

1. **אמת עובדתית** – משקפת את ההתרחשות עפ"י מבט של מתבונן אובייקטיבי מהצד.
2. **אמת משפטית** – משקפת את ההתרחשות דרך שחזור שופט מקצועי את המציאות ע"ב הראיות שהוצגו בפניו ובכפוף לסייגים ולפרוצדורה.

דוגמה להבדל בין אמת עובדתית לאמת משפטית – **רצח ארלוזורוב**: שנים לאחר ההרשעה ברצח, ישראל מחליטה להקים ועדת חקירה בעניין האמת העובדתית של רצח ארלוזורוב. על החלטה זו מוגשת עתירה, שם אומר ביהמ"ש תוך דחיית העתירה: יש את האמת המשפטית שהיא תולדה של ההליך המשפטי הפלילי שהתנהל אז. אולם, ההליך הזה הוא מוגבל, כי האמת המשפטית הייתה תולדה של דיני הראיות והעדים של אז. אבל, זכותה של ממשלת ישראל להמשיך ולחקור את האמת העובדתית ההיסטורית. וזה לא אומר שוועדת החקירה תוכל לשנות את האמת המשפטית שבית המשפט קבע אז. **דרכי הבירור של האמת ההיסטורית שונה מדרכי הבירור של האמת המשפטית**. כך, למרות שיש החלטה משפטית חלוטה של ההליך הפלילי, אין זה מונע מהממשלה לבחון את האמת ההיסטורית.

דוגמה נוספת: האמת המשפטית בהליך הפלילי עשויה להיות אחרת מהאמת המשפטית בהליך האזרחי, בשל רף ההוכחה בנדרש, ושני אלו עשויות להיות שונות מהאמת העובדתית.

ב. שיטת משפט: אדברסרית / אינקוויזטורית:**1. ההליך האדברסרי –**

- מבוסס על עימות, ז"א יש עימות בין שני הצדדים - התביעה וההגנה, והשופט צריך להכריע ביניהם. בהמ"ש אינו אחראי על גילוי האמת באופן אקטיבי, אלא הוא פאסיבי.
- לכן, הצדדים הם אלה שאחראים להבאת הראיות.
- ככלל, השופט לא מזמן עדים ולא מביא ראיות.

2. ההליך האינקוויזטורי –

- 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.

השיטה הנהוגה בישראל היא השיטה האדברסרית עם סממנים אינקוויזטורים, אשר התקבלה בירושה מהמשפט המקובל. בישראל לבית המשפט אין אלא את שענינו ראות, השופט פאסיבי. בעת הגשת כתב האישום לשופט את כתב האישום לפניו בלבד. בית המשפט בשלב הזה לא רואה שום דבר מלבד כתב האישום. בית המשפט לומד את הראיות בהתאם למה שהצדדים מביאים לפניו. **הרעיון הוא שיש עימות, והעימות הוא בין שני צדדים: תביעה והגנה**. בית המשפט הוא גוף עצמאי לחלוטין, והוא אמור להכריע בדבר חפות או אשמה. **הצדדים הם האחראיים להבאת הראיות. בית המשפט הוא לא גוף שיש לו סמכות אקטיבית בהבאת הראיות**. הוא פאסיבי, יושב ומקשיב. הוא גם לא מכיר את הראיות מראש, אילו היה מכיר, הוא היה מגבש עמדה מראש. **ככלל, השופט לא מזמן עדים ולא מביא ראיות**. (קיימים לכך חריגים, ס' 167 לדוג', שמאפשר לביהמ"ש להביא עדים מטעמו (סממן אינקוויזטורי) – **פרשת קניר**; היכולת של בית המשפט להכריע על עובדות שלא כתובות בפרשת האישום,

ס' 184 – **פרשת דמיאניוק**; בירור ביהמ"ש בפתח הדיון את עמדת הנאשם). **בגדול – אין לבית המשפט הרבה כלים למעט מה שהצדדים עושים, להוציא את החריגים.**

הרציונל לכך שההליך בארץ הוא אדברסרי:

1. התפיסה הליברלית: laissez faire – אנחנו צריכים למעט בהתערבות חיצונית, מפני שבסופו של יום מדובר בצדדים רציונליים והם יודעים מה הכי טוב בשבילם. מדיניות של אי התערבות.
2. המונופול של הנאשם על הגנתו מקורו בתפיסה שהוא יודע טוב יותר מכל אחד אחר לנהל את ענייניו.
3. התביעה מייצגת את האינטרס הציבורי. הנאשם מייצג את האינטרס שלו. הואיל וכל צד מנסה לקדש את מטרותו, בסופו של דבר האמת תצא לאור. ההנחה היא שכל צד יעשה ככל יכולתו כדי לסתור את הגרסה הנגדית.

סממנים אינקוויזטורים – מתי ביהמ"ש כן יתערב בניהול המשפט?

1. מקום בו התביעה פעלה שלא כדין. כך למשל, כאשר התביעה ערכה דר טעון לא ראוי בעיני השופט. ע"מ לתקן טעות פרוצדוראלית של הצדדים.
2. ע"מ לתקן טעויות פרוצדוראליות של הצדדים.
3. גם בהליך האדברסרי יש דברים שנקלחו מהשיטה האינקוויזטורית: אפשרות ביהמ"ש לזמן עדים בעצמו, בירור גרסת הנאשם בפתח הדיון וכיוצ"ב.

ביקורת על השיטה האדברסרית:

פרופ' קרמניצר במאמרו סוקר את שתי השיטות ומבקר בין היתר את הגישה האדברסרית – "התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת, או האם לא הגיעה העת לסיים את עונת המשחקים" – לגישתו:

1. לא תמיד רמתם המקצועית של הצדדים מאפשרת להם להציג באורח נאות את גרסתם ;
 2. נוכח חוסר השוויון בין הפרט למדינה, אין מקום לגישה ליברלית תחרותית בהליך הפלילי;
 3. הרשות השופטת בישראל היא בלתי תלויה – לכן אין חשש מהענקת סמכויות נרחבות לשופט.
- ← **הצעות לפתרון:** ראוי לאמץ לתוך השיטה האדברסרית מרכיבים מתוך השיטה האינקוויזטורית, למשל להעניק לשופט יכולת לעיין בחומר הראיות טרם המשפט.

- **החיסרון:** השופט יגבש עמדה לפני שמיעת הצדדים ולא יתאפשר לנאשם להגן על עצמו.

○ אך, בישראל, לאחרונה, תוקן החוק, והוסף **ס' 143א לחסד"פ – דיון מקדמי:**

- **לפיו:** על אף האמור, בית המשפט רשאי בעבירות מסוימות לנהל דיון מקדמי בתחילת המשפט שמטרתו: בירור הודית הנאשם, בחינה לצמצום המחלוקת העובדתית או המשפטית, סיום הדיון במסגרת הדיון המקדמי, ניסיון של שופט לפתור את הנושא טרם משפט.
- אך, ניתן לקיים דיון מקדמי רק בתנאים: הסכמת הנאשם להליך, הנאשם מיוצג בידי סנגור, וכאשר התובע הסכים – כלומר, יש צורך בהסכמת שני הצדדים.
- בדיון המקדמי ביהמ"ש רשאי בהסכמתם לעיין בחומר החקירה (בהתאם להצעתו של קרמניצר) וברשימת החומר הנאסף – וכן בחומר שנרשם בידי ההגנה. הצדדים רשאים להביא לו את הראיות.
- **ס"ק(ה)** הוא הסעיף החשוב ביותר, מפני שאם הדיון המקדמי לא הצליח, כלומר לא הסתיים הדיון בכתב האישום, אזי בהמ"ש יעביר את הדיון בכתב האישום לשופט אחר. הווה אומר, לא אותו שופט שניהל את הדיון המקדמי הוא שינהל את המשפט עצמו אם הוא לא הגיע לכדי סיום בדיון המקדמי. יתרה מכך, גם הפרוטוקול לא יעבור ויותר חסוי, הוא לא ישמש ראיה בהליך המשפטי האחר.

← **כך, מדובר בניסיון לא רע של המחוקק להתגבר על הקשיים.** ההליך של דיון מקדמי מקדם מאוד את היעילות מבלי - לפגוע במהות.

- **קושי:** השופטים לא באמת ניטרליים, שכן הם חשופים למדיה וחדשות ושומעים את הדברים שנאמרים על התיקים שלהם בתקשורת. לגישתו של **המרצה**, זו בהחלט בעיה גדולה והעובדה שיש לנו סעיף חוק (סובידיצה) שלא נאכף פוגע באמון הציבור וצריך לאכוף אותו או להסירו מספר החוקים ולוותר על האשליה של הניטרליות.

ג. מושבעים / שופט מקצועי:

בישראל אין שיטת מושבעים, הסיבה לכך שהבריטים בזמן המנדט לא סמכו על המושבות שנדע לשפוט עבור עצמנו ומשום כך לא קלטנו את שיטת המושבעים מהשיטה הבריטית.

למה השיטה המשפטית שלנו מאפשרת להגיש עתירות ישר לבהמ"ש העליון (בג"צ): גם כאן, הבריטים בתקופת המנדט, לא רצו שמי שיבקר את רשויות המנהל המנדט הבריטי יהיה שופטים בערכאות הנמוכות, שהיו שופטים מקומיים. הם החליטו שעתירות כנגד פקידי המנדט תהיה ישר לבהמ"ש העליון מפני ששם ישבו שופטים אנגלים.

למה לא שיננו זאת עד היום? די התאהבנו ברעיון הזה. נראה קסום שניתן לפנות לבג"צ בערכאה ראשונה, מעין סעד לצדק כשמדובר בפגיעה בזכויות אדם. אך עם הזמן עוד ועוד סמכויות הורדו מבג"צ לביהמ"ש המחוזי. ניואנסים היסטוריים שהשפיעו מאוד אנחנו אהבנו את השיטה הזו, וכך קם הרעיון לבג"צ.

תפקידי השופט בשיטת מושבעים:

- לסנן את חומר הראיות שמגיע למושבעים.
- להנחות את המושבעים מה לעשות עם החומר המוצג לפניהם.

יתרונות בשיטת המושבעים:

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

הרעיון של שיטת המושבעים הוא שלא צריך התמקצעות כדי לדעת האם פלוני דובר אמת, זה **חלק מהשכל הישר שנמצא בכל אדם ולא דווקא בידי השופטים**. שיתוף הציבור בהליך השפיטה סוג של צו מילואים שמביא את האזרח להיות חלק ממנו. גם בארה"ב, שם קיימת שיטת המושבעים, מרבית המקרים נגמרים בהסדרי טיעון וגם אם לא הנאשם יכול להחליט (בכפוף תנאים מסוימים) שהוא לא מעוניין להישפט מול חבר מושבעים. מרבית המשפטים שם לא נעשים בשיטת המושבעים.

חבר המושבעים – העובדה שהמושבעים חייבים להגיע להכרעה פה אחד והשאלה איך בוחרים את השיטה הזו מראים כי זה לא עובד באופן האולטימטיבי. פרויקט החפות האמריקאי – "ניקח ד.נ.א, שלא פוענח בעבר, של אנשים שהורשעו על סמך הודאותיהם ואז נפתח את כל המשפטים". התגלה שיש רבים שהודו במשפט והם לא אלו שעשו את העבירה. משתמשים בזה כדי לומר שגם בישראל יש אולי אנשים שיושבים על לא עוול בכפם בגלל ההודאות. ההשוואה הזו אינה מדויקת. כי השיטה שונה: מושבעים שמרשיעים פלוני ע"ב הודאתו לעומת השיטה הישראלית בה שופטים מקצועיים. בארה"ב התובע הוא נבחר ציבור למשל. המערכות שונות, כך שלא ניתן להסיק מפרויקט החפות האמריקאי לישראל כי לא דווקא נכון. בישראל, השיפוט מקצועי, שיטה קונטיננטלית.

חסרונות שיטת המושבעים:

זה משפיע על חקר האמת! היכולת להגיע לדיוק המקסימאלי בגילוי האמת היא מוגבלת יותר. הסיבה שלאט לאט פחות נעשה שימוש בשיטות המושבעים אומרת דרשני. למשל: גילו שהמושבעים ברובם הולכים עם הפוליגרף. האם ניקח את הכלי הזה כ-

יהבו של המשפט הפלילי כאשר יש 10% הטיה, כאשר ייתכן שאם אמצעי זה היה כביל בישראל אנשים באמת היו יושבים על לא עוול בכפם. תכלית הסקירה היא להראות כמה הכללים, סדרי הדין והראיות משפיעים על גילוי האמת.

ד. כלל מהותי / כלל דיוני:

- **כלל מהותי:** כלל שמגדיר מה אסור ומה מותר. הוא מגדיר נורמה חברתית, קרי: זכויות וחובות.

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

חשיבות האבחנה בין כלל דיוני למהותי:

- **זמן התחולה:** כללים דיוניים ודיני ראיות חלים אקטיבית (או רטרואספקטיבית), כלומר גם על עבירות שבוצעו לפני תיקונם. לאדם אין זכות קנויה כי הדיון המשפטי בעניינו יתקיים על-פי הכללים הדיוניים שהיו בתוקף בזמן ביצוע העבירה. לעומת זאת, כלל מהותי אינו חל למפרע (בכפוף לסעיפים 4-5 לחוק העונשין המחילים רטרואקטיבית שינויים מהותיים לטובה).

○ אנו נוהגים לומר כי כללים דיוניים ודיני ראיות חלים באופן רטרואקטיבי. ניתן לתת דוגמה מסעיף 10א (אמרת עד מחוץ לביהמ"ש) לדיני ראיות בו ניתן להשתמש אם עד העיד במשטרה כנגד הנאשם ובמשפט פתאום הוא חוזר בו. במצב זה, עדותו במשטרה יכולה להיות מועדת ע"י החוקר שגבה אותה. לכאורה, זו עדות שמועה ולכן אינה קבילה. נניח שיש בסיס טוב להניח שהסיבוב הזה של העד (חזרתו בו) נעשה בגלל לחץ פסול ואמצעי לא הוגן. סעיף זה אומר שניתן במקרים מסוימים לקחת את העדות שלו במשטרה כראיה לעניין תוכנה. סמוך לאחר חיקוק סעיף זה היה הליך תלוי ועומד. בפרשת התביעה אחד העדים חזר בו. התביעה ביקשה לעשות שימוש בסעיף זה. הסנגור התנגד כי בזמן העבירה הסעיף לא היה בתוקף. **בהמ"ש ענה כי 10א הוא כלל דיוני ולכן תחולתו אקטיבית** (נכנס לתוקף מכאן ואילך כולל משפטים תלויים ועומדים גם אם לתחולה יש משמעות רטרואקטיבית). כלומר, אין לך זכות קנויה שישפטו אותך לפי סדרי הדין בזמן ביצוע העבירה. כלל מהותי לא חל רטרואקטיבית (בכפוף לסעיפים 4 ו-5 בחוק העונשין - אם חל שינוי לטובה).

- **אפשרות סטייה מהוראות חוק:** לא ניתן לסטות מהוראות חוק מהותיות. לעומת זאת, בהוראות דיוניות של סדרי דין, בית המשפט יאפשר סטייה בתנאי שלא ייגרם עיוות דין.

ה. כללים פרוצדוראליים שמשפיעים על המהות:

- **כלל סופיות הדין** (עם החריג והיכולת למשפט חוזר – לבחון שוב ככל שיש ראיה מזכה).

- **דיני ראיות:** לדוגמה – חסינות למיניהן (עו"ד-לקוח, עיתונאי, כהן דת); איסור על עדות אישה נגד בעלה בעבירות שאין אלימות עדות שמועה; האזנת סתר מפלילה – בלתי קבילה.

- **דיני חקירה, חיפוש ומעצר:** המשפט מטיל הגבלות על החוקרים בחיפושם, מעצרים וחקירות גם במחיר של עשיית צדק.

- **זכות השתיקה והחיסיון מפני הפללה עצמית:** אינם עולים בקנה אחד עם חשיפת האמת. **ג'רמי בנתהאם** תהה מדוע אנחנו נותנים את הזכות הזו, התשובה לכך שזכות השתיקה לא נועדה לשרת את העבריינים, אלא את החפים מפשע שמתוך לחץ עשויים להודות בדבר לא עשו.

פרשת הפניקס – פרשה זו מדגימה מצב בו בהמ"ש בוחן אפשרות לחרוג מהכללים ואת חשיבות שהוא מייחס להבחנה בין סיטואציה שהמדינה חורגת מהכללים (למשל: מגישה ערעור על זיכוי באיחור) ואז נהיה נוקשים, לבין סיטואציה שהנאשם חורג מהכללים (למשל: מגיש ערעור על הרשעה באיחור) ואז ביהמ"ש נוטה להקל ולחרוג מהכללים.

בציטוט זה רואים את השוני בהתייחסות בהמ"ש לצדדים בשל פערי הכוחות בין הנאשם (הפניקס) למדינה: "לאור חו"י: כבוד האדם וחירותו... עלינו לתת משקל רב, יותר משניתן בעבר, לזכויותיו של הפרט – הנאשם בדין. לפיכך, במקרה שהערעור מוגש ע"י הנאשם, אני סבורה כי יש להטות את כף המאזניים לטובת האינטרס של עשיית צדק וביורור האמת ככל שניתן. במקרה כזה עלינו להעדיף את זכותו של הנאשם למצות ההליכים העומדים לרשותו עד תום על פני זכאותו של הציבור לוודאות משפטית.

וההפך הוא הנכון: במקרה שהערעור מוגש ע"י המדינה נרצה להגביל את יכולתה להאריך את ההליך הפלילי מעבר למינימום הדרוש, ונדרוש ממנה לעמוד בהגבלות הפרוצדורליות ובמועדים הקבועים בחוק להגשת הערעור, בזכרנו כי בכך השנייה של המאזניים נמצא הנאשם, החרד לגורלו ומעוניין לדעת במהרה מה יהיה בסופו. אין כוונתי כי מעתה ואילך תהא ידו של הנאשם על העליונה וכל נימוק שלו להפרת סדרי הדין יתקבל, וכי במקרה של המדינה יידחו בקשותיה. אלא שכיום, יותר מבעבר, יש לתת משקל לזכויות היסוד המהותיות, במסגרת דיני הפרוצדורה".

סקירה של ההליכים העיקריים בסדר הדין הפלילי

4 שלבים עיקריים להליך הפלילי:

1. **החקירה.**
2. **ההעמדה לדין** (יש תובע שמקבל את החומר ועליו להחליט מה לעשות: לסגור/להעמיד לדין/לסגור דין בהסדר).
3. **המשפט** שבסופו יש הכרעה ואם יש הרשעה יש גזר דין.
4. **פוסט משפט:** ערעור; משפט חוזר; דיון נוסף.
5. **יש הטוענים שהשלב החמישי הוא שלב ריצוי העונש – המאסר.** אחד הטיעונים כנגד הפרטת בתי הסוהר: מדוע המדינה מסירה אחריותה בסוף התהליך (העמדת לדין, משפט, הכרעתם ופתאום הפקרתם). זה פוגע בכבוד האסירים שמהווים אך עניין כספי.

חקירה:

ההליך הפלילי מתחיל בשלב החקירה, אין חובה שתהיה תלונה.

סעיף 59 לחסד"פ – חקירת המשטרה

59. נודע למשטרה על ביצוע עבירה, אם על פי תלונה ואם בכל דרך אחרת, תפתח בחקירה; אולם בעבירה שאינה פשע רשאי קצין משטרה בדרגת פקד ומעלה להורות שלא לחקור אם היה סבור שנסיונות העניין בכללותו אינן מתאימות לפתיחה בחקירה או אם הייתה רשות אחרת מוסמכת על פי דין לחקור בעבירה.

חקירה תפתח ב-2 מקרים:

1. עפ"י **תלונה.**
 2. **בכל דרך אחרת** – לא חייבים לפתוח בחקירה בגלל תלונה רשמית, אלא גם דרך כתבה עיתונאית למשל, או בכל דרך אחרת כאשר יש חשד סביר לפתיחה בחקירה.
- כאשר אחד, מהתנאים מתקיים, המשטרה, **תפתח בחקירה** – לכאורה אין למשטרה כל שיקול דעת, פרט לעבירות חטא או עוון בהן קצין משטרה יכול להחליט לא לחקור כי אין עניין לציבור. אולם גם בעבירות פשע זה לא נראה הגיוני שאין למשטרה שיקול דעת ולכן הפסיקה קבעה, כי תפתח חקירה כל עוד יש תשתית ראייתית מינימאלית שמצדיקה פתיחה בחקירה (קיומו של חשד סביר).
- ישנה שאלה בשלב זה על ההבחנה בין חקירה לבין בדיקה. בדיקה זהו מונח שלא כתוב בחוק. אין כל ביטוי בחוק למונח זה. הוא נולד במקרים מסוימים שבהם מצד אחד אין עדיין חשד סביר לביצוע העבירה, כלומר אין עילה לפתיחה בחקירה. מצד שני, יש מידע כלשהו וקל וחומר כשמדובר באדם נושא תפקיד ציבורי נושא התלונה וחשוב לבדוק אותו. בפתיחה בחקירה הנזק עשוי לעלות על התועלת ולכן התהליך הטרם חקירתי נקרא בדיקה. זהו מעין הליך מידתי יותר כי הנזק שיכול להיגרם לאיש ציבור כשאינו חשד סביר עולה על התועלת. הליך זה לא נועד ליתן פרס לאיש ציבור. אם יש חשד שמצריך פתיחה בחקירה אז לא יפתחו בבדיקה אלא ישירות בחקירה (הכלי הזה נועד למקרה שאין חשד סביר). נועד מצד אחד לוודא ולבדוק את התלונה ומצד שני לא לרוץ לפתוח בהליך כשאינו חשד סביר. נועד גם שהגשת תלונות לא תעשה לתכליות זרות.

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

כשמדובר בחקירה של עבירות מין או אלימות כלפי בני זוג:

סעיף 59 לחסד"פ – החלטה שלא לחקור בעבירות מין או אלימות כלפי בן זוג (תיקון מס' 36) תשס"ב-2002

א.59

(ב) בקשת המתלונן שלא לחקור עבירת מין או אלימות שביצע כלפיו בן זוגו לא תהווה, כשלעצמה, סיבה יחידה להחלטה לפי סעיף 59 שנסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות לפתיחה בחקירה.

סעיף זה מציב דגל אדום כי הרבה פעמים המתלונן מגיש תלונה ולאחר מכן חוזר בו. לכאורה צריך לסגור את התיק. המחוקק אמר שקרו מקרים רבים שנסגרו תיקי חקירה בגלל שהמתלונן חזר בו אבל לבסוף קרו מקרי רצח ולכן הגיע הסעיף, לפיו העובדה שהמתלונן ביקש לחזור בו לא תהא סיבה יחידה להחלטה לא לפתוח בחקירה.

הכלים שעומדים לרשות המשטרה:

1. **חקירת החשוד** – נחקר תחת אזהרה; מעבר לזכות לאי הפללה עצמית יש לו זכות שתוקה מוחלטת ולא לענות על דבר. (בבדיקה אין חקירה תחת אזהרה ואי אפשר להשתמש במה שאמר אם הוחלט לפתוח בחקירה). זכות השתוקה המוחלטת לא מעוגנת בחקירה, אלא היא יציר פסיקה.

2. **חקירת עדים** – עליו להשיב על כל השאלות שנשאל למעט שאלות שמביאות להפללה עצמית, אין לו זכות לשתיקה מוחלטת.

- יכול להיות שהמשטרה חוקרת ותוך כדי עולה חשד סביר שהעד הופך לחשוד ואז היא צריכה להזהיר את העד, לומר לו שהוא חשוד בעבירה, שיש לו זכות היוועצות עם עו"ד, שיש לו זכות שתוקה. רק אז הוא נחקר תחת אזהרה. האזהרה היא חשובה כדי לוודא שכל מה שאמר נעשה מתוך רצון טוב וחופשי ולא מתוך לחץ. אם הוא מודה אז ההודאה הייתה מתוך בחירה חופשית.

שיעור 6 – 24/11/2020

בשיעור הקודם התחלנו לסקור את ההליך הפלילי, את מהלך זה נשלים היום.

1. **ההליך הפלילי מתחיל בתלונה / דרך אחרת.** לפי **ס' 58 לחסד"פ** כל אדם רשאי להגיש תלונה למשטרה על עבירה שבוצעה. לפי **ס' 59 לחסד"פ**, הפסיקה (**בג"צ 1113/07 צדוק**) פירשה את הסעיף כך שרק כאשר יש **תשתית ראייתית מינימלית** המשטרה תפתח בחקירה, ולא בעקבות כל תלונה שהיא. השאלה היא האם יש חשד סביר לביצוע העבירה. בנוסף, לפי **ס' 59 לחסד"פ** בעבירות שאינן פשע (עונש עד 3 שנים), קצין משטרה מדרגת פקד ומעלה יכול להחליט שלא לחקור, אם הנסיבות לא מצדיקות חקירה בראייתו (חוסר עניין לציבור), או שיש כבר רשות אחרת שבכר חוקרת. יש מנגנון על החלטת היועמ"ש. **בס' 59 לחסד"פ** המחוקק מקשיח את היכולת של מגיש תלונה לסגור אותה אם מדובר על עבירות בתוך המשפחה או עבירות מין, כדי למנוע מצב שסוגרים חקירה מקום בו ייתכן כי בן בוצעה חקירה. לפי **ס' 63 לחסד"פ** אם מחליטים שלא לחקור, יש לידע על כך את המתלונן. לפי **ס' 64** ניתן להגיש ערר על כל החלטה של סגירת תיק ע"י התביעה/החלטה שלא לפתוח בחקירה ע"י המשטרה.

2. **משם המשטרה פותחת בחקירה** – המשטרה היא הגוף החוקר העיקרי, אך לפי **ס' 241 לחסד"פ** החוקר לא חייב להיות המשטרה אלא יכול להיות גם הרשות לני"ע למשל. עם זאת, כל גוף שמבצע חקירה שפוגעת בזכות יסוד חוקתית חייב

לקבל הסמכה בחוק. תפקידה העיקרי של המשטרה הוא איסוף ראיות מספקות כדי שבסופו של דבר להעביר אותן לפרקליטות שתחליט האם להעמיד לדין. המשטרה עושה זאת באמצעות חקירת חשודים, עדים, חיפושים, תפיסת חפצים, תרגילי חקירה כמו עימותים ומדובב. כל החקירה של המשטרה מתועדת. כך למשל, עבירה של מעל 10 שנות מאסר מחייבת תיעוד חזותי בדרך וידאו, שזה הכי טוב בעוד שתיעוד בדרך של אודיו או תרשומת פחות אידיאלי – זה הופך את החקירה לשקופה. לעיתים יש מקרים בהם יש פרקליט מלווה בחקירה, שזה חריג כי הפרקליטות מתערבת בדרך"כ כשהחקירה מסתיימת או בשלבים מאוחרים שלה. הפרקליטות תלווה את החקירה בשלבים המוקדמים ב-2 מקרים: (1) מדובר על תיק גדול ורק חשיבות; (2) כאשר יש בקשה למעצר, או מעצר עד תום ההליכים אם יוגש כתב אישום, משום שיש זמנים מוגדרים וצריך לעמוד בהם, לכן הם צריכים להיות בלופ.

○ **מעצר לצורכי חקירה:** זהו כלי שנועד לתכלית מסוימת מאוד. לא כל חקירה מלווה במעצרים. רוב החקירה מתבצעות ללא מעצרים, מעצר הוא לא הכלל אלא הוא החריג, זה כלי לקידום ההליך הפלילי ונעשה בו שימוש רק לשם כך. מעצר לצרכי חקירה מורכב מכמה שלבים: **ס'23 לחוק המעצרים** מעצר ראשוני ע"י שוטר (בשטח ללא צו/בצו). תמיד נעדיף מעצר בצו כי יש פה עיניים שיפוטיות שבוחנות את המעצר קודם לביצועו, לאחר בחינת החומרים בבהמ"ש השלום בבקשת צד אחד. עם זאת, יתכנו מקרים בהם לא יהיה לשוטר זמן לחכות לבהמ"ש וכשהזמן דוחק יכול השוטר לבצע מעצר ללא צו בתנאים מסוימים. כשאדם נעצר במעצר ראשוני (בצו/לא צו), יש מגבלת זמן של 24 שעות להבאה בפני שופט להארכת מעצרו, במידה והמשטרה החליטה שלא לשחררו. לפני השופט יהיה מהלך שנקרא מעצר ימים, שם המשטרה מבקשת מהשופט לבקש עוד ימי מעצר לצרכי חקירה. מעצר תמיד צריך להיות תלוי על קולב כלשהו, הוא אינו יכול להיות מנותק מהליך כלשהו, כלומר שכעת הקולב עליו אנחנו מדברים הוא חקירה. יש מגבלת זמנים – 30 ימים סה"כ, למעצר לצרכי חקירה לאותו עניין. אך, באישור היועמ"ש ניתן לעצור אדם לצרכי חקירה עד 75 ימים ובכפוף לאישור בהמ"ש השלום את הבקשה. התביעה עדיין לא מעורבת בשלב הזה, מי שמגיש את הבקשה להארכת המעצר לצרכי חקירה זה המשטרה. שופט מעצרים בזמן מעצרי החקירה יהיה שופט שלום, לו הסמכות העניינית, ללא קשר בסוג העבירה בשלב זה.

כדי לעצור אדם צריכים להתקיים 3 תנאים מצטברים: (1) תשתית ראייתית מינימלית – חשד סביר לביצוע עבירה. אפשר לצקת תוכן לתשתית הראייתית לצרכי חקירה גם באמצעות ראיות בלתי קבילות לעניין המשפט (פוליגרף, מידע מודיעיני וכו'); (2) **עילת מעצר** – מסוכנות/חשש לשיבוש הליכי חקירה/יש צורך לנקוט בפעולות חקירה מיוחדות המצריכות שהייה במעצר כמו מדובב. כל אלו מופיעים בחוק המעצרים. לא ניתן לעצור את חשוד רק כדי לשבור את רוחו למשל. נדגיש, כי בשלב מעצר לצרכי חקירה, החשוד והסנגור לא נחשפים לחומר הראיות, משום שבשלב הזה נותנים את העדיפות לחקירה. (3) **היעדר חלופת מעצר ראויה** – זוהי דרישת המידתיות, תמיד צריך לבדוק האם אין דרך אחרת להשגת התכלית של המעצר, מבלי לפגוע פגיעה כ"כ קשה בחירות הנעצר. ← בהמ"ש עצמאי לחלוטין בקבלת ההחלטה אם להאריך את המעצר או לא. ניתן להגיש ערר בזכות ואז ברשות על החלטת בהמ"ש לערכאות גבוהות יותר, או לחלופין בקשה לעיון חוזר לאותה ערכאה.

3. **התביעה** – לאחר תום החקירה הפוקוס עובר לתביעה. יש 3 תובעים עיקריים בישראל: (1) **הפרקליטות** – מורכבת מפרקליטות המדינה (עליון) ופרקליטות המחוז (כל הערכאות). בראש הפרקליטות מופיע פרקליט המדינה, ובראש כל התביעה כולה נמצא היועמ"ש. (2) **התביעה המשטרתית** – שוטרים שנתמנו להיות תובעים בידי מפכ"ל המשטרה. אלו מופיעים בתיקים בבהמ"ש השלום, בעיקר בעבירות חטא ועוון, אך לעיתים בעבירות פשע. התביעה המשטרתית מנהלת את רוב תיקי התביעה בארץ. (3) **תובעים שקיבלו הסמכה מהיועמ"ש** מכוח **ס'12 לחסד"פ** – לעיתים זה עובדי ציבור כמו רשות הטבע והגנים שהיא תאגיד סטטוטורי, לה יש מחלקה משפטית שקיבלה סמכות היועמ"ש להגיש כתבי אישום

בעבירות הנוגעות להגנת הסביבה. זה הגיוני כי יש לה גם סמכות חקירה בעניינים אלו. לעיתים לגופים אלו אין מספיק כוח אדם ולכן יש עו"ד פרטיים שמקבלים הסמכה מהיועמ"ש, תוך עבודה ישירה מול גופים אלו. נדגיש כי יש גם תובעים שהחוק עצמו מסמיך אותם להגיש כתבי אישום, כמו תובעים מטעם הועדות המקומיות בתו"ב. אולם, באופן מסורתי כל מי שמגיש כתב אישום פלילי, בדו"כ יחזיק הסמכת יועמ"ש, גם אם החוק מסמיך אותו.

4. השלמת חקירה – השלמת חקירה יכול לבקש, **ס'61 לחסד"פ**. אם הוחלט לא להעמיד לדין, לסגור את התיק והמתלונן

חושב שטענת הפרקליטות או התביעה שהחליטה לא להעמיד לדין, גם כאן ניתן להגיש ערר למחלקת עררים בפרקליטות המדינה, דנה גם אם המשטרה החליטה לא לחקור/פרקליטות החליטה לא להעמיד לדין/וגם עררים על עילת הסגירה.

5. הגשת כתב אישום – תפקיד התובע להחליט האם יש מספיק ראיות כדי לעבור לשלב הגשת כתב אישום, ואם יש בכך

עניין ציבורי או שיש מקום לסגור את התיק/סגירת התיק בהסדר טיעון. ככלל, החלטת התובע בדו"כ תתבצע ע"ב הראיות שנאספו ע"י המשטרה, הוא לא נפגש עם עדים אלא במקרים חריגים. אם התובע מחליט לסגור את התיק, עליו להחליט באיזה עילה לסגור את התיק: **(1) חוסר ראיות** שכן אין סיכוי סביר להרשעה בראייתו ע"ב ראיות קבילות (זה מבחן משפטי, כאיש מקצוע, ואין עניין אם התובע חושב שהחשוד עבר את העבירה אלא האם יש ד"י ראיות לשם הוכחת האשמה. מדובר על בחינה הסתברותית מה חושב התובע שיחליט בהמ"ש בסוף המשפט, זו מיומנות שאין להרבה גורמים), אז יהיה חייב לסגור את התיק; **(2) חוסר אשמה** – זה לא אומר שאין סיכוי סביר להרשעה, אלא שאין ספק שהאדם לא ביצע עבירה פלילית. עדיף שתיק ייסגר מחוסר אשמה, מפני שחוק שנסגר מחוסר ראיות יש רישום פלילי ויש גורמים שיכולים לראות אותו; **(3) נסיבות העניין בכללותן לא מתאימות להעמדה לדין** – חוסר עניין לציבור, גם אם יש ראיות, ברי כי הנזק שכרוך בהעמדה לדין עולה על התועלת. נציין כי הנילון יכול להגיש ערר גם בעניין שינוי עילת הסגירה למחלקת העררים בפרקליטות המדינה.

בהגשת כתב האישום החשוד עובר לסטטוס של נאשם, וכל חומר הראיות מועבר לנאשם.

כתב אישום חייב להיות בכתב.

○ לפני הגשת כתב אישום, בעבירות פשע, לפי **ס'60א לחסד"פ** חובה על התביעה **לתת לחשוד זכות שימוע** לשכנע

מדוע לא להגיש כתב אישום, יש לכך חריגים עליהם לא נרחיב.

○ **מעצר עד תום ההליכים** – הבקשה מוגשת יחד עם כתב האישום, ע"י התביעה (ולא המשטרה). התכלית של

מעצר עד תום ההליכים נובעת מעילת המעצר. גם מעצר עד תום ההליכים, כמו במעצר לצרכי חקירה, צריך לקיים

3 תנאים מצטברים: (1) תשתית ראייתית – בשונה מצרכי חקירה נדרש תשתית ראייתית של ראיות לכאורה,

צריך סיכוי סביר להרשעה ולא ניתן עוד להשתמש בראיות בלתי קבילות כי אנחנו בזמן המשפט. לא יתכן

שהחלטה להעמדה לדין והחלטה על מעצר פה תתבצע ע"ב ראיות בלתי קבילות. כאן בהמ"ש לא בהכרח מחליט

על המעצר, אלא בהמ"ש בעל הסמכות העניינית שיחליט הוא בהמ"ש שיש לו הסמכות העניינית לדון בתיק

כתלות בכתב האישום. בדו"כ ימי המעצר מנוכחים מהמאסר אם בסופר המשפט הנאשם יורשע ויושת עליו מאסר

– לא מדובר על חלופות מעצר כמו מעצר בית; **(2) עילת מעצר** – מסוכנות/חשש לשיבוש; **(3) היעדר חלופת**

מעצר ראוי – לא ניתן להשיג את התכלית בדרך אחרת. במעצר מעין זה יש גם אופציה למעצר באיזוק אלקטרוני,

דבר שלא קיים במעצר לצרכי חקירה. השופט שידון בבקשת המעצר לתום ההליכים הוא בדו"כ אינו או שופט

שידון בכתב האישום, זאת כדי למנוע ממנו לגבש תובנה לגבי הראיות, מפני שבבקשה כזו השופט רואה ראיות,

ולא שומע עדים. בבקשת מעצר עד תום ההליכים, לצורך עילת המעצר, ניתן להשתמש בראיות בלתי קבילות (לא

לצורך התשתית הראייתית), כדוגמת רישום פלילי המעיד על מסוכנות / חשש לשיבוש, לכן עדיף למנוע גיבוש

עמדה קדומה וצריך שופט אחר. אולם, לא תמיד יהיו שופטים שונים, כי לא תמיד יש את כוח האדם הזה. מעצר

עד תום ההליכים מוגבל ל-9 חודשים, אם המשפט לא מסתיים תוך 9 חודשים צריך לבקש כל פעם ארכה מבהמ"ש העליון לצורך הארכת המעצר. כאן לסנגור כבר יש את כל חומר החקירה, בשונה ממעצר לצרכי חקירה.

○ יש אפשרות להגיש תביעה פרטית אך זה כלי שאמור לעבור מהעולם ולא נרחיב עליו.

6. **משפט** – המשפט מתחיל בהקראת כתב האישום מבחינה פורמלית. על הנאשם להשיב לכתב האישום – כפירה / הודאה.

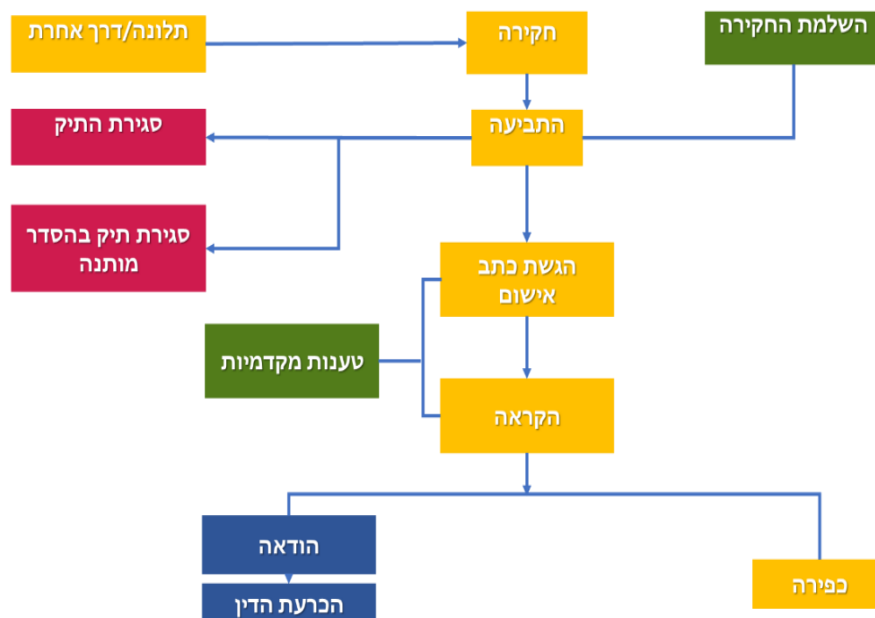
כשנאשם מודה בשלב ההקראה, אין צורך להמשיך במשפט ונעבור להכרעת הדין – זה קורה בדו"כ כשיש הסדר טיעון. מנגד, יכול הנאשם לכפור באשמה ומכאן יתחיל המשפט. בהליך פלילי אין כתב הגנה, אלא רק בהליך אזרחי. בהליך פלילי רק משיבים לכתב האישום בשלב ההקראה. ייתכן שיש לנאשם טענות מקדמיות, והשלב המתאים להעלות אותן, הוא לאחר ההקראה ולפני התגובה לכתב האישום (**ס'149 לחסד"פ**) – למשל, חוסר סמכות מקומית/עניינית, פגם או פסול בכתב אישום, כבר זוכיתי/הורשעתי, הגנה מן הצדק וכו'. טענות מקדמיות הן טענות שמובילות לביטול כתב האישום אם יתקבלו, לא לזיכוי. אם יש צפי למאסר בפועל בהרשעה, המחוקק דורש מהתביעה ליידע את הנאשם בכך בתחילת המשפט. יש טענות מקדמיות מסוימות שלא ניתן לטעון אותן לאחר שלב זה ללא קבלת אישור מבהמ"ש.

הנאשם יכול לא להגיב להקראה – לשתוק, אך אז זה יחשב לרעתו. הוא יכול לכפור בחלק מכתב האישום, לטעון לעובדות נוספות וכו'. בתיקים מורכבים התגובה לכתב האישום תתבצע בכתב, אך בלא מורכבים זה יכול להיעשות בע"פ.

לשלב ההקראה חשיבות משמעותית, מפני שאחרי שלב ההקראה כדי לתקן את כתב האישום התביעה צריכה לבקש אישור מבהמ"ש, בעוד שלפני שלב זה אין צורך בכך אלא רק ביידוע בהמ"ש. בנוסף, לאחר שלב ההקראה, אם התביעה רוצה לחזור בה מכתב האישום, הכלל הוא שזה זיכוי, בעוד שלפני כן זה ביטול ואין מעשה בית דין, כלומר שניתן להגיש את כתב האישום שוב.

על הנאשם להעלות טענת אליבי הוא רק בתחילת המשפט, טרם תחילת ניהול ההוכחות.

אם הנאשם מודה, עוברים להכרעת הדין ואין צורך בהמשך המשפט, אך אם הנאשם כופר עוברים לפרשת ההוכחות.



7. ניהול המשפט –

- **פרשת התביעה** – התביעה היא זו שצריכה להוכיח מעל לכל ספק סביר שהנאשם ביצע את המעשה. אין תצהירי עדות ראשית בהליך פלילי וכל הראיות מובאות על ידי עדים. התובע לא כפוף לסדר עדים שהוא כתב בכתב האישום. המשך מתחיל ע"י התביעה, בהצגת ראיות התביעה < חקירה ראשית – חקירה נגדית – חקירה חוזרת. אם עד התביעה עושה פרסה, ואומר משהו הפוך ממה שהעיד במשטרה, התביעה תכריז עליו כעד עוין וכעת התביעה יכולה לחקור אותו בחקירה נגדית. בנוסף, ניתן לבקש בהמ"ש להעדיף את מה שאמר במשטרה, ע"ב **ס'10א לפקודת הראיות** כחריג לכלל עדות מפי השמועה לפיו זו אמורה להידחות.
- **הנאשם** – כל מה שאמר במשטרה בד"כ, בוודאי בהודיית חשוד במשטרה, היא כן קבילה לעניין תוכנה ואחד החריגים לכלל האוסר עדות מפי שמועה. בד"כ עד תביעה ראשון – חוקר שגבה הודאה מנאשם – תוגש ע"י החוקר כראייה לעניין תוכנה, חריג לכלל הפוסל עדות מפי שמועה. התביעה אמורה להוכיח לפי **ס'12 לפקודת הראיות**, שההודאה בפני משטרה או מדובר ניתנה באופן חופשי ומרצון. אם הסנגוריה תטען שלא ניתנה באופן חופשי ומרצון אז יפתח משפט זוטא קטן, מעין משפט בתוך משפט, שיעסוק רק בשאלה אם ננקטו אמצעי חקירה פסולים שמנעו רצון טוב וחופשי מהחשוד להודות.
- **בתום פרשת התביעה** – התובע מכריע "אלו עדיי". הנאשם אף פעם לא יהיה עד תביעה! אם ירצה יהיה עד הגנה, אך לעולם לא יהיה עד תביעה. לכן אם תביעה רוצה להגיש כתב אישום כנגד שני שותפים ורוצה שאחד יעיד נגד השני חייבת להגישם בכתבי אישום נפרדים. בשלב הזה, הנאשם יכול לטעון NO CASE TO ANSWER – אין להשיב לאשמה.
- המשמעות: הסנגור בעצם אומר כי גם אם ניקח את כל מה שאמרו עדי התביעה AS IS, בהנחה והכל נכון, עדיין לטענתו אין לתביעה ראיות לכאורה. לא צריך אפילו להביא עדי הגנה, שכן אין קייס שיחייב אותו להשיב ולכן הוא מבקש מבהמ"ש לזכות את הנאשם רק על בסיס הראיות שהתביעה הביאה.
- לא מומלץ להשתמש בטענה זו, 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. **קיים לכך חריג** – אם הנאשם טוען שיש לו עבר נקי אך התובע יודע שיש עבר פלילי, הוא יכול להביא זאת בפני בית המשפט.
- **פרשת ההגנה** – לאחר פרשת התביעה, תחל פרשת ההגנה. הנאשם יכול להחליט אם הוא מעיד, הוא לא חייב, אך במידה וכן הוא יהיה העד הראשון מטעם פרשת ההגנה. הנאשם לעולם לא יהיה העד של התביעה על פניו, עדותו של נאשם בהליך היא חריגה, שהרי הנאשם שמע את כל עדי התביעה בטרם הגיע תורו להעיד, בעוד שבמצב דברים רגיל העדים האחרים אינם יכולים לשבת באולם בהמ"ש לפני שאלו מעידים. עם זאת, לא ניתן להוציא את הנאשם מאולם המשפט המתנהל בעניינו, לכן כל עוד הוא מבקש להעיד – עליו להיות העד הראשון, ואם ירצה להעיד בשלב מאוחר יותר יאלץ לקבל לשם כך אישור.
- אם הנאשם בוחר שלא להעיד יש לכך משמעות, שהרי יש סנקציה לנאשם שבוחר לשתוק במשפט – החסד"פ קובע שהדבר יכול להוות חיזוק או סיוע כנגדו. אך, אם הוא בוחר להעיד, אי אפשר לשאול אותו שאלות שקשורות בעברו הפלילי כי השופט לא אמור להיחשף לכך.
- חריג** – סממן אינקוויזטורי בשיטה האדברסרית: הבאת עדים מטעם בהמ"ש.

8. **שלב הסיכומים** – אחרי שפרשת ההגנה מסתיימת עוברים לשלב הסיכומים. כל צד מסכם את ראיותיו, התביעה וההגנה.

9. **הכרעת הדין** – בהמ"ש מחליט אשם/זכאי. בית המשפט מכריע האם הנאשם ביצע את העבירה או לא.

○ אם יש **זיכוי**, ביהמ"ש מודיע על כך בפתח הדברים. נגמר העניין.

○ אם יש **הודאה במשפט** – היא **מובילה ישירות להכרעת הדין** וחוסכת את כל התהליך הזה. בהודאה בהסדר טיעון

אין צורך בפרשת ההוכחות וישר עוברים להכרעת דין. זוהי לא הודאת חוץ, אלא הודאה מתוך רצון טוב וחופשי.

אם הנאשם מודה בפני שופט, זה מספיק כל עוד השופט מתרשם שזאת הודאת אמת.

○ אם יש **הרשעה**: עוברים לגזר הדין:

10. **גזר הדין** – זהו דיון שמתרחש לאחר הכרעת הדין, מעין מיני משפט.

○ ראיות התביעה וההגנה לעניין העונש – כל צד מעלה את טענותיו בדבר העונש והשאלה היא איזה עונש ראוי

להטיל על העבריין. התביעה מסכמת ראשונה, לאחר מכן ההגנה ובסוף עוברים להכרעת הדין. 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

יכולה להביא עדים שנקראים עדי אופי – אלו עדים שמספרים על אופיו הטוב של הנאשם, שיכולים לספר על

דברים שעומדים לזכותו וזאת בניסיון להקל על עונשו.

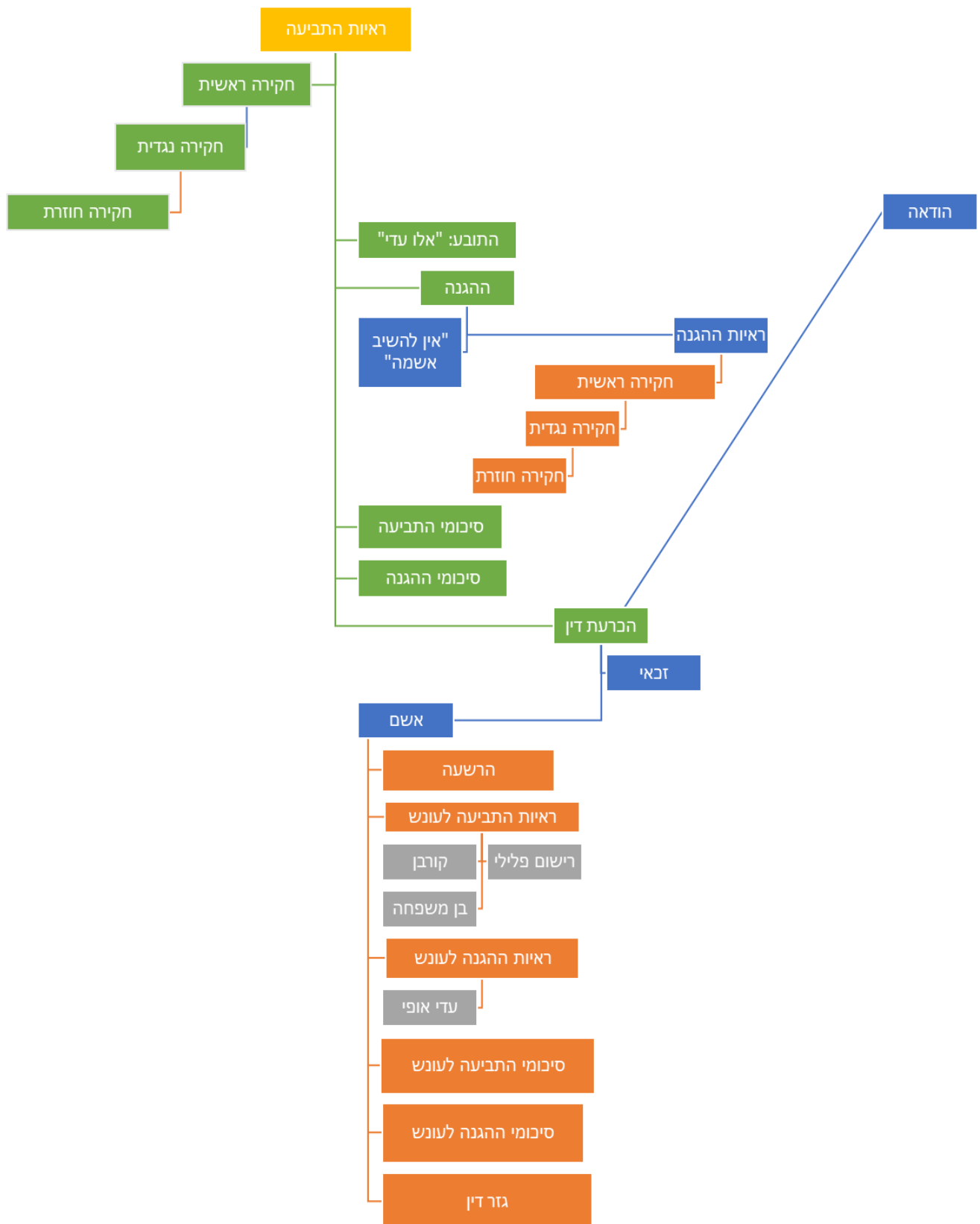
- **דרכי ענישה** – מאסר בפועל, מאסר על תנאי, קנס כספי, פיצוי למתלונן, שירות לתועלת הציבור או אי

הרשעה.

○ **סיכומי התביעה וההגנה לעניין העונש** – זה שומה מסיכומים לעניין הכרעת הדין. כאן, התביעה תבקש להחמיר

בעונש, בעוד הגנה תבקש להקל. בהמ"ש מחליט.

○ **גזר הדין** – ניתן בסופו של דבר.





שיעור 7 – 01/12/2020

פרק ג: השפעת המהפכה החוקתית על סדר הדין הפלילי

לסוגיה החוקתית יש השפעה משמעותית של סד"פ.

ח"ח כוה"ח וחו"ח: חופש העיסוק הובילו למהפכה החוקתית והשפיעו רבות על המשפט, כנ"ל על סד"פ.

ההליך הפלילי באופן כללי מבחינת הפגיעות בזכויות הפרט, יש פוטנציאל עצום החל מפגיעה קניינית (למשל בתפיסת ראיות כמו פלאפון או מחשב וצווי חיפוש) וכלה בפגיעה בפרטיות (מתבטא למשל בחיפוש על גוף האדם והאזנות סתר), בנוסף לכך תתיכן פגיעה אף בזכות לכבוד וכו'. כלומר שיש המון פוטנציאל להתנגשות מתמדת בין זכויות הפרט להליך הפלילי שאין בו אלמנט של וולונטריות.

נשאלת השאלה, מדוע חוקי היסוד שלנו לא מתייחסים באופן ספציפי לזכויות חשודים ונאשמים בהליך הפלילי, זאת בניגוד למצב בחקוקיהן של מדינות אחרות. אין הדבר מעיד על כך שהמחוקק לא חשב ליתן התייחסות מעין זו, להפך - היו הצעות חוק רבות שלא עברו ונדחו למול עניינים דחופים יותר שעמדו על סדר היום, כך למשל הייתה הצעת חוק שהתייחסה לחזקת החפות לפיה זו אמורה לקבל מעמד חוקתי על חוקי, בהתאם לכך אף נעדר חוק היסוד המתייחס לזכות להליך הוגן. בדומה, הייתה גם הצעת חוק שהתייחסה לזכות ההיוועצות אשר גם היא טרם התקבלה וייתכן כי תדחה עוד זמן רב. משנת 1992 לא התקבלו חוקי יסודי העוסקים בזכויות אדם.

אם כן, עולה השאלה האם מחוקי היסוד הקיימים ניתן לגזור את אותן זכויות חוקתיות פרוצדורליות בהליך הפלילי **חו"ח כוה"ח** שהיינו מצפים שיהיו מעוגנים בחוקה באופן חד משמעי?

הנשיא ברק כתב מאמר על הנושא ("הקונסטיטוטליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיו על המשפט הפלילי המהותי והדיוני"), שם כתב כי מרבית ההגנות הפרוצדורליות המעוגנות חוקתית במדינות המערב (כמו ארה"ב וקנדה)

יכולות להיקלט בישראל דרך **חו"י: כוה"ח** שיכול להוות בסיס טוב דיו כדי להשתית עליו את זכויות החשודים והנאשמים בהליך הפלילי. כלומר, הזכויות החוקתיות של הנאשמים – מהותיות ודינויות פרוצדורליות כאחד – קיבלו עיגון חוקתי דרך חו"י זה.

במאמרו, ברק המשיך ואמר כי גם חזקת החפות; הדרישה להרשיע אדם מעל לכל ספק סביר; דיני החיפוש (למשל, מידת ההוכחה הנדרשת להוצאת צו חיפוש); שלבי המעצר; עילת מעצר; חלופת מעצר; זכות ההיוועצות; זכות השתיקה; הזכות להימנע מהפללה עצמית וכו' – כולם קיבלו מעמד חוקתי, ולכן כל אלו צריכים לעמוד במגבלות **חו"י: כוה"ח**.

בהמשך למאמרו של ברק, הדברים נאמרו גם ב**פס"ד יששכרוב** (2006) בו בהמ"ש העליון עיגן את הזכות להליך הוגן בהליך הפלילי בזכות חוקתית כחלק מהזכות לכבוד האדם. בפסה"ד לא נדונו כלל הזכויות של החשודים והנאשמים בזכויות חוקתיות, אך זו העמדה המשתמעת. כלומר, עמדתו של ברק במאמרו התקבלה על ידי בהמ"ש העליון. על אף שפסה"ד נמנע מלהכריע האם הזכות להליך הוגן היא זכות חוקתית במלוא היקפה, **נקבע שפגיעה מהותית בזכות להליך הוגן תביא לפגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם**. כלומר, הזכות לכבוד האדם מהווה צינור באמצעותו בהמ"ש מזרים את הזכות להליך הוגן לחוקה שלנו, על אף שהדבר לא נעשה בצורה ישירה על ידי המחוקק. כלומר, פגיעה בזכות להליך הוגן תפגע גם בזכות החוקתית לכבוד האדם.

בפסה"ד בהמ"ש קבע גם את **דוקטרינת הפסילה הפסיקתית** (לא חוקתית, מפני שהמחוקק לא עיגן אותה בחוק, ומדובר על חקיקה שיפוטית, דבר שבהמ"ש העליון לא שש לעשות בד"כ). בפסה"ד בהמ"ש העליון ממש ביקש מהמחוקק לעגן בחוק את הדוקטרינה, אך כשהבין שהמחוקק מתמהמה, בהמ"ש לקח את המושבות לידי ועיגן את הדוקטרינה הזו בפסיקה, באמצעות חקיקה שיפוטית. לפי הדוקטרינה, **הזו ראייה שהתקבלה שלא כדין, תיפסל אם קבלתה במשפט תגרום לפגיעה מהותית בזכות להליך הוגן שלא עפ"י פסקת ההגבלה**.

כשפס"ד ייששכרוב התקבל בשנת 2006, לא הייתה הפתעה גדולה כי הוא לא סוטה מעקרונות מאוד בסיסיים חוקתיים במשפט הקובעים כי אין לאף אדם זכויות אדם מוחלטות אלא יחסיות (למעט הזכות נגד עינויים, אפילו הזכות לחיים, שהיא אולי הזכות הכי חשובה, אינה מוחלטת), אם כן, גם כשיש פגיעה בזכות להליך הוגן, שהיא נגזרת מהזכות לכבוד, עדיין אין מדובר בזכות מוחלטת, אלא בזכות יחסית ואת הפגיעה צריך לבחון לפי תנאי פסקת ההגבלה.

ניתן לומר כי מצד אחד יש בשורה – **פס"ד שהעלה על נס את הזכות החוקתית להליך הוגן כזכות נגזרת מהזכות לכבוד**, אך מצד שני זו זכות יחסית שצריך לבחון לפי פסקת ההגבלה בדומה למהלכים שאנחנו מכירים ממשפט חוקתי בקשר ליתר זכויות האדם. לכן, אנחנו לא נמצאים בעולם בו יש פסילה גורפת של ראיות או שהתקבלה בו דוק' העץ המורעל הגורפת הפוסלת את כל שרשרת הראיות "המזוהמת" ממנה נסוגים אפילו האמריקאים מתוך הבנה שזה יוצר פגיעה באמון הציבור ומתקרבים לדוק' שמדמה את הדוק' שהתקבלה בייששכרוב ומקנה לבהמ"ש שיקו"ד לו הוא זקוק במתן הכרעותיו.

אם נחזור לפסה"ד שפתחנו עמם את הקורס (סילבסטר, קניר וכו') שאמרו שלא ייתכן שכל טעות בהגשת ראיות תוביל לפסילתן, יש לשאול את עצמנו – **מה קורה היום בעקבות הלכת ייששכרוב?** הרי לא יעלה על הדעת שכל טעות פרוצדורלית וטכנית תוביל לזיכוי.

הלכת ייששכרוב אומרת שגם כאשר יש פגיעה בזכות להליך הוגן, לא בטוח שנפסול את הראיה. אך, מתי הראיה תיפסל? כאשר הפגיעה חורגת מגדרי של פסקת ההגבלה. כלומר, עפ"י הלכה זו, הזכות להליך הוגן היא לא מוחלטת, אלא זכות יחסית היא, ולכן לא כל פגיעה בזכות להליך הוגן תביא באופן אוטומטי לפסילת הראיה, אלא רק פגיעה משמעותית וכזו שחורגת מפסקת ההגבלה.

עם זאת, **הנשיאה ביניש** – שכתבה את החלק העיקרי בהלכת ייששכרוב, לא השאירה הלכה עמומה שאומרת שרק פגיעה בזכות להליך הוגן שחורגת מפסקת ההגבלה תוביל לפסילת הראיה, אלא היא התוותה אמות מידה לשופטים כדי שידעו עפ"י אלו מבחנים הפגיעה בהליך הוגן חורגת מפסקת ההגבלה.

בהלכת חייבטוב, ראינו את הגישות השונות של השופטים, כאשר מבחינת תוצאת הפסק, כולם הסכימו כי יש לזכות את חייבטוב מרצח, אולם נחלקו בדעתם ביחס לשאלה האם ההודאה היא הודאת אמת, ובכל זאת בחרו לזכות את הנאשם מהסיבה שלטענתם הייתה פגיעה בזכות להליך הוגן, כזו שגם אם ההודאה הייתה הודאת אמת אנו כחברה לא מוכנים לקבלה ומוכנים לשאת במחיר. מנגד, ניתן לשאול האם ההודאה הייתה הודאת אמת או שמא הפרת הזכות להליך הוגן, הובילה למצב של הודאת שווא? זו דילמה גדולה שנצטרך ללכת איתה במהלך כל הקורס.

יש לציין כי גם **דוקטרינת ההגנה מן הצדק** **מהווה ביטוי מובהק לחלחול המהפכה החוקתית אל ההליך הפלילי** – כשמדובר בהגנה מן הצדק, זו אולי הדוגמה הקלאסית ביותר לסיטואציה שבה יש ממשק של ממש בין המשפט הפלילי למשפט המנהלי.

- **מה אומרת דוקטרינת ההגנה מן הצדק?** דוקטרינה זו נקלטה בישראל בפס"ד יפת שם נטען לפגיעה קשה מאוד בזכות להליך הוגן של הנאשמים. הטענה הייתה כי הרבה רשויות ציבוריות היו מעורבות בכך, ואין להיטפל רק לבנקאים שכן היו גורמים רבים אחרים שהיו מעורבים בכך.

← לכן הועלתה טענת הגנה מן הצדק, אשר הרעיון בבסיסה מאוד פשוט ולא קשור לשאלת החפות והאשמה. **דוקטרינת ההגנה מן הצדק לא שואלת האם יש להרשיע את הנאשם לאור התעוררות ספק סביר**, אלא זו מבקשת לבטל את כתב האישום מהסיבה שהייתה התנהגות קלוקלת של המשטרה, רשויות החקירה, התביעה וכו' – כולן רשויות מנהליות. כלומר, יש פה ממשק בין המשפט הפלילי למשפט המנהלי, לכן צריך לבטל את כתב האישום. הדבר מהווה **ביטוי מובהק לממשק בין המהפכה החוקתית לבין הזכות להליך הוגן**.

- אם כן, **דוקטרינת הגנה מן הצדק נקלטה בבהמ"ש העליון ע"י חקיקה שיפוטית, והמחוקק נתן לה גם עיגון בחוק סדר הדין הפלילי באופן מפורש תחת ס'149(10) לחוק זה**.

- יש להדגיש כי **טענת הגנה מן הצדק לא מובילה לזיכוי, אלא לביטול כתב האישום**, כלומר שאין מניעה מהגשת כתב אישום נוסף באותו עניין, אולם הכל מבינים שבסבירות גבוהה הדבר לא יתרחש בפועל.

בפרשת חייבטוב, בהמ"ש קבע רף כמעט בלתי עביר. הוא דחה למעשה את טענת ההגנה מן הצדק של הבנקאים עצמם. אבל קיבל את הדוקטרינה לכשעצמה. כלומר, כאשר מדובר בהתנהגות שערורייתית מצד הרשויות, ייתכן שההגנה הזו תתקבל. עם זאת, **הרף לקבלת הטענה הוא מאוד גבוה**, למרות שבהחלט ההגנה יכולה להתקבל במצבים כאלה, במיוחד בבמקרים של פעולות שנעשו בדדון, והן פעולות קשות.

לאט-לאט, בהמ"ש הוריד את הרף וקבע שגם במקרים של רשלנות של התביעה או המשטרה, או במקרי אכיפה ברונית טענת ההגנה הדבר יכול להוביל לקבלת טענת ההגנה מן הצדק.

היום דוקטרינה זו מהווה פלטפורמה להרבה מאוד טענות בדבר שיהיו בלתי סביר בכתב האישום, טענה לרדיפות וכו'.

נשאלת השאלה, האם במקרה בו נאשם טוען למשל שנרדף ע"י התקשורת יש באפשרותו להעלות טענה זו?

- זה מה שניסה לטעון משה קצב ונדחה.

- צחי הנגבי גם ניסה לטעון לקיומה של טענת הגנה מן הצדק ב**פרשת המינויים הפוליטיים** – שם גרס כי אמנם המינויים הללו לא היו מוסריים, אך הדבר לא חצה את הרף הפלילי. הפעם ראשונה שהוגש כתב אישום בעניין מרמה והפרת אמונים בעניין הזה זה עניינו. הוא אומר שיש כלל הקובע כי "אין עונשין אלא אם כן מזהירין", ולכן היה צריך להזהירו קודם, ומשום כך לא ניתן להעמידו לדין באופן מידי. טענתו זו התקבלה בבהמ"ש השלום, אשר ביטל את כתב האישום נגדו בטענה של הגנה מן הצדק. הפרקליטות רצתה לערער, אך לא קיבלה את הזכות כי לא נתנו הארכת מועד בתום שביתת פרקליטים שהייתה באותה תקופה.

שיעור 9 – 15/12/2020

אינטרס הכלל אל מול זכויות הפרט – שינוי בנקודת האיוון

השלכות הלכת יששכרוב על זכויות חוקתיות של חשודים ונאשמים בהליך הפלילי

בעקבות המהפכה החוקתית וחיקת חוקי היסוד עוד לפני הלכת יששכרוב, אחד הדברים המרכזיים היה שינוי בנקודות האיזון בין האינטרס הציבורי והרצון להילחם בפשיעה ולמגרה וההגנה על קורבנות העבירה בכוח ובפועל לבין הצורך להגן על זכויות החשודים והנאשמים בהליך הפלילי, כלומר על הזכות להליך הוגן. **כלומר ניתן משקל רב יותר מבעבר לזכויות החוקתיות של החשודים והנאשמים בהליך הפלילי.** חשוב לציין שזה לא אומר שקודם לכן לא ניתן להם משקל, אלא שאחרי המהפכה המשקל של הזכויות האלה בתוך המשוואה (באיזון האינטרסים) הזו עלה.

דוגמה לכך ניתן לראות ב**פרשת גנימאת**. בפסה"ד דובר על תושב חברון שהועמד לדין על כך שהוא גנב שני רכבים ושנשאלה השאלה האם ניתן לעצור אדם עד תום ההליכים רק בגלל שהעבירה של גניבת רכבים הוכרה כמכת מדינה. יש לזכור שהאדם שנעצר הוא עדיין בחזקת החפות. גם במעצר נקודת ההנחה היא שהעצור הוא בחזקת חף מפשע. המשותף לכלל המעצרים הוא שהאדם עדיין חף משפע, ולכן מתחדדת השאלה האם ניתן לעצור אדם רק כדי להרתיע את הכלל? כלומר לעשות שימוש באדם ככלי הרתעתי על מנת שכולם ידעו שמעתה ואילך כל מי שיוגש נגדו כתב אישום בגין עבירה שהיא מכת מדינה, הוא צפוי למעצר עד תום ההליכים רק בגלל שהוגש נגדו כתב אישום בעבירה שהיא מכת מדינה.

חשוב לציין ששיקול ההרתעה הוא יעיל כאשר מדובר בשיקולי ענישה, כלומר רק לאחר שהאדם הורשע. טרם ההרשעה כאשר האדם עדיין חף מפשע, האם יעלה על הדעת שיעשו שימוש באדם לצורך שהוא חיצוני לו כלומר לשם הרתעת הרבים? גנימאת בדיון הנוסף קבע שזה בלתי אפשרי ולא חוקי. חשוב להבין שזה לא אומר שאם אדם עבר עבירה שהיא מכת מדינה, הוא לעולם לא ייעצר עד תום ההליכים. ייתכן שהוא כן ייעצר אבל לא בשל כך שהעבירה שעבר היא מכת מדינה. מעצר נבחן אינדיבידואלית, יש לבדוק עילת מעצר, תשתית עובדתית והיעדר חלופה יעילה (עקרון המידתיות). יכול להיות שאדם שביצע עבירה שהיא מכת מדינה, אך הוא גם מסוכן או שקיים חשש שהוא יברח או שמדובר בעבירה חמורה ומכוח חומרתה יש חשש שהוא ישבש הליכים או יתחמק מהדין. לכן כל אלה צריכים להיבדק בכל מקרה לגופו ולא לגזור אמירה כללית לפיה כל מי שהואשם במכת מדינה ייעצר עד תום ההליכים.

חוק המעצרים החדש חוקק בשנת 1996 ולא היה קיים בפרשת גנימאת. בפרשת גנימאת עלתה השאלה של פרשנות החקיקה (החוק שקדם לחוק המעצרים), שמוגנת מביטול לאור סעיף שמירת הדינים, אך האם יש לפרשה לאור חוקי היסוד בעקבות המהפכה החוקתית. בגנימאת נקבע כי עצם העובדה שיש חוק שמוגן מפני ביטול בשל סעיף שמירת הדינים, לא אומר שהוא לא יפורש ברוח המהפכה החוקתית. גם חוקים מוגנים בסופו יום יפורשו ברוח המהפכה החוקתית ואותו חוק המעצרים שקדם לחוק החדש ב-96 פורש ברוח המהפכה החוקתית, אותה מהפכה שהעלתה על נס את זכויות החשודים והנאשמים.

בפסה"ד יש שיח מעניין בין שמגר לברק:

שמגר – טוען שחוק יסוד כבוד האדם נושא עימו בשורה חוקתית לכל פרט בחברה, אולם הוא נועד לכלל החברה ולא רק לעבריינים. גם קורבני עבירה זכאים להגנה על כבודם וחירותם מפני פחד ואימה ולא פחות מהנאשם עצמו. כלומר, שמגר בגנימאת אומר שנכון שיש חוקי יסוד שבהחלט עשו מעשה חשוב והעלו על נס את זכויות החשודים והנאשמים, אבל הם לא שינו הרבה במובן הזה שגם טרם חוקי היסוד שעסקו בזכויות אדם, גם קודם לכן בית המשפט נתן ביטוי לזכויות אלה בהכרעותיו. המרצה אומר ששמגר צודק (**בג"צ בז'רנו, קול העם**) – ניתנו לפני המהפכה והעלו על נס את הזכויות החוקתיות). ההבדל העיקרי הוא שטרם המהפכה לא ניתן היה לבטל חוק שפוגע בזכות אדם על בסיס תוכן החוק, שהפגיעה היא לא מידתית או לא ראויה. ביטול חוק שלא עומד בתנאי פסקת ההגבלה התאפשר רק בעקבות המהפכה. לפני כן היו ביטולי חוק אך רק מחמת אי עמידה בתנאים הטכניים של הפרוצדורה (**ס'4 לחו"י הכנסת – פס"ד קניאל, ברגמן**) – סתם הרחבה.

ברק משיב לשמגר – ברק אומר שדבריו של שמגר נכונים אך בעקבות חקיקת חוקי היסוד, הערך של זכויות הפרט עלה לעומת הערך של אינטרס הציבור מבחינת המשקל שניתן לזכויות אלו במשוואה. ולכן אדם ייעצר עד תום ההליכים רק במקרים חריגים.

זה לא הכלל אלא החריג לכלל! ברק אומר לשמגר שהוא מסכים שגם זכויות הקורבנות מעוגנות בחוקי היסוד, ולא רק זכויות נאשמים וחשודים. גם קורבנות העבירה בכוח ובפועל זכאים להגנה על זכויות אדם, אך ברק שואל מתי מאזנים בין זכויות הקורבן לבין זכויות הנאשם? רק כאשר יש התנגשות ביניהם ולכן הדבר הזה מתחדד כי כאשר מדובר על מעצר עד תום ההליכים, רק אם יש סכנה קונקרטית מהנאשם הספציפי שהעומד הדין לאינטרס הציבור מבחינת מסוכנות או החשש לשיבוש הליכים או התחמקות, כלומר עילת מעצר קונקרטית אינדיווידואלית אז צריך לאזן. אם לא נשקפת ממנו סכנה קונקרטית איך נשלח אותו למעצר עד תום ההליכים רק בגלל שהוא עבר על עבירה שהיא מכת מדינה?

דורנר – מעמידה את שניהם מול נתון מעניין ואומרת שאנו כלל לא עושים איזון אופקי בין זכויות הקורבן לבין זכויות החשודים. כי זכויות הקורבנות בפועל ובכוח נכנסים לתוך האינטרס הציבורי והאיזון בין זכויות חשודים לבין האינטרס הציבורי **הוא איזון אנכי**. המרצה אומר שההבחנה הזו קצת הטשטשה בעקבות פסקת ההגבלה שהכניסה את כלל האיזונים במערכת אחת. דורנר רוצה להבהיר לשני השופטים שזכויות הקורבנות אמורות להשתכלל דרך האינטרס הציבורי וצריך לאזן אותו מול הפגיעה בזכויות הפרט של חשודים ונאשמים.

חוק זכויות נפגעי עבירה – החוק קובע שבעבירות מין ואלימות יש כל מיני סיטואציות בהליך הפלילי בהן חייבים לקבל את עמדת הקורבן. למשל: עיכוב הליכים, הסדרי טיעון, חנינה, וועדת השחרורים שמקצרת בשליש וכו'. ישנם צמתים בהליך הפלילי בהם צריך לקבל את העמדה של הקורבנות כאשר מדובר בעבירות מין ואלימות. החוק מקנה מעמד לקורבנות העבירה אבל המעמד הזה של הקורבנות הוא לא כזה שמאפשר להטיל וטו על החלטת התביעה. להתייחסות גם לזכויותיהם של קורבנות העבירה יש ערך חשוב גם מבחינת התהליך וגם מבחינת ההקשבה לקורבן. אך בסופו של יום מי שמייצג את האינטרס הציבורי ומתכלל אותו היא התביעה והיא זו שמתכללת את הזכויות של הקורבנות. חשוב לשמוע גם את קורבנות העבירה ויש פסיקה שמדברת על איך צריך לשמוע אותם. לא לעשות זאת רק כדי לעשות וי אלא לשמוע אותם באמת. יש כתיבה אקדמית על מה המעמד של החוק הזה, או שהוא יותר נועד להרגיע ולא באמת אפקטיבי, אלא יותר חוק שאין לו שיניים ולא באמת יביא בשורה גדולה.

טרם נגיע להלכת יששכרוב שטורפת את כל הקלפים, נדבר על פסה"ד בעניין שגיא צמח. פסה"ד מבטא עוד מגמה בעקבות המהפכה והיא הנכונות לשלם מחיר כדי להן על זכויות אדם. זכויות אדם זה דבר שהוא נחמד וחשוב אבל בחברה דמוקרטית אמיתית הן לא נבחנות לפי אמירות יפות, באקדמיה או בספר החוקים, כי קל לומר אמירות כאלה. **חברה דמוקרטית אמיתית נבחנת גם בנכונות שלה לשלם מחיר על מנת להגן על זכויות אדם.**

מחיר = תרתי משמע. הכוונה גם לשלם מחיר בכסף, וגם בנכונות לשלם מחיר חברתי. למשל, בפס"ד יששכרוב היה צורך להוביל לזיכוי כי הייתה פגיעה קשה בזכות להליך הוגן וזה גם כאשר יש ראיות לפיהם האדם אכן ביצע את המעשה. מדובר ברשות מנהלית ומדובר בפגיעה כל כך קשה ולכן צריך לפסול ראיה בשל אי קבילותה או להורות על ביטול כתב האישום אם זה הגנה מן הצדק. כאשר דיברנו על אמון הציבור – אחד הרציונלים של הלכת יששכרוב הוא למנוע פגיעה באמון הציבור כתוצאה מקבלת ראיה שפוגעת בזכות להליך הוגן שחורגת מתנאי של פסקת ההגבלה, גם אם הראייה עומדת על הרגליים מבחינת אמינותה ומהימנותה.

כאשר מדברים על מחיר, הכוונה היא גם בהיבט של ספר התקציב (כסף) וזה עלה בפרשת צמח- בפסה"ד דובר על תיקון לחוק השיפוט הצבאי שקיצר את תקופת המעצר של חייל, עד להבאתו בפני שופט ל-96 שעות. זהו היה תיקון שמטיב עם החיילים לעומת הדין שקדם לו. חוק השיפוט נהנה בצל שמירת הדינים. השאלה שעלתה היא האם תיקון מטיב גם נהנה מסעיף שמירת הדינים? או לחילופין כל תיקון לחוק שלאחר המהפכה גם אם הוא נהנה משמירת הדינים, נכנס לתוך הרשת? ומכאן שיש לבדוק את חוקתיותו של התיקון במשקפי פסקת ההגבלה, גם אם הוא מטיב. המדינה טענה שתיקון המטיב נהנה משמירת הדינים- המרצה מתנגד לאמירה הזו ואומר שזה לא ראוי. המדינה אמרה שאם התיקון לא יינה משמירת דינים, לא יהיה תמריץ למחוקק

לתקן את חוקים שנהנים משמירה דינים. אם כל תיקון מטיב לא ייחנה משמירת דינים, המחוקק יכניס את התיקון לבחינה במשקפים של פסקת ההגבלה בעוד שהחוק עצמו מוגן. המרצה אומר שזהו טיעון בעייתי כי אם המחוקק רוצה לתקן הוא יתקן והוא לא אמור לשקול שיקולים מהסוג של בחינת התיקון במסגרת פסקת ההגבלה. **בית המשפט לא קיבל את הטענה ואמר שכל תיקון של חוק ייבחן לפי פסקת ההגבלה.** לכן, 96 שעות זה הרבה זמן. הצבא אמר שהם מודעים לכך ורוצים לשפר את המצב ולקצר את הזמן הזה. מדוע הזמן קריטי מבחינת הגנה על זכויות? מעצר מהווה פגיעה אחת הקשות בזכויות הפרט בחברה דמוקרטית, ולכן רוצים שעין שיפוטית תכשיר את המעצר הזה כמה שיותר מהר ותיתן ביקורת שיפוטית על המשטרה.

באזרחי יש חובה להביא את העצור בפני שופט תוך 24 שעות. יש כאן פער עצום. הצבא מסביר את הפער בכך שמדובר מערכת גדולה, עם הרבה בירוקרטיה, נדרש יותר כוח אדם, רכבים ושופטים והם מבקשים זמן על מנת לפעול לקיצור הזמנים. **השופט זמיר** אמר – "ההבדל בין רצוי למצוי הוא כסף בגימטריה". הוא אומר, ששיקולי תקציב הם לא שיקולים זרים, אלא עניינים. אנו לא חיים במדינה שיש בה תקציב מוגבל ולכן זהו שיקול ענייני. אי אפשר לטמון ראש בחול ולהגיד שהכסף הוא לא שיקול. השאלה היא מה עומד מול השיקול הזה? **בבג"צ אליס מילר** – מול השיקול התקציבי עמדה פגיעה קשה בזכות לשוויון והפליה מגדרית ולכן למרות השיקול של תקציב, צריך לבדוק מול מה מאזנים. זמיר אומר שכאשר מדובר ב-10,000 חיילים שנעצרים מדי שנה, לא מדובר במשאבים שהם מחוץ ליכולת הצבאית. **זכויות אדם עולות כסף והחברה בישראל נבחנת לא רק באמירות יפות בספר החוקים אלא בביטוי שניתן בספר התקציב לזכויות האדם.** הוא עומד על כך שתקופת הזמן הסבירה היא 48 שעות וזה מה שקורה היום. אנו לא במצב זהה לאזרחי, אבל בצבא מתקרבים לשם ועומדים על 48 שעות. **פסה"ד מדבר על הנכונות לשלם מחיר כדי להגן על זכויות אדם, המחיר יכול לבוא לידי ביטוי בעניין תקציבי אבל לא רק (הלכת יששכרוב- מחיר חברתי).** עלתה שאלה האם באמת חוק המעצרים שבישר את הבשורה הגדולה והוריד את משך הזמן ל-24 שעות מטיב עם העצורים או גרם להפך? זו שאלה מעניינת כי נכון ש-24 שעות זה מעט אך השאלה היא לאן זה מוביל? מה ההשלכות של כך? אחת הביקורות היא שהחוק הזה רצה לעשות טוב (ואין מחלוקת על כך), אך נוצרת פרקטיקה לפיה המשטרה עסוקה רק בהארכת המעצר הראשוני ובמהי הפרוצדורה. בגלל שמדובר בתקופה קצרה של 24 שעות, המשטרה עסוקה רק בלפעול להארכת הזמן הזה, וזאת במקום להשקיע את הזמן בחקירה. אולי תתגלה עובדה בעקבותיה לא יזדקקו למעצר? אם היה למשטרה זמן של 48 שעות, אולי היא לא הייתה כל כך ממהרת להאריך את המעצר אלא בודקת האם יש הצדקה למעצר או שיש לשחררו קודם. הפרקטיקה היא שקודם כל רוצים להאריך את המעצר ורק אחר כך מתחילים באמת לחקור. לשאלה זו אין תשובה חד משמעית, על הנייר נראה שמשפרים זכויות. האם בפועל זה שיפר או לא? קשה לדעת.

חוק המעצרים וחוק החיפוש – מסדירים את ענייני החיפוש בגוף האדם של חיפוש פנימי או חיצוני, שניהם הפנימו היטב את המהפכה החוקתית. החוקים הללו מ-96 ורואים בתוך המילים שלהם את חוקי היסוד.

ס'1(ב) למעצרים – מעצרו ועיכובו של אדם יהיו בדרך שתבטיח שמירה מרבית על כבוד האדם וזכויותיו.

חוק החיפושים ביחס לחיפוש במקרה של שוד- החיפוש ייעשה בדרך ובמקום שיבטיחו שמירה מרבית על כבוד האדם, פרטיותו ובריאותו, ולהשתדל שלא לגרום לו לכאב או לאי נוחות.

חוקי היסוד שזורים בתוך שני החוקים הללו. בהיבט הזה, חוקי היסוד יצרו מהפכה שלמה. הדבר החשוב ביותר שטורף את הקלפים הוא הדיון בנושא של השלכת המהפכה החוקתית על קבילות ראיות. ולא רק, אלא גם על פרשנות **ס'12 לפקודת הראיות** המדבר על כך שהודאה צריכה להתקבל באופן חופשי ומרצון. איך מגדירים את הצמד מילים הללו חופשית ומרצון? מה עושה המהפכה החוקתית בכל הקשור לקבילות ראיות?

משל הרכבות: יש שתי רכבות שיוצאות בסוף שנות ה-90 מת"א בכיוונים שונים. שם של האדם הוא "המהפכה החוקתית". הרכבת השנייה נקראת "המעבר מקבילות למשקל". הרכבת של המעבר מקבילות למשקל נוסעת מתל אביב דרומה. והרכבת של המהפכה נוסעת צפונה. זהו משל לשתי מגמות שונות והרבה פעמים סותרות שקיימות במשפט הישראלי ויש לאזן ביניהם.

יניב בספר שלו מדבר על זה. המגמה הראשונה של אותה רכבת שנוסעת דרומה בעניין קבילות ומשקל: יש לפרק מחסומים פורמליים של קבילות ולאפשר לשופטים לקבל ולהכניס לתוך הסל כמה שיותר ראיות. מתוך נקודת המוצא שהשופטים הם אנשי מקצוע ואין לנו שיטת משובעים, לכן נהפוך את זה ליתרון. יש שופטים מקצועיים והם ידעו לתמחר את המשקל ואת המהימנות של הראיות. גם אם הוכנסה ראייה שפגעה בזכויות פגיעה קשה, הם ידעו לתמחר אותה במשקל 0 ולא להתחשב בה. הגישה הזו באה ואומרת שהם רוצים לתת יותר משקל לאמת העובדתית. ברגע שמפרקים את מחסומי הקבילות, ונותנים לשופטים להכניס הכל ולתמחר את המשקל שלהם, רואים את האמת העובדתית כאמת שאליה רוצים להגיע. בסופו של יום, תומכי המעבר מקבילות למשקל יגידו שמחסומים פורמליים הללו של קבילות הם יוצרים פער בלתי נסבל בין האמת העובדתית לאמת המשפטית.

הרכבת השנייה שיצאה מהתחנה צפונה ב-92' – למעשה באה ואומרת שנפל דבר (של המהפכה). זכויות החשוד והנאשם הן זכויות חוקתיות כחלק מהזכות לכבוד ולכן אנו לא מוכנים להכניס לסל ראיות שהתקבלו תוך פגיעה קשה בזכות להליך הוגן. הזרם הזה יאמר שהם רוצים להוציא את הראיות מהסל, הסל הוא משל לקבילות. אם הוצאתי ראייה מהסל משמע היא לא קבילה, אם הכנסתי היא קבילה. את הרכבת החוקתית אפשר לקחת צפונה ולעצור בחיפה או בקרית שמונה, השאלה היא כמה צפונה היא תיסע? אם ניקח צפונה מדי כלומר עד קריית שמונה אפשר לומר שהמהפכה החוקתית מובילה לכך שאין שיקול דעת לשופטים כך שכל ראייה שהושגה בהליך לא הוגן תישאר בחוץ. אפשר לקחת עוד יותר צפונה ולהגיד שלא רק הראייה בשרשרת תיפסל אלא גם דורותיה. גישה זו לוקחת ברצינות זכויות חשודים ונאשמים. תומכי הגישה יגידו שהם רוצים כלל פסילה גורף, חובת פסילה כמו בדוק' פירות העץ המורעל כאשר התכליות בבסיס הגישה שלהם, יכולות להיות מורכבות מ-4 תכליות עיקריות:

1. **תכלית חוקתית** – תומכי המהפכה החוקתית שבאמת מבינים את המשמעות של הגנה על זכויות הפרט יגידו שצריך לפסול את הראייה בגלל הפגיעה הקשה בליבת הזכות להליך הוגן.
 2. **תכלית חינוכית הרתעתית** – נפסול את הראייה ואת דורותיה למען יראו וייראו כדי שהמשטרה תבין אחת ולתמיד שלא שווה לה לפגוע בזכויות הפרט. אם הם ידעו שבסופו של יום הראיות תיפסלנה, אולי ישנו את אופן העבודה. לוקחים את הקורבנות ואת האינטרס הציבורי והופכים אותם לבן ערובה לתכלית של הרתעה וחינוך המשטרה.
 3. **תכלית של אמון הציבור** – אם אקבל את הראייה זה יפגע פגיעה קשה באמון הציבור כי בסופו של יום הציבור רואה שיש ראייה שהושגה תוך פגיעה קשה בהליך ההוגן והיא נכנסת לתוך הסל וזה הופך את ביהמ"ש לשותף לפגיעה החוקתית. לכן, יש לשמור על עקרון היושרה השיפוטית ולשמור על אמון הציבור המערכת המשפט.
 4. **תכלית של אמת עובדתית** – אם ראייה נפסלת זה לא מביא בהכרח להתרחקות מהאמת העובדתית? לא נפסול אתה הראייה כדי לאתר את האמת העובדתית כי ראייה שהוגשה תוך הפרה קשה של הזכות להליך הוגן היא ראייה שחותרת תחת האמת. מתבטא בהודאות – הודיה של חשוד במשטרה שמאיימים עליו ומפחידים אותו ומפעילים לחץ עצום ולעיתים אף כוח פיזי, יכול להיות שהאיש יודה רק כדי שיפסיק כל הסבל הזה למרות שהוא לא ביצע את העבירה. תומכי זכויות אדם יגידו שיש לזה תכלית של איתור אמת עובדתית.
- זאת הרכבת שדוהרת צפונה והשאלה היא כמה היא דוהרת? הלכת יששכרוב מגדרת את הדרך שלה אבל היא לא מרחיקה מדי כי אין דוק' של פירות העץ המורעל.

שיעור 10 – 22/12/2020

כלל הפסילה הפסיקתי

כלל הפסילה הפסיקתי

כאן ההשפעה החוקתית על זכויות חשודים ונאשמים באה באופן הכי מובהק.

בשבוע שעבר תיארו את שתי הרבבות כך שכל אחת מהן דוהרת לכיוון אחר:

- **מצד אחד** הרבבת הראשונה המבטאת את **המגמה של המעבר מקבילות למשקל ששמה את הדגש על איתור האמת העובדתית**, ובנוסף לוחצת על כך שכמה שיותר ראיות תיכנסנה לסל והן יתומחרו בהתאם למשקל.

- **מצד שני** הרבבת השנייה המבטאת את **דוקטרינת הפסילה החוקתית שמבקשת להוציא מהסל, ולפסול את הקבילות של ראיות שהושגו תוך הפרת הזכות להליך הוגן**.

היום נדבר על הרבבת החוקתית (השנייה).

צריך לומר שעד הלכת יששכרוב לא היו כמעט כללי פסילה של ראיות שמעוגנים בחוק. מה שכן היה:

- **ס'13 לחוק האזנות סתר וס'32 לחוק הגנת הפרטיות** מאפשרים לפסול ראיות (קובעים שראיה שהושגה תוך פגיעה בפרטיות או תוך האזנת סתר אסורה, לא תהיה קבילה כראיה).

○ אך גם לאלו יש **חריג**: בהמ"ש יכול להתיר את קבלת הראייה אם הוא חושב שהדבר יאפשר להגיע לחקר האמת, ושהצורך של עשיית צדק גובר על הפגיעה לפרטיות.

אלו כללים שמעוגנים בחוק. **מדובר בכללי פסילה יחסיים**, שלמעשה מעדיפים במקרים מסוימים את הזכות לפרטיות על פני ערך האמת.

- כלל פסילה נוסף המאפשר פסילה הוא **ס'12 לפקודת הראיות**, אשר בניגוד לשני כללי הפסילה האחרים, הוא **כלל פסילה גורף** אשר קובע כי הודאה שלא ניתנה באופן חופשי ומרצון אינה קבילה.

○ **חריג**: עם זאת גם כאן יש **מקום לשיקול ד"ד הנוגע להערכת אלמנט מתן ההודאה באופן חופשי ומרצון** (שיקול הדעת קיים בפרשנות החופשי ומרצון). ברגע שנקבע שהודאה היא אינה חופשית ומרצון היא נפסלת.

← למעט שלושת כללי הפסילה האלה המעוגנים בחוק, לא היו אפוא כללי פסילה נוספים.

הדבר זועק במיוחד, שכן בשנת '96 נחקקו חוק המעצרים וחוק החיפוש (עוסק בחיפוש בתוך הגוף חיצוני ופנימי). חוקים אלו יוצרים באופן מובהק פוטנציאל לפגיעה בפרטיות, והיינו מצפים שיהיה בחוקים אלו כלל המאפשר לפסול ראיות ככל שהתקבלו תוך הפרה חוקתית של זכויות, אך לא היה דבר כזה בנמצא, וזאת למרות שחוקקו אחרי המהפכה החוקתית. כלומר, לא היה כלל שאומר שראיה שהושגה תוך הפרה חוקתית של ההליך ההוגן תיפסל.

בשנת 2006 הכל השתנה בהלכת יששכרוב, בו נקבע **כלל הפסילה הפסיקתי היחסי**.

פס"ד יששכרוב

פס"ד זה מהווה דוגמה קלאסית לתיק שמבחינה עובדתית לא ממש משפיע ומהותי, שכן אין מחיר חברתי שהחברה שילמה כתוצאה מפסילת ההודאה שלו.

במקרה דנן, דובר על טוראי יששכרוב שנקלט בכלא 6 בגין נפקדות בצבא. בזמן הקליטה בכלא נפלה ממנו חבילת גראס. החלה חקירה ע"י שוטר צבאי. השוטר קיבל הנחייה על ידי המפקד שלו, בטלפון, לעצור את החייל, וזאת מבלי ליידע אותו על כך למרות שיש הוראה בחוק השיפוט הצבאי הקובע כי יש חובה ליידע את החשוד על זכות ההיוועצות שלו מקום בו יש אפשרות קרובה לוודאי שיעצר. כלומר, אפילו אם לא נעצר, והוא רק חשוד כעת עדיין יש חובה ליידע אותו על אפשרות זו (במובן זה חוק השיפוט הצבאי יותר מתקדם מחוק המעצרים האזרחי, אשר קובע כי צריך ליידע עצור על זכות ההיוועצות שלו). החוקר הצבאי קיבל הוראה כאמור בטלפון ממפקדו לעצור את החייל, והוא התחיל לחקור את החייל בידיעה שהוא ייעצר בסוף החקירה, כלומר שהוא היה חייב להודיע לו בתחילת החקירה גם על זכות ההיוועצות וגם על זכות השתיקה. אולם, החוקר החליט ליידע את יששכרוב רק על זכות השתיקה שלו (כלומר שהוא לא חייב לומר דבר ומה שיגיש עשוי לשמש נגדו), ולא על זכות ההיוועצות, משיקוליו – כאן נפל הפגם.

במהלך החקירה הודה יששכרוב שהשתמש בסמים שונים במהלך שירותו הצבאי.

בסוף החקירה עצר החוקר את יששכרוב ויידע אותו על זכות ההיוועצות שלו.

הוגש כתב אישום אשר ביקש להתבסס גם על הודאתו של יששכרוב, כלומר גם על הסם שנתפס עליו ויש לכך ראייה, וגם בהתאם להודאתו על שימוש בסמים בזמן שירותו הצבאי.

עוה"ד ביקשו לפסול את ההודאה בשל הפגם הנובע מאי יידוע על זכות היוועצות.

התביעה הצבאית לא חלקה על כך שהחוקר טעה, השאלה שעלתה הייתה האם הפגם הנ"ל יביא לפסילת ההודאה?

בהמ"ש המחוזי קיבל את התביעה ופסל את ההודאה.

התביעה ערערה ואז פרשת יששכרוב הגיעה בגלגוליה לבהמ"ש העליון, כאשר היה ברור כי זה יהיה תיק הדגל שיעשה את המהפכה הגדולה שיוביל לאותו כלל פסילה שלא היה קיים עד לאותו זמן, למעט הכללים שצוינו לעיל (ס'12, חוק האזנות, חוק הגנת הפרטיות). בהמ"ש מאוד לא רצה לקבוע כלל פסילה פסיקתית, ואף הפציר במחוקק לחוקק כלל מעין זה לתוך הדין, ולהסדיר כלל כזה בחקיקה ולא בחקיקה שיפוטית. אך משלא עשה כן המחוקק לא נותרו לבהמ"ש ברירות לכאורה, הוא פעל בדרך של חקיקה שיפוטית במקום בו היה וואקום משפטי (בדומה לדוק' הגנה מן הצדק שבסוף קיבלה ביטוי בחקיקה, בניגוד לכלל הפסילה הפסיקתית שטרם קיבל ביטוי מעין זה בחוק כבר 14 שנה).

הלכה יששכרוב למעשה דנה ב-2 סוגיות משפטיות, **בהמ"ש העליון** בחן את ההודאה של יששכרוב, בהיעדר יידוע על זכות ההיוועצות, מ-2 פרספקטיבות משפטיות:

1. האם ההודאה צריכה להיפסל לאור ס'12 לפקודת הראיות, הואיל וניתנה שלא באופן חופשי ומרצון?
2. כלל הפסילה הפסיקתית (החידוש).

ניתוח: ס'12 לפקודת הראיות – הודיה

השופטת בייניש הייתה השופטת המובילה בפסה"ד, אשר כתבה את חו"ד המרכזית.

במקור, סעיף זה נועד כדי להבטיח את אמינותן ומהימנותן של ההודאות. כלומר, הוא נועד להבטיח כי הודאה של חשוד במשטרה/מחוץ לה בפני מדובר, סוכן או כל אחד אחר, תהיה אמינה ומהימנה, כדי למנוע מצב בו אדם מורשע על סמך ההודאות שווא. **במשך השנים, ובעקבות פרשת יששכרוב, לתוך תכלית זו, הצטרפו תכליות נוספות שמקורן בהגנה לזכותו של החשוד להליך הוגן.**

ס'12 לא עוסק במשקל ההודאה, אלא בקבילות ההודאה. ס' זה עוסק בלחץ חיצוני על מתן ההודאה/קבלת הראייה, אשר משפיעים על קבילותה.

השופטת בייניש קבעה כי עם חקיקת חוקי היסוד המעמד של זכויות האדם שזורג למעמד חוקית על חוקי, ולכן יש לפרש את הסעיף באופן שיבטא את המשקל הרב יותר שניתן לזכויות החשוד. לפי השופטת, ס'12 נועד להגן על זכויות יסוד:

1. **הגנה על הזכות לשלמות הגוף והנפש של הנחקר.** זכויות האדם עלו לדרגת חוקתית על חוקית, ולכן אמצעי חקירה פסול שיש בו כדי לפגוע שלא כדין בשלמות הגוף/להשפיל/לבזות את החשוד, לפי בייניש, יוביל באופן גורף לפסילת ההודאה מבלי שצריך יהיה לבדוק האם אמצעי החקירה הפסול השפיע על אמינות ההודאה. יש קו גבול שאסור לעבור אותו והוא אלימות פיזית ונפשית. כלומר, **אם חוקר נוקט באמצעי חקירה שפוגע בשלמות הגוף או הנפש של המחקר, באופן מיידי תפסל ההודאה גם אם אין הוכחה שאמצעי זה השפיע על אמינותה.**

2. **הגנה על הזכות לאוטונומיה של הרצון החופשי וחופש הבחירה למסור הודאה.** בניגוד לזכות להגנה על שלמות הגוף והנפש של הנחקר החשוד, כאן מדובר על פגיעה משמעותית וחמורה באוטונומיה הרצון וחופש הבחירה של החשוד במסירת הודאתו, ופגיעה מעין זו תוביל לפסילת ההודאה לפי ס'12. אולם, כאן יש לבדוק כל מקרה לגופו האם האמצעי הפסול הוביל בפועל לפגיעה ברצון החופשי וחופש הבחירה (נדרש קש"ס בין האמצעי הפסול לבין האוטונומיה של החשוד

להודות או לא). כלומר, **יש להראות בפועל כי האמצעי הפסול הוביל (קש"ס) לפגיעה בחופש הבחירה ושלל אותו. הגנה זו מתמקדת בערך העצמאי של ערך האדם, חופש הבחירה ולא רק באמיתות ההודאה.**

אם החשוד מכיר את הזכויות שלו מלכתחילה, וזאת למרות שנפל פגם בשל אי יידועו על זכות השתיקה וזכות ההיוועצות שלו, הרי שאין קש"ס בין הפגם לכאורה לבין פגיעה באוטונומיה והרצון החופשי שלו. היה פגם אבל הוא לא זה שהוביל לפגיעה באוטונומיה, החשוד הכיר את הזכויות שלו ובחר להודות. ההודאה לא תיפסל במצב כזה בניגוד למצב הקודם לפיו פגיעה בשלמות הגוף והנפש תפסול הודאה, כי יש חשש גדול לאמיתות ההודאה.

הגנה זו נובעת הן כעניין הרתעתי, והן מתוך חשש לפגיעה באמיתות ההודאה.

זכויות אלו מנותקות מהתכלית המקורית של ס'12 להגו על אמיתות ומהימנות ההודאה, אליה כאמור הוסיפו תכליות נוספות במהלך השנים, שכן **אלו לא עוסקות או בוחנות כלל את אמיתות ההודאה, אלא עוסקות בשלב קודם לכן – פגיעה בזכות החשוד עצמו להליך הוגן**, תחת 2 זכויות היסוד המצוינות.

← יישום ס'12 לעניין הלכת יששכרוב הוביל לכך שהודאתו של יששכרוב לא נפסלה, מפני שלא הייתה טענה לפגיעה בשלמות הגוף או הנפש של החשוד, ובנוסף אמנם לא ידע על זכותו להיוועץ בעו"ד, אך כן ידע על זכות השתיקה שלו, ובחקירה נוספת לאחר התייעצות עם עו"ד הוא המשיך בהודאתו ולא ניתן לומר שיש קש"ס בין הפגם לפגיעה באוטונומיה.

הבשורה הגדולה באה בחלק השני של פסה"ד עם כלל הפסילה הפסיקית. עלינו **לזכור שסעיף 12 עוסק בקבילות, כלומר שההודאה לא תיכנס בכלל לסל.** (נדמין משולש עם 3 קומות, יש חשוד שטוען שהודאתו אינה חופשית ומרצון. ראשית הוא יטען לס'12 בטענה שהופעל עליו לחץ חיצוני, אם הוא לא הצליח בקומה זו, יעבור לכלל הפסילה הפסיקית, אם לא הצליח נעבור לשאלות של משקל).

לס'12 יש מספר אבות פסול (המתבטאים בתרגילי חקירה) שפותחו בפסיקה ובאמצעותם נזהה פסול: נקיטת אלימות, איום באלימות, שיטות בשימוש חקירה בלתי הוגנות, לחצים נפשיים בלתי הוגנים, תחבולות בלתי הוגנות. דוגמה לתרגיל חקירה: נכון להיום הפסיקה מדברת על זה ששקר ורבלי הוא עדיין בטווח הגליטימי, כל עוד שוטר לא מבדה ראיות ומסמכים מפוברקים. למשל, החוקר אומר לחשוד שבוצע מסדר זיהוי והמתלוננת הצביעה עליו, למרות שזה שקר כי היא טעתה והצביעה על מישהו אחר. המשטרה לא יכולה ליצור ראיות מפוברקות לצורך תרגיל חקירה, כי זה מדרון חלקלק ומסוכן. אך, ביחס לשקר ורבלי, ישנה ההנחה שאם החשוד מאמין בחפותו הוא יעמוד על כך ולא יוסת. לא בטוח שזה יקרה בשנים הקרובות כי יש שופטים שמסתייגים מכך. סנגור טוב לוקח את כל חומר החקירה ובוחן מילה ומילה של החוקר כדי לבדוק איך התנהלה החקירה. השאלה היא האם אנו רוצים את הכלי החקירתי שהוא כלי חשוב לקחת מהמשטרה? חקירה זה לא משא ומתן הוגן בין שני סוחרים. במגן מסוים זה מאבק מוחות מורכב בין החוקר לנחקר וצריך להבין שלא רוצים לקחת מהמשטרה את היכולת להשתמש בתרגילים שהם לגיטימיים. השאלה היא איפה עובר קו הגבול. מבחינת פרוצדורלית כאשר נאשם מבקש לפסול הודאה במשטרה, הוא צריך לטעון משפט זוטא. מה הכוונה? משפט בתוך משפט שתכליתו היא לנסות ולהוכיח שההודאה ניתנה שלא באופן חופשי ומרצון. משפט זוטא לא עוסק במשקל ההודאה, אלא הוא עוסק בשאלה אחת והיא האם ההודאה ניתנה באופן חופשי ומרצון. מדובר במשפט בתוך משפט, והוא נעשה בתוך פרשת התביעה (בהתחלה, באמצע או בסוף). בשלב הזה התביעה מביאה ראיות לכך שההודאה ניתנה בחופשי ומרצון, לרוב זה נעשה באמצעות חוקר שמעיד. אגב, זה משפט לכל דבר ועניין. החשוד יכול להעיד במשפט הזוטא אך זה יכול להיות אך ורק לעניין האמצעים שננקטו במסגרת החקירה. לכן סנגור טוב צריך להקפיד שהנאשם שמעיד בפרשת זוטא לא יחקר על תוכן הדברים, כי זה לא התפקיד של המשפט הזה, אלא רק על האמצעים שננקטו על ידי החוקרים כך שהשאלה היחידה היא האם ההודאה ניתנה בחופשי ומרצון.

אחת השאלות לגבי משפט זוטא היא האם ראוי שההרכב שדן בתיק העיקרי הוא זה שידון בשאלת קבילות ההודאה בבחינת חופשיות ומרצון. אם יש מצב שבו במשפט זוטא בית המשפט פוסל את ההודאה בתום המשפט בטענה שהיא התקבלה שלא באופן חופשי ומרצון. עולה השאלה האם ראוי שאותו הרכב ימשיך לדון בתיק העיקרי אחרי שהוא נחשף להודאה? הרבה פעמים במהלך משפט הזוטא, על מנת לבחון האם ההודאה ניתנה בחופשיות ומרצון, בית המשפט נחשף להודאה. לאחר שהוא פוסל את ההודאה, הוא למעשה אמור למחוק אותה לחלוטין מסל הראיות, אך אותו הרכב ממשיך לדון אחר כך בתיק עצמו על אף החשיפה להודאה. עולה שהאלה האם ראוי ליצור מנגנון לפיו ההרכב שדן בקבילות הראיה לא ידון במשפט עצמו, כך שהרכב אחר ידון במשפט עצמו.

במדינת ישראל אותו הרכב שדן בהליך הפלילי המהותי הוא גם דן בשאלת קבילות הראיה ככל שיש משפט זוטא והוא בוחן את החופשיות ומרצון מכוח ס' 12. בהליך הפלילי אין ערעור על הליך ביניים, כך שאם בית המשפט מקבל את ההודאה, וקובע שהיא ניתנה בחופשי ומרצון, הנאשם לא יכול באמצע ההליך להגיש ערעור על החלטה זו. הערעור יהיה בסוף על התוצאה הסופית וזה הכלל בהליך הפלילי.

כלל הפסילה הפסיקתית היחסי

זאת הבשורה הגדולה של הלכת יששכרוב. כלל הפסילה הפסיקתית חל על כל סוגי הראיות, ולא רק על הודיה.

דוקטרינה זו פותחה רק בשנת 2006, ועדיין מוקדם להסיק מסקנות על אופן יישום הדוקטרינה.

אופן יישום הדוקטרינה:



ראיה שהושגה שלא כדין תיפסל אם קבלתה במשפט תפגע באופן משמעותי בזכות הנאשם להליך הוגן, במידה והפגיעה חורגת מפסקת ההגבלה. הדוק' לא חוקתית אלא פסיקתית כי היא אינה מעוגנת בחוק.

השאלה היא מהן התכליות של הלכת יששכרוב?

השופטת בייניש יוצרת את ההלכה הזו, היא ציינה באופן חד משמעי כי התכלית העיקרית של הלכת יששכרוב היא מניעת פגיעה בטוהר ההליך השיפוטי כתוצאה מקבלת ראייה שהושגה תוך הפרה משמעותית של הזכות להליך הוגן. זה נכון שהמודל הוא מניעתי, כלומר רוצים למנוע את הפגיעה בטוהר ההליך ובאמון הציבור אם הוא יראה שבית המשפט קיבל ראייה שהושגה תוך הפרה משמעותית של הזכות להליך הוגן. בייניש פחות מקבלת את העובדה שהלכת יששכרוב נועדה להוות מעין סעד מתקן כי הפגיעה הראשונית בזכות להליך הוגן נעשתה ולכן לא ניתן לתת סעד, אלא זה נועד למנוע פגיעה עתידית בטוהר ההליך השיפוטי אם תתקבל הראייה הזו.

כמובן שאחת מתכליותיה של הלכת יששכרוב היא תכלית הרתעתית אך היא לא הבולטת והמרכזית. היא לא נועדה כדי לחנך או להתריע את המשטרה. אלא התכלית ההרתעתית הינה תכלית נגזרת. הבשורה הגדולה של חו"י: כבוד האדם וחירותו שהוביל לשינוי נקודת המוצא כלפי חשודים ונאשמים, באה לידי ביטוי בכך שאפשר לפסול ראיות גם אם אין מחלוקת לגבי מהימנותן. אם יש פגיעה משמעותית בזכות להליך הוגן הן תיפסלנה רק בשל העובדה שיש ערך עצמאי לזכות להליך הוגן כחלק מהזכות לכבוד, גם אם אין חשש לאמינותה של הראייה. זה לא אומר שאמיתות היא לא שיקול כלל, אלא מדובר במספר שיקולים שיש לאזן ביניהם.

הלכת יששכרוב זהו לא כלל פסילה גורף כמו בארה"ב שמחייב את בית המשפט לפסול ראייה. אלא מדובר בכלל שיש בו המון שיקול דעת. בית המשפט לא קיבל את דוק' פירות העץ המורעל לפיה לא רק הראייה המקורית תיפסל אלא גם נגזרותיה. בייניש אומרת שאם החולייה הראשונה תיפסל, זה לא אומר ששאר החוליות אחריה ייפסלו, אלא היא אומרת שכל חוליה תיבחן בנפרד. יש מאמר שמראה שהאמריקאים מבינים שהם הלכו רחוק מדי, כלל פסילה גורף שלא מאפשר שיקול דעת פוגע פגיעה קשה באמון הציבור, ויוצר מחיר חברתי שקשה לשלם אותו. למשל: עברייני שנמלט מהדין רק בגלל טעות של שוטר. ב-2006 כאשר בייניש יצרה את כלל הפסילה, אחת הביקורות כלפיו היא שיקול דעת רחב, היא הבינה מה שרק עכשיו האמריקאים מבינים, וכעת הם מבקשים להכניס חריגים לדוק' זו.

ניתוח הרכיבים השונים בדוקטרינה:

1. השגת הראייה נעשה שלא כדין –

א. **אמצעי חקירה המנוגד לחוק, תקנה או נוהל בלתי הוגן, או פוגע שלא כדין בזכות יסוד מוגנת** – יש כאן פרשנות רחבה לכל אמצעי חקירה שהוא מנוגד לחוק. למשל: פרשת יונתן אורין (השופט אלרון) היה מדובר בחלק מיועציו של ראש הממשלה, שנחשדו בעבירה של הטרדת עד. הם הגיעו לתחנת המשטרה כחשודים ויש חוק שקובע שאם חוקר רוצה לעיין במחשב, או בטלפון סלולרי שהוא מחשב, הוא צריך לקבל צו מבית משפט. מדוע? החשש לפגיעה מפרטיות כתוצאה מעיון במחשב או בטלפון, הוא גדול כי המידע רב. לכן המחוקק קבע שעל החוקר לקבל צו משופט כדי לתחום את החיפוש והעיון על מנת שלא תהיה פגיעה בלתי מידתית בזכות לפרטיות. למרות זאת, החוקרים החליטו ללא צו לבקש רשות מהחשוד לחפש בטלפון הסלולרי שלהם. כלומר, הם לקחו את הלכת בן חיים, שמדברת על הסכמה מדעת ועל האפשרות של חוקר גם בהיעדר עילת חיפוש על פני הגוף, (גם אם אין חשד סביר לביצוע עבירה), לבקש הסכמה לחפש על פי הגוף. בייניש אומרת שם שההסכמה צריכה להיות מדעת כלומר צריך להודיע לחשוד שהוא לא חייב להסכים ושם לא יסכים זה לא יהווה ראייה לחובתו. החוקרים ביונתן אורין לקחו את הרציונל של בן חיים ולמרות שלא היה צו הם ביקשו את ההסכמה של החשודים לעיין בטלפון שלהם. החשודים הסכימו, אך החוקרים שכחו להודיע לחשודים שהם לא חייבים להסכים, ושם לא יסכימו זה לא ישמש ראייה לחובתם. זה הרכיב של ההסכמה מדעת. אם שוטר היה מבקש ממני טלפון באמצע הרחוב, היה עולה בדעתי להגיד לו לא? מכאן החשיבות של ההסכמה מדעת. זהו פגם לאמצעי חקירה שמנוגד לדין.

ב. **זיקה סיבתית בין האמצעי הפסול לראיה שהושגה** – כלומר נדרש שאמצעי הפסול יביא לקבלת הראיה, כמו בפרשת יונתן אורף. אין צו של שופט בניגוד לחוק, מבקשים את ההסכמה של החשוד אך לא אומרים לו שהוא לא חייב להסכים, לכן ההסכמה לא מדעת. במידה ומוצאים הודעות וואטסאפ שקושרות אותו לחשדות נגדו, אז הראיות עצמן הושגו תוך הפרת החוק. יש קש"ס בין האמצעי הפסול לבין הראיה.

2. **קבלת הראיה במשפט תפגע באופן משמעותי בזכותו של הנאשם להליך הוגן** – כל קבוצת שיקולים מתחת מושכת לכיוון אחר. למעשה, ביניש יצרה הלכה, והיא הייתה יכולה להגיד שההלכה אחרת- אם השגת את הראיה שלא כדין והקבלה במשפט של הראיה הזאת תפגע באופן משמעותי בזכות להליך הוגן באופן שחורג מפסקת ההגבלה, הראיה תיפסל, כך שכל שופט ינתח את פסקת ההגבלה לפי ההבנה שלו. עם זאת, היא לא הסתפקה בזה, היא יצרה מתווה שמקנה לשופטים אמות מידה מבחינת הבניית שיקול הדעת כדי שיחליטו האם אכן קבלת הראיה תפגע בהליך הוגן באופן שחורג מפסקת ההגבלה. העצמה של הדוק' נובעת מכך שהיא חלה על כל סוגי הראיות! אכן הלכת יששכרוב עסקה בהודאה לפי ס'12, אבל הדוק' חלה על כל סוגי הראיות שהתקבלו ולא רק ראיה ורבליית, אלא גם על ראיה חפצית שהתקבלה כתוצאה מחיפוש שלא כדין. בנוסף, הדוק' לא מוגבלת להודאת נאשם, היא יכולה לחול גם אם נעשה שימוש פסול בחקירתו של עד. נניח יש שני שותפים שביצעו עבירה, ושותף אחד הודה בביצוע העבירה והוא מפליל את חברו. הפרקליטות מגישה כתבי אישום נפרדים. במשפט של השותף שהודה, הוא אומר שההודאה פסולה לפי ס'12, ובית המשפט פוסל במשפטו של השותף הראשון את ההודאה וקובע שהיא לא ניתנה באופן חופשית ומרצון לפי ס'12 ולפי כלל הפסילה. כעת, יש את המשפט של השותף השני – התביעה רוצה להביא את העדות של שותף 1 כנגד השותף ה-2. השותף ה-1 מגיע לעדות כנגד חברו, והוא מעיד ההיפך ממה שהיה במשטרה. התביעה מבקשת להגיש את ההודאה שלו במשטרה לפי ס'10 א לפקודת הראיות- כלומר להעדיף את מה שהוא אמר במשטרה שם הפליל את השותף, על פני מה שהוא אומר עכשיו בדוכן העדים וזהו חריג לעדות מפי השמועה. מה יטען עוה"ד של השותף השני? שצריך לפסול את ההודאה הזו למרות שבאן הוא עד, כי ההודאה שלו ניתנה תוך פגיעה בזכויות שלא והיא לא ניתנה באו חופשי ומרצון. אז איך ייתכן שבמשפט של השותף הראשון ההודאה נפסלה כי נטען שהיא לא חופשית ורצון אך במשפט של השותף 2, ההודאה קבילה? הוא יטען שהמדינה צריכה לדבר בקול אחד. מכאן שהתחולה של הדוק' היא רחבה.

א. **אופייה וחומרתה של אי החוקיות** – בית המשפט בודק עד כמה מדובר בפגיעה קשה ועד כמה אי החוקיות היא חמורה ומהי עוצמתה של אי החוקיות. האם השוטר פעל בתום לב או בדדון? זה חשוב כי אם שוטר במכוון פוגע בחשוד, למשל ביששכרוב זה היה נראה כמו דדון, הוא לא רצה שהוא ייוועץ עם עו"ד. כאן אופייה וחומרתה של אי החוקיות היא חמורה.

אם ניתן להשיג את הראיה בקלות או בדרך אחרת – אפשר לומר שזה לא נורא כי די בקלות המשטרה הייתה יכולה להשיג את הראיה הזו בדרך אחרת. מצד שני, אם היה אפשר בקלות להשיג את הראיה אז מדוע היו צריכים לפגוע בזכות להליך הוגן. האם הראיה הייתה מתגלה לולא האמצעים הפסולים? גם זה פרמטר לשני הכיוונים. אחת הביקורות על השופטת ביניש היא שהפרמטרים לא ברורים. האם קיימות נסיבות מקלות שבכוחן להפחית מחומרת אי החוקיות? למשל: יש חשש לכך שהחשוד ישמיד את הראיות, יעלים אותן. זו נסיבה מקלה, יש לחץ כי החשוד השתמש בזכויות שלו לרעה, מה שיביא לשיבוש ראיה.

ב. **מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה** – השאלה היא האם מדובר בראיה שעומדת על 2 רגליים עצמאיות? האם היא נפרדת מאי החוקיות ומבחינת מהימנותה אין מחלוקת על ערכה ההוכחתי? הפרמטר הזה מושך לכיוון של קבלת ראיה. אך לא בהכרח, בבן חיים נפסלה ראיה שלא הייתה מחלוקת לגבי מהימנותה. זה נובע גם מכך שיש חתירה לאמת העובדתית, אם יודעים שזו ראיה שיש חשש למהימנותה, זה

בעייתית. אבל אם מדובר על ראיית DNA ואין מחלוקת שהיא מובילה לאמת העובדתית זה יכול להגן על הראיה מפסילה.

ג. **הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראיה** – סדרת שיקולים שבזקת את הנזק מול התועלת (מבחן משנה 3 של המידתיות).

יש **ביקורת** על כך שהשופט בייניש העלתה לאוויר ביששכרוב שיקול של חומרת העבירה. ניתן להגיד שככל שהעבירה חמורה יותר כך ניטה פחות לפסול את הראיה כי המחיר החברתי שנשלם הוא גדול יותר. הביקורת על השיקול הייתה עצומה כי נטען בספרות שדווקא בעבירות החמורות אנו מצפים להגנה על קוצו של יוד מבחינת הזכות החוקתית להליך הוגן. עבירות חמורות יכולות להביא בהרשעה לשהייה ארוכה בכלא, ודווקא שם רוצים שהזכות להליך הוגן תקבל את ההגנה המקסימלית. הביקורת עשתה את שלה ועם השנים רואים שהשיקול של חומרת העבירה ירד בגבולותיו במיוחד שמדובר בפגיעה קשה בזכות להליך הוגן כפי שהיה בחייבטוב. בית המשפט בפרשת חייבטוב זיכה אותו מרצח שהיא עבירה הכי חמורה. היום אי אפשר לומר ששיקול חומרת העבירה לא קיים בכלל, אבל הוא לא יהיה קיים אם השגת הראיה הייתה כרוכה בהפרה קשה של הזכות של הליך הוגן.

אם כן, יש למעשה 3 קומות של בחינה הראייה:

1. ס' 12 לפקודת הראיות.
2. כלל הפסילה הפסיקית.
3. משקל – כאן נמצאת החובה של התביעה להביא תוספת ראייתית של דבר מה נוסף להודיה, אשר נועדה לאפשר את הביטחון כי ניתן להתבסס עליה כמהימנה.

שיעור 11 – 29/12/2020

בשבוע שעבר דיברנו על כלל הפסילה הפסיקית, וניתחנו את היישום של כלל זה.

היום ובשיעור הבא, נדון בדוגמאות ליישום הלכת יששכרוב בהקשרים שונים. יש לכך חשיבות מכמה סיבות:

1. ראשית, כדי לראות את ההתפתחות של ההלכה.
2. שנית, הלכת יששכרוב גרמה לכך שתו"כ דיון בשאלת קבילות של ראיות שהושגו שלא כדיון, בהמ"ש דן בפגמים שעלו במקביל לניתוח ההלכה ובכך פיתח זכויות נגזרות לזכות להליך הוגן.

נכונות לשלם מחיר לשם הגנה על זכויות אדם

דוגמאות ליישום הלכת יששכרוב

ע"פ 1301/06 עזבון המנוח יוני אלזם ז"ל נ' מ"י (טרם פורסם; ניתן ביום 22.6.09)

זהו פסה"ד הראשון בו בהמ"ש ניתח את גבולות המותר והאסור של מדובבים.

שימוש במדובב מהווה תרגיל חקירה לגיטימי, במסגרתו נכנס לתא המעצר אדם המתחזה לשותף לתא, בעוד שבפועל הוא פועל בשיתוף פעולה עם המשטרה. אותו אדם עשוי להיות אסיר, או אף שוטר. במסגרת פועלו הוא מנסה לדובב את החשוד, מבלי להזהירו מלכתחילה, ולאמת את החשדות המיוחסות לו. המדובב יכול להיות אקטיבי או פאסיבי. מדובב אקטיבי הוא מדובב שיוצר מציאות מדומה, שאיננה אמת, בכך שמציג עצמו בתור עבריין בעל ידע, קשרים וניסיון רב בעולם הפשע.

נשאלת השאלה, מה קו הגבול אליו יכול מדובב יכול ללכת בפועל? **באקדמיה**, גורסים כי מדובב אקטיבי חוצה את אותו קו גבול אדום, בעוד **הפסיקה** גורסת אחרת וטוענת כי השאלה היא עד כמה המדובב יוצר מציאות מאיימת על החשוד, אותו הם מנסים לדובב, וככל שנוצר איום מעין זה הרי שנחצה קו הגבול האדום. הודאה שמקורה בחשש לחיב של החשוד, ובאיום ממשי של המדובב על חייו של החשוד, היא לא הודאה שניתן לקבל לא כהודאה חופשית ומרצון.

במקרה של פס"ד אלזם, לא היו הרבה ראיות לחוקרי המשטרה, הייתה להם קלטת שמתעדת את הרצח, אך זו לא העילה להם במיוחד. החוקרים והמדובבים הציגו ליונתן אלזם מחזה שיש בידיהם יותר ראיות מאשר היו להם בפועל.

אלזם התאכזב נורא מעוה"ד שלו, דבר שגרם לו לחשוב שעוה"ד שלו מפקירים אותו. המדובבים זיהו את זה, ולכן החלו להגיד לו אמירות שתכליתן הייתה לערר את האמון שלו בעוה"ד ובעיקר בהצעתם לשמור על זכות השתיקה. המדובבים טענו בפניו כי אין לו מה להאמין ולסמוך על עוה"ד שלו, כי הוא אדם עצמאי בעל יכולות מחשבה עצמאיות ואינו חייב להקשיב להמלצותיהם. בכך, פותחה תלות של אלזם במדובבים, ואלזם הבין כי ההמלצה לשמור על זכות השתיקה נועדה לשרת את מטרות עוה"ד ולא את האינטרסים האישיים שלו. **בכך נחצה קו אדום** – בסופו של דבר, מערכת היחסים בין עוה"ד ללקוח היא חשובה מאוד, ויש גבול אותו לא ניתן לחצות גם כשרוצים לפעול בדרך של תרגילי חקירה. ברגע שאלזם הרגיש מופקר על ידי עוה"ד, והדבר נוצל לרעה, עד לכדי מתן הודאה של אלזם ברצח, ברי כי נחצה אותו קו אדום. אלזם ביקש להיחקר בידי חוקר מסוים שלא היה מצוי בתחנה באותו הזמן, ובזמן הזה בו לקח להעביר את אלזם לתחנה בו היה מצוי החוקר, הגיע עוה"ד שרון הררי – אשר היה עוה"ד שהמדובבים המליצו לאלזם לקחת. השוטרים קיבלו החלטה מוטעית בזמן זה, למנוע ולדחות את הפגישה של אלזם עם עוה"ד הררי לפי **ס' 34 לחוק המעצרים**. **דעת המיעוט ודעת הרוב ביקרו באופן קשה מאוד את המהלך הזה**, וקבעו כי לא ניתן למנוע פגישה עם עו"ד רק מתוך חשש שעוה"ד ימליץ לאותו חשוד לשמור על זכות השתיקה, זאת אף אם החוקרים מאמינים כי החשוד מצוי פסע בפני הודאה לחוקרי המשטרה במעשים בהם הוא מואשם.

אלזם מסר הודאה בפני החוקר. בשלב לאחר מכן, הבין אלזם כי 'נפל' בפח של תרגילי החקירה, ואחרי הפגישה עם עוה"ד הבין כי טעה וביקש לפסול את ההודאה בטענה שאיננה אמת ובטעה מהפעלת לחץ עליו.

הדיון בערעור בעליון ביחס להרשעת אלזם ברצח הגיע לאחר שאלזם הורעל בתאו ונפטר. בהמ"ש קבע כי יש גבול, פסל את הודאתו של אלזם לפי כלל הפסילה הפסיקתית ולפי ס' 12 לפקודת הראיות, שכן אי החוקיות הובילה לקבלת אותה ראייה, אשר איננה עומדת על רגליים עצמאיות. בכך זוכה אלזם לאחר מותו.

ממקרה זה ניתן להבין כי חומרת העבירה לא מהווה שיקול מכריע כאשר מדובר בהפרה כל כך חמורה של הזכות להליך הוגן. אולם, המחיר החברתי אותו אנחנו משלמים על זיכוי זה אינו כבד, שכן אלזם כבר לא היה בין החיים ומשום כך ניתן להניח כי זיכוי לא הוביל לרעש גדול. מנגד, **בפס"ד חייבטוב** בהמ"ש זיכה אותו מרצח כאשר היה בין החיים, וכאן בהמ"ש לא מהסס לשלם את המחיר החברתי הכבד בזיכוי הנובע מפגיעה בזכות ההיוועצות. כלומר, ניתן להבין כי השיקול של חומרת העבירה אינו מהווה שיקול מכריע, כאשר מדובר בהפרה כל כך חמורה בזכות להליך הוגן (שם המשטרה עברה עבירות בעצמה, בעישון הסמים של חייבטוב עם המדובב, מניעת ההיוועצות עם עוה"ד, ומניעת קשר עם עוה"ד אותו ביקש חייבטוב או לחילופין עוה"ד עליו המליץ המדובב בעבורו).

- נדגיש כי מדובר לא יכול לקבל טובת הנאה מפועלו, מתוך חשש שהדבר יהווה תמריץ לנקיטה במעשים פסולים לשם השגת ההודאה. בנוסף, הקשר עם המדובב נעשה דרך מחלקה נפרדת לגוף החוקר, מתוך חשש למסירת מידע על החקירה למדובב, והשתלטו במוחו של החשוד.

ע"פ 9956/05 אסף שי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם; ניתן ביום 4.11.09)

הלכה זו משרתת גם היא את ניתוח זכות ההיוועצות.

במקרה דנן, אסף שי, אדם נורמטיבי, נהג במשאית ובשלב מסוים פגע באורך קשה ברכב שניסה לפנות שמאלה, ובכך גרם לתאונת שרשרת קשה מאוד, שבסופו נהרגו שני אנשים. אסף שי נחקר תחת אזהרה (כחשוד) במשטרה מיד לאחר התאונה ולא נאמר שם משהו מיוחד מעבר לחקירה ראשונית. רישיונו נשלל בדרך של פסילה מנהלית. חודשיים לאחר התאונה הגיע אסף שי לדיון בפסילה המנהלית של רישיונו, כאשר מדובר בדיון טכני שלא נוגע באופן ישיר לאישומים עצמם. במהלך הדיון פנה אליו חוקר וביקש ממנו להתלוות אליו לחקירה במשטרה, בעוד שאינו עצור או מעוכב. החוקר הזהיר את אסף שי שיש לו

זכות שתירה וכל דבר שיאמר עלול לשמש נגדו. אסף שי ביקש לעצור את החקירה עד שיזכה להיוועץ עם עו"ד. אולם, החוקר המשיך ושאל אותו שאלות חקירה, ואסף שי המשיך לענות. במסגרת דבריו, אסף שי אמר כי התבונן במפה, וכשהבחין ברכב לפתע בלם ושבר את ההגה בניסיון למנוע פגיעה ברכב אחר. כלומר, בפועל אסף שי סיפק לחוקר מעין הודאה באשמתו ביחס לאחריות לגרימת התאונה ובכך לגרימת מוות ברשלנות עם יס"נ של פיזיות. במצב של גרם מוות ברשלנות נאמר כי הגורם למוות לא צפה שמעשיו עשויים לגרום למוות, בעוד אדם סביר היה צריך לצפות זאת. לעומת זאת, אם אותו נהג צפה את התוצאה הקטלנית, גם אם מאוד לא רצה שתקרה, ופעל בקלות דעת (לקח סיכון בלתי סביר תוך צפייה לתוצאה הלא רצויה), הדבר עדיין נכנס ליס"נ של פיזיות. הן בקלות דעת והן באדישות היס"נ הוא פיזיות, בעוד בגרם מוות ברשלנות אין צפייה של תוצאות המעשה. **אסף שי בפועל הגיש לחוקר המשטרה על מגש של כסף את הראיות שיובילו להרשעתו בעבירה של הריגה כאשר התעסק בדברים רבים בזמן נהיגתו ולא התבונן על הכביש.**

נשאלת השאלה, האם ניתן להשתמש בהודאתו זאת בהתחשבות בקיומו של הפגם והוא מניעת ההיוועצות עם עו"ד למרות שביקש זאת בטרם מסר את אותה הודאה?

ס'34(א) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) – זכות העצור להיפגש עם עו"ד

34. (א) עצור זכאי להיפגש עם עורך דין ולהיוועץ בו.

עם זאת, אסף שי אינו עצור. לכן, מקריאה של **ס'34(א) לחוק** לכאורה ניתן ללמוד כי אסף שי אינו זכאי לעו"ד. אפילו בהמ"ש בעצמו לא ידע מה לענות על השאלה האם אסף שי, אשר אינו עצור, זכאי לעו"ד כפי שביקש. חוק המעצרים הוא חוק לא טוב, שכן הרציונל של זכות ההיוועצות היא לאפשר לחשוד, לפני שהוא נחקר, לדעת שהוא זכאי להיוועץ עם עו"ד, שהרי מה החשיבות של זכות השתיקה ללא היכולת להתייעץ עם עו"ד. משום כך, אין משמעות בהדבקת זכות ההיוועצות לעצור גרידא. אם היה לנו חו"י של זכויות נחקרים הדבר לא היה קורה. בפס"ד יששכרוב הנשיאה בייניש השאירה את שאלה זו בצ"ע. בנוסף, חוק השיפוט הצבאי כאמור יותר מתקדם מחוק המעצרים, שכן הוא מאפשר היוועצות עוד בטרם המעצר, אם יש סיבה לחוקר לחשוב שייעצר.

ס'34(ב) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) – זכות העצור להיפגש עם עו"ד

34. (ב) ביקש עצור להיפגש עם עורך דין או ביקש עורך דין שמינהו אדם קרוב לעצור להיפגש עמו, יאפשר זאת האחראי על החקירה, ללא דיחוי.

אין מחלוקת שאסף שי ביקש להיוועץ עם עו"ד. אולם, גם כאן עולה השאלה האם הוא זכאי לאותה זכות שכן בפועל לא נעצר. כאן, הנשיאה בייניש מכריעה כי הכוונה לכל אדם שמצוי במשמורת המשטרה בין אם הוא חשוד, בין אם הוא עצור, ובין אם הוא נחקר באזהרה או לא באזהרה, ויש לאפשר לאדם שביקש לממש זכות זו ללא דיחוי. האם העובדה שנמסרה לו ההודעה ביחס לזכות לשתיקה מהווה מענה מספק, מקום בו בחר הנחקר להמשיך לדבר בכל זאת, אפילו אם נאמר לו שעו"ד בדרך/נקרא לתחנה ולא ידוע מתי יגיע? אם הנחקר ישתוק עד להגעת עו"ד הדבר לא יהווה ראיה לחובתו, אלא רק אם ישתוק לאורך כל החקירה. אולם, עדיין נשמע הדבר לא תקין שהחוקר ממשיך לחקור למרות זכותו לשתיקה והדרישה להיוועצות בעו"ד.

הנשיאה בייניש סקרה את ההתנהלות בשנות ה-80 של המאה הקודמת, אז היה לגיטימי להודיע על זכות השתיקה וההיוועצות עם עו"ד ובמקביל להמשיך עם החקירה, אולם לאחר המהפכה החוקתית והמשקל הרב הניתן לזכויות האדם, אין הדבר לגיטימי עוד. **הלכת אסף שי חידשה כי כאשר חשוד בין אם הוא עצור או לא, מבקש להיוועץ בעו"ד, יש לאפשר לו זאת ללא דיחוי, וכל עוד עו"ד מגיע תוך מועד סמוך סביר יש לעצור את החקירה ולהמשיך רק לאחר הגעתו.** מה זה מועד סמוך סביר? הדבר ישתנה בהתאם לכל מקרה, והנשיאה בייניש לא קבע מסמרות בעניין. בנוסף, הנשיאה בייניש קבע כי ייתכנו מקרים בהם אפילו אם עו"ד לא מגיע תוך מועד סביר, ייתכנו נסיבות שיצדיקו את הפסקת החקירה לאלתר, ואותן נסיבות חקירות התקיימו

במקרה של אסף שי. החוקר היה צריך להפסיק את החקירה – כאן, התקיימו נסיבות במסגרתן לא היה ברור מה היה הלחץ של החוקרים להמשיך את החקירה – חלפו חודשיים מהתאונה, הוא ביקש עו"ד והוא בכלל לא היה עצור. לא הייתה כאן דחיפות מיוחדת שלא אפשרה לחוקר להמתין לבואו של עו"ד.

ניתן להקשות לטעון כי אסף שי המשיך לענות לחוקר, כולל את תשובתו המפלילה, והכל למרות שביקש עו"ד ולמרות שהוזהר כי יכולה הוא לשמור על זכות השתיקה, ובכך וויתר על זכותו לשתוק ולהיוועץ בעו"ד.

בהלכת חייבטוב, השופט שהם כתב במפורש כי וויתור על זכות ההיוועצות צריך להיות מתועד לא פחות מאשר בקלטת אודיו או וידאו, כדי לאפשר לוודא שהוויתור נעשה מתוך אוטונומיה אמיתית ומרצון, ומתוך הבנה על מה הוא מוותר, זאת בשל אותו פער בכוחות בין החוקר לחשוד. במקרה דנן, הוויתור לא רק לא תועד, אלא אף היה חסך רישומי – החוקר התעלם מדרישתו של אסף שי לעו"ד ומיד לאחר מכן הוא הודאה.

אם כן, הנשיאה הבינה שיש פה בעיה – היא ביקרה את המשטרה על המחלד הרישומי הזה, ולכל הפחות יש כאן ספק האם באמת היה וויתור מרצונו הטוב ומתוך הבנה על מה הוא מוותר. אותו ספק פעל לטובתו של אסף שי. אסף שי נחקר בבהמ"ש המחוזי, ואמר כי במהלך החקירה ולאחר שביקש עו"ד הוזהר כי יאלץ להפקיד ערבות של 30K ₪, בנוסף לכך שייאלץ לחזור יום למחרת עם עו"ד וכו', וכי מאוד חשש בזמן החקירה. כלומר, המסר שהועבר ע"י החוקר הוא כי לא כדאי לו לממש את זכותו להיוועץ בעו"ד.

בהמ"ש זיכה את אסף שי מעבירה ההריגה, פסל את קבילות ההודאה והרשיע אותו בגרם מוות ברשלנות.

מנגד, בדעת המיעוט **השופטת ברלינר** גרסה אחרת.

השופט רובינשטיין התחבט בפסיקתו בדילמות המוסריות ביחס למקרה זה, אם כי הצטרף לדעתה של בייניש. זה שאל והתחבט האם יש לאפשר התחמקות ממיצוי הדין בשל אותם פגמים.

אם כן, תו"כ ניתוח פס"ד אסף שי קיבלנו תובנות רבות ביחס לזכות ההיוועצות והחשיבות שלה.

עם זאת, **ס'34(ד)** מאפשר פעמים רבות לדחות את זכות ההיוועצות לשעות ספרות:

ס'34(ד) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) – זכות העצור להיפגש עם עו"ד

34. (ד) נמצא העצור באותה עת, בעיצומם של הליכי חקירה או של פעולות אחרות הקשורות בחקירה, באופן שנוכחותו נדרשת כדי להשלימם, ועריכת הפגישה עם עורך הדין ללא דיחוי, כאמור בסעיף קטן (ג), מחייבת את הפסקתם או את דחייתם למועד אחר, והקצין הממונה בדרגת רב פקד ומעלה (להלן בסעיף זה – הקצין הממונה) סבר כי הפסקתם או דחייתם עשויה לסכן, באופן ממשי, את החקירה, רשאי הוא להורות בהחלטה מנומקת בכתב, שפגישת העצור עם עורך הדין תידחה לזמן הנדרש כדי להשלים את הפעולה, ובלבד שההפסקה לא תעלה על שעות ספורות.

הדבר נועד כדי להשלים פעולות חקירה, וכאשר הפגישה יכולה בסופו של יום לסכן באופן ממשי את החקירה.

אך, יש לזכור כי **אדמונד לוי בפס"ד אלזם** קבע כי העובדה שעו"ד עלול לייעץ לחשוד לשמור על זכות השתיקה אינה מהווה עילה לדחיית פגישה ולא מהווה סיכון ממשי לחקירה.

ע"פ 8974/07 הונצ'אן לין נ' מדינת ישראל (טרם פורסם; ניתן ביום 3.11.10)

עובד זר הורשע ברצח בת זוגתו לאחר שזו ביקשה להפסיק את מערכת היחסים ביניהם. הרצח היה אליים מאוד.

לין יודע בשטח כי יש לו זכות שתיקה, דבר שבפני עצמו מהווה דבר מדהים, ונובע מחשש כי הנחקר יסמן לחוקר מבלי משים כי זה אכן השם, ומתוך רצון שניתן יהיה לעשות שימוש במידע שישפך ולו בדרך זו.

הפגם: לין יודע כי הוא זכאי להיוועץ בעו"ד, אולם רק בסוף החקירה יודע כי זכותו לקבל עו"ד בחינם מהמדינה אם אין ביכולתו לשלם לאחד מטעמו.

ס'32 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) – הסברת זכויות לעצור

32. החליט הקצין הממונה לעצור את החשוד, יבהיר לו מיד את דבר המעצר ואת סיבת המעצר בלשון המובנת לו, ככל האפשר, וכן –

- (1) את זכותו שתימסר הודעה על מעצרו, לאדם קרוב לו ולעורך-דין ואת זכותו להיפגש עם עורך-דין, הכל בכפוף להוראות סעיפים 34 עד 36; וכן את זכותו להיות מיוצג על ידי סניגור כאמור בסעיף 15 לחוק סדר הפלילי או לפי חוק הסניגוריה הציבורית;
- (2) את משך הזמן שניתן להחזיקו במעצר עד שישוחרר או עד שיואב בפני שופט.

בסוף החקירה הקצין הממונה צריך להחליט האם לשחרר את החשוד, או בערובה, או בלי כלום, או אף לעצור אותו.

בס'32(1) ישנה בעיה – מדוע יש לידע את הנחקר על זכותו להיוועץ בעו"ד רק לאחר החקירה ולאחר שנעצר. איזו תועלת יש בזה? הרי המשמעות של זכות ההיוועצות היא לאפשר לחשוד להחליט אם לדבר או לא מתוך בחירה עצמית, תוך הבנה משמעות השתיקה, ולכן נועדה ההיוועצות עם עו"ד. זכות ההיוועצות וזכות השתיקה הם שני צדדים של אותו מטבע. אם כן, למרות שמבחינה טקסטואלית אין הגיון בסעיף, המשטרה מבינה זאת ומיידעת את החשוד בזכות השתיקה בתחילת החקירה, בעוד שאת זכות ההיוועצות שמרו לסוף החקירה בשל האמור באותו סעיף. כלומר, המשטרה לקחה את זכות ההיוועצות – יידעה עליה בהתחלה אך חילקה אותה ל-2 ושמרה את המידע ביחס להיוועצות בעו"ד בחינם לעצמה בדרך טקטית.

ס'19(א) לחוק הסניגוריה הציבורית – הודעה לעצור על אפשרות מינוי סניגור ציבורי

19. (א) נעצר אדם והוא לתחנת משטרה או למתקן של רשות החוקרת על פי דין או שהוא חשוד בביצוע עבירה, יודיע לו הממונה על התחנה או על החקירה, בהקדם האפשרי, כי באפשרותו לבקש מינוי סניגור ציבורי אם הוא זכאי לכך לפי חוק זה.

כלומר, לפי הקבוע בס'19(א) כי יש לידע את הנחקר בהקדם האפשרי על זכותו זו להיוועץ בעו"ד מטעם הסניגוריה הציבורית בחינם אם הוא זכאי לכך, הרי שיש סתירה בינו לבין ס'32(1). אין תועלת בידיעת הזכות לייצוג מטעם הסניגוריה בסוף החקירה, שהרי גם אם יודע על זכותו להיוועץ בעו"ד בתחילה החקירה ואינו יכול לממן זאת הרי שיוותר על זכותו בניגוד לדין.

דנ"פ 5852/10 מ"י נ' שמש (ניתן ביום 9.1.2012)

פסה"ד עוסק ב-2 תאונות רכבת קשור שאירעו בשנת 2005. רכבת ישראל (חברה ממשלתית) הקימה וועדת חקירה וולונטרית עצמאית כדי למנוע אירוע כזה בעתיד. ועדת חקירה מעין זו אינה מתעניינת ואינה מוסמכת לקיים חקירה פלילית, וכדי להפיק תועלת זו זקוקה לשיתוף של העובדים. לכן, ועדת החקירה הבטיחה לעובדים כי לא יעשה שום שימוש בהודאות לחוקרים, והדבר לא יועבר לשום גורם חיצוני ללא אישור של היועמ"ש של הרכבת. כלומר, העובדים הגיעו לוועדת החקירה ללא עו"ד ולא הוזהרו שיש להם זכות שתיקה, וקיבלו הבטחה כי דבריהם יישארו בידי רכבת ישראל ולא יופצו החוצה. העובדים יודעים שאם לא ישתפו פעולה חרב הפיטורין מצויה מעל ראשם.

במקביל התנהלה חקירה משטרתית, שכן ייתכן כי העובדים / הרכבת ביצעו פעולות פליליות ונדרש לבחון גם אפיק זה. משטרת ישראל מאוד רצתה לשים את ידה על הפרוטוקולים של עדויות העובדים בפני ועדת החקירה של הרכבת. משטרת ישראל פנתה לבהמ"ש מכוח **ס'43 לפקודת סדר הדין הפלילי**, כדי שייתן צו לרכבת אשר יחייב את מסירת הפרוטוקולים האמורים.

ס'43 לפקודת סדר הדין הפלילי - הזמנה להציג חפץ

43. ראה שופט שהצגת חפץ נחוצה או רצויה לצרכי חקירה או משפט, רשאי הוא להזמין כל אדם, שלפי ההנחה החפץ נמצא בהחזקתו או ברשותו, להתייצב ולהציג את החפץ, או להמציאו, בשעה ובמקום הנקובים בהזמנה.

משטרת ישראל למעשה ביקשה את הפרוטוקולים כדי לקדם את החקירה. אולם, רכבת ישראל טענה כי תאגיד מוותרת על הזכות מפני הפללה עצמית, אולם זו אינה חוששת לעצמה כתאגיד ממשלתית, אלא לעובדים אליהם התחייבה מתוך חשש לאפקט מצנן מפני שת"פ עם ועדות חקירה פנימיות, זאת בנוסף לפגיעה בזכות להליך ההוגן של עובדיה – שינו את מצבם לרעה, לא הוזהרו וכו'. לכן, על המשטרה לזמן את העובדים לחקירה, ולנהל את החקירה של העובדים כדי שקובע הדין ולא בדרך עקיפה.

הדבר הגיע לבהמ"ש העליון ב-2 גלגולים (היה דנ"פ).

גלגול 1 בעליון:

טענה הרכבת התקבלה, **דנציגר**, מכוח **כלל הפסילה הפסיקתי** שנקבע בהלכת יששכרוב, קבע כי אם יאפשרו לרכבת למסור את ההודאות למשטרה תפגע הזכות להליך הוגן של העובדים. בנוסף, **רובינשטיין** הוסיף והתייחס למעמד הדו מהותי של רכבת ישראל, לכן כשהיא מבטיחה לעובדיה שלא יעשה שימוש בעדויותיהם הם משנים את מצבם לרעה וסומכים על הבטחת הוגן הממשלתי. **רובינשטיין רואה בהבטחה ובהתחייבות שלטונית, ולכן מכוח תחולת המשפט הציבורי על הרכבת הרי שיש להגן על ההסתמכות של העובדים על התחייבות הרכבת**, וגם מסיבה זו יש למנוע את העברת הפרוטוקולים הללו. אילו היה מדובר בהבטחה בין פרטים, להבטחה זו אין תוקף משפטי, אך כאשר מדובר בגוף ממשלתי, של המדינה, לה יש סמכות להתחייב, בהבטחה מעין זו, לה יש חובת נאמנות והגינות מוגברת, יש לקיים את ההבטחות (אם כי אם יש צידוק חוקי ניתן לסגת ממנה).

גלגול 2 בעליון:

ההלכה שנקבעה בגלגול ה-1 בעליון זעזעה את הפרקליטות, והוגשה בקשה לדנ"פ עליה חתם לא אחר מאשר פרקליט המדינה דאז, שי ניצן. הורחב ההרכב, וכעת ישבה הנשיאה בייניש בראש ההרכב, אשר הובילה את הלכת יששכרוב בשנת 2006.

במסגרת הדיון היו חילופי דברים נוקבים בין הנשיאה בייניש לשופט דנציגר.

בייניש טענה כי השופטים הבינו לא נכון את הלכת יששכרוב, שהרי בהלכתם הפכו את כלל הפסילה הפסיקתי שעוסק בענייני קבילות לכלל של חיסיון, בעוד שנדרשת הבנה בין ההבדל ביניהם.

- **חיסיון** – זהו כלי שמונע מהיכולת להמציא ראיה שנמצאת תחת חיסיון גם לרשות החוקרת, היינו למשטרה. חיסיון תמיד פוגע בחקר האמת כדי להשיג מטרה ציבורי נעלה יותר מהאמת. יש מספר סוגים של חסיונות כדוגמת חיסיון-עו"ד לקוח מחשש לפגיעה ביכולת להיוועץ בחופשיות בזה, חיסיון רופא-מטופל וכו'. בנוסף, יש חסיונות שמקורם בפסיקה כדוגמת חיסיון מקור עיתונאי, אשר מטרתו להגן על הדמוקרטיה והעיתונאות החופשית שהרי אין טעם בעיתונות ללא הדלפות. ברור שדרך המלך ליצור חסיונות היא בחקיקה, שהרי חיסיון תמיד פוגע בחקר האמת במטרה להגן על מטרה ציבורית נעלה יותר.

בייניש אומרת לאלו כי בגלגול ה-1 השופטים לקחו את הלכת יששכרוב העוסקת בקבילות ראיה, הקדימו אותה בזמן לשלב החקירה והפכו אותה להלכה שעוסקת בחיסיון, מפני **שבשמונעים מהמשטרה לעיין בחומר הראיות דה-פקטו הרי שיש בכך משום ייצור חיסיון חדש דרך פסיקה**.

מה אומר החיסיון הזה? כל אימת שוועדת חקירה וולונטרית מבטיחה לנחקר, לעובד שלה, שהחומר לא יועבר לשום גורם חיצוני אוטומטית העובד קיבל זכות לחיסיון שכל שיאמר לא יועבר למשטרה, בעוד שהדבר אינו כתוב ומעוגן בחוק.

אך לגישתה של בייניש, יש קושי בחסיונות הנקבעים דרך הפסיקה, דרך המלך צריכה להיות שהחומר יועבר למשטרה, זו תחקור ותשמש בראיות כראות עיניה. ורק אז, אם וכאשר יוגש כתב אישום כנגד אחד מעובדי הרכבת, ובמקרה זה הפרקליטות תרצה להגיש בהליך המשפטי נגדו את ההודאה שהנאשם הזה מסר בפני וועדת החקירה ללא עורך דין, ללא הודאה על זכות ההיוועצות, ללא זכות שתיקה – אז יוכל לקום הסנגור ולהתנגד בטענה שמדובר בראיה שהושגה שלא כדין וקבלתה במשפט תיצור פגיעה שחורגת מגדרה של פסקת ההגבלה בזכות להליך הוגן. כלומר, יש למסור למשטרה את חומר החקירה של הוועדה הוולונטרית, ומקום בו תרצה להגיש חומר זה בראיה להוכחת אשמתו של מי מהעובדים, יוכל הסנגור להתנגד בשל הפגיעה בזכותו של העובד להליך הוגן בניגוד לפסקת ההגבלה. **בשלב זה יהיה צורך לדון בקבילותה של הודאתו והמידע שמסר לוועדת החקירה ועל כך מדברת הלכת יששכרוב, ולא על חיסיון שגרמו לו דנציגר ורובינשטיין!** הרצף: חקירה < כתב אישום < משפט – בשלב המשפט דנים בקבילות הראיה, **ודנציגר ורובינשטיין לקחו את הלכת יששכרוב והקדימו אותה לשלב החקירה משלב**

המשפט, והכל בשם הזכות להליך הוגן. בכך למעשה אלו מנעו מהמשטרה לעיין בראיות, אשר לא בהכרח יובילו להגשת כתב אישום ואף עשויות לאפשר את החקירה עצמה ומציאת האשמים בכך שהמידע שיימסר לה יוביל אותה לראיות אחרות. כלומר, חיסיון נוצר כדרך המלך על ידי החוק. אכן, זה לא שלבהמ"ש אין סמכות ליצור חיסיון, אבל הדבר ייעשה במקרים נדירים בעוד שהמקרה דנן אינו עולה כדי מקרה נדיר. אם המחוקק רוצה ליצור חיסיון לוועדות חקירה פנימיות שיתכבד ויכתוב את זה. יתרה מכך, הראייה לנכונות גישתה של בייניש לדעתה היא כי כשהמחוקק רוצה ליצור חיסיון כזה הוא יודע לעשות את זה, כך למשל בחוק בעניין תחקירים של הצבא, יש הוראה מיוחדת הקובעת חיסיון לראיות שהושגו באמצעות תחקירים פנימיים של צה"ל (שזה מאוד דומה לוועדת חקירה של רכבת). בדומה, יש הוראה הקובעת חיסיון לתחקיר פנימי של משטרה. אם כן, **מלשון** **ההן ניתן ללמוד על הלאו, וכשהמחוקק רוצה ליצור חיסיון הוא יודע לעשות כן.**

יתרה מכך, **ההלכה שפסק בהמ"ש העליון בגלגול הראשון הרעיש כל כך את הפרקליטות, מפני שהשלכות הגלגול הראשון הן אינסופיות, אשר יכולות להוביל למדרון חלקלק בכך שיווצרו איים של חסיונות איתם לא נוכל להתמודד.**

← **בשורה התחתונה:** ההלכה שנקבעה בגלגול הראשון התהפכה. הנשיאה בייניש הפכה את דעתו של השופט אדמונד לוי שהיה קודם לכן בדעת רוב, והשופטים רובינשטיין ודנציגר הפכו לדעת מיעוט. ההלכה שנקבעה הייתה כי יש להעביר את חומר החקירה של וועדת החקירה הוולונטרית למשטרה, שכן **לא ניתן להקדים את כלל הפסילה הפסיקטי בזמן ולהפוך אותו לכלל של חיסיון, מכיוון שלא ניתן למנוע מהמשטרה לחקור בטענה לפגיעה בהליך הוגן.**

בשבוע הבא נדון **בהלכת יונתן אורין**, שם לגישתו של המרצה (ומבלי שהדברים נאמרו במפורש בפסה"ד), **השופט אורי** הופך את הלכת דנ"פ שמש.

שיעור 12 – 05/01/2021

היום נדבר על 3 פס"ד, כאשר המרכזי שבהם הוא פרשת יונתן אורין.

חיפוש בגוף האדם

ע"פ 4988/08 איתן פרחי נ' מדינת ישראל

במקרה דנן, על מנת להבין את עובדות המקרה יש להבין את **ס' 14 לחוק החיפוש – חיפוש בהסכמה בגוף אדם שאינו חשוד:**

ס' 14 לחוק החיפוש – חיפוש בהסכמה בגוף אדם שאינו חשוד

14. (א) שוטר רשאי, לצורך חקירת עבירה, לערוך חיפוש כאמור בחוק זה **בגופו של אדם שאינו חשוד**, ולענין עריכת חיפוש כאמור לפי סעיף 5 להורות על עריכת חיפוש כאמור באותו סעיף, ובלבד שמתקיים אחד מאלה:

(1) האדם הוא נפגע עבירה, עד וכל מי שאינו חשוד, והיה לשוטר יסוד סביר להניח שבגופו של אותו אדם נמצאת ראיה הנדרשת לצורך חקירת העבירה;

(2) החיפוש נדרש לשם בדיקת קשר אפשרי של אותו אדם לעבירה הנחקרת.

(ב) לא יערוך שוטר חיפוש לפי הוראות פרק זה **אלא לאחר שהסביר לאדם, בלשון המובנת לו, את מטרת החיפוש ואת השימוש שניתן לעשות במה שייתפס בחיפוש, וכן הסביר לו את זכותו שלא להסכים לחיפוש, ואותו אדם נתן את הסכמתו בכתב, לביצוע החיפוש.**

בס' 14(א) נקבע כי שוטר רשאי, לצורך חקירת עבירה, לערוך חיפוש בגופו של אדם שאינו חשוד.

עם זאת, **ס' 14(ב)** מסתייג וקובע כי לשם כך, יש להסביר לאדם בלשון שתהיה לו ברורה, את מטרת החיפוש ואת השימוש שניתן יהיה לעשות במה שיימצא על גופו. כלומר, על השוטר להסביר לאותו אדם כי לא יעשה שימוש בממצאי החיפוש, אלא לצורך עניין מסוים ומוגדר, ולא לצורך חקירת עבירה ספציפית שבגינה מתבצע החיפוש, שהרי הוא אינו חשוד בעבירה. כמו כן, הסעיף דורש להסביר לאותו אדם את זכותו לסרב לביצוע החיפוש.

ס'14(א) ממשיך וקובע כי **אדם זה יכול להיות נפגע, העבירה, עד או כל אדם שאינו חשוד**, והיה לשוטרי יסוד סביר להניח שיש על גופו של אותו אדם ראיה הנחוצה לשם ביצוע החקירה.

ס'14 א' לחוק החיפוש – הגבלת השימוש במה שנתפס בחיפוש

14א. (א) **לא תיערך השוואה לפי הוראות סעיף 11ד, בין נתוני הזיהוי שהופקו ממה שנתפס בחיפוש לפי פרק זה והמזהים את האדם שבו נערך החיפוש**, לבין נתוני הזיהוי שבמאגר, אלא לצורך חקירת העבירה שלשמה נערך החיפוש, או לצורך חקירת עבירה בתיק חקירה משטרתי אחר ולאחר שאותו אדם הסכים לכך, בכתב, על גבי טופס שקבע השר, ובהתאם להסכמה שנתן; ההסכמה יכול שתינתן לגבי כל תיק חקירה בנפרד, לגבי סוגי עבירות או לגבי השוואה לכלל תיקי החקירה.

(ב) **נתוני זיהוי שהופקו ממה שנתפס בחיפוש לפי פרק זה והמזהים את האדם שבו נערך החיפוש, לא יכללו במאגר**, אלא אם כן יתקיים, לאחר הנטילה ובמהלך חקירת העבירה שלשמה נערך החיפוש, האמור בסעיף 11ג(ב)(2)(א).

ס'14א(א) לחוק קובע כי לא אמורים לקחת את נתוני הזיהוי שהופקו בעת החיפוש על אדם שאינו חשוד, ולהשוות אותם לנתונים אחרים הנמצאים במאגר, למעט אם הדבר נעשה לצורך אותה חקירה של עבירה ששלמה נערך אותו החיפוש על אדם שאינו חשוד.

ס'14א(ב) קובע כי נתוני זיהוי שהופקו ממה שנתפס בחיפוש לפי פרק זה, אשר מזהים את האדם שבו נערך החיפוש, לא יכללו במאגר.

עובדות:

מדובר ברצח עו"ד ענת פלינר שלא פוענח. במסגרת החקירה, המשטרה ביקשה ממתנדבים רבים לבצע חיפוש בגופם בהסכמה, כאשר הובטח להם שלא יעשה שום שימוש ב-DNA שיפיקו מאותו חיפוש, למעט לצורך חקירת עו"ד ענת פלינר. מר פרחי הסכים לתת דגימת רוק לצורך חקירת הרצח, לאחר שהובטח לו בהתאם ללשון החוק כי הדגימה תשמש רק באותה חקירה. ואכן, מעורבותו בחקירת הרצח נשללה. רצח עו"ד פוענח, אך אין קשר למקרה דנן.

אולם, במקביל לחקירת רצח עו"ד פלינר, המשטרה גם חקרה בחקירה אחרת 3 מעשי אונס שהתרחשו בזירות שונות. במסגרת החקירה פתאום התגלה רצף DNA שזהה ל-DNA שנתן אחד המתנדבים בחקירת רצח עו"ד פלינר. למעשה, אחת החוקרות בחקירת מעשי האונס בדקה בזמנו גם את בדיקת ה-DNA של מר פרחי. זו ניחנה בזיכרון פנומנלי, וזיהתה כי רצף ה-DNA שאותר וזוהה ב-3 זירות האונס השונות, זהה במלואו לרצף ה-DNA שניתן על ידו בחקירת רצח עו"ד פלינר. בעקבות זאת, השוטרת השוותה בין דגימות ה-DNA שנאספו במסגרת חקירת האונס והיו במאגר, לבין אלו שנמסרו על ידי מר פרחי בפרשת עו"ד פלינר, וזאת בניגוד להתחייבות שניתנה לו. לאחר השוואה זו התגלה כי מר פרחי הוא חשוד במקרי האונס השונים.

נציין כי לאחר שמר פרחי נעצר בחשד לביצוע מעשי האונס התגלו והתווספו עוד ראיות אשר כללו איכון הנייד שלו, וראיות נוספות שקשרו אותו למעשי האונס. כך למשל, איכון הטלפון הנייד שלו גילה כי היה בפועל באותן 3 זירות אונס שונות, ומדובר למעשה בראיה משמעותית.

השאלה המשפטית:

האם ניתן להשתמש בדגימת ה-DNA, שניתנה בהתנדבות בפרשה אחרת ולאחר מתן הבטחה כי לא יעשה בה שימוש מעבר למטרה לשמה נמסרה, לצורך הרשעתו של מר פרחי באונס? האם ניתן וצריך לפסול לפי כלל הפסילה הפסיקתית את דגימות ה-DNA לאור הפגיעה בזכות להליך הוגן?

מהלך החקירה בפרשת פרחי:

לאחר גילוי הזהות בין דגימות ה-DNA מר פרחי זומן לחקירה, אולם הכחיש כל מעורבות במקרי האונס בהם נחשד. במהלך החקירה, ולאחר שסירב לספק דגימת רוק לחקירת האונס, נעשה לו תרגיל חקירתי בו הוצא להפסקת סיגריה, וכשהשליך את בדל הסיגריה ניתן היה לאסוף אותו ולקחת ממנו דגימת DNA מהרוק שנמצא עליו. על בדל הסיגריה בוצעה

בדיקת DNA נוספת המשווה בין הרוק על גבי הבדל לבין ה-DNA שנמצא בזירת האוס. באופן לא מפתיע, נמצאה זהות מושלמת בין הבדיקות. כך, נוצר מצב בו נמצאה זהות ב-2 מקרים בין ה-DNA של מר פרחי ל-DNA שאותר בזירות האונס, זאת הן בדגימה הראשונה שנתן במסגרת פרשת עוה"ד פילנר, והן בדגימה השנייה מן בדל הסיגריה שלו שנאסף ונבדק. בעקבות הדגימה הראשונה נמצאו ונאספו ע"י המשטרה יתר הראיות שאיששו את החשדות לגביו – איכון שיחות הטלפון (שהעיד על קרבה לזירות האונס); סירובו של פרחי לספק דגימת רוק (חיזוק לראיות התביעה); אמירה של פרחי כי הוא "רוצה לנקות את מצפוני" (למרות שמעולם לא הודה) וראיות נוספות הקושרות אותו למעשי האונס.

הכרעת בית המשפט העליון:

בהמ"ש העליון אמר שאכן יש כאן התנגשות – מצד אחד עומדת הזכות לפרטיות ולהליך הוגן, ומצד שני מדובר באדם שמואשם בכתב אישום חמור של אונס.

השופט אדמונד לוי הכריע כי **יש לפסול את דגימת ה-DNA הראשונה**, וזאת בגלל שיש לה זיקה הדוקה לפגם (אותה הבטחה שהופרה לפיה לא יעשה שום שימוש בדגימה זו מלבד לשם פיענוח הרצח של עו"ד ענת פלינר). בנוסף, נקבע כי גם **יש לפסול גם את דגימת ה-DNA השנייה**, שכן הזיקה של הדגימה השנייה לפגם היא הדוקה והפסול יורד לשורש העניין. לדבריו:

"כאשר מדובר בהפרת הבטחה הנוגעת לשימוש שיעשה בנתוני הפרטיים של המערער, כרוכות הזכות להליך הוגן והזכות לפרטיות ואחוזות הן זו בזו עד כי לעיתים הגבול ביניהן מטשטש. הזכות לפרטיות נפגעת עקב גילוי נתוני האישיים של המערער והשימוש האסור שנעשה בהם, והזכות להליך הוגן נפגעת עקב הסתמכותו על ההבטחה ושליטתו יכולתו להגן על חזקת חפותו בעקבותיה. לאור זאת, **בחינת קבילותה של ראית ה-DNA, לנוכח הפגיעה הכפולה הכרוכה בהשגתה, תיעשה במאוחד במסגרת דוק הפסילה הפסיקתית.**

קבלתה של ראית ה-DNA, שערכה ההוכחתי אינו נתון במחלוקת, תעורר קושי ממשי בניהול הליך משפטי הוגן. מעת שהופרה ההבטחה, **המערער איבד הלכה למעשה את יכולתו להגן על חזקת חפותו, וההגנה היחידה העומדת לו היא בדרישה לפסול את ראית ה-DNA מלשמש נגדו במשפט.** כאשר לראית ה-DNA שהופקה מבדל הסיגריה – שוכנעתי כי **זיקתה לראיה הפסולה הינה כה הדוקה, עד שהפסול שבה יורד לשורשה. אופייה ותוכנה כה זהים לזו של הראיה הפסולה, עד שלמעשה מדובר באותה ראיה ממש.** הגם שאופן השגתה לא היה מעורר קושי בדרך כלל, הרי שבנסיבות פרשה זו, יש בקבלתה כדי להכשיר את הפסול שנפל בראיה הראשית, ולזאת לא אוכל להסכים".

ואולם, **השופט לוי מחליט בכל זאת להכשיר את יתר הראיות** (איכון הטלפון ושאר הראיות הנגזרות). באמצעות יתר הראיות הללו הוא מרשיע את מר פרחי, בטענה שדי באלו כדי לבסס הרשעה מעל לכל ספק סביר.

- בהלכת יששכרוב הנשיאה ביניש מתייחסת לכך שכלל הפסילה הפסיקתית לא כולל בחובה את דוקטרינת פרי העץ המורעל. לכן, אם יש שרשרת המכילה מספר חוליות של ראיות, כאשר כל חוליה היא תולדה של קודמתה, אזי יש לבדוק כל חוליה וחוליה לגופה לפי הכללים של כלל הפסילה הפסיקתית, בכפוף ל-3 מבחני המשנה שפורטו לעיל. כלומר, בניגוד לדוקטרינת הפרי המורעל הנהוגה בארה"ב, בישראל איננו קובעים כלל קטגורי לפיו פסילת הראייה הראשונה תביא בהכרח לפסילת הראיות שהן תולדה ממנה יפסלו גם כן באופן אוטומטי.

- אך, בהלכת פרחי, השופט אדמונד לוי ייצר פיתוח מעניין וקבע כי כדי שהחוליה הראשונה והחוליה השנייה ייפסלו, צריך שיתקיימו **2 תנאים מצטברים:**

(1) זיקה עובדתית – החוליה השנייה היא תולדה של הראשונה;

(2) זיקה משפטית – לא מספיק שהחולייה השנייה הגיעה בזכות החולייה הראשונה, אלא צריך שתהיה זיקה משפטית. ובהתאמה, מקום בו יש ניתוק של הזיקה המשפטית, אזי הפגם של החולייה הראשונה לא דבק בחולייה השנייה.

דוגמה: מצב בו נכנסים לתוך ביתו של אדם ללא צו חיפוש, וללא חשד שביצע עבירה, וברור שהכניסה נעשתה שלא כדין. ועדיין, בכל זאת מצאו ראייה בביתו של אותו אדם שקושרת אותו לביצוע העבירה שאת ביצועה חוקרת המשטרה. אותו אדם נלקח לתחנת המשטרה ונחקר שם, ובמהלך חקירתו הוא מודה בכי אכן ביצע את העבירה. במקרה זה, ברור שלא היינו מצליחים להגיע / היינו מתקשים לאין שיעור לזהות את עובר העבירה, אם לא היינו נכנסים אל ביתו. אך, כאן, נותקה הזיקה המשפטית, שהרי הוא הודה, והכל למרות שקיבל את כל זכויותיו (יודע על זכות השתיקה וההיוועצות, וניתנה לו הזדמנות להיוועץ בעו"ד) ולא נעשה עליו כל תרגיל חקירתי.

← זה עדיין לא דוקטרינת העץ המורעל, שכאמור לא התקבלה במשפטנו, אך יש כאן יישום מעניין של הסוגייה.

התייחסות בית המשפט העליון לשיקול חומרת העבירה:

בהלכת פרחי יש התייחסות לשיקול חומרת העבירה, שדיברנו עליו בעבר. בפסיקה נאמר כי יש גישה מאוד אמביוולנטית לשיקול זה – נקבע כי בעוד, שהדעת לא סובלת זיכוי של אדם שביצע מעשים כה חמורים, ברי כי החשיבות שבהגנה הוגנות ההליך ושמירה על זכויות הנאשם, מתגברת דווקא במקרים כאלה. מלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב כוללת גם את האינטרס שבכיבוד זכויות נאשמים. קבלת הראיה עקב חשיבותה לתביעה עלולה לפגוע גם באמון הציבור ברשויות השלטון, וליצור תחושה כי האדם הינו כלי משחק בידי השלטון המשנה את הכללים בהתאם לצרכיו. לאור זאת, סבור בהמ"ש כי כאשר הפגיעה בהוגנות ההליך כפי שמשתקפת ממכלול השיקולים והנסיבות היא חמורה, אין בקבוצת השיקולים הזו כדי להכשיר את הראיה אף כשהעבירות המיוחסות לנאשם הינן מהחמורות בספר החוקים, וחיוניותה להרשעתו היא נכבדת. כלומר, **שיקול חומרת העבירה לא יכול לקבל משקל מכריע כשמדובר בפגיעה קשה בזכות להליך הוגן.**

התוצאה המשפטית:

- ראיית ה-DNA המקורית נפסלה.
 - ראיית ה-DNA מבדל הסיגריה נפסלה (הוגדרה כ"ראיה מלבינה" לראיה הראשונית).
 - הראיות האחרות לא נפסלו, למרות שכולן נגזרות מחוסר החוקיות הראשונית.
- ← **התוצאה:** המערער הורשע על סמך איכון שיחות טלפון, אמירתו כי הוא רוצה "לנקות את מצפוני" וסירובו לספק דגימת DNA בחקירת האונס.

האם בפרשת פרחי קיבל בית המשפט את דוקטרינת פירות העץ המורעל, משפסל גם את ראיית ה-DNA שהופקה מבדל

הסיגריה? (ראיה נגזרת)

לכאורה, ניראה שכן מפני שבהמ"ש פסל הן את דגימת ה-DNA הראשונה והן דגימת ה-DNA השנייה, אולם לא בטוח שזה המצב.

האם באמת ניתן לומר שבית המשפט התעלם מראיות ה-DNA לאחר פסילתן?

השופעת חיות הצטרפה לתוצאה שאליה הגיע השופט אדמונד לוי, אבל נקטה בעמדה מעניינת. זו גרסה כי בשורה תחתונה אלמלא הפגם הראשון, כל יתר הראיות לא היו.

לדבריה:

"אכן אין לכחד, כי קיימת זיקה בין ובין ההשוואה הפסולה הראשונה אשר אלמלא בוצעה, לא היה המערער נחשד בביצוע עבירות המין שבהן הורשע וממילא לא היו באות לעולם הראיות שנאספו במהלך חקירתו ובהן, בין היתר: ממצאי בדיקת ה-DNA שבוצעה בעקבות נטילת דגימת רוק מבדל סיגריה שעישן

המערער בבית המעצר והשוואתה עם בדיקת ה-DNA של שאריות הזרע שנמצאו בזירת העבירות (ההשוואה השנייה); איכון הטלפון של המערער במועדים הרלוונטיים בשלוש מן הזירות אשר בהן בוצעו עבירות המין; ודברים שאמר המערער במהלך חקירתו במשטרה, המהווים על פי קביעת בית המשפט המחוזי 'ראשית הודאה במעשים'."

עם זאת השופטת חיות מוסיפה לציין כי למרות שהיא מצטרפת לתוצאה של השופט לוי, הרי שיש בהבחנה בין הראיות הנגזרות השונות משום פעולה מלאכותית פסולה. כלומר, ישנו קושי בפסילת דגימת ה-DNA הראשונה ובעקבותיה גם את השנייה מתוך הנחה לקיומה של זיקה הדוקה משפטית ועובדתית, ובמקביל להכשיר את כל יתר הראיות מסיבות שונות, כאשר ברור שאיכון הטלפון הסלולרי למשל לא היה מתבצע ללא דגימת ה-DNA והפגם הראשוני, ואין רלוונטיות לזה שראיה זו נמצאה בידי המשטרה עוד קודם לדגימת ה-DNA השנייה – לא ניתן לומר כי מדובר בראייה אובייקטיבית.

לדבריה:

"דומני כי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית ואמות המידה שהותוו ליישומה בע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461 (2006) (להלן: הלכת יששכרוב), תומכות במסקנה כי אף שקיימת זיקה בין ראיות אלה ובין ההשוואה הראשונה, הפסולה, אין מקום לפסילתן. חברי השופט לוי סבור כי דגימת הדנ"א שהופקה מבדל הסיגריה שעישן המערער במהלך החקירה פסולה, נוכח הזיקה ההדוקה בינה ובין ההשוואה הראשונה הפסולה. חברי השופט דנציגר מסכים עימו בעניין זה אך לגישת שניהם די ביתר הראיות הנגזרות שאינן פסולות כדי להביא להרשעתו של המערער בדיון. לי נראה כי לעניין עוצמת הזיקה הקיימת בין ההשוואה הראשונה הפסולה ובין הראיות הנגזרות, אין מקום להבחין בין הראיות הנגזרות השונות, שכן מדובר בעיקרו של דבר באותה זיקה עצמה הנעוצה בכך שאלמלא נערכה ההשוואה הראשונה הפסולה לא היה המערער, ככל הנראה, נחשד ונחקר בגין עבירות המין והראיות הנגזרות שנאספו במהלך חקירתו לא היו באות לעולם..."

השופט חיות אומרת כי בשונה מהשופט אדמונד לוי, היא אינה קובעת שדגימת ה-DNA הראשונה והשנייה פסולות, בעוד שהראיות האחרות כשרות, אלא היא מרשיעה את מר פרחי על בסיס מכלול שיקול הדעת שיש לה בהלכת יששכרוב. כלומר, לטענתה השופט לוי ניסה לעשות סדר מלאכותי, ולכן זו מעדיפה להסתכל על המציאות בעיניים ולפעול לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית היחסית, המקנה לבהמ"ש שיקו"ד, ודורשת מבהמ"ש לפעול באיזון ולהסתכל על מכלול הנסיבות (ובניהן: חומרת העבירה, נסיבות הנאשם וכו'). השופט אינה קובעת באופן חד משמעי ומדגישה כי צריך להסתכל גם על קורבנות העבירה, ולא רק על הנאשם, אך במקביל יש להבין כי מדובר בעבירת מין חמורה למרות הפגם המדובר, ויש להתחשב גם בעובדה שהחוקרים לא פעלו באופן זדוני. מנגד, השופטת מדגישה כי על אף שלא מדובר בשיקולים שמכריעים את הכף, עדיין יש לתת משקל לעובדה שמדובר בראיה שעומדת על 2 רגליים עצמאיות היות ומדובר בדגימת DNA אשר לא ניתן להטיל בה ספק. זאת ועוד, יש להתחשב במחיר החברתי שבפסילת הראיות, דבר שעלול להוביל לזיכויו הנאשם, שברור כשמש שהוא אשם.

לדבריה:

"...אולם, הדוקטרינה שאומצה בשיטתנו המשפטית על-פי הלכת יששכרוב היא הדוקטרינה היחסית המותירה לבית המשפט שיקול דעת בפסילת הראיה בהתחשב בנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה. לצורך הפעלת שיקול דעת זה יש לתור אחר "איזון ראוי בין ההגנה על זכויות הנאשם ושמירה על הגינות ההליך הפלילי וטוהרו, לבין ערכים ואינטרסים נוגדים ובהם – ערך גילוי האמת, הלחימה בפשע הגואה וההגנה על שלום הציבור ועל זכויותיהם של נפגעי עבירה" (שם, 556). השאלה הרלוונטית המצריכה תשובה בהקשר זה היא בעיני השאלה – האם קבלת הראיה תהפוך את המשפט בכללותו

לבלתי הוגן...בהקשר זה יש לזכור כי הגינות ההליך אין משמעה רק הגינות כלפי הנאשם אלא גם כלפי נפגעי העבירה והציבור בכללותו הזכאים לקבלת הגנה מפני פגיעה בשלומם, בביטחונם או בכבודם כבני אדם".

← אם כן, מעניין לראות את הבדלי הגישות בין השופטת חיות ולבין אדמונד לוי.

רע"פ 10141/09 בן-חיים נ' מדינת ישראל

עובדות:

שוטרים שהיו בסיור שגרתי, ברחוב נווה-שאנן בת"א, הבחינו בבן חיים ודרשו ממנו להזדהות. לאחר בירור שערכו הסתבר כי הוא "אינו דרוש" (היינו, לא תלוי ועומד נגדו צו מאסר), אך יש לו "רישום פלילי כלשהו". בשלב זה ביקש אחד השוטרים מבן חיים להוציא את מה שהוא מחזיק בכיסיו. בו חיים הסכים, רוקן את הכיסים, ואז נתגלתה סכין שהחזיק. משכך, הועמד לדין בגין החזקת סכין.

השאלות המשפטיות:

1. האם החיפוש היה כדין?
 2. אם לא, האם הסכמתו מכשירה את החיפוש?
 3. אם החיפוש לא חוקי וההסכמה לא מכשירה את החיפוש, האם יש לפסול את קבילותה של הראיה שנתפסה בחיפוש, כלומר הסכין?
- במקרה זה, אוחזו עם מקרה בן חיים מקרים נוספים, שעוסקים באותה סיטואציה, כדי להגיע להכרעה עקרונית בכל המקרים.

הכרעת בית המשפט:

(1) חוקיות החיפוש:

- החיפוש לא היה חוקי, שכן בנסיבות המקרה לא התקיים "חשד סביר", שהוא התנאי לחוקיות חיפוש בכליו של אדם.
- **מבחן החשד הסביר** הוא בעיקרו **מבחן אובייקטיבי** שבו נדרש בית המשפט להעריך את סבירות שיקול דעתו של השוטיר שערך את החיפוש לשם הכרעה בשאלת חוקיות החיפוש.
- קיומו של עבר פלילי בלבד המנותק מנסיבות חיצוניות קונקרטיות אינו מגבש כשלעצמו חשד סביר המסמיק שוטיר לערוך חיפוש על גופו של אדם או בכליו בלי צו שיפוטי. רישום פלילי לא מהווה חשד סביר לביצוע עבירה, זה שאדם נשא בעונשו והחזיר את חובו לחברה לא מעיד על כך שהוא מעורב במעשה פלילי אחר בהיעדר העדה אחרת על קשר לעבירה. יתרה מכך, חשד סביר אינו מתקיים במצב בו אדם מסוים "לא נראה" לשוטיר, ללא אינדיקציה כלשהי.

(2) האם הסכמה "מכשירה" חיפוש?

דעת הרוב (הנשיאה ביניש) התייחסה לכך שהסכמה מדעת יכולה להוות חיפוש חוקי גם בהיעדר עילת חיפוש לפי החוק. כלומר, גם אם אין חשד סביר ולא מתקיימת עילה חוקית לחיפוש לפי החוק, ניתן לפנות לאדם שהוא עצמו מושא החיפוש או שבביתו מבקשת המשטרה לערוך את החיפוש, ולהבהיר לו כי על אף שאינו חייב להסכים לחיפוש בגופו, וכי אי הסכמתו לא תהווה ראייה לחובתו, עדיין יש ביכולתו להסכים **הסכמה מדעת** לחיפוש. כלומר, **הסכמה מדעת יכולה להוות תחליף להיעדר עילת חיפוש לפי הדין**.

- מהי הסכמה מדעת? הסכמה הניתנת תוך מודעות של האדם מושא החיפוש לזכותו לסרב לביצוע החיפוש, ולכך שהסירוב לא יזקק לחובתו. לפיכך, כדי להבטיח שההסכמה לחיפוש היא הסכמת אמת ואינה מבוססת אך על פערי הכוחות הטמונים במפגש בין שוטיר לאזרחי נדרש השוטיר המבקש את הסכמת האזרח לעריכת החיפוש ולהבהיר לו, כאשר הדבר לולונטי, כי נתונה לו הזכות לסרב לביצוע החיפוש וכי הסירוב לא יפעל לחובתו. יחד עם זאת, איננו רואים לקבוע כי ההסכמה לביצוע החיפוש צריכה להינתן בהכרח בכתב.

- למה חשוב הסכמה מדעת? רק הסכמה מדעת יכולה לאיין את פערי הכוחות האינהרנטיים שבין השוטר לבין הפרט. בעצם ההסברה כי אותו אדם לא חייב להסכים לחיפוש, וכי אי מתן הסכמה לא תשמש כראייה נגדו, מתאיינים פערי הכוחות האמורים. ← **זו הלכת בין חיים.**

חשוב! דעת מיעוט (השופט דנציגר): המרצה מצדד בדעת המיעוט הזו. השופט שואל 2 שאלות:

1. האם הסכמתו של אדם לביצוע החיפוש עשויה להוות כשלעצמה מקום הסמכה? לגישתו של דנציגר, התשובה היא לא.
2. בהתבסס על עקרון חוקיות המנהל, היכן כתוב כי לרשות יש סמכות לבצע חיפוש בהסכמה? עקרון חוקיות המנהל פעולה מעין זו. עקרון חוקיות המנהל קובע כי כל דבר שלא הוסמכה הרשות לעשות הרי שאינה מוסמכת לעשותו (זאת גם בהינתן הסכמה). לכן, גם אם אדם מוותר על פרטיותו הרי שהויתור כשלעצמו אינו מקים מקור הסמכה סטטוטורי כמתחייב מעקרון חוקיות המנהל.

- ואולם, התשובה של הנשיאה בייניש לתהייה זו של דנציגר הייתה כי גם אם לא כתוב בחוק ששוטר יכול לפנות ולבקש הסכמה מדעת, ברגע שמושא החיפוש נותן את הסכמתו לכך, וכל עוד מדובר בהסכמה אוטונומית מתוך רצון טוב וחופשי באמת, הרי שהאוטונומיה וההסכמה יכולות להתגבר על עקרון חוקיות המנהל.

← **השופט דנציגר והמרצה מתקשים לקבל טענה זו.**

- בתגובה לנשיאה בייניש דנציגר מדגיש כי לאור פערי הכוחות (בין השוטר למושא החיפוש) הוא סבור כי **לא ניתן לצפות שהסכמתו של האדם לחיפוש תהא הסכמה אמיתית המבטאת בחירה חופשית ורצונית**. לדבריו, דברים אלו נכונים ביתר שאת בנוגע לאנשים המשתייכים לקבוצות אוכלוסייה מוחלשות כגון קטינים, עובדים זרים, מהגרי עבודה וכן אלו הלוקים בשכלם ובנפשם.

- טענת נגזרת מגישתה של הנשיאה בייניש: **ד"ר חמדגו אריאל** כתבה מאמר חשוב על הלכת בן חיים, שם היא מצדדת בעמדתו של דנציגר. במאמר היא דנה בהשלכות מקבלת עמדתה של הנשיאה בייניש מתוך חשש ליצירת פרופילינג בעייתי, כן לא יהיה צורך בחשד סביר בהכרח לצורך ביצוע חיפוש על פני גופו של אדם, אלא דיי יהיה בהסכמה מדעת. בכך, למעשה אנו מוותרים על יסוד אובייקטיבי (חשד סביר), ופותרים פתח לשוטרים לבקש הסכמה מאדם אחד ולא מאשר והכל בהיעדרו של חשד סביר לשם כך – עלולה להיגרם אפליה פסולה בהתבסס על שיקולים זרים.

התוצאה המשפטית:

- דעת המיעוט של השופט דנציגר נדחתה, והתקבלה דעת הרוב של הנשיאה בייניש – **בהמ"ש קיבל באופן עקרוני כי קבלת הסכמה מדעת יכולה להוות תחליף במצב בו נעדרת עילת חיפוש.**
- נקבע כי במקרה דנן, לא התקבלה הסכמה מדעת, שכן לבן-חיים לא הוסבר שהוא רשאי שלא להסכים לבקשת החיפוש וכי היעדר הסכמתו לא תפעל כנגדו בשום צורה.
- **מכאן: ההסכמה לחיפוש אינה "מרפאת" את חוסר החוקיות בו.**
- **החידוש החשוב:** בית המשפט פוסל פה אחד את קבילותה של ראיית הסכין, ולכן מזכה את בן-חיים.
- בנוסף ישנו **חידוש משמעותי חדש:** נוצרה מהפכה של ממש בעמדת בית המשפט בנוגע ל"ראיות חפציות": בית המשפט קבע כי **גם ראייה חפצית, שהיא ראייה שאינה מושפעת מחוסר חוקיות המלווה את השגתה ועומדת על 2 רגליים עצמאיות, היא ראייה שעלולה להיפסל**. כלומר, אפילו שבהמ"ש מוכן לשקול ולקבל ראייה נגזרת מראייה פסולה כאשר זו עומדת על 2 רגליים עצמאיות ואינה מושפעת מהפסול שבראייה שהובילה להשגתה, יש לכך גבול. אם כן, לעולם לא נדע לאיזה תוצאה יגיע בהמ"ש ביישום הפרמטרים שנקבעו בהלכת יששכרוב.

בש"פ 7917/19 יונתן אורין נ' מד"י

זהו פסה"ד המרכזי בו נדון היום, ובפרט בהחלטת השופט אלרון. במסגרת זאת, נדבר על מאמר שהמרצה כתב עם ד"ר חמדה בעניין פס"ד יונתן אורין, אשר עתיד להתפרסם בקרוב בכתב העת של פרקליטות המדינה ("משפט מפתח"). נדבר על עיקרי המאמר בשיעור.

עובדות: הדיון בעניין יונתן אורין התקיים בספטמבר 2019, בימים אשר העמידו למבחן את הדמוקרטיה הישראלית, אז הודיע לראשונה היועמ"ש לממשלה, כי בכוונתו להגיש כתב אישום כנגד ראה"מ מכהן, בכפוף לשימוע. באותה העת, אזרחי ישראל נדרשו להצביע בבחירות כלליות בפעם השנייה בתוך חצי שנה. ימים ספורים לפני הבחירות הוגשה תלונה במשטרה ע"י אחד מעדי המדינה שמיועדים להעיד במשפטו של ראה"מ. בתלונה, נטען כי מתוך רכב חונה ליד ביתו של העד נשמעה קלטת שקוראת לו לחזור בו מעדותו. בעקבות זאת, נפתחה חקירה, ממנה עלה כי ארבעה מיועציו של ראה"מ היו מעורבים באירוע. לכן, אלו הוזמנו לחקירה כחשודים, בגין עבירה של הטרדת עד. חוקרי המשטרה לא היו מצוידים בצו חיפוש.

דיון:

ס'23א לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) – חדירה לחומר מחשב (תיקון מס' 6) תשנ"ה-1995

23א. (א) חדירה לחומר מחשב וכן הפקת פלט תוך חדירה כאמור, יראו אותן כחיפוש וייעשו על-ידי בעל תפקיד המיומן לביצוע פעולות כאמור; לענין זה, "חדירה לחומר מחשב" – כמשמעותה בסעיף 4 לחוק המחשבים, תשנ"ה-1995.

(תיקון מס' 12) תשס"ה-2005

(ב) על אף הוראות פרק זה, לא ייערך חיפוש כאמור בסעיף קטן (א), אלא על-פי צו של שופט לפי סעיף 23, המציין במפורש את ההיתר לחדור לחומר מחשב או להפיק פלט, לפי העניין, והמפרט את מטרות החיפוש ותנאיו שייקבעו באופן שלא יפגעו בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש.

(ג) קבלת מידע מתקשורת בין מחשבים אגב חיפוש לפי סעיף זה לא תיחשב כהאזנת סתר לפי חוק האזנת סתר, תשל"ט-1979.

ס"ק(ב) הוא הסעיף החשוב לעניינו.

לעניין ס"ק(א) טלפון סלולרי חכם הינו מחשב. כלומר, עפ"י הקובע בס"ק(ב) לא ניתן לבצע חיפוש בטלפון סלולרי של אדם ללא צו מראש של שופט, אשר יגדיר את מטרות החיפוש, ויודא כי אין בכך פגיעה שאינה מידתית בפרטיותו של מושא החיפוש.

במקרה דנן, החוקרים הגיעו בעודם לא מצוידים בצו שופט, על אף שזו מהווה דרך המלך לביצוע חיפוש.

מה הם עושים? החוקרים הקישו מהלכת בן חיים לעניינו. לפי הלכה זו, בהיעדר עילת חיפוש, ניתן לקבל הסכמה מדעת ממושא החיפוש לשם ביצועו. כלומר, החוקרים הקישו וגרסו כי בהיעדר צו חיפוש מבהמ"ש, ביכולתם לבקש הסכמה כדי לבצע את החיפוש, וזה אכן מה שהם עשו.

- **הערה:** נדגיש כי טרם התקבלה הכרעה של בהמ"ש העליון בעניין הלכת בין חיים, שמא ניתן ליישמה על חיפוש בטלפון סלולרי בהיעדר צו. עם זאת, לפי עמדת היועמ"ש, בהתבססות על הרציונאלים שבבסיס הלכת בן חיים, התשובה לשאלה זו היא חיובית, שכן ניתן להחיל את הלכה זו על חיפוש בטלפון סלולרי בהיעדר צו.

- **דעת המרצה:** זה בעייתי. אולם, בפועל מדובר בפרקטיקה קיימת, אשר השוטרים פועלים על פיה.

הפגם: עם זאת, ועל אף הגיון זה, במקרה דנן, השוטרים שכחו ליישם את רכיב ההסכמה מדעת. כלומר, אף אם נקבל את הטענה לפיה ניתן ליישם את הלכת בן חיים גם על חיפוש בטלפון סלולרי בהיעדר צו, ברי כי יש ליישם את ההלכה בדיוק כפי שנקבלה, ולקבל הסכמה מדעת של מושא החיפוש. אך, במקרה דנן, היה ברור לכל כי ההלכה לא יושמה במלואה, שהרי השוטרים לא הודיעו לחשודים כי ביכולתם לסרב לחיפוש, וכי הסירוב לא ייזקף לחובתם. ניתן להניח, כי בסיטואציה בה אדם חשוד בעבירה פלילית ושוטר מבקש את הסכמתו לחיפוש במכשיר הטלפון הסלולרי שלו, כל אדם בר דעת, ובשל כל פערי

הכוחות והלחץ, בוודאי היה מסכים. כלומר, **השוטרים ביקשו את הסכמתם של החשודים, אך לא יידעו אותם בדבר החשוב ביותר – אי מתן הסכמה לא תיזקף לחובתם**. בשלב מסוים, הארבעה חזרו בהם מהסכמתם לחיפוש, ובעקבות כך המשטרה פנתה לבהמ"ש במטרה לקבל צו חיפוש משופט (היינו, חזרה לדרך המלך לקבלת סמכות לביצוע חיפוש).

בהמ"ש שלום נדרש לשאלה האם יש ליתן את הצו המבוקש או לא? לגישתו, אמנם נפלו פגמים, ואכן אין מחלוקת שהחוקרים לא הודיעו לחשודים כי הם רשאים לסרב לחיפוש, אולם ביחס לחשודים התעורר חשד סביר ברמה גבוהה, והצווים המבוקשים נחוצים לשם קידום החקירה, ולכן הוחלט ליתן את הצו. בהמ"ש הוסיף וציין כי **מקום בו החשודים ירצו לטעון טענה הנוגעת לאי קבילות הראיות שהושגו בזמן החיפוש הלא חוקי שבוצע לפני כן, אלו יוכלו לעשות כן רק במשפט עצמו**.

כלומר, בהמ"ש לא עצר את החקירה, וטען כי הראיות שהמשטרה הגישה עד לרגע מעלות חשד משמעותי ובשל כך נדרש ליתן את הצו המבוקש. כל טענה; שברצון החשודים להעלות, ביחס לפגיעה בזכות להליך הוגן כתוצאה מהחיפוש הלא חוקי תידון בהליך עצמו, ככל ויוגש כתב אישום.

← בכך בהמ"ש **השלום למעשה יישם את שנקבע בדנ"פ שמש – לא עוצרים את חקירת המשטרה**. כלל הפסילה הפסיקתית לא נבחן במסגרת הליך ביניים, אלא הוא נידון ומבחן ע"י השופט בהליך העיקרי, מכיוון שרק בידיו התמונה המלאה.

הוגש ערר לבהמ"ש מחוזי, אך ההחלטה לא שונתה. כך הגיע המקרה דנן להכרעתו של השופט אלרון.

הכרעת בהמ"ש העליון בדן יחיד (השופט אלרון):

• **הערה:** מעניין לראות שפסה"ד ניתן בדן יחיד בבהמ"ש העליון, ועדיין השפיע בצורה כה משמעותית.

המקרה אינו תואם במדויק את שהתרחש בפס"ד יששכרוב, מכיוון שכאן מדובר בעניין הצופה פני עתיד, בעוד בפס"ד יששכרוב עסקין בעניין צופה פני עבר. רוצה לומר, **דוק' הפסילה הפסיקתית בוחנת את קבילותה של ראייה אשר הושגה בעבר, כאשר הפגיעה בזכות להליך הוגן כבר נגרמה**. אבל, בפס"ד אוריך מדובר למעשה בגרימת פגיעה בעתיד, שכן בהמ"ש מתבקש ליתן צו המתיר פגיעה נוספת בזכות לפרטיות לאחר נתינתו, ובאי מתן הצו לבהמ"ש למעשה יש את היכולת למנוע/לצמצם את הפגיעה הנוספת בזכות לפרטיות. משום כך, השופט אלרון טוען כי אין מדובר במדויק ביישום הלכת יששכרוב.

כמו כן, השופט אלרון מוסיף כי **במשפט הישראלי ניכרת סבלנות ביחס לקבלת ראיות נגזרות**, מכיוון שדוק' פירות העץ המורעל לא התקבלה, ואולם, **אנו בכל זאת חפצים בהקפדה ביתר שאת על זכויות נחקרים בהליכי ביניים**. כלומר, לגישתו מקום בו המשטרה תפר זכויותיהם של נחקרים ותשיג באמצעות כך ראיות נגזרות, לכאורה אלו תתקבלנה לאור דחיית דוק' פירות העץ המורעל, ודווקא משום כך בהליכי ביניים עלינו לפעול בקפדנות יתרה.

- **רציונלי**: לא ייתכן שהמשטרה תפר את החוק ותפגע בזכויותיהם של אנשים, ובהמ"ש ייתן לה צו חיפוש למרות ההפרה, שכן יוצא מכך שבהמ"ש "משתף פעולה" עם התנהגות פסולה זו.

- **לגישת המרצה** (במאמרו) – **בבחינה מדוקדקת של דבריו אלו של השופט אלרון יש משום ניסיון להביא לביטול/צמצום**

הלכת שמש. (כדאי להסתכל על המהלך של השופט אלרון בפסה"ד)

השופט אלרון קבע מבחן דו-שלבי – בחינת השיקולים למידת ההשפעה של חיפוש מוקדם שבוצע שלא כדין במחשב או

בטלפון הנייד על בקשה למתן צו לחיפוש נוסף:

שלב 1: האם קיימת זיקה בין המידע שאותר בחיפוש המוקדם והלא חוקי לבין התשתית העובדתית שעל בסיסה מבוקש הצו? ככל שהנחיצות בצו החיפוש במחשב מבוססת על ראיות לכאורה שהושגו במסגרת החיפוש המוקדם שבוצע שלא כדין, כך פוחתת ההצדקה להיעתר לבקשה למתן צו החיפוש המבוקש.

שלב 2: אף אם קיימת זיקה הדוקה בין החיפוש המוקדם והלא חוקי, לבין הבקשה למתן צו החיפוש, אין משמעות הדבר בהכרח כי אין להיעתר לבקשה. את הפגיעה בפרטיותו של בעל המכשיר כתוצאה ממתן הצו יש לאזן מול האינטרס הציבורי שבמיצוי החקירה הפלילית.

- לכן, באיזון זה נשקול שיקולים מיוחדים: חומרת הפגם; חומרת החשדות; נחיצות צו החיפוש ואת הזיקה של בעל המחשב/טלפון לחשדות. במסגרת חומרת הפגם, נבחן האם החיפוש המוקדם שבוצע שלא כדין נעשה ביוזמתו העצמאית של חוקר זה או אחר, החורג מהוראות הממונים עליו, או שמא מדובר בביטוי למדיניות ברורה ועקבית של רשויות החקירה? לשון אחר, נבחן האם מדובר במדיניות או בטעות. מקום בו מדובר במדיניות, הרי שלא ניתן לקבל זאת, ולא יינתן צו כמבוקש.

לגישתו של השופט אלרון, במקרה דנן, יש משקל אדיר לכך שהחיפוש הראשון היה לא חוקי, זאת מתוך 3 טעמים מרכזיים:

1. יש חשש שמא הממצאים שהתקבלו לפי הצו שהוא ייתן ממילא לא יהיו קבילים, ולכן יש ליתן לכך את הדעת בעת בחינת השאלה האם ליתן צו כמבוקש או לא.

2. במתן צו החיפוש, יש משום הרחבת הפגיעה בזכות לפרטיות שכבר נגרמה בשל החיפוש הלא חוקי.

3. חשש שהמשטרה עושה מעין "מסע דיג" בטלפון של החשוד. למעשה, דווקא העובדה שדוק' פרי העץ המורעל לא נתקבלה במשפט הישראלי מדליקה נורה אדומה ביחס לייחבנות של "מסע דיג" כזה, אשר עלול להוביל לראיות נגזרות שיתקבלו בסופו של דבר. לכן, בשלב הראשון נראה אם יש זיקה בין החיפוש הלא חוקי לבין הראיות שעל בסיסן מבקשים את הצו.

- אם אין זיקה = כלומר, אם היה חיפוש מוקדם ולא חוקי, אך כעת מבקשים צו על בסיס ראיות שאין להן קשר לחיפוש הלא חוקי הקודם, אזי אין בעיה ליתן את צו החיפוש המבוקש.

- יש זיקה = אזי יש בעיה ליתן צו חיפוש זה.

לסייג: אך, אין הדבר מחייב כי לא יינתן צו, אלא נדרש יהא לשקול שיקולים מיוחדים למתן הצו: חומרת

הפגם; חומרת החשדות; נחיצות צו החיפוש ואת הזיקה של בעל המחשב/טלפון לחשדות.

• הערה: במסגרת חומרת הפגם יש לבחון האם מדובר ביוזמה עצמאית של החוקר או במדיניות

עקבית של רשות החקירה (היינו, האם מדובר בטעות בתום לב של השוטרים או במדיניות של

המשטרה), מקום בו מדובר במדיניות, הרי שהדבר אינו מתקבל ולא יינתן צו.

לדבריו השופט אלרון (הנמקה):

"עצם ביצוע עבירות על-ידי גורמי אכיפת החוק מהווה תופעה פסולה שאין להשלים עימה. המטרה אינה מקדשת את האמצעים, ואין בעצם השאיפה למיצוי החקירה כדי להתיר לחוקרי המשטרה לבצע עבירות האסורות בדיון. על רשויות החקירה להקפיד הקפד היטב על הוראות החוק ועל יישום נהלי החקירה, ולהוות דוגמה לכל אזרח ולהתנהגות נאותה. לא יעלה על הדעת כי במסגרת מאמצייהן למיגור הפשיעה יבצעו חוקרי המשטרה פעולות המנוגדות לדיון, שהרי אין מתקנים עוול בעוול. אל חוקרי המשטרה להניח כי כל פעולותיהם יזכו להכשר מצד בית המשפט. באותה מידה, על בתי המשפט מוטלת החובה לדקדק בזכויותיהם של נחקרים ולהבטיח כי בקשות המונחות בפניהם אינן נענות כלאחר יד[...] הליכי חקירה בלתי תקינים עלולים להוביל בסופו של יום לחוסר אמון בתוצאות החקירה – הן מצד בית המשפט הן בהליך העיקרי והן מצד הציבור. חקירה שאינה מתנהלת בשום שכל זורעת ספקות בליבו של בית המשפט, המקשה עליו לברר את העובדות הדרושות להכרעתו- ופוגמת בהליך הפלילי ובאמון הציבור בו..."

- לגישת המרצה – השופט אלרון לא מנסה לייפות את פני הדברים בעניין הזה, ואומר במפורש כי החוקרים לא יכולים לעבור

על החוק בטיפול בעבירות. מקריאת הדברים עולה כי לא רק שהמטרה לא מקדשת את כל האמצעים, אלא לפעמים

האמצעים יכולים לשבש את המטרה. כלומר, אם חוקרי המשטרה מבצעים פעולות חקירה שהן לא פחות מאשר עבירה

על החוק, ייתכן שלפעמים דווקא האמצעים הפסולים הללו הם שיוכלו לכך שהמטרה לא תושג.

- מדוע? מכיוון שיעצרו את פעולת החוקרים בשלב הביניים ולא ייתנו להם הצו המבוקש, משמע שהם לא יוכלו להמשיך לחקור את המקרה.
- **רציונל**: לא ניתן לתקן עוול אחד בעוול אחר, ואין לצפות שכל פעולה לא חוקית שהמשטרה עושה בהמ"ש יכשיר, שכן הדבר מוביל לחוסר אמון בחקירה ובהכרעות בהמ"ש, ולפגוע באמון הציבור. בעיני המרצה, החלטתו של השופט אלרון היא החלטה אמיצה.

האם החלטת השופט אלרון מלמדת על סיבוב פרסה מההלכה שנקבע בדנ"פ שמש?

פרשת שמש

עובדות: רכבת ישראל עשתה תחקיר פנימי, והבטיחה לעובדי הרכבת כי מה שייאמר בתחקיר על ידם לא יועבר לאף גורם חיצוני. העובדים נחקרו בוועדת החקירה הפנימית ללא עו"ד, וללא יידוע בדבר זכות השתיקה. לאחר מכן, המשטרה ביקשה מבהמ"ש צו שיחייב את הרכבת להעביר את הודאות העובדים למשטרה.

- הדמיון בין המקרים ברור, מכיוון שבשניהם מדובר למעשה בהליך ביניים. כלומר, בשני המקרים מדובר בבקשה לצו לצורך ביצוע חקירה. עם זאת, **המקרים לא זהים לחלוטין**, שהרי לא ניתן להשוות את הסיטואציה בפס"ד שמש לזו שהתרחשה בפס"ד יונתן אורין:

- בפס"ד יונתן אורין – המשטרה הפרה ברגל גסה את הלכת בן חיים ואת זכויות החשודים, וברור כי חל פגם מובהק.
- בדנ"פ שמש – המשטרה לא ביצעה פגם, אלא כל שעשתה היה לנסות למצוא קיצור דרך להשגת ראיות. כלומר, המשטרה ידעה כי בידי רכבת ישראל מצויות הודאות של עובדים בפני וועדה החקירה, וזו ביקשה לעיין באלו, היינו לא נגרם פגם.

הנשיאה ביניש (דעת רוב):

כבר בפרשת שמש הנשיאה ביניש שאלה את השאלה – מה יקרה לו המשטרה, בפועלה, הייתה גורמת לפגם חמור (כפי שקרה בפס"ד אורין)? האם כאשר יהיה פגם חמור לא ייתנו הצו המבוקש? לגישה, מדובר בשאלה לא פשוטה, אשר טעונה הכרעה בהתאם למכלול השיקולים: אופייה של אי החוקיות, מכלול הנסיבות, אי קבלת דוק' פירות העץ המורעל. אולם, בפרשת שמש קבעה כי אינה נדרשת להכריע במועד זה בסוגייה האמורה, שהרי, כאמור, לא נגרם פגם בכך שהרכבת חקרה והמשטרה מבקשת את חומר החקירה.

אם כן, 8 שנים לפני פרשת יונתן אורין, הנשיאה ביניש ציינה כי אכן ייתכן מצב בו יפול פגם בפעילות המשטרה, כפי שקרה בפרשת יונתן אורין, וכי בשלב זה היא אינה נדרשת להכריע בה.

לדבריה:

"שאלה שעשויה להתעורר בהקשר זה היא מה דינה של ראייה (כגון הודאה) שנוצרה מלכתחילה תוך הפרה ברורה ומבוהקת של החוק והאם הפרת החוק שהייתה כרוכה ביצירת הראייה היא בגדר שיקול שבית המשפט נדרש להפעיל כשהוא נותן צו לפי ס' 43 (בעבר – כיום זה ס' 23). כיוון שבית המשפט ככלל אינו נותן ידו לעידוד מעשה בלתי חוקי, אפשר שבנסיבות מתאימות יהיה גם על בית המשפט הדן במסגרת הליך לפי ס' 43 (בעבר) לפקודה, להתחשב בכך שהראייה שרשויות החקירה מבקשות כי תימסר להן נוצרה תוך הפרה ברורה ומבוהקת; שאלה זו אינה שאלה פשוטה, היא טעונה הכרעה בהתאם לאופייה של אי החוקיות ומכלול הנסיבות, ומביאה בחשבון גם את העובדה שדוק' פירות העץ המורעל לא אומצה בשיטתנו. אולם איני רואה צורך להכריע בשאלה זו בפרשה שלפנינו וניתן להותירה לעתיד לבוא.

זאת, משום שבמקרה דנן הכל מסכימים כי לא נפל פגם בעצם גביית עדויות העובדים על ידי ועדות החקירה הפנימיות של הרכבת והטענה של פגיעה בזכות להליך הוגן מופנית כנגד מסירת עדויות אלה למשטרה ולא כנגד עצם גבייתן...".

השופט ארבל (רב) הוסיפה:

"בשלב של איסוף הראיות וניהול החקירה חשוב הוא כי לגורמי החקירה תהיה גישה לראיות שהם סבורים כי נחוצות להם לצורך ניהול החקירה, כדי להאיר את עיניהם, לסייע בידם ולכוון אותם בדרכי החקירה ובנתיבותיה. יכולת זו חשובה ומשמעותית גם במצב בו מדובר בחומר שלא יוכל לשמש כראיה במשפט הפלילי עצמו, אך יש בו כדי לקדם את השגת התכלית של חשיפת האמת בחקירת משטרה. במובן זה אין שונה החומר בו עסקין במקרה הנוכחי מעיונם של חוקרי המשטרה בגיליון הרישום הפלילי של החשוד או בבדיקת פוליגרף שנערכה לו. מדובר אמנם בראיות שלא ניתן לעשות בהן שימוש בשלב בירור האשמה. יחד עם זאת, הן עשויות לספק בידי חוקרי המשטרה אינדיקציות חשובות או להצביע על כיוון חקירה שרצוי לבדוק. שלב אחר ונפרד הוא שלב בירור האשמה. בשלב זה, הנשלט על ידי סדרי הדין ודיני הראיות, נפרשת בפני בית המשפט תמונה עובדתית מלאה, כשבפניו גרסת המאשימה וראיותיה ולמולה גרסת הנאשם וראיותיו".

השופט ארבל מחזקת את דברי השופטת ביניש בפרשת שמש. זו גורסת כי לא עוצרים את המשטרה בשלב החקירה, אדרבא יש לאפשר לה לחקור ולחשוף את האמת. מצב זה אינו שונה ממצב בו המשטרה בודקת את גיליון הרישום הפלילי של החשוד בחקירה, או פוליגרף (שברור שהיא ראייה לא קבילה אך עדיין אפשר לראות אותה). כל מה שהמשטרה יכולה לעשות בשלב החקירה עליה לעשות, ושאלות של קבילות ומשקל ידונו רק בהליך העיקרי.

השופט דנציגר (מיעוט):

"מדינה דמוקרטית שחרטה על דגלה אף את הצורך בהגנת זכויות החשוד והנאשם להליך הוגן, אינה רשאית להשלים עם דרכי חקירה שנועדו לעקוף את זכות החשוד והנאשם להליך הוגן ולרוקנם מתוכן ממשיך...]. גם אם בסופו של יום תפסל הראיה תוך כדי ניהול המשפט...]. יהיה מדובר בסעד שהוא בבחינת מעט מדי ומאוחר מדי. בשלב זה כבר הוכתם שמו של הנאשם בשל עצם הגשת כתב האישום נגדו. יתר על כך הגשת כתב האישום עלולה לפגוע בכיסו ובמטה לחמו של הנאשם...]. צדק מאוחר אינו צדק. לעומת זאת, אם תתקבל הכרעה מקדמית בדבר קבילות הראיה עוד בשלב החקירה המשטרית, ניתן יהיה להפחית ואולי אף לאיין מההשלכות הקשות הנלוות להגשת כתב אישום".

לעומת ארבל ובייניש, 8 שנים לפני הלכת אורין, השופט דנציגר בדעת מיעוט בדנ"פ שמש קובע, כי, בניגוד לדעת הרוב, עומד לפניו מקרה שלא ניתן לעבור עליו לסדר היום. לטענתו, אין לאפשר למשטרה לעיין בהודאות העובדים שניתנו לפני וועדת החקירה.

- מדוע? מתן צו זה יפגע פגיעה קשה בזכות להליך הוגן של העובדים, בכך שיוגש נגדם כתב אישום ויוכתם שמם גם אם יזוכו בהליך העיקרי. עם זאת, אם תתקבל החלטה כבר בשלב הביניים בדבר קבילות הראיות, ניתן יהיה למנוע פגיעה זו. הרי אם מאפשרים למשטרה לעיין בחומר האלה, ולאחר שיוגש כתב אישום העובדים יטענו לדוק' הפסילה הפסיקתית ויזוכו, עדיין הוכתם שמם, שהרי כבר הוגש כתב אישום בשלב זה, שולמו כספים רבים, ולכן לא ניתן לתקן את הפגיעה הזו. הצדק המאוחר לא עוזר.

← למעשה, רוח דברי השופט דנציגר מזכירה את רוח דברי השופט אלרון כ-8 שנים לאחר מכן בפרשת אורין – הרציונל בו שניהם השתמשו הוא אותו רציונל, גם אם הסיטואציות קצת שונות.

השופט דנציגר (מיעוט) בדנ"פ שמש הסביר:

"גם אם תיפסל הראייה בדיעבד, הרי שעיון בה עלול להוביל את המשטרה לאיתור 'ראיות נגזרות' שעשויות, בנסיבות מסוימות, להתקבל במשפט ומשכך אין בפסילת 'ראיית המקור' בדיעבד כדי ליתן סעד אפקטיבי שיגן על הזכות להליך הוגן. כאשר רשויות החקירה מודעות לכך שיתכן כי ראיית המקור תיפסל אך בו בזמן ייתכן גם כי ראיות נגזרות עשויות להתקבל במשפט, אין להן תמריץ ממשי להקפיד על הגנת הזכות להליך הוגן".

במילים אחרות, דנציגר גורס כי דווקא בגלל שדוקטרינת העץ המורעל לא התקבלה בישראל, יש להקפיד בשלב הביניים, מכיוון שיתכן שראיית המקור תפסל אך הנגזרות לא ייפסלו, ומכך נוצרת הבעיה. רציונל זה זהה בדיוק לדבריו של השופט אלרון 8 שנים לאחר מכן בפרשת אורין, כאמור.

השופט דנציגר הוסיף:

"לצד האינטרס הציבורי שבמיגור הפשע, קיים כאמור אינטרס ציבורי לא פחות חזק שעניינו להבטיח כי גופי חקירה יפעלו לפי חוק ובהתאם לאמות מידה של הגינות שלטונית מתחייבת, לצד גמישות המאפשרת תחבולות חקירה לגיטימיות. מקום בו גופי חקירה מבקשים למלא תפקידם באופן שאינו עולה בקנה אחד עם הזכות להליך הוגן קיים אינטרס ציבורי ראשון במעלה למנוע זאת ולא רק בדיעבד... כדי להגשים את התכלית העומדת בבסיס תפקידה ההרתעתי של מערכת המשפט, יש למנוע מהמשטרה להשיג ראיות ולעניין בהן אם כרוכה בכך הפרת הזכות להליך הוגן. גישה זו תתמרץ את רשויות החקירה להשקיע משאבים ומאמצים באיתור ראיות שהשגתן אינה כרוכה בהפרת הזכות להליך הוגן".

גם מכאן ניתן להבחין כי דבריו של דנציגר, בהשוואה לדבריו של השופט אלרון לעיל, מתבססים על אותם הרציונליים והנמקות.

אלו נוקטים בגישה חינוכית והרתעתית כלפי השוטרים.

השופט דנציגר הרחיב:

"התעקשותה של המשטרה לשים ידיה על ההודאות הגולמיות של עובדי הרכבת שנמסרו לפני ועדות הבדיקה הפנימיות, על אף שהיה ביכולתה של המשטרה לזמן את העובדים לחקירה כדן, יכולה לכאורה להצביע על המניע העומד מאחורי בקשתה של המשטרה. ככל הנראה, באמצעות הודאות אלה מבקשת המשטרה לאתר ראיות מפלילות אחרות שיוגשו במשפט מבלי להתמודד עם המגבלות שניצבות בפניה המונעות ממנה התנהלות הפוגעת שלא כדן בזכות הנחקר להליך הוגן. לדידי, בית המשפט אינו רשאי לעצום עיניו אל מול חקירה משטרתית המבקשת לרוקן מתוכן את זכויות הנחקר, במיוחד מקום בו עומדת לרשות המשטרה דרך חוקית להשיג את הראיות בהן היא חפצה".

נדגיש, כי לא ניתן להשוות את ההפרה הקשה שנגרמה בפרשת יונתן אורין למה שהתרחש בפרשת שמש. כאמור, בפרשת שמש המשטרה לא ביצעה הפרה בוטה כפי שנעשתה בפרשת יונתן אורין. יחד עם זאת, בפועלה של המשטרה בפרשת שמש, בעצם פנייתה לבהמ"ש בבקשה למתן צו במטרה לקבל את הודאות עובדי הרכבת בחקירה בפני וועדת החקירה, ברי כי המשטרה ניסתה לעקוף את דרך המלך (צו בהמ"ש), ובמקום לחקור את החשודים תחת אזהרה ולקבל את העדות שלהם בכפוף לקיום כל הזכויות שלהם, זו בחרה ללכת בדרך הקלה יותר, ולהביא להפרת ההבטחה שניתנה לעובדי הרכבת לפיה לא יעשה כל שימוש בהודאותיהם מעבר לצרכי וועדת החקירה.

- **לדעת המרצה** בפרשת שמש נגרם פגם דה-פקטו בזכות להליך הוגן, למרות שלא מדובר בהפרה קשה כפי שנעשתה בפרשת יונתן אורין, כאמור. במבחן התוצאה רכבת ישראל, שהיא גוף דו מהותי, התחייבה לעובדיה כי לא יעשה כל שימוש בהודאות שלהם, ואילו המשטרה הגיעה וניסתה לעקוף את דרך המלך והבטחת הרכבת, ולהפוך בפועל את בהמ"ש לשותף אקטיבי לפגיעה עתידית בזכות להליך הוגן של החשודים. כאן הדמיון בין הפרשות – כאשר המשטרה פנתה לבהמ"ש בבקשה למתן צו בניסיון להכשיר פגיעה עתידית בזכויותיהם של חשודים המצויים תחת חקירה ברשותה.
- בשונה משקרה בפרשת אורין שם נגרם פגם בוטה בזכות להליך הוגן, היעדר הפגיעה הקודמת בזכות להליך הוגן בפרשת שמש אינה מאיינת את הפגיעה העתידית בזכות להליך הוגן, באישור בהמ"ש. בפרשת שמש, בהמ"ש איפשר למשטרה לעיין בהודאות העובדים, למרות ההבטחה שניתנה להם, תוך הפרה של הזכות להליך הוגן ומבלי מתן זכות היוועצות, ועל כך השופט דנציגר התרעם בפסק דינו. דנציגר לא הבין מדוע המשטרה מתעקשת על קבלת ההודאות בדרך זו, במקום לבצע חקירה משטרתית כהלכה; מדוע בהמ"ש צריך לעצום את עיניו מול חקירה משטרתית שמרוקנת מתוכן את זכויות החשודים, מקום בו עומדת לה דרך חוקית להגיע לאותה התוצאה?
- **לדעת המרצה**, למרות שהשופט אלרון, בעודו פוסק בדן יחיד בבהמ"ש העליון, מנסה בצורה כנה ביותר לאבחן בין הלכת שמש למקרה בפרשת אורין, ולמזער את הדרמטיות והמשמעות שבהכרתו, בפועל אין זה המצב, ולאחר הסרת חומות הבחינות הטכניות, ואכן מדובר בהכרעה דרמטית שניתנה בחלוף 8 שנים לדנ"פ שמש.
- מדוע? פסה"ד פתח לבהמ"ש פתח להפסקת חקירה, בהליך ביניים, והכל בשם מניעת פגיעה עתידית בזכות להליך הוגן. באי מתן צו, בהמ"ש יכול לסכל את חקירת המשטרה גם במחיר של פגיעה בערך גילוי האמת ומיצוי הדין עם העבריינים. בהליך ביניים שופט יכול אפוא להגדיר היכן עובר הגבול, ולא ליתן צו מקום בו התבקש, וזאת בניגוד לרציונל בדעת רוב של הלכת שמש.
- משמעות ההחלטה בפרשת יונתן אורין:**
- עולה השאלה אם השופט אלרון מקבל דה-פקטו את עמדת השופט דנציגר? זו השאלה החשובה. לדעת המרצה השופט אלרון מקבל מעשית את עמדת המיעוט של השופט דנציגר בפרשת שמש.
 - קביעה לפיה ניתן לפסול ראיה כבר בשלב החקירה, בניגוד לעקרון שנקבע בפרשת יששכרוב ופרשת שמש, שלפיו שאלת קבילות הראיה תיבחן רק בהליך המשפטי עצמו (בהתאם לדבריה של השופטת ארבל לפיהם לא עוצרים את המשטרה בשלבי החקירה).
 - קבלה מעשית וחלקית של דוקטרינת פירות העץ המורעל בהליכי החקירה: מניעה אפשרית של מתן צו לבקשת המשטרה, משום שהוא מבוסס על פעולה בלתי חוקית קודמת. יש בכך כדי למנוע מראש של האפשרות להשיג ראיות נגזרות, הנובעות מחוסר החוקיות הראשונית, כאשר אלו עלולות להתקבל כקבילות במשפט.
 - האם ההחלטה בעניין אורין תעמוד? קשה לדעת, מדובר בהחלטה של שופט יחיד. מה שברור: החלטה זו מהווה מהפכה. האם שופט אחד יכול להפוך 5 שופטים בדנ"פ? שוב, אלרון מנסה להראות שהוא לא הופך את ההלכה של שמש, למרות שבפועל זה לא נראה ככה.
- **לדעת המרצה** הן בפרשת יונתן אורין והן בפרשת שמש, על אף ההבדלים ביניהם, כאמור, יש פגיעה קשה בזכות להליך הוגן, בכך שראיות נגזרות יכולות להתקבל, שכן הראיה המקורית עשויה להיפסל, ועדיין כל אלו הנגזרות ממנה תתקבלנה.
- **ביקורות להלכת יששכרוב:** לא ניתן לדעת מה בהמ"ש יחליט. השופט יכול לסמן את התוצאה ולהצדיק אותה באיזון כזה או אחר שהוא עשה. מצד שני, אין אצלנו משהו יותר טוב. האמריקאים היום מכים על חטא על הדוקטרינה הגורפת שהם קבעו, והם מנסים למצוא חריגים שיאפשרו שיקו"ד לשופטים בגלל התוצאות הקשות שהכלל הגורף מביא. בייניש ביששכרוב ב-2006, הבינה את מה שהיום האמריקאים מבינים והוא שאין מנוס משיקו"ד לשופטים. מה המחיר לכך?

חוסר וודאות, שכן כל שיקול שהשופט ישקול עלול להוביל ולמשוך לתוצאה אחרת והתוצאה נובעת מהאיזון שהשופט בוחר לעשות. יחד עם זאת, אין שיטה טובה יותר מהקניית שיקו"ד לבהמ"ש, וזה בהחלט מביא אתגרים.

- **השופט אלרון קבע מבחן דו שלבי, ולכן זו הלכה שכן עומדת.** כמובן שכל שופט יעשה את האיזון שלו במסגרת בחינת השלבים על כל מקרה לגופו (כמו בהלכת יששכרוב). כלומר היישום של ההלכה ישתנה ממקרה למקרה. בפרשת אורין, השופט אלרון קבע:

○ אם אין זיקה בין החיפוש הלא חוקי לבין התשתית הראייתית בבקשת הצו ← הוא מחזיר הבקשה לבהמ"ש השלום.

○ אם יש זיקה ← אז זהו המקרה שבו אין נסיבות מיוחדות שמחייבות את מתן הצו. עוד מוסיף שהטרדת עד זו לא עבירה הכי חמורה בספר החוקים. אך בבחינת השאלה האם יש זיקה, לדעתו זה מקרה שמחייב לא לתת את הצו.

שיעור 13 – 12/01/2021

השופט אלרון:

"הדברים מקבלים משנה תוקף לנוכח דחיית דוקטרינת פירות העץ המורעל בשיטת המשפט הישראלית... דווקא סבלנותו היחסית של בית המשפט הישראלי לראיות שהושגו שלא כדין במסגרת ההליך העיקרי מחייבת הקפדה על זכויותיהם של הנחקרים כבר בשלבי החקירה מוקדמים".

האם הלכת השופט אלרון מבשרת על קליטת של דוקטרינת פרי העץ המורעל במערכת המשפט הישראלית?

- מחד גיסא, ישנם ניצנים של קבלת דוק' פרי העץ המורעל מפסיקתו של השופט אלרון, שכן החיפוש הלא חוקי שהוביל לפגיעה בפרטיות, שהובילה לראיה, שהוביל לבקשה לצו – כל אלו מבוססים על ראיה שדרך השגתה נגועה בפגם לאור הפגיעה בפרטיות, ולכן בשלב ראשון לא תתקבל הבקשה לצו מטעם בהמ"ש כלפי המשטרה.
- מאידך גיסא, השופט אלרון מאפשר פתח צר לשיקולים לקבלת הראיה בהתקיים הנסיבות של השלב השני של המבחן הדו שלבי שקבע (היינו, זיקה בין המידע שהושג בצורה לא חוקית, למול התשתית שעליה בוסס הצו).

אם כן, אם לכאורה ניתן להבחין בניצנים לקבלת דוקטרינת פרי העץ המורעל, כיצד השופט אלרון טוען בפסה"ד אורין כי הוא

דוחה למעשה דוקטרינה זו?

ייתכן שיש בכך מעין ביקורת מרומזת כלפי הסובלנות הברורה של בהמ"ש לראיות בלתי חוקיות, שהן תולדה של הראיה הלא חוקית. אמנם אין דוק' עץ המורעל אצלנו, אזי אם שופט שלום ייתן צו שמבוסס על ראיה לא חוקית (חיפוש לא חוקי בטלפון), ייתכן שבעקבות הצו, המשטרה תשיג ראיה א' וזו תוביל לראיה ב' וכן הלאה. בהליך העיקרי התביעה מבקשת להגיש כראיה נגד הנאשם את ראיה ד'. ישנו פער משמעותי בין ראיה א', עבורה הוגשה הבקשה לצו, לבין ראיה ד'. מכאן, משום שהדוק' לא התקבלה בישראל ובהמ"ש נוקט בסובלנות כלפי ראיות אלו, ומשום שראיה ד' רחוקה מאוד מא', ברי כי **יש לעצור את הדברים ביתר שאת בראיה א' עצמה**, אחרת תגרם פגיעה בנאשם.

השופט דנציגר (פס"ד שמש, מיעוט): גם אם תיפסל הראיה הרי שעיון בה יוביל את המשטרה לאתר ראיות נגזרות שעשויות להתקבל במשפט, ומשכן אין בפסילת ראית המקור בדיעבד כדי לתת סעד אפקטיבי שיגן על הזכות להליך הוגן. **מקום בו רשויות החקירה מודעות לכך שיתכן שראיית המקור תפסל, אולם באותו הזמן ייתכן שראיות נגזרות מאותה ראיה פסולה עשויות להתקבל במשפט, הרי שנעדר תמריץ ממשי לרשויות החקירה להקפיד על הגנת הזכות להליך הוגן.** כלומר, דנציגר שואל למעשה מהן ההשלכות שבהמ"ש יפסול את הראיה הראשונה המורעלת ואפילו את הראיה הראשונה שנולדה ממנה (לפי פרחי יש זיקה עובדתית ומשפטית בין ראיה המורעלת לראיה נגזרת ראשונה), בעוד שהראיות לאחריה לא יפסלו? אם רשויות החקירה

יודעות זאת, הרי שאלו מבינות שעדיין יוותרו עם הראיות הנגזרות מן הראיה הפסולה, אותן יוכלו להגיש, וזאת לאור העובדה שדוק' פרי העץ המורעל לא התקבלה – מה המסר שנובע מכך?

← **מכאן שפורמלית דוק' העץ המורעל לא התקבלה בישראל**. גם עמדתה של **הנשיאה ביניש בפס"ד יששכרוב** מעידה על כך, לפיה **לאור זאת שדוקטרינת הפסילה הפסיקתית, אותה נקבע כי אנו מאמצים, אינה מבוססת על תכלית הרתעתית חינוכית, אין לאמץ את גישת העץ המורעל מארה"ב**. אם כן, שאלת קבילות הראיה שאותרה בעקבות ראיה פסולה אחרת, תיבחן על פי נסיבותיו של כל מקרה לגופו ובהתחשב בהשפעה שתהא לקבלתה של ראיה כאמור על זכותו של הנאשם להליך פלילי הוגן. בהקשר זה, יהא על בהמ"ש לבחון את:

- מכלול השיקולים של אופייה וחומרתה של אי החוקיות שהובילה להשגת הראיה הראשונה;
- טיב הראיה הנגזרת בה מדובר;
- והזיקה בינה לבין אי החוקיות שהייתה כרוכה בניהול החקירה.

כלומר לפי הפסיקה בישראל, **גם אם ישנה שרשרת של ראיות, כל חולית ראיה תיבחן בנפרד לפי מבחני יששכרוב**.

ומנגד, **בפס"ד פרחי השופט אדמונד לוי** הציג גישה שדיברה על הצורך בזיקה עובדתית ומשפטית בין הראיות מקום בו אחת הובילה לשנייה כדי שניתן יהיה לפסול את הראיה, אבל **גישה זו לא התקבלה**. בנוסף, גם **השופט אלרון בפס"ד אורין** מראה לנו בכ"ז ניצנים של תחילתה של קבלת הדוקטרינה בישראל, בשני סייגים לדעת **המרצה**:

1. השופט אלרון אומר שלמרות קיומה של זיקה אפשר לתת צו.
2. למרות זאת גם אם ישנם ניצנים לקליטתה של דוקטרינת פרי העץ המורעל, אין מדובר על הפעלתה בשלב העיקרי אלא רק בהליך ביניים (כששופט השלום יפסול את הראיה בשל הקפדנות הרצויה).

הרציונל של הנשיאה ביניש בכלל הפסילה הפסיקתית בישראל אינו הרתעתי, אלא **תכלית של מניעת פגיעה בטוהר ההליך השיפוטי**. הפגיעה בנאשם כתוצאה מראיה לא חוקית קרתה, לא מדובר בפסילת ראיה לשם תיקון העוול שנגרם לנאשם, אלא פוסלים את הראיה כדי למנוע פגיעה בטוהר ההליך ובאמון הציבור. זה ההבדל בין הגישה האמריקאית החינוכית-הרתעתית שהובילה לדוקטרינת פרי העץ המורעל, לבין הגישה ישראלית. אבל לשיטת **השופט אלרון יש ממד של תכלית הרתעתית ובכך מבינים שהוא רוצה לחנך את המשטרה ולכן יש ניצנים של קבלת דוקטרינת פרי העץ המורעל בישראל**.

לדבריו:

"עצם ביצוע עבירות על-ידי גורמי אכיפת החוק מהווה תופעה פסולה שאין להשלים עימה. המטרה אינה מקדשת את האמצעים, ואין בעצם השאיפה למיצוי החקירה כדי להתיר לחוקרי המשטרה לבצע עבירות האסורות בדיון. על רשויות החקירה להקפיד היטב על הוראות החוק ועל יישום נהלי החקירה, ולהוות דוגמה לכל אזרח להתנהגות נאותה. לא יעלה על הדעת כי במסגרת מאמצייה למיגור הפשיעה יבצעו חוקרי המשטרה פעולות המנוגדות לדיון, שהרי אין מתקנים עוול בעוול. אל לחוקרי המשטרה להניח כי כל פעולותיהם יזכו להכשר מצד בתי המשפט. באותה מידה, על בתי המשפט מוטלת החובה לדקדק בזכויותיהם של נחקרים ולהבטיח כי בקשות המונחות בפניהם אינן נענות בלאחר יד[...] הליכי חקירה בלתי תקינים עלולים להוביל בסופו של יום לחוסר אמון בתוצאות החקירה – הן מצד בית המשפט הדין בהליך העיקרי והן מצד הציבור. חקירה שאינה מתנהלת בשום שכל זורעת ספקות בליבו של בית המשפט, מקשה עליו לברר את העובדות הדרושות להכרעתו – ופוגמת בהליך הפלילי ובאמון הציבור בו..."

השופט אלרון ממש דיבר על התכלית הרתעתית בפסקה זו.

מכאן, ניתן לראות את הניצנים האמורים **שבביקורתו של אלרון** לפיה לא רק שהמטרה לא מקדשת את האמצעים, אלא שהאמצעים עלולים לסכן את השגת המטרה. זאת, משום שהמטרה היא הרשעת האשם וזיכוי החף, האמצעים הם החקירה המשטרית. אלרון אומר שהם רוצים להרשיע את האשם, אבל המטרה לא מקדשת את האמצעים. כלומר, **אם המטרה תנקוט באמצעים לא חוקיים ואח"כ תבקש צו, ייתכן שהאמצעים הלא חוקיים שננקטו יסכלו את המטרה כי זה מה שיעצור אותם מלקבל צו ולהביא להרשעת הנאשם.**

← זה 'הברקס' **שהשופט ארבל** אמר **בפס"ד שמש** שלא יינתן למשטרה.

ייתכן שבהליך ביניים יותר נכון לפסול ראיה, משום שלשופט השלום יש את האפשרות למנוע פגיעה נוספת בפרטיות, בעוד שבהליך העיקרי זה כבר מאוחר מדי כי הפגיעה קרתה.

• **הערה:** טענתו של **המרצה** במאמרו מתקשרת גם לפה (ראה שיעור קודם).

מה משקלו של שיקול חומרת העבירה?

כשידיברנו על כלל הפסילה הפסיקתית דיברנו על שיקול חומרת העבירה.

בתחילת הדרך, **בפרשת יששכרוב, הנשיאה ביניש** הציגה את שיקול חומרת העבירה ואת שני הצדדים/דילמות לגביו:

- **מחד גיסא**, השיקול יכול להוביל לכך שנירתע מפסילת קבילות ראיות כי המחיר החברתי עלול להיות כבד;

- **מאידך גיסא**, דווקא בעבירות החמורות יש להקפיד יותר על הזכות להליך הוגן.

העניין נותר פתוח.

על השימוש בשיקול זה והדילמות לגביו עלו **ביקורות** רבות בפסיקה ובמאמרים ששאלו האם הלכת יששכרוב נועדה למעשה לאפשר פסילתן של ראיות פעוטות גרידא כדוגמת דוחות חניה?

בחלוף השנים שיקול חומרת העבירה ירד מגדולתו, כאשר השיא בא לידי ביטוי **בפרשת חייבטוב**, במסגרתה זוכה חייבטוב מרצח בו הורשע במחוזי בשל פגיעה קשה בזכות להליך הוגן. **בפרשת חייבטוב בהמ"ש הראה ברבים כי שיקול חומרת העבירה לא יקבל את המשקל, בוודאי כשמדובר בפגיעה קשה בזכות להליך הוגן.**

בדומה, ניתן לכך ביטוי גם בעמדתו של **השופט אדמונד לוי** **בפרשת פרחי** במסגרתה פרחי הורשע לבסוף, למרות שבהמ"ש פסל את ראית דגימת ה-DNA הראשונה והשנייה:

"נמצא כי קבוצת שיקולים זו משמשת למעשה חרב פיפיות – בעוד שהדעת לא סובלת זיכוי של מי שביצע מעשים כה חמורים, החשיבות בהגנה על הוגנות ההליך ושמירה על זכויות הנאשם, מתגברת דווקא במקרים אלה. מלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב כוללת גם את האינטרס שבבידוד זכויות נאשמים. קבלת הראיה עקב חשיבותה לתביעה עלולה לפגוע גם באמון הציבור ברשויות השלטון, וליצור תחושה כי האדם הינו כלי משחק בידי השלטון המשנה את הכללים בהתאם לצרכיו. לאור זאת, סבורני כי כאשר הפגיעה בהוגנות ההליך כפי שמשתקפת ממכלול השיקולים והנסיבות היא חמורה, אין בקבוצת השיקולים הזו כדי להכשיר את הראיה אף כשהעבירות המיוחסות לנאשם הינן מהחמורות בספר החוקים, וחיוניותה להרשעתו היא נכבדת..."

השופט אדמונד לוי אומר כאן למעשה כי **משקלה של חומרת העבירה יא נמוך מאוד כשמדובר בהפרה קשה של הזכות להליך הוגן.**

עם זאת, יש בנמצא גם **עמדות אחרות בנושא:**

השופט עמית בפרשת בונר:

"לטעמי, יש מקום לשקול את חומרת העבירה במסגרת התכליות של חקר האמת, החשש לביטחון הציבור והאינטרס של נפגע העבירה. ודוק: איני בא לומר כי בכל עבירת רצח או עבירה חמורה במסגרת שיקולי 'עלות-תועלת' צריכה להיות אחד הרכיבים במסגרת מערכת האיזונים המורכבת והעדינה של דוקטרינת הפסילה שהתוותה לנו הלכת יששכרוב [...] הלכת יששכרוב ניצבת שכם אחד עם החסיונות למיניהם ועם כללי הפסילה הסטוטוריים – כולם מייצגים הכרה של המשפט כי לצד התכלית לש חשיפת האמת יש להתחשב בקיומם של תכליות, ערכים ואינטרסים מתחרים. לכן, איני רואה מדוע כלל הפסילה היחסי שנקבע בהלכת יששכרוב כוחו גדול יותר מהחסיונות היחסיים הקבועים בפקודת הראיות, הקבועים כלל איזון בנוסח 'או שמצא בית המשפט כי הצורך לכלות את הראיה לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שיש לא לגלותה' [...] גם השיקול של אמון הציבור נכלל כאחד השיקולים שבבסיס הלכת יששכרוב. ההנחה היא, כי הרשעה בהסתמך על הליך לא הוגן עשויה לערער את אמון הציבור ביכולתה של מערכת המשפט להגן על זכויות הפרט מפני מעשים שלטוניים בלתי חוקיים. עם זאת, אמון הציבור במערכת המשפטית עלול להיפגע גם בשל זיכוי רוצח או נאשם בעבירה חמורה בשל פגם שבעיני הציבור נתפס כעניין טכני גרידא...".

באן, **השופט עמית**, למרות גל פסקי הדין שבהם שיקול משקל חומרת העבירה יורד מקרנו, **אומר שהוא לא מוותר על הכלל**. הוא נותן לכך דוג' בחסיונות, לפיה רוב החסיונות הינם יחסיים ולא מוחלטים (להבדיל מחיסיון עו"ד-לקוח), ולכן בהמ"ש יכול לאזן: **למרות שיש אינטרס ציבורי שבגינתו צריך להעניק חיסיון, יש מנגד את גילוי האמת שלעתיים נעדיפה**. כלומר, אמת שלעתיים יש פגיעה קשה בזכות להליך הוגן, אך לעיתים גם עומדת מנגד הזכות לגלות את אמת ולשמר את אמון הציבור כי לא ישחררו אדם שביצע עבירה בשל פגיעה טכנית ופעמים זו תקבל אלו יקבלו עדיפות על פני הזכות להליך הוגן. השופט עמית עומד בדד היום בעמדתו.

האם לאחר פס"ד יונתן אוריר שיקול חומרת העבירה חוזר לגדולתו?

במסגרת השלב השני במבחן הדו שלבי **השופט אלרון** מדבר על חומרת החשדות (ולא על חומרת העבירה, כי כאן זה שלב ביניים) – שם נאמר כי **ככל שחומרת החשדות גדולה יותר, כך הנטייה תהא יותר לטובת מתן צו לטובת המשטרה**. אנו בשיח של נסיבות מיוחדות, ולכן השופט החזיר את שיקול חומרת העבירה אך בשלב הליך הביניים. למעשה, אנו נמצאים כאן **בשלב החקירה ולא ניתן להתעלם לחלוטין מחומרת החשדות ולבלום באמצע החקירה את המשטרה שכן הדבר יכול להרוס את החקירה, ולכן וודאי שלחומרת העבירה יש מקום**. עם זאת, בהליך העיקרי יש שיקולים שונים עליהם דיברנו קודם.

- **הערה:** ישנה דעה שאומרת שכשמדובר בעבירה שיש לה קורבן ומוציאים את שיקול חומרת העבירה מהמשחק, כמו שעשה השופט אדמונד לוי, למעשה אין קול לנפגעי העבירה. כלומר, נשאלת השאלה אם שיקול חומרת העבירה יצא מהמשחק בהליך פלילי מי ייצג את הקורבנות? נטען כי משום כך, לפני שבהמ"ש יפסול את הראיה, עליו לפנות לנפגעים ולבקש את עמדתם, למרות שהוא לא חייב לפי הדין לעשות כן.

משמעות ההחלטה בעניין יונתן אוריר:

- **השופט אלרון** מקבל מעשית את עמדת המיעוט של **השופט דנציגר בפרשת שמש**.
- קביעה לפיה ניתן לפסול ראיה כבר בשלב החקירה, בניגוד לעקרון שנקבע בפרשות יששכרוב ושמשי, שלפיו שאלת קבילות הראיה תיבחן רק בהליך המשפטי עצמו.

- קבלה מעשית וחלקית של דוקטרינת פירות העץ המורעל בהליכי החקירה: מניעה אפשרית של מתן צו לבקשת המשטרה, משום שהוא מבוסס על פעולה בלתי חוקית קודמת. לכן, מניעה מראש של האפשרות להשיג ראיות נגזרות, הנובעות מחוסר החוקיות הראשונית.
- האם ההחלטה בעניין אורח תעמוד? קשה לדעת, מדובר בהחלטה של שופט יחיד. מה שברור: החלטה זו מהווה מהפכה.
- **הערה:** החלטה **השופט אלון** התקבלה למעשה בדין יחיד, מכך עולה השאלה האם שופט יחיד יכול להפוך הרכב מורחב?

פרק ה: זכות השתיקה בכלל וזכות השתיקה של אישיות דו-מהותית בפרט

מדובר בזכות שהיא הצד השני של המתנס של זכות ההיוועצות, עליה דיברנו במסגרת ניתוח הלכת יששכרוב. **זכות השתיקה הינה הרחבה של הזכות להימנע מפני הפללה עצמית, שנתונה לכל אדם כולל עד.** זכות השתיקה היא זכות משודרגת שמאפשרת לחשוד לא לענות על אף שאלה.

ג'רמי בנטהם (פילוסוף אנגלי, אבי תורת התועלתנות (תורה שבדקת את המשקל על יעילות)): אילו היו מתאספים עכשיו עבריינים מכל הסוגים והם היו מנסחים לפי רצונם כלל, מה היה הכלל הראשון שהיו קובעים לעצמם? זכות השתיקה, זאת משום שזה מגיע לביטחונם הם. דהיינו, עולה השאלה **מה יוצא לחברה מקביעה כזו של זכות השתיקה?**

המרה גורס כי ג'רמי בנטהם טועה, שכן הוא יוצא מנקודת הנחה שחפות תדרוש את זכות הדיבור כפי שאשמה תקרא לעזרתה את זכות השתיקה. אבל לדעתו המצב הפוך – **זכות השתיקה לא נועדה עבור העבריינים, למרות שהיא יכולה לשרת אותם, אלא היא נועדה לשרת את החפים מפשע.** אדם בחקירת משטרה נמצא בסיטואציה קשה, הלחץ הוא אדיר ואין עו"ד שנמצא לצידו, פערי הכוחות הם אדירים, לכן זכות השתיקה נובעת מתוך הרצון להגן על החפים מפשע ושיוודו בדבר שלא ביצעו.

- בפרשת חייבטוב** כל השופטים זיכו את חייבטוב תוך הסתמכות על גישות שונות:
 - **השופט שהם** התרשם שמדובר בהודאה קוהרנטית, ולא ניתנה הודאת שווא, ועדיין זיכה אותו.
 - מנגד, **לגישת הסנגוריה הציבורית:** מדובר בהודאת שווא.
- ← אמנם, בשני המקרים ניתן זיכוי, אך לאור שיקולים שונים. מכך, עולה השאלה האם מדובר בהודאת שווא או האם מדובר בהודאה שנפסלה בשל פגיעתה בזכות להליך הוגן?

הרציונאליים של זכות השתיקה

אנשים חפים מפשע עלולים לייחס לעצמם התנהגות לא תקינה, ולכן **זהו הרציונל הראשון של זכות השתיקה: למנוע הודאות שווא של חפים מפשע לאור הסיטואציה המאיימת לרבות פערי הכוחות, הלחץ והמצוקה.**

לדוגמה, **בפרשת אורח** השופט ביקש מהנחקרים להראות לו את הטלפונים שלהם, ואלו עשו כן מתוך פחד. כלומר, שבמצבים מעין אלו תחושת האשם של אדם נורמטיבי גוברת, אפילו שאינו אשם. כלומר, **אם לא הייתה זכות שתיקה והייתה חובת דיבור לפני פגישה עם עו"ד היו נמסרות הודאות שווא רבות.**

בפרשת גלעד שרון בהמ"ש מונה את **הרציונליים של זכות השתיקה:**

1. **מניעת הודאות שווא של חפים מפשע** (כאמור קודם).
2. **אי העמדה במצב הבלתי אפשרי שאם לא הייתה קיימת זכות השתיקה היה עליו:**
 - א. הייתה האופציה לדבר ואם ביצעת את המעשה אתה חייב להפיל את עצמך,
 - ב. או לדבר ולשקר וזו עבירה פלילית,
 - ג. או לשתוק וגם זה עבירה פלילית.

3. **מדוע החשוד צריך לסייע למשטרה להביא את הראיות כנגדו?** עליהם להביא את הרף הראייתי מעל לכל ספק סביר שקשה להגיע אליו. אנו מעדיפים זיכויים שגויים מפני הרשעות שגויות.
4. **חוסר האמון בראיות מפלילות.** זה טעם שנוי במחלוקת כי במדינת ישראל הודאת חשוד בביצוע עבירה יכולה להוות ראיה כנגדו, כל עוד היא ניתנה לפי הדין. הודאה מפלילה היא ההפך ממה שהרמב"ם אומר שאין אדם משים עצמו רשע, כי היא מפלילה. זכות השתיקה עושה ההפך ומקטינה את האפשרות להודאות מפלילות. השניות במחלוקת היא על כך שמחד מקבלים הודאות מפלילות ומנגד לא אוהבים אותן.
5. מתכתב עם הרביעי ואומר **שרוצים לצמצם את החשש לאמצעים פסולים** כי ברגע ששותקים בחקירה, אזי החוקר בסוף יתייאש. חוסר שיתוף הפעולה לא יעזור לכל תרגיל חקירתי. ד"ר הראל לא אוהב את זה כי או שמשתמשים בתרגיל כשר או בתרגיל לא כשר, ישנן דרכים שונות לפסול ראיות לא פסולות- לפסול ראיה, לצלם ולתעד חקירות, להעמיד לדין חוקרים ועוד..
6. **המדינה בעלת כוח אדיר לעומת הפרט:** המדינה היא גדולה ובעלת אמצעים ואפשרויות (האזנת סתר, מעצרים, מדובבים, חיפושים וכו') וישנו אי שוויון בין הפרט למדינה. האמצעי נועד לאזן בין פערי הכוחות.
7. בפרשת גלעד שרון נאמר **הטיעון הליברלי:** לכל אדם יש זכות לפינה נסתרת במעקמי ליבו שלא ישתף אותה עם העולם החיצון. חברה דמוקרטית שמטילה חובת דיבור פוגעת רבות בזכות לכבוד בהיבט הליברלי.

בסיס נורמטיבי – מקורות זכות השתיקה

אחרי שהבנו כי ישנה זכות שתיקה מוחלטת לחשוד, מה הבסיס הנורמטיבי לכך, איפה הדבר מעוגן בחוק?

- **ס' 2 לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות) – הימנעות מהפללה עצמית:** אין פה זכות שתיקה, שכן זכות השתיקה היא הרחבה של זכות ההימנעות מהפללה עצמית, שנעשתה בפסיקה. **ס"ק(1)** קובע כי אדם שנחקר חייב להשיב נכונה על כל השאלות שנשאל בחקירה, **ס"ק(2)** קובע כי הסייג לכך הוא שאלות שהתשובות עליהן עלולות להעמידו בסכנה לאשמה פלילית. זוהי הזכות להימנע מהפללה עצמית (= קומה ראשונה), זו אינה זכות השתיקה.
- **לחשוד זכות השתיקה המוחלטת הינה פסיקתית.** זכות השתיקה היא הרחבה של הזכות לאי הפללה עצמית. נכון להיום זכות השתיקה היא תולדה של הפסיקה, אך אנו למדים מכך שאולי כדאי לעדכן את החוק. **בפרשת גלעד שרון** בהמ"ש העליון השאיר את השאלה אם צריך זכות לשתיקה מוחלטת בצ"ע. בשורה התחתונה, יש לחשוד זכות שתיקה מוחלטת אך ללא עיגון בחוק אלא רק בפסיקה.

השלכות הפעלת זכות השתיקה בחקירת משטרה

(1) חשש ממשקל העדות

לשתיקה במקרה כזה יש **מחיר שבא לידי ביטוי בסנקציה עקיפה ולא ישירה של "עדות כבושה"**. אם אדם ישתוק במשטרה לאורך כל הדרך, ויגוש כתב אישום על בסיס ראיות אחרות, ובפרשת ההגנה במשפט הנאשם יעלה על דוכן העדים כעד הגנה וידבר זה יישמע תמוהה שהרי איפה היה עד עכשיו? לכאורה, הוא יוכל לענות שאין לו אמון במשטרה ובפרקליטות אלא רק על בהמ"ש, והוא חיכה להזדמנות שתהיה לו בפני בהמ"ש, אך הטענה לא תחזיק מים. **אמנם, זכותו של אדם לשתוק, אבל אם הוא מצפה שיינתן משקל לעדותו זה בעייתי, מכיוון שאנו מצפים כי ברגע שמוטחות באדם האשמות, הוא יתמודד מולן בהזדמנות הראשונה וימסור את גרסתו.**

בזמן החקירה, כשאנו חשופים לכל הראיות, וכשלא היו מולו נתונים, הוא שתק, אך בפרשת ההגנה, ולפי **ס' 24 לחסד"פ**, עם הגשת כתב האישום כל חומר החקירה נחשף לפניו, הוא יכול לראות בדיוק מה כל עד אומר עליו ואילו ראיות עומדות לפניו, הוא מקשיב לכל פרשת התביעה ועדיה, ומסדר לעצמו את הסיפור והסתירות מול טענותיה של התביעה, ובפרשת ההגנה לבסוף

מראה את תורתו? הדבר מעלה שאלות ביחס למהימנות עדות מעין זו, ולכן זו נחשבת לעדות כבושה, כמו חמוצה. **ברגע שהחשוד נמנע מלהגיד את גרסתו בהזדמנות הראשונה ומחכה לשלב מאוחר, הרי שבהמ"ש ככל הנראה לא יאמין לו.**

- **הערה:** נדגיש כי אין מדובר בעדות לא קבילה, השיח אינו על קבילות אלא על משקל. במקרה כזה המשקל יהא אפס כי לא יאמינו לו לעד/לחשוד.

אם כן, החשש מפני עדות כבושה הוא ממשי, ומבלי להסביר את סיבת ההימנעות ממענה על השאלות החוקר באופן שירצה את בהמ"ש כך שיאמין לנחקר שהפעיל זכותו זו, הרי שמהימנות העדות תפגע באופן קריטי ביותר.

שיעור 14 – 19/01/2021

(2) סנקציה ראייתית – חיזוק

זכות השתיקה לא חלה כשהמחוקק מסייג אותה במפורש. כך למשל, יש סעיפי חוק המחייבים אדם לשתף פעולה עם המשטרה בכל מיני היבטים, כדוגמת בדיקת שכרות. אם אדם מסרב לבצע פעולה אותו הוא מחויב לבצע לפי דין, עלולה להיות לכך **סנקציה** (למשל, אי ביצוע הפעולה עלולה להוות עבירה פלילית), וזאת נוסף על היות השתיקה נתפשת כסוג של התנהגות מפלילה. ביטוי לסנקציה ראייתית:

ס' 28 לחוק המעצרים – שמיעת טענות העצור

28. (א) לא יחליט הקצין הממונה על מעצרו של אדם, על המשך מעצרו או על שחרורו בערובה, ולא יקבע את סוג הערובה, גובהה ותנאיה, בלי שיתן תחילה לאותו אדם הזדמנות להשמיע את דברו, **לאחר שהזהירו כי אינו חייב לומר דבר העלול להפלילו, כי כל דבר שיאמר עשוי לשמש ראיה נגדו וכן כי הימנעותו מלהשיב על שאלות עשויה לחזק את הראיות נגדו.**
(ב) נכח סניגורו של החשוד, בתחנת המשטרה, במעמד החלטת הקצין הממונה, ישמע אותו הקצין הממונה לפני מתן החלטתו אם ביקש להשמיע דבריו; אין בהוראות סעיף קטן זה לחייב את הקצין הממונה להמתין לבואו של הסניגור או לאפשר פגישה בין החשוד לסניגורו בניגוד להחלטה לפי סעיפים 34 ו-35.

ס' 28(א) לא מגדיר זכות שתיקה, אלא זכות להימנע מפני הפללה עצמית אשר ניתנת לכל אדם. הדבר מעיד על כך שאכן אין ביטוי לזכות השתיקה בחוק, אלא אך לזכות להימנע מלהפליל את עצמו.

בנוסף, **בסעיף זה יש ביטוי לסנקציה ראייתית מסוג חיזוק** – לשתיקה יש תג מחיר והוא חיזוק הראיות נגד החשוד.

האם ניתן להבין מכוח ס' זה ששתיקה במשטרה מהווה בהכרח חיזוק בסנקציה לשתיקה?

מקום בו יהיה צורך חיזוק כדי להרשיע, על פניו ניכר כי ניתן לעשות שימוש בשתיקה זו של הנחקר כחיזוק. עם זאת, מצופה כי מקום בו המחוקק היה רוצה להדביק סנקציה ראייתית של חיזוק לשתיקה במשטרה, הרי שהיה עושה כן בצורה מפורשת ולא בצורה עקיפה כפי שעשה בסעיף זה, אלא היו אומר לקצין הממונה מה להגיד לחשוד כדי שיהיה באופן מדויק מה ההשלכות לשתיקתו.

- דוגמה להמחשה: אדם נעצר בשטח מכוח ס' 23 לחוק המעצרים מעצר ראשוני ללא צו, מובא לתחנת המשטרה ונחקר. לאחר החקירה הקצין הממונה צריך להחליט איך להמשיך את הטיפול במעצר הזה – שחרור לחלוטין; שחרור בערובה או כליאה (המשך מעצר). אם רוצים להמשיך את המעצר בכליאה, יש לבוא בפני שופט בתוך 24 שעות ולבקש הארכת מעצר. בכך עוסק **ס' 28 לחוק המעצרים** – הקצין הממונה נדרש להחליט באיזה אופן לטפל במעצרו/המשך מעצרו של חשוד, תחת זאת עליו לתת לחשוד זכות טיעון לפני קבלת ההחלטה בדבר. כלומר, בהקשר הזה, המחוקק אומר לקצין כי עליו להסביר לחשוד שהוא לא יכול לשתוק על כל דבר (זכות השתיקה אינה מוחלטת), ומקום בו ימנע החשוד מלהשיב על שאלות, הרי שהדבר יהווה חיזוק נגדו.

- **ביקורת של המרצה** – אם המחוקק היה רוצה להטיל סנקציה של חיזוק על שתיקה של חשוד בחקירה במשטרה, מן הראוי היה שיעשה כן ברחל ביתך הקטנה, ולא במסגרת סעיף כזה בהקשר מאוד מסוים של החלטת הקצין הממונה, ובצורה כזו

עקיפה. פעמים רבות חשודים נחקרים אפוא במשטרה בעוד שאינם עצורים בהכרח, ולכן ס' זה אינו רלוונטי לגביהם ונעדרת למעשה הנחיה דומה ביחס אליהם, כאשר אלו בוחרים שלא לענות על שאלות החוקר.

קושי זה נובע מכך שאין לנו חוק זכויות יסוד במשפט פלילי, אשר במסגרתו היינו מוצאים סעיפים ספציפיים המעגנים ברחל בתך הקטנה את הזכות להליך הוגן, זכות השתיקה, זכות ההיוועצות, וזן בהשלכות שלה מימוש.
ואולם, הפסיקה עושה שימוש בסעיף זה כדי לעגן את השלכות מימוש זכות השתיקה באופן גורף, וברור שיש לזה מחיר ראייתי. פעמים אחרות, חלק מפסיקת בהמ"ש מתייחסת לשתיקה במשטרה כסוג של התנהגות מפלילה. מדובר ב-2 סנקציות ראייתיות בעלות ערך עצמאי, אשר אינן חופפות זו לזו.

• **הערה: מבחינתנו** – ברור שלמימוש זכות השתיקה במשטרה יש מחיר, בין אם נראה בכך חיזוק ובין אם נראה בכך כסוג של התנהגות מפלילה.

כאמור, ויתרה מכך, **זכות השתיקה לא כוללת את הזכות להימנע משיתוף פעולה עם הליכי חקירה באופן גורף, היינו זו אינה גורפת.** למשל, התייצבות למסדר זיהוי, ביצוע בדיקות רפואיות (לא ניתן לחייב אבל מצופה שת"פ). מקום בו החשוד לא משתף פעולה עם הליכי חקירה, יהיה לכך מחיר ראייתי כפי שצוין מעלה.

האם העובדה שסנקציה של חיזוק מצויה בדין רק בהקשר של החלטת הקצין הממונה במסגרת ס'28, מהווה הסדר שלילי ומעידה על כוונת המחוקק כי אין ברצונו להפוך סנקציה זו לגורפת על מצבים בהם החשוד בחר לשתוק?

ס'161 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] – דבר הנאשם [145]

161. (א) הנאשם רשאי לנהוג באחת מאלה:

(1) להעיד כעד ההגנה, ואז יהיה עשוי להיחקר חקירה שכנגד;

(2) להימנע מהעיד.

(ב) בית המשפט יסביר לנאשם כי הוא רשאי לנהוג כאמור בסעיף קטן (א) ואת תוצאות הימנעותו מהעיד כאמור בסעיף 162.

(ג) נאשם שבחר להעיד, יעיד בתחילת ראיותיה של ההגנה; אולם רשאי בית המשפט, לבקשתו, להתיר לו להעיד בשלב אחר של פרשת ההגנה.

ס'162 (א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] – שתיקת הנאשם

162. (א) הימנעות הנאשם מהעיד עשויה לשמש חיזוק למשקל הראיות של התביעה וכן סיוע לראיות התביעה במקום שדרוש להן סיוע, אך לא תשמש סיוע לצורך סעיף 11 לחוק לתיקון הראיות (הגנת ילדים), תשט"ו-1955 או לצורך סעיף 20(ד) לחוק הליכי חקירה והעדה של אנשים עם מוגבלות.

ס'161 לחסד"פ דן בזכותו של נאשם להחליט כי הוא אינו מעיד כלל במשפט. אם כן יש לנו סעיף מפורש המעגן את זכות השתיקה של הנאשם במשפט.

ס'162 (א) לחסד"פ מגדיר כי ככלל, שתיקה של נאשם במשפט תישא מחיר של סנקציה ראייתית של חיזוק/סיוע כמפורט, למעט חריגים. **סעיף זה, מעיד על כך כי מקום בו המחוקק רוצה לקבוע סנקציה ראייתית על שתיקת הנאשם הוא יודע לעשות כן בצורה ישירה.** כך קובעים תוספת ראייתית בצורה ישירה, ברורה ולא כפי שראינו בחוק המעצרים שם הדבר נעשה בצורה עקיפה.

מתי תבוא סנקציה בגין שתיקה?

סנקציה כתוצאה משתיקה במשטרה תבוא **מקום בו החשוד שתק לאורך כל החקירה במשטרה.** אם החשוד שיתף פעולה בחקירה הרביעית, למשל, הרי שלא יסבול מהסנקציה בגין שתיקתו בחקירות שקדמו לכך.

עוה"ד יכול לסייע לחשוד הנחקר לשקלל את צעדיו, האם לשתוק או לא, אם אין ראיות אין סיבה לכאורה שהחשוד ירצה לענות, מכיוון שאם ידבר הוא עלול אף ליצור את הראיות. מאותה סיבה, זכות השתיקה נתפסת כצידה השני של זכות ההיוועצות.

- **הערה:** יודגש, כי סנקציה ראייתית באה כחיזוק אך **לא מהווה ראיה יש מאין**, אלא זו נשענת על ראיה קיימת. כל תוספת ראייתית מתווספת לראיות קיימות, ומקום בו אין ראיות קיימות ייתכן ששווה לנאשם למלא פיו מים, במקום לדבר וליצור את הראיות עבור הרשות החוקרת. עם זאת, לא ניתן לדעת בזמן אמת.

○ **דוגמה:** הוגשה תלונה במשטרה לפיה החשוד ביצע בילד המתלונן מעשים מגונים בביתו. בעקבות כך, קמו ביחס אליו חשדות בפדופיליה ועבירות דומות. כשהחשוד נחקר במשטרה, הוא שיתף פעולה אולם הכחיש את כל ההאשמות נגדו, ובכלל את עצם ההיכרות עם הילד המתלונן. עם זאת, החשוד לא ידע, בעת שהכחיש, כי הילד בחקירתו תאר ביתר פירוט כיצד נראה ביתו. כאן, ההכחשה הגורפת של האישומים וההיכרות עם הילד סיפקו למעשה למשטרה את התוספת הראייתית הדרושה לשם קבלת עדותו של הילד הקטין במשטרה במסגרת המשפט, וזאת במסגרת החריג לכלל הפוסל עדות שמועה ביחס לעדויות של ילדים קטינים אשר אינם יכולים להעיד בלא אישור של חוקר הילדים. כלומר, הכחשת הנאשם, בלי שידע בזמן אמת בעת החקירה מה אמר הילד, היא זו שסיפקה את הסיוע הנדרש לקבל עדותו של הילד במשפט.

- **ביקורת על הסנקציה:** מה שווה זכות השתיקה כשהסנקציה כל כך קשה? מה שווה זכות השתיקה, שהיא תולדה של הזכות להליך הוגן, אם ההשלכה של מימוש הזכות נושא מחיר כה כבד? יתרה מכך, שאלה זו עולה במיוחד לאור העובדה ששתיקה יכולה להוות טריגר למעצר/הארכת מעצר.

(3) מימוש זכות השתיקה כטריגר למעצר/הארכת מעצר

דוגמה: אם אדם רוצה להפריך את עילת המעצר כלפיו של חזקת המסוכנות (או שיבוש), הקיימת ביחס לעבירה שביצע, הוא יכול לעשות כן במסגרת דיון על הארכת מעצר עד תום ההליכים. אולם, אפילו אם יש ביכולתו לכאורה להפריכה, וזה שתק, לפי **פס"ד קורמן**, עצם השתיקה במשטרה ללא התייחסות לעבירות חמורות שביצע החשוד והטיחו כנגדו, מונעת מן החשוד את היכולת להפריך את חזקת המסוכנות בבקשת המעצר עד תום ההליכים.

- **לדעת המרצה, זו הלכה בעייתית** – מדוע עוה"ד בהליך המשפטי לא יכול להוכיח היעדר מסוכנות לאור שתיקה במשטרה? הרי השתיקה במשטרה עשויה לנבוע, כאמור, מתוך הרצון להגן על החפים מהפשע, ומקום בו החשוד חושש מלהגיד דברים שהוא יצטער עליהם במשפט, זה יגרום לכך שהוא לא יוכל להפריך את חזקת המסוכנות? לפי הלכה זו, כן. במקרה כגון יש משום קביעה גורפת וגסה מידי, אותה נדרש לרכך, ולאפשר לעוה"ד להפריך באמצעות ראיות את חזקת המסוכנות.

← **אם כן, עולה השאלה – האם באמת יש במדינת ישראל זכות שתיקה, מקום בו הסנקציה כ"כ כבדה? שהרי, עצם קיומה של סנקציה משמעותית כל כך, עלולה לפגוע בעצם הלגיטימיות והאפקטיביות של שימוש בזכות.** קושי זה מתקשר למסקנה כי בדומה לזכות השתיקה, גם הזכות להליך הוגן אינה זכות מוחלטת. לחשוד קיימת זכות שתיקה, אך לא נקבע מעולם כי זו לא תישא מחיר.

חובת אזהרה

כשכל חשוד נחקר, על החוקר חלה חובה להזהיר אותו חובת האזהרה כוללת מספר רכיבים (מצטבר):

- א. באיזה עבירה הוא חשוד.
 - ב. שיש לו זכות שתיקה (אינו חייב לומר דבר).
 - ג. כל דבר שיאמר עלול לשמש נגדו במשפט.
- במקור, האזהרה הורתה ב**תקנות השופטים**. אלו כללים שנקבעו בפסיקה האנגלית, ואוגדו לאוסף כללים זה אשר נקלט בישראל דרך **סימן 46 לדבר המלך ומועצתו**.

נשאלת השאלה, האם לחובת האזהרה יש כיום עיגון מפורש בחוק, או שמא היא עדיין מבוססת על תקנות השופטים שנקלטו בישראל דרך סימן 46 לדבר המלך ומועצתו? לכאורה, **ס'28 לחוק המעצרים** מעגן את חובת האזהרה האמורה, על רכיביה. אולם, בפועל, אין בכך כדי להוות עיגון מספק לחובת האזהרה מהסיבות הבאות:

- א. **ס'28 רלוונטי לסיטואציה של אדם עצור/לא עצור אך הקצין הממונה רוצה לעצור אותו.** אך, רוב החקירות בישראל מתבצעות כאמור ללא מעצרים, ולכן בהדבקת חובת האזהרה לסיטואציות מצומצמות וקונקרטיות, מקשה ומעלה את השאלה האם במקרים האחרים אין חובת אזהרה? ס'28 הוא דוגמה אפוא למקרה קונקרטי במסגרתו צריך להזהיר, אולם אינו משקף את כל המקרים.
- ב. **ס'28 אינו מדבר על זכות השתיקה, אלא אך על זכות ההימנעות מהפללה עצמית,** אשר מהווה זכות מצומצמת ופחות גורפת מזכות השתיקה.

← אם כן, מקור חובת האזהרה בישראל עד היום הוא תקנות השופטים, אשר נקלטו בס'46 לדבר המלך במועצתו.

האם האזהרה היא זכות חוקתית? האם לכל חשוד בישראל ישנה זכות חוקתית להיות מוזהר?

אינטואיטיבית, לכאורה הזכות לאזהרה היא חלק מהזכות החוקתית של החשוד. אך, אזהרה היא לא זכות חוקתית, לעומת זאת זכות השתיקה וזכות ההיוועצות הן כן זכויות חוקתיות, שהרי אלו נובעות מהזכות לכבוד כחלק מהזכויות הבלתי מנויות דרך הלכת יששכרוב. **אזהרה היא רק כלי שנועד לוודא שלפני שחשוד מחליט לדבר, יעשה כן מתוך בחירה מושכלת ורצון טוב וחופשי, מפני שהוזהר.**

כך למשל, אם הוכח כי החשוד מודע לזכות השתיקה וזכות ההיוועצות ממילא (למשל, למד משפטים), ומבלי שהחוקר יידע אותו על כך, דיי בכך כדי לקבל את הודאתו במשטרה ולא תתקבל טענה להפרת אלו. כלומר, היעדר אזהרה לא תפסול אוטומטית את ההודאה.

רע"פ 3445/01 מישל אלמליח נ' מד"י – פסה"ד מהווה דוגמה לכך שהמשטרה חקרה אדם כעד, ולא הודיעה לו שהוא חשוד. לכן, לכאורה, כל עוד לא הודיעו לחשוד שהוא חשוד, הוא לא הוזהר וכו', לא עומדת לו זכות שתיקה מוחלטת הקיימת רק לחשודים, אלא עומדת לו רק הזכות להימנע מהפללה עצמית, אשר עומדת לכל אדם. עם זאת, למרות שפורמלית המשטרה לא הודיעה לאותו אדם שהוא חשוד והזהירה אותו, היא כן הציגה בפניו מצג שכל אדם אובייקטיבי היה מבין שהוא חשוד. אכן, המשטרה שיחקה משחקים שאינם כדוין, שהרי החוקר נדרש ליידע את הנחקר כי הוא חשוד ולהזהיר אותו, כך שיבין שהסטטוס שלו השתנה וכי יש לו זכות שתיקה מוחלטת. אבל, במקרה דנן **בהמ"ש קבע כי אפילו אם המשטרה לא יידעה את הנחקר על שינוי מצבו, אך הציגה בפניו מצג שכל אדם אובייקטיבי סביר באותן נסיבות היה מבין שהוא חשוד, עדיין קמה לחשוד זכות שתיקה מוחלטת וזכותו לא הופרה.**

במקרה דנן, הנחקר הפעיל דה-פקטו את זכות השתיקה, למרות שלא יודע ע"י החוקר, לכן פסה"ד בא לטובת החשוד ולא לרעתו, כדי לרפא מצב בו עלה חשש לביצוע עבירה פלילית בשל הימנעותו כליל מלענות לשאלות החוקרים, כעד לכאורה, מקום בו היה חייב לענות לפי דין בכפוף לקבוע בס'2(1) **לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות).**

- **הערה:** כדי לקיים הלכה זו נדרשת בדיקה עובדתית לא פשוטה.

הזכות להימנע מהפללה עצמית ביחס לראיות

ס'47 לפקודת הראיות – ראיות מפלילות

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

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

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

זהו מקור נוסף לזכות להימנע מפני הפללה עצמית – זכות השתיקה במסירת ראיות.

- **ס'47(א)** חל בין בחקירה במשטרה ובין בעדות בבהמ"ש, זאת לפי **ס'52 לפקודת הראיות – תחולה**. כלומר, הסעיף חל גם על אדם המתבקש למסור ראיה בחקירה משטרתית, וגם על אדם שמתבקש למסור ראיה בבהמ"ש.

- **ס'47 לפקודת הראיות** חל גם על מסמכים (ראיה פיזית), ולא רק על עדות וורבלית (מילולית, השבה על שאלות). האם יש בכך להוות מקור נורמטיבי בחוק לזכות שתיקה מוחלטת?

לא. **סעיף זה דן בזכות להימנע מהפללה עצמית.**

האם לפי האמור בס'47(ב) בהמ"ש יכול לכרסם למעשה בזכות להימנע מפני הפללה עצמית?

כן. בהמ"ש **יכול לחייב את הנחקר למסור ראיה** למרות זכותו להימנע מלהפליל את עצמו, ברם הוא יכול במקביל לאפשר לנחקר **חיסיון שימוש** כך שלא ניתן יהיה לעשות בראייה זו שימוש נגד הנחקר.

- **רציונלי** למה לחייב את מסירת הראיה אם מוענק במקביל חיסיון שימוש? פעמים רבות, צורך בראיות ודרישת מסירת ראיות נועדה כדי שאלו ישמשו כנגד אדם אחר. בשל כך, אין קושי לכאורה שבהמ"ש, המחייב העברת הראיות, יעניק חיסיון שימוש לראיות מעין אלו, כדי להגן על מוסר הראיות.

- ואולם, עדיין ניתן לראות בדרישת סעיף זה משום כרסום בזכות להימנע מהפללה עצמית, שכן אמנם הנחקר זוכה לחיסיון ביחס לראיה הספציפית שנמסרה בדרך של חיוב, אך אין התייחסות לראיות נגזרות, אשר עלולות להפליל את הנחקר מעביר הראיות באופן עקיף לראיה החסויה.

דב"פ 3327/00 נגד יאיר נ' מד"י – סייג לס'47

במקרה דנן, הוגש כתב אישום נגד נאשם. עוה"ד של הנאשם צילם את כל חומר הראיות לפי **ס'47 לחסד"פ**. לאחר מכן, התביעה איבדה את כל חומר הראיות בדרך כלשהי, ולכן פנתה לעוה"ד של החשוד וביקשה שיעביר לידה את חומר הראיות שצילם. עוה"ד התנגד ע"ב **ס'47(א) לפקודת הראיות** המאפשר לאדם להימנע מלהפליל את עצמו ולא למסור ראיות כנגדו. התביעה טענה כי לא ניתן לטעון לחיסיון מפני הפללה עצמית שהרי מדובר במסמך ציבורי, שהוא קניין של התביעה.

טענת עוה"ד של הנאשם לא התקבלה, מכיוון שבהמ"ש עשה הבחנה בין מסמכים ציבוריים לבין מסמכים פרטיים. **הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית לא חלה על מסמכים ציבוריים, אלא רק על מסמכים פרטיים** – כדוגמת יומן, מכתב וכו' (דבר אישי), שכן לגביהם יש היגיון להימנע מהפללה עצמית. לעומת זאת, מסמך ציבורי יכול להיות דוחות שמגישים לרשות ציבורית.

רע"פ 8600/03 מד"י נ' גלעד שרון

גלעד שרון התגורר עם ראה"מ אריאל שרון, אביו, בחוות השקמים. המשטרה לא יכולה הייתה להוציא צו חיפוש בביתו, מכיוון שלא ניתן להוציא צו כזה לחיפוש בביתם של חברי כנסת. יודגש כי צו חיפוש לא מחייב שת"פ של החשוד. מכיוון שלא ניתן היה להוציא צו חיפוש, המשטרה פנתה לבהמ"ש וביקשה להוציא צו כנגד גלעד שרון לפי **ס'43 לחוק בבהמ"ש**, אשר מאפשר לבהמ"ש להוציא צו כנגד כל אדם שהמשטרה חושבת שצריך להמציא ראיה כלשהי. מכך, במסגרת הצו יחויב גלעד להתייצב בפני שופט ולהציג ראיה ספציפית אותה המשטרה מבקשת. גלעד שרון טען כי ס' זה אינו מצוי לבדו בעולם וצריך לפרשו אל מול **ס'47 לפקודת הראיות**, כלומר שיש לו זכות להימנע מפני הפללה עצמית, כשהמשטרה למעשה דורשת ממנו להביא מסמכים שעלולים להפלילו.

בנוסף, גלעד שרון טוען כי יש לו זכות שתיקה כחשוד, המאפשרת לו למלא פיו מים ולא לענות על אף שאלה, ולכן מכוח זכות השתיקה המוחלטת העומדת לו לגבי עדות וורבלית, ברי כי זו חלה גם ביחס לבקשה להצגת מסמכים, ומשום כך אינו מתייצב בדיון. בכך ניסה להחיל את זכות השתיקה המוחלטת שהפסיקה מחילה על עדות וורבלית, גם על בקשה להצגת מסמכים.

בהמ"ש דחה את טענתו וקבע כי **אין זכות שתיקה מוחלטת ביחס לצו להמצאת מסמכים – יש הבדל בין עדות וורבלית בחקירה**

לבין המצאת מסמכים. יש הבדל בין עדות וורבלית בחקירה לצו להמצאת מסמכים.

- **רציונאליים:** לא מתקיימות ההצדקות לזכות השתיקה המוחלטת בחקירה וורבלית:

- החשש להודאת שווא מקום בו החשוד יעמוד לבדו מול החוקר ויאמר דבר שיצטער עליו אינו רלוונטי כאשר מבקשים המצאת מסמכים לפי צו נגד החשוד, שהרי אז יכול החשוד להיוועץ בעו"ד, והוא אינו עומד לבדו, ויכול הוא לפעול לביטולו של הצו/לבוא לבהמ"ש ולהסביר למה לא ניתן למסור את המסמך שבהמ"ש חושב שנדרש להעביר.
- אין חשש להפעלת תרגילי חקירה פסולים שיגרמו לחשוד להודות בדבר שלא ביצע, שהרי מסמך הוא דבר אובייקטיבי, כתוב וקיים, הנעדר אופי של עדות, ולכן החשש להודאה כוזבת הוא קטן יותר וניתן להתחקות אחר האובייקטיביות של המסמך כדי לבחון את מהימנותו.
- לא נדרש שת"פ אקטיבי מצד החשוד, המחייב אותו בחובת עשה, אלא מדובר בשת"פ מינימלי מהחשוד, ומדובר במסמך קיים. במקרה דנן, לא ניתן להוציא צו חיפוש פה, ורק משום כך הוצא צו הצגת המסמכים. לא מדובר באיסוף ראיות של ממש עבור התביעה, אלא העברה של מסמך ספציפי.

בשורה התחתונה, תובנות מפסה"ד:

א. אין זכות שתיקה מוחלטת לגבי צו שהוצא נגד אדם להמצאת מסמכים לפי **ס'43 לחוק בהמ"ש**, אלא על אדם שהוצא נגדו צו מעין זה חייב לציית לו ולהגיע לדיון.

ב. **ס'47 לפקודת הראיות** אכן חל וצריך לפרש אותו במקביל לבקשת צו להצגת מסמכים לפי **ס'43 לחוק בהמ"ש**, אך הדבר עדיין אינו מעיד על כך שלאדם אשר נדרש להעביר את הראיות ישנה זכות מפני הפללה עצמית, מכיוון שבהמ"ש יכול לחייב במסירת הראייה, בתמורה לחיסיון שימוש. יודגש, כי חיסיון שימוש מעין זה יכול אך ורק על מסמכים פרטיים, ולא ציבוריים.

a. **אופן הבדיקה:** על האדם להגיע לשופט בבהמ"ש (שופט אחר מזה שידון בתיק העיקרי) עם המסמך ← השופט

יבחן האם ישנו חשש מפני הפללה עצמית ←

i. **יש חשש** ← באיזה סוג מסמך מדובר?

1. מסמך ציבורי ← חלה חובת מסירה.

2. מסמך פרטי ← בהמ"ש יבחן זאת, ויכול הוא לחייב מסירת המסמך בתמורה לחיסיון שימוש

לפי **ס'47(ב) לפקודת הראיות**.

ii. **אין חשש** ← יש למסור את המסמך.