

פרק א': הצדקות תיאורטיות להליך הפלילי

מטרות ההליך הפלילי

1. **עשיית דין צדק** – עקרון זה קיבל מעמד חוקתי עם חקיקת חוקי היסוד. מדובר על עקרון מופשט ורחב מאוד, אשר יש לפרוט. מה המשמעות של צדק? האם יעילות? עקרון סופיות הדין? וכו'.
2. **חשיפת האמת** – האמת מתחלקת ל-2 סוגים:
 - א. **אמת עובדתית** – משקפת את ההתרחסות בפועל עפ"י נקודת מבטו של מתבונן אובייקטיבי מהצד (**דוגמה**: **ברק ארז בחייבטוב** בתנאים שנוצרו לא ניתן להלום הרשעה בפלילים על סמך הראיות שהתקבלו ע"י עישון סמים).
 - ב. **אמת משפטית** – משקפת את ההתרחסות דרך פריזמה של שופט מקצועי שרואה את המציאות המשתקפת על בסיס דיני הראיות וכללי סדר הדין הפלילי הקיימים באותה שיטת משפט (**דוגמה**: **שהם בחייבטוב** לאור הפגיעה בזכות להליך הוגן).

← **האמת המשפטית היא הכלי באמצעות מקיימים משפט ומכריעים בסוגיה, והכל תוך שאיפה שזו תחפוף לחלוטין לאמת העובדתית, שכן המטרה אינה להרשיע חפים מפשע. אולם זה לא תמיד קורה, וערכים אחרים גוברים על פני האמת העובדתית:**

- **שלמות התא המשפחתי**: עדות של קרוב משפחה מדרגה ראשונה אינה קבילה, למעט במקרי עבירות אלימות.
- **דיני חסינות**: חיסיון עו"ד-לקוח; חיסיון מקור עיתונאי וכו'.
- **עסקאות טיעון**: וויתור מסוים על האמת והודאה בעבירות קלות יותר, **למה?** לקיחת אחריות; העלאת סיכויי שיקום; חיסכון בזמן שיפוטי; הקלה על מתלוננת/מעדוט קשה בבהמ"ש. ללא מכשיר זה, מערכת המשפט הייתה קורסת תחת העומס, אולם זהו מוסד שאינו מגובה בחקיקה.
- 3. **הרשעת האשם ואותו בלבד וזיכוי החף מפשע** – אנו מעדיפים 1000 פושעים מוחץ לכלא, על פני אחד בפנים (הרמב"ם). תכלית זו נובעת בין היתר מערך החתירה לאמת.
- 4. **מניעת עיוות דין, ושמירה על כבוד האדם** – אי אפשר לנהל צדק מבלי שהנאשם/החשוד יזכו להליך הוגן, שהרי ללא הגנה ראויה (זכות השתיקה; זכות ההיוועצות; חזקת החפות וכו') במסגרתה יוכל הנאשם לנסות ולהוכיח את חפותו, לא יתקיים הליך צדק אמיתי. מטרות והגבלות אלו חשובות בעיקר בעידן הנוכחי, בו ניתן יותר כוח לרשויות השלטון, בו החברה הסמיכה את הרשויות לפעול על מנת להשיג את אינטרס הציבור.
- 5. **הגנה על זכויות נפגעי עבירה**.

מכנה משותף בין תכלית חשיפת האמת; הרשעת האשם ואותו בלבד וזיכוי החף מפשע

מלל: על פניו, תכליות 'חשיפת האמת', 'הרשעת האשם ואותו בלבד' ו'זיכוי החף מפשע' אינן יכולות לדור בכפיפה אחת תחת תכלית 'מניעת עיוות דין ושמירת כבוד האדם', שכן יש **ביניהן סתירה**. תכליות חשיפת האמת, הרשעת האשם ואותו בלבד וזיכוי החף מפשע מבקשות להגן על האינטרס הציבורי להילחם בפשיעה, בעוד שתכלית מניעת עיוות דין ושמירה על כבוד האדם מבקשת להגן על זכויות חשודים ונאשמים. כלומר, **בין 2 קבוצות אלו של תכליות ההליך הפלילי ישנו מתח בין 2 ערכים מרכזיים**: **ערך האמת** (ההליך הפלילי נועד לגלות את האמת באמצעות סד"פ) מול **ערך ההגיינות** שיש לו ערך עצמאי מעבר לגילוי האמת, הכלול גם הוא בסד"פ. **מתח זה אנו נדרשים לאזן, כאשר האחד לא בהכרח יגבר על האחר באופן קבוע.**

- **דוגמאות:**

- **10'ס' לפקודת הראיות** (חריג לעדות מפי השמועה) – ערך האמת < ערך ההגיינות.
 - **פס"ד חייבטוב (שהם)** – כדי לקבל הודיית חוץ של נאשם לעניין תוכנה, יש להוכיח כי ניתנה באופן חופשי ומרצון (**ס' 12 לפקודת הראיות**), כלומר עליה לקיים מבחן פנימי (מהימנות ואמינות בהודיה עצמה) ומבחן חיצוני (דבר מה נוסף כדי לחזקה). השופט קבע כי תנאים אלו התקיימו, אולם **יש לפסול את ההודיה לאור הלכת יששכרוב** (פגיעה בהליך הוגן). **ערך הגיינות < ערך האמת.**
 - **הלכת יששכרוב** – ערך ההגיינות < ערך האמת. **למשל:**
 - **פס"ד חייבטוב (שהם)** – חומרת העבירה אינה מהווה שיקול להימנע מפסילת ראיה לפי דוק' הפסילה הפסיקתית לאור פגיעה בלתי מידתית בזכות להליך הוגן, דווקא בעבירות החמורות מצופה כי תוקפד ההגנה על זכויות החשודים ונאשמים (העלות הגבוהה שבהרשעת שווא לעומת העלות החברתית הגבוהה בזיכוי שווא). **ערך ההגיינות < ערך האמת.**
 - **בדומה** – **פס"ד קסאי (ברק ארז)** – אין משמעות לחומרת העבירה כסיבה שתשלול את פסילת קבילות ראיה מקום בו התקבלה תוד פגיעה בזכות להליך הוגן.
 - **מנגד** – **פס"ד קסאי (מלצר)** – מחזיר לנוסחה את שיקול חומרת העבירה בעודו בוחן את אפשרות פסילת הראיה לאור הפגיעה שנגרמה, ובכפוף לנזק שבזיכוי שגוי.
 - **פס"ד קסאי (פוגלמן)** – התבצע עיכוב לא חוקי, שהתבסס על ממצאים לא אובייקטיביים ואולי אף טעמים פסולים וגזעניים, ולכן יש לזכות את הנאשם גם במחיר של פגיעה באמת העובדתית, בשם הפגיעה בזכות החוקתית להליך הוגן. **ערך ההגיינות < ערך האמת.**
 - **דוקטרינת הגנה מן הצדק** (מאפשר אפילו ביטול כתב אישום) – ערך ההגיינות < ערך האמת.
 - **ברק ארז בפס"ד חייבטוב** (ביחס לשימוש בסמים בחקירה) – ישנם מקרים בהם הפעלת אמצעי חקירה פסולים בתכלית אינה פוגעת רק בזכויות, אלא גם מסכלת את תכלית בירור האמת. לא ייתכן שחקר האמת יוביל את המשטרה, שאמונה על שמירת החוק, לעבור עליו ולחצות את הגבול. **ערך הגיינות + ערך האמת.**

3. **סייג: תכליות אלו אינן תמיד עומדות בסתירה זו לזו. למשל:** אי קבילות בדיקת פוליגרף מבכרת הגנה על זכויות חשודים, מתוך הבנה שכלי זה אינו מדויק, ובמקביל גם את תכליות חשיפת האמת, הרשעת האשם בלבד וזיכוי החף מפשע, שהרי הבנה כי תוצאות הבדיקה אינן מדויקות אנו מבטיחים בסבירות גבוהה יותר כי האשם יורשע ולא החף מפשע.

מהו סדר הדין הפלילי ומהן מטרותיו?

מהו סדר הדין הפלילי?

זהו סט של כללים שהחברה קבעה לעצמה כדי להוציא לפעול את ההליך הפלילי. סט כללים זה הוא שנותן את הכללים לעשיית צדק, להוציא את האמת לאור במשפט.

למה צריך סדר דין פלילי?

1. **אמצעי לאכיפת הדין הפלילי המהותי** – סדה"פ העוסקים בפרוצדורה, בעוד שהפרוצדורה נועדה לשרת את המהות. אולם, ישנם מצבים בהם הפרוצדורה הופכת למהות, לעיקר, ויכולה לשנות את התוצאה. לכן, חשוב להבין את השלכות המשפט החוקתי על תחום סדה"פ ודיני הראיות (דוגמה: דיני ההתיישנות הם עניין טכני שנועד לאפשר הליך הוגן ולמנוע מאדם ללכת עם חרב ההליך הפלילי מעל ראשו עד אין קץ).
2. **לקבוע סטנדרט ניהול משפט על מנת שיקויים באופן מסודר, יעיל והוגן** – סדה"פ מקיימים תכליות של יעילות, אחידות, שוויון, וודאות, מניעת שרירות ויוצרים אמות מידה להתנהגות סבירה. סטנדרט הסבירות משמש גם לקביעת רשלנות נגד עו"ד.
3. **לתת לנאשם תריס בפני עיוות דין – הגנה על זכויות המשפט של הנאשם** – הכללים נועדו להגן על זכות הפרט להליך הוגן, ולמנוע עיוות דין. בין המדינה לבין הפרט קיימים פערי כוחות אדירים, במיוחד בהליך הפלילי, כוח וסמכות פוגענית שאנו כאזרחים הענקנו למדינה מתוך הכרח. אולם, לאור הפגיעה בזכויות האזרחים שעלולה להיגרם מהפעלת כוח זה, עלינו להקפיד למנוע מצבים של פגיעה בזכויות ועיוות דין כלפי חשודים ונאשמים וליתן להם הליך הוגן, הגנה המתאפשרת בזכות הסטנדרט הנקבע בסדה"פ. הפגיעה בזכויות הפרט בהליך הפלילי כה חמורה, שהמערכת מוכנה לספוג זיכויי שווא ולא מוכנה לסבול מצבים הפוכים, בהם יורשעו חפים מפשע. יודגש כי פערי הכוחות בין המדינה לפרט כה עצומים, כך שאין משמעות למיהות הפרט שעומד מול המדינה ומה החוסן שלו ביחס לפרטים אחרים. (דוגמה: התביעה חייבת לשחק בקלפים פתוחים מול ההגנה, בעוד שההגנה יכולה לשמור את הקלפים קרוב לחזה (הלכת סילווסטר)).

שמירה / סטייה מהכללים

למה חשובה שמירה על הכללים? מונעת רשלנות במקרים עתידיים, עלויות התידינות, חוסר שרירות. בנוסף, כללים טובים יובילו לזיכוי החף מפשע ולהרשעת האשם.

מתי תתאפשר סטייה מהכללים? 2 תנאים (מצטבר):

1. **כאשר יש סמכות לסטות** – כשהחוק/תקנה מתירים לסטות מהכללים. **ס' 3 לחסדה"פ – סדרי דין באין הוראות מעניק** הסמכה כללית לבהמ"ש לקבוע כיצד לנהוג, מקום בו אין הוראה אחרת בחיקוק.
2. **הסטייה מהכללים לא תפגע בזכותו של הנאשם להגן על עצמו** – איזון בין מטרות ההליך הפלילי במסגרת כללי הפרוצדורה. דוגמאות:

א. **ס' 238 לחסדה"פ – פגמים שאינם פוגמים בדין** קובע כי ניתן לחרוג מהכלל לפיו ליקוי טכני במסמך אינו פוגע בתוקף ההליך לפיו, מקום בו אין חשש לעיוות דין, אולם אם נראה לבהמ"ש כי בקבלת המסמך כאמור יש כדי להקים חשש לעיוות דינו של הנאשם, בהמ"ש רשאי לעשות הכל כדי לרפא את החשש.

ב. **פס"ד סילווסטר – לא כל פגם טכני יוביל לזיכוי; בהמ"ש מאפשר סטייה מהכללים/טעות מקום כשאין עיוות דין**

רקע: סילווסטר היה אזרח בריטי, אשר הועמד לדין לאחר קום המדינה לפי הפק' המנדטורית, בעילת ריגול מכוון. התביעה כשלה בלציין בכתב האישום את תיאור העבירה ויסוד הכוונה. סנגורו של סילווסטר טען כי מדובר בפגם בהליך הפלילי, ולכן יש לזכות את מרשו, שהרי מדובר בטעות בניסוח לב הגדרת העבירה.

הכרעה (עליון): זמורה קבע כי מד"י המתהווה דוחה את הגישה הבריטית לעניין היחס לפגמים טכניים בהליך פלילי. במסגרת זאת נקבע, כי הפרוצדורה הפלילית אמנם מבקשת להגן על הנאשם מפני עיוות דין, אך לא ניתן לשחק בכללי הדין הפלילי כבמשחק שחמט, בו כל מהלך לא נכון משנה את גורלו. כלומר, בעניינים טכניים, להם אין כל קשר לגילוי האמת, שאלת החפות או האשמה של הנאשם, לא יעלה על הדעת שאדם יזוכה/יורשע בשל טעות טכנית.

ג. **פס"ד אפללו – הזכות להליך הוגן אינה כוללת בחובה את הזכות של הנאשם להנות מיתרון טקטי**

רקע: התביעה ביקשה להגיש קלטת כראיה, אולם הנאשם וסנגורו התנגדו בטענה שאינה קבילה. בהמ"ש קבע כי סוגיית קבילות הראיה תידון בשלב מאוחר יותר, אך הנאשם וסנגורו התעקשו שהדבר יעשה כעת, שכן אחרת יעיד הנאשם מבלי לדעת את תוצאות הקבילות וימנע ממנו יתרון טקטי.

הכרעה: אמנם, הכללים נועדו למנוע פערי כוחות, אך עדיין מטרתו של ההליך הפלילי היא לחשוף את האמת, ובכך להביא לזיכוי של החף מפשע, ולהרשעתו של האשם. הן התובע, והן הנאשם צריכים לתרום את חלקם לשם קידום מטרה זו, ואין מטרתו או כוונתו של ההליך להעניק יתרון טקטיים למי מאלה, אין מדובר במשחק/בתחרות. אכן, ככלל, הנאשם לא אמור להיות מופתע מהתביעה, שכן לפי **ס' 74 לחסדה"פ** על התביעה למסור לו את כלל חומרי החקירה ולשחרר בקלפים פתוחים, דבר שאינו נדרש ממנו, ובפועל מעניק לו יתרון טקטי, אך אין הדבר נכלל בזכותו של הנאשם להליך הוגן. בשורה התחתונה נקבע, כי לא נכלול במסגרת הזכות להליך הוגן את זכותו של הנאשם שלא להיות מופתע.

ד. **ס' 167 לחסדה"פ – ראיות מטעם בהמ"ש** – סעיף זה חריג לשיטת המשפט שלנו (אדברסרית), מכיוון שלבהמ"ש ניתנת כאן סמכות אקטיבית לזמן עדים, ולהורות על הבאת ראיות אחרות. סעיף זה הוא סממן לשיטה

האינקוויזיטורית, במסגרתה בהמ"ש מעורב ואינו מהווה שחקן פאסיבי. כאן, ניתנת לבהמ"ש הסמכות לסטות לכאורה מהכללים הפרוצדורליים, שכן אין בכך כדי לעוות את הדין ולפגוע בזכותו של הנאשם להליך הוגן. **פס"ד קניר – טעות טכנית של התביעה, אותה התיר בהמ"ש שכן לא היה בכך כדי לפגוע בזכות הנאשם להליך הוגן, והדבר לא שינה את פסה"ד המהותי**

רקע: סגור הנאשם טען כי התביעה לא הוכיחה שהנאשם תושב ישראל. בתגובה התביעה ביקשה להביא הוכחה בשלב הסיכומים, ולא בשלב ההוכחות, בכפוף ל**ס' 167 לחסד"פ**, כראיה מטעם בהמ"ש, ולזמן פקיד של משרד הפנים. ההגנה התנגדה, בטענה שמהלך מעין זה אינו ראוי.

הכרעה: **ס' 167 לחסד"פ** מאפשר לחרוג מכללי הפרוצדורה, ולהביא ראיה בשלב הסיכומים. בהמ"ש המשיך את הקו של פרשת סילווסטר, וקבע כי מטרתו של ההליך הפלילי להביא לחשיפת האמת, אין מדובר בתחרות והתכליות אינן סותרות אחת את השנייה. אם בהמ"ש ידבוק בעניינים טכניים, אמון הציבור יפגע, ולכן לא ניתן לזכות אדם על עניין שולי וטכני, ובכך לחסום את יציאת האמת לאור.

1. **פס"ד אנג'ל – טעות טכנית של התביעה, בהמ"ש התיר אותה ודחה את טענת הנאשם לנזק, לא נגרם לו נזק**
רקע: **ס' 74 לחסד"פ** מחייב את התביעה להעביר להגנה את כלל חומרי החקירה יחד עם כתב האישום. אולם לעיתים, טעויות קורות, וכשמדובר בכמות מאוד גדולה של ראיות דברים עשויים להתפספס. במקרה של פסה"ד, התביעה כשלה למסור להגנה קלטת. הנאשם טען כי יש לזכות אותו, מכיוון שלו היה יודע שיש בידי ההגנה את החומר הנ"ל, היה מעיד אחרת, וכעת יצא שקרן.

הכרעה: ספק רב אם נאשם יכול להישמע בטענה שנגרם לו נזק שכן בשל אי גילוי ראיה מסוימת מטעם התביעה, מסר ביודעין עדות כוזבת, מקום בו הדבר התגלה ויצא שקרן בעיני בהמ"ש.

2. **פרשת דמיאניוק – בהמ"ש לא אפשר לסטות מהפרוצדורה מתוך חשש לעיוות דין ופגיעה בזכות להליך הוגן**
רקע: דמיאניוק שימש כוואכמן בסוביבור, וכפקיד בטרבלינקה, שם כונה איוון האיום. העדויות עליו סיפרו על אכזריות נוראית, וסיוע מאוד אקטיבי למכונת ההשמה הנאצית. לאחר המלחמה הוא עבר לארה"ב. בשלב מסוים, האמריקנים גילו שהוא הונה את רשות ההגירה וכי מדובר באדם שעבד באס-אס הנאצי. אזרחותו נשללה, הוא הוסגר לישראל והועמד לדין. כתב האישום נגדו הוגש לאור **חוק עשיית דין בנאצים ובעוזריהם** כשהאישום נגדו גרס כי מדובר באיוון האיום, פושע שביצע מעשי התעללות חמורים בטרבלינקה. ההרכב שדן אותו היה ייחודי – 2 שופטי מחוזי (**צבי טל**; **דורנר**) ושופט עליון (**דב לוי**). בהמ"ש המחוזי גזר אותו לגזר דין מוות, לכן באופן אוטומטי התיק עבר לערעור בעליון. באותה תקופה, התרחשה נפילת מסך הברזל וראיות חדשות נתגלו, וביניהן כי איוון האיום היה למעשה אדם בשם איוון מרצינקו. דמיאניוק טען כי הוא אינו אותו אדם, אלא היה שומר במחנה, וכי מכך מתעורר ספק סביר המצדיק זיכוי.

התביעה ביקשה להפעיל את **ס' 184 לחסד"פ** המאפשר לסטות מהכלל ולאפשר לבהמ"ש להרשיע נאשם ע"ב ראיות שהתגלו במהלך המשפט, אף אם העובדות אינן כתובות בכתב האישום, אולם לשם כך יש צורך לוודא כי לנאשם ניתנה הזדמנות סבירה להתגונן (ראייתית ומהותית) ובתנאי שהעונש שיוטל עליו לא יהא חמור מזה שהיה מקבל לו הוכחו העובדות בכתב האישום. מכך, טענה התביעה כי הוצגו במשפט ראיות לכך שאותו דמיאניוק המצוי כעת בישראל עשה מעשים נוראיים בישראל ולכן יש להרשיעו בגינם.

הכרעה (עליון): בהמ"ש דחה את טענת התביעה, וזיכה את דמיאניוק מהאישומים שיוחסו לו בכתב האישום בישראל, בשל הספק שהתעורר מתוך החשש שאיוון מרצינקו לא יזכה להליך הוגן, שהרי לא זכה להתגונן מפני האישומים לגבי הפשעים שבוצעו בסוביבור.

• **הערה:** היועמ"ש בחר שלא להגיש כתב אישום חדש בגין מעשיו בסוביבור, בטענה שאין סיכוי סביר להרשעה, וכי אין עניין ציבורי בכך. בהמשך, דמיאניוק הועמד לדין והורשעה בשנת 2011 בגרמניה על פשעיו בסוביבור בגין סיוע לרצח.

השפעת ההליך הפלילי על גילוי האמת

היבטים פרוצדוראליים המשתנים בין מדינות, וחשובים לגילוי האמת:

1. **חזקות משפטיות** – אמת עובדתית (משקפת את ההתרחשות שחזר שופט מקצועי את המציאות ע"ב הראיות שהוצגו בפניו, ובכפוף לפרוצדורה משפטית) (משקפת את ההתרחשות דרך שחזור שופט מקצועי את המציאות ע"ב הראיות שהוצגו בפניו, ובכפוף לפרוצדורה ולסייגים). **דוגמאות:**

א. **בג"צ אלון (רצח ארלוזורוב)** – שנים לאחר הרצח, ישראל החליטה להקים ועדת חקירה שמטרתה הייתה לגלות את האמת העובדתית של רצח ארלוזורוב. הוגשה עתירה בעניין. בהמ"ש קבע כי **דרכי הבירור של האמת ההיסטורית שונות מאלו של בירור האמת המשפטית, אשר מוגבלת ומהווה תולדה של דיני הראיות והפרוצדורה. אין מניעה לחקור את האמת העובדתית ההיסטורית, ואין הדבר ישפיע על האמת המשפטית כפי שקבע אותה בהמ"ש.**

ב. האמת המשפטית בהליך פלילי עשויה להיות שונה מהאמת המשפטית בהליך אזרחי, בשל ההבדל ברף ההוכחה הנדרש. ובנוסף, שתי אלו עשויות להיות שונות מהאמת העובדתית ההיסטורית.

2. **שיטת המשפט: אדברסרית/אינקוויזיטורית** –

א. **שיטת המשפט האדברסרית** – שיטה מבוססת על עימות בין 2 צדדים: התביעה וההגנה, כאשר לבהמ"ש אין אלא את מה שענינו ראות, בעוד שהצדדים אחראיים להבאת הראיות. כלומר, בהמ"ש הוא גוף עצמאי ופאסיבי – יושב ומקשיב לצדדים ומכריע ביניהם. בהתאם, בהמ"ש אף אינו מכיר את הראיות מראש, על מנת לא לגבש עמדה טרם ישמע את הצדדים.

- **רציונאליים:**

1. מדיניות של אי התערבות חיצונית (הגישה הליברלית);

2. לנאשם יש מונופול על ההגנה שלו מתוך תפיסה שהוא יודע יותר טוב מכל אחד אחר איך לנהל את ענייניו, לאור האינטרס האישי שלו;
3. כל צד מייצג אינטרס – אישי/ציבורי, וניתן להניח כי כל צד יעשה את עבודתו בצורה הטובה ביותר כדי לקדש את מטרתו ולשכנע את בהמ"ש בגרסתו.

- **ביקורת (קרמניצר)** -

1. לא תמיד **רמת 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.

← **פתרון מוצע**: שילוב אלמנטים מהשיטה האינקוויזיטורית לשיטה האדברסרית, ע"י מתן אפשרות לשופט לעיין בחומר הראיות טרם המשפט.

↓ **חסרון**: השופט עלול לגבש עמדה לפני שיתאפשר לנאשם להגן על עצמו.

- **דוגמה** – ניסיון של המחוקק להתגבר על הקשיים: בישראל תוקן לאחרונה **ס'143א לחסד"פ** המאפשר לשופט לנהל דיון מקדמי בתחילת המשפט. במסגרת הדיון המקדמי בהמ"ש רשאי לעיין בחומר החקירה וברשימת החומר הנאסף, כמו גם בחומר שנרשם ע"י ההגנה.

○ **מטרה**: בירור הודיית הנאשם; בחינה לצמצום המחלוקת העובדתית או המשפטית; סיום הדיון במסגרת הדיון המקדמי.

↓ **סייגים** / **פתרונות**

▪ קיום דיון מקדמי מוגבל בתנאים – הסכמת הנאשם להליך; היות הנאשם מיוצג; הסכמת התובע.

▪ **ס"ק(ה)** – אם הדיון המקדמי לא צלח, ניהול המשפט מועבר לידי שופט אחר. בהתאם לכך, גם פרוטוקול הדיון המקדמי לא יעבור, יותר חסוי, ולא יעשה בו שימוש כראיה בהליך משפטי אחר.

• **ביקורת המרצה** – השופטים בלאו הכי לא ניטרליים, שכן הם חשופים למדיה ולחדשות, ושומעים מה אומרים בחדשות על התיקים שלהם. בנוסף, באי אכיפת ס' הסובידיצה נפגע אמון הציבור.

ב. שיטת המשפט האינקוויזיטורית – שיטה מבוססת על חקירה של השופט, אשר אחראי לגילוי האמת המהותית. כלומר, במסגרת זאת, השופט מזמן עדים, נותן צווים, מופקד על חקר גילוי האמת, לא מוגבל ע"י הצדדים וחלות מגבלות מעטות ביחס לקבילות ראיות.

← **השיטה הנהוגה בישראל: שיטה אדברסרית עם סממנים אינקוויזיטוריים**, שהתקבלה בירושה מהמשפט המקובל.

↓ **הייגים** – סממנים אינקוויזיטוריים: **מתי בהמ"ש כן יתערב בניהול המשפט?**

- **ס'167 לחסד"פ** המאפשר לבהמ"ש לזמן עדים/ראיות;
- **פרשת קניר** – נעשה שימוש ב**ס'167 לחסד"פ**;
- **פרשת דמינאיק** – **ס'184 לחסד"פ** המאפשר לבהמ"ש להכריע ביחס לעובדות שלא מצוינות בכתב האישום;
- בהמ"ש מברר בפתח הדיון את עמדת הנאשם (לאחר שלב ההקראה של כתב האישום, הנאשם משיב לאישום בכפירה/הודאה).
- כאשר התביעה פעלה שלא כדין;
- תיקון טעות פרוצדוראלית של אחד הצדדים.

3. **מושבעים/שופט מקצועי** – בישראל אין שיטת מושבעים, מכיוון שהבריטים בתקופת המנדט לא סמכו על המושבות שידעו לשפוט עבור עצמם.

א. היסטורית – למה אפשר להגיש עתירה ישר לעליון (בג"צ) – הבריטים בתקופת המנדט לא רצו שמי שיבקר את מנהל המנדט הבריטי יהיו שופטים בערכאות נמוכות, מכיוון שהיו שופטים מקומיים ולא סמכו עליהם. בבהמ"ש העליון ישבו שופטים אנגלים מהמנדט.

ב. **תפקידי השופט בשיטת המושבעים** – (1) סינון חומר הראיות שמגיע למושבעים; (2) הנחיית המושבעים מה לעשות עם החומר המוצג לפניהם.

ג. **יתרונות בשיטת המושבעים** – אין צורך בהתמקצעות של שפיטה כדי לדעת אם פלוני דובר אמת, זה דבר שמהווה חלק מהשכל הישר של כל אדם, ולא בהכרח נתון רק בידי השופטים. בנוסף, בשיטה זו יש משום שיתוף כלל הציבור, הדיוטות, במלאכת השפיטה.

ד. **חסרונות שיטת המושבעים** – מוגבל בהגעה לחקר האמת, כך למשל רוב המושבעים המוצבים למול תוצאות בדיקת פוליגרף יאמינו לתוצאותיה, למרות שהוכח שמדובר בכלי לא מדויק ואמין; יתרה מכך, שיטה זו אינה מהווה בהכרח הפתרון האולטימטיבי (הוכחה לכך היא פרויקט החפות – מושבעים מרשיעים חפים מפשע על סמך הודאה מילולית בלבד, ולא יודעים לבחון את המקרה בצורה דקדקנית כפי ששופט מקצועי יודע לעשות).

4. **כלל מהותי/כלל דינוי** –

א. **כלל מהותי** – אלו דיני העונשין, מדובר על כלל שמגדיר מה אסור ומה מותר. כללים אלו מגדירים נורמות חברתיות – זכויות וחובות.

ב. כלל דיוני – מגדיר כיצד הפרט והחברה מממשים את הכללים המהותיים.

← **חשיבות האבחנה בין כלל דיוני לכלל מהותי:**

- זמן תחולה –
 - כלל מהותי – אינו חל למפרע (ס' 4-5 לחוק העונשין).
 - כלל דיוני – חל אקטיבית ורטרוספקטיבית, היינו גם על עבירות שבוצעו לפני שתוקנו.
 - אפשרות סטייה מהוראות החוק –
 - כלל מהותי – לא ניתן לסטות מהוראות חוק מהותיות.
 - כלל דיוני – בהמ"ש גמיש בהתרת סטייה מהוראות חוק דיוניות, בתנאי שלא נגרם עיוות דין.
5. כללים פרוצדוראליים שמשפיעים על המהות –

- א. כלל סופיות הדין – **חריג:** אפשרות לבקש משפט חוזר מקום בו התגלתה ראייה מזכה לאחר הכרעת הדין.
- ב. דיני ראיות – דוגמאות: חסיונות (כהן דת, עו"ד-לקוח, עיתונאי); איסור על עדות אישה נגד בעלה בעבירות שאינן אלימות; האזנת סתר מפלילה בלתי קבילה וכו'.
- ג. דיני חקירה, חיפוש ומעצר – המשפט מטיל הגבלות על החוקרים בחיפושם, מעצרים וחקירות גם במחיר של פגיעה בעשיית צדק.
- ד. זכות השתיקה והחיסיון מפני הפללה עצמית – אלו אינם עולים בקנה אחד עם חשיפת האמת, אולם מטרתם אינה לשרת עבריינים, אלא את החפים מפשע שעלולים להודות בדבר שלא עשו מתוך לחץ האמצעים המופעלים עליהם.

- דוגמאות:

- פרשת הפניקס – הדגמת ההבחנה בין סיטואציה שהמדינה חורגת מהכללים והגישה הנוקשה כלפיה, לעומת סיטואציה בה הנאשם חרג מהכללים אז בהמ"ש ייטה להקל ולחרוג מהכללים לאור חוק כבוד האדם וחירותו, צריך לשים דגש חזק יותר על זכויות הפרט. עלינו להעדיף את זכותו של הנאשם למצות ההליכים העומדים לרשותו עד תום, על פני זכאותו של הציבור לוודאות משפטית. ומנגד, אנחנו נגביל את המדינה את יכולתה להאריך את ההליך הפלילי מעבר למינימום הדרוש, ונדרוש ממנה לעמוד בהגבלות הפרוצדוראליות, בזכרנו כי בכף השנייה נמצא הנאשם, החרד לגורלו ומעוניין לדעת במהירות מה יהיה גורלו. אין פירוש הדבר כי ידו של הנאשם תמיד תהיה על העליונה, אלא כי יש לתת משקל לזכויות היסוד המהותיות, במסגרת דיני הפרוצדורה.

סקירת ההליכים העיקריים בסדר הדין הפלילי

1. חקירה

א. איך מתחילים בחקירה – יש 2 דרכים בהן המשטרה תפתח בחקירה (ס' 59 לחסד"פ):

i. אם הוגשה תלונה.

- ס' 58 לחסד"פ קובע כי כל אדם רשאי להגיש תלונה למשטרה על עבירה שבוצעה.

ii. בכל דרך אחרת במסגרתה התעורר חשד סביר המצדיק זאת (דוגמה: כתבה עיתונאית).

⌋ **סייג:** לכאורה אין למשטרה שיקו"ד מתי לפתוח בחקירה, למעט שיקו"ד הנתון לקצין משטרה ביחס לעבירות חטא או עוון לגביהן הוא סבור כי הנסיבות אינן מתאימות לפתיחת חקירה, או כי ישנה רשות אחרת המוסמכת בדיון לחקור בעבירה. הפסיקה הרחיבה את שיקוה"ד הנתון גם לעבירות פשע.

← **בשורה התחתונה:** המשטרה לא תפתח בחקירה בגין כל תלונה, אלא כל עוד יש תשתית ראייתית מינימלית (חשד סביר) המצדיקה זאת (בג"צ צדוק).

- ס' 63 לחסד"פ קובע כי מקום בו נסגרה התלונה מבלי לחקור, יש ליידע על כך את המתלונן.

- ס' 64 לחסד"פ קובע כי על כל החלטה לסגור תיק ע"י התביעה/החלטה שלא לפתוח בחקירה, המתלונן יכול להגיש ערר.

- מטרתה של המשטרה בחקירה היא לאסוף ראיות מספקות, אותן תעביר לתביעה שתחליט האם להעמיד לדין.

ב. **דגל אדום לפתיחת חקירה – ס' 59א לחסד"פ** קובע כי כאשר מדובר בעבירות מין או אלימות בין בני זוג, חזרת המתלונן מהגשת התלונה, לא תהווה כשלעצמה סיבה יחידה להחלטה לא לפתוח בחקירה.

- i. **רציונל:** קרו מקרים בהם מתלוננת/חזרה/בוא מהתלונה, ולבסוף התרחשו מקרי רצח ואלימות נוספים.
- ג. **הבחנה בין בדיקה לחקירה –** בדיקה זה מונח שלא כתוב בחוק. מונח זה נולד ממקרים בהם עדיין אין חשד סביר לביצוע העבירה, כלומר אין עילה לפתיחה בחקירה, אולם עדיין יש מידע כלשהו (בטח כשמדובר באישיות ציבורית) וחשוב לבדוק אותו. פתיחת חקירה עלולה לגרום נזק ולעלות על התועלת, לכן מתבצע תהליך טרום חקירתי (בדיקה) כהליך מידתי יותר ואמצעי להתמודד עם תלונות שהוגשו לתכליות זרות.

ד. **גופים נוספים שיכולים לחקור –** מלבד משטרת ישראל, שהיא גוף החקירה הראשי, ישנם גופים נוספים שמוסמכים לפתוח בחקירה, כדוגמת הרשות לניירות ערך; רשות המיסים. יודגש, כי כל סמכות של גוף לפתוח בחקירה שפוגעת בזכויות יסוד חוקתיות צריכה להיות מעוגנת בחוק או להינתן מכוח הסמכה מפורשת על פיו. אם כן, ברי כי ישנם חוקים שמקנים לגופים נוספים סמכויות חקירה מלבד המשטרה. ס' 241 לחסד"פ מגדיר במפורש כי הוראות החוק הנ"ל אינן גורעות מסמכויותיו של מי שהוסמך לחקור עפ"י חוק אחר.

ה. **זכויות בחקירה –** לחשוד יש זכות שתיקה וזכות היועצות עם עו"ד. לעד לא עומדת זכות שתיקה, אלא רק זכות להימנע מהפללה עצמית, לכן עד ששותק עובר עבירה פלילית.

ו. **הכלים שעומדים לרשות המשטרה בחקירה –**

- i. **חקירת חשודים** – חשוד הוא אדם הנחקר תחת אהרה. חשוד זכאי לזכות השתיקה המוחלטת (רחבה יותר מהזכות לאי הפללה עצמית) ולזכות ההיוועצות בעו"ד.
- **הערה:** כאשר מדובר בבדיקה ולא בחקירה, הרי שאין חקירה תחת אזהרה, ואי אפשר להשתמש במה שהחושד אמר אם טרם נפתחה חקירה.
- ii. **חקירת עדים** – עד, לעומת חשוד, חייב להשיב לכל השאלות שהוא נשאל בחקירה, למעט שאלות שעלולות להביא להפללה עצמית.
- **הערה:** ייתכן מצב בו מתעורר חשד סביר לגבי עד בזמן שנחקר במשטרה, במצב זה על המשטרה להזהיר את העד – לומר לו שהוא חשוד, וליידע אותו כי הוא זכאי לזכות השתיקה ולזכות ההיוועצות בעו"ד. מרגע זה ייחשב כחשוד.
- **רציונל:** האזהרה חשובה בשביל לוודא שהכל נעשה מתוך רצון חופשי ולא מתוך לחץ, למקרה של הודאה למשל.
- iii. **חיפושים.**
- iv. **תפיסת הפצים.**
- v. **תרגילי חקירה** – עימותים, מדובב.
- vi. **מעצר לצרכי חקירה** – לא כל מקרי חקירה מלווה במעצר, אלא מדובר במקרים חריגים בלבד. מעצר הוא אמצעי הגורם לפגיעה קשה במדינה דמוקרטית, לאור העובדה כי משמעותו היא שלילת חירותו של אדם חף מפשע. עם זאת, המעצר הוא אמצעי הכרחי משום שהוא נדרש להבטיח את ההליך הפלילי, והוא מתבצע רק במקרים בהם הדבר נדרש. כלומר, מעצר לצרכי חקירה נועד לאפשר חקירה ראויה.
- ישנם 2 סוגים של מעצר לצרכי חקירה (**ס' 23 לחסד"פ**):
1. מעצר ראשוני ללא צו – מעצר זה מתבצע בשטח, ומתרחש בתנאים מסוימים בהם לשוטר אין זמן לחכות לקבלת צו והזמן דוחק (**דוגמה:** אדם גנב בושם וניסה לברוח מהסופר פארם).
 2. מעצר ראשוני עם צו – מבקשים צו מבהמ"ש השלום במעמד צד אחד. קורה לרוב בחקירות סמויות. השופט צריך לבדוק תשתית ראייתית ועילת מעצר טרם יעניק צו מעין זה.
- **הערה:** אנו נעדיף מעצר עם צו פני שבכך נוודא בחינה של עיניים שיפוטיות את המעצר, קודם לביצועו והפגיעה הנגרמת ממנו.
- בכל מקרה, **בשני סוגי המעצרים, אם המשטרה רוצה להאריך את המעצר, צריך להביא את העצור תוך 24 שעות לפני שופט להארכת מעצרו.**
- השופט רשאי להאריך את המעצר – "מעצר ימים" שמוגבל בזמן. מעצר מעין זה **מוגבל בזמנים:** ניתן להאריך אותו עד 30 יום **ע"י שופט שלום**, ומעבר לכך צריך לקבל את אישור **היועמ"ש** שיכול להאריך עד 75 יום סה"כ. מעבר לכך, רק **שופט עליון** יכול לאשר מעצר לצרכי חקירה.
- ← **בשורה התחתונה: ניתן לעצור אדם לצרכי חקירה, רק אם יש (מצטבר): (1) תשתית ראייתית מינימלית** – חשד סביר לביצוע עבירה, לצורך כך ניתן לעשות שימוש גם בראיות בלתי קבילות (**דוגמה:** פוליוגרף/מידע מודיעיני); **(2) עילת מעצר** – מסוכנות/חשש לשיבוש הליכי חקירה/צורך בנקיטת פעולות חקירה מיוחדות המצריכות מעצר החשוד (**דוגמה:** מדובב); **(3) היעדר דרך חלופית מידתית יותר להשגת תכלית המעצר** מבלי לפגוע פגיעה כ"כ קשה בחירות הנעצר.
- בהמ"ש עצמאי בקבלת ההחלטה האם לאפשר הארכת מעצר, אולם החשוד יכול להגיש: (1) ערר ברשות ובזכות לערכאות הגבוהות יותר; (2) בקשה לעיון חוזר לאותה ערכאה.
 - **הערה:** בשלב זה התביעה עדיין לא מעורבת, אלא המשטרה היא זו שמגישה את הבקשה להארכת המעצר, שכן מטרת המעצר היא חקירה, אותה מבצעת המשטרה.
 - **הערה:** מעצר חייב להיות תלוי על 'קולבי' כלשהו, ואינו יכול להיות מנותק מהליך.
- כל חקירה של המשטרה מתועדת. הכי טוב לתעד חקירה באמצעים חזותיים (וידאו), דבר שקורה בעבירה שעונשה מעל 10 שנות מאסר, אולם אין מספיק אמצעים בשביל לעשות כן בכל חקירה, ולכן במקום זאת נעשה שימוש גם בתיעוד אודיו ותרשומת בכתב.
- **רציונל:** תיעוד החקירה הופך אותה לשקופה לציבור, דבר שמשיא את אמון הציבור, ומאפשר לוודא כי לא נגרמה פגיעה לזכויות החשוד/הנחקר במהלך החקירה.
- חקירת עד/הכנת עד למשפט – הפרקטיקה של ראיון עדים חשובה כדי להגיע לחקר האמת, אך גם לה יש גבולות.
- **אסור** לעד, ובוודאי לא לתובע, לשקר; לשים מילים בפיו של העד בראיון; לראיין מספר עדי תביעה במקביל מחשש לתיאום עדויות.
 - **מוותר** לתובע להראות לעד את עדותו במשטרה ולרענן את זכרונו.
- ← **סייג: אם העד חידש דבר מה** בהכנת התובע את העד לעדות, על התובע ליידע במזכר את הסנגור של הנאשם, לאור **ס' 74 לחסד"פ** במסגרתו נדרשת התביעה לשחק בקלפים פתוחים. התובע לא יכול לערוך מקצה שיפורים, תפקידו אינו לערוך הליך חקירתי.
- **הערה:** כללים אלו חלים גם ביחס לראיונות של סנגור עם עדי ההגנה, אולם ביחס לתובע הדבר מקבל משנה תוקף, שכן מדובר ברשות ציבורי וכללי המשפט המנהלי חלים עליו בנוסף לכללי האתיקה.

- **הערה – ניסיון של בהמ"ש לקדם את חקר האמת:** כדי לוודא שלא נחצים קווים אדומים ע"י התביעה, נקבע בבהמ"ש המחוזי בת"א כי על הפרקליטות חלה החובה לתעד ראיונות עם עדי התביעה, למרות שהדבר אינו נקבע בחוק. על אף היתרונות שבדבר, דרישה זו מחייבת השקעת משאבים וכספים רבים, ובנוסף עשוי להיות בכך אפקט מצנן. הוגשה עתירה לבג"צ בעניין (נדיר בהליך פלילי, שכן הכלל הוא כי אין ערעור על הליכי ביניים, אך לבג"צ יש סמכות לפי **ס'15 לחו"י: השפיטה** ליתן סעד מן הצדק). בג"צ פסל את החלטת בהמ"ש במחוזי, בנימוק שזה עניין למחוקק לקבוע, שהרי חובת התייעוד אינה קבועה בחוק ויש לכך השלכות אדירות הדורשות בחינה דקדקנית.
- **פרקליט מלווה** – מדובר על פרקליט שמלווה את חקירה המשטרה. זהו חריג מפני שלרוב הפרקליטות לא מעורבת בחקירה. **למה?** מחד גיסא, המשטרה אוספת ראיות עבור הפרקליטות, וככל שתהיה מעורבת הדבר רק ייטיב ויקל עליה. אך מאידך גיסא, יש בכך בעיות תקציב, ומשום כך היא מעורבת ב-2 מצבים:
 - תיקים גדולים ורבי חשיבות.
 - כאשר יש בקשה למעצר או מעצר עד תום ההליכים מקום בו יוגש כתב אישום, מפני שהזמנים במצב זה קצרים והם נדרשים להיות 'בלופ'.
- לאחר שהסתיימה החקירה, חומרי הראיות מועברים לתביעה (פרקליטות/תביעה משטרתית).

2. העמדה לדין

א. סוגי תובעים – 4 סוגים הכפופים ליועמ"ש:

- i. היועמ"ש (**ס'12(א)(1) לחסד"פ**) – ראש התביעה הכללית. נמצא מעל הפרקליטות בסמכותו, כאשר כל שאר התובעים כפופים לו.
 - ii. פרקליטות (**ס'12(א)(1)(א) לחסד"פ**) – מורכבת מפרקליטות המדינה התובעת בעליון, ופרקליטות המחוז התובעות בכל הערכאות. פרקליט המדינה יושב בראש כל הפרקליטות. לרוב עבירות מסוג פשע (3 שנים ומעלה) יהיו בסמכות הפרקליטות.
 - iii. התביעה המשטרתית (**ס'12(א)(2) לחסד"פ**) – אלו שוטרים שקיבלו מינוי ממפכ"ל המשטרה להיות תובעים. התביעה המשטרתית נושאת ברוב תיקי התביעה בארץ, ותובעים בעיקר בבהמ"ש השלום. התביעות בהן התביעה המשטרתית מטפלת הן לרוב בעניין עבירות חטא ועוון, אולם לעיתים גם בעבירות פשע (**דוגמה**: גרימת מוות ברשלנות יהיה אצל הפרקליטות).
 - iv. עו"ד שקיבל הסמכה מהיועמ"ש להיות תובע פלילי (**ס'12(א)(ב) לחסד"פ**) – אלו עו"ד פרטיים שקיבלו הסמכה מהיועמ"ש לשמש כתובעים פליליים. עוה"ד המקבלים הסמכה מהיועמ"ש יכולים להיות לעיתים גם עובדי ציבור, (**דוגמה**: רשות הטבע וההגנה היא תאגיד סטטוטורי).
- **רציונל:** הדבר לרוב נובע ממחסור בכוח אדם, וצורך במומחיות מקצועית ספציפית בהם ניתן להשתמש לתועלת התביעה.
- **ביקורת:** ישנו קושי בהיותו של עו"ד פרטי כמי שמשמש כתובע פלילי, שכן זה אינו נתון לכללי האתיקה והמשמעת השלטונית להם נתונים עו"ד הפועלים במסגרת מוסדות השלטון. לאור ביקורת זאת, אכן ישנו פיקוח על עוה"ד הללו.
- v. תובעים שקיבלו הסמכה מהחוק – למרות שכלל גוף המוסמך להגיש כתב אישום יחזיק בהסמכה מהיועמ"ש ישנם מקרים בהם החוק מסמך תובעים לכך (**דוגמה**: חוק התכנון והבנייה מסמך את הועדות לתכנון ובנייה לשמש כתובעות; חוק השיפוט הצבאי מסמך את התובעים הצבאיים לשמש כתובעים בעבירות בצבא).
- ב. **החלטה אם להגיש כתב אישום או לסגור את התיק** – לתביעה יש כוח חזק מאוד בשלב זה, אשר מפוקח ע"י בהמ"ש, התקשורת, לשכת עוה"ד, מבקר המדינה, ולאחרונה גם ע"י גוף חדש בפרקליטות. בשלב זה, התובע מקבל את חומר החקירה (**ס'60 לחסד"פ**) וצריך להחליט האם:
- i. לבקש המשך חקירה – היועמ"ש או התובע רשאים להורות למשטרה להמשיך בחקירה, אם מצאו כי יש בכך צורך בטרם יקבלו החלטה האם להעמיד לדין או לשם ניהול יעיל של המשפט (**ס'61 לחסד"פ**).
 - ii. לסגור את התיק בהסדר מותנה (**פרק ד' סימן א'1 לחסד"פ**).
 - iii. לסגור את התיק מחוסר עילה/היעדר אינטרס ציבורי – על החלטה שלא להעמיד לדין תימסר הודעה בכתב לחשוד (**ס'62(ב) לחסד"פ**). פירוט עילת הסגירה לא תימסר בהודעה זו, אלא אם מדובר בעבירת מין או אלימות. החשוד רשאי לברר את עילת סגירת התיק במשטרה:
- **חוסר אשמה** – אין ספק שהחשוד לא ביצע את העבירה הפלילית בה הוא נחשד (עדיף לנאשם).
 - **חוסר ראיות** – אין סיכוי סביר להרשעה ע"ב ראיות קבילות (פחות טוב לנאשם כי הרישום הפלילי לא נמחק).
 - **נסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות להעמדה לדין (חוסר עניין ציבורי)** – בכפוף לאישור בעל תפקיד (**ס'62(א) לחסד"פ**). מדובר על מצב בו הנזק הכרוך בהעמדה לדין עולה על התועלת.
- בנוסף, הוא רשאי גם להגיש ערר בבקשה לשנות את עילת הסגירה. בתיק שנסגר בשל חוסר אשמה, יימחק רישומו מרישומי המשטרה.
- iv. **העמיד לדין ולהגיש כתב אישום** – אם התובע מצא שע"ב חומר החקירה שהועבר אליו (ככלל, אינו מראיין עדים בשלב זה), כי יש די ראיות לאישום (סיכוי סביר להרשעה ע"ב ראיות קבילות) ועניין ציבורי הוא יגיש כתב אישום בכתב (**ס'62(א) לחסד"פ**). במצב זה, החשוד הופך לנאשם וכל חומר החקירה מועבר לידיו (**ס'74 לחסד"פ**).

- א. **סייג:** בעבירות פשע, טרם הגשת כתב אישום, על התביעה לתת לחשוד זכות שימוע, כדי שיוכל לטעון מדוע אין להגיש נגדו כתב אישום (**ס' 60א לחסד"פ**).
- ג. **מעצר עד תום ההליכים** – התביעה יכולה להגיש עם כתב האישום בקשה למעצר עד תום ההליכים (כלומר, עד סוף המשפט לכאורה). תכלית מעצר זה נקבעת ע"י עילת המעצר לאורה התבקש המעצר. השופט שידון במעצר לא יהיה אותו שופט שידון בתיק המרכזי, כדי למנוע ממנו לגבש דעה מראש.
- גם כאן, ניתן לעצור אדם עד תום ההליכים, ב-3 תנאים (מצטבר):** (1) **תשתית ראייתית מינימלית** – תשתית ראייתית של ראיות לכאורה המקימות סיכוי סביר להרשעה. בשלב זה לא ניתן לעשות שימוש גם בראיות בלתי קבילות; (2) **עילת מעצר** – מסוכנות/חשש לשיבוש הליכים. לצורך הוכחת עילת המעצר ניתן להשתמש בראיות לא קבילות (**דוגמה:** רישום פלילי); (3) **היעדר דרך חלופית מידתית יותר להשגת תכלית המעצר** מבלי לפגוע פגיעה כ"כ קשה בחירות הנעצר. במעצר עד תום ההליכים ניתן לעשות שימוש גם באיזוק אלקטרוני (עד 18 חודשים לפני בקשת הארכה), דבר שלא קיים במעצר לצרכי חקירה.
- מגבלות זמנים:** (1) מוגבל ל-9 חודשים, אם התביעה רוצה לבקש את הארכת המעצר מעבר לכך עליה לפנות לבהמ"ש העליון בבקשה להארכת מעצר ללא הגבלה, כל הארכה כזו יכולה להיות עד 90 יום (או 150 באיזוק אלקטרוני) לפי **ס' 62 לחוק המעצרים**; (2) יש להתחיל עם המשפט (הקראת כתב האישום) תוך 30 יום מתחילת המעצר.
- בשלב זה הסניגור נחשף, יחד עם החשוד שהופך להיות נאשם, לכל חומרי הראיות. הם יכולים להגיש ערר על ההחלטה על מעצר עד תום ההליכים, פעם ראשונה בזכות ופעם שנייה ברשות.
- 3. משפט**
- א. **הקראת כתב אישום** – ההתחלה הפורמאלית של המשפט. החשוד הופך לנאשם. זהו **שלב קריטי**: לפני ההקראה, אם התביעה רוצה לחזור בה מכתב האישום, היא זה ביטול של כתב האישום, אז תוכל להגיש אחד אחר. בנוסף, התביעה יכולה לתקן את כתב האישום במצב זה ראיות עיניה ועליה רק ליידע את בהמ"ש. **אחרי ההקראה**, אם התביעה רוצה לחזור בה, דין החזרה הוא זיכוי ולא ניתן להגיש את כתב האישום שוב לאור קיומו של מעשה בי-דין. כמו כן, אם התביעה רוצה לתקן את כתב האישום במצב זה, עליה לקבל את אישורו של בהמ"ש לכך.
- ב. **טענות מקדמיות** – את טענות אלו על הנאשם להעלות לאחר ההקראה ולפני התגובה לכתב האישום. מדובר על טענות שהנאשם טוען בשלב ההתחלתי ומפורטות **בס' 149 לחסד"פ** (לא רשימה סגורה). קבלת הטענות לעולם לא יביאו לזיכוי אלא לביטול/תיקון כתב אישום (במקרה של ביטול ניתן יהיה להגיש כתב אישום חדש). מקום בו לא נטענו טענות מקדמיות מסוימות (חוסר סמכות מקומית; פגם/פסול) בשלב זה, על הנאשם לבקש אישור בהמ"ש כדי להעלותן אותן בהמשך, שכן לא הגיוני שלא יטענו בהתחלה.
- ג. **הודאה/כפירה** – לאחר ההקראה, על הנאשם להשיב לכתב האישום. בשונה מהליך אזרחי, בהליך פלילי אין כתב הגנה. בתיקים מורכבים התשובה לכתב האישום תהיה בכתב, בכל התיקים האחרים זו יכולה להיעשות בע"פ:
- **אם הודה**, אז ממשיכים ישר לשלב הכרעת הדין (לרוב מגיע יחד עם הסדר טיעון).
- **הערה:** הודאה במשפט לא דורשת תוספת ראייתית לעומת הודאה במשטרה שדורשת תוספת ראייתית בשביל להוכיח שההודאה ניתנה מרצון טוב וחופשי.
- **אם כפר** (בכל/חלק מכתב האישום), אזי ממשיכים בהליך הפלילי ומתחיל המשפט.
- הנאשם יכול **לא לענות לכתב האישום כלל**, אולם הדבר עלול להיחשב לרעתו (השלכות שמירה על זכות השתיקה).
- ד. **טענת אליבי** – אם לנאשם יש טענת אליבי (במקום אחר הייתי), על בהמ"ש ליידע אותו כי הוא חייב להגיד אותה בשלב התשובה לכתב האישום וטרם שלב ההוכחות, אחרת לא יוכל לטעון אותה בשלב מאוחר יותר. בשונה מיתר טיעוניו של הנאשם, אותם הוא יכול להסתיר עד שימצא לנכון, את טענת האליבי הוא לא יוכל להעלות בשלב מאוחר יותר.
- ה. **פרשת התביעה** – המשפט מתחיל ע"י התביעה, אשר צריכה להוכיח מעבר לכל ספק סביר כי הנאשם הוא זה שביצע את המעשה. ראיות התביעה מובאות ע"י עדים (אותם מנה התובע בכתב האישום, אם כי אינו כפוף לסדר הופעתם בו). אם יש הסכמה של הצד השני, יכולים להעיד גם באמצעות מסמכים ומוצגים. התביעה מתחילה בחקירה ראשית ← ההגנה מבצעת חקירה נגדית ← התביעה יכולה להמשיך בחקירה חוזרת. העד הראשון יהיה לרוב חוקר משטרה שגבה הודייה מהנאשם. כשהתביעה מסיימת להציג את עדיה היא מסיימת ואומרת "אלו עדיי". בהמ"ש יכול לקבוע כי עד של אחד הצדדים הוא עד עוין אם חזר בו מדבריו בחקירת המשטרה או מכל סיבה אחרת, ובכך להורות לבעל הדין לחקור את העד שלו בחקירה ראשית כאילו הייתה חקירה נגדית ולהתייחס אליו כאילו היה עד של הצד השני (**ס' 179 לחסד"פ**). בנוסף, אם עד חזר בו מעדותו בתחנת המשטרה, יכולה התביעה לבקש להביא את עדותו לעניין תוכנה כפי שהובאה במשטרה בכפוף ל**ס' 10א לפקודת הראיות** כחריג לכלל הדוחה עדות מפי השמועה. יודגש, כי הודייתו של הנאשם בתחנת המשטרה גם היא חריג לכלל הפוסל עדות מפי השמועה, ומתקבלת היא כקבילה לעניין תוכנה. על התביעה להוכיח, בכפוף ל**ס' 12 לפקודת הראיות**, כי ההודאה של הנאשם במשטרה/למדובב ניתנה באופן חופשי ומרצון.
- אם הסנגוריה טענה כי ההודיה לא ניתנה באופן חופשי ומרצון, ייפתח **משפט זוטא** (משפט בתוך משפט) על קבילות ההודיה שניתנה במשטרה ויעסוק בשאלה אם הופעלו אמצעי חקירה פסולים שהביאו להודיה שלא מרצון טוב וחופשי. משפט זוטא מתקיים במסגרת פרשת התביעה, ובשלב זה התביעה מביאה ראיות לכך שההודאה הייתה חופשית ומרצון (לרוב ע"י חוקר), בעוד שההגנה מביאה ראיות שמטרתן לסתור זאת.

החשוד יכול להעיד במשפט זוטא, אולם על סנגורו להקפיד על כך שהשאלות שישאל יהיו שאלות הנוגעות לאמצעים שנקטו לקבלתה, ולא על תוכן הדברים שנמסרו, שכן זו אינה מטרת הליך זה.

• **ביקורת:** ההרכב שדן בקבילות הראיה במסגרת משפט זוטא הוא אותו הרכב הדן בתיק המרכזי, אולם עולה השאלה האם ראוי שאותו הרכב ימשיך לדון בתיק המרכזי, מקום בו החליט לפסול את הראיה, לאחר שכבר נחשף אליה.

• **הערה:** הנאשם לעולם לא יהיה עד תביעה, לכן אם התביעה רוצה להעיד נגד נאשם שותף המואשם במעשה גם הוא, יהיה עליה להגיש 2 כתבי אישום שונים.

1. פרשת ההגנה –

i. אין להשיב אשמה – ההגנה יכולה לטעון no case to answer (אין להשיב אשמה מכיוון שלתביעה אין ראיות לכאורה), אולם נדיר שמועלית טענה כזו מ-2 סיבות: (1) רוב הסיכויים שטענה זו תידחה; (2) על ההגנה להסביר מדוע אין לתביעה קייס, דבר המחייב את ההגנה לפרוס את כל תיזת ההגנה ובכך לאבד את היתרון הטקטי שבהפתעה. קבלת טענת 'אין להשיב אשמה' מובילה לזיכוי הנאשם.

ii. **חריג:** מקום בו הנאשם טען שיש לו עבר פלילי נקי, בעוד שזה אינו המצב, התובע יכול להביא זאת כראיה בפני בהמ"ש, למרות שעל פניו השופט לא אמור להיחשף לכך.

iii. **עדי ההגנה** – ככלל, הנאשם אינו חייב להעיד, אולם מקום בו החליט כן להעיד הוא יהיה עד ההגנה הראשון. מקום בו הנאשם רוצה להעיד בשלב מאוחר יותר, עליו לקבל לשם כך אישור מבהמ"ש.

• **ביקורת:** לכאורה, יש קושי בהעדת הנאשם לאחר פרשת התביעה, שכן ישב לאורך כל הדיונים באולם המשפט ושמע את דבריהם, דבר שאסור לעדים האחרים לעשות, ובכך יכול היה אף לתאם גרסה עם דבריהם. אך לא ניתן להוציא את הנאשם מהליך פלילי המתנהל בעניינו, ולכן אפשרה היא שלא ישמע את עדי ההגנה בטרם יעיד, ומשום כך יעיד ראשון.

iv. **עדי בהמ"ש** – כאמור, לפי **ס' 167 לחסד"פ** בהמ"ש יכול לבקש להביא עדים וראיות מטעמו. סעיף זה מהווה חריג בשיטה האדברסרית, וסממן לשיטה האינקוויזיטורית.

v. **שלב הסיכומים** – לאחר סיום פרשת ההגנה, כל צד (תביעה והגנה) מסכמים את ראיותיהם.

vi. **הכרעת דין** – בהמ"ש מכריע האם הנאשם ביצע את העבירה או לא.

- זיכוי – בהמ"ש מודיע על כך בפתח הדברים.

- הרשעה – עוברים לגזר הדין.

- אם הנאשם הודה בהסדר טיעון במהלך המשפט (בשלב ההקראה) – עוברים ישר לשלב גזר הדין, כל עוד בהמ"ש התרשם שמדובר בהודאת אמת, שניתנה באופן חופשי ומרצון.

vii. **גזר דין** – זהו דיון שמתרחש לאחר הכרעת הדין, מעין מיני משפט. בשלב זה, כל צד מעלה את טענותיו ביחס לשאלה איזה עונש ראוי להטיל על הנאשם שהורשע, ומציג ראיות. **התביעה מתחילה**, כאשר יכולה היא להביא כראייה את עברו הפלילי של הנאשם, שכן כבר אין חשש שבהמ"ש יושפע מכך לעניין ההרשעה, בנוסף בעבירות מין ואלים יכולה התביעה להביא תסקיר המציג את מצבו/ה של הקורבן. **ההגנה ממשיכה** ויכולה להביא עדי אופי, המציגים את טיבו ואופיו של הנאשם בניסיון להקל על העונש. לאחר מכן מתחיל **שלב הסיכומים לעניין העונש** (התביעה תבקש להחמיר וההגנה תבקש להקל). בסופו של דבר **ניתן גזר הדין**.

- **דרכי ענישה** – (1) **מאסר בפועל** (עד 6 חודשים ניתן להמיר בעבודות שירות אולם בהמ"ש לא חייב לאשר. מעונש המאסר יופחת זמן המעצר שישב העבריין במהלך ההליך הפלילי בעניינו זה); (2) **מאסר על תנאי**; (3) **קנס כספי**; (4) **פיצוי למתלונן**; (5) **שירות לתועלת הציבור** (לרוב מתלווה לאי הרשעה); (6) **אי הרשעה** (נשמר למקרים נדירים של מעידה חד פעמית).

4. פוסט משפט

(לא נלמד)

א. **ערעור** – יכול להתבצע ע"י שני הצדדים תוך 45 יום בזכות. ערכאת הערעור לא מבצעת משפט מחדש, אלא בוחנת את פסק הדין של בהמ"ש קמא ובודקת האם נפלו שגיאות. לרוב ערכאת הערעור אינה מתערבת בממצאים עובדתיים, אלא אך במסקנות שניתן היה להגיע אליהן מהעובדות. ככלל, במשפט פלילי אין ערעור על החלטות ביניים. עם זאת, יש חריגים (**ס' 74 לחסד"פ** – עיון בחומרי חקירה; פסלות שופט – טענה שצריך להעלות בהקדם האפשרי).

ב. **משפט חוזר** – חריג לכלל סופיות הדין. נדיר שמאושר, שכן עד היום אושרו רק 20 משפטים חוזרים מאז קום המדינה.

ג. **דיון נוסף** – אפשר להגיש בקשה לדיון נוסף אם ערעור נדחה בעליון.

5. ריצוי העונש

יש הטוענים כי יש למעשה 5 שלבים להליך הפלילי, כאשר השלב החמישי הוא **שלב ריצוי העונש** (המאסר).

- **ביקורת הפרטת בתי הסוהר** – במהלך זה המדינה מסירה ידיה מן האחריות על סוף ההליך הפלילי, דבר **הפוגע בכבוד האסירים** הנתפשים בעינייה אך **בעניין כספי**.

פרק ג': השפעת המהפכה החוקתית על סדר הדין הפלילי

חקיקת חוקי היסוד כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק הובילו, בדומה לשאר המשפט, להשפעה משמעותית גם על תחום סדר הדין הפלילי.

להליך הפלילי, שאין בו אלמנט של וולונטריות, יש פוטנציאל עצום לפגיעה בזכויות היסוד של הפרט – החל מפגיעה קניינית (תפיסת חפצים) וכלה בפגיעה בפרטיות (חיפוש/האזנות סתר).

לאור זאת, נשאלת השאלה, מדוע נעדרת התייחסות ספציפיות יותר לזכויות חשודים ונאשמים בהליך הפלילי, דבר אשר קיים בחוקותיהן של מדינות רבות אחרות, והתשובה לכך היא כי טרם התקבלו הצעות חוק עליהן עמל המחוקק, אשר נדחו למול עניינים דחופים וחשובים יותר.

האם מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ניתן לגזור את הזכויות החוקתיות הפרוצדורליות בהליך הפלילי? ברק כתב על הנושא וטען כי מרבית ההגנות הפרוצדורליות המעוגנות בחוקות מדינות המערב, יכולות להיקלט בישראל דרך חו"י זה, אשר מהווה בסיס טוב דיו כדי להשתית עליו את הזכויות החוקתיות של החשודים והנאשמים בהליך הפלילי.

בשל כך, על כל פגיעה בזכויות החשודים והנאשמים בהליך הפלילי אשר קיבלו מעמד חוקתי (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') צריך להיעשות בהתאם לפסקת ההגבלה הקבועה בחו"י: כוה"ח. דברים אלו אף עוגנו ע"י בהמ"ש העליון בפס"ד יששכרוב, שם נמנע בהמ"ש מלהכריע באופן חד משמעי אם הזכות להליך הוגן מהווה זכות חוקתית במלוא היקפה, אך נקבע כי פגיעה מהותית בזכות להליך הוגן תביא לפגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם.

- בפס"ד יששכרוב בהמ"ש אף קלט לתוך שיטת המשפט שלנו את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, לאחר שהמחוקק כשל מלעשות כן בחקיקה מפורשת, וקבע כי ראייה שהתקבלה שלא כדין, תיפסל, אם קבלה במשפט תגרום לפגיעה מהותית בזכות להליך הוגן שלא עומדת בפסקת ההגבלה. מכאן, הזכות להליך הוגן היא זכות יחסית, ולא כל פגיעה בה תוביל לפסילת הראייה שהושגה בדרך פסולה, אלא רק פגיעה משמעותית ותוך הפעלת שיקו"ד של בהמ"ש באמצעות שיופעל באמצעות בחינת פסקת ההגבלה. זאת, בשונה מדוקטרינת פירות העץ המורעל האמריקנית, הפוסלת באופן גורף את כל שרשרת הראיות המזוהמת. במקביל, בייניש התוותה אמות מידה לשופטים ע"מ שידעו על פי אילו מבחנים הפגיעה זכות להליך הוגן חורגת מגדרי פסקת ההגבלה.

- גם דוקטרינת ההגנה מן הצדק מהווה חילחול מובהק של המהפכה החוקתית להליך הפלילי. דוקטרינה זו נקלטה למשפט הישראלי בחקיקה שיפוטית, במסגרת פס"ד יפת. דוקטרינה זו אינה שואלת אם יש לזכות את הנאשם לאור התעוררת של ספק סביר, אלא מבקשת לבטל את כתב האישום מהסיבה שהייתה התנהלות קלוקלת של הרשויות המנהליות (משטרה, רשויות החקירה, התביעה וכו'). בשלב מאוחר יותר, דוקטרינה זו עוגנה גם בחקיקה במסגרת ס'149(10) לחסד"פ. טענת ההגנה מהצדק מובילה לביטול כתב האישום ולא לזיכוי, כלומר שניתן להגיש כתב אישום נוסף באותו עניין.

○ בפס"ד חייבטוב, בהמ"ש קבע רף כמעט בלתי עביר לקבל הטענה, והוא כי התנהגות הרשויות הייתה שעורריתית. בהמשך, בהמ"ש הוריד את הרף וקבע כי טענה זו תתקבל גם במקרים של רשלנות התביעה או המשטרה, או במקרי אכיפה בררנית (דוגמה: שיהוי בלתי סביר בהגשת כתב אישום; טענת רדיפות – משה קצב בפרשת המינויים הפוליטיים וכו').

1. אינטרס הכלל אל מול זכויות הפרט – שינוי בנקודת האיזון

המהפכה החוקתית בעקבות חקיקת חוקי היסוד הובילה לשינוי בנקודת האיזון בין האינטרס הציבורי והרצון להילחם בפשיעה ולמגרה והצורך להגן על קורבנות העבירה בכוח ובפועל, לבין הזכות להליך הוגן העוסקת בהגנה על זכויות חשודים ונאשמים בהליך הפלילי. ← כעת, ניתן יותר משקל מאשר בעבר לזכויות החוקתיות של חשודים ונאשמים בהליך הפלילי.

דוגמה: פרשת גנימאת – האם ניתן לעצור אדם עד תום ההליכים בגין עבירה שנחשבת מכת מדינה כדי להרתיע את הכלל? עצור הוא עדיין בחזקת חף מפשע, ולא ניתן ולפגוע בזכויותיו של אדם חף מפשע ולעשות בו שימוש ככלי הרתעתי (בניגוד למצב בו כבר הורשע והרתעה יכולה להילקח בחשבון בשיקולי הענישה). מעצר הוא אינו עונש, אלא נועד לוודא שההליך ינוהל באופן תקין, לכן הפיכת המעצר לאקט הרתעתי הוא פסול לחלוטין. בכל מקרה לגופו עלינו לבחון האם ישנה מסוכנות/חשש לשיבוש הליכים, האם קיימת תשתית עובדתית מינימאלית והאם אין חלופה יעילה אחרת ורק אז יכול בהמ"ש להורות על מעצרו של החשוד. הלכה זו מדגישה כי זכויות הפרט מקבלות ביטוי משמעותי, וכי היותו של סעיף מוגן בשמירת דינים אינו אומר שלא יפורש לאור חוקי היסוד.

• הערה: שמגר בפסה"ד חושב שנקודת האיזון השתנתה לשני הצדדים: לא רק החשוד זכאי לזכויות יסוד והגנה, אלא גם הקורבן. ברק מסכים עם דבריו, אך באשר לאיזון גורס כי כאשר הנאשם מהווה סכנה, אזי זכויות הקורבן גוברות על אלה של הנאשם, אך במקרים שאין סכנה המצדיקה מעצר, אין הצדקה לשים אותו במעצר רק בגלל שזו עבירה של מכת מדינה. דורנר מנגד חושבת שהאיזון של שמגר אינו נכון, שכן האיזון לא צריך להיות בין הקורבן לנאשם (איזון אופקי – פרט מול פרט) אלא זכויות הקורבנות נכנסות בתוך האינטרס הציבורי, והאיזון הנדרש הוא איזון אנכי, בין זכויות הפרט של הנאשם/החשוד בהליך הפלילי לבין אותו אינטרס ציבורי.

• הערה: חוק זכויות נפגעי עבירה מבקש ליתן מקום לעמדת הקורבנות בעבירות מין ואלמות בכל מיני סיטואציות בהליך הפלילי, ואכן להתייחסות לזכויותיהם יש ערך חשוב, אולם בסופו של דבר את האינטרס הציבורי מייצגת התביעה והיא זו שמתכללת את זכויות הקורבנות והיא זו שמקבלת את החלטות בעניינם.

2. נכונות לשלם מחיר לשם הגנה על זכויות אדם

חברה דמוקרטית אמיתית נבחנת בנכונות שלה לשלם מחיר כדי להגן על זכויות אדם – הן בכסף, והן מחיר חברתי.

פס"ד יששכרוב (מחיר חברתי) –

לאור הפגיעה הקשה בזכות להליך הוגן היה צורך להוביל לזיכוי, אפילו שהיו ראיות שהעידו כי האדם המואשם הוא זה שביצע את המעשים המיוחסים לו.

פס"ד שגיאת צמח (מחיר כלכלי) –

רקע: זוהי עתירה נגד חוקתיות התיקון של חוק השיפוט הצבאי שמחייב להביא עצור צבאי בפני שופט עד ל-96 שעות מרגע שנעצר. התיקון בחוק היטיב לעומת הדין הקודם. לשם השוואה, במשפט האזרחי, מחוץ לצבא, חלה דרישה זו עד ל-24 שעות

מרגע המעצר. על פניו, רצוי שהצבא יפעל באותו אופן, אולם הוא סובל מבעיות לוגיסטיות, בירוקרטיות ותקציביות, ולכן הדבר לא מתאפשר.

שאלה משפטית: האם התיקון לחוק השיפוט הצבאי נהנה משמירת דינים, כפי שנהנה טרם התיקון? או שמא יש לבחון את התיקון לפי פסקת ההגבלה, אפילו שמהווה תיקון מיטיב?

טענות המדינה: התיקון נהנה משמירת דינים. אי החלת שמירת דינים לגבי תהווה תמריץ למחוקק שלא לתקן חוקים הנהנים ממצב זה.

• **ביקורת המרצה:** זוהי טענה בעייתית, שכן לא ראוי שהמחוקק יתחשב בשיקול מעין זה בבואו לתקן חוקים. **הכרעה: זמיר** דחה את טענת המדינה וקבע כי **כל תיקון של חוק ייבחן לפי פסקת ההגבלה**. לפיכך, 96 שעות מהווה חלון זמנים רחב מידי ולא מידתי, ולאור הפגיעה הקשה בזכויות הפרט במצב של מעצר מן הראוי שעין שיפוטית תבחן את המצב במהירות האפשרית. עם זאת, ברי כי שיקולים תקציביים אינם שיקולים זרים אלא עניינים, כסף הוא משאב מוגבל ולא ניתן להתעלם מכך. עם זאת, את השיקול תקציבי יש לאזן ולא לגמור את הדיון רק במסגרתו. מכך, בחינת כמות העצורים איתה מתמודד הצבא מידי שנה אינה מהווה הצדקה להגדרת חלון זמנים כה רחב, ולא זו אף זו הגנה על זכויות אדם עולה כסף, והחברה נבחנת גם במחיר שהיא מוכנה לשלם עבור הגנה זו. בהמ"ש קבע כי חלון זמנים לגיטימי לעניין זה הוא 48 שעות, וכך המצב עד היום.

- **ביקורת על חוק המעצרים:** חוק המעצרים לכאורה הביא את הבשורה וחיוב הבאה בפני שופט תוך 24 שעות מרגע המעצר הראשוני, אולם עולה השאלה האם נוסף להטבה הברורה יש בכך עם חשודים ונאשמים, יש בכך גם פגיעה, שהרי הדבר הוביל לתוצאה הפוכה, מכיוון שנוצרה פרקטיקה במסגרתה המשטרה רק עסוקה בהארכת מעצרים ופרוצדורה במקום להשקיע את הזמן בחקירה. ייתכן שאם למשטרה לא היה זמן כ"כ קצר, היא לא הייתה ממחרת לבקש הארכת מעצרים בתדירות בה הדבר נעשה כיום, והייתה נחשבת פגיעה מיותרת בזכויות חשודים ונאשמים.

3. כלל הפסילה הפסיקתית

מה עשתה המהפכה החוקתית בכל הקשור לקבילות ראיות?

מגמת המהפכה החוקתית ומגמת המעבר מקבילות למשקל הן שתי מגמות שונות, אשר פעמים רבות סותרות האחת את השנייה, ויש לאזן ביניהן.

1. **מגמת המעבר מקבילות למשקל – רצינות:** יש צורך לפרק מחסומים פורמליים של קבילות ולאפשר לשופטים להכניס לסל הראיות כמה שיותר ראיות. השופטים בשיטת המשפט שלנו הם אנשי מקצוע, המסוגלים 'לתמחר' את משקל הראיות העומד מול לפי מהימנותן. המטרה היא לתת יותר משקל לאמת העובדתית, שכן מחסומי הקבילות יוצרים מחסומים בין זו לבין האמת המשפטית.

2. **מגמת המהפכה החוקתית – זכויות חשודים ונאשמים נכללות בגדר הזכות החוקתית לכבוד, ולכן איננו מוכנים לסבול הכנסת ראיות שנתקבלו תוך הפרה קשה של הזכות להליך הוגן לתוך סל הראיות.** אם ניקח את מגמת המהפכה החוקתית לקיצוץ, הטענה תהיה כי נדרש כלל פסילה גורף, במסגרתו כל ראיה שהושגה בהליך לא הוגן, לא תחשב כקבילה ולכן תיוותר מחוץ לסל הראיות, ולא זו אף זו, גם ראיות נגזרות מהראיה הפסולה יפסלו. **תכליות לכלל מעין זה:**

- א. **תכלית חוקתית – יש לפסול ראיות שהושגו תוך פגיעה בזכות להליך הוגן, מכיוון שמדובר בפגיעה בליבת הזכות.**
- ב. **תכלית חינוכית הרתעתית – יש לפסול את הראיה ונגזרותיה למען יראו ויראו.**
- ג. **תכלית של אמון הציבור – קבלת ראיה שנתקבלה תוך פגיעה בזכות להליך הוגן תביא לפגיעה באמון הציבור, שכן בכך בהמ"ש הופך שותף לפגיעה החוקתית, בעודו מתיר ראיה מעין זו.**
- ד. **תכלית של אמת עובדתית – ראיה שנתקבלה תוך פגיעה בזכות להליך הוגן היא ראיה שחותרת תחת האמת, ויש חשש לאמינותה ומהימנותה. לכן, פסילת ראיה מעין זו לא תביא בהכרח להתרחקות מהאמת העובדתית, אליה אנו חותרים.**

אם כן, נדרש איזון בין 2 המגמות, שהרי יש מן האמת ב-2 הגישות הללו, ותפיסת עמדה קיצונית בכל אחת מהן עלולה להביא לתוצאה הפוכה מזו לה אנו מייחלים – הגנה על זכויות חשודים ונאשמים בהליך הפלילי, והכל תוך חתירה מרבית לגילוי האמת.

כלל הפסילה הפסיקתית

כאן השפעת המהפכה החוקתית על זכויות חשודים ונאשמים באה לידי ביטוי באופן הכי מובהק. עד הלכת יששכרוב, כמעט לא היו כללי פסילת ראיות שהיו מעוגנים בחוק.

מה היה? הכללים היחידים שהיו לפני הלכת יששכרוב הנוגעים לפסילת ראיות:

1. **ס' 13 לחוק האזנות סתר וס' 32 לחוק הגנת הפרטיות – כללי פסילה יחסיים.** ראיות שהושגו תוך פגיעה בפרטיות / האזנת סתר אינה קבילה.

↓ **הריג:** בהמ"ש יכול להתיר את קבלת הראיה, מקום בו הוא גורס כי הדבר יאפשר להגיע לחקר האמת, וכי הדבר גובר על הפגיעה בפרטיות ונדרש לשם עשיית צדק.

2. **ס' 12 לפקודת הראיות – כלל פסילה גורף.** הודיה שניתנה באופן שאינו חופשי ומרצון אינה קבילה.

↓ **סייג:** יש מקום לשיקו"ד בפרשנות של בהמ"ש ביחס לשאלה האם אכן ניתנה ההודיה מרצון טוב וחופשי.

• **הערה:** אף שהיינו מצפים שבחוק המעצרים ובחוק החיפוש בגוף, שנחקקו לאחר המהפכה החוקתית, יהיו כללי פסילת ראיות מקום בו התבצעה הפרה, לא היה דבר כזה בנמצא.

התפנית – הלכת יששכרוב – כלל הפסילה הפסיקתית היחסי:

פס"ד יששכרוב – כלל פסילה פסיקתית יחסי של ראיות שהתקבלו תוך פגיעה בזכות להליך הוגן, קליטה חלקית של דוקטרינת פירות העץ המורעל

רקע: חייל נפקד שבכלא 6 נפלה חבילת גראס מהתחנתונים שלו. החוקר קיבל הוראה מהמפקד שלו לחקור את החייל, ולעצור אותו, אולם מבלי ליידע אותו על כך קודם לכן. אך, בכפוף לחוק השיפוט הצבאי קובע כי על חוקר להודיע לחשוד על זכות ההיוועצות מקום בו יש אפשרות קרובה לוודאי שיעצור. החוקר חקר אפוא את החייל תוך יידועו על זכות השתיקה שלו בלבד, ולא על זכות ההיוועצות לה הוא זכאי, מכיוון שעתיד הוא להיעצר – כאן נפל הפגם **[הערה: זכות השתיקה וזכות ההיוועצות הם שני צדדים של אותו מטבע, שברי אין טעם בזכות השתיקה בלי יכולת להיוועץ בעו"ד]**. במהלך החקירה יששכרוב הודה שעשה שימוש בסמים נוספים במהלך שירותו הצבאי. אחרי הודאתו, הודיע לו החוקר על זכות ההיוועצות לה הוא זכאי. הוגש כתב אישום נגד יששכרוב הן בגין הסמים שנמצאו על גופו, והן בגין השימוש בסמים בו הודה בחקירה.

טענת הסנגוריה: יש לפסול את ההודאה, מכיוון שזו קבילות לאור קבלתה תוך פגיעה בזכות להליך הוגן.

טענת התביעה: אמנם ההודאה התקבלה תוך פגם, אך אין בכך כדי להביא לפסילתה.

הכרעה: היה ברור שתיק זה יהיה תיק דגל שיביא לקליטת ווריאציה כלשהי של דוקטרינת פרי העץ המורעל.

בהמ"ש המחוזי – קיבל את התביעה ופסל את ההודאה.

בהמ"ש העליון (בייניש) – בחן את הסוגייה מ-2 פרספקטיבות:

1. **ס' 12' לפקודת הראיות** – נבחן האם ההודאה התקבלה שלא באופן חופשי ומרצון? סעיף זה, במקור, נועד כדי להבטיח את אמינותן ומהימנותן של הודאות. אולם, לתוך תכלית זו, ולאחר פרשת יששכרוב, ניצקה לסעיף זה תכליות נוספות שמקורן בהגנה על זכותו של החשוד להליך הוגן.

ס' זה עוסק בשאלה הקבילות (ולא משקל) ההודאה לאור הפעלת לחץ חיצוני על החשוד לקבלתה.

לאור חקיקת זכויות היסוד, אשר העלו את זכויות החשודים למעמד חוקתי, יש לפרש את סעיף זה באופן שיבטא את המשקל הרב יותר שניתן לזכויות חשודים. מכך, **מס' 12' לפקודת הראיות** נגזרות 2 זכויות יסוד:

א. **הזכות לשלמות הגוף והנפש של הנחקר** – שימוש באמצעי חקירה שיש בו כדי לפגוע בגופו או בנפשו של החשוד יוביל לפסילה מיידית, גורפת ואוטומטית של ההודאה, מבלי שיהיה צורך להראות שהאמצעי הפסול השפיע על אמינות ההודאה. כלומר, בהמ"ש מייחס משקל רב לזכות זו.

ב. **הזכות לאוטונומיה והזכות לחופש הבחירה למסור הודאה** – נקיטת אמצעי פסול שפוגע משמעותית באוטונומיה הרצון החופשי של הנאשם או של החשוד, ובחופש הבחירה שלו אם להודות או לא, יביא לפסילת ההודאה, יש לבחון כל מקרה לגופו (משפט זוטא). בניגוד לפגיעה בזכות לשלמות הגוף, כאן יש צורך להראות קשר סיבתי בין האמצעי הפסול לשלילת האוטונומיה. כך למשל, אם הנחקר ידע שיש לו זכות להיוועצות, אין קשר סיבתי ולכן ההודאה לא תפסל. ההגנה על זכות זו מתמקדת בערך העצמאי של האדם וחופש הבחירה שלו, ולא רק באמינות ההודאה.

← זכויות אלו מנותקות מהתכלית המקורית של ס' 12' לפקודת הראיות להגן על אמינותן ומהימנותן של הודאות, שכן אינן לא עוסקות כלל באמינות ההודאה, אלא בשלב מוקדם יותר והוא פגיעה בזכות החשוד עצמו להליך הוגן.

- יישום ס' 12' במסגרת פסה"ד לא הביא לפסילת הודאתו של יששכרוב, מכיוון ש: (1) לא נפגעה שלמות גופו או נפשו של החשוד (לא היו מכות/השפלות), (2) ולמרות שלא יודע על זכות ההיוועצות בעו"ד כן יודע על זכות השתיקה שהגיע לו. בנוסף, בחקירה נוספת, ולאחר שנועץ בעו"ד, הוא המשיך בהודאתו ולכן אין קש"ס בין הפגם לפגיעה באוטונומיה.

- **אבות אמצעים פסולים שפותחו בפסיקה:** נקיטת אלימות; איום באלימות; שימוש בשיטות חקירה בלתי הוגנות; לחצים נפשיים בלתי הוגנים; תחבולות בלתי הוגנות.

2. **כלל הפסילה הפסיקתי (החידוש)** – תחולתה של הדוקטרינה רחבה, שכן כלל הפסילה הפסיקתי חל על כל סוגי הראיות, ולא רק על הודית נאשם, אלא אף על שימוש פסול בחקירת עד או על ראייה חפצית שהתקבלה כתוצאה מחיפוש שאינו כדן. **דוקטרינה זו היא יחסית**, שכן מעניקה היא שיקו"ד רחב לבהמ"ש. דוקטרינה זו רלוונטית רק להפרות של זכויות חוקתיות, ורק כאשר מדובר בפגיעה קשה בזכות להליך הוגן, אשר חורגת מפסקת ההגבלה. פסילת הראיה שהתקבלה בדרך פסולה, לא תביא בהכרח לפסילת כל נגזרותיה, בשונה מהמצב במסגרת דוקטרינת פירות העץ המורעל הנהוגה בארה"ב, אלא כל ראייה תיבחן לגופה. כלל גורף יביא לפגיעה קשה באמון הציבור ויישא מחיר חברתי כבד אותנו אנו איננו מוכנים לשלם.

א. אופן יישום הדוקטרינה **(מצטבר)** –

- השגת הראיה נעשתה שלא כדן –

1. אמצעי חקירה:

○ מנוגד לחוק, תקנה או נוהל מחייב; בלתי הוגן; פוגע שלא כדן בזכות יסוד מוגנת –

פרשנות רחבה לכל אמצעי חקירה שהוא מנוגד לחוק (דוגמה: **פס"ד אוריך** – אי

יידוע על כך שאי הסכמה לחיפוש לא יהווה ראייה לחובת מושא החיפוש).

○ חורג מגדריה של פסקת ההגבלה.

2. קש"ס: זיקה סיבתית בין האמצעי הפסול לראיה שהושגה. כלומר, נדרש שאמצעי החקירה

הפסול יביא לקבלת הראיה (דוגמה: **פס"ד אוריך** – אי היידוע כאמור הביא להסכמה

לחיפוש).

- קבלת הראיה במשפט תפגע באופן משמעותי בזכותו של הנאשם להליך הוגן – בייניש יצרה מתווה

ברור להבניית שיקוה"ד של בהמ"ש מקום בו נעשתה פגיעה בזכות להליך הוגן, כדי לוודא אם אכן

קבלת הראיה תפגע בהליך ההוגן מבלי שתעמוד בפסקת ההגבלה.

1. אופייה וחומרתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהגשת הראיה:

○ עוצמתה ומידת חומרתה של אי החוקיות.

○ האם השימוש מכוון או בתו"ל באמצעי חקירה פסול.

- באיזון קלות ניתן היה להשיג את הראיה באופן חוקי (מעיד על פגיעה לא מוצדקת).
- האם הראיה הייתה מתגלית גם לולא השימוש באמצעים פסולים.
- האם קיימות נסיבות מקלות שבכוחן להפחית מחומרת אי החוקיות.
- 2. מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה:
 - באיזו מידה אי החוקיות עשויה להשפיע על מהימנות הראיה ועל ערכה ההוכחתי.
 - האם קיומה של הראיה הוא עצמאי ונפרד מאי החוקיות שבהשגתה.
 - **רציונל:** חשש מהימנות הראייה פוגע גם בחקר האמת, ולכן לא נרצה לקבלה.
- 2. הנוק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראיה:
 - מהות העבירה ומידת חומרתה.

- **ביקורת:** מחד גיסא, באופן הגיוני ניתן להניח כי ככל שהעבירה חמורה יותר, כך נרצה להימנע מפסילת ראיות שעשויות להוביל להרשעת האשם, מכיוון שאז המחיר החברתי שנשלם יהיה גבוה מאוד. מאידך גיסא, דווקא בעבירות החמורות נצפה להקפדה על קוצו של יוד על הזכויות החוקיות של הנאשמים והחשודים לאור הפגיעה הקשה שהרשעה שגויה עשויה לגרום לאלו. **עם השנים שיקול חומרת העבירה נדחה, במיוחד כאשר דובר על פגיעה חמורה בזכויות החשוד/נאשם (דוגמה: פס"ד חייבטוב – חייבטוב זוכה מעבירת רצח, זו העבירה החמורה ביותר, לאור הפגיעה הקשה שנגרמה לזכותו להליך הוגן, מקום בו המדובר אף עישן עימו סמים).**

○ חשיבות הראיה ומידת חיוניותה להוכחת האשמה.

ב. תכליות הלכת יששכרוב –

- **מניעת פגיעה עתידית בטוהר ההליך השיפוטי ובאמון הציבור** כתוצאה מקבלת ראייה שהושגה תוך הפרה משמעותית של הזכות להליך הוגן (לא ניתן לרפא את הפגיעה שנגרמה מהפגם עצמו).
- **תכלית הרתעתית** – זוהי תכלית נגזרת, אשר לא נועדה לחנך את המשטרה, אלא לגרום להבנה כי פגיעה משמעותית בזכות להליך הוגן תביא לפסילת ראיה שהתקבלה תוך פגיעה מעין זו, בשל הערך העצמאי שיש לזכות כחלק מהזכות לכבוד, אפילו אם אין חשש ביחס לאמיתות תכנה (איזון בין חתירה לאמת לבין הזכות להליך הוגן).
- ג. **ביקורת על כלל הפסילה הפסיקתית:** לא ניתן לדעת מה בהמ"ש יחליט. השופט יכול לסמן את התוצאה ולהצדיק אותה באיזון כזה או אחר שהוא עשה. **מה המחיר לכך? חוסר וודאות, שכן כל שיקול שהשופט יסקול 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.
- **הערה – רצף העלאת הטענות של חשוד לפסילת הודאה:** ס'12 לפקודת הראיות (הפעלת לחץ חיצוני) – היעדר קבילות ← כלל הפסילה הפסיקתית – פגיעה בזכות להליך הוגן ← שאלת משקל הראיה (במסגרת זאת מחויבת התביעה להביא תוספת ראיתית של דבר מה נוסף להודיה כהוכחה למהימנותה).

יישום הלכת יששכרוב בפסיקה

פס"ד עזבון המנוח אלזם – פיתוח הלכת יששכרוב, מהן הגבולות אליהן יכול להגיע מדובר בפועל?

מהו מדובר? שימוש במדובר הוא 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 לדובר את החשוד, מבלי להזהירו מלכתחילה, ולאמת את החשדות המיוחסות לו. המדובר יכול להיות אקטיבי או פאסיבי. מדובר אקטיבי הוא מדובר שיוצר מציאות מדומה, שאיננה אמת, בכך שמציג עצמו בתור עבריין בעל ידע, קשרים וניסיון רב בעולם הפשע. מדובר לא יכול לקבל טובת הנאה מפועלו, מתוך חשש שהדבר יהווה תמריץ לנקיטה במעשים פסולים לשם השגת ההודאה. בנוסף, הקשר עם המדובר נעשה דרך מחלקה נפרדת מהחוקר, מתוך חשש למסירת מידע על החקירה למדובר, ויהשתלטו במוחו של החשוד.

רקע: המדובר זיהה את האכזבה של אלזם מעוה"ד שלו, והחליט לסכסך ביניהם ולנסות לשכנע אותו שהמלצתם לשמור על זכות השתיקה מונעת משיקולים זרים ונועדה לשרת את האינטרס שלהם ולא שלו. מאחר שזה נעשה ע"י מדובר, אין דרישה כי הדבר ייעשה תוך יידוע על זכות השתיקה וזכות ההיוועצות. במקביל, השוטרים מנעו מאלזם להיפגש עם עוה"ד שהמדובר המליץ לו, בכפוף לס'34(ד) **לחוק המעצרים המאפשר לעכב היוועצות עם עו"ד לשעות ספורות, אם ישנו חשש לפגיעה ממשית ביכולת להשלים פעולת חקירה.** אלזם הודה, אולם לאחר שנפגש עם עוה"ד הבין כי נפל לתרגיל חקירה, וביקש לפסול את ההודאה לפי ס'12 לפקודת הראיות, בנימוק שהיא אינה אמת וניתנה תוך הפעלת לחץ עליו.

הכרעה (אדמונד לוי): בהמ"ש ביקר קשות את עיכוב פגישת אלזם עם עוה"ד, בנימוק כי **לא ניתן למנוע מחשוד להיפגש עם עו"ד מקום בו מתעורר חשש שעוה"ד ימליץ למרשו לשמור על זכות השתיקה,** בעוד לגישת החוקרים זה מצוי פסע לפני הודאה. בנוסף, מערכת היחסים בין עוה"ד ללקוח חשובה מאוד, וזהו גבול אותו לא ניתן לחצות אפילו כאשר פועלים בדרך של תרגילי חקירה.

בהמ"ש מזכה את אלזם (לאחר מותו) הן לפי ס'12 לפקודת הראיות והן לפי **כלל הפסילה הפסיקתית**, ומגיע למסקנה שיש לפסול את ההודאה – אי החוקיות הובילה לקבלת הראיה, אשר אינה עומדת על רגליים עצמאיות במנותק מהפגם.

מתי נחצה קו אדום? השאלה היא עד כמה מדובר יצר מציאות מאיימת על החשוד, אותו ניסה לדובב. ככל שנוצר איום מעין זה, נחצה הקו האדום, ולא ניתן לקבל הודעה שמקורה בחשש ואיום ממשי על חייו, שהרי אז ההודיה אינה חופשית ומרצון. **משקל חומרת העבירה:** חומרת העבירה לא היוותה שיקול מכריע במקרה דנן, שהרי הייתה כאן הפרה חמורה ביותר של הזכות להליך הוגן.

המחיר החברתי ששילמה החברה על זיכוי של אלום לא היה גבוה, מכיוון שזוכה לאחר שהורעל בתאו ומת.

פס"ד חייבטוב –

משקל חומרת העבירה: שיקול זה לא היווה שיקול מכריע במקרה דנן, אפילו שדובר ברצח, שכן זכותו להליך הוגן הופרה באופן בוטה ביותר.

המחיר החברתי: בשונה מפס"ד אלום, כאן המחיר החברתי ששילמה החברה היה גבוה, מכיוון שחייבטוב זוכה מאישום קשה ביותר, של רצח, לאור פגיעה חמורה ביותר בזכותו להליך הוגן (עישון סמים עם המדובב; מניעת היוועצות עם עו"ד; מניעת קשר עם עוה"ד המבוקש וכו').

זכות היוועצות

פס"ד אסף שי – הפסקת חקירה ללא דיחוי כדי להיוועץ בעו"ד; גם לכל אדם שאינו עצור מגיעה זכות להיוועץ בעו"ד אם הוא נמצא במשמרות חוקית

רקע: אסף שי גרם לתאונת שרשרת קשה, אשר גבתה חיי אדם, ורישיונו נשלל בדרך של פסילה מנהלית. במהלך הדיון בפסילה המנהלית (דיון טכני שלא קשור לאישומים), התבקש ע"י חוקר משטרה להתלוות איתו לתחנה לחקירה (בחקירה הראשונית נחקר באזהרה כחשוד), בעודו לא עצור ולא מעוכב. השוטר יידע אותו על זכות השתיקה וכי הפעלתה יכולה לשמש נגדו, אך לא יידע אותו על זכות היוועצות. בשלב מסוים, אסף שי העלה את זכות היוועצות בעצמו, וביקש לעצור את החקירה עד שיזכה להיוועץ בעו"ד. החוקר התעלם מבקשתו, והמשיך לשאול אותו שאלות חקירה, עליהן שי המשיך לענות. במסגרת זאת, אסף שי הודה כי התעסק עם מפה בזמן הנהיגה והסיר את עינו מהכביש. בכך, למעשה סיפק לשוטר את כל הראיות הדרושות לו להגשת כתב אישום נגדו על הריגה (גרם מוות ברשלנות עם יס"נ של פזיזות). יתרה מכך, החוקר אף העביר לו בעקיפין מסר לפיו לא כדאי לא להיוועץ בעו"ד בשל העלויות והזמן שהדבר יגזול ממנו.

שאלה משפטית: האם, למרות פגם מניעת היוועצות בעו"ד, הודאתו של אסף שי קבילה, שהרי מסר אותה לאחר שביקש עו"ד?

הכרעה:

1. **ס'34(א) לחסד"פ** מגדיר את זכות היוועצות, אולם מתייחס רק לזכותם של **עצורים** להיוועץ בעו"ד.

- **ביקורת:** רציונל זכות היוועצות הוא לאפשר לחשוד, בטרם הוא נחקר, לדעת כי הוא זכאי להיוועץ בעו"ד, ואין חשיבות לזכות השתיקה בלעדי זאת.

בהמ"ש התחבט בשאלה מה המשמעות אפוא של זכות היוועצות ביחס לחשודים, והאם גם הם זכאים לה. אולם, **הנשיאה ביניש** הותירה זאת בצ"ע **בפס"ד יששכרוב**.

2. **ס'34(ב) לחסד"פ** מגדיר כי מקום בו **עצור** ביקש להיוועץ בעו"ד, על אחראי החקירה לאפשר זאת ללא דיחוי. אכן, אין מחלוקת כי אסף שי ביקש לממש זכות זו. אולם, גם כאן עלתה השאלה אם הוא זכאי לזכות היוועצות בעודו חשוד אך לא עצור. **הנשיאה ביניש** קבע כי **כן, לכל אדם המצוי במשמורת חוקית, בין אם הוא חשוד/עצור/לא נחקר באזהרה. עומדת הזכות להיוועץ בעו"ד, ומקום בו ביקש לממשה יש לאפשר לו זאת ללא דיחוי.**

3. לאור המהפכה החוקתית והמשקל הרב שניתן לזכויות אדם, לא לגיטימי עוד לדחות היוועצות בעו"ד, אדרבה **כאשר חשוד בין אם הוא עצור או לא, מבקש להיוועץ בעו"ד, יש לאפשר לו זאת ללא דיחוי, וכל עוד עוה"ד מגיע תוך זמן סביר יש לעצור את החקירה ולהמשיך אותה רק לאחר הגעתו.** לא זו אף זו, ייתכנו מקרים בהם אפילו אם עוה"ד לא מגיע תוך זמן סביר, עשויות להיות נסיבות שיצדיקו הפסקת החקירה לאלתר.

- **מה זה תוך זמן סביר?** משתנה בין מקרה למקרה.

במקרה של פס"ד אסף שי התקיימו הנסיבות המצדיקות הפסקת החקירה, אפילו שעוה"ד לא מגיע תוך זמן סביר, שהרי לא היה ברור מדוע החוקרים היו בלחץ להמשיך את החקירה, כשזו קרתה חודשיים לאחר התאונה בה הואשם. בנוסף, החשוד אף לא היה עצור, ולכן לא ניכר כי הייתה דחיפות מיוחדת שחייבה המשך החקירה.

4. **השופט שהם בפס"ד חייבטוב** קבע במפורש כי **ויתור על זכות היוועצות צריך להיות מתועד לא פחות מאשר בקלטת אודיו/וידאו.**

- **רציונל:** כדי לאפשר לוודא שהויתור נעשה מתוך אוטונומיה אמיתית ורצון, ומתוך הבנת החשוד על מה הוא מוותר, לאור פער הכוחות הגדול בין הצדדים.

אכן, ניתן לטעון כי במקרה דנן, העובדה ששי המשיך לענות לחוקר אף אחרי שביקש להיוועץ בעו"ד מעידה על ויתור על זכותו זו, אולם הדבר לא תועד כנדרש, אלא אף לא תועדה בקשתו זו של אסף שי, ולכן לא ניתן לקבל טענה זו.

← בהמ"ש פסל את קבילות ההודאה, זיכה אותו מעבירת ההריגה, והרשיע אותו בגרימת מוות ברשלנות.

פס"ד הונציאן לין – יידוע על זכות השתיקה, זכות היוועצות וזכות הייצוג ע"י סגנון ציבורי לפני החקירה

רקע: עובד זר הורשע ברצח מאוד אלים של בת זוגתו לאחר שזו ביקשה להפסיק את מערכת היחסים ביניהם. לין נעצר בשטח, שם יודע על זכות השתיקה לה הוא זכאי (כדי לוודא שניתן יהיה לעשות בדבריו לאחר היידוע שימוש נגדו). בנוסף, **יודע כי הוא זכאי להיוועץ בעו"ד, אך רק בסוף החקירה יודע כי הוא זכאי לעו"ד** בחינם מהמדינה אם אינו יכול לשלם לעו"ד מטעמו **(ס'32(1) לחוק המעצרים)**. בתחילת החקירה לין הודה במעשה הרצח.

שאלה משפטית: מתי צריך ליידע אדם הנתון בחקירה על זכותו לסגנון ציבורי?

הכרעה:

פסה"ד עוסק בפרשנות **ס'32 לחוק המעצרים** לפיו על הקצין הממונה לדווח על זכות ההיוועצות ועל הזכות לקבל סנגור ציבורי לאחר שהחליט לעצור את החשוד.

- **ביקורת:** מדוע יש ליידיע את הנחקר על זכותו להיוועץ בעו"ד רק לאחר החקירה ולאחר שהוחלט לעצור אותו? משמעות זכות ההיוועצות היא לאפשר לחשוד להחליט אם לדבר או לא מתוך בחירה עצמית, תוך הבנה של משמעות מימוש זכות השתיקה, ולשם כך נועד עו"ד. מדובר ב-2 זכויות שהן 2 צדדים של אותו מטבע.

המשטרה מבינה את חוסר ההיגיון בסעיף, וככלל מחמירה ומיידיעת את החשוד על זכות השתיקה וההיוועצות בתחילת החקירה. עם זאת, כאן חילקה המשטרה את הזכות ל-2 חלקים **באופן טקטי**, ואת היידוע על הזכות למינני סנגור במימון המדינה שמרו לסוף החקירה.

לעומת ס'32(1) לחוק המעצרים, ס'19(א) לחוק הסנגוריה הציבורית סותר אותו וקובע כי אם יש ליידיע חשוד שלא נעצר/שנעצר **בהקדם האפשרי** על זכותו למינני סנגור ציבורי, אם הוא זכאי לכך.

- **רציונל:** אין תועלת בידיעה על זכות הייצוג בידי סנגור ציבורי בסוף החקירה, שהרי אם החשוד לא ידע זאת בתחילת החקירה, ומקום בו אינו יכול לממן עו"ד, עולה החשש שיוותר על זכותו לייצוג בניגוד לדין.

השופט רובינשטיין קבע אפוא כי הלכה צופה פני עתיד, וכפי שהמשטרה נוהגת כלפי עצמה בגישה מחמירה בעניין ההודעה על עצם הזכות להיוועצות ומודיעה על כך **לפני החקירה**, כך עליה לנהוג גם בעניין היידוע על האפשרות לייצוג ע"י סנגור ציבורי. זאת מהסיבה שזכות ההיוועצות חסרת משמעות מבלי יידוע על הזכות לייצוג ע"י סנגור ציבורי (במיוחד כשמדובר בעובד זר/מצב כלכלי קשה).

פס"ד שמש – לא ניתן להקדים את כלל הפסילה הפסיקתית בזמן ולהפוך אותו לכלל של חיסיון, שהרי לא ניתן למנוע מהמשטרה לחקור בטענה לפגיעה בהליך הוגן

רקע: בעקבות 2 תאונות רכבת קשות רכבת ישראל (חברה ממשלתית) הקימה וועדת חקירה וולונטרית עצמאית כדי למנוע אירוע דומה בעתיד. ועדת חקירה מעין זו נטולה סמכות חקירה פלילית וזקוקה לשת"פ של העובדים, לכן הבטיחה כי לא תעשה שימוש בהודאותיהם מעבר לצרכי ועדת החקירה, וללא אישור של יועמ"ש הרכבת. העובדים הגיעו לוועדת החקירה ללא עו"ד, לא הוזהרו על זכות השתיקה, והובטח להם שדבריהם לא יעברו לגורמים אחרים. בנוסף, העובדים ידעו שאם לא ישתפו פעולה, הם מסתכנים בפיטורין. במקביל, התנהלה חקירת משטרה בעקבות אותו מקרה. המשטרה ביקשה מהרכבת להעביר לידיה את הפרוטוקולים של ועדת החקירה, אך משהרכבת לא שיתפה פעולה, המשטרה ביקשה להפעיל את **ס'43 לחסד"פ** המאפשר לבהמ"ש לזמן אדם להציג כל חפץ הנחוץ לצרכי החקירה או המשפט, היינו את הפרוטוקולים של ועדת החקירה.

טענת רכבת ישראל: מסירת הפרוטוקולים תביא לאפקט מצנן ולפגיעה בזכות להליך הוגן של עובדיה, שכן שינו את מצבם לרעה בשל התחייבותה שלא לחשוף את הודאותיהם כדי שיוכלו לדבר בחופשיות. למעשה הרכבת טוענת טיעון של כלל הפסילה הפסיקתית, מכיוון המשטרה מנסה לעקוף את הזכות להליך הוגן ומבקשת לקחת את הפרוטוקולים, על אף שהעובדים לא הוזהרו ולא היו מיוצגים מה שמהווה פגיעה בזכותם להליך הוגן.

טענת המשטרה: הפרוטוקולים נדרשים לשם חקר האמת.

← כלומר, **כך יש כאן מספר אינטרסים מתנגשים:** מצד אחד אם יתאפשר למשטרה לעיין בחומר ועדת החקירה, יהיה בכך כדי לפגוע באינטרס ציבורי חשוב, והוא לעודד אנשים להשתתף בוועדות חקירה פנימיות. מצד שני, באי מתן אפשרות זו למשטרה, יהיה בכך כדי לגרום לפגיעה קשה בחקר האמת והדבר יהווה פגיעה נוספת עם הלכת יששכרוב באופן שמעניק משקל גדול מדי לזכויות חשודים אשר פוגע ביכולת המשטרה להתחקות אחר חקר האמת.

עליון – גלגול 1: דנציגר רובינשטיין מרחיבים את כלל הפסילה הפסיקתית, וקובעים **חיסיון פסיקתי** (כפי שבהמ"ש יצר חיסיון עיתונאי בפס"ד בן ציון נ' שטרית), לפיו יש למנוע את העברת הפרוטוקולים, מהסיבות: (1) פגיעה בזכות להליך הוגן של העובדים; (2) לרכבת מעמד דו-מהותי, ולכן בהבטחותיה לעובדיה, הם סמכו על גוף ממשלתי, היינו יש בכך התחייבות שלטונית ומכוח תחולת המשפט הציבורי, על הרכבת להגן על הסתמכות עובדיה על הבטחותיה. לרכבת, בשל מעמדה, ובהיעדר צידוק חוקי לנסיגה, יש חובת נאמנות והגינות מוגברת לקיים הבטחות, אפילו אם בין פרטים לא היו מחזיקות כל תוקף משפטי.

עליון – גלגול 2: (דנ"פ מחשש למדרון חלקלק בדמות איים של חסיונות שלא ניתן להתמודד איתם, הרכב מורחב) **השופט אדמונד לוי והנשיאה בייניש** טוענת כי השופטים הבינו לא נכון את הלכת יששכרוב, מכיוון שהפכו את כלל הפסילה הפסיקתית מכלל שעוסק בקבילות לכלל של חיסיון, בעוד שיש להבחין בין ה-2: (1) **היעדר קבילות** משמעותה שבהמ"ש אינו יכול להיחשף לראיות אלו, אך המשטרה כן; (2) **חיסיון** משמעותו, מניעת חשיפה גם מהגוף החוקר לחומר המדובר. חיסיון תמיד גורם פגיעה לחקר האמת, כדי להשיג מטרה ציבורית נעלה יותר. דרך המלך ליצירת חיסיון היא אינה בפסיקה, אלא בחקיקה דבר שהמחוקק יודע לעשות כשהוא רוצה.

← כלומר, לגישתה של בייניש, השופטים בגלגול 1 הקדימו את כלל הפסילה הפסיקתית משלב בחינת קבילות ראייה, לשלב החקירה, בהיותם מונעים מהמשטרה לעיין בראיות דה פקטו.

אם כן, לגישתה של בייניש, על הרכבת להעביר את הראיות למשטרה, אשר תעשה בהן שימוש לצרכי החקירה כפי שהיא מוצאת לנכון כדי להגיע לאמת, ומקום בו החקירה תבשיל לכדי כתב אישום, יוכל הסנגור של עובדי הרכבת להתנגד לשימוש בראיות אלו לאור הפגיעה האמורה בזכות להליך הוגן של העובדים בניגוד לפסקת ההגבלה.

ביקורת המרצה על פסה"ד: היעדר הפגיעה הקודמת בזכות להליך הוגן אינה מאיינת את הפגיעה העתידית בזכות להליך הוגן, באישור בהמ"ש. בפס"ד זה בהמ"ש איפשר למשטרה לעיין בהודאות העובדים, למרות ההבטחה שניתנה להם, תוך הפרה של הזכות להליך הוגן ומבלי מתן זכות היוועצות. המשטרה ניסתה לעקוף את דרך המלך (צו חיפוש מבהמ"ש) ואת הבטחת הרכבת (גוף דו מהותי), ולהפוך בפועל את בהמ"ש לשותף אקטיבי לפגיעה עתידית בזכות להליך הוגן של החשודים.

ראיות נגזרות**פס"ד פרחי – 2 תנאים מצטברים לפסילת ראיה ונגזרותיה**

רקע: במסגרת חקירת רצח עוה"ד פילנר המשטרה ביקשה ממתנדבים רבים לבצע חיפוש בגופם, בהסכמה, כאשר הובטח להם כי ב-DNA ייאסף מהם לא יעשה שימוש שלא לצורך חקירת הרצח האמור. בעקבות הבטחה זו, יונתן פרחי הסכים לתת דגימת DNA למשטרה. מעורבותו ברצח נשללה, אולם במקביל התנהלה חקירה על מעשי אונס שהתרחשו בזירות שונות. חוקרת המשטרה שחקרה את מעשי האונס זיהתה במקרה כי ה-DNA שנתן פרחי תואמת את ה-DNA שנאסף בכל זירות האונס, ובניגוד להבטחה ולס'14א(א) **לחוק החיפוש בגוף** השוותה בין 2 הדגימות, אשר יצאו זהות. פרחי נעצר בחשד לביצוע מעשי האונס. בעקבות החקירה והזהות שנתגלתה בין הדגימות, התגלו ראיות נוספות שקשרו אותו למעשים האמורים – איכון הטלפון הנייד שלו בכל זירות האונס; סירובו לתת דגימה נוספת (חיזוק לראיות התביעה); דגימת DNA מבדל סיגריה שנתקבלה בתרגיל חקירה; פרחי ביקש 'לנקות את מצפוני' למרות שמעולם לא הודה ואף הכחיש את ההאשמות וכו'.

השאלה המשפטית: האם ניתן להשתמש בדגימת ה-DNA שניתנה בהתנדבות בפרשה אחרת, ותוך הבטחה כי לא ייעשה בה שימוש לכל צורך אחר, לשם הרשעתו של פרחי באונס? האם ניתן וצריך לפסול את הראיה לפי כלל הפסילה הפסיקתי לאור הפגיעה בזכות להליך הוגן? האם אי קבילותה של דגימת ה-DNA הראשונה משפיעה על קבילות שורת הראיות הנגזרות שנתקבלו באמצעותה?

הכרעה (עליון): יש התנגשות בין הזכות לפרטיות (גילוי ושימוש אסור בנתונים אישיים) ולהליך הוגן של החשוד (הפרת הבטחה ושליטת יכולת להגן על חזקת החפות בעקבותיה), לבין הצורך להגיע לחקר האמת והעובדה כי מדובר בעבירה חמורה. **אדמונד לוי (דנציגר)** מצטרף קבע כי יש **לפסול** את דגימת ה-DNA הראשונה, מכיוון שיש לה זיקה הדוקה לפגם (הפרת ההבטחה). יש **לפסול** גם את דגימת ה-DNA השנייה, מכיוון שהזיקה בין הדגימה השנייה לפגם היא הדוקה והפסול יורד לשורש העניין (נלקחה כדי 'להלביץ' את דגימת ה-DNA הראשונה), אפילו שדרך השגתה לרוב אינה מעוררת קושי. עם זאת, את יתר הראיות הנגזרות **הכשיר**. באמצעות הראיות הנותרות, אותן הכשיר בהמ"ש, הורשע פרחי באונס.

← המשמעות של פסה"ד: בפס"ד יששכרוב, ביניש מדגישה כי דוקטרינת פירות העץ המורעל המאפשרת פסילה גורפת של ראיה ונגזרותיה, לא נקלטה בישראל. אלא, יש לבדוק כל חוליה לגופה בשרשרת הראיות, לפי הכללים של כלל הפסילה הפסיקתי ו-3 מבחני המשנה, שכן איננו פוסלים את הראיה הפסולה וכל נגזרותיה באופן אוטומטי.

כדי לפסול הן את הראיה הראשונה והן את נגזרותיה יש לעמוד ב-2 תנאים מצטברים:

1. זיקה עובדתית – הראיה הנגזרת היא תולדה של הראיה הראשונה.
 2. זיקה משפטית – מקום בו יש ניתוק בין 2 החוליות, ברי כי לא דבק הפגם בחוליה השנייה (דוגמה: הודאה ניתנה בעקבות הבאת חשוד למעצר לאחר חיפוש שלא כדין בביתו, ממצאי החיפוש אמנם פסולים, אך ההודאה לא שכן ניתנה במנותק).
- משקל חומרת העבירה:** בפסה"ד יש התייחסות לשיקול זה. בהמ"ש קבע כי כשהפגיעה בהוגנות ההליך כפי שמשקפת 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. מלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב כוללת גם את האינטרס שבכיבוד זכויות נאשמים, וקבלת ראיה עקב חשיבותה תפגע באמון הציבור ברשויות השלטון. כלומר, שיקול חומרת העבירה לא יכול לקבל משקל מכריע כשמדובר בפגיעה קשה בזכות להליך הוגן.

ביקורת: קשה לומר כי בהמ"ש התעלם מראיות ה-DNA לאחר פסילתן. כך למשל, **חיות** אמנם הצטרפה לתוצאה של השופט לוי, אך מנגד גרסה כי ללא דגימת ה-DNA הפסולה לא היו בידיהם כלל הראיות לחובתו של הנאשם. כלומר, ברור לה כי אלמלא הייתה בידיהם דגימת ה-DNA הראשונה, חוקרי המשטרה לא היו מצליחים להגיע ליתר הראיות ששימשו להרשעתו של פרחי והרי שאין מדובר בראיות אובייקטיביות. אולם, חיות נוקטת בגישה קצת שונה ומבחינה בין הראיות הנגזרות השונות – ראיות 'מלבינות' (דגימת ה-DNA השנייה) וראיות נעדרות זיקה משפטית ועובדתית חזקה לראיה הפסולה, ועומדות על 2 רגליים עצמאיות. לגישתה, השופט לוי ניסה ליצור סדר מלאכותי, מקום בו היה צורך להפעיל את שיקוה"ד הנתון לבהמ"ש בעקבות פרשת יששכרוב, ולבחון את כלל הנסיבות (חומרת העבירה; נסיבות הנאשם; קורבנות העבירה; תום ליבם של החוקרים וכו'). באיזון בין השיקולים הללו, אשר אינם מכריעים את הכף, אם כי מטים אותה, יש ליתן משקל לכך שהראיות האחרונות עומדות על 2 רגליים עצמאיות, ומכיוון שמדובר בדגימת DNA לא ניתן להטיל בה ספק. בנוסף, יש להתחשב במחיר החברתי שבפסילת הראיות, אשר יביא לזיכויו נאשם, כאשר ברור כשמש שהוא אשם.

← חיות אמנם פוסלת לכאורה, ובאופן שאינו מפורש, את דגימות ה-DNA, אך בפועל לא מתעלמת מאלו בהכרעתה (ההכרעה בעניינה היא האם קבלת הראיה תהפוך אותו לבלתי הוגן – לנאשם/לנפגעי העבירה והציבור בכללותו). יש למצוא 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.

ראיות חפציות שנתקבלו בחיפוש לא כדין

פס"ד בן חיים – הסכמה מדעת יכולה להחליף היעדר עילת חיפוש, אולם הסכמה מבלי ידוע לא מרפאת חוסר חוקיות החיפוש. בהמ"ש לא יפסול רק הודיות שהתקבלו שלא כדין באמצעות כלל הפסילה הפסיקתי, אלא אף ראיות חפציות.

רקע: בסיוור שגרתי פגשו שוטרים באברהם בן חיים, לאחר בירור הסתבר שאין נגדו צו מאסר אך יש לו רישום פלילי, לכן ביקשו ממנו להוציא את מה שנמצא בכיסיו. משעשה זאת, התברר כי הוא מחזיק בסכין, והוא הואשם בעבירה של החזקת סכין שלא כדין. בהמ"ש השלום פסל את הסכין כראיה מכיוון שהחיפוש היה בלתי חוקי, וזיכה את בן חיים. המדינה ערערה לבהמ"ש המחוזי, אשר קיבל את הערעור וקבע שגם בהנחה שהחיפוש היה בלתי חוקי, עפ"י דוקטרינת פרי העץ המורעל כפי שמתבטאת בפסיקה הישראלית, לבהמ"ש שיקו"ד בעניין פסילת ראיות שהושגו שלא כדין, וכי במקרה זה לא היה מקום לפסול את הסכין כראיה.

השאלה המשפטית: (1) האם החיפוש היה כדין? (2) אם לא, האם הסכמתו של בן חיים מכשירה את החיפוש? (3) אם החיפוש לא חוקי, וההסכמה לא מכשירה את החיפוש, האם יש לפסול את קבילות הראיה שנתפסה בחיפוש (הסכין)?

הכרעה:**בייניש (רוב) –**

1. **חוקיות החיפוש** – אפשר לבצע חיפוש על גופו (לא בתוך) או בכליו של אדם, גם בהיעדר עילת חיפוש לפי החוק, **ובלבד שתיתנו הסכמה מדעת**. אם יש חשד סביר, בכל מקרה תקום לשוטר הסמכות לבצע חיפוש על גופו של אדם ובכליו ללא צו שיפוטי.

במקרה דנן החיפוש היה שלא כדין, שכן לא התעורר חשד סביר (עילת חיפוש בגוף), שהוא תנאי לחוקיות חיפוש בכליו של אדם.

- **מהו חשד סביר? מבחן אובייקטיבי** בו בהמ"ש מעריך את סבירות שיקוה"ד של השוטר שערך את החיפוש כדי להכריע האם היה חוקי.

○ **מה יכול לבסס חשד סביר?** מראה עיניים/עדות שמיעה/תולדה של שרשרת דיווחים (ובלבד שהדיווח הראשון יוכל לבסס את סבירות החשד).

○ **מה לא יכול לבסס חשד סביר?** תחושת בטן; אינטואיציה; צבע עור/גזע/מגדר; עבר פלילי קודם.

2. **הסכמה מדעת כמכשירה חיפוש – הסכמה מדעת של מושא החיפוש מספיקה כדי שחיפוש יהיה חוקי, גם בהיעדר עילת חיפוש לפי החוק.**

↳ **סייג:** נדרש להבהיר למושא החיפוש כי **אינו חייב להסכים** לחיפוש, וכי **אי הסכמתו לא תעמוד כראייה לחובתו**.

- **מהי הסכמה מדעת?** הסכמה הניתנת תוך מודעות של מושא החיפוש **לזכותו לסרב** לביצוע החיפוש, ולכך שהסירוב לא יזקף לחובתו. ההסכמה אינה חייבת להתבצע בכתב.

○ **רציונל:** נועדה להבטיח שההסכמה לחיפוש היא הסכמה אמיתית ואינה מבוססת על פערי הכוחות האינהרנטיים הטמונים במפגש בין שוטר לאזרח.

דנציגר (מיעוט) – המרצה מצדד בגישה זו.

1. **הסכמתו של אדם לביצוע החיפוש לא יכולה להוות כשלעצמה מקום הסכמה.**

2. עקרון חוקיות המנהל קובע כי כל דבר שלא הוסמכה הרשות לעשות הרי שאינה מוסמכת לעשותו (זאת גם בהינתן הסכמה). לכן, **אפילו אם מושא החיפוש התיר חיפוש בגופו/פגיעה בפרטיותו, הרי שהסכמה זו כשלעצמה אינה מקימה מקור הסכמה סטטוטורי כמתחייב מעקרון חוקיות המנהל.**

- **התשובה של הנשיאה בייניש לטענה זו:** אפילו אם לא נכתב בחוק כי שוטר יכול לפנות בבקשה להסכמה מדעת מהפרט, 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.

○ **ביקורת: ד"ר חמדגו** דנה במאמרה על הלכה זו ובהשלכות הצפויות מקבלת עמדתה של בייניש, מתוך חשש ליצירת פרופילינג בעייתי. בקבלת עמדה זו, אנו מוותרים למעשה על יסוד אובייקטיבי (חשד סביר), ופותרים פתח לשוטרים דרך לנהוג באפליה תוך ניצול ההסכמה לכאורה של מושא החיפוש.

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

תוצאה: הסכמה מדעת יכולה להוות תחליף למצב בו אין עילת חיפוש, אולם אם ההסכמה ניתנה מבלי הסבר למושא החיפוש כי הוא חופשי לסרב וכי הדבר לא ישמש נגדו, ברי כי ההסכמה אינה הסכמה מדעת ואינה מרפאת את חוסר חוקיות החיפוש. יתרה מכך, אפילו שבהמ"ש מוכן לשקול ולא לפסול ראייה נגזרת שנולדה מראיה שנפסלה מקום בו אינה מושפעת מהפסול שבהשגתה, עדיין ראייה חפצית שאינה מושפעת מחוסר חוקיות המלווה את השגתה ועומדת על 2 רגליים עצמאיות (חיות) עלולה להיפסל. במקרה דנן, בהמ"ש פסל את קבילות ראיית הסכין וזיכה את בן חיים.

הקדמת בחינת כלל הפסילה הפסיקתית להליך הביניים

פס"ד יונתן אוריך – מבחן דו שלבי למתן צו חיפוש לאחר ביצוע חיפוש שלא כדין. נסיגה מהלכת שמש והקדמת בחינת כלל הפסילה הפסיקתית להליך בייניים. קבלה מעשית וחלקית את דוקטרינת פירות העץ המורעל בהליכי חקירה.

רקע: בספטמבר 2019 היועמ"ש לממשלה הודיעה לראשונה כי בכוונתו להגיש כתב אישום כנגד ראה"מ מכהן, בכפוף לשימוע. באותה העת, ישראל הייתה לפני בחירות כלליות בפעם השנייה בחצי שנה. ימים ספורים לפני הבחירות הוגשה תלונה במשטרה ע"י אחד מעדי המדינה שמיועדים להעיד במשפטו של ראה"מ, בה טען כי מתוך רכב חונה ליד נשמעה קלטת שקוראת לו לחזור בו מעדותו. בעקבות זאת, נפתחה חקירה, ממנה עלה כי ארבעה מיועצי ראה"מ היו מעורבים באירוע. אלו זומנו לחקירה כחשודים, בגין עבירה של הטרדת עד. **ס'23א(ב) לפסד"פ** קובע כי **לא ניתן לבצע חיפוש במחשב של אדם (או טלפון חכם לצורך העניין) ללא צו חיפוש מראש משופט, אשר יגדיר מהן מטרות החיפוש ותנאיו, כך שיוודא כי הפגיעה בפרטיותו של מושא החיפוש לא תעלה על המינימום הנדרש.** אך, חוקרי המשטרה לא היו מצוידים בצו חיפוש, וניסו להפעיל את **הלכת בן חיים** ולקבל הסכמה מדעת ממושא החיפוש לשם ביצועו (מכיוון שלפי עמדת היועמ"ש ניתן להחיל את הרציונאלים של הלכה זו גם על חיפוש במחשב/טלפון חכם, ולא רק על גופו או כליו של אדם). **הפגם:** השוטרים כשלו ביישום קבלת ההסכמה מדעת, שכן אלו לא הודיעו לחשודים כי ביכולתם לסרב לחיפוש וכי הדבר לא יזקף לחובתם. בשלב מסוים החשודים חזרו בהם מהסכמתם, והמשטרה פנתה לבהמ"ש בבקשה למתן צו חיפוש.

שאלה משפטית: האם יש ליתן את הצו המבוקש?

הכרעה:

- **בהמ"ש השלום** – אכן נפלו פגמים בהתנהלות החוקרים, ואין מחלוקת כי לא נתקבלה הסכמה מדעת לאור אי ידוע על זכותם של הנחקרים לסרב לחיפוש וכי הדבר לא יעמוד לחובתם, אך **ביחס לחשודים** אכן התעורר חשד סביר ברמה גבוהה, וברי כי הצווים המבוקשים נחוצים לקידום החקירה, לכן הוחלט לא לעצור את החקירה (יישום **דנ"פ שמש**) וליתן את הצו. עם זאת, החשודים עדיין יכולים להעלות טענת אי קבילות הראיות שהושגו בזמן החיפוש הלא חוקי, על בסיס כלל הפסילה הפסיקתי, במהלך המשפט עצמו אם יוגש כתב אישום (כלל הפסילה הפסיקתי לא ניתן בהליך ביניים – פס"ד שמש).

- **בהמ"ש המחוזי** – ההחלטה לא שונתה.

- **בהמ"ש העליון (אלרון בן יחיד)** –

○ **לא מדובר ביישום של הלכת יששכרוב:** דוקטרינת הפסילה הפסיקתית בוחנת את קבילותה של ראיה שהושגה בעבר, לאחר שכבר נגרמה פגיעה בזכות להליך הוגן. במקרה דנן מדובר על מקרה הצופה פני עתיד, ועוסק בחשש לפגיעה עתידית בזכות לפרטיות בעקבות מתן הצו המבוקש.

○ דוקטרינת פירות העץ המורעל לא התקבלה במשפט הישראלי, ומכך הרי שניכרת סבלנות ביחס לקבילות ראיות נגזרות. אולם, דווקא בשל היתכנות לקבלת ראיה נגזרת מראיה שהתקבלה תוך הפרת זכויות חשודים ונחקרים, אנו עדיין חפצים בהקפדה ביתר שאת על זכויות נחקרים בהליכי ביניים.

● **רציונל:** 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, דבר אשר יוביל לפגיעה באמון הציבור ברשויות החקירה ובמערכת המשפט. חוקרי המשטרה לא יכולים לעבור על החוק בטיפול בעבירות, המטרה אינה מקדשת את כל האמצעים, ויתרה מכך לפעמים האמצעים עלולים לשבש את המטרה ולמנוע את השגתה, מכיוון שיובילו לעצירת החקירה בטרם הסתיימה.

● **ביקורת המרצה על פסה"ד:** בבחינה מדוקדקת של דבריו של השופט אלרון יש משום ניסיון להביא לביטול/צמצום הלכת שמש (לא ניתן להקדים בזמן את בחינת כלל הפסילה הפסיקתי וקבילות ראיות).

● **הערה:** 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.

○ **מבחן דו שלבי לבחינת השיקולים למידת ההשפעה של חיפוש מוקדם שבוצע שלא כדין במחשב/טלפון חכם על הבקשה למתן צו חיפוש:**

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

1. אם אין זיקה בין החיפוש הלא חוקי לבין התשתית הראייתית בבקשת הצו ← הבקשה מוחזרת לבהמ"ש השלום.

2. אם יש זיקה ← זהו המקרה בו אין נסיבות מיוחדות שמחייבות את מתן הצו.

● **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 צו החיפוש יש לאזן מול האינטרס הציבורי שבמיצוי החקירה הפלילית. שיקולים שיש לשקול: חומרת הפגם (האם החיפוש הלא חוקי נעשה עניין שבמדיניות של רשות החקירה או בטעות בתו"ל/יוזמה עצמית של החוק? אם מדיניות – לא יינתן צו); חומרת החשדות; נחיצות צו החיפוש; הזיקה של בעל המחשב/טלפון לחשדות.

● **הערה:** יש משקל אדיר לכך שהחיפוש הראשוני היה לא חוקי. רציונאליים:

● עולה מכך חשש שמא הממצאים שהתקבלו לפי הצו שהוא ייתן ממילא לא יהיו קבילים, ולכן ממילא אין טעם לאפשר פגיעה נוספת באמצעות צו.

● במתן צו החיפוש, יש משום הרחבת הפגיעה בזכות לפרטיות שכבר נגרמה בעקבות החיפוש הלא חוקי.

● חשש שהמשטרה עושה "מסע דייג" בטלפון של החשוד בניסיון להשיג ראיות נגזרות שלא יפסלו בעוד הראיה הראשונית כן.

- **האם החלטת השופט אלרון מלמדת על נסיגה מהלכת שמש (דחיית יישום כלל הפסילה הפסיקתי למשפט)?**

למרות הדמיון בין המקרים (בשניהם דובר על הליך ביניים של בקשת צו לצורך חקירה), הם אינם זהים לחלוטין, מכיוון שבדנ"פ שמש המטרה לא ביצעה פגם, אלא פנתה לבהמ"ש בניסיון לקצר דרך להשגת ראיות, בעוד שבפס"ד אוריך המשטרה הפרה ברגל גסה את הלכת בן חיים ואת זכויות החשודים וברור כי חל פגם מובהק. השופט בייניש אף הזכירה בפס"ד שמש כי עשויה להיות גם סיטואציה בה המשטרה תגרום לפגם חמור, כפי שקרה בפס"ד אוריך, אולם הותירה אותה בצ"ע.

פס"ד שמש הן השופט בייניש והן השופט ארבל (רוב) גרסו כי אין לעצור את המשטרה בשלב החקירה, אלא יש לאפשר לה לחשוף את האמת ושאלות של קבילות ומשקל יידונו רק בהליך העיקרי (דחיית החלטת כלל הפסילה הפסיקתי למשפט עצמו). מנגד, השופט דנציגר (מיעוט) החזיק בגישה לפיה אין להשלים עם דרכי חקירה שנועדו לעקוף את זכות החשוד והנאשם להליך הוגן ולרוקנם מתוכן ממש, אלא יש לקבל הכרעה מקדמית בדבר קבילות הראיה עוד בשלב החקירה המשטרית כדי להפחית את ההשלכות הקשות על הנאשם הנלוות להגשת כתב אישום – צדק מאוחר אינו צדק. רציונל דבריו של דנציגר מזכיר את זה של דברי השופט אלרון בפס"ד אוריך.

○ **רציונל:** גישה חינוכית והרתעתית כלפי שוטרים. מתן צו בעקבות ראייה פסולה עלולה להוביל את המשטרה לראיות נגזרות, שעלולות להתקבל במשפט ופסילת הראייה המקורית לא יהווה סעד אפקטיבי לפגיעה בזכות להליך הוגן. כשרשויות החקירה מודעות לכך שייתכן 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. כלומר, דווקא בגלל שדוקטרינת פירות העץ המורעל לא התקבלה בישראל נדרשת הקפדה יתרה על זכויות חשודים ונאשמים כבר בשלב הביניים. מקום בו גופי חקירה מבקשים למלא את תפקידם באופן שאינו עולה בקנה אחד עם הזכות להליך הוגן, הרי שקיים אינטרס ציבורי ראשון במעלה למנוע זאת ולא רק בדיעבד.

● **הערה:** לא ניתן להשוות את ההפרה הקשה והפגם הבוטה שנגרם בפרשת יונתן אוריך למה שהתרחש בפרשת שמש, עדיין בפרשת שמש נגרם פגם דה-פקטו בזכות להליך הוגן. הדמיון בין הפרשות נעוץ בכך שהמשטרה פנתה לבהמ"ש בבקשה למתן צו בניסיון להכשיר פגיעה עתידית בזכויותיהם של חשודים המצויים תחת חקירה ברשותה.

- האם הלכה זו מעידה על קבלת דוקטרינת פרי העץ המורעל בישראל?

- **פורמאלית דוקטרינת פירות המורעל, המבוססת על תכלית הרתעתית וחינוכית, לא התקבלה בישראל.**
- **בפועל, התקבלה וריאציה של הדוקטרינה בדמות כלל הפסילה הפסיקתי והרחבותי השונות, שהתקבלו עם השנים. תכליתו של כלל הפסילה הפסיקתי היא מניעת פגיעה בטוהר ההליך ובאמון הציבור הנגרמת מקבלת ראייה שכבר גרמה לפגיעה בזכויות הנאשם/נחקר/חשוד.**
- **אולם, הדוקטרינה בתכליתה ההרתעתית (פרי העץ המורעל) התקבלה רק במסגרת הליכי ביניים.**

- משמעות פסה"ד:

- **השופט אלרון** מקבל מעשית את דעת המיעוט מפס"ד שמש, ופותח את הדלת להפסקת חקירת משטרה ובחינת קבילות ראייה כבר בהליך הביניים, והכל בשם מניעת פגיעה עתידית בזכות להליך הוגן, אפילו במחיר פגיעה בערך גילוי האמת ומיצוי הדין עם העבריינים.
- **בפסיקה זו יש כדי לקבל מעשית וחלקית את דוקטרינת פירות העץ המורעל בהליכי חקירה** (מניעה מראש של האפשרות להשיג ראיות נגזרות הנובעות מחוסר חוקיות ראשונית ועלולות להתקבל כקבילות במשפט, אך תוך פתיחת פתח צר לשיקולים לקבלת הראייה בהתקיים הנסיבות המתאימות).

לסיכום – בחינת קבילות ראייה נגזרת:

פס"ד יששכרוב: כל ראייה שאותרה בעקבות ראייה פסולה אחרת, תבחן לפי נסיבותיו של כל מקרה לגופו, ובהתחשב בהשפעה שתהיה לקבלתה על זכותו של הנאשם להליך הוגן.

פס"ד פרחי: ישנו צורך ביקה עובדתית ומשפטית בין הראיות מקום בו אחת הובילה לשנייה כדי שניתן יהיה לפסול את הראייה. גישה זו לא התקבלה.

פס"ד אוריך: ניכרים ניצנים לקליטת דוקטרינת פרי העץ המורעל, עם **סייגים:** (1) מתן שיקו"ד לבהמ"ש ליתן צו על בסיס ראייה פסולה אפילו במקום בו יש זיקה בין הבקשה לצו לבין הראייה הפסולה; (2) דוקטרינת פרי העץ המורעל לא מופעלת בשלב המשפט העיקרי, אלא רק בהליכי ביניים.

משקל השיקול של חומרת העבירה לעניין פסילת ראיות לפי כלל הפסילה הפסיקתי לאחר פס"ד אוריך?

- העניין נשאר פתוח בפס"ד יששכרוב – הוצגה הדילמה בין הקפדה על הזכות להליך הוגן לאור הפגיעה הקשה יותר בעבירות החמורות יותר, לבין המחיר החברתי הכבד שבפסילת ראיות).

- אך בפס"ד חייבטוב במסגרתו זוכה חייבטוב מרצח בשל פגיעה קשה בזכות להליך הוגן, בהמ"ש הראה כי שיקול חומרת העבירה לא מקבל משקל, בוודאי כשמדובר בפגיעה קשה בזכות להליך הוגן.

- בהמשך, בפס"ד פרחי, השופט אדמונד לוי קבע כי משקלה של חומרת העבירה היא נמוך מאוד כשמדובר בהפרה קשה של הזכות להליך הוגן. אכן, הדעת לא סובלת זיכוי של מי שביצע מעשים חמורים, אך דווקא במקרים כאלה חשיבות הזכות להליך הוגן מתגברת. יתרה מכך, קבלה של ראייה עקב חשיבותה לתביעה עלולה לפגוע באמון הציבור ברשויות השלטון.

- מנגד, לדעת השופט עמית בפס"ד בונר, יש מקום לשקול את חומרת העבירה במסגרת מכלול השיקולים של כלל הפסילה הפסיקתי. האינטרס הציבורי, החשש לביטחון הציבור והאינטרס של נפגע העבירה, לעיתים צריכים לקבל עדיפות על פני פגיעה טכנית בזכות להליך הוגן (נדרש לעשות איזון כפי שבהמ"ש עורך בדיני חסינות – לעיתים נעדיף את גילוי האמת על פני האינטרס הברור שגלום בהגנה על חסינות). אמון הציבור עלול להיפגע גם בשל זיכוי של רוצח אן נאשם בעבירה חמורה בעקבות פגם שבעיני הציבור נתפס כעניין טכני בלבד, על אף הפגיעה בזכות להליך הוגן. זו לא העמדה הרווחת בפסיקה.

- מעמד שיקול חומר העבירה לאחר פס"ד אוריך:

- **השופט אלרון** קובע כי במסגרת השלב השני במבחן הדו-שלבי, יש מקום לחומרת החשדות (לא עבירה; מדובר על שלב ביניים). ככל שחומרת החשדות גדולה יותר, כך הנטייה תהא יותר לטובת מתן צו לטובת המשטרה.

● **רציונל:** בלימת המשטרה בהליך הביניים בעברות חמורות עלולה להרוס את הליך החקירה.

- **ביקורת:** שיקול חומרת העבירה מייצג בפועל את נפגע העבירה, כלומר שהוצאתו ממערך השיקולים, למעשה מביא להשתקת קולם. לכן, לפני שבהמ"ש יפסול את הראייה, עליו לפנות לנפגעים ולבקש את עמדתם, למרות שהוא לא חייב לפי הדין לעשות כן.

4. חיפוש בגוף האדם**הפנמת המהפכה החוקתית:**

- **ס'2(ד) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי)** הפנים לתוכו את **חוי"י: כוה"ח** והמהפכה החוקתית, וקובע כי חיפוש בגופו של חשוד ייערך בדרך ובמקום שיבטיחו **שמירה מרבית על כבוד האדם, על פרטיותו ועל בריאותו, ובמידה המועטה האפשרית של פגיעה, אי נוחות וכאב.**
 - בדומה, גם **ס'1(ב) לחוק המעצרים** הפנים לתוכו את **חוי"י: כוה"ח** והמהפכה החוקתית בקובעו כי מעצרו ועיכובו של אדם יהיו בדרך שתבטיח שמירה מרבית על כבוד האדם ועל זכויותיו.

מתני אפשר לערוך חיפוש בגופו של אדם?

- **פס"ד פרחי** – ראיות DNA במקרי אונס (עמ' 24-25 למקוצרת)
 - **ס'14(א) לחוק החיפוש בגוף** קובע כי שוטר רשאי, לצורך חקירת עבירה, לערוך חיפוש בגופו של כל אדם שאינו חשוד, **אם (מתחלף): (1)** היה לשוטר יסוד סביר להניח שיש על גופו ראיה הנחוצה לביצוע החקירה; **(2)** החיפוש נדרש לשם בדיקת קשר אפשרי של אותו אדם לעבירה הנחקרת.
 - ↓ **סייג:** **ס'14(ב) לחוק החיפוש בגוף** שוטר לא יכול לערוך חיפוש כאמור אלא אם **הסביר לאותו אדם כי זכותו לסרב לביצוע החיפוש וכי לא ייעשה שימוש בממצאי החיפוש, למעט לצורך מסוים ומוגדר, ולא לצורך חקירת העבירה הספציפית בגינה מתבצע החיפוש, מכיוון שאינו חשוד בעבירה.**
 - **ס'14(א) לחוק החיפוש בגוף** קובע כי לא ניתן להשוות בין נתוני הזיהוי שהופקו מחיפוש בגוף של אדם שאינו חשוד, לבין נתונים הנמצאים זה מכבר במאגר.
 - ↓ **סייג:** אלא אם כן הדבר נועד לצורך חקירת העבירה שלשמה נערך החיפוש, **אן** לצורך חקירה בתיק משטרתי אחר אם התקבלה הסכמה בכתב לכך מאותו אדם.
 - **ס'14(ב) לחוק החיפוש בגוף** קובע כי נתוני זיהוי שהופקו ממה שנתפס בחיפוש בגופו של אדם שאינו חשוד לא יכללו במאגר.

- **פס"ד בן חיים** – הסכמה מדעת יכולה להחליף היעדר עילת חיפוש, אולם הסכמה מבלי ידוע לא מרפאת חוסר חוקיות החיפוש. בהמ"ש לא יפסול רק הודיות שהתקבלו שלא כדיון באמצעות כלל הפסילה הפסיקתי, אלא אף ראיות חפציות העומדות על 2 רגליים עצמאיות אם ימצא לנכון (על אף הלכת פרחי) (עמ' 25-26 למקוצרת).

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

- זכות השתיקה הינה הרחבה של הזכות להימנע מפני הפללה עצמית.
- **זכות השתיקה נתונה רק לחשודים**, בעוד שהזכות לאי הפללה עצמית **נתונה לכל אדם** (עדים; חשודים וכו').
- זכות השתיקה מאפשרת למעשה לחשוד שלא לענות על אף שאלה שהוא נשאל, אף אם אין בה חשש להפללתו.
- **ביקורת: ג'רמי בנטהם** (פילוסוף) גורס כי זכות השתיקה משרתת ומטיבה דווקא עם העבריינים. כלל זה נוגע לשמירת ביטחונם.
 - **ביקורת המרצה:** בנטהם טועה. **זכות השתיקה לא נועדה עבור העבריינים** (למרות שהיא יכולה לשרת אותם), אלא **נועדה לשרת את החפים מפשע**. אדם בחקירת משטרה נמצא בסיטואציה מלחיצה, קיימים פערי כוחות גדולים, ולכן זכות השתיקה נובעת מתוך הרצון להגן על החפים מפשע ושלא יודו בדבר שלא ביצעו.

הרציונאליים של זכות השתיקה**פס"ד גלעד שרון**

- **למנוע הודאות שווא של חפים מפשע** – הסיטואציה בה עומד החשוד מול החוקר/התובע היא מלחיצה ופערי הכוחות מאיימים, דבר זה עלול להוביל אנשים חפים מפשע לייחס לעצמם התנהגות לא תקינה/פלילית (דוגמה: **פס"ד אוריך** – הנחקרים הסכימו לחיפוש בטלפון מתור פחד). לכן, אם לא הייתה זכות שתיקה, אלא אף הייתה חובת דיבור לפני פגישה עם עו"ד, ברי כי היו נמסרות הודאות שווא רבות.
- **אי העמדת החשוד בפני ברירות רעות ומצב בלתי אפשרי** – ללא זכות השתיקה, בפני החשוד האפשרויות הבאות, אשר עלולות להביא לפגיעה בו והותרתו בפני בחירה בלתי אפשרית:
 - להודות ובכך להפיל את עצמו.
 - לשקר בגלל שהוא מוכרח לדבר, כאשר השקר מהווה הלכה למעשה עבירה פלילית.
 - לשתוק מקום בו נעדרת זכות זו, דבר אשר גם הוא מהווה עבירה פלילית (בעולם שאין זכות שתיקה).
 - ↓ **מנגד, פרופ' גרוס** גורס כי חשוד שאינו אשם, יידבר שכן אין לו מה להסתיר.
- **השיטה האדוורסרית** – המשטרה צריכה לעשות את עבודתה ולהוכיח מעל לכל ספק סביר (רף גבוהה) כי הנחקר ביצע את העבירה. הנחקר לא צריך לעזור למשטרה לאסוף ראיות נגדו. ככלל, נעדיף זיכויים שגויים מפני הרשעות שגויות.
- **חוסר האמון בראיות מפלילות** – טעם שנוי במחלוקת כי במדינת ישראל הודאת חשוד בביצוע עבירה יכולה להוות ראיה כנגדו, כל עוד היא ניתנה לפי הדין. זכות השתיקה מקטינה את האפשרות להודאות מפלילות. השניות במחלוקת היא על כך שמחד מקבלים הודאות מפלילות ומנגד לא אוהבים אותן.
- **צמצום החשש לשימוש אמצעים פסולים** – ברגע ששותקים בחקירה, החוקר בסוף יתייאש. חוסר שיתוף הפעולה לא יעזור לכל תרגיל חקירתי.

- **ביקורת המרצה:** מתנגד לתכלית זו בטענה שהשאלה היא האם השתמשו בתרגיל כשר או לא כשר, ויש מגוון דרכים ליתן מענה לראיות פסולות.
- **פערי הכוחות בין הצדדים** – המדינה גדולה ובעלת אמצעים ואפשרויות רבים יותר מאשר הפרט העומד מולה (**דוגמה:** האזנת סתר, מעצרים, מדובבים, חיפושים וכו'), דבר המקרים אי שוויון בין השניים. זכות השתיקה נועדה לאזן בין פערי הכוחות.
- **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**
- זכות השתיקה (לחשודים בלבד) כשלעצמה אינה מעוגנת בחקיקה, אלא היא יציר פסיקה הנובע מהרחבה של הזכות לאי הפללה עצמית (לכל אדם):**
- **ס'2 לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות) – הימנעות מהפללה עצמית:**
 - **ס"ק(1) כלל – אדם** שנחקר חייב להשיב נכונה על כל השאלות שנשאל בחקירה;
 - **ס"ק(2) – סייג** – שאלות שהתשובות עליהן עלולות להעמידו בסכנה לאשמה פלילית. זוהי הזכות להימנע מהפללה עצמית.
- **זכות השתיקה המוחלטת הניתנת לחשוד היא זכות שנולדה בפסיקה** (צריך לתקן את החוק). **בפס"ד גלעד שרון** בהמ"ש השאיר בצ"ע את השאלה האם צריך זכות לשתיקה מוחלטת.
- ← **בשורה התחתונה, יש לחשוד זכות שתיקה מוחלטת מכוח הפסיקה ללא עיגון בחוק.**
- השלכות שימוש בזכות השתיקה בחקירת משטרה**
- (1) חשש ממשקל העדות**
 - לשתיקה מחיר שבא לידי ביטוי בסנקציה עקיפה ולא ישירה.
 - אמנם, זכותו של אדם לשתוק, אבל אם שתק לאורך כל החקירה, ופתח את פיו בבהמ"ש, וכעת מבקש שתינתן משקל לעדותו זה בעייתי שכן עדותו נחשבת כעת "עדות כבושה".
 - **רציונל:** השתיקה כהתנהגות מפלילה – הציפייה היא שבעת שמוטחות באדם האשמות, הוא יתמודד מולן בהזדמנות הראשונה וימסור את גרסתו. ברגע שהחשוד נמנע מלמסור את גרסתו בהזדמנות הראשונה ומחכה לשלב מאוחר (בבהמ"ש, לאחר ששמע עדים וכל הראיות נחשפו לפניו), הרי שבהמ"ש ככל הנראה לא יאמין לו ("עדות כבושה"), מתוך חשש למהימנות ההודיה, שכן הייתה לו הזדמנות לסדר לעצמו את הסיפור והסתירות מול טענותיה של התביעה.
- **הערה:** במצב דברים זה העדות עדיין נחשבת קבילה, אך ככל הנראה תינתן לה משקל נמוך ואולי אף אפסי מכיוון שבהמ"ש ימנע מלהאמין לדבריו.
- **כדי לגרום לכך שבהמ"ש יקבל את עדותו הכבושה של החשוד, עליו להסביר את סיבת ההימנעות ממענה על השאלות ואי-מתן העדות בחקירת המשטרה בעניינו, והכל באופן שירצה את בהמ"ש כך שיוכל להאמין לו. מבלי הסבר זה, הרי שמהימנות העדות תפגע באופן קריטי.**
- (2) סנקציה ראייתית – חיזוק/התנהגות מפלילה**
 - זכות השתיקה לא חלה כאשר המחוקק מסייג אותה במפורש. כך, זו אינה כוללת את הזכות להימנע משיתוף פעולה עם הליכי חקירה באופן גורף (**דוגמה:** התייצבות למסדר זיהוי; ביצוע בדיקות רפואיות (לא ניתן לחייב אבל מצופה שת"פ)), כלומר היא אינה זכות גורפת ולחוסר שת"פ עם הליכי חקירה מצד החשוד יהיה מחיר ראייתי.
 - **שתיקה כסנקציה ראייתית של חיזוק** – **ס'28(א) לחוק המעצרים** קובע כי בטרם החלטת הקצין הממונה על מעצרו של כל אדם, עליו לאפשר לו זכות טיעון להשמיע את דבריו, ולהזהירו כי הוא אמנם לא חייב לומר דבר שעלול להפלילו, אולם אם יחליט להימנע מלהשיב על שאלות (לא לענות כלל) הדבר עשוי לשמש כראיה או כחיזוק של הראיות נגדו.
 - **הערה:** בסעיף זה מדובר על הזכות לאי הפללה עצמית לה זכאי כל אדם.
 - על פניו, גם שתיקה של חשוד במשטרה בהכרח תהווה חיזוק נגדו.
 - **ביקורת של המרצה:** אם המחוקק היה רוצה להטיל סנקציה של חיזוק על שתיקה של חשוד בחקירה במשטרה, היה ראוי שיעשה זאת באופן מפורש, ולא בצורה עקיפה במסגרת סעיף בחקש כ"כ מסוים (מעצר). פעמים רבות חשודים נחקרים בעוד שאינם עצורים או עתידים להיעצר בהכרח, ולכן סעיף זה אינו רלוונטי לגביהם ונעדרת הנחיה דומה על חובת היידוע ביחס להשלכות שתיקתם.
 - ↳ **סייג:** הפסיקה עושה שימוש בסעיף זה כדי לעגן את השלכות מימוש זכות השתיקה באופן גורף, ולא רק במסגרת חקירה במשטרה והחלטה האם לעצור/להמשיך מעצר הנחקר, לשחררו בערובה, או לשחררו בכלל.
 - **שתיקה בבהמ"ש כחיזוק לראיה:** **ס'161-162 לחסד"פ** סעיפים מפורשים המענינים את זכות השתיקה של הנאשם במשפט. בנוסף, מוגדרת סנקציה לשתיקה של נאשם (סנקציה ראייתית של חיזוק/סיוע, למעט חריגים). סעיף זה מעיד על כך כי מקום בו המחוקק רוצה לקבוע סנקציה ראייתית על שתיקת הנאשם הוא יודע לעשות כן בצורה ישירה, שהרי כאן נקבעה תוספת ראייתית בצורה ישירה, ברורה ולא באופן עקיף כמו בחוק המעצרים.
 - **שתיקה כהתנהגות מפלילה** – הפסיקה מתייחסת לעיתים לשתיקה גם כסוג של התנהגות מפלילה (סנקציה ראייתית שונה מחיזוק).

- **מתי סנקציה כתוצאה משתיקה תקום? אם לאורך כל החקירה שתק הנחקר, ולא אם שתק בחקירות הראשונות, אך בבאות התחיל לשתף פעולה.**
- **זכות השתיקה נתפסת כצידה השני של זכות היועצות, מכיוון שעו"ד יכול לסייע לחשוד להחליט האם ומתי להפעיל את זכותו זו או לא, שכן אם אין ראיות נגדו, לכאורה אין סיבה שידבר מכיוון שבכך הוא עלול ליצור ראיות שלא היו למשטרה קודם לכן.**
- **רציונל:** סנקציה ראייתית באה כחיזוק אך לא מהווה ראיה יש מאין, אלא נשענת על ראיה קיימת.
- **ביקורת על הסנקציה:** 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. **עצם קיומה של סנקציה משמעותית כל כך, עלולה לפגוע בעצם הלגיטימיות והאפקטיביות של שימוש בזכות.**
- **(3) מימוש זכות השתיקה כטריגר למעצר/הארכת מעצר**
- **פס"ד קורמן** – שתיקה של עצור במשטרה, ללא התייחסות לעבירות חמורות שביצע החשוד שהטיחו כנגדו, מונעת ממנו את היכולת להפריך את חזקת המסוכנות בבקשת המעצר עד תום ההליכים.
 - **ביקורת המרצה:** זו הלכה בעייתית מדובר על קביעה גורפת וגסה מידי. שתיקה במשטרה עשויה לנבוע מתוך הרצון להגן על החפים מהפשע, ולא נכון למנוע מעוה"ד את היכולת להפריך את חזקת המסוכנות.
- ← **אם כן, הסנקציות הכבדות על מימוש זכות השתיקה עלולות לפגוע בלגיטימיות ואפקטיביות של הזכות** (קושי זה מתקשר גם למסקנה לפיה, בדומה לזכות להליך הוגן, היא אינה זכות מוחלטת).
- **חובת האזהרה**
 - **רכיבי האזהרה** – חוקר צריך להזהיר חשוד בטרם חקירתו, ולעדכנו **(מצטבר)**:
 - באיזה עבירה הוא חשוד.
 - שיש לו זכות שתיקה (אינו חייב לומר דבר).
 - כל דבר שיאמר עלול לשמש נגדו במשפט.
 - **מקור נורמטיבי** –
 - **בעבר** – חובת האזהרה נקבעה בתקנות השופטים ונקלטה לדין הישראלי דרך **סימן 46 לדבר המלך ומועצתו**.
 - **כיום** – לכאורה, חובת האזהרה מעוגנת ב**ס' 28 לחוק המעצרים** על רכיבי השונים, אולם, בפועל, **אין בכך כדי להוות עיגון מספק לחובת האזהרה. סיבות:**
 - **ס' 28' רלוונטי לסיטואציה של אדם עצור/לא עצור אך הקצין הממונה רוצה לעצור אותו.** היינו, ס' 28' הוא דוגמה למקרה קונקרטי במסגרתו צריך להזהיר, אולם אינו משקף את כל המקרים, שהרי רוב החקירות בישראל שמתבצעות ללא מעצרים, ולכן לא ברור האם במקרים האחרים יש חובת אזהרה.
 - **ס' 28' דן בזכות להימנע מהפללה עצמית ולא על זכות השתיקה.** הזכות להימנע מהפללה עצמית 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.**
 - **חובת האזהרה כזכות חוקתית**
 - **חובת האזהרה היא לא זכות חוקתית.** אזהרה היא כלי שנועד לוודא שלפני שהחשוד מחליט לדבר, הוא יעשה כן מתוך בחירה מושכלת ורצון טוב וחופשי. אם כן, היעדר אזהרה על זכות השתיקה והזכות לאי-הפללה עצמית עלול לעלות כדי פגם חוקתי, אך הדבר לא בהכרח יביא לפסילה אוטומטית של הודאה, שכן אם ידע החשוד ידע על זכויות אלו, גם מבלי שהזוהר, הרי שלא נפגעה זכותו בשל היעדר ידיעה. ההחלטה בעניין פסילת הראייה נתונה לשיקו"ד בהמ"ש **(יששכרוב)**.
 - **פס"ד אלמליח** – הצגת המשטרה לחשוד מצג שכל אדם אובייקטיבי יבין כי הוא חשוד דיי כדי להקים זכות שתיקה **רקע:** המשטרה חקרה את אלמליח כעד, ולא הזהירה אותו כי הוא חשוד. לכן, לכאורה, הוא לא הזוהר ולא עומדת לו זכות השתיקה המוחלטת שקיימת רק לחשודים, אלא רק הזכות להימנע מהפללה עצמית, אשר עומדת לכל אדם. עם זאת, המשטרה כן הציגה מצג שכל אדם אובייקטיבי היה מבין שהוא חשוד, משכך הנחקר הפעיל דה-פקטו את זכות השתיקה.
 - **הכרעה:** גם אם נחקר לא יודע של שינוי במצבו, אך הוצג בפניו מצג שכל אדם אובייקטיבי סביר באותן נסיבות היה מבין שהוא חשוד, עדיין קמה לחשוד זכות שתיקה מוחלטת וזכותו לא הופרה.
 - **הערה:** כדי לקיים הלכה זו נדרשת בדיקה עובדתית לא פשוטה.
 - **הזכות להימנע מהפללה עצמית ביחס לראיות**
 - **זכות השתיקה במסירת ראיות (חפציות (מסמכים) או מילוליות (השבה על שאלות))** – **ס' 47' לפקודת הראיות** מהווה מקור נוסף לזכותו של אדם להימנע מהפללה עצמית ביחס למסירת ראיה הן בחקירה במשטרה והן בעדות בבהמ"ש (לפי **ס' 52' לפקודת הראיות – תחולה**). סעיף זה חל הן על ראיות פיזיות והן על ראיות וורבליות.
 - סעיף זה דן בזכות להימנע מהפללה עצמית, ואינו מהווה מקור נורמטיבי לזכות שתיקה מוחלטת.
 - **כרסום בזכות לאי הפללה עצמית בראיות** – **ס' 47'(ב) לפקודת הראיות** קובע כי למרות זכותו של נחקר להימנע מלהפיל את עצמו בדרך של מסירת ראיות, בהמ"ש יכול לחייב אותו למסור ראיה.
 - **סייג:** אם בהמ"ש מחייב מסירת ראיה, בהמ"ש יכול לאפשר לנחקר חיסיון שימוש, כך שלא ניתן יהיה לעשות שימוש בראיה זו נגד הנחקר במשפט בו הוא מואשם.

• **רציונל:** למה שנחייב מסירת ראיה במקביל להחלת חיסיון שימוש? לעיתים הראיות נדרשות כדי לשמש כנגד אדם אחר. בהמ"ש יעניק חיסיון שימוש לראיות, כדי להגן על הנחקר שמסר את הראיות.

• **עדיין ניתן לראות בסעיף זה כרסום בזכות להימנע מהפללה עצמית, מכיוון שזה אינו מתייחס לראיות נגזרות,** אשר עלולות להפליל את הנחקר שהעביר את הראיות, באופן עקיף לראיה החסוי.

- **סייג לס' 47 (חיוב מסירת ראיה) – פס"ד נגזיאל – הזכות להימנע מהפללה עצמית בראיות חלה רק על מסמכים פרטיים רקע:** עו"ד של נאשם צילם את כל חומר הראיות לפי **ס' 47 לחסד"פ**. התביעה איבדה את חומר הראיות, וביקשה לצלם אותו בחזרה מהחומר שנמסר לחשוד. סנגורו של החשוד התנגד בטענה ש**ס' 47(א) לפקודת הראיות** מאפשר לאדם להימנע מלהפליל את עצמו ולא למסור ראיות כנגדו. התביעה טענה כי לא ניתן לטעון לחיסיון מפני הפללה עצמית במקרה מעין זה שהרי מדובר במסמך ציבורי, שהוא קניין של התביעה.

הכרעה: בהמ"ש דחה את טענת הסנגור וקבע כי **הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית לא חלה על מסמכים ציבוריים (דוגמה: דוחות עבור רשות ציבורית), אלא רק על מסמכים פרטיים (כל דבר אישי, דוגמה: יומן; מכתב וכו').**

- **פס"ד גלעד שרון – אין זכות שתיקה מוחלטת ביחס לצו להמצאת מסמכים רקע:** המשטרה רצתה ראיה מסוימת המצויה בידיו של גלעד שרון, אך לא יכולה הייתה להוציא צו חיפוש בביתו מכיוון שזה התגורר בבית ראה"מ. לכן, המשטרה פנתה לבהמ"ש בקשה להמציא צו לפי **ס' 43 לחוק בהמ"ש**, המאפשר לבהמ"ש לחייב כל אדם שהמשטרה חושבת שצריך להמציא ראיה כלשהי להתייצב בפני שופט ולהציגה. **טענות גלעד שרון:**

○ יש לפרש את **ס' 43 לחוק בהמ"ש מול ס' 47 לפקודת הראיות**, ולכן הרי שיש לו זכות להימנע מפני הפללה עצמית ולא למסור לשטרה מסמכים שעלולים להפלילו.

○ ניסה להחיל את זכות השתיקה המוחלטת שהפסיקה מחילה על עדות וורבלית, גם על בקשה להצגת מסמכים. טען כי יש לו זכות שתיקה מוחלטת כחשוד, שחלה גם הן ביחס לראיות וורבליות והן ביחס לראיות פיזיות (חפציות). כלומר, הוא אינו מחויב להתייצב בפני בהמ"ש מכיוון שיש לו זכות שתיקה גם ביחס לבקשה להצגת מסמכים.

הכרעה: בהמ"ש דחה את טענותיו של גלעד שרון, וקבע כי אין זכות שתיקה מוחלטת ביחס להמצאת מסמכים, שכן יש הבדל בין עדות וורבלית בחקירה לבין המצאת מסמכים.

○ **רציונל:** ביחס להמצאת מסמכים לא מתקיימות ההצדקות לזכות השתיקה המוחלטת כמו בחקירה וורבלית.

▪ דאגה לחשוד על מנת שחוקרי המשטרה לא ישתמשו בכוחם נגדו, והוא ויודה מתוך לחץ אינה רלוונטית כשמדובר במסמכים, מכיוון שבמצב דברים זה הוא יכול להיוועץ בעו"ד ולפעול לביטול הצו/להסביר לבהמ"ש מדוע אין לחייב אותו במסירת המסמך המבוקש.

▪ אין חשש להפעלת תרגילי חקירה שיגרמו להודאות שווא של חשודים, מכיוון שהמסמכים כבר קיימים ונעדרים אופי של עדות. ניתן להתחקות אחר האובייקטיביות של המסמך ולבחון את מהימנותו.

▪ אכן, בשיטה האדוורסרית התביעה היא זו שצריכה להביא את הראיות להוכחת אשמתו של הנאשם. אולם, במקרה דנן לא מטילים על החשוד חובות עשה, שהרי זה אינו התבקש ליצור מסמכים, אלא להציג מסמך קיים. לא מדובר באיסוף ראיות, אלא העברה של ראיות קיימות.

← **לסיכום פסה"ד –**

- הרציונלים של זכות השתיקה לא חלים על במקרה של החלת צו להבאת מסמכים לפי **ס' 43 לחוק בהמ"ש**, ולכן אין זכות שתיקה במסירת ראיות ועל אדם שהוצא נגדו צו מעין זה למסור את הראיות המבוקשות.

- אכן, יש לפרש את **ס' 43 לחוק בהמ"ש וס' 47 לפקודת הראיות במקביל**, אולם אין הדבר מעיד על כך שלמוסר הראיות עומדת זכות אי הפללה עצמית בראיות. לכן, ברי כי בהמ"ש יכול לחייב במסירת הראיות, כך שיוכל לעבור על המסמכים, ובמידת הצורך לקבוע חיסיון שימוש בהם, אשר יחול אך ורק על מסמכים פרטיים, ולא ציבוריים.

○ **מתי יוטל חיסיון שימוש – אופן הבדיקה:** על האדם להגיע לשופט בבהמ"ש (שופט אחר מזה שידון בתיק העיקרי) עם המסמך ← השופט יבחן האם ישנו חשש מפני הפללה עצמית העולה מהראיות.

▪ יש חשש ← באיזה סוג מסמך מדובר?

• מסמך ציבורי ← חלה חובת מסירה.

• מסמך פרטי ← בהמ"ש יבחן זאת, ויכול הוא לחייב מסירת המסמך בתמורה לחיסיון שימוש לפי **ס' 47(ב) לפקודת הראיות.**

▪ אין חשש ← יש למסור את המסמך.