תוכן עניינים

[תכליות ההליך הפלילי 5](#_Toc112786004)

[שיקולי מדיניות שנובעים מעשיית דין צדק 5](#_Toc112786005)

[חשיפת האמת 5](#_Toc112786006)

[הרשעת האדם ואותו בלבד, וזיכוי החף מפשע 6](#_Toc112786007)

[מניעת עיוות דין ושמירה על כבה"א 6](#_Toc112786008)

[הגנה על זכויות נפגעי עבירה 6](#_Toc112786009)

[דוגמות לשקילה של הערכים השונים 6](#_Toc112786010)

[פס"ד ירדאו קסאי 7](#_Toc112786011)

[מטרת סד"פ 7](#_Toc112786012)

[שמירה על הסד"פ וסטייה מהן 8](#_Toc112786013)

[חשיבות על שמירה על הכללים 8](#_Toc112786014)

[סטייה מהסד"פ 8](#_Toc112786015)

[כדי שתתאפשר סטייה צריך: 8](#_Toc112786016)

[השפעת ההליך הפלילי על גילוי האמת 10](#_Toc112786017)

[שיטת משפט: אדברסרית מול אינקוויזטורית 10](#_Toc112786018)

[השיטות 10](#_Toc112786019)

[בישראל 10](#_Toc112786020)

[שיטת מושבעים 11](#_Toc112786021)

[הערות נוספות 11](#_Toc112786022)

[כלל מהותי ודיוני 11](#_Toc112786023)

[כללים פרוצדורליים שמשפיעים על המהות – הרשעה מעל לכל ספק סביר (ולא במאזן הסתברויות) 11](#_Toc112786024)

[ההליך הפלילי 13](#_Toc112786025)

[חקירה 13](#_Toc112786026)

[מתי חוקרים? 13](#_Toc112786027)

[תלונה 13](#_Toc112786028)

[מתי לא חייב לחקור 13](#_Toc112786029)

[תפקיד המשטרה – איסוף ראיות 13](#_Toc112786030)

[חקירה 14](#_Toc112786031)

[מעצר 14](#_Toc112786032)

[סוגי מעצרים: 14](#_Toc112786033)

[כל מעצר מחייב 3 תנאים מצטברים: 14](#_Toc112786034)

[מותר להגיש: 14](#_Toc112786035)

[תביעה – העמדה לדין 14](#_Toc112786036)

[סוגי תביעה 14](#_Toc112786037)

[מה צריכה לעשות התביעה? 15](#_Toc112786038)

[יש לתביעה 3 אופציות: 15](#_Toc112786039)

[לנאשם מותר להגיש 15](#_Toc112786040)

[מעצר ע"פ הצהרת תובע 16](#_Toc112786041)

[מעצר עד תום ההליכים 16](#_Toc112786042)

[שימוע 17](#_Toc112786043)

[כתב אישום 17](#_Toc112786044)

[המשפט 17](#_Toc112786045)

[הקראה 17](#_Toc112786046)

[הוכחות 18](#_Toc112786047)

[סיכומים 19](#_Toc112786048)

[גזר הדין 19](#_Toc112786049)

[ערעור 20](#_Toc112786050)

[ההשפעה של המהפכה החוקתית על סד"פ 20](#_Toc112786051)

[הבעיה 20](#_Toc112786052)

[הפתרון 21](#_Toc112786053)

[שינוי בנק' האיזון בין האינטרס הציבורי לזכויות הפרט 21](#_Toc112786054)

[חוק המעצרים וחוק החיפושים 22](#_Toc112786055)

[כיצד השפיעו חוקי היסוד והמהפכה החקיקתית על קבילות הראיות וס' 12 בפק' הראיות 23](#_Toc112786056)

[מעבר מקבילות למשקל 23](#_Toc112786057)

[גישת הפסלות 23](#_Toc112786058)

[הדין בישראל 24](#_Toc112786059)

[לפני המהפכה החוקתית 24](#_Toc112786060)

[הלכת יששכרוב 25](#_Toc112786061)

[ס' 12 לפק' הראיות 25](#_Toc112786062)

[כלל הפסילה הפסיקתי 26](#_Toc112786063)

[פסקי דין – הזכות להיוועצות 28](#_Toc112786064)

[פסקי דין – הזכות להליך הוגן – חיפוש 32](#_Toc112786065)

[פסקי דין – הזכות להליך הוגן – יישום כלל הפסילה הפסיקתי 36](#_Toc112786066)

[תזכיר חוק לתיקון פקודת הראיות 40](#_Toc112786067)

[זכויות חקירה 41](#_Toc112786068)

[למי ההסמכה לחקור 41](#_Toc112786069)

[בדיקה מקדימה 42](#_Toc112786070)

[חקירה 43](#_Toc112786071)

[זכות השתיקה 44](#_Toc112786072)

[הרציונליים לזכות השתיקה 44](#_Toc112786073)

[המחירים 45](#_Toc112786074)

[חקירה תחת אזהרה 46](#_Toc112786075)

[עד שהופך לחשוד 46](#_Toc112786076)

[הזכות להימנע מהפללה עצמית 47](#_Toc112786077)

[זכות השתיקה על מסמכים 48](#_Toc112786078)

[שתיקה במשפט 49](#_Toc112786079)

[זכות ההיוועצות 50](#_Toc112786080)

[מעצרים 50](#_Toc112786081)

[עיכוב 50](#_Toc112786082)

[עיכוב מול מעצר 50](#_Toc112786083)

[תנאי העיכוב 51](#_Toc112786084)

[עיכוב ע"י שוטר 51](#_Toc112786085)

[עיכוב חשוד - תנאי העיכוב 51](#_Toc112786086)

[עיכוב עד 52](#_Toc112786087)

[ביצוע עיכוב 52](#_Toc112786088)

[עיכוב מכוח חוקים נוספים 53](#_Toc112786089)

[עיכוב ע"י אדם פרטי 54](#_Toc112786090)

[תנאים 54](#_Toc112786091)

[מעצרים 56](#_Toc112786092)

[הקדמה 56](#_Toc112786093)

[עקרונות כללים 56](#_Toc112786094)

[הליכי המעצר שנלמד באופן כרונולוגי: 57](#_Toc112786095)

[מעצר ללא צו – ס' 23 57](#_Toc112786096)

[תשתית עובדתית 58](#_Toc112786097)

[עילת מעצר 58](#_Toc112786098)

[חלופה 59](#_Toc112786099)

[מהלך המעצר 59](#_Toc112786100)

[החלטות הקצין 59](#_Toc112786101)

[מעצר ראשוני לפי צו – ס' 13 60](#_Toc112786102)

[סמכות: 60](#_Toc112786103)

[תנאים בסיסיים 61](#_Toc112786104)

[שחרור לפני סיום מעצר ראשוני 62](#_Toc112786105)

[תוקף הצו וערעור 62](#_Toc112786106)

[מעצר לא חוקי 62](#_Toc112786107)

[סמכויות נלוות למעצר ראשוני 63](#_Toc112786108)

[מעצר ימים 64](#_Toc112786109)

[תשתית עובדתית 65](#_Toc112786110)

[עילות 65](#_Toc112786111)

[הארכת מעצר וניהול דיונים 65](#_Toc112786112)

[משך זמן המעצר 66](#_Toc112786113)

[עיון בחומר חקירה 66](#_Toc112786114)

[פומביות ההליך 66](#_Toc112786115)

[הצהרת תובע – מעבר בין מעצר במהלך החקירה, למעצר עד תום ההליכים 67](#_Toc112786116)

[זמני המעצר 67](#_Toc112786117)

[וודאות התובע 67](#_Toc112786118)

[מעצר עד תום ההליכים – ס' 21 לחוק המעצרים 67](#_Toc112786119)

[המעצר 68](#_Toc112786120)

[חיפוש בגוף האדם 74](#_Toc112786121)

[היסטוריה 74](#_Toc112786122)

[חיפוש מוגבל על פני גופו של אדם 74](#_Toc112786123)

[חיפוש על פני גופו של אדם 75](#_Toc112786124)

[קבלת הסכמה 75](#_Toc112786125)

[חיפוש חיצוני לפי חוק החיפושים 76](#_Toc112786126)

[מתי מותר לעשות חיפוש? 76](#_Toc112786127)

[חיפוש פנימי לפי חוק החיפושים 77](#_Toc112786128)

[מתי מותר לעשות חיפוש? 77](#_Toc112786129)

[מה קורה כשאין הסכמה? 77](#_Toc112786130)

[למה צריך היתר? 78](#_Toc112786131)

[אופן ביצוע החיפוש – שתי הקטגוריות האחרונות 78](#_Toc112786132)

[האם ניתן לבצע חיפוש לא רשום בהסכמה? 78](#_Toc112786133)

[הסכמה של חשוד לבצע חיפוש שלא כתב בחוק 78](#_Toc112786134)

[דוגמה מעשית – פס"ד 3199/20 זייצב נ' מד"י 79](#_Toc112786135)

[שיקולי התביעה והעמדה לדין 80](#_Toc112786136)

[תנאים מצטברים להעמדה לדין 81](#_Toc112786137)

[בדיקה להעמדה לדין 81](#_Toc112786138)

[ביקורת שיפוטית 81](#_Toc112786139)

[ביקורת שיפוטית – סגירת תיק מחוסר עניין לציבור 81](#_Toc112786140)

[ביקורת שיפוטית – סגירת תיק מחוסר תשתית ראייתית 81](#_Toc112786141)

[חוסר ראיות וחוסר אשמה 82](#_Toc112786142)

[הנחיית היועמ"ש 1.3 – סגירת תיקים בעילת "חוסר ראיות" ובעילת "חוסר אשמה" 82](#_Toc112786143)

[נסיבות העניין בכללותן 83](#_Toc112786144)

[הנחיית היועמ"ש 1.1 – מתי אני אסגור את התיק בשל נסיבות העניין בכללותן אינן מתאימותלהעמדה לדין 83](#_Toc112786145)

[היחס בין השיקול של התשתית הראייתית לבין השיקול של נסיבות העניין בכללותן 84](#_Toc112786146)

[ביקורת שיפוטית – סגירת תיק מחוסר אשמה 84](#_Toc112786147)

[בג"ץ חמדאן 84](#_Toc112786148)

[דנג"ץ חמאדן 85](#_Toc112786149)

[ביקורת שיפוטית – תלונת הנאשם ולא התביעה 86](#_Toc112786150)

[פס"ד שפי רותם 86](#_Toc112786151)

[תשובות לשאלות 86](#_Toc112786152)

[עיון בחומר חקירה – ס' 74 87](#_Toc112786153)

[הקדמה 87](#_Toc112786154)

[חוסר סימטריה 87](#_Toc112786155)

[הרציונל של הסעיף ואיזון אינטרסים 87](#_Toc112786156)

[אם לא מקבלים חומרי חקירה – ס' 74 88](#_Toc112786157)

[ההליך 88](#_Toc112786158)

[חיסיון חומרי חקירה 88](#_Toc112786159)

[אינטרס ציבור או אינטרס מדינה 89](#_Toc112786160)

[חומר מודיעיני – ס' 74(א)(2) 89](#_Toc112786161)

[חומרי חקירה – דיונים נוספים בפסיקה 89](#_Toc112786162)

[היחס בין ס' 74 לס' 108 לחסד"פ 91](#_Toc112786163)

[המבחן 92](#_Toc112786164)

# תכליות ההליך הפלילי

## שיקולי מדיניות שנובעים מעשיית דין צדק

#### חשיפת האמת

אנחנו רוצים קודם כל להוציא את האמת לאור, אבל גם כאן אנחנו צריכים לשאול את עצמנו איזו אמת אנחנו רוצים לחשוף? יש אמת עובדתית מול אמת משפטית – שני מושגים שונים שצריך להגדיר ולהגיד אותם. מהי האמת העובדתית? נק' מבט של מתבונן אובייקטיבית מהצד, אנחנו רוצים בראש וראשונה לחשוף אותה.

##### סוגי אמת

* האמת המשפטית היא אמת שמשתקפת מנק' מבט של שופט (איש מקצוע) שקולט את המציאות לפי הפרוצדורה שמשתקפת מנק' מבט של שיטת המשפט.
* האמת המשפטית מקווה להביא לאור את האמת העובדתית, וזו המטרה שלה. אנחנו יוצרים את סדרי הדין מתוך נק' מוצא שאנחנו מקווים שהם יובילו אותנו לאמת. אנחנו צריכים לראות כמה הנקודה הזו קריטית, כי במרבית המקרים המשפט שואף שתהיה חפיפה מוחלטת.

האם תמיד אנחנו רוצים לאתר את האמת העובדתית, או שיש מקרים שבה מראש אנחנו מעדיפים אינטרסים אחרים מלבד האמת העובדתית? – ככלל אנחנו שואפים שתהיה חפיפה מוחלטת בין שתי האמיתות, אבל יש מקרים שבהם הדין במפגיע לא רוצה להגיע לאמת העובדתית. דוגמות:

* דיני ראיות: ס' 3-4 לפק' דיני הראיות אומר שילד לא יכול להעיד נגד אימו או אביו. אנחנו מבינים שמול ערך האמת יש עוד ערך – שלמות התא המשפחתי. זהו ערך נוגד שגובר על האמת. אך גם לזה יש גבול, יש חריג לחריג, כאשר מדובר בעבירות אלימות ילד יכול להעיד על קרוב משפחה. לפעמים המשפט יודע למצוא איזונים כך שתכלית האמת היא לא בראש מעייניו.
* חסיונות: לפעמים יש מצב שבו אנחנו לא נאפשר גילוי של ראיה מסוימת כדי להשיג תכלית חשובה יותר. לדוג' חיסיון עו"ד לקוח, בו הלקוח יכול להרגיש חופשי. החיסיון מוחלט ומשטרה לא תוכל לבקש מהעו"ד להעיד, כי זה יפגע בזכות לייעוץ טוב וראוי.
* הסדר טיעון: הנאשם מודה ולכן ממעיטים בחומרת המעשה. המשפט מוכן ליצור אמת משפטית שיודע שהיא לא נכונה, כל עוד זה לא מתרחק מהאמת בצורה קיצונית. הערך כאן הוא חיסכון במשאבים, הנאשם מקבל אחריות, חוסכים את החוויה של המתלונן בחקירה נגדית, יש הגבה מהירה ביחס למועד ביצוע העבירה.

אנחנו מוכנים בשיטת המשפט להמעיט או לכופף את האמת העובדתית למען ערכים אחרים.

#### הרשעת האדם ואותו בלבד, וזיכוי החף מפשע

אנחנו לא רוצים שאדם חף מפשע ישב אחרי סוגר ובריח. אנחנו רוצים להגיע לתוצאה שהאשם בלבד יורשע וייתן את הדין, וחף משפע יזוכה.

#### מניעת עיוות דין ושמירה על כבה"א

יש כמה שחקנים ואנחנו צריכים לייצר את הצדק עבור כולם:

* **שמירה על הסדר הציבורי, לנקות את הרחובות מפשיעה**- 3 התכליות הראשונות מתייחסות לשמירה על הצדק הציבורי. ג'ואני, ראש עיריית ניו יורק רצה לנקות את הרחובות מפשיעה (תאוריית החלונות השבורים).
* **שמירה על הזכויות החשוד**- ההרשעה היא למעלה מספק סביר, שהוא מאוד גבוה. אם היינו מורידים את הרף היה לנו הרבה יותר ביטחון ברחובות כי חשודים שמצליחים לחמוק מהדין לא היו מצליחים בכך. אבל, לא היינו רוצים לחיות במדינה כזו. אולי היינו מכניסים הרבה יותר אנשים לכלא, אבל אי אפשר להיות בטוח שמי שנכנס אשם. לכן אנחנו דורשים רף גבוה, כדי להבטיח שמי שיורשע הוא אשם. האם אין טעויות? אנחנו רוצים להאמין שמי שהורשע ביצע את המעשה, אבל אי אפשר להגיע בצורה חד משמעית שזה הטוב ביותר. זה מבטיח את הקבלה של מלוא הזכות להתגונן. זה מעגל שותה שצריך לשים לב אליו, האם זה מתקיים או לא.
לדוג': פוליגרף הוא לא קביל במשפט הפלילי, כי אנחנו רוצים לאפשר לאדם להתגונן, אבל גם קל לתמרן אותו ויותר אנשים יוכלו לחמוק.

#### הגנה על זכויות נפגעי עבירה

המדינה מנהלת את ההליך, אבל גם צריך לשים לב לקורבן ולזכויות שלו.

יש המון מתח בין התכליות הללו לבין עצמן. לדוג': המתח בין ערך האמת לבין ערך ההגינות. נעסוק בקורס בשאלה איזה מחיר אנחנו מוכנים לשלם עבור שמירה על הזכות להליך הוגן, כדי להשיג הרתעה של המשטרה לא להשיג ראיות תוך פגיעה בהליך הוגן.

## דוגמות לשקילה של הערכים השונים

נרחיב על פסקי הדין האלו בהמשך הקורס.

הלכת חייבטוב

**רקע**: חייבטוב זוכה מעבירת רצח, לאחר 7 שנים בכלא. מדוע? בגלל פגמים בקבלת ההודאה שהביאה להרשעתו. הפגם קשור לכך שלא קיבל זכות להתייעץ עם עו"ד, ולכך שהמדובב עישן סמים קשים (הרואין) יחד עם החשוד.

**הש' שוהם**- בס' 89 לפס"ד הש' שוהם שואל האם חומרת העבירה תהווה שיקול להימנע מפסילת ראיה? אנחנו רוצים לשמור על הסדר הציבורי, ולכן בעבירות חמורות אנחנו לא נפסול את הראיה. הש' שוהם אומר שחומרת העבירה לא תהווה שיקול להימנע מפסילת ראיה, כי דווקא בעבירות חמורות צריך להקפיד אפילו יותר על הזכות להליך הוגן. דווקא בהן שיש עונש משמעותי אנחנו רוצים שישמרו על הזכויות באופן הרבה יותר מובהק.
הש' לא פסל את ההודאה לפי ס' 12 לפק' הראיות. הס' רוצה לבדוק שההודאה ניתנה ברצון טוב ובחופשי. הוא אומר שהייתה הפרה של הזכות להיוועצות, אבל ההפרה הזאת לא הגיעה לפגיעה באוטונומיה ולכן הוא לא פוסל את ההודאה. מעבר לכך, הוא אומר שההודאה צולחת מבחן פנימי (היא קוהרנטית וכרונולוגית) וגם את המבחן החיצוני ("דבר מה נוסף" – ראיה נוספת). למרות שההודאה לא נפסלת ע"פ ס' 12, בהחלט אפשר להבין שהש' אומר שהוא מוכן לשלם מחיר גם אם מדובר באדם שביצע את המעשה. הוא מאמין להודאה, אבל מזכה אותו בגלל הפגיעה הגדולה בזכות להליך הוגן.

הסנגורית של חייבטוב חושבת שהוא הודה במשהו שהוא לא ביצע, אבל הש' שוהם אומר שההודאה נכונה אבל בכל זאת צריך לזכות. התוצאה היא אותה תוצאה, אבל הדרך לשם שונה באופן משמעותי. לפעמים האמצעים הפסולים יכולים לגרום לאדם להודות במשהו שהוא לא ביצע, כמו שהסנגורית חושבת.

**הש' ברק ארז**- לדעתה המעשים לא בטוח בוצעו ע"י חייבטוב. היא מדברת כנגד המשטרה, מדברת על חציית קו אדום ואומרת שהמשטרה ביצעה עבירה פלילית. היא אומרת שהשוטרים לא אמורים לבצע עבירות פליליות גם כשהם חוקרים עבירות פליליות, זה מטשטש את הגבול בין המשטרה לעולם העברייני, מביא לפגיעה באמון הציבור. "ליקוי מאורות".

**הש' מלצר**- השופט מרגיש צורך להתנצל כלפי משפחת הקורבן ("ליבנו עם משפחת הנרצח"). יש אי נוחות של ביהמ"ש העליון מהתוצאה הזו.

#### פס"ד ירדאו קסאי

**רקע**: אדם אתיופי רכב על אופניו בטיילת. אנשים התקשרו למשטרה ואמרו שיש אדם חשוד שנוסע באופניים, שאמרו שהוא מטריד מבוגרים ואז מטריד ילדים. היו דיווחים לא אמינים. בסופו של דבר ביקשו לעכב את הרוכב, קסאי כעס והתחיל לגדף ולקלל. בסופו של דבר היה כתב אישום על אחזקת טלפון גנוב וסכין והוא היה עצור זמן רב בתיק הזה (שמלכתחילה העיכוב היה לא חוקי ולכן החיפוש לא חוקי). בסופו של דבר זה הגיע עד העליון.

**הש' מלצר**- המחיר החברתי לפסילת הראיה הוא נמוך ולכן זה בסדר. בפס"ד הקודם זיכו מרצח.

**הש' ברק ארז**- היא מגיבה ואומרת שדרגת חומרת העבירה.

**הש' פוגלמן**- מדבר על ההשפלה שכרוכה בעיכוב הלא חוקי הזה. זו פגיעה בכבוד ובשוויון כאשר עוצרים אדם בגלל צבע עורו, מוצאו וכד'.

## מטרת סד"פ

##### אכיפת הדין הפלילי המהותי

המטרה של הסד"פ הוא אכיפה של הדין המהותי, דיני העונשין. אבל הדין פרוצדורלי משפיע מאוד על המהות ויכול להשפיע על ההכרעה בסופו של דבר בתיק ועל הדין המהותי. לדוג': אם עבירה התיישנה זה לא נותן תעודת יושר, אבל בגלל הדין הפרוצדורלי יש מחסום דיוני שמונע להעמיד את האדם לדין. למה החוק הזה קיים? יש גבול לזמן שעבר שאפשר לקחת אחריו ראיות, וניתן לאפשר לאדם להתגונן בכבוד. לפעמים הפרוצדורה היא מהות.

הש' עמית אמר שאנחנו נמצאים בעידן שאנחנו יותר ויותר עוסקים בשיח של זכויות נאשמים וחשודים ופחות בשיח של ראיות. אולי עברנו את הגבול מבחינת זאת שהמשפט הסיט את נק' המבט מלהגיע לאמת העובדתית לנק' מבט של אמת משפטית.

\*נדבר על תזכיר החוק של גדעון סער של "פירות העץ המורעל" וכן הלאה.

##### לקבוע סטנדרט ניהול משפט על-מנת שיקויים באופן מסודר, יעיל והוגן

סד"פ נועד לקבוע כללים שיהוו סטנדרט ראוי לניהול משפט. יש כללים חשובים כדי לשמור על וודאות ושוויון, לא ראוי שתהיה שרירות בין בתי משפט שונים. אנחנו רוצים למנוע או לחסוך עלויות התדיינות, כי כל שופט היה צריך לקבוע לעצמו את הדין. זה היה גורם לבעיות ביציבות וכד'.

##### לתת לנאשם תריס בפני עיוות דין – הגנה על זכויות הפרט של הנאשם וזכותו לקבלת הגנה נדרשת

אנחנו רוצים לתת לנאשם עוגן בעזרתו הוא יוכל לאזן את הפערי כוחות בינו לבין התביעה. גם אם הפרוטה מצויה בכיסך, ותקבל ייצוג טוב יותר, עדיין המשטרה התביעה ורשויות השלטון כולם יחד מצוידים בכוחות אדירים (מעצרים, חילוטים, הארכות וכד'). אלו אפשרויות שיש לתביעה ולמשטרה וזה יוצר כוחות אדירים במיוחד כאשר יש שת"פ. הכללים נועדו לאזן בין הצדדים, כך שיש כלי לחשודים הנאשמים כדי להבטיח שלא תהיה פגיעה בזכויותיהם.

## שמירה על הסד"פ וסטייה מהן

### חשיבות על שמירה על הכללים

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

### סטייה מהסד"פ

#### כדי שתתאפשר סטייה צריך:

* הסמכה לסטות מהדין
* מניעת עיוות דין (שלא תהיה פגיעה בנאשם).

##### ס' החוק

ס' 3 בחוק סד"פ: "בכל ענין של סדר הדין שאין עליו הוראה בחיקוק, ינהג בית המשפט בדרך הנראית לו טובה ביותר לעשיית צדק".

בהמשך נראה כי ניתן לסטות מהכללים אלא אם נגרם עיוות דין.

פגם שניתן לקבל אותו: ס' 238: "ליקוי טכני בעריכתו של מסמך הנערך לפי חוק זה, אין בו כדי לפגום בתקפם של ההליכים על פיו, אולם אם נראה לבית המשפט כי יש בדבר חשש לעיוות דינו של הנאשם, רשאי הוא לדחות את הדיון למועד אחר או להורות הוראה אחרת כדי להסיר את החשש".

הס' הזה הוא דוגמה נוספת לכך שהכלל אומר שלא אמורים להיות ליקויים טכניים. אבל אם יש ליקויים טכניים לא יפגעו במסמך אלא אם היה עיוות דין. המסמכים צריכים להיות תקינים, אם זה ליקוי טכני זה לא יפגע בהליך, אבל יש חריג לחריג- שאם היה עיוות דין זה לא מתקבל.

##### פרשת יששכרוב

סילבסטר אזרח בריטי שהועמד לדין ע"פ פקודות מנדטוריות. היה חשד שהוא עזר והעביר תשדורות עם מידע על איפה לתקוף. הוא עמד לדין על גילוי סודות במטרה לפגוע במדינה. הסנגור טען טענות שונות, אחת מהן הייתה שהמלל של תיאור העבירה – התביעה שכחה לציין שהס' הוא עבירה עם יסוד נפשי מיוחד של "כוונה". למרות שהייתה הפניה למס' הס', בגלל חוסר במילה "כוונה" אי אפשר להרשיע אותו.
הסנגור אומר שכל טעות, לפי הדין האנגלי, צריכה להביא לזיכוי.

לפי ביהמ"ש העליון אנחנו לא מקבלים את המסורת האנגלית שכל טעות טכנית אוטומטית תוביל לזיכוי. ההליך הפלילי הוא לא תחרות או משחק שכל טעות תוביל לזיכוי. המטרה שלו לחשוף את האמת. לא צריך להעניק לו יתרונות טקטיים. הש' זמורה משדר מסר חשוב – הפרוצדורה חשובה להגנה על הנאשם. כל פעם שמדובר על האשמה, צריך ללכת לטובת הנאשם. אבל בעניינים פורמאליים לא הגיוני שנאשם יזוכה או לא רק על בסיס זה (זה כמו ס' 238).

היה לחץ של משרד החוץ הבריטי, ומשה שרת (שר החוץ) ניסה לגרום לחזרה מהפס"ד. היועמ"ש הראשון לממשלה אמר שאף אחד לא יתערב בעבודה העצמאית של היועמ"ש. היועמ"ש קיבל אז הרבה סמכויות. היועמ"ש כבר אז הטווה את אחד הכללים החשובים – הימנעות מהתערבות פוליטית של הדרג המדיני. זה לא אומר שהדרג המדיני לא יכול להביע המלצות. לדוג': בפרשת המרמרה הייתה שאלה האם להעמיד לדין את הטורקים שהיו שם. היועמ"ש קיבל המלצות מהדרג המדיני, ההחלטה הייתה בידי היועמ"ש ולא הדרג הפוליטי הוא זה שהחליט.

סילבסטר זוכה, לכן הרווחנו פעמיים: יש עצמאות לדרג המקצועי, אבל הוא זוכה בגלל עניין מהותי.

##### פרשת קניר

הפרשה עוסקת בס' 167 לחסד"פ- "סיימו בעלי הדין הבאת ראיותיהם, רשאי בית המשפט, אם ראה צורך בכך, להורות על הזמנת עד - ואפילו כבר נשמעה עדותו בפני בית המשפט ועל הבאת ראיות אחרות, אם לבקשת בעלי דין ואם מיזמת בית המשפט".
הס' הזה חריג- התביעה וההגנה מביאות עדים, אבל לאחר שהם סיימו אפשר להביא עד מטעם ביהמ"ש.

הנאשם הועמד לדין בגין עבירה שאחד מרכיביה הוא שהנאשם הוא תושב ישראל. זה עניין טכני שהתביעה שכחה לעשות את זה. הסנגור שלף מהכובע את הטענה הזו בשלב הסיכומים, השלב שאחרי פרשת ההגנה והתביעה וסיימו את שלב הראיות.

התביעה בתגובה לכך ביקשה לזמן עד מטעם ביהמ"ש, לפי ס' 167. עד הפרשה הזו לא נעשה שימוש בס' זה בשלב הסיכומים. השאלה היא האם יש להגמיש את הס' הזה גם לשלב הסיכומים? ביהמ"ש עומד על כך שאנחנו לא בשחמט אלא רוצים לקבוע חפות או אשמה, ולכן צריך לשאוף לכך שהכללים יתנו לבימה"ש סמכות ושק"ד לעשות צדק. יש איזון עדין בין צרכי החברה לצרכי הנאשם, כאשר יש כישלון טכני זה מערער את האיזון. מקרה כזה מביא גם לכך שהציבור מאבד את האמון בביהמ"ש.

##### פרשת אנג'ל

מדובר בפגם, לפי סד"פ עם הגשת כתב האישום התביעה חייבת להמציא לנאשם את כל חומר הראיות. ההגנה לא מגלה בתחילת המשפט את הדברים שלה. בתוך דיני הראיות, קלטת לא הומצאה לנאשם. לעיתים תקלה כזו יכולה להביא לזיכוי. לדוג': עד מפתח העיד ולא העבירו את הקלטת לתביעה. במקרה שהעד נעלם או לא בין החיים זאת בעיה. אנג'ל טוען שבגלל שלא הביאו לו את הקלטת בזמן הוא יצא ש"ידו על התחתונה", אם היה יודע שיש להם את הקלטת היה מעיד אחרת. זו טענה שרב הנזק על התועלת ("אם לא הייתי יודע לא הייתי משקר"). ביהמ"ש מגיב לטענה הזו באופן ברור, ודוחה אותה. התביעה סטתה מהכלל, אבל בימה"ש לא נותן סעד בגלל הסיבות הידועות שהאדם אמר.

##### פרשת דמיאניוק

הייתה טענה שהוא הסתיר מרשויות ההגירה את העבר שלו ולא נשללה האזרחות האמריקנית. בישראל הוא הועמד לדין על "עשיית דין בנאצים ועוזריהם". הוא הועמד לדין בפני ביהמ"ש המחוזי, כך שהטענה הוא שהיה אחראי למעשים נוראיים בטרבלינקה. שלושת השופטים הרשיעו אותו בטענה שהוא איוון האיום. ב1990 הגיש ערעור לעליון, זה היה בזמן שהיו ארכיונים רבים שנפתחו (סיום המלחמה הקרה). הם מצאו מסמך שאיוון האיום מטרבלינקה הוא עם שם אחר (לא דמיאניוק אלא איוון מרצ'נקו), והשאלה שעלתה האם מתעורר הספק הסביר? התביעה טענה שגם אם יש שאלה לגבי האם הוא איוון האיום, עדיין הוא עשה קורס אס. אס והיה במחנה נוסף.

לפי ס' 184 לחסד"פ- "בית המשפט רשאי להרשיע נאשם בעבירה שאשמתו בה נתגלתה מן העובדות שהוכחו לפניו, אף אם עובדות אלה לא נטענו בכתב האישום, ובלבד שניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן; אולם לא יוטל עליו בשל כך עונש חמור מזה שאפשר היה להטיל עליו אילו הוכחו העובדות כפי שנטענו בכתב האישום". הכלל שמרשיעים נאשם רק ע"פ עובדות שהיו וכתובות בכתב האישום, אבל יש חריג – לעיתים יכול להיות מצב שיש עובדות שמתגלות במהלך המשפט והן לא נכתבו בכתב האישום. החריג אומר שאם זה קורה אפשר להרשיע את הנאשם בעבירה שהוכחו במשפט ולא כתובה במשפט אם הוכיחו את העובדות וניתן להטיל עליו את העבירה. צריך זכות סבירה להתגונן כלפי קו ההתקפה החדש (לא קל לעמוד בכך).

התביעה חשבה שיש הוכחות שדי בהן להרשיעו לגבי המעשים שלו בסוביבור, והיא עומדת בתנאים.

ביהמ"ש העליון: איוון דמיאניוק יצא זכאי מהאישומים לאיוון האיום. השופטים לא בוחנים כליות ולב, אלא מה שעיניהם רואות, והם בשר ודם. רואים את חיבוטי הנפש והקושי העצום שהביאו אותם להכרעה הזו, הם אומרים שהם רק אנשים וכל מה שיש להם זה ראיות. על בסיס הראיות יש ספק סביר האם זה איוון האיום. התוצאה הזו מטרידה מאוד, מדינת ישראל השקיעה הברה משאבים וכוחות נפש (בעיקר של העדים שהעידו). ביהמ"ש היה צריך לשכנע את העדים שהוא לא מזכה כי הוא לא מאמין להם, אלא בגלל שכל המשפט נע סביב השאלה האם זה איוון האיום. ביהמ"ש אומר שלא ניתנה לו הזדמנות להתגונן מפני סוביבור, ולכן אי אפשר להרשיע אותו על בסיס סוביבור ולא על בסיס טרבלינקה כי יש ספק סביר שנבע מהמסמך שהתביעה מצאה והביאה.

השופטים דוחים את התביעה על פגם פרוצדורלי, שמוביל לעניין מהותי.

היועמ"ש הגיע למסקנה שהנזק כתוצאה מהעמדה לדין על סוביבור את איוון, גדול מהתועלת. זה לא אינטרס הציבור לפתוח נגדו בהליכים, אם אין ביטחון שיורשע. הזיכוי יצר טלטלה קשה כל כך בחברה הישראלית, כך שלא נוכל לחזור לקחת סיכון שזה יקרה שוב.

בסופו של דבר גרמניה הרשיעה אותו על סוביבור.

## השפעת ההליך הפלילי על גילוי האמת

### שיטת משפט: אדברסרית מול אינקוויזטורית

#### השיטות

##### אדוורסרית

יש הגנה ותביעה וכל צד מנסה להכריע בניהם. השופט פסיבי ואין לו הרבה סמכויות, מי שמביא את הראיות הם הצדדים עצמם. השיטה יוצאת מנק' מוצא שהצדק יצא לאור באמצעות המתח בין הצדדים.

##### אינקוויזיטורית

השופט הוא שחקן ראשי, אין לו מגבלות, הוא חוקר ואחראי על גילוי האמת המהותית. הוא לא מוגבל ע"י הצדדים. יש לו הרבה יותר כלים ולא מוגבל לראיות שהצדדים הביאו.

##### למה אדוורסרי?

* תפיסה ליברלית – כל צד צריך לפעול לפי הבנתו.
* הנאשם יודע הכי טוב איך להגן על עצמו.
* התביעה רוצה להביא לידי הרשעה כדי להוציא את הצדק לאור והנאשם רוצה לצאת נקי, וכל אחד ינסה לעשות את המיטב כדי להגיע למטרתו.

#### בישראל

למרות שהשיטה אצלנו אדברסרית יש סממנים אינקוויזיטורים. לדוג': זימון העדים ע"י ביהמ"ש, בירור גרסת הנאשם בהתחלת ההליך וכד'.

##### האם השיטה באמת מותאמת?

קרמניצר: הש' כבול לשיטה האדברסרית, ואין לו כלים להגיע לצדק באמת. לשופט אין ראיות בתחילת המשפט, אלא את הכתב אישום בלבד. הוא לא יודע מה ראיות התביעה ולא יודע אותן מראש. הוא ידע אותן תו"כ ההוכחות, כך הש' יבין את התמונה המלאה. יש כמה בעיות:

* לא תמיד רמתם המקצועית של הצדדים מאפשרת להם להציג באורח נאות את גרסתם.
* נוכח חוסר השוויון בין הפרט למדינה, אין מקום לגישה ליברלית תחרותית בהליך הפלילי. למה שנעשה את זה פתאום?
* הרשות השופטת בישראל היא בלתי תלויה - לכן אין חשש מהענקת סמכויות נרחבות לשופט. השופט מקצועי, כי אין מושבעים. הוא בלתי תלוי ולכן אין בעיה שיראה את הראיות לפני. אנחנו יודעים שהוא יכול לבצע הפרדה.

הפתרון לדעת קרמניצר הוא לשלב רכיבים אינקוויזיטורים לשיטתנו (האדוורסרית), בניהם לראות את חומר הראיות בתחילת המשפט (יוכל לבחון אמת עובדתית ולא רק משפטית). זה לא התקבל בשיטת המשפט בישראל.

לפי ס' 243(א) לחסד"פ- ניתן לקיים דיון מקדמי אצל השופט. במהלך הדיון הזה הש' צריך לבדוק אם יש אפשרות להסדר טיעון, הוא נחשף (בהסכמת הצדדים) לכל הראיות בתיק. הוא רואה את כל התיק ומנסה להוביל את הצדדים להסדר טיעון. השופט מנסה לבחון האם אפשר לצמצם את המחלוקת העובדתית או המשפטית? וכד'. יש שופט מקצועי, שכל המשרה שלו היא דיון מקדמי. הוא נותן ייעוץ לצדדים וחו"ד מקצועי. זה חייב להיות בהסכמת הנאשם והתביעה, כולם חייבים להיות מיוצגים. אם זה לא מסתייע מתחילים את התיק בפני שופט אחר והפרוטוקול של ההליך המקדמי לא יעבור לשופט שדן בתיק העיקרי.
זה מאמץ את הרעיון של קרמניצר, אבל בלי הבעיות הכרוכות בכך.

#### שיטת מושבעים

זהו רכיב טכני שמשפיע על המהות, בשיטת מושבעים תפקיד השופט שונה לחלוטין (מנחה את המושבעים ומסנן את הראיות). בסוף מי שמקבל את ההחלטה הוא המושבעים. ההיבט הטכני הזה יכול להשפיע על גילוי האמת. יש יתרונות וחסרונות, אבל זה אומר שאין ערובה להתמקצעות בשאלות מקצועיות. אין ערך מוסף לשופט מעל אדם מהישוב. יש משהו מעניין בכך שנותנים ציבור לקבל החלטות שיפוטיות.

### הערות נוספות

#### כלל מהותי ודיוני

כלל מהותי זה דיני עונשין וכלל דיוני זה סד"פ וראיות – איך הפרט והחברה ממשים את הכלל המהותי. יש הבדל בשני היבטים:

##### פרוספקטיבי מול רטרוספקטיבי

דיוני חל רטרוספקטיבי (בניגוד למהותי)- אם הכלל נקבע אחרי משהו שקרה בעבר, נחיל את הכלל. לדוג': אין לנאשם זכות שנשפוט אותו לפי הכללים בעת ביצוע העבירה. אם בזמן המשפט יש כלל דיוני חדש אי אפשר לשאול למה מכילים את הכלל הדיוני, כי הדיוני זה רטרוספקטיבי. לעומת כללים מהותיים שחלים פרוספקטיבי, אלא אם יש כלל לשינוי לטובה כן חלים באופן רטרוספקטיבי גם במהותי.
לדוג': פרשת התביעה ועדי התביעה עלו, ואז הנאשם מסביר לעדי התביעה איך הוא חושב שהם צריכים להעיד. עד התביעה מעיד הפוך ממה שאמר במשטרה. זו בעיה קשה, כי יש עדות במשטרה, אבל היא עדות ע"פ השמועה. מי שיכול להעיד הוא החוקר, אבל החוקר לא יודע על התוכן, אלא רק שהוא שמע ממישהו אחר (עדות מפי השמועה לא קבילה, אלא בחריגים). המחוקק תיקן את הפקודה והוסיף שבנסיבות מסוימות (כולל אלו שאמרנו, שניסו לשנות את עדות העד בביהמ"ש), התביעה יכולה לבקש שהעדות של העד במשטרה (שהיא עדות מפי השמועה) תהיה קבילה. זהו כלל דיוני, מה שקרה במקרה הזה הוא שהנאשם קפץ ואמר שהתביעה רוצה להביא את העדות כתחליף לעדות על דוכן העדים, כתוצאה מהס' הדיוני שנחקק עכשיו ולכן אי אפשר להחיל אותו על המשפט הזה. אבל ביהמ"ש אומר – **לכללים דיוניים תחולה רטרוספקטיבית**.

##### סטייה מהכלל

לא ניתן לסטות מכלל מהותי, כלל דיוני הרבה יותר גמיש ויש אפשרות לסטות – כל עוד אין חשש לעיוות דין. אנחנו לומדים סד"פ ולומדים סוגיות שונות בהליך הפלילי, אבל חשוב לראות את התמונה בכללותה.

פס"ד אפדיקס:מדגיש את הקושי להחיל את הכללים הדיוניים בצורה עיוורת. מה קורה כשיש סטייה או חריגה מהכללים. היה איחור בהגשת ערעור, ועלתה השאלה האם ניתן לאפשר לחריגה בהגשת ערעור? האם כאשר נאשם זוכה והתביעה רוצה לערער נהיה יותר קפדנים מאשר כשההגנה מערערת. כשמדובר בתביעה זהו שחקן חוזר, רשות ציבורית, עם חובת הגינות יותר גבוהה. כשהתביעה הגישה ערעור לא בזמן זה פוגע בנאשם, הרי הוא מבחינתו עומד עם "חרב מונפת מעל ראשו". כאשר מאפשרים לתביעה לחרוג, זה עלול לפגוע בזכות להליך הוגן של הנאשם. כשהנאשם רוצה להגיש ערעור על הרשעה, אם נחסום בפניו את היכולת לערער בגלל הליך פרוצדורלי, פוטנציאל הפגיעה גדול יותר.

#### כללים פרוצדורליים שמשפיעים על המהות – הרשעה מעל לכל ספק סביר (ולא במאזן הסתברויות)

הרשעה מעל לכל ספק סביר זה רף מאוד גבוה, והמחוקק מוכן לקחת בחשבון שאנחנו יכולים לטעות ביחס לסיכונים שגויים. כלומר, כאלה שביצעו את המעשה אבל אי אפשר להוכיח. אנחנו מעדיפים את זה, מאשר להרשיע חפים מפשע.



# ההליך הפלילי

\*עכשיו המרצה עושה סקירה מהירה של כל שלבי ההליך הפלילי ובהמשך הקורס נבחן את חלקם לעומק\*

ההליך הפלילי בעל 4 שלבים עיקריים:

* חקירה- המשטרה היא הגורם הדומיננטי.
* העמדה לדין- התובע הוא הגורם העיקרי שאמור להחליט אם להעמיד או לא לדין.
* הכרעה- ביהמ"ש השחקן העיקרי שצריך להכריע חפות או אשמה.
* פוסט משפט- ערעור, דיון נוסף, משפט חוזר.

## חקירה

### מתי חוקרים?

#### תלונה

החקירה תתחיל ככל שתוגש תלונה במשטרה, אבל ישנם הליכים נוספים: ס' 58 לחוק סד"פ קובע שחקירה יכולה להיפתח בין עם ע"י הגשת תלונה או ע"י דרך אחרת. זה יכול להיות תחקיר עיתונאי, שוטר שרואה לנגד עיניו עבירה או פנייה של היועמ"ש. כלומר, כל אדם יכול להגיש תלונה, לאו דווקא נפגע העבירה.

הגוף המרכזי שמבצע את ההליך: המשטרה (הגוף העיקרי), אבל יש גופים נוספים (מס הכנסה, הרשות לני"ע) לפי ס' 241 לחסד"פ. הליך חקירה מחייב הסמכה בחוק (כי הוא פוגע בזכויות בסיסיות של האדם).

#### מתי לא חייב לחקור

לפי ס' 59 כאשר יש תלונה המשטרה חייבת לפתוח תלונה, אלא אם:

* חטא או עוון- עבירה שאינה פשע (פשע = מעל 3 שנות מאסר), פקיד משטרה מתפקיד פקד ומעלה יכול להפסיק חקירה אם **"אין עניין לציבור"** או **שיש רשות אחרת שחוקרת**.
* פשע- המשטרה חייבת לפתוח בחקירה אם מדובר בעבירות פשע, אבל במקרה של תלונות סרק המשטרה לא חייבת לפתוח בחקירה אם אין חשד סביר לביצוע העבירה (בסיס עובדתי מינימאלי).

חשד סביר הוא רף מינימאלי לפגיעה בזכויות ופתיחה בחקירה.

אם המשטרה מחליטה שהיא לא חוקרת יש אפשרות להגיש ערר על החלטת המשטרה לא לחקור (במחלקת עררים בפרקליטות המדינה).

ס' 59א' בעבירת מין או עבירת אלימות בתוך המשפחה, יש חשש שתהיה חזרה מהתמונה בגלל לחצים מהמשפחה. לכן במקרה כזה אפשר להמשיך לחקור גם אם יש חזרה מהתלונה. בקשת המתלונן היא כשלעצמה לא מספיקה להפסיק חקירה.

### תפקיד המשטרה – איסוף ראיות

איסוף ראיות = אספת ראיות ע"י בירור עובדות. הדרך הטובה ביותר היא תשאול, לגבי החשוד (שנחקר באזהרה) ולגבי עד. עד לא חשוד, ולכן יש הבדל בין חקירת עד לחשוד. בעוד שחשוד יכול לשמור על זכות השתיקה, עד יכול לסרב לענות על שאלה שהתשובה עליה עלולה להעמיד אותו במצב של הפללה עצמית. נדבר על זה בהמשך, אבל העד צריך לענות על חלק מהשאלות אם הם לא מסכנים אותו.

* חיפושים
* תפיסת חפצים
* תרגילי חקירה
* עימותים
* מדובב

#### חקירה

כל החקירה המשטרתית חייבת להיות מתועדת. בחקירה התיעוד הטוב ביותר הוא צילום וידאו (רואים שפת גוף, את דרך השאלות וכד'), אבל אין לזה תקציב. לכן יש בחוק קביעה שעבירות מעל 10 שנות מאסר חייבות להיות בצילום וידאו, מתחת לזה ניתן להשתמש בדברים אחרים (כמו תמלול).
לנחקר אסור לקחת איתו חומרי חקירה (כמו צילום או הקלטה).
צריך לתעד את כל הראיות הפיזיות, כך גם כשמדובבים מוקלטים ולאחר הדיבוב נותנים עדות.

בשלב החקירה כלל פרקליט (תובע) לא מעורב. תובע יכנס לתמונה בשלבים מאוחרים יותר, אחרי איסוף הראיות, ויצטרך להחליט האם להעמיד לדין. אבל יש חריג – פרקליט מלווה. כבר בשלב החקירה פרקליט מהתביעה מלווה את המשטרה ואומר לה מה ואיך לחקור, כי התיק יגיע לביהמ"ש ולכן עדיף שיהיה מעורב פרקליט וידריך. בד"כ קורה בתיקים חמורים, עם עניין לציבור, תיקים חמורים, פרופיל גבוה והרבה מעצרים. כבר בשלב מוקדם של ההליך כי זה הליך מהיר וצריך לקבל החלטה מהירה.

### מעצר

נלמד על מעצרים באריכות בהמשך, אבל יש אפשרות לשוטר לבצע מעצר בשלב החקירה.

חקירה היא לא הסטנדרט והיא לא מעצר. רוב החקירות מתבצעות ללא מעצר, והוא הליך הכי פוגעני במדינה דמוקרטית – זו שלילת חירות כאשר אתה חף משפע (בניגוד למאסר, שהוא לאחר שווידאו שאתה אשם). בכל זאת אי אפשר בלי ההליך הזה, שנעשה כדי לשמור על חקירה נקייה, שלא יהיו הפרעות (לא לשבש את החקירה).

#### סוגי מעצרים:

* מעצר ראשוני ללא צו שופט- חוק סד"פ ס' 23 מסמיך שוטר לעצור אם הוא רואה עבירה מול עיניו.
* מעצר עם צו שופט- מעצר ראשוני תמיד עדיף עם צו, כי שופט הכשיר את המעצר.

חייב להביא את העצור תוך 24 בפני שופט, ויש חריג של 48 שעות. תמיד זה שופט שלום (גם ברצח), בזמן החקירה. השופט דן בהארכת המעצר.

* מעצר ימים- מעצר לצרכי חקירה. זה לפני כתב אישום ולפני חקירה, ויש מגבלת זמן עליו. אפשר להאריך עד ל75 ימים את הצו. שופט עליון יכול להעריך את ה75 ימים ב90 יום כל פעם, אבל זה מאוד חריג שמגיעים למעצרים ארוכים. בד"כ המעצר מוארך כל פעם בכמה ימים בלבד (לבדוק איך החקירה מתקדמת ותחליפי מעצר שונים).

#### כל מעצר מחייב 3 תנאים מצטברים:

* תשתית ראייתית (חשד סביר)
* עילת מעצר- היא יכולה להיות חשש לשיבוש הליכי חקירה, חשש למסוכנות. מבחינת המשטרה תמיד עדיף שתהיה עצור, אבל אין עילת מעצר של רצון לעשות תכסיסי חקירה.
* תנאי המידתיות- היעדר חלופה סבירה אחרת שיכולה להשיג את אותה תכלית.

בשלב הזה השופט רשאי להסתמך גם על ראיות בלתי קבילות (פוליגרף, מידע מודיעיני וכד'). אבל שופט לא חייב לקבל כל מקשת מעצר, הוא יכול להחליט לשחרר בערובה, לא לקבל אותה בכלל או להאריך.

#### מותר להגיש:

* ערר על בקשת מעצר ברשות בפעם הראשונה ובפעם השנייה ברשות.
* מותר לבקש דיון חוזר בתיק אם השתנו התנאים
* קובלנה. לדעת המרצה: לא טוב, הפרטה של ההליך הפלילי.

## תביעה – העמדה לדין

### סוגי תביעה

יש עבירות מסוימות שגם אם המשטרה מחליטה לא לחקור, ניתן להגיש קובלנה (עבירות ברף הנמוך כמו תקיפה, לה"ר, זכויות יוצרים וכד') בהן התובע יכול להיות המתלונן.

במדינת ישראל יש 3 סוגי תובעים עיקריים:

* **פרקליטות המדינה**- הפרקליטות מחולקת לפרקליטות המדינה והמחוז, והם חולשים על חלק קטן מהתיקים הפליליים. הם מופיעים בעיקר בבימ"ש מחוזי ועליון (פשע ומעלה), לפעמים מופיעים בשלום.
* **תביעה משטרתית**- שוטר שמפכ"ל המשטרה ממנה אותו לתובע, בעבר הם לא היו חייבים להיות עו"ד (היום חייב). הם מופיעים בעיקר בשלום (בעבירות חטא [מתחת ל3 חודשים] ועוון [שלושה חודשים עד 3 שנים], לפעמים בפשע). יש להם עומס עצום והם עסוקים בהמון תיקים.
* **עו"ד שקיבלו הסמכה מהיועמ"ש** להגיש כתבי אישום בעבירות מסוימות (תכנון ובנייה, מע"מ, הגנת הסביבה וכד'). העו"ד יכולים להיות עובדי ציבור (עובדים בלשכה המרכזית של רשות הטבע והגנים), או עו"ד פרטיים. זו הפרטה לכל דבר שאושרה ע"י הג"ץ. זה לא דבר ששמחים בו, אבל זה בגלל חוסר בתקנים או בגלל מומחיות שלהם. בפרקליטות יש יחידה שהם רגולטורים לעו"ד בעלי הסמכה מהיועמ"ש.

בראש כל התובעים עומד היועמ"ש. הוא עומד בראש התביעה הכללית, הגורם המקצועי שמנחה את כל התביעה במדינה. יש בחוק את חלוקת העבודה, מתי כל תביעה מופיעה. פרקליט המדינה הוא בראש הפרקליטות, אבל היועמ"ש מעליו. \*ליועמ"ש יש כובעים נוספים: הפרשן המוסמך של הדין לממשלה, מייצג את המדינה בתיקים אזרחיים, מייצג אינטרס ציבורי.

### מה צריכה לעשות התביעה?

#### יש לתביעה 3 אופציות:

##### לסגור תיק

אם הפרקליט סוגר את התיק, הוא צריך להסביר למה הוא סגר את התיק. יש אפשרויות מסוימות לעילת הסגירה:

* חוסר ראיות: אין סיכוי סביר להרשעה. יכול להיות שביצעת את המעשה, אבל אין מספיק ראיות.
* חוסר אשמה: התובע קבע שלמעשה הראיות מובילות לחפות. סגירת תיק מחוסר אשמה נמחק מתיקי המשטרה (לעומת מחוסר ראיות שנשאר במשטרה).
* נסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות להעמדה לדין: בעבר זה היה חוסר עניין לציבור (שינו את זה מבחינה טרמינולוגית, אבל זה אותו דבר). זה יכול להיות משיקולים שונים, ערכיים, מעשיים, היעדר משאבים, מדיניים וכן הלאה.

##### להגיש כתב אישום

אם מחליטים להגיש כתב אישום צריך שיהיו 2 תנאים מצטברים:

* דיות הראיות: לבדוק את כל הראיות שהמשטרה אספה, ולשאול האם לדעתו יש סיכוי סביר שבסוף המשפט אחרי שיובאו כל הראיות לפני השופט ויעברו את המסננת של חקירה נגדית, האם עדיין יש סיכוי סביר להרשעה.
איך מחליטים את זה? על בסיס חומר הראיות, ובמידה והנאשם מסכים לשימוע, או העדות מהמשטרה. זו שאלה של מומחיות שהתביעה בישראל מתמקצעת בה. הש' בסוף המשפט מסתכל על הראיות אחורה, כאן התובע צריך להסתכל קדימה- האם יש סיכוי להרשעה בסוף המשפט.
* האם נסיבות העניין בכללותן מתאימות להעמדה לדין?: זה תנאי ערכי ונורמטיבי שמכניס בתוכו הרבה שיקולים (גיל הנאשם, מצב הקורבן, היעדר כוח אדם). האם הנזק כתוצאה מכתב האישום עולה על הנזק. גם אם יש סיכוי סביר להרשאה ניתן לסגור את התיק.

##### צורך בהשלמת חקירה

אם חסרים פרטים ומנחים את המשטרה לאסוף ראיות.

#### לנאשם מותר להגיש

* **ערר**:מותר להגיש ערר (מתלונן או נאשם) לפי ס' 64 לחסד"פ.
* **סגירת תיק בהסדר מותנה**: הוא הליך חדש יחסית, והוא הליך אלטרנטיבי של העמדה לדין פלילי. הוא מאפשר לתובע לבוא לחשוד ולהגיד "זאת טיוטת כתב האישום", אם אתה מתחייב לעמוד בתנאים שאני קבעתי (מכתב התנצלות, פיצול וכד'), לאורך זמן מסוים, התיק ייסגר ולא יעמידו לדין. זה שונה מהסדר טיעון. זה בעבירות חטא ועוון בלבד!.
שונה מהסדר טיעון(שכן הסדר טיעון הוא לפני שופט, התיק מוגש לשופט).

### מעצר ע"פ הצהרת תובע

במצב בו נגמרה החקירה, חייבים לשחרר את העצור לפי ס' \_\_, אלא אם יש בקשת מעצר עד תום ההליכים. הרבה פעמים התובע צריך זמן בין לבין לכתוב כתב אישום. חוקר משטרתי מביא הצהרה של תובע, שם כתוב שלאחר עיון ראשוני בחומר החקירה צריך להגיש כתב אישום. אם תובע מחליט שלא להגיש, זה בסדר. הצהרת התובע היא הגשר בין החקירה למשפט, מבחינת מעצר הנאשם. הצהרת התובע יכולה לאפשר מעצר עד 5 ימים.

בחוק כתוב שככל הניתן זה לא יהיה אותו שופט שדן בדיון. כל זה מתוך רצון לעשות הפרדה בין שופט שידון בתיק המרכזי לבין מי שדן בבקשה למעצר עד תום ההליכים (כי הוא רואה את הראיות ואת הרישום הפלילי של הנאשם).

אחרי הגשת כתב האישום, כל חומר החקירה עובר מהתביעה לסנגור בעבירות עוון ופשע. כלומר, בשלב הזה הנאשם כבר מכיר את כל הראיות שיש לו – התביעה חייבת לשחק עם כל הקלפים פתוחים. זאת בניגוד לשלב החקירה שם הוא לא יודע את הראיות. בשלב הזה הוא יכול לנסות לשכנע ע"פ הראיות שיש לתביעה שאין תשתית ראייתית. הרבה פעמים הסנגור לא מספיק לקבל את הראיות ולשבת עליהם לפני הדיון. לכן לפי ס' \_\_ ניתן להסכים בין הסנגור לתביעה שניתן להיות במעצר עד תום ההליכים יותר מ30 יום.

גם כאן מותר ערר פעם אחת בזכות ופעם שנייה בחובה, ולבקש דיון חוזר.

### מעצר עד תום ההליכים

דיני המעצרים תמיד נלווים להליך הפלילי העיקרי. כל מעצר צריך שיהיה תלוי על קולב, בשלב החקירה הקולב היה חקירה. כאשר נגמרה החקירה עברנו לשלב המשפט, מה הקולב החדש עליו צריך לתלות את המעצר? על הכתב אישום עצמו – המשפט. לכן, צריך לעשות אבחנה בין צו מעצר לפני כתב אישום, לבין מעצר לאחר הגשת הכתב אישום – מעצר עד תום ההליכים (מעבר לשלב המשפט). כלומר התביעה יכולה להגיש בקשה לעצור את הנאשם (לאחר הגשת כתב האישום), לערכאה העניינית, והבקשה היא לעצור את הנאשם לאורך כל המשפט. מי שמגיש את הבקשה היא התביעה ולא המשטרה. בעבר המשטרה הגישה את הצו מעצר, אבל עכשיו התובע מגיש אותה כי זה תלוי בכתב האישום.

עילת המעצר בד"כ דומה למעצר היומי, חשש לשיבוש, מסוכנות, הפרעה למהלך התקין של המשפט, התחמקות מהדין וכן הלאה.

העילות כתובות בס' 21 לחוק המעצרים. גם כאן יש 3 תנאים מצטברים:

* **תשתית ראייתית**: התשתית שונה מהתנאי של החקירה, כאן צריך סיכוי סביר להרשעה ולא חשד סביר לביצוע עבירה (51%).
* **עילת מעצר**
* **היעדר חלופה ראויה**.

האדם בחזקת חף מפשע, והמשפט יכול להיות ארוך. יש בחוק הגבלה:

* צריך שהמשפט ייגמר בהכרעת דין תוך 9 חודשים. אפשר להאריך את התקופה ע"י שופט עליון ב90 יום (ללא הגבלה במספר ההארכות).
* המשפט צריך להתחיל תוך 30 יום מיום המעצר. למה? שהמעצר לא יהיה אין סופי בלי התחלה של תהליך.

צריך להבין שזה הליך נפרד מהמעצר יום, ואין הם תלויים אחד בשני. הרבה פעמים זה חופף, אבל לא חייב וזה לא תלוי אחד בשני.

ימי מעצר בד"כ מנוקים מהמאסר שאדם יקבל אם יורשע. מעצר בית לדוג' לא מתנקה, כי הוא חלופת מעצר.

ס' 74: לאחר הגשת כתב אישום חייבים להביא את כל חומר החקירה לנאשם.

חייב להביא את חומר הראיות, ולכן הנאשם יכול להסכים להישאר במעצר עד תום ההליכים בזמן שהסנגור בודק את הראיות.

### שימוע

ס' 60א: בעבירות פשע בלבד. מציג את האפשרות בעבירות פשע של חשוד לעבור שימוע ולנסות לשכנע את התביעה לא להעמידו לדין. בעבר שימוע זה ניתן רק לאנשי ציבור, כיום בעבירות פשע זו זכות. מבחינת החשיפה לחומר חקירה, גם כאן בשימוע (שנעשה לפני הגשת כתב האישום), אתה לא אמור לקבל את חומר החקירה שכן ס׳ 74 מדבר רק לאחר הגשת כתב האישום, אבל מדובר באבסורד כי מה הועיל שימוע מבלי לדעת לפחות מה ליבת חומר הראיות. לכן בעניין זה יש הנחיית יועץ שקובעת שלפחות את ליבת חומר החקירה יש להעביר לחשוד לקראת שימוע.

בעבר שימוע הייתה פריווילגיה שניתנה רק לאנשי ציבור, היום בעבירות פשע זו זכות. בפועל זה נעשה גם בעוון וחטא (מרות שלפי החוק זה בפשע בלבד). לפי ס' 74 מותר לקבל חומרים רק אחרי התחלת הגשת כתב האישום. אבל יש הנחיה של היועמ"ש שמאפשרת לקבל לכל הפחות את לי מבת החומר.

### כתב אישום

**צירוף תביעות ונאשמים**: כולל עובדות שמבקשות את העבירה, סעיפי אישום ורשימת עדי התביעה. יש אפשרות להגיש כתב אישום כנגד מס׳ נאשמים. החסד״פ קובע מתי אפשר לבצע צירוף נאשמים לכתב אישום אחד ומתי אפשר לצרף פרשיות שונות לכתב אישום אחד. יש אפשרות להגיש נגד מספר נאשמים בכתב אישום אחד, ומותר לקבץ מספר פרשיות לכתב אישום אחד (לפי ההנחיות בחוק).

**רשימת עדי התביעה**: הרשימה מפורטת בכתב התביעה, ולנאשם אסור לדבר איתם על המשפט עד תום ההליכים (אחרת הנאשם יואשם בשיבוש הליכים).

בכתב האישום צריך לרשום את הס', כך שאם הנאשם מודה בעובדות זה מספיק לאישומים שמתחת לפרשייה המפורטת.

יש אפשרות להגיש קובלנה, כך שהמתלונן (בד"כ הקורבן) להגיש כתב אישום במקום התובע. זה הליך חריג ולא טוב, יש כוונה לבטל אותו. אין בו הרבה תועלת, והוא בעייתי. לתת אפשרות לקורבן להניע את ההליך הפלילי היא סוג של הפרטה.

## המשפט

#### הקראה

המשפט נפתח בשלב ההקראה. זוהי תחילת המשפט, ולא הגשת כתב האישום. משמע – הנאשם והתביעה מוזמנים לביהמ"ש וזו ההתחלה הפורמאלית של המשפט. מקריאים לנאשם את כתב האישום והנאשם צריך להגיב.

בשלב הזה יש כמה אופציות לנאשם:

* **הנאשם מודה**- אם הנאשם מודה בכל האישומים שיש בכתב אישום (בד"כ כשיש הסדר טיעון). אם הנאשם הודה בביהמ"ש, עוברים ישר לשלב הכרעת הדין. כשהנאשם מודה בשלב המשפט, לא צריך שום דבר מעבר להודאתו (ביהמ"ש יכול להחליט שהוא לא מקבל את ההודאה) אבל לא צריך מעבר לכך כלום. לעומת זאת, אם חשוד מודה במשטרה ואחרי זה חוזר בו מהודאתו, האם הודאתו במשטרה היא ראיה בהליך הפלילי? לא, כי זו עדות מפי השמועה (החוקר לא יכול להעיד על תוכן הדברים, אלא רק שהוא שמע אותם). אבל זה אחד מהחריגים – הודאת נאשם מחוץ למשפט (במשטרה או בדרך אחרת), יכולה להתקבל כחריג, אבל צריך לבדוק שהיא הייתה באופן חופשי ומרצון (ס' 12 לחוק הראיות). "משפט זוטא"- פותחים משפט קטן בהליך העיקרי, שכל התכלית שלו היא לוודא האם ההודאה במשטרה היא חופשית ומרצון.
* **הנאשם כופר**- לפני שהנאשם מעיד יש לו אפשרות לטעון טענות מקדמיות. בס' 145 לחסד"פ: הנאשם יכול לטעון טענות שלא קשורות להליך הפלילי (רשימה לא סגורה בס') כמו אשמה או כפות, אלא הליכים כמו חוסר סמכות (מקומית או עניינית), פגם או פסול בכתב אישום, טענת זוכיתי/הורשעתי, כתב האישום אינו מגלה עבירה. זה יכול להיות הגנה מן הצדק: שיהוי בלתי סביר, אכיפה סלקטיבית, וכד'. צריך לומר שקבלת טענה של הגנה מן הצדק לא תביא לזיכוי, אלא לתיקון או ביטול כתב האישום. כלומר, זה לא מוביל למעשה בי"ד. יש שתי טענות ברשימת הס' 149, שאם לא טוענים אותן בשלב הזה, האדם יצטרך לקבל רשות לטעון אותן בהמשך: חוסר סמכות מקומית, או פגם או פסול בכתב האישום. שאר הטענות יכולות לעלות בכל שלב בהליך הפלילי.
גם אם מעלים טענות עכשיו, לא בטוח שביהמ"ש יקבל את הטענות עכשיו אלא יכול להיות שיכריע בהן בהמשך הדיון.
* **אין כתב הגנה בהליך פלילי**- יש כתב אישום והקראה, בהקראה צריך להשיב ואין הגנה. עד שהמדינה לא תוכיח את אשמתך אתה לא אשם ולכן אין כתב הגנה.
אדם יכול לשתוק אבל זה לא כדאי, כי זה נחשב \_\_. לכן כדאי לכפור/ להוסיף עובדות וכד'.

אם האדם כופר, או מודה רק בחלק מכתב האישום, עוברים לשלב הבא – שלב ההוכחות.

##### חשיבות שלב ההקראה

לשלב ההקראה יש השלכה קרדינלית על ההליך הפלילי. ההקראה היא תחילת המשפט, והיא חשובה כי:

* אם התביעה רוצה לחזור מכתב האישום לפני ההקראה זה שווה לביטול, לא מעשה בי"ד. אבל אם היא עושה את זה אחרי ההקראה, זה שווה לזיכוי. בס' 94 לחוק כתוב שהתביעה יכולה להגיד לנאשם שאמנם אנחנו אחרי שלב ההקראה ונשנה את כתב האישום, אבל זה יהיה ביטול ולא זיכוי.
אם רוצים להגיש כתב אישום כזה מחדש, צריך אישור של היועמ"ש מנימוקים מיוחדים.
* אם התובע מבקש לתקן את כתב האישום לפני שלב ההקראה הוא לא צריך שום דבר. אם הוא רוצה לתקן אחרי שלב ההקראה הוא צריך רשות מביהמ"ש.

ביהמ"ש יכול לשאול את הנאשם שאלות הבהרה בזמן התגובה להקראה.
אם רוצים לטעון טענת אליבי, ביהמ"ש אומר לו שהוא חייב לטעון את זה בהקראה ואם לא צריך רשות לטעון את זה מאוחר יותר.

#### הוכחות

התביעה היא הראשונה שמציגה את ראיותיה. התביעה היא הראשונה להביא ראיות וכל עדי התביעה עוברים חקירה ראשית ע"י תובע, ע"י הנאשם (אם יש כמה נאשמים ע"י כולם) וחקירה חוזרת ככל שיש סוגיות לא ברורות מהחקירה הנגדית (כל הצדדים יכולים לבקש). אי אפשר לשאול שאלות הכוונה, אלא צריך לתת לעד לספר את הסיפור. בחקירה נגדית ניתן לשים את המילים בפיו של העד ולכוון אותו (הכלי הטוב ביותר לגלות דרכו את האמת).
התובע לא מחויב לסדר מסוים להבאת העדים.

##### עד עוין

אם אחד מעדי התביעה "מסתובב" (משנה גרסה לעומת מה שנאמר במשטרה), ניתן להכריז עליו עד עוין והתובע יכול לחקור אותו בחקירה נגדית (ולא רק חקירה ראשית). ס' 10א לפק' הראיות- אופציה נוספת היא לבקש מביהמ"ש שעדותו במשטרה תתקבל במקום העדות בביהמ"ש.

בד"כ עד תביעה הראשון הוא החוקר שגבה את החקירות מהנאשם. דרך החוקר הזה מביאים את הדברים שאמר הנאשם בחקירה. זו עדות מפי השמועה, שמותר להשתמש בה כחריג. אם הנאשם לא עולה להעיד במשפט, ניתן להשתמש בכל מה שאמר במשטרה.

אחרי שהתביעה מסיימת את העדים שלה, התובע אומר "אלו עדי".

הנאשם יכול לטעון "אין להשיב לאשמה" – הנאשם אומר לביהמ"ש שגם אם תיקח את כל מה שאמרו עדי התביעה בהנחה והכול נכון וניתן להם את המשקל הראוי, צריך לזכות אותי. אין קייס שיחייב אותי בכלל להשיב. צריך להסביר למה צריך לדחות את זה. זה לא קורה הרבה, ואם ביהמ"ש מקבל את הטענה זה מוביל לזיכוי. מה מונע לטעון את זה?

* חושפת קו הגנה- אם אני יודע שהטענה תידחה זה מיותר.
* עו"ד לא אוהבים להפסיד, ולכן רוב העו"ד לא טוענים את זה.

הכדור במגרש של התביעה, והטענה הזו אומרת זכו אותי רק על בסיס מה שהם הביאו, בלי להעביר את העדות לנאשם. זה מאוד נדיר.

אביגדור קהלני נשפט בעבר, וטען "אין להשיב לאשמה". ביהמ"ש השלום קיבל את הטענה עם ביקורת קשה כלפי הפרקליטות בהחלטה הזו. התביעה עררה על הזיכוי וזה הגיע לביהמ"ש המחוזי. המחוזי קיבל את הערעור, שהחזיר לשלום. לאחר מכן השלום הזיכה אותו.

##### ראיות הגנה

כל מה שההגנה צריכה זה להביא לספק סביר ולא יותר מזה. ההגנה מפתיעה את התביעה, התביעה לא יודעת מה הראיות. זה חלק מהניסיון לאזן את הכוחות בין המדינה לנאשם. אם הנאשם רוצה להעיד, הוא חייב להיות ראשון. למה? לא רוצים שהוא ישמע את העדים האחרים.

\*נאשם לעולם לא יהיה עד תביעה – לא כנגד עצמו ולא כנגד אנשים אחרים. אם רוצים שיעיד נגד מישהו מחבריו, צריך להגיש כתבי אישום נפרדים (ולא כולם באותו כתב אישום).

אם הנאשם לא מעיד (ס' 164), הוא נחשב מסייע לתביעה.

חקירה ראשית ע"י סנגור, חקירה נגדית מול התובע וחקירה חוזרת ע"י הנאשם.

##### עדי הזמה (ס' 165)

התביעה יכולה לטעון שהנאשם מביא עדים שמפתיעים את התביעה במשהו שלא יכולה לצפות. לדוג': נאשם הועמד לדין בעבירת אונס, ושותק במשטרה. בביהמ"ש הוא אומר שלא יכול לתפקד מינית. לכן התביעה יכולה לבקש עד הזמה, שיעיד אחרת (חברה לשעבר וכד').

אחרי שהצדדים מסיימים להעיד, ביהמ"ש יכול להביא עד מטעמו (מומחה או לבקשת הצדדים כמו בפרשת קניר).

#### סיכומים

סיכומי התביעה, התביעה מסכמת ראשונה ומסבירה למה לדעתה צריך להרשיע את הנאשם. לאחר מכן יש את סיכומי ההגנה. לבסוף מגיעים להכרעת הדין.

אם הנאשם זכאי – נגמר העניין, אם הורשע – עוברים לגזר הדין.

#### גזר הדין

משפט קטן שעוסק רק בפס"ד.

התביעה מנסה לשכנע ולהביא ראיות לעניין העונש (לדוג' עבר פלילי), ואז ההגנה מביאה ראיות (בד"כ עדי אופי) ומנסה לשכנע את ביהמ״ש מדוע לתת עונש קל.

כל עד כזה נחקר חקירה ראשית ע״י מי שהביא אותו, נגדית ע״י הצד השני וחוזרת ע״י הצד שהביא אותו.

בסוף- סיכומי תביעה לעונש, סיכומי הגנה לעונש. ביהמ״ש מכריע וגוזר את הדין.

\*הכרעת דין (שלב חפות או אשמה) + גזר דין (העונש) = פסק דין.

##### דרכי ענישה

* מאסר בפועל- עד 9 חודשים ניתן להמיר.
* מאסר על תנאי
* קנס כספי
* פיצוי למתלונן
* שירות לתועלת הציבור
* ללא הרשעה (אם מדובר במעידה חד"פ).

\_\_\_.

#### ערעור

של משפט זוטה, או החלטה שדומה את הטענה של הנאשם, או כל החלטת ביניים אחרת בהליך פלילי צריך לערער עליה בסוף המשפט (בסיום גזר הדין). יש לזה גם חריגים:

* אם יש מחלוקת בין הנאשם לתביעה האם חומר מסוים הוא חומר חקירה (התביעה אומרת שחומר מסוים לא חלק מחומר החקירה, לדוג': יומן פרטי של מתלוננת לאונס). במסגרת הליך לפי ס' 74 לחסד"פ, ניתן לדון בכך. לכאורה זה הליך ביניים, אבל זה אחד מההליכים שהחוק מאפשר באמצע ההליך להגיש ערר לארכה גבוהה יותר בעניין אי גילוי חומר החקירה.
* פסלות שופט- אתה מבקש לפסול את השופט, והשופט לא פוסל את עצמו. אתה רוצה לערער לביהמ"ש העליון ואתה לא מחכה לסוף ההליך הפלילי.
* אחד הצדדים לא מרוצה מהחלטת ביניים של שופט בהליך פלילי, פורמאלית הוא יכול להגיש עתירה לבג"ץ כנגד החלטת השופט בתיק הפלילי. לפי חו"י השפיטה, ניתן להגיש עתירה לבג"ץ אם זו החלטה של שופט בהליך פלילי. אבל, זה יעשה במקרים חריגים בלבד, אחרת זו יכולה להיות פלטפורמה מצוינת לעקיפת הכלל של אסור לערער על הליך הביניים.

לדוג': ביטול הלכת קינזי. אפשר להגיש ערר לערכה גבוהה יותר, רק פעם אחת. הנאשם יכול להגיש ערר למחוזי בלבד. אם המחוזי החליט, לכאורה תם העניין. יש מקרים חריגים בהם ניתן להגיש עתירה לבג"ץ על החלטת המחוזי.

הייחודיות של משפט חוזר הוא שהוא פותח עניין שכבר היה בו פס"ד חלוט, בניגוד לעקרון הסופיות.

ערכאת הערעור ככלל לא מתערבת הממצאים עובדתיים, והרציונל ברור מאוד – השופט ששמע את התיק העיקרי, הוא זה שראה את העדים וראה את הממצאים העובדתיים. לכן ערכאת הערעור לא מתערבת בכך, אלא במקרים חריגים.

המטרה של ערכאת הערעור זה שהערכאה הגבוהה יותר תאתר האם היו שגיאות בגזר הדין. בהליך פלילי יש זכות ערעור שווה לתביעה ולנאשם. יש מדינות שאומרות שאם זוכת בשלום, כדי שהמדינה תגיש ערעור על הזיכוי זה העמדה לדין פעמיים ולכן לא מאפשרים את זה. אבל בישראל יש זכות ערעור לשני הצדדים.

\*זה הסוף של סקירת שלבי המשפט\*

# ההשפעה של המהפכה החוקתית על סד"פ

#### הבעיה

עד כמה מה שקרה ב1992, שני חוקי היסוד שעוסקים בזכויות האדם, השפיעו על הסד"פ? הואיל והמהפכה החוקתית השפיעה על כל תחומי המשפט, היא השפיעה גם על הסד"פ.

חוקי היסוד של ישראל מגינים על זכויות חוקתיות מהותיות (קניין, כבוד, חופש עיסוק, פרטיות וכד'). אחת השאלות שעולות היא איך יכול להיות שאין התייחסות ספציפית לזכויות חשודים ונאשמים שנפגעות באופן תדיר כתוצאה מההליך הפלילי (בשלב החקירה, או בשלבים מתקדמים יותר). לדוג': מעצר פוגע בחירות כשאתה חף מפשע, הליכי חילוט פוגעים בזכות הקניין וצנעת הפרט/הזכות לפרטיות/הזכות לכבוד, גם חיפוש (בין אם זה חיפוש בחצרות או בגוף האדם) פוגע בזכויות. הסמכויות הפליליות עם פוטנציאל פגיעה גבוה, ולא בכדי מרבית חוקות העולם מתייחסות למעמד החוקתי של נאשמים בפלילי. בארה"ב מדובר במפורש על זכות השתיקה, הגנה עצמית, הזכות לייצוג. בקנדה מתייחסים לזכות לקיום משפט הוגן וסביר, חזקת החפות, הזכות להימנע מסיכון כפול. אלו זכויות השמורות לחשודים ונאשמים, אבל מוזכרות בחוקה.

בישראל אין אזכור לכך בחוקי היסוד. חו"י כבו"א וחירותו אין פירוט לגבי הגנות פרוצדורליות של חשודים ונאשמים (חזקת החפות, זכות השתיקה, הזכות להיוועצות) – הזכות להליך הוגן הוא השם הכולל של הזכויות האלו. אין הגנה ספציפית וקונקרטית על הזכויות הדיוניות של חשודים ונאשמים.
יש הצעת חוק כזו, אך הוא לא הגיע להתכנות פוליטית. מאז 92 לא התקבל חוק שמדבר על זכויות אדם (היה את חוק היסוד, תיקונים שנועדו להסדיר קואליציות וכד').
גדעון סער שם על סדר היום את החשיבות להסדרה חקיקתית של הזכות להליך הוגן של חשודים ונאשמים. התזכיר החדש של שר המשפטים נמצא בסילבוס ונעסוק בו בהמשך.

#### הפתרון

יש לנו אפשרות להתגבר על החוסר הזה, והאפשרות הטובה והידועה היא לגייס את חו"י כבוה"א וחירותו (במיוחד הזכות לכבוד) ולהכניס לתוכה את הזכות להליך הוגן כחלק מהזכויות הלא מנויות. יש זכויות נוספות, בלתי מנויות, שגוזרים מכוח הזכות לכבוד. כך גם מצופה שיעשה, ואכן נעשה, ביחס לחשודים ונאשמים.

**הקונסטיטיונאליזציה של מערכת המשפט והזכות לכבוד בהליך הפלילי (מאמר של ברק)**: במאמר הוא אומר שהזכות לכבוד היא בסיס איתן עליה ניתן להשתית את הזכויות של חשודים ונאשמים גם אם הן לא מופיעות בזכות יסוד. זה הדין לגבי דיני מעצרים, לרבות דיני החיפוש (בגוף האדם ומעצרים), הזכות להימנע מהפעלה עצמית, הזכות לייצוג וכן הלאה.

##### הגבלת הזכות

הזכות להליך הוגן היא לא זכות מוחלטת אלא יחסית. כפי שכל יתר זכויות האדם יחסיות, כך גם הזכות להליך הוגן. פס"ד מרכזי שנעסוק בו בנושא זה הוא יששכרוב, בו ביהמ"ש לא הכריע בזכויות נאשמים וחשודים, הוא קובע שפגיעה מהותית בזכות להליך הוגן תעלה לכדי פגיעה בכבה"א. כבה"א הוא הצינור באמצעותו נזרים את הזכות להליך הוגן לחוקי היסוד. בייניש (וברק) קבעו כי יש דוקטרינת פסילה, שאומרת שראיה שהושגה שלא כדין תיפסל אם כוונתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכות להליך הוגן, החורגת מגדרה של פסקת ההגבלה.
כלומר, גם הזכות להליך הוגן לא מוחלטת, כי היקף ההגנה עליה ייגזר מהצורך לאזן בין ערכים ואינטרסים מתחרים. נדון על כך באריכות בהמשך.

#### שינוי בנק' האיזון בין האינטרס הציבורי לזכויות הפרט

##### שמירה על הציבור מול זכויות הנאשמים והחשודים

בשיעור הראשון ראינו את הרצון להילחם בפשיעה, להגן עלינו ועל קורבנות העבירה מפני הפושעים. מצד שני, יש זכויות של החשודים ונאשמים. השאלה האם חו"י כבה"א שינה את המשקל, כך שהגנה על זכויות הנאשמים והחשודים גדולה יותר ממה שהיה בעבר.

פס"ד גנימט- תושב חברון שגנב שני רכבים והועמד לדין, יחד עם זה הוגשה בקשה עד תום ההליכים. למה? כי גניבת רכבים הוגדרה כ"מכת מדינה". זה הגיע לעליון בערר, בהרכב של 3 שופטים. אחד הדברים החשובים שנפסק בגינמט הוא שלא יעלה על הדעת שמכת מדינה תהווה שיקול למעצר עד תום ההליכים.
למה זה חשוב? החברה עושה שימוש בנאשם כדי להרתיע את הכלל, כשהוא בחזקת חף משפע. אם הוא היה אחרי הרשעה, הרתעה היא תכלית לגיטימית. אבל הוא לא הורשע, אלא חף מפשע. אתה אומר שאני רוצה להשתמש בו "למען יראו ויראו". זה דבר שלא מתקבל על הדעת, כי אנחנו מאריכים מעצר אם יש חשש שהוא יברח/ מסוכן/ ישבש ראיות. מעצר הוא אחת הפגיעות הקשות במדינה דמוקרטית, לכן עילת מעצר של תכלית הרתעה אינה מתקבלת.

אמירה חשובה נוספת בפס"ד היא שהחוק שעל פיו היה המעצר, היה החוק טרם המהפכה החוקתית והיה מוגן מפני ביטול לאור שמירת הדינים. אבל השופטים אמרו שהחוק מוגן מפני ביטול, אבל ניתן לפרש אותו ע"פ חוקי היסוד שכבר קיימים. לכן הפרשנות לרוח המהפכה החוקתית הובילה את ביהמ"ש העליון לתובנה שלא ניתן לעשות שימוש במעצר אדם לתכלית הרתעת הרבים.
האם חוקי היסוד שינו משהו בנוגע לפרשנות החקיקה? שמגר אומר שגם לפני חוקי היסוד העלו על נס את כבוד האדם, שהיו הלכתיות בלבד ולא חוקתיות. שמגר אומר שזה לא שינוי גדול. גם לקורבן יש זכות להנות מחוקי היסוד, אבל אין סיטואציה שיש עימות בין הקורבן לנאשם. ההבדל הוא שהמהפכה אפשרה לפסול חוק, אבל כן היה ניתן לפרש חקיקה קיימת בעזרת זכויות יסוד הלכתיות (ניתן לראות את זה בפס"ד קול העם).
השופט ברק לעומתו אומר שחוקי היסוד השפיעו בהחלט על הפרשנות, כי המשקל של זכויות הפרט עולה לעומת זכויות הכלל. יש עילת מעצר במקרה של מסוכנות וכד', אבל כל עוד החשוד לא מסוכן לא צריך לאזן בין הדברים.

החוק זכויות נפגעי עבירה העמיק לנפגעי העבירה זכויות שונות (עבירות מין ועבירות אלימות), אבל עדיין לא ניתנה להם זכות ווטו. ניתן לשמוע אותם בשלבים שונים של ההליך, לדוג': יש לקורבן זכות להביע עמדה לפני הסדר טיעון, או לפני חנינה, או לפני קיצור שליש, או לפני עיכוב הליכים. אלו זכויות בעיקר פרוצדורליות, אבל הוא לא צד להליך. המדינה מייצגת את הקורבנות, וההליך הוא מולה ומול הנאשם. החוק של נפגעי העבירה נתן להם זכויות, אבל לא מספיק.

הש' דורנר- יש איזון אנכי בין זכות החשוד, לבין הזכות להילחם בפשיעה. בתוך האינטרס הציבורי יש זכויות הקורבן בכוח ובפועל, זה לא אחד מול השני (קורבן מול חשוד), אלא הקורבן נכנס בתוך הציבור.

##### קושי כלכלי של המדינה מול זכויות הנאשמים והחשודים

חוק זכויות נפגעי עבירה (עבירות מין ואלימות): החוק העניק לנפגעי עבירה זכויות, למרות זאת, לא ניתנה להם עדיין זכות וטו. הזכויות מאפשרות לשמוע את קולם, להביע את עמדתם לפני עריכת הסדר טיעון/חנינה/קיצור שליש ע"י ועדת שחרורים/עיכוב הליכים ע"י היועמ"ש. מדובר בעיקר בזכויות פרוצדוראליות כי הקורבן אינו צד להליך.

פס"ד שגית צמח- מה פרק הזמן שצריך לעבור מהמעצר בשטח עד להבאתו של החשוד בפני שופט? (כאן מדובר בצבא). ככל שנקצר את הזמן, אנחנו מעצימים את הזכות של החשוד להליך הוגן, כי אנחנו רוצים שעין שיפוטית תראה ותכשיר את המעצר כמה שיותר מהר. כשמדובר במעצר בכלל (לא בצבא) החוק קובע שצריך תוך 24 שעות להביא אותו לפני שופט.

חוק השיפוט הצבאי תוקן, וקיצר את הזמן שחייבים להביא את העצור לפני שופט ל96 שעות. התיקון היה מיטיב, כי המצב היה לפני אבסורדי. האם תיקון מיטיב נכנס לרשת של שמירת דינים? התיקון המיטיב אחרי חוקי יסוד, אבל המדינה טוענת שהחוק המקורי מוגן בפני ביטול ולכן תיקון החוק מוגן גם הוא בפני ביטול – בוודאי כשזה שינוי מיטיב.
על השאלה החוקתית הזו בג"ץ מחליט שכל תיקון חקיקה לאחר חו"י ניתן לבחון, בין אם הוא מיטיב ובין אם הוא לא מיטיב. התיקון לא מוגן מפני ביטול אחרי המהפכה החוקתית. המחוקק יכול לתקן, אבל אז אנחנו יכולים לבחון האם זה עומד בפסקת ההגבלה.

המדינה אומרת שהם רוצים לשפר את המצב ולקצר אותו כמו באזרחי, אבל זה עולה הרבה כסף ואין אותו למערכת הצבאית כרגע (צריך תקנים נוספים לשופטים, נהגים, רכבים, שינוע). זה יקר ולכן צריך להיערך לזה (בסוף גם יגיעו לזה). המדינה אומרת שאין מספיק משאבים כרגע.
הש' זמיר אומר (באופן דומה לאליס מילר) ששיקול תקציבי יכול להיות ענייני, אבל צריך לבחון איזו זכות נפגעת מולו. כשאנחנו רואים פגיעה עצומה בזכות החיילים לחירות (כ10,000 מדי שנה). עם כל הכבוד יש כאן מבחן לחברה בישראל, כי זה לא מספיק וצריך לתת ביטוי לאמירות אלה בספר התקציב. המחיר החברתי גבוה מדי במקרה הזה, לכן כחברה אנחנו צריכים להיות מוכנה לשלם מחיר (תקציבי) כדי לשמור על זכויות האדם. ביהמ"ש בסופו של דבר הורה על קיצור. היום זה כמו באזרחי (24 שעות), בתחילה הורידו ל48 שעות.

מסקנה- צריך לבדוק מה השיקול נגד לשיקול התקציבי, כי פגיעה בזכויות אדם גוברת.

#### חוק המעצרים וחוק החיפושים

שני חוקים שנחקקו ב96 וקריטיים לסד"פ:

* חוק המעצרים
* חוק החיפושים

אלו שני חוקים שהפנימו את המהפכה החוקתית. בחוק המעצרים כתוב שמעצרו ועיכובו של אדם יהיו בדרך ששומרים על כבודו וזכויותיו. מעצר זו לא רק פגיעה בחירות, אלא גם פגיעה בכבוד וצריך לקחת את זה בחשבון. בפס"ד עזז נראה את ההשלכות של הפגיעה בחירות, וביהמ"ש אומר שצריך לבדוק תמיד חלופה פוגענית פחות מאשר מעצר. בין הביתר בגלל הפגיעה בכבוד.

##### חוק החיפושים

חוק החיפושים נחקק אחרי המהפכה החוקתית והפנים את זכויות האדם. בס' 2(ד) נאמר שחיפוש יעשה בדרך שישמור על כבה"א ופרטיותו.

חוק החיפושים לא מאפשר לבצע חיפוש פנימי בגוף האדם בכוח, בכלל (חיפוש פנימי הוא מהפוגעניים שאפשר לחשוב עליהם כמו MRI, סי-טי). הואיל וכל אדם נברא בצלם, אנחנו לא נבצע חיפוש פנימי בכוח, גם אם זה יעזור לקבל את העבירה. נוכל לגבות ממנו מחיר על זה שהוא מסרב לכך (השלכות ראייתיות, עבירה פלילית של סירוב), אבל לא נעשה זאת בכוח.

פס"ד גואטה- הוא לפני חוק החיפושים ואחרי המהפכה החוקתית העלה שאלה בנוגע למה קורה כאשר יש חשוד שמחביא בין אחוריו סמים. ניסו לאתר האם הוא החביא את הסמים, והש' אלון דיבר על בעייתיות בגלל ביזוי וביוש. בסוף כשמדובר בהפשטת אדם וחיפוש בחלקים מוצנעים של גופו, גם אם הוא מסכים עדיין לא הכול מותר ופרוץ. צריך מידה סבירה של הגינות כדי לא לרמוס את כבה"א.

יש הוראה בחוק החיפושים שאומרת שהחוק כללי, ואם יש חוק ספציפי הוא גובר בכל הקשור לדיני החיפוש.

פס"ד לאוניד לוין- ביהמ"ש העליון אומר שגם אם יש חקיקה ספציפית שגוברת על חוק החיפושים, יש שני תנאים שחייבים לעמוד בהם ואי אפשר לבצע חיפוש בלעדיהם:

* לא עורכים חיפוש בגופו של חשוד אלא לאחר שהתבקשה הסכמתו.
* החיפוש צריך לעשות תוך שמירה על כבה"א, פרטיותו ובריאותו.

אלו דברים שמגיעים מחו"י כבה"א וחירותו, ולא מחוק החיפושים. אלו דברים גדולים יותר וחשובים יותר מהחוק הספציפי.

## כיצד השפיעו חוקי היסוד והמהפכה החקיקתית על קבילות הראיות וס' 12 בפק' הראיות

המשפט הפלילי וסד"פ נמצאים בדילמה משמעותית, ויש 2 גישות שצריך לראות איזו מהן תגבר. לצורך העניין נדבר על כמה תכליות שיעמדו לנגד עייננו.

תכליות- אנחנו רוצים לחפש את האמת, ולוודא שהראיות של בסיסן אנחנו נרשיע את הנאשם או נזכה אותו הן מהימנות. אבל, מעבר לחיפוש האמת יש פה גם תכליות נוספות וחיצוניות לשאלת חיפוש האמת ונאמנות שקשורות לאינטרסים ציבוריים אחרים (בפרט הזכות להליך הוגן).

ביהמ"ש העליון נמצא בדילמה בין "שתי רכבות" שכל אחת נוסעת לכיוון אחר:

* מעבר מקבילות למשקל
* גישת הפסלות

#### מעבר מקבילות למשקל

הרכבת הזו נוסעת לכיוון הרצון להגיע לחקר האמת באופן שיאפשר לשופטים את המקסימום להגיע לחקר האמת. אנחנו צריכים לפרק מחסומים פורמאליים של קבילות ולאפשר לשופטים להכניס לסל הראיות כמה שיותר ראיות. זה מתוך נק' מוצא שהשופטים מקצועיים, הם ידעו ל\_\_ כל ראיה בשיח של משקל. ניתן לשופט להכניס את הראיות, ומקסימום לראיה יהיה משקל 0. הכול צריך להיות בפנים, ביהמ"ש צריך להעריך את המשקל של כל ראיה.
הרציונל- מחסומי קבילות כאלה ימנעו מהשופט להגיע לחקר האמת העובדתית. הרבה פעמים יהיה פער בין המציאות העובדתית למציאות המשפטית. דווקא בגלל שיש שופט מקצועי ולא מושבעים, ניתן לסמוך עליהם ולתת להם את הכלים להעריך את משקל ואמיתות הראיות.

#### גישת הפסלות

בעקבות המהפכה החוקתית התחילה הרכבת הזו. אנחנו לא חושדים שנאמנות ואמיתות הראיה זה לא שיקול חשוב, ואנחנו גם רוצים להגיע לחקר האמת כדי לוודא שהראיות האמיתיות נכנסות לסל. אבל עם כל הכבוד לחקר האמת, יש עוד אינטרסים לקחת בחשבון. צריך לבחון את השאלה האם הראיה פוגעת בזכות להליך הוגן של החשוד. לכן, ראיות שהתקבלו תוך הפרת הזכות החוקתית להליך הוגן, גם אם הן מהימנות ואין ספק באמתותן עדיין נוציא אותן מסל הראיות ונפסול את הקבילות שלהן. הכיוון הזה גורסת שהמהימנות והאמת העובדתית חשובות, אבל זה לא הדבר היחיד. הדבר המרכזי כאן הוא זכויות.

גם במסגרת הצד החוקתי, יש כל מיני גישות: (מהדעה המקלה לדעה הקיצונית ביותר)

* פסילה עם שק"ד: שק"ד לביהמ"ש להחליט מתי לפסול את הראיה.
* יש חובת פסילה מוחלטת בלי שק"ד לשופט להחליט מה חומרת הפגיעה.
* פירות העץ המורעל: דעה קיצונית אף יותר היא כי גם פירותיה של הראיה הפסולה יפסלו ("פירות העץ המורעל").

ככל שהולכים רחוק יותר, אנחנו עלולים להתרחק מהאמת העובדתית.
לטובת רכבת הפסלות יש לא מעט תכליות שעומדות בבסיס הטענות שהיא מובילה אליהן:

* יש ערך עצמאי להגנה על הזכות להליך הוגן של הנאשמים.
* חינוכית הרתעתית (למשטרה)- אם נעלה על הרכבת שרק מתמחרת במשקל, איזו הרתעה אנחנו נותנים למשטרה כנגד הפרה עתידית של זכויות? כדי להרתיע את המשטרה וכדי שהם יבינו שלא יהיה פרי לעבודתם אם הראיה פגעה בזכויות.
* היושרה השיפוטית- האם אנחנו רוצים שביהמ"ש ייתן יד לראיה שהתקבלה תוך פגיעה מהותית בהליך הוגן? ביהמ"ש חלק מהתהליך שפגע בזכות החוקתית של שחשוד. התכלית נועדה לפגוע פגיעה עתידית האמון הציבור וטוהר ההליך השיפוטי. גם אם אין חשש למהימנותה של הראיה, יש לזכור ערכים נוספים.
* תכלית שחוששת שראיות שיושגו תוך הפרת הזכות החוקתית, אלו ראיות שיש חשש למהימנותן. יש לפעמים ראיות, בעיקר כאלו שאין להן בחינה עצמאית (כמו DNA), אלא ראיות כמו הודאה. חשוד הודה אחרי לחץ כבד של איומים, ואף לחץ פיזי. אנחנו לא רוצים להכניס את ההודאה הזו, כי היא יכולה להיות הודאת שווא. אי אפשר לדעת האם היא מהימנה. אנחנו מעדיפים לתת זיכוי שגוי, מאשר הרשעה שגויה.
התכלית הזו תגיד שאם קודם אמרנו שאפשר לוותר על האמת, לא בטוח שזה מוביל לאמת.

ההתנגשות בין שתי האפשרויות היא בלתי נמנעת. המשפט הישראלי נמצא עד היום בדילמות האלה, זה שיח אקטואלי. השאלה הנשאלת היא מה קורה היום בישראל?.

## הדין בישראל

### לפני המהפכה החוקתית

עד חוקי היסוד לא הייתה דילמה. ההכרעה של המשפט הישראלי הייתה ברורה- אין פסילה של קבילות ראיות, גם אם הן הושגו באופן לא חוקי (בוודאי לא פירות העץ המורעל). יש אבחנה בין שאלת החוקיות לשאלת הקבילות. ניתן לטפל בשוטרים (אזרחי או פלילי), אבל לא ניתן לפגוע בקבילות הראיה (עניין הקבילות במשקל). אין בישראל כלל פסילה גורף, וכך היה עד המהפכה החוקתית.

היו 3 הוראות חוק שאמרו אחרת:

* ס' 13 לחוק האזנת סתר
* ס' 32 לחוק הגנת הפרטיות
* ס' 12 לפקודת הראיות

ס' 13 להאזנת סתר וס' 32 להגנת הפרטיות קובעים שראיה שהושגה תוך פגיעה בפרטיות או האזנת סתר, לא תהיה קבילה. אבל, שני החוקים מאפשרים לביהמ"ש שק"ד לקבל את הראיה אם למרות הפגם הצורך בעשיית צדק גובר על הפגיעה בפרטיות. יש שני חוקים בהם המחוקק יצר כלל פסילה חוקי, אבל שיש לו שק"ד (לא גורף).

ס' 12 לפקודת הראיות ניתן להגיד שכלל הפסילה גורף. נאמר שם שהודאת נאשם תתקבל רק אם היא התקבלה באופן חופשי וברצון. אין שק"ד לביהמ"ש. למה זה כלל פסילה מוחלט ולא יחסי? כי אם היא לא התקבלה באופן חופשי ומרצון, ברור שההודאה לא תתקבל (לא קבילה). ניתן לפרש את "באופן חופשי וברצון", אבל כשקבענו מה זה אומר מה שחורג מכך לא ניתן להכלה.

מבחינת החקיקה לא היה הרבה שינוי. נחקקו חוק המעצרים, וחוק החיפושים שנחקקו אחרי המהפכה החוקתית. היינו מצפים שבכללים האלה יהיה כתוב מה יקרה לראיה שהושגה תוך הפרת החוקים, אבל זה לא כתוב. אמנם יש סנקציות, אבל אין הוראה מפורשת לגבי הקבילות של הראיה שהתקבלה בניגוד לחוק. לא באה בשורה מהמחוקק, אלא היא הגיעה ב06 בהלכת יששכרוב.

### הלכת יששכרוב

הלכת יששכרוב- ההלכה התקבלה לפני 15 שנה, ועד היום יש בעולם המשפט טלטלה עצומה. ביהמ"ש לא הגיע לנחת בהיבט של הסכמות לגבי חלק גדול מההלכה הזו. חייל נכלא בכלא 6 בצבא, ונפלה מתחתוניו חבילת גראס תו"כ קליטה. חוקר ניגש לחקור אותו, והחוקר קיבל הוראה לעצור את החייל. חוק השיפוט הצבאי קובע שאתה חייב להודיע לחשוד על זכות היוועצות עם עו"ד, כאשר קיימת אפשרות קרובה לוודאי שייעצר. החוקר היה חייב להודיע על הזכות להיוועץ עם עו"ד, אבל הוא לא הודיע לו את זה, אלא אמר לו שיש לו זכות שתיקה. החייל במהלך החקירה מודה שהוא עשה שימוש בסם במקרים אחרים, כאשר היה חייל (מקרים שלא קשורים לחבילת הסמים שנתפסה בעת הקליטה). בתום החקירה הודיע החוקר לחייל שהוא עצור ויש לו זכות להיוועץ עם עו"ד.

הוגש כתב אישום, בין היתר כתב האישום כולל עבירות בגין שימוש בסם ללא כל קשר לחבילת הסמים שנפלה. החייל כופר באישומים, והתביעה מבקשת כחריג להגיש את ההודאה שלו בחקירה (עדות מפי השמועה). אין כלל פסילה, לא היו לחצים חיצוניים וביה"ד הצבאי המחוזי פסל את קבילות ההודאה, בכלל הזכות להיוועצות. ביה"ד לערעורים קבע שלא פוסלים את הראיה, אבל העניק רשות ערעור לעליון. הוגש ערעור ברשות לעליון, וכולם ידעו שמהלכה זו "תצא הבשורה". המשפט הזה התנהל שנים, כי הש' בייניש הפצירה במחוקק להתייחס לנושא הזה. לא יכול להיות שאין התייחסות של במחוקק להתייחס לכלל פסילה של הראיות, אבל המחוקק לא הרים את הכפפה ולא היה מנוס אלא להגיע להכרעה. ב06 ביהמ"ש הוציא את הלכת יששכרוב.

הש' בייניש כותבת את הפס"ד המרכזי. ברק יושב בהרכב, אבל הש' היא זו שכתבה את הפס"ד המכונן. בראשית הדברים הש' עומדת על חשיבות זכות הייצוג. הזכות הזו היא אספקט של זכות השתיקה, אלו שני צדדים של אותו מטבע. כדי לדעת אם שווה לי לשתוק אני צריך עו"ד, אלו שתי נגזרות מהזכות להליך הוגן שנגזרת מהזכות לכבוד. לכן צריך ליידע את החשוד על הזכות להיות מיוצג. חוק השיפוט הצבאי יותר מתקדם מחוק המעצרים שלנו: חוק השיפוט הצבאי קובע שאם יש אפשרות קרובה לוודאי שייעצר צריך להודיע לחשוד על זכות ההיוועצות, אבל לחוק המעצרים האזרחי צריך להודיע על הזכות הזו רק בעת המעצר. זה מגוחך כי ברור שצריך להתייעץ כשבאים ואתה צריך לענות על שאלות.

להלכה יש שני חלקים, נדון בשניהם.

* בוחן את בטלות ההודאה לפי ס' 12 לפק' הראיות
* כלל הפסילה הפסיקתי (המהפכני)

#### ס' 12 לפק' הראיות

יש כאן הודאת חוץ של הנאשם, שצריך לבדוק לפי ס' 12 אם היא התקבלה באופן חופשי ומרצון. הפסיקה קבעה שההודאה תיפסל לפי ס' 12 אם הופעל לחץ חיצוני על החשוד, ששולל ממנו את היכולת לבחור אם להודות או לא.

ס' 12 התקבע כס' שתכליתו המרכזית היא איתור האמת. אנחנו לא רוצים שחלילה אדם יורשע בגין הודאת שווא, לכן אנחנו פוסלים הודאה שיש חשש גדול למהימנותה. הודאה היא וורבלית, עדיף שתהיה מגובה בראיות פיזיות. כל לחץ חיצוני כזה אנחנו לא רוצים.
השאלה הראשונה של בייניש היא האם בעקבות חוקי היסוד, הפרשנות של ס' 12 (הודאה חופשית ומרצון) משתנה? במובן זה שעכשיו לא מחפשים רק את האמת, אלא גם אנחנו רוצים לוודא שההודאה לא פגעה בחופש הבחירה ובאוטונומיה של החשוד לבחור אם להודות או לא. האם ניתן להוסיף לס' 12 תכלית נוספת של הזכות של החשוד לבחור האם להודות או לא?. הש' בייניש אומרת שברור שהמשקל של זכויות האדם עלה, אל מול האינטרס הציבורי (הרשעת האשם בהנחה וההודאה נאמנה).

לדעתה של הש' בייניש למעשה ס' 12 מגן כיום על 2 זכויות יסוד:

* הזכות לשלמות הגוף והנפש של הנחקר. הזכות הזו עלתה למדרגה חוקתית על חוקית, ולכן אמצעי חקירה פסול שפגע שלא כדין בזכויות הנחקר לשלמות הגוף (כלומר פגיעה גופנית), או שגרם להשפלתו או ביזויו יוביל באופן גורף לפסלות ההודאה. זאת בלי צורך להוכיח את ההשפעה של אמצעי החקירה על אמיתות ההודאה.
יש קווי גבול שאנחנו לא עוברים – השפלה, פגיעה גופנית וביזוי.
* ס' 12 מגן על הזכות לאוטונומיה של הרצון החופשי, ועל חופש הבחירה למסור הודאה. משמע, פגיעה משמעותית וחמורה באוטונומיה של הרצון החופשי ובחופש הבחירה של הנאשם אם להודות או לא, תוביל לפסילת ההודאה לפי ס' 12. כאן אנחנו פחות נחרצים מהרכיב הקודם בעניין ביזוי והשפלה גופנית. כאן צריך לבדוק כל עניין לגופו. האם האמצעי הפסול הביא למניעת הרצון החופשי וחופש הבחירה למסור הודאה של החשוד. בחינה נורמטיבית.

צריך לבחון 2 רכיבים:

* **צריך קשר סיבתי בין הפגם לפגיעה**. אם יש קש"ס בין האמצעי הפסול לבין הפגיעה בחופש לבחור אם להודות – ההודאה תיפסל. לדוג': אם אני יודע שיש זכות היוועצות ולא הודיעו לי (סטודנט למשפטים, עו"ד וכד'), האם הפגם מגיע לכדי פסילה? לא. אי אפשר לומר שבגלל הפגם נפגע החופש שלי אם להודות או לא, לכן ההודאה לא תיפסל לפי הרכיב הזה.
* **הפגיעה צריכה להיות משמעותית**.

אם קודם התכלית המרכזית הייתה למנוע הודאות שווא, עכשיו אנחנו למדים שיהבנו הוא לא רק על מניעת הודאות שווא, אלא לס' 12 יש תכליות נוספות (צלם האדם וחופש הבחירה ואוטונומיה להחליט האם להודות). משמע, ההודאה יכולה להיפסל בלי שדיברנו על המבחן הפסיקתי.

הש' בייניש לא פוסלת את ההודאה של החייל על בסיס ס' 12, כי לא הייתה פגיעה משמעותית ביכולת הבחירה שלו ולא הייתה פגיעה פיזית.

\*הודאת חוץ= הודאה מחוץ לביהמ"ש.

#### כלל הפסילה הפסיקתי

הערך המוסף הוא שביהמ"ש העליון יוצר כלל פסילה של ראיות, והוא כלל פסיקתי (נולד בפסיקה). השר גדעון סער רוצה לבסס אותו בחוק, אבל כרגע זה עדיין לא קרה.

אם (1) ראיה הושגה שלא כדין, (2) וקבלתה במשפט תפגע באופן משמעותי בזכות הנאשם להליך הוגן באופן שחורג מגדרה של פסקת ההגבלה, יש לביהמ"ש סמכות לפסול את קבילות הראיה.

בניגוד לכלל הפסילה של ס' 12 שדיברנו עליו שבוע שעבר, כאן מדברים על דוקטרינה כללית כך שאין אבחנה בסוגי הראיות שיכולות להיפסל מכוחה. כל ראיה יכולה להיפסל (עדות חוץ של הנאשם, עדות עד או ראיה חפצית). במובן הזה הדוקטרינה הזו הרבה יותר כללית מס' 12, שעוסק רק בהודאת חוץ של הנאשם.
בתזכיר החוק שגדעון שר פרסם היה לו חשוב לציין שהדוקטרינה חלה גם על עדותו של עד, כי בפסיקה היו דעות שונות ומגוונות.

דוג': לאחרונה הש' מלצר הורה על דיון נוסף בעניין מירז. בפס"ד היה מדובר באדם שחשוד במתן שוחד, הוא נחקר ונעצר. היו מדובבים שנכנסו לתאו והם הפעילו עליו לחץ נפשי חזק ומשמעותי, ובסוף הוא הודה בפניהם. הוא טען שההודאה צריכה להיפסל לפי ס' 12 או כלל הפסילה הפסיקתי. במשפט שלו הטענה לא התקבלה והמשפט שלו הסתיים כשהוא נאשם.
אבל באותה הודאה הוא הפליל גם את שותפו לשוחד, והביאו אותו כעד נגד השותף. על דוכן העדים הוא לא חזר על מה שאמר, ואמר יצרו סביבו לחץ. התביעה ביקשה לקבל את העדות שלו במשטרה (לפי ס' 10(א) לפק' הראיות שמאפשר להביא עדות למשטרה כחריג לכלל הפוסל עדות מפי השמועה). העדות של מר מירז במשטרה נפסלה בגלל הלחץ והאיום בידי מדובבים. ביהמ"ש פסל את העדות, ולכן השותף לא נאשם.
מלצר ביקש דיון נוסף כי זה לא הגיוני שיש שתי פסיקות סותרות, מירז זוכה.

משמע, הדוקטרינה רחבה ויכולה להיות בכל סוגי הראיות (גם של עד).

##### תכליות הדוקטרינה:

* מודל מניעתי (הפגיעה נעשתה, לכן זה לא צדק מתקן)- הש' בייניש שכתבה את הפס"ד המרכזי אמרה שהתכלית העיקרית של הדוקטרינה היא לשמור על טוהר ההליך הפלילי. כלומר, התכלית היא למעשה למנוע פגיעה האמון הציבור וטוהר ההליך המשפטי ע"י קבלת ראיה שהתקבלה באופן לא ראוי. אנחנו רוצים למנוע את הפגיעה העתידית בטוהר ההליך.
למרות שזה המודל המרכזי, שזורה תכלית נוספת – חינוכית.
* מודל חינוכי- אנחנו מחנכים ומרתיעים את המשטרה, כדי שהיא תדע שאין פרי לעבודתם אם לא יפעלו לפי הכללים ובצורה חוקתית.

המודל המניעתי הוא התכלית המרכזית.

הכלל שם את הזכות החוקתית של הנאשם לכבוד במרכז, ומוכן לפסול קבילות ראיה גם אם אין חשש לאמיתותה. יש נכונות של ביהמ"ש לשלם מחירים כחברה, אולי לא נגיע לחקר האמת העובדתית כי הזכות להליך הוגן היא ערך עצמאי. בנוסף, אנחנו גם רוצים לחנך את המשטרה ומוכנים לשלם גם עבור זה מחיר.

##### הסבר תנאי כלל הפסילה הפסיקתי

(1) השגת ראיה שלא כדין: שתי תנאים:

* לא כדין- כל ראיה שהושגה בהליך חקירה בחוק, בתקנה או בנוהל מחייב. יש מבחן רחב מבחינת המונח "שלא כדין", גם סטייה מנוהל.
* קש"ס- צריך שיהיה קש"ס בין האמצעי הפסול לבין הראיה שהושגה. משמע, זיקה סיבתית. לא כל ראיה שהתקבלה שלא כדין תוביל לפסילת הראיה, אלא צריך להראות שיש קש"ס בין האמצעי הבלתי קשר לראייה שהושגה. שהוא זה שהוביל לקבלת הראיה. לדוג': אם החשוד יודע על הזכות להיוועצות, לא בטוח שהפגם הוביל לקבלת ההודאה.

(2) קבלת ראיה במשפט תפגע באופן משמעותי בזכויות של הנאשם להליך הוגן

יש 3 קבוצות של שיקולים: (יש ביקורת על השיקולים האלה, במיוחד על שני האחרונים האם להתחשב כדי להקל או להחמיר?)

* **אופייה וחומרתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה** (יש מספר דברים שצריך לבדוק):
* עוצמתה ומידת חומרתה של אי החוקיות- אין קלה כחמורה.
* שימוש מכוון או בתום לב של אמצעי חקירה פסול- האם מדובר בפעולה בזדון או בתו"ל? זה יכול להעיד על חומרת אי החוקיות. אם הם השיגו את הראיה במודע ורצון באופן לא חוקי זאת בעיה גדולה יותר.
* באיזו קלות ניתן היה להשיג את הראיה באופן חוקי- אם הנאשם התנהל בצורה מתחכמת והקשה על מציאת הראיות, למשטרה לא הייתה ברירה אלא לנהוג כפי שנהגו. מאוד בעייתי.
* האם הראיה הייתה מתגלית גם לולא השימוש באמצעים פסולים- אם אפשר היה להשיג את הראיה בדרכים כשרות, אולי זה יפחית בעוצמת הפגיעה בהליך הוגן, או יחמיר?
* האם קיימות נסיבות מקלות שבכוחן להפחית מחומרת אי החוקיות- הנאשם עמד להשמיד את הראיה, לא הייתה ברירה אלא לקבל את הראיה בצורה לא חוקית; או שהנאשם מנצל לרעה את הזכויות שלו (מעומעם, מה זה ניצול לרעה? או שיש לו או שאין לו); אי החוקיות רצתה למנוע פיגועים עתידיים (פצצה מתקתקת שצריך לנטרל ואפשר לגלות מיקום רק בעזרת חקירה), החקירה לצורך מניעה עתידית אבל תו"כ הנאשם מפליל את עצמו.
* **כיצד הפגיעה בזכות החוקתית עשויה להשפיע על מהימנות הראיה**:
* באיזו מידה אי החוקיות עשויה להשפיע על מהימנות הראיה ועל ערכה ההוכחתי- אנחנו רוצים להרשיע את האדם ולזכות את החף משפע. אם מדובר בהודאה ורבלית שננקטו הליכים פיזיים, אולי האדם הודה כי כאב לו והוא סבל. אם יש חשש שהאי חוקיות תשפיע על העדות, לא נקבל אותה. אם יש ראיה עצמאית שעומדת על שתי רגליים (לדוג' סכין DNA), הקיום של הראיה נפרד מאי החוקיות. כלומר, אין מחלוקת שאם נקבל את הראיה הזו לא נפגע באמת העובדתית אלא נשמר אותה. אם נפסול ראיה כזו נתרחק מהאמת העובדתית, כאן עולה השאלה כמה ביהמ"ש יפסול ראיה מהימנה.
* האם קיומה של הראיה הוא עצמאי ונפרד מאי החוקיות שבהשגחתה.
* **הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראיה** (דומה לחלק ה3 של פסקת ההגבלה):
* מהות העבירה ומידת חומרתה- ביששכרוב נוצר ויכוח בעניין חומרת העבירה, האם ככל שהעבירה חמורה יותר נצטרך להקל או להחמיר עם הנאשם. עד היום יש ויכוח על הנושא, אבל בשנים האחרונות הגישה המסתמנת היא שחומרת העבירה לא תהווה שיקול כנגד פסילת הראיה, אם מדובר בהפרה קשה (נתחשב בזה רק אם ההפרה הייתה קלה).
פס"ד חייבטוב- ביהמ"ש העליון זיכה את חייבטוב מרצח, כתוצאה מפגיעה בזכות להליך הוגן והזכות להיוועצות (זאת לאחר שהמדובב עישן עם הנאשם אל מול עיניהם של החוקרים). ביששכרוב דובר על עבירות סמים קלות, ולכן הנזק החברתי לא היה כבד מעצם הזיכוי.
יש לציין שקיימות עמדות (בניהם הש' עמית) שאומרות שזניחה של שיקול חומרת העבירה, כי אנחנו מפקירים את הנפגעים. זה מפקיר את הקורבנות שכבר סבלו, ואת הקורבנות העתידיים שיפגעו. השיקול הזה לא צריך להיזנח, צריך לבדוק אותו אל מול השיקולים האחרים ומול עוצמתם. הוא לא יכול להיות שיקול בלעדי, בטח כשמדובר בפגיעה קשה של הזכות להליך הוגן.
* חשיבות הראיה ומידת חיוניותה להוכחת האשמה (האם זו ההוכחה היחידה להוכחת האשמה? או שיש ראיות נוספות?).

משקל השיקולים- אין היררכיה ברורה בין הקבוצות, צריך לבחון את כולן. קבוצת השיקולים היא תרגום של היישום של מבחני פסקת ההגבלה. כלל הפסילה לא גורף ויש בו המון שק"ד. ציידנו את השופטים בשק"ד, זו לא רשימה סגורה ואין מדרג בין השיקולים.

**ביקורת**- טוענים שיש כל כך הרבה פרמטרים שמאפשרים לביהמ"ש להגיע לכל תוצאה שהוא רק ירצה, להגיע לתוצאה שהוא סימן מראש.

השיקולים יכולים להגיע בצורות שונות. לדוג': מה קורה כשמדובר בעבירה חמורה מאוד, אבל מדובר בראיה וורבלית (שלא עומדת על שתי רגליים) והיה תו"ל. או מה עושים כשמדובר על ראיה שעומדת על שתי רגליים עצמאיות (DNA או סכין), הפרה חמורה של הזכות להליך הוגן, ועבירה חמורה. יש כאן דילמות משמעותיות. אם היה מדובר בעבירה קלה אנחנו יכולים לשאת את הנזק כחברה, אבל בעבירה חמורה אנחנו לא תמיד נוכל לשאת זאת. בסופו של דבר אין כאן מתכון ברור, ותלוי בהחלטת השופטים.

הלכת יששכרוב יצרה את הקשר בין שאלת החוקיות לבין שאלת הקבילות, לכן היא יצרה דבר חיובי. התוצאה של הקשר הזה הוא שביהמ"ש צריך ליצור כללים רבים שיסבירו מה מותר ומה אסור, כי אם הראיה לא חוקית היא לא קבילה. ההלכה גרמה לכך שביהמ"ש העליון פיתח את הזכות להליך הוגן ובלית ברירה יצר כללים שנזנחו, כי עכשיו אין לו ברירה והוא חייב לתת את דעתו בנוגע למה מותר ומה אסור (בקשר בין קבילת ראיות והזכות להליך הוגן).

בשבוע הבא נדון בשאלת פירות העץ המורעל ("התחנה האחרונה ברכבת" שלנו).

#### פסקי דין – הזכות להיוועצות

נעבור על מספר פסיקות, ודרכן נלמד על הזכות להליך הוגן. בגלל הקשר בין הזכות להליך הוגן לקבילות, התפתחה הזכות להליך הוגן.

##### פס"ד יונתן אלזם

זהו הפס"ד בו ביהמ"ש העליון לראשונה פסל ראיה, וזה קשור לזכות ההיוועצות עם עו"ד. בפס"ד יש לא מעט התייחסות ביחד למה מותר ומה אסור בשימוש במדובבים.

זכות ההיוועצות- זו אחת הזכויות החשובות שנגזרת מהזכות להליך הוגן, והרעיון הוא לאפשר לחשוד להכיר את כל הזכויות המצויות לו (האם כדאי לו לשתוק/לדבר, מפקח על תקינות החקירה). החוקר צריך להודיע על זכות ההיוועצות בחקירה תחת אזהרה, בכל חקירה.

בפס"ד אלזם עוסקים באדם שהורשע בביהמ"ש המחוזי ברצח. יונתן אלזם שהורשע ברצח היה אמור להעיד נגד השותף שלו, וההרשעה שלו התבססה על המדובב.

מדובב- תרגיל חקירה לגיטימי שמאפשר למשטרה להכניס לתא המעצר אדם שמתחזה לאסיר (יכול להיות אסיר, או שוטר שמתחזה לאסיר). המדובב יכול להיות אקטיבי או פסיבי, נושא מכשיר הקלטה והשוטרים מפקחים עליו.

פרשת יונתן אלזם. הורשע בביהמ"ש המחוזי ברצח, תיק של ארגוני פשיעה. אלזם היה אמור להעיד כנגד השותף שלו לאחר ההרשעה שלו. הרשעתו התבססה על הודאתו בפני המדובב. מדובב = תרגיל חקירה לגיטימי, המשטרה מכניסה אדם שמתחזה להיות אסיר/אסיר שעובד עם המשטרה. המדובב יכול להיות אקטיבי או פאסיבי, מצויד במכשיר הקלטה. השוטרים אמורים לפקח עליו, אסור להם להעלים עין, צריכים לדעת מה אומר. המדובב זיהה שיונתן מאוכזב מעורכי הדין שלו במשפט, הרגיש שלא קיבל את היחס הראוי. תו"כ שהם שוהים יחד בתא המעצר מתחיל להבאיש את ריחו של עו"ד, מייעץ לו לפטר את העו"ד ולהחליף אותו (אומר לו שיש בינו לבין המשטרה ניגוד עניינים, "יש עורכי דין שיכולים למכור אותך"). השיא לו עצות משפטיות והציג מצב כאילו שהשמירה על זכות השתיקה נועדה לטובת עורך הדין ולא לטובת יונתן עצמו (היו 2 מדובבים שעשו זאת), ליצור חוסר אמון בעו"ד. בסופו של דבר יונתן אכן הודה! רצה להודות בפני חוקר מסוים, החוקר היה בתחנה אחרת, עורך הדין החדש הגיע ורצה להיפגש עם יונתן אך המשטרה לא הסכימה לו להיפגש איתו (אמרו לו שהוא בהליכי חקירה, יש מצבים שמותר למנוע מהעו"ד להיפגש עם הלקוח, אך זה לא היה המצב כאן!

הטענה המרכזית כאן היא שיש חציית גבולות ברורה. מדובב הוא כלי לגיטימי, כל עוד הוא לא מונע ממך לבחור האם לשתף פעולה או לא. כמובן שמדובב לא צריך להזהיר אותך, כי הוא מתחזה לחבר לתא ואתה משתף מרצונך. כשאתה מדבר מול חבר לתא אתה עצמאי להחליט האם לשתף או לא, אבל הוא לא יכול לפגום לך בזכות הבחירה וזכות להיוועצות. במקרה הזה ביהמ"ש אומר שאסור למדובב לנסות לתקוע טריז ולחצות את הקו ולערער בין הלקוח לעו"ד. מה שנעשה היה פגיעה בזכות להיוועצות, וההודאה שלו נפסלה בביהמ"ש.

הזיכוי היה אחרי שלא היה בין החיים. הוא היה אמור להעיד נגד שותפו, לאחר שמישהו הרעיל אותו. המחיר החברתי של הזיכוי הוא אפסי, אבל הרווחנו את הערך של הרתעה.

זוהי דוגמה ליישום של כלל הפסילה הפסיקתי, שהוביל לפסילת ההודאה של אלזם למדובב, תוך מחשבה שהמדובבים חצו את קו הגבול של עו"ד לקוח (אסור לתת עצות משפטיות, כי זה פוגע בזכות להיוועצות). בנוסף, יש כאן פיתוח של הלכה, שיוצרת קו גבול של מה מותר ומה אסור למדובבים.

בהמשך פותחו כללים נוספים:

* אסור למשטרה לתת תשלום אקסטרה על חילוץ הודאה, כדי לא לתת תמריץ שיפעל לרעה.
* אסור שמדובב יתודרך ע"י צוות החקירה, אלא ע"י צוות חיצוני. אנחנו לא רוצים שמדובב ידע יותר מדי פרטים מוכמנים, שאחרי זה יגרמו לפגימה בחקירה.
* אסור לאיים או להוציא הודאה כי החשוד פוחד לחייו (כי המדובב מציג את עצמו כראש ארגון פשע).

##### פס"ד אסף שי

מדובר באדם נורמטיבי, שנסע ברכבו (נהג משאית) במקום בו היה קו הפרדה לבן. רכב רצה לפנות שמאלה בקו מקווקו, הוא לא ראה אותו ונכנס בו בעוצמה. הוא גרם לתאונת שרשרת קשה, עם שני הרוגים.
אסף שי נחקר כחשוד תחת אזהרה, לא אמר שום דבר מיוחד או חריג, הייתה פסילה מנהלית של הרישיון. חודשיים אחרי הפסילה, הוא הגיע לדיון ביחס להחזרת הרישיון. לפני הדיון הזה פונה אליו החוקר ומבקש ממנו אחרי הדיון לבוא איתו לתחנת המשטרה, לשאול מספר שאלות. בשלב הזה אסף שי לא עצור, הגיע מרצונו (רק חשוד). החוקר בפתח קביעת ההודאה מזהיר את אסף שי שיש לו זכות שתיקה כלומר שהוא לא חייב לומר דבר, אבל הוא לא אומר לו שיש לו זכות היוועצות. אסף שי מבקש לא להמשיך את החקירה ללא היוועצות עם עוה"ד, אבל החוקר ממשיך בחקירה ואסף שי משתף פעולה. הוא מספר שהתרכז במפה, בשדות ובסיגריה.
בחלק הזה של ההודאה אסף שי מבסס הרשעה בעבירת הריגה. יש הבדל בין מוות ברשלות (3 שנות מאסר, יסוד נפשי רשלנות – אדם סביר בנעליו היה צריך לצפות) להריגה (20 שנות מאסר, יסוד נפשי פזיזות – קלות דעת ואדישות, שבשני המקרים אתה צפית שההתנהגות שלך יכולה להוביל לתוצאה הקטלנית שלא היה אכפת לך או שהיית יכול למנוע), והוא מביא הודאה שבה הוא מעיד שעשה דברים אחרים ולכן היסוד הנפשי הוא כזה שמאפשר האשמה בהריגה. הפרקליטות מבקשת להעמיד אותו לדין על בסיס הריגה, וזה מגיע לביהמ"ש העליון.

השאלה היא האם החוקר היה צריך להודיע לאסף של על זכות ההיוועצות בתחילת החקירה? ס' 34 וס' 33 לא רלוונטיים כי הוא לא עצור. אלו הס' העדכניים בחוק המעצרים, אין שום הודעה על זכות ההיוועצות לאדם שבחקירה תחת אזהרה. זה לא הגיוני.

חוק השיפוט הצבאי היה יותר מתוחכם, צריך להודיע על זכות ההיוועצות כשיש סיכוי סביר למעצר. הש' בייניש אומרת שהזכות קיימת כאשר אדם חשוד, גם אם הוא לא עצור. אבל בפס"ד בייניש היא לא הייתה צריכה להכריע בזה.
באסף שי היא כביכול חייבת להכריע בזה, וכאן הש' אומרת שהיא גם לא חייבת להכריע, כי אסף שי בעצמו ביקש עו"ד, לפני שהחוקר אמר לו את זה. לכן הש' מכריעה שבעניין זה נכיל את ס' 34, שם כתוב שאדם שביקש להתייעץ צריך לתת לו ייעוץ ללא דיחוי. אם עצור ביקש להיפגע עם עו"ד זה לא מחייב להפסיק את החקירה, אבל בפסיקה התקבע שהחוקר צריך להבהיר לו שיש זכות שתיקה והחשוד יכול לשתוק. לא חייב להפסיק, אבל הוא חייב לדעת שיש לו זכות שתיקה. בפס"ד הוכרע שכאשר חשוד מבקש להיפגש עם עו"ד, כל עוד עוה"ד מגיע בזמן סביר צריך לעצור את החקירה ולחכות לעו"ד.

אבל, יש נסיבות בהן עדיין צריך לעצור את החקירה, גם אם העו"ד לא יגיע בזמן סביר. היא לא יודעת מה הנסיבות, אבל כאן זה המקרה:

* אסף שי לא עצור
* מבקש להתייעץ עם עו"ד בתחילת ההודאה
* לא הייתה דחיפות לחקור אותו (כבר חודשיים עברו מהחקירה).

יש פגם בכך שלא עצרו את החקירה.
לכאורה אפשר להגיד שאסף שי ויתר מרצונו על הזכות, כי הוא דיבר. בטוח יש מחדל, לא יכול להיות שאתה מבקש עו"ד והייתה התעלמות מוחלטת. היא מגלה מה קרה דרך החקירה של אסף שי במחוזי- היה לחץ, החוקר הפעיל לחץ ואמר שלא כדאי להפסיק את החקירה כי בפעם הבאה תצטרך להפקיד ערבות, לבוא עם עו"ד וכד'. הוא לחץ עליו וברור שאי אפשר להגיד שיש כאן ויתור מרצון טוב וחופשי. יש כאן ניסיון להשפיע שלא כדין. לכן, בשורה התחתונה יש פגם שהוא לא הפסיק את החקירה מה ש:

* פגע פגיעה מהותית בזכות להיוועצות
* יש חשש לזדון
* לא מדובר בראיה בעלת קיום עצמאי (הודאה ורבלית)

פוסלים את ההודאה בגלל פגיעה בזכות להליך הוגן, ואסף שי זוכה.

בפס"ד אסף שי נקבע שלמרות שחוק המעצרים מדביק בין זכות ההיוועצות לסטטוס העצור, ביהמ"ש ניתק את הקשר הזה וקבע שהזכות להיוועצות צריכה להינתן לכל חשוד שנחקר במשטרה (בין אם הוא עצור ובין אם לאו).

ס' 34 לחוק המעצרים מביא נסיבות שמאפשרות לדחות את זכות ההיוועצות (ס' קטן ד, ה, ו).

##### הלכת הונצ'יאן 7479/07

האם כאשר חשוד נחקר במשטרה ומודיעים לו על זכות ההיוועצות, האם צריך להודיע לו שיש לו גם זכות לסנגור ציבורי? יש סיטואציות בהן החוק מאפשר לחשוד להנות מסנגוריה ציבורית על חשבון המדינה, מתי צריך להודיע על הזכות הזו?

כדי להבין את זה צריך לראות את הסתירה שקיימת בין שני ס' חוק:

* ס' 32 לחוק המעצרים- זכותו שתימסר הודעה על מעצרו, לאדם קרוב לו ולעורך-דין ואת זכותו להיפגש עם עורך-דין, הכל בכפוף להוראות סעיפים 34 עד 36; וכן את זכותו להיות מיוצג על ידי סניגור כאמור בסעיף 15 לחוק סדר הפלילי או לפי חוק הסניגוריה הציבורית;
* ס' 19 לחוק הסנגוריה הציבורית- הודעה לעצור על אפשרות מינוי סניגור ציבורי

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

(ב) בקשה למינוי סניגור ציבורי תועבר לסניגור ציבורי מחוזי בדרך שיקבע שר המשפטים.

במקרה זה אדם נעצר בשטח על עבירת רצח. הודיעו לו בשטח על זכות השתיקה (אם הוא יגיד בדרך דברים ושיהיה אפשר להשתמש בהם, מודיעים לו מראש על זכות השתיקה). הקצין הממונה צריך להחליט האם ממשיכים את המעצר או משחררים. לפי ס' 32 צריך להודיע על הזכות להיוועצות רק כאשר מחליטים להמשיך את המעצר. אבל, יש כאן פגם, שכן חוקרים אותו ורק אחרי מחליטים אם הוא נשאר במעצר. אם עוצרים אותו רק אחרי, עד אז לא חייב לאפשר לו את הזכות להיוועצות. המשטרה מבינה שהוראות החוק לא טובות, ולכן מחמירה עם עצמה ומודיעה על זכות ההיוועצות בתחילת החקירה.

אצל הונצ'יאן, בתחילת החקירה הודיעו לו על הזכות להיוועצות עם עו"ד, אבל רק בסוף החקירה מודיעים על הזכות לסנגור ציבורי. המשטרה מפרידה בין שני החלקים של ס' 32, באחד היא מחמירה עם עצמה ובשני היא מנצלת את הפגם.

לפי ס' 19 לחוק הסנגוריה הציבורית צריך להודיע לאדם על הזכות שלו בהקדם האפשרי. נוצרה כאן סתירה בין שני הסעיפים.

הש' רובינשטיין- בפס"ד אומר שזה דומה למצב שאני רוצה לקנות פורשה ב50 מיליון ₪, פורמאלית כל אדם יכול לקנות את הפורשה, אבל מעשית אין לנו את הכסף. אותו דבר כאן, מה עוזר שאתם מודיעים לו שיש לו זכות היוועצות אם אין לו את הפרוטה? (במיוחד שהוא עובד זר) כפי שאתם מחמירים עם עצמכם ומקדימים את ההודעה על עצם זכות ההיוועצות, תעשו את זה גם לגבי הודעה לזכות לסנגור ציבורי.

הוא הורשע בסופו של דבר, על סמך ראיות אחרות, אבל המשיכו כאן בפיתוח זכות ההיוועצות קרה גם כאן.

##### הלכת חייבטוב

פס"ד שחולל מהפכה גדולה, כי זו פעם ראשונה בה ביהמ"ש העליון פסל בגין פגם בזכות ההיוועצות וקבילות ראיה, שהובילה לזיכוי מרצח.

**עובדות**- מדובר על שוד שבוצע במועדון סנוקר, והשוד התפתח כך שאחד מעובדי הסנוקר נרצח במהלך השוד ולמשטרה לא היה קצה חוט על השוד והרצח. בעקבות מידע מודיעי המשטרה הגיעה לחייבטוב אחרי המון שנים. חייבטוב אסיר ל5 שנות מאסר על הצתת בית המגורים שלו בשדרות. המשטרה פותחת בחקירה סמויה ושמה מדובב בתאו למשך מספר שעות, יש לו מכשיר הקלטה ומנסה לחלץ מידע.

חייבטוב מוצא מהכלא, ועובר לתא המעצר. הסטטוס שלו עובר מאסיר לעצור, וזה חשוב. ברגע שהסטטוס משתנה כעצור הזכויות משתנות – צריך להודיע על סיבת המעצר, צריך להודיע על הזכות להיוועצות ותוך 24 שעות להביא אותך להארכת מעצר בפני שופט. המשטרה מתחילה בתרגילי חקירה, שהראשון שבהם הוא אשמת שווא (חשוד בהתפרעויות בשדרות). הם מנסים דרך חשדות אחרים לגרום לו לקשור את עצמו לאותו אירוע.

\*הפסיקה קובעת שמותר לשקר לחשוד, שקר וורבלי. לדוג': מותר להגיד לחשוד שהמתלוננת זיהתה אותו במסדר זיהוי. מותר לשקר בדברים מסוימים – שקר ורבלי, אבל אסור להתחיל לפברק וראיות אמיתיות (דפים וכד'). יש קולות בפסיקה בשנים האחרונות שגורמים לכך שגם שקר ורבלי יחשב בעייתי.

במקרה שלנו היה שקר ורבלי, אבל הבעיה התחילה כשהיו דרישות חוזרות לפגישה עם עו"ד והזכות לא ניתנה לו. לאחר התקדמות החקירה אמרו לו שהוא חשוד ברצח בסנוקר, הוא הכחיש וביקש להיוועץ עם עו"ד. אפילו ביקש להתקשר לעו"ד שייצג אותו בעבר, ככל הנראה אפילו לא התקשרו אליו. כל זה נעשה בזמן שבתא המעצר נמצא מדובב, שאומר לחייבטוב שיגיע לייצג אותו עו"ד פלדמן. לכל זה מאזינים החוקרים, הם יודעים שמבטיחים לו שיבוא עו"ד לייצג אותו אבל לא התערבו או עשו שום דבר. עד כדי כך, שחייבטוב צחק עם המדובב ואמר לו שאף אחד לא יבוא. בהארכת מעצר לא מגיע אף אחד מעוה"ד.

החוקרים עשו מה שהם יכולים למנוע את הפגישה, כי הם מבינים שזה עשוי למנוע ממנו לדבר עם המדובב. ביהמ"ש מאריך את המעצר, נוזף במשטרה, מציע עו"ד ציבורי והחשוד לא רוצה. ביהמ"ש מורה להביא לו עו"ד, גם זה לא קורה. אחרי כמה ימים הוא מודה ברצח בשדרות, ולאחר ההודאה הזו מגיע כתב אישום. במחוזי הוא מורשע (בלי ההודאה שלו אין מספיק ראיות להרשעה), וכמה ימים לפני נצפה חייבטוב עם המדובב כשהם עושים סמים קשים תחת השגחת המשטרה.
פגם נוסף, לפני שחייבטוב הודה לפני המדובב, המשטרה אמרה שייתנו לו (המדובב) הקלה בתיק שתלוי ועומד נגדו. כמו כן, לא היה תיעוד של התדרוכים של המדובב, כדי לוודא שאין מידע מוכמן שיאמר לאחר מכן לחשוד.

7 שנים אחרי שחייבטוב הורשע, התקיים הדיון בעליון. הדיון הזה הוביל לפסילת ההודאה לפי כלל הפסילה הפסיקתי.

**הש' שוהם**- מזכה אדם שהוא חושב שאשם, אבל הסנגורית חושבת שזו הודאת שווא. התוצאה היא זיכוי בכל מקרה, השאלה האם יש כאן זיכוי של אדם שלא ביצע את המעשה או אדם שמזכים בגלל ליקוי בזכות.

**הש' ברק ארז**- היה פגם שהוביל לחציית קו אדם, המשטרה אמורה להוביל לגילוי ראיות, ולא לבצע עבירות פליליות בעצמה. אם היא עושה עבירות בעצמה זה חוטא לתפקידה.

#### פסקי דין – הזכות להליך הוגן – חיפוש

##### פס"ד בן חיים

**עובדות**- שוטרים היו בסיור שגרתי ורואים את בן חיים ודורשים ממנו להזדהות. אין שום חדש סביר שקושר את בן חיים לביצוע עבירה, כך שנק' המוצא היא שמלכתחילה לא הייתה להם רשות לערוך חיפוש כלשהו (ולו המינימאלי ביותר, כך גם לא חיפוש על פני גופו שהוא לא פוגעני מאוד). הדין מעניק אפשרות לשוטרים לבצע חיפוש על פני הגוף, אבל "כרטיס הכניסה" להליך הזה הוא "חשד סביר לביצוע עבירה". לדוג': חשד שאני נושא נשק או סכין מאפשר לבצע חיפוש על פני הגוף.

בפס"ד עולות השאלות הבאות:

* האם החיפוש חוקי?
* האם הסכמה יכולה לכשיר חיפוש שנעשה בניגוד לדין?
* במידה ואכן נגיע למסקנה שהסכמה לא מכשירה חיפוש, האם נפסול את קבילות הראיה? כי קבלתה תפגע בזכות להליך הוגן באופן בלתי מידתי.

האם החיפוש חוקי? למרות שאצל בן חיים אין אפשרות לבצע חיפוש על פני הגוף, השוטרים מבצעים אותו בכל מקרה ומוצאים סכין. בנוסף הם רואים שיש לו עבר פלילי. העובדה שלאדם יש רישום פלילי לא יכולה להוות חשד סביר לביצוע העבירה. אם יש שוטר שרואה אנשים רצים אחרי מישהו ואומרים שראו את האדם גונב, זה חשד סביר לביצוע העבירה. חשד סביר לביצוע עבירה זה אובייקטיבי, ולא אינטואיציה/ תחושת בטן/ סתם חשק. אנחנו מדינה שיש אוטונומיה לכל אדם ואין לאפשר לשוטר לבוא ולחפש על הגוף של כל אדם. סכין זאת ראיה אובייקטיבית שעומדת על 2 רגליים עצמאיות, ראיה חפצית. השאלה האם בעקבות יששכרוב ניתן לפסול ראיה חפצית בגלל פגיעה בזכות החוקתית של החשוד להליך הוגן.
השגת הראיה היא תולדה של הפרת הדין/ הנוהל/ החוק, וקבלתה תיצור הליך בלתי הוגן.

האם ההסכמה יכולה לרפא את היעדר החוקיות? בן חיים הסכים לבצע את החיפוש לאחר ששאלו אותו.

**בייניש**- דעת הרוב. קובעת החלטה שמעוררת לא מעט שאלות. היא אומרת שככלל אפשר לרפא חיפוש לא חוקי בהסכמה, בתנאי שההסכמה מדעת. יש פערי כוחות אינהרנטיים בין השוטר לאדם שעומד מולו ופערי הכוחות כאלה שגם אם האדם מסכים צריך לוודא שההסכמה אמיתית. הש' אומרת שהיא חושבת שהסכמה שמבטאת את האוטונומיה של הרצון החופשי יכולה להכשיר חיפוש בניגוד לדין, אבל אנחנו רוצים לוודא שההסכמה מדעת. איך מוודאים את זה? השוטר חייב לומר לאדם שיש לו זכות לסרב לחיפוש והסירוב לא יפעל לחובתו. רק אז נדע שפערי הכוחות לא הובילו את האדם להסכים לחיפוש.

התגברות על עקרון חוקיות המנהל- רשות לא יכולה לפעול אלא אם יש לה הסמכה מפורשת בדין (בניגוד לפרט שיכול לעשות הכול אלא אם הדין אוסר עליו). לכן, כל פעולה של השוטר (פעולה מנהלית) צריכה להיות מגובה בחוק. מאיפה אנחנו יכולים לשאוב את ההסמכה בחוק של הסכמה מדעת? בייניש אומרת שאם זו הסכמה מהרצון החופשי שלך, זה כשלעצמו יש בזה ערך של האדם. ניתן להתגבר על עקרון חוקיות המנהל בתנאי שיש הסכמה מדעת, כי עקרון האוטונומיה גובר (יש בכך לכבד את עקרון האוטונומיה של האדם).

העמדה בעייתית, ויש מולה דעת מיעוט של הש' דנצינגר.

**דנציגר**- לדעתו אין בדין אפשרות ששוטר יבקש הסכמה לחיפוש, גם אם נעשה את כל הפרוצדורה שהנשיאה בייניש מציעה אי אפשר להיות בטוחים שההסכמה לא נובעת מפערי כוחות. חששות אלו עולים בעיקר כשמדובר באוכלוסייה מוחלשת.

**חמדה גור אריה**- בסילבוס יש מאמר של חמדה גור אריה, שלוקחת את דעתו של דנצינגר ומחזקת אותה. היא אומרת שהתוצאה של בייניש יכולה להוביל למדרון חלק. למה? איך נדע למה השוטר פנה לפלוני ולא לאלמוני בבקשה להסכמה מדעת? יכול להיות שהשוטרים יפנו לאנשים לפי שיקולים זרים של "פרופיילינג" (דעות קדומות וכד'). מנתקים את הנתונים האובייקטיבים של החוק וכל שוטר יכול לפעול לפי דעתו.

בייניש הסכימה שבמסגרת ההלכה לא ניתן לבצע חיפוש שהפגיעה שלו בפרט גדולה מחיפוש **על פני** הגוף. ההסכמה לא יכולה להכשיר חיפוש חודרני יותר, לכן יש לסייג את ההלכה רק לחיפוש על פני הגוף שהוא הרף התחתון של החיפושים.

האם פוסלים את הראיה החפצית? בשורה התחתונה בגלל שבמקרה הזה ההסכמה לא הייתה מדעת, ביהמ"ש העליון פוסל קבילות של ראיה לפי כלל הפסילה הפסיקתי כשזאת ראיה חפצית.

בשיעור הקודם אמרנו שראיה חפצית עלולה להיות שיקול נגד הפסילה (עומדת על שתי רגליים עצמאיות ואין חשש שתרחיק אותנו מהאמת העובדתית), במקרה הזה העליון אומר שיששכרוב יכולה להוביל לפסילת ראיות חפציות (למרות שזאת לא העבירה הכי קשה לכן אולי בגלל זה הם מסכימים לעשות זאת).
משמע, אנחנו מתרחקים מהאמת העובדתית ומתקרבים לאמת המשפטית.

יש כאן 2 מהלכים בפס"ד:

* פיתוח ההלכה שמדברת על הסכמה מדעת כתחליף להיעדר סמכות.
* לראשונה נפסלה ראייה חפצית.

##### פס"ד פרחי

**עובדות**- הייתה תקופה בה משטרת ישראל ניסתה לפענח רצח של עו"ד ענת פלינר, בשלב ההוא לא היה קצה חוט (בלי סיבה או מניע). מכוח סיבות שונות (כאן שיטת אלימינציה) המשטרה פנתה לאוכלוסיות שונות ולמרות שלא היו חשודים ברצח ביקשו את הסכמתם לבדיקת DNA. זה לא חיפוש בכלים/בתיקים אלא DNA. יש הוראה מפורשת בחוק החיפושים ס' 14 שעוסקת בחיפוש בגופו של אדם שאיננו חשוד. התנאים שצריכים להתקיים הם התנאים הבאים:

* הסכמה
* קשר האדם לעבירה הנחקרת, אבל לפי ס' קטן ב' צריך שאדם יסכים לביצוע החיפוש אחרי שגם יסבירו לו את מטרת החיפוש.
* א' רבתי אומר שלא תיערך השוואה בין הנתונים שנאספו במאגר, אלא רק לתיק הספציפי בשבילו לקחו את הDNA.
* ב' רבתי אומר שלא מכניסים את המידע הזה למאגר.

אם האדם חשוד אנחנו לא נוגעים בס' הזה בכלל.

משטרת ישראל פנתה לקבוצת מתנדבים גדולה, ביקשה את הסכמתם והתחייבה שהמידע יהיה רק לבדיקת הרצח של ענת פלינר. מר פרחי הסכים לתת דגימת רוק בעקבות ההבטחה, והחשד עליו ברצח של ענת פלינר נשלל.

במקביל משטרת ישראל מחפשת אנס שהשאיר DNA ב3 דגימות שונות. אותה חוקרת משפטית רואה את הצירוף של האנס, וזיהתה אותו כDNA של פרחי. אסור היה חוקרת לעשות את ההשוואה הזו, אבל היה כאן תו"ל מוחלט. מה עושים? התחייבו שלא עושים שימוש אחר בDNA, אבל יש אדם שחשוד ב3 זירות אונס.

ביקשו צו מעצר משופט בשלום, זה יחסית קל- במעצרים לפני הגשת כתב אישום, לצרכי חקירה, החוק כותב במפורש שניתן להתבסס על ראיות בלתי קבילות. הש' נותן צו מאסר ופרחי נעצר על בסיס DNA ראשון. הוא מוזמן לחקירה, מכחיש ועושים לו תרגיל חקירה. מוציאים אותו להפסקת סיגריה, ולוקחים את הבדל לבדיקת DNA, זה לא כפוף לדיני החיפושים והם יכולים להשתמש בו.

בינתיים המשטרה חושדת במר פרחי, פותחת בחקירה ואוספת ראיות כמו איכון הטלפון שלו בזירות השונות בזמן האונס, יש ראיות נוספות (הוא סירב להביא דגימת רוק, שזה יכול להביא חיזוק לראיות התביעה; אמירה שרוצה "לנקות את מצפונו" למרות שמעולם לא הודה). מצטברות ראיות עצמאיות שמוכיחות את אשמתו. כל הראיות האלה נגזרות, כלומר לא היינו מגיעים לפרחי אילו לא היינו מפרים את ההתחייבות של השוואת הDNA שנתן בהסכמה. האם אנחנו פוסלים את הראיות הנגזרות? זה מביא אותנו לשאלה של פירות העץ המורעל.

\*תורת פירות העץ המורעל- הדוקטרינה נולדה בארה"ב ואומרת דבר פשוט: אם החולייה הראשונה בשרשרת הושגה באופן לא חוקי אנחנו פוסלים את כל הראיות הנגזרות שהן תולדה של הראיה הראשונה, ככל שיש קשר סיבתי, גם אם לא נפל פגם בהשגת הראיות הנגזרות. כל ראיה נגזרת כשלעצמה הושגה באופן חוקי, אבל הטענה היא שהפגם בחוליה הראשונה דבק בעקיפין בכל הראיות האחרות.
נציין- באקדמיה קוראים לזה "ראיה הבאה בעבירה".

[\*כבר ביששכרוב השופטת חיות כותבת שלא מאמצים בישראל את דוקטרינת פירות העץ המורעל, בגלל שהבסיס העיוני של הלכת יששכרוב היא לא תכלית הרתעתית (לא רוצים לחנך את המשטרה– חינוך והרתעה) אלא התכלית העיקרית היא מודל מניעתי (מניעת פגיעה עתידית) אז אנחנו לא מאמצים בישראל את הדוקטרינה הזו.. כל חוליה בשרשרת תיבחן בפני עצמה לפי הפרמטרים של הלכת יששכרוב. הכרעה- ביהמ"ש מדבר על הפגיעה בזכות לפרטיות ובזכות להליך הוגן, איבוד היכולת של חזקת החפות וכד'.]

**אדמונד לוי**- אומר שהזיקה של הראיה של בדל הסיגריה הדוקה לפגם הראשון, לכן הוא פוסל גם את בדל הסיגריה. אבל, הוא לא פוסל את כל הראיות האחרות למרות שהן ראיות נגזרות שנולדו מאי החוקיות הראשונה. הוא מרשיע את פרחי על בסיס אמירות שונות, הסירוב להביא את דגימת הDNA והאיכון הטלפוני.

הש' אומר שכאשר יש ראיות נגזרות צריך להתקיים 2 תנאים מצטברים כדי לפסול את הראיה:

* קש"ס עובדתי בין הפגם הראשון שהוביל לראיה הראשונה, לראיה השנייה.
* קש"ס משפטי. לא מספיק שהראיה נולדה מהפגם הראשון, אלא גם קש"ס משפטי. משמע, משהו שמנתק את החומרה של הפגם הראשון, מהראיה הראשונה, לראיה האחרת.
דוג': חיפוש על אדם שאין חשד בו. במסגרת החקירה אני מוזהר שיש לי זכות שתיקה ומודיעים על זכות ההיוועצות. האדם נפגש עם עו"ד ובתום הפגישה אני נחקר ומודה בהחזקת הסכין. כאן יש ניתוק קשר משפטי- אחרי כל ההיוועצות והזכות לשתיקה החלטתי להודות, זה מנתק קש"ס משפטי. לעומת זאת, במקרה של בדל הסיגריה אין ניתוק קש"ס. נראה שצריך שהראיה תושג באופן עצמאי.

יש כאן קצת צביעות, למה בפרחי ניתקת הזיקה המשפטית באיכון ובאמירה? האיכון היה קיים במחשבים לפני, והאמירות במשטרה היו אחרי האזהרות וההתייעצות.

**הש' חיות**- לא מקבלת את ההבחנה של אדמונד לוי. לדעתה אכן קיימת זיקה בין הראיה הפסולה הראשונה לראיות שאחרי, כל הראיות הן תולדה של הפגם הראשוני. האם הזיקה הזו מכתימה את כל הראיות האחרות? למרות שקיימת זיקה אין מקום לפסילה. לדעתה המשחק הזה מלאכותי מדי, לה נראה כי אין מקום להבחין בין הראיות הנגזרות השונות כי מדובר באותה זיקה וכל הראיות לא היו באות לעולם.
הדוקטרינה של יששכרוב נותנת לביהמ"ש הרבה שק"ד וצריך לאזן בינה לבין ערכים אחרים (שלום הציבור, נפגעי עבירה, תו"ל השוטרת, חומרת העבירה וכד'). ההגינות צריכה להיות גם מול הקורבנות ולא רק אל מול הנאשם. אי החוקיות לא צריכה להשפיע על מהימנות הראיות הנגזרות, זה השיקול של ראיה העומדת על 2 רגליים. המחיר החברתי הרבה יותר גבוה מהתועלת, ולכן צריך להרשיע. היא מגיעה לאותה תוצאה, אבל לא פוסלת אף ראיה.

##### דיון נוסף שמש

**עובדות**- היו שתי תאונות רכבת קשות שהובילו להרוגים, שני דברים קרו: (1) המשטרה פתחה בחקירה פלילית (כדי לבדוק האם היו עבירות פליליות שהובילו לכך), (2) בנוסף רכבת ישראל פתחה בוועדת חקירה פנימית שמעלה עובדים לספר מה קרה שם. עובדי הרכבת התבקשו להעיד בוועדת החקירה הפנימית, ומי שסירב להעיד הסתכן בהליכי משמעת, פיטורין וכד'. העובדים שהעידו בוועדה לא התייעצו עם עו"ד, כי הועדה זה רק כדי להפיק לקחים. כדי שיהיה שת"פ מלא, הובטח לעובדים שהתשובות שיתנו לוועדה סודיות ולא יועברו לגורם חיצוני.
המשטרה פונה לרכבת ישראל ומבקשת את כל מה שהעובדים אמרו בוועדת חקירה הפנימית. רכבת ישראל כתאגיד מוותרת על הזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית, אבל הבעיה היא לא איתה אלא עם העובדים, היא הבטיחה שזה יישאר אצלה. אם חושפים את הפרטים פוגעים בזכות של העובדים להליך הוגן. משטרת ישראל גם יכולה לחקור בעצמה את העובדים, אבל היא עושה מעקף והולכת למקום הכי קל. גם אם המשטרה לא תרצה להגיש את הראיות במשפט, ברור שהעדויות יובילו לראיות המשך. זה יכול לשרת את המשטרה ודרכו היא יכולה להשיג ראיות נגזרות.

המשטרה פנתה לביהמ"ש לפי ס' 43 לפק' סד"פ מעצר וחיפוש, לפיו ביהמ"ש יכול לחייב את פלוני להביא מסמכים לחקירה. הפרשה הגיעה לביהמ"ש העליון בשני גלגולים.

בגלגול הראשון: **דנצינגר**-(דעת הרוב) אמר שמפעיל את כלל הפסילה הפסיקתי כבר בשלב הליך הביניים. ש' שלום שצריך להחליט האם לחייב את רכבת ישראל להביא את הראיות צריך לקחת בחשבון שזה עלול להוביל לפגיעה בזכות להליך הוגן. כלל הפסילה הפסיקתי נבחן בשלב הליך הביניים. לאור הפגיעה העתידית ש' שלום יכול למנוע את העברת הראיות כבר בשלב הליך הביניים.
**רובינשטיין** מסכים עם דנצינגר. הוא מוסיף ומדבר על המעמד הדו מהותי של רכבת ישראל, העובדה שהיא חברה ממשלתית והעובדים שינו את מצבם לרעה כתוצאה מההתחייבות. הוא השתמש בדוקטרינת הפרת ההבטחה המנהלית על הגוף הדו מהותי (למרות שהיא לא המדינה עצמה, בגלל שזו חברה גדולה בבעלות המדינה יש להחיל עליה דוקטרינה זו).

**אדמונד לוי**- מיעוט. הדיון בכלל הפסילה הפסיקתי לא יכול להיות בשלב הליך הביניים. הפגיעה בזכות להליך הוגן צריכה להיות רק בשלב המשפט. אי אפשר למנוע מהמשטרה לראות את ההודאות האלה. אם יוגש בעתיד כתב אישום, ואם בעתיד ירצו להשתמש בראיות במשפט כנגד אחרים. אז יקום עוה"ד ויתנגד ויגיד שאי אפשר לקיים את זה בגלל ההתחייבות. זה צריך להיעשות רק אחרי הגשת כתב האישום, אם יוגש, בדיון עצמו (ולא בהליך ביניים).

דיון נוסף: פסק הדין התהפך, אדמונד לוי הפך לדעת הרוב. בייניש ישבה בראש ההרכב.

**בייניש**- אומרת לדנצינגר שהוא "לא הבין" את מה שהיא התכוונה אליו ביששכרוב. אי אפשר להקדים את ההלכה הזו משלב המשפט לשלב החקירה. ההלכה נוגעת לפסילת ראיות בהליך העיקרי, במשפט עצמו, ורק ולשופט ההליך העיקרי תהיה את כל התמונה האם לפסול את הראיה או לא (חומרת העבירה, המעורבים וכד'). הש' בהליך ביניים לא יכול להפעיל את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, כי אין לו את כל המידע.

בנוסף, היא אומרת שהשופטים פס"ד הראשון יצרו חיסיון. הם הפכו את שאלת הקבילות לשאלת חיסיון. חיסיון הרבה יותר רחב מקבילות, החיסיון אומר שהמשטרה לא יכולה לחקור, הוא כלל שמונע מהרשות החוקרת (המשטרה) מלראות את הראיה. החיסיון נוצר בד"כ בחוק, אם יש אינטרס מספיק חשוב החקיקה יוצרת חיסיון שמונע מהמשטרה לעיין בראיה האסורה. קבילות היא אחרת לחלוטין. שאלת הקבילות היא שגם אם המשטרה ראתה ובחנה את הראיה, אפשר לטעון לחוסר קבילות לפי הלכת יששכרוב. משמע, אי אפשר להגיש את הראיה לביהמ"ש ואי אפשר להתבסס עליה בעת הכרעת הדין. חיסיון מונע מהמשטרה למצוא את הראיה.
בייניש אומרת שיצרנו חיסיון פסיקתי, זאת מניעה מהמשטרה לראות את הראיות בשלב החקירה. חיסיון זה משהו שאנחנו מצפים שהמחוקק יקבע, ורק במקרים מאוד חריגים ביהמ"ש קובע אותם (לדוג' חיסיון מקור עיתונאי). לחיסיון יש תכלית ציבורית תמיד! לכאורה אפשר לטעון כי יש תכלית ציבורית של חקר האמת. מי ירצה לשתף פעולה עם ועדות חקירה פנימיות אם הוא ידע שכל האמירות שלו הולכות למשטרה? אנחנו רוצים למנוע כשלים בעתיד. הש' בייניש אומרת שזה נכון, אבל המחוקק לא חשב ככה. למשטרה ולצבא יש הוראה ספציפית בחוק שיוצאת חיסיון, כך שאם אני אומר משהו לפני ועדת חקירה אי אפשר להראות את זה לרשות החוקרת. משמע, יש הסדר שלילי – המחוקק יצר חיסיון אצל הצבא והמשטרה, אז הוא לא רצה ליצור חיסיון לועדות חקירה אחרות.

לכן, ההחלטה נהפכה – ש' בהליך ביניים יחייב להביא את הראיות למשטרה, ולא בודקים את כלל הפסילה הפסיקתי בשלב זה.

אם מישהו נותן לחבר שלו ראיה והחבר הבטיח שלא יעביר את הראיה הזו הלאה. המשטרה מחייבת אותו להביא את הראיה לפי ס' 43. אם נפתח את הפתח בשלב החקירה לא להעביר ראיה למשטרה על סמך הבטחה המשטרה תיכנס למצבים של תחום אפור אנחנו לא רוצים לאפשר.

נראה שזה מאפשרת למשטרה להשתמש בראיות לא קבילות כדי להגיע לראיות קבילות.

#### פסקי דין – הזכות להליך הוגן – יישום כלל הפסילה הפסיקתי

##### פרשת יונתן אוריך

התחיל מהחלטה מעניינת ויצירתית של הש' אלרון, התגלגל להחלטה נוספת של העליון ולאחר מכן אושר דיון נוסף.

**עובדות**- ספטמבר 19 הודיע היועמ"ש על ההחלטה להגיש כתב אישום נגד רה"מ מכהן. אזרחי ישראל נדרשים להגיע לקלפי חצי שנה לפני הבחירות. כמה ימים לפני הבחירות מגיע עד במשפט נתניהו ואומר שחנה רכב ליד ביותו עם הקלטה "תחזור בך מתלונתך". משמע, הוגשה תלונה על הטרדת עד. נפתחה חקירה פלילית כש4 מיועצי רה"מ הם החשודים שזומנו לחקירה. לחוקרים אין צו חיפוש מבעוד מועד שמתיר לעיין בסלולרי של החשודים, לפי ס' 23א(ב) לפסד"פ. הטלפון הסלולרי הוא המקום בו יש את כל הסודות, ההיבטים הכי פרטיים של האדם, לכן חדירה לטלפון סלולרי מחייבת צו שיפוטי. השוטרים ביקשו מהחשודים את הסכמתם לעיין בטלפון הסלולרי שלהם, אבל הם לא אמרו להם שהם רשאים לסרב ואם יסרבו הסירוב לא ייזקף לחובתם.

הלכת בן חיים עסקה בחיפוש על פני הגוף. השאלה האם אפשר לעשות "העתק הדבק" לרציונל של הסכמה מדעת לחיפוש בטלפון סלולרי? החיפוש בסלולרי היא פגיעה גדולה ועולה השאלה אם ניתן להביא הסכמה מדעת. כביכול לא צריך להכריע בעניין זה, כי השוטרים לא אמרו לחשודים את החלק השני של הלכת בן חיים – להודיע להם שיכולים להתנגד וזה לא ייזקף לטובתם.

בשלב מסוים החשודים ראו שהמשטרה מתחילה לחטט בפלאפון, ואז אמרו שהם לא מוכנים יותר. בשלב הזה המשטרה פונה לביהמ"ש השלום לפי ס' 23א(ב) לפקודת סד"פ מעצר וחיפוש. המשטרה פעלה בניגוד לדין מלכתחילה (עצרו אותה כי הם לא מסכימים שיותר יחפשו בפלאפון), לאחר מכן הם הלכו בדרך המלך וביקשו צו, מה שהיו צריכים לעשות מלכתחילה.

האם יכול להיות שהבקשה לצו מבוססת על ראיות שהושגו בחיפוש הקודם שלא כדין? האם המשטרה יכולה להתבסס על הראיות שבינתיים אספה ועל בסיסן לבקש צו שיפוטי? האם כאן השופט אמור לתת את הצו לא להתייחס לצו הביניים הפסיקתי, כמו בשמש, ואז השופט בדיון עצמו יצטרך לדון בכלל הפסילה הפסיקתי?

שופט שלום נתן את הצו והחליט שהקבילות תינתן במשפט העיקרי. ערר למחוזי וערעור ברשות לעליון.

דיון 1 עליון- **הש' אלרון**- ביששכרוב כבר השיגו את הראיה ולכן התכלית של יששכרוב היא מניעתית. כאן כבר הייתה פגיעה ראשונה בפרטיות, אם השופט שלום נותן את הצו הוא יוצר פגיעה נוספת בפרטיות שכבר הייתה. יכול להיות שדווקא שופט השלום עם יכולת לצמצם את הפגיעה בכך שלא נותן את צו החיפוש.
דבר נוסף- שיטת המשטר שלנו סובלנית לראיות נגזרות, ודווקא הסבלנות הזאת צריכה לגרום לכך שהמשטרה וביהמ"ש בשלב החקירה המוקדמת יקפידו על קוצו של יוד בהליך החקירה. אחרת, אם הש' ייתן את הצו זה יוביל לראיות נגזרות ויובילו לראיות נוספות וכן הלאה והנתק המשפטי יהיה חזק. דווקא בגלל שאין דוקטרינה של פירות העץ המוגבל, ביהמ"ש בעיקר כשהוא מעורב, צריך להקפיד על הליכי החקירה המוקדמים.

הש' יוצר קונטרוקציה חדשה:

* שלב 1- לבחון האם יש זיקה בין המידע שאותר בחיפוש המוקדם והלא חוקי לבין התשתית העובדתית שעל בסיסה מבוקש הצו. אם אין זיקה, אין בעיה. אם פונים לבקשה לצו שכל הראיות לא קשורות לאי חוקיות הקודמת – אין בעיה. אבל אם יש זיקה – צריך לעבור לשלב הבא.
* שלב 2- לבחון האם יש נסיבות מיוחדות שמצדיקות את מתן הצו בהליך ביניים למרות החיפוש המוקדם הלא חוקי. צריך לבחון המון שיקולים, שדומים להלכת יששכרוב (חומרת הפגם; חומרת החשדות בגינם הוגשה הבקשה למתן צו חיפוש – כמו ביששכרוב פועל לשני הכיוונים; כמה נחוץ להמשך החקירה; מה זיקת בעל המחשב לחשדות; האם זו מדיניות או טעות – האם חיפוש מוקדם שבוצע שלא כדין נעשה ביוזמה עצמאית של חוקר, או ביטוי למדיניות ברורה ועקבית של רשויות החקירה).

השופט שולח את התיק חזרה לשלום כדי שיבדוק האם יש זיקה בין הראיות עליהן מבוססת הבקשה לחיפוש הראשוני הלא חוקי, כי בעיניו החומרה של המעשה קשה.

המשמעות של הלכה זו לא פשוטה, כי המסר של ביהמ"ש העליון הוא לא רק שהמטרה לא מקדשת את כל האמצעים, לפעמים האמצעים הלא חוקיים יכולים להרוס את המטרה. שופט השלום יכול לשים "ברקס" ולא תוכלו להמשיך לחקור. משדרים מסר חינוכי הרתעתי, למרות שאמרנו שהיא לא בלב הלכת יששכרוב. פתחנו פתח לשופט בהליך ביניים "לתקוע" את החקירה, זה שיכול להוביל לכך שלא נגיע לאמת העובדתית.

**מאמר של אסף הראל וחמדה גור אריה**- המרצים טוענים שעל אף שהש' אלרון מנסה לשכנע אותנו שההלכה שלו לא הופכת את הלכת שמש, דה פקטו ההחלטה שלו הופכת את ההלכה של שמש (דיון נוסף עם 3 שופטים). בשמש השאלה הייתה אם שופט ביניים יכול לבחון את כלל הפסילה ההלכתי. שמש ואוריך לא אותו דבר בדיוק, כי בשמש לא היה פגם כל כך נוראי של המשטרה. המשטרה לא התחייבה לעובדים לחיסיון, אלא היא רצתה לעשות לעצמה דרך קלה ועקיפה (ניסו להשיג את הראיות דרך פגיעה בזכות להליך הוגן) אבל היא לא ביצעה פגם של המשטרה. במקרה שלנו בארליך ברור שהיה פגם של השוטרים.

בשמש הש' בייניש אומרת שהיא לא יודעת מה יהיה במצב של הפרה ברורה ומובהקת של הזכות להליך הוגן. היא לא צריכה להכריע בזה כי אין זה עניינו של הפס"ד. זו שאלה לא פשוטה.
הש' ארבל (הצטרפה לבייניש בדעת הרוב) אומרת שבזמן החקירה צריך לתת למשטרה כמה שיותר אפשרות לחשוף ראיות.
הש' דנצינגר- צדק מאוחר הוא לא צדק, לכן כבר בשמש הוא אומר שלשופט בהליך ביניים צריכה להיות לו יכולת לעצור את החקירה ובכך לשלול את האפשרות לראיות הנגזרות.

דעת המיעוט של דנצינגר זה בדיוק מה שאומר הש' אלרון באוריך. הוא אומר שאם נאפשר למשטרה לקבל את הצו אנחנו מכשירים את הדרך לקבל את הראיות הנגזרות. דה פקטו השופט אלרון הופך את הדיון הנוסף של שמש, ניתן לראות את זה בהשוואת הדברים של הש' אלרון לדברים של הש' דנצינגר.

דיון 2 בעליון- **הש' סולברג**- מבין את הרציונל של אלרון, אבל מציע קונסטרוקציה מעניינת – יכול להיות שלשופט יהיה קשה לדעת האם לפסול או לא את הראיה. לכן אפשר שהש' בהליך הביניים ייתן את הצו, אבל בדיון המרכזי הש' יצטרך להכריע האם היה צריך להביא את הצו או לא בנעליו של השופט בהליך הביניים. אם לא – צריך לפסול את כל הראיות שנוצרו מהראיה הלא כשרה (פירות העץ המורעל). משמע החלטה רטרואקטיבית.

**הש' מלצר**- אפשר להפעיל את דוקטרינת ההגנה מהצדק.

**הש' קרא**- צריך לחזור לשמש.

דיון 3 בעליון- זה הוביל לדיון נוסף שהתקיים ומחכים להכרעה. **ההכרעה התקבלה בסוף הקורס!**

אם נקבל את העמדה של אלרון יש מופע חדש של דוקטרינת העץ המורעל. למה? הוא אומר ששופט ביניים יוכל למנוע מהמשטרה לבקש את הצו רק בגלל שהראיה שבעקבותיה מבצעים את החקירה לא חוקית. זאת דוקטרינת העץ המורעל משודרגת – בעצם זה שאני מונע נתינת צו, אנחנו מונעים מהמשטרה לקבל ראיות נגזרות ולכן זה מופע של פירות העץ המורעל בישראל.

**מסוף השנה**: אתמול הכריעו בפס"ד יונתן אוריך, שניתן ע"י 9 שופטים. הוא שלח פסקאות במייל, והן פסקאות מחייבות. אנחנו צריכים לקרוא ולהפנים אותן, הן קשורות לדיונים שונים בשיעורים. פסה"ד עוסק גם בשאלות פרוצדורליות שלא דיברנו עליהן (בקשה לצו במעמד של מי, ערר ברשות או בזכות וכד') – אותן לא צריך לדעת. נדון על נושא אחד באופן משמעותי יותר.

**הש' חיות**- דעת רוב. הנשיאה חיות אומרת כי בשלב הביניים ההכרעה השיפוטית צריכה לדון בשאלה האם ביהמ"ש יכול לתת למשטרה צו לבצע פעולות חקירה נוספות, למרות החיפוש הבלתי חוקי הקודם.

הבחנה חשובה- לא מדובר בקבילות, אלא האם אפשר לאפשר חיפוש נוסף כשהבקשה מבוססת על חיפוש קודם לא חוקי.

כל מה שקשור לסוגיית הקבילות אנחנו דוחים לשלב העמדה לדין, והיא מזכירה שהמודל של כלל הפסילה הפסיקתי (יששכרוב) נועד למנוע פגיעה עתידית באמון הציבור מקבלת הראיה – מודל מניעתי. המודל המתקן (לא הרציונל של יששכרוב) נדחה (לא מתקנים את הפגיעה שהייתה), וגם המודל ההרתעתי הוא לא העיקרי כאן.

כשביהמ"ש דן בשאלה האם לתת צו, ההכרעה שלו היא נקודתית. נתינת צו חיפוש לא מכשירה פעולות שנעשו לפני. כלומר, הפעילויות הבלתי חוקיות שנעשו לפני הצו לא יהפכו להיות חוקיות. כמו כן, זה לא ישפיע על הדיון בתיק העיקרי לאחר מכן. אי אפשר לומר שברגע שנותנים צו מאשרים את הפעולות הלא חוקיות (היא לא מקבלת את העמדה של ד"ר הראל וחמדה גור אריה במאמר).

ביהמ"ש לא אמור להכריע בשאלת הקבילות בהליך ביניים, אבל זה לא אומר שהפגמים הקודמים לא יהוו שיקול לביהמ"ש האם לתת את הצו או לא. לדעתה צריך לדבר על ההגינות, יש פערי כוחות וכד'. אי אפשר להתעלם מהפגמים בעת ההחלטה על הצו, וזה גם חשוב כדי להבטיח שלא תהיה פגיעה בפרטיות. אין כאן שום דבר חדש, בפס"ד פרץ מדובר על התחשבות בפגמים קודמים בנוגע למעצר. גם במעצרים כבר קבענו שבוחנים האם הפגמים ימנעו מעצר (פגם בזכות ההיוועצות או מעצר בלתי חוקי במקרה קודם), וזה יכול לפגוע בלגיטימיות. לכן ברור שגם פגמים קודמים הם שיקול האם לתת צו או לא.

יש הסכמה בין כולם – יהיה לזה השלכות (גם דעת הרוב מסכימה), אבל לא אמורים לדון בקבילות, אלא זה רק שיקול האם לתת צו או לא. השיקולים של השופט הם לא המבחנים של יששכרוב ולא הגנה מן הצדק, כי אנחנו לא עוסקים בקבילות (נראה מיד שאלו מבחנים מאוד דומים).

השיקולים הם (התנאים לבירור הנפקות בשלב הביניים הם שזה לא מורכב מדי, ואין בירור עובדתי מסובך מדי, אלו השיקולים):

* זיקה בין החיפוש הבלתי חוקי להגשת הבקשה לצו.
* האם כל המטרה של הבקשה היא הלבנת החומרים שהושגו בחיפוש הלא חוקי?
* חומרת הפגם (מה היה הפגם? זדון או תום לב? חלק ממדיניות קבועה?)

עם זאת, לא כל פעם שהבקשה מבוססת על חיפוש לא חוקי היא צריכה להידחות, זה צריך להיות רק במצבים קיצוניים (נסיבות חריגות ביותר שההתנהלות של הרשויות חריגה ויש בה משום פגיעה חמורה במיוחד בשלטון החוק). זה שיקול, אבל הרף גבוה מאוד. היא לא סוגרת לגמרי את הדלת, אלא משאירה צוהר קטן מאוד. רואים כאן שינוי אל מול העמדה של אלרון.

היא ממשיכה לבחון את ההשלכות של החיפוש הבלתי חוקי על ה**הליך העיקרי**. בהליך העיקרי ביהמ"ש לא כבול למה שהליך הביניים קבע. היא לא מקבלת את העמדה של סולברג שההליך העיקרי צריך לשים את עצמו בנעליים של השופט בהליך הביניים. אלא השופט בהליך העיקרי צריך לבחון את הדברים מנק' מבטו כיום. הוא לא אמור להיכנס לנעלי השופט בהליך ביניים. הדבר החושב ביותר לדעתה, אלו 2 שאלות שיש לבחון:

* בחינת אי החוקיות של ההליך הראשון לפי יששכרוב. כלומר, האם פוסלים את ההליך הבלתי חוקי הראשון.
* עולה שאלה מה עושים עם הראיות הנגזרות? לדעת חיות יש לבחון את שיקולי יששכרוב כל ראיה וראיה בנפרד (כל חוליה נפרדת), והיא מזכירה את פרחי (שם נאמר שאם יש ראיה נגזרת יש לבחון כל חוליה ע"פ (1) קשר סיבתי עובדתי (2) וקשר סיבתי משפטי). כלומר, אם יש ראיות נגזרות שהושגו אחרי הצו יש לבדוק לפי הלכת יששכרוב. נזכיר שאחת הסיבות שהש' אלרון רצה למנוע הבאת צו בהליך ביניים הייתה כדי למנוע כניסה של ראיות נגזרות אלה. בגלל שביהמ"ש סבלני לראיות נגזרות בהליך העיקרי, ולא תהיה בחינה משמעותית בהליך הביניים, התוצאה היא שהראיות הנגזרות ייכנסו כי ינותק הקשר הסיבתי המשפטי (בכך שהשופט אישר להביא צו). כך הן יכנסו להליך העיקרי. הש' חיות לא אומרת האם נתינת צו היא ניתוק קשר סיבתי משפטי, אלא רק שיש לבחון לפי יששכרוב.

ניתוח של המרצה: עצם העובדה שחיות השאירה פתח צר כל כך, זה אומר שיהיו ראיות נגזרות ויש סיכוי גדול לפי המבחנים של פרחי הראיות האלו יכנסו. הש' אלרון ניסה למנוע את זה, אבל זה המצב כיום לפי דעת הרוב.

**הש' אלרון**- הוא הרבה יותר נחרץ, וקובע כי צריך לבדוק כבר בחקירה ולבדוק שזה לא מכשיר פעולות בלתי חוקיות. אנחנו רוצים לוודא שרשויות החקירה לא עושות מסע "פישינג" כדי להשיג כל פיסת מידע (שולחים את החכה ומחכים שמשהו ייתפס).

תוצרי החיפוש המוקדם יכולים להיות לא קבילים, והוא חושש שהחיפוש המאוחר כן יתקבל למרות שזה עלול להביא לראיות נגזרות. דווקא בגלל שאין דוקטרינה של פירות העץ המורעל מצדיקה הקפדה על השלב המוקדם – שלב הביניים. הוא יודע מה הולך לקרות אחרי, ולכן הוא רוצה להיות הרבה יותר קפדן לפני שמגיעים להליך העיקרי. ביהמ"ש יכול לבדוק בשלב המוקדם, והוא מקבל את המאמר של המרצה וגור אריה.

לפיו אי החוקיות הקודמת עלולה להביא לדחיית הבקשה, והוא מנתח את המבחן הדו שלבי:

* זיקה (תו"ל חוקרים, כמה הפגיעה חמורה).
* נבחן האם בכל מקרה ניתן את הצו (חומרת הפגם, מידת נחיצות הצו, מדיניות או טעות, חומרת החשדות).

ההבדל בין אלרון לחיות (דעת הרוב) הוא איזה משקל יינתן לאי חוקיות. בגלל שאלרון מכניס את ההרתעה, הוא אומר שהחוקרים צריכים לדעת שהמטרה לא מקדשת את האמצעים (פגיעה בהליך הזכות הוגן וכן הלאה).

**הש' סולברג**- הוא מנסה להבחין בין שני מצבים. אם אי החוקיות קלה להבחנה נפסול בהליך ביניים, לעומת זאת אם אי החוקיות קשה נמשיך להליך העיקרי (אבל צריך שהשופט בדיון העיקרי יהיה בנעליו של הש' בהליך הביניים). הוא דומה לאלרון.

**הש' ברק ארז**- ממתנת את הנשיאה, אבל היא דוגלת בגישה פחות מצמצמת של שק"ד ביהמ"ש בהליך הביניים. היא חושבת צריך לבחון את הקבילות של אי החוקיות בהליך העיקרי, . אבל היא הייתה נמנעת מלהגדיר את המצבים של אי חוקיות כחריגים (זה תלוי באי החוקיות, חומרת הפגם וכד'). חשוב למנוע תמריץ לגורמי החקירה שלא ילבינו ראיה שהושגה באופן לא חוקי. היא מכניסה הרתעה, וחשוב לה ליצור תמריץ.

**הש' קרא**- הוא מזדהה עם הדעה הקודמת שלו. לא בודקים קבילות בצו ביניים, אלא רק בהליך עיקרי. רק במקרים חריגים (כמו חיות) זה יהיה שיקול בלעדי לא לתת את הצו. יש עוד כמה ניואנסים שצריך להתייחס אליהם ואין זמן לנתח אותם.

יש כאן רצף, שני קיצונים והמון דעות אמצע:



#### תזכיר חוק לתיקון פקודת הראיות

התזכיר מעגן את הלכת יששכרוב, אבל לצד החשיבות שיש לכך ישנם חוסרים לדעתו של המרצה.

##### סוגי הראיות

התזכיר חל על כל סוגי הראיות, וזה כתוב בו באופן ברור (לקבל ראיה, בכלל זה הודעה, חפץ או ראיה אחרת ס' 12א(ב)). משמע, גם ראיה חפצית שהמהימנות שלה לא במחלוקת נכנסת לתוך התזכיר. אין אבחנה בין סוגי הראיות, והמבחנים הם אותו דבר לכל סוגי הראיות.

##### הבדל בין סוגי ראיות

ס' 12א(ב)- התזכיר למעשה מקבל את עמדת הפסיקה באופן כזה שגם הודעה של עד, אם התקבלה שלא כדין, ניתן לפסול אותה. לא רק הודאה של נאשם, אלא גם הודעה של עד עלולה להיפסל.
יש מחלוקת בפסיקה לגבי הודעה של עד שהתקבלה שלא כדין האם צריך להצביע על פגיעה גדולה יותר מאשר פגיעה של נאשם. יש גישה שאומרת שאין הבדל, ויש גישה שאומרת שצריך היעדר חוקיות גדולה יותר. משמע, מבחני הפסילה יחולו על כל סוגי הראיות (הודאה/הודעה/ראיה חפצית).

##### עוצמת הפגיעה

איזה סוג פגיעה בזכות להליך הוגן צריכה להיות כדי לפגוע בהליך ההוגן? ביששכרוב צריך שתהיה פגיעה מהותית בזכות להליך הוגן, ולא כל פגיעה. כדי להפעיל את כל המבחנים הפגיעה צריכה להיות מהותית, גם בהגנה מן הצדק מדברים על פגיעה מהותית. אבל, בתזכיר החוק אין אזכור לפגיעה מהותית. לאור לחצים של המשטרה וגורמים נוספים בועדות הכנסת, יש הכנסה חוזרת של המילה "מהותית". אם התזכיר היה מתקבל כפי שהוא, יש אמירה ברורה של המחוקק שמסיטים את נק' האיזון מאינטרס ציבורי (של לחימה בפשיעה והגנה על קורבנות), אל פגיעה בקורבנות. גם הש' ארבל חשבה שצריך שזו תהיה פגיעה מהותית (בועדה שהיא מקיימת).

פס"ד לחמני: הש' עמית- הגיע העת שההליך הפלילי ישיל מעליו משקולות, ויעמוד ויחזיר למרכז הבמה את בדיקת האמת העובדתית. הוא אומר שיש הגזמה, כל הזמן עוסקים בשיח של זכויות ושכחנו את שיח הראיות. אם היינו משאירים את זה כפגיעה, ולא כפגיעה מהותית, היינו מסרבלים אפילו יותר את ההליך הפלילי. כל פגיעה, אפילו קטנה ביותר, הייתה פותחת דיונים על דיונים.

##### עמימות – שק"ד רחב לביהמ"ש

יש בתזכיר שק"ד רחב לביהמ"ש, ונוסחת האיזון עמומה מאוד. התזכיר הולך עקב בצד אגודל לצד הפסיקה, ומאפשר לביהמ"ש לפסול או לא את הראיה. הוא לא מפרט את קבוצות השיקולים שעל ביהמ"ש לפסוק, ומשאיר את זה כפסיקה. היו דעות שאמרו שצריך להכניס לתוך החוק את כל השיקולים. זה ישרת את הוודאות, היציבות, הבניית שק"ד המשטרה וכד'. כאן המחוקק הלך באופן ברור ואמר שהוא רוצה להשאיר לביהמ"ש יכולת לפתח את המבחנים בלי לכבול אותו לשיקולים שיכתבו בחוק.

המשנה ליועמ"ש (מוני למברגר)- בס' 12א(א) הוא אומר שמבחינתו כתביעה זכויות החשודים והנאשמים הם רק חלק מהאינטרס הציבורי. ההצעה של הפרקליטות הייתה במקום "בשים לב לאינטרס הציבורי ולחקר האמת בהגנה על שלום הציבור". כאן האינטרס הציבורי עמום ולא מספיק ברור.

##### פירות

המחוקק החליט לא להגיד מילה בעניין פירות העץ המורעל וראיות נגזרות. צריך לראות לא רק מה יש פה, אלא גם מה אין כאן. ביששכרוב בייניש אמרה שהדוקטרינה לא חלה בישראל, וכל ראיה תיבחן בצורה נפרדת.
בדברי ההסבר כתוב שיש תכלית הרתעתית. אז מצד אחד יש רמז לכך, אבל מצד שני אין שום דבר לגבי פירות העץ המורעל וראיות נגזרות. כך, נראה שנצטרך להמשיך לחיות עם הפסיקה.

##### עיתוי הפסילה – פסילה בהליכי ביניים

האם תיתכן פסילת ראיות גם בשלב החקירה בהליכי ביניים? זה נושא תלוי ועומד בדיון נוסף יונתן אוריך, האם פס"ד שמש ימשיך לעמוד?
המחוקק כבר מתכנס, יש מחלוקות וביהמ"ש העליון צריך לקבוע בכך בקרוב. המחוקק לא מתייחס לזה בכלל.

##### שיקול חומרת העבירה

אין אזכור לשיקול חומרת העבירה. בשנים האחרונות ביהמ"ש העליון קבע ששיקול חומרת העבירה לא יהווה שיקול מרכזי בפגיעה בהליך הוגן. השיקול הזה הוא השריד היחידי שיכול להגן על זכויות הקורבנות – כאשר יש לי עבירת קורבן חמורה, זה יגן עליו. אם הורדת את חומרת העבירה הורדת את ההגנה על הקורבנות, והמחוקק שותק לגבי עניין זה. בנוסף, הש' עמית מזכיר את זה בפסקי הדין שלו.

##### הליכים אזרחיים

כלל הפסילה חל גם בהליכים אזרחיים? לכאורה המחוקק הכריע "ביהמ"ש הדן במשפט פלילי". אבל מה קורה בהליכים אזרחיים? כלל הפסילה לא חל עליו?. לדוג': חברת הביטוח שולחת חוקר פרטי כדי לשלול את אמינות המבוטח. מהם הגבולות של חברת הביטוח? האם היא יכולה להגיש את הראיה הזו או שכלל הפסיקה חל גם כאן? המחוקק לכאורה הכריע וניתן לטעון שגם זה הסדר שלילי, אבל גם אפשר לטעון שזה לא סותר שימוש של כלל הפסילה בהליך אזרחי.

# זכויות חקירה

## למי ההסמכה לחקור

החקירה היא השלב הראשון בהליך הפלילי. בשלב הזה אוספים ראיות ועובדות. יש מספר גופים חוקרים כמו: הרשות לני"ע, מ"מ, וכן הלאה, אבל המשטרה היא הגוף החוקר המרכזי במדינת ישראל.
בחסד"פ (ס' 241) יש אפשרות לגופים אחרים לבצע הליכי חקירה, אבל הואיל וחקירה פוגעת בזכות לכבוד צריך אישור מפורש בחוק או ע"פ חוק מכוח הסמכה מפורשת.

ס' 58 כל אדם יכול להתלונן, לא רק הנפגע.

ס' 59 קובע שאם אדם התלונן המשטרה חייבת לפתוח בחקירה, למעט עבירות שאינן פשע (חטא או עוון). השק"ד נתון לקצין שיכול להחליט לא לחקור, או אם יש רשות אחרת שחוקרת ע"פ דין.
לכאורה, יוצא מהס' שמשטרה חייבת לחקור בעבירת פשע, אבל הפסיקה קבעה (פס"ד צדוק), שצריך חשד סביר לביצוע העבירה כדי לפתוח בחקירה. זוהי תשתית ראייתית מינימאלית. זהו כרטיס הכניסה לכל אקט של פגיעה בזכויות החשוד.

שיטת החקירה המובהקת היא תשאול: עד או תשאול, גלוי ראיות, האזנות סתר וכן הלאה.

בשלב החקירה התביעה ככלל לא מעורבת, אלא אם יש פרקליט מלווה (אלא אם זה תיק עם פרופיל גבוה וכד'). השאלה האם התביעה יכולה להורות למשטרה לפתוח בחקירה (לדוג' היועמ"ש)? כן. יש 3 מקורות עיגון עיקריים:

* היועמ"ש הוא ראש התביעה, לכן הם הוא מופקד על אכיפת החוק הוא צריך להיות מעורב בהליך הפלילי.
* ס' 64(א)(1) לחסד"פ- מתלונן ראשי להגיש ערר לפרקליטות על החלטת המשטרה לסגור תיק חקירה. אם הפרקליטות מעורבת בשלב הזה, היא יכולה להורות למשטרה לחקור. מכך למדים שאם הפרקליטות יכולה להורות לחקור בדיעבד, היא יכולה לעשות את זה גם מראש.
* ס' 61 לחסד"פ- השלמת חקירה- אחרי קבלת החומר אנחנו רואים שיש לתובע זכות להשלים חקירה. לפני העמדה לדין תובע יכול להפעיל את המשטרה. גם מהס' הזה אנחנו למדים שאם יש לו הזכות להורות על חקירה בדיעבד, הוא יכול לעשות זאת לכתחילה.

## בדיקה מקדימה

בדיקה מקדימה זהו מונח שלא מעוגן בחסד"פ, אבל הוא מאוד קריטי. המונח הזה מאפשר ליועמ"ש, לתביעה, לנקוט בהליך תרום חקירתי. כלומר, לפני שהיא מתחילה בחקירה לפתוח בחקירה מקדימה, כדי להעשיר את ארגז הכלים של המשטרה ולאפשר לה כלים טובים יותר להחליט האם לפתוח בחקירה – כן או לא. פתיחה בחקירה, הוא הליך שההשלכות הציבוריות שלו כבדות (ברמה האישית- ישפיע על התפקוד, וברמה הרישומית- מידע של פתיחת תיק שחשוף לגורמים מסוימים). נקיטה בהליך פלילי, ובהליך מקדים, כדי לבדוק האם התגבש התנאי המינימאלי של ביצוע חקירה.

משתמשים בהליך הזה כאשר אין חשד לביצוע עבירה, אבל יש עניין לבצע פעולות כדי לראות האם אנחנו רוצים לסגור את התיק או שאנחנו בודקים ומבססים את החשד הסביר שיוביל לפתיחה בחקירה.

##### הנחיית היועמ"ש העוסקת בבדיקה מקדימה (בסילבוס)

צריך לומר שגם סביב ההליך הזה התעורר לא מעט שיח ציבורי. נאמר שהבדיקה הגיעה בעיקר לאנשי ציבור, ולא לאחד האדם. לכן זה הגיע לעתירה של בג"ץ מה שהוביל לעיגון ההנחיה הברורה כפי שכתובה כיום.
היועמ"ש מפנה לס' 59 לחסד"פ ואומר שבדיקה מקדימה הוא הליך ביניים, כלי עזר, שבאמצעותו נאפשר למשטרה ולתביעה לגבש את התשתית הראייתית וההחלטה בשאלה אם יש או אין חשד סביר. זה כלי עזר כדי שתתקבל החלטה מושכלת האם לפתוח בחקירה. היועמ"ש מסביר שזה לא חייב להיות מעוגן בחוק, כי זו סמכות עזר של המשפט המנהלי והיא לא חייבת להיות מעוגנת בחוק אלא אם היא לא פוגעת בזכויות אדם. כאן זה לא פוגע בזכויות אדם, כי זה בא לא "ללכלך" את שמו ולפתוח לו תיק בלי ביסוס מספיק.

בדיקה מקדימה תעשה תמיד רק אם עדיין לא התגבש חשד סביר לביצוע העבירה. אין מצב בו גם אם זה יהיה נבחר ציבור וכד' יש חשד סביר, אבל נפתח בחקירה מקדימה. אם היינו מגיעים לרף לא היינו דנים בכך, הרי לשם כך פותחים את הבדיקה המקדימה. השיקולים המרכזיים של הנחיית היועמ"ש:

* עוצמת התשתית הראייתית ההתחלתית, אל מול חשיבות ציבורית במיצוי בירור המקרה- דווקא בגלל שאתה נבחר ציבור, צריך לבחון בצורה חמורה יותר ולראות האם מגיעים לחשד סביר. העובדה שאתה נבחר ציבור יכולה לפעול לרעתו של האדם.
* השלכות ציבוריות-תפקוד הכרוך בהחלטה על פתיחה בחקירה- בסיטואציה בה מדובר בשופט, או תפקיד ציבורי שפתיחה בחקירה יכולה להשפיע על תפקוד ציבורי, אבל מצב שני אין לי את החשד הסביר. אני רוצה לבצע פעולות מסוימות, ולהיזהר לא לפגוע בתפקודו של בעל התפקיד.
לדוג': שוטר שיש נגדו תלונה של אלימות. אנחנו לא רוצים להביא להרתעת יתר ששוטרים יפחדו לבצע את תפקידם, לכן מאפשרים במקרים כאלה בדיקה מקדימה.

שאין חשד סביר אין לפגוע בחירותו של אדם, לכן הפעולות שניתן לעשות במסגרת הבדיקה המקדימה מוגבלות כמו: אי אפשר לבצע חיפוש, אי אפשר לחקור באזהרה (לא חשוד), לא מבצעים פוליגרף, לא גובים ממנו גרסה. בהנחיה כתוב "אדם", כי הוא אפילו לא חשוד.

יש בג"ץ שעיגן את ההנחיה בפסיקה: פס"ד התנועה לאיכות השלטון נ' היועמ"ש 1396/02, יש פס"ד נוסף שדן בכך בסילבוס.

## חקירה

פק' הפרוצדורה הפנימית (עדות) מאפשרת לשוטרים לחקור.

ס' 2 לפק'- מנחה כי קצין משטרה יכול לחקור כל אדם (עד או חשוד). אם הוא חשוד, לאותו נחקר יש זכות שתיקה מוחלטת. אמנם לפי החוק (ס' 2(2)) יש זכות להימנע רק מפני הפללה עצמית, ולכן אין לו זכות שתיקה. אך הפסיקה שכללה זאת, כך שחשוד יכול לשתוק לחלוטין, אבל עד יכול להימנע מלדבר רק כאשר מדובר בהפללה עצמית.

בג"צ 100/99- עוסק בשאלה מהן גבולות החקירה של השב"כ במאמצים שלו לסיכול פיגועים. עדיין לא היה חוק השב"כ, והוא עסק בחוקיות שיטות החקירה, שכתובות במפורט בפס"ד (מניעת שינה מכוונת, איזוק בתנועת שב"ח, איזוק יתר, שיטת טלטולים וכן הלאה). בפס"ד עלו שתי שאלות:

**מאיפה יש לשב"כ סמכות לחקור?** הפס"ד ניתן ב99, לפני חוק השב"כ (שנכתב ב2002). המדינה ניסתה לטעון שיש לו לחקור מכוח הסמכות השיורית של הממשלה. זה הס' שאומר שהממשלה רשאית לעשות כל פעולה שאינה מוטלת בדין על רשות אחרת. בג"צ לא קיבל את הטענה הזו, כי לא ניתן לפגוע בזכות אדם ע"י הס'.
המדינה הביאה הסמכה שמית של חוקרי השב"כ שהשר אישר להם לבצע חקירות (לפי פק' הפרוצדורה הפנימית (עדות), ס' 2(1)).

**מה כוללת סמכות החקירה?** כל חקירה מעמידה נחקר במצב קשה. חקירה היא לא מו"מ אינטלקטואלי, אלא משחקי מוחות. לכן, השאלה מה מותר ומה אסור היא לא פשוטה.
ברק- על אמצעים ברוטליים חל איסור מוחלט, שלא נתון איזונים (כולל טלטולים). יש אמצעים נוספים (חקירה בשעות לילה מאוחרות, איזוק יתר, כיסוי עיניים וכד'), לגביהם אומר ברק שהאמצעים יותרו רק כאשר יהיו לצורך חקירתי אינהרנטי. אי אפשר בכוונה להעיר אותו מוקדם כדי להחליש את כוח ההתנגדות שלו, אבל אפשר אם יש סכנה ממשית או עניין דחוף. אסור לנקוט באמצעים כאלו כדי להשפיל, לשבור את הרוח או להגביר את כוח ההתנגדות.
המדינה אומרת לביהמ"ש העליון מה קורה כשיש פצצה מתקתקת? כאשר הנחקר יודע מידע קריטי. ברק אומר שצריך להראות מקור סמכות שיקנה לכם אפשרות לבצע את תרגילי החקירה מחוץ לדיני החקירה הרגילים.
המדינה אומרת שיש לה סמכות לבצע דברים כאלו ע"י חריג הצורך. אבל ברק אומר שהוא סייג לאחריות פלילית, ולכן הוא לא יכול לאפשר לך מראש לבצע פעולות לא חוקיות אלא רק בדיעבד.
גם אם יהיה חוק, הוא צריך לעמוד בפסקת ההגבלה. 22 שנה אחרי הבג"צ אין חוק כזה, ושב"כ נשען על חריג הצורך להליכי חקירה מיוחדים\*.
רובינשטיין (היועמ"ש באותה תקופה) הוציא הנחיות למתי ניתן לקבל אישור לביצוע חקירת צורך. יש כאן סתירה פנימית – אם אתה אומר בדיעבד, איך אתה נותן הוראות מראש לכך?. גם היום שיש חקירת צורך, המדינה לא נכנסת לגבול העינויים. הזכות נגד עינוים היא מוחלטת, והשאלה היא מהם עינויים. חקירת צורך היא לא עינויים לפי המדינה, אלא חקירה באמצעים מיוחדים שאין להם עניין.

\*ס' 18 לחוק השב"כ (שנחקק בהמשך) נותן הגנה לעובדי השירות ל"פעילות בתו"ל ובאופן סביר במסגרת תפקידו ולשם מינויו".

המשמעות של הבחינה בדיעבד מאוד קריטית, כי השאלה אם תועמד או לא לדין תלויה ביועץ. אם היועץ יעמיד אותך לדין אתה יכול לטעון לחריג הצורך במשפט, אבל זה לא מקור סמכות מראש.

## זכות השתיקה

נדון בזכות השתיקה ניתנת לחשוד, אל מול הזכות להימנע מהפללה עצמית שפחותה מזכות השתיקה וניתנת לעד. עד לא יכול למלא פיו מין בחקירה, אלא יכול לא להשיב לשאלות שעלולות להפלילו. למה הזכות של החשוד משודרגת? הוא יכול ליצור מיסוך בינו לבין החוקר.
בחוק אין היום עיגון לזהות השתיקה של החשוד, והיא מגיעה מהפסיקה בלבד. כל מה שיש היום בחוק היא הזכות להימנע מפני הפללה עצמית.

בגלל שאנחנו חיים בעידן של זכות השתיקה המוחלטת לחשודים. בפרשת גלעד שרון ביהמ"ש השאיר בצ"ע האם יש זכות שתיקה מוחלטת לחשוד.

#### הרציונליים לזכות השתיקה

בפס"ד אביעד שרון ביהמ"ש העליון עומד על 7 רציונליים לזכות השתיקה:

* **הגנה על החפים מפשע**

בנתהאם: "אם היו עבריינים מנסחים שיטה לפי אוות נפשם, האם לא היה הכלל הזה הראשון שהיו קובעים לביטחונם הם?" בנתהאם שואל למה הכלל הזה טוב לנו כחברה? למה אנחנו כחברה קובעים זכות שמשרתת את העבריינים ולא אותנו כחברה.
בנתהאם יוצא מתוך נקודת מוצא ברורה ש"חפות תדרוש את זכות הדיבור, כפי שאשמה תקרא לעזרתה את זכות השתיקה". נורא קל התחבר לטענה הזו- אם אתה חף מפשע תסביר, ואם לא אז אתה שותק. אבל זה לא פשוט כמו שזה נראה.

אחד הרציונליים הבסיסיים של זכות השתיקה, בניגוד לטענה של בנתהאם, שזכות השתיקה משרתת את החפים מפשע ולא את העבריינים. הראשון בניהם הוא שזכות השתיקה נועדה לחפים מפשע (למרות שגם עבריינים נהנים ממנה). היא נועדה למען אנשים שעלולים להודות במשהו שהם לא עשו בזמן חקירה. החקירה היא משחקי מוחות, יש תרגילים שמתבצעים כל הזמן, הלחץ הנפשי והפיזי כמו גם פערי הכוחות יכולים לגרום לאדם להודות בדבר שלא ביצע.
בשב"כ היה תחקיר על הליץ' של אנשים שהודו במעשיהם, למרות שבמצלמות רואים שזה לא הם. ככל שאתה יותר נורמטיבי, תהיה לך יותר נטייה לתפור על עצמם חשדות למרות שהם לא ביצעו (כי ישכנעו אותם שהם עשו משהו לא בסדר, מפגש עם החוק הוא מפחיד). אנחנו צריכים לעשות כל מה שאפשר כדי להימלט מהודאות שווא, לכן זכות השתיקה תאפשר להימנע מדיבור עם החוקר לפחות עד שעוה"ד יגיע.

* **טרילמה בלתי אפשרית**

אדם עומדת בפני טרילמה בלתי אפשרית- או לומר את האמת ולהפליל את עצמו, או לשקר, או לשתוק ולבצע עבירה פלילית (במקרה שאין זכות שתיקה). אנחנו לא מעוניינים להעמיד את החשוד בטרילמה הזאת.
אפשר לטעון שחשוד שלא אשם לא יעמוד בכלל בטרילמה הזאת.

* **השיטה האדוורסרית**

מדוע אתם מצפים מהחשוד למסור לתביעה הודאה, כשהיא זאת שצריכה להוכיח מעל לספק סביר.

* **חוסר אמון בהודאות מפלילות**כשאתה שותק אתה יוצק מיסוך בינך לבין החוקר, וכך נוכל לא לקבל הודאות מפלילות שפחות אמינות. ביקורת: אם אנחנו חושבים שהודאות מפלילות הן בעייתיות, אנחנו לא חייבים לקבל אותן. אי אפשר גם לקבל אותן וגם לנסות לצמצם אותן.
* **צמצום החשש לקבלת הודאה תוך שימוש באמצעים פסולים**מה הרציונל אומר? ברגע שחשוד שותק, הוא מוריד את הסיכוי להודאה באמצעים פסולים. הטיעון הזה גם הוא לא אהוב על המרצה, כי יש דרכים אחרות לפטור פחד משימוש באמצעים פסולים. לדוג': שימוש בצילום בחדר חקירה יפתור את הבעיה הזו.
* **פערי הכוחות בין המדינה לפרט**המדינה גדולה, יש לה הרבה כוח ואמצעים. זכות השתיקה היא כלי מאזן בין פערי הכוחות הגדולים בין השלטון לפרט.
* **ליברלי**לכל אדם יש זכות ל"פינה בלב" שהוא לא חייב לגלות כל דבר לציבור, זכות המחשבה של אדם היא מוחלטת כל עוד הוא לא מביא אותה לידי ביטוי חיצוני בעולם המעשה (הזכות המוחלטת היחיד שיש לנו). בעולם שאין לנו זכות שתיקה יש פגיעה קשה מאוד בחירות של הפרט, לתת סנקציה בגין אי דיבור! המרצה אומר שזה הרציונל הבסיסי והמרכזי ביותר.

אין הרבה זכויות מוחלטות, אבל אחת מהזכויות המוחלטות בשיטת המשפט היא הזכות כי המחשבה של כל אחד מאיתנו אישית ולא ניתן להאשים עליה (גם אם בעתיד נוכל לדעת מה אדם חושד). זה מתחיל להיות עבירה פלילית רק כאשר יש לזה ביטוי חיצוני.

הערת המרצה – אולי הגיע הזמן לעגן את זכות השתיקה בחוק.

#### המחירים

מה המשמעות של שתיקה במשטרה?

אם אני משלם על זה מחיר כבד, אז מה נשאר מהזכות? לכן חשוב לשאול מה המחיר של שתיקה במשטרה. אין סנקציות ישירות בגין שימוש בזכות שתיקה, אבל יש סנקציות עקיפות כואבות מאוד. עד כדי שאפשר לנהל דיון האם יש זכות שתיקה בישראל דה פקטו.

##### סנקציות של שתיקה במשטרה

* **עדות כבושה**

עדות כבושה= אנחנו מצפים מאדם שיאמר את גרסתו בהזדמנות הראשונה, שהייתה בחקירה. לכן, יש סיכוי גדול שביהמ"ש לא יאמין לך והמשקל שלה יהיה קרוב ל0.

גם אם שתקתי במשטרה, כל החקירות של חשוד אוטומטית מוצגות לביהמ"ש בהליך המשפטי נגדי. החוקר גובה ההודאה הוא העד המרכזי בתביעה. בישראל יש איסור על קבלת ראיה מסוג עדות מפי השמועה, ואחד הסייגים לכך הן אמירות בפני החוקר.
ביהמ"ש רואה ששתקתי. עד הגנה ראשי הוא הנאשם, והוא מחליט להביא גרסה מפורטת פעם ראשונה בפני ביהמ"ש. אם היינו התובעים, היינו טוענים למה לא דיברת במשטרה? גם אם הנאשם טוען שהוא סומך רק על השופט, זה לא יתקבל. אם הנאשם לא יצליח להסביר מדוע הוא שתק בצורה מוצדקת באמת, לעדות שלו תהיה משמעות קרובה ל0.

הזמן החקירה אין מולי את כל חומר החקירה, אלא רק עם הגשת כתב האישום. רק לאחר שראיתי את כל חומר הראיות, חיכיתי לראות את פרשת התביעה. אני יודע בדיוק מה יש תביעה, ורק אחרי ששמעתי הכול וזה מסתדר אני מתפנה להביא את גרסתי בצורה קוהרנטית וסדורה. סידרת את הגרסה אחרי ששמעת את כולם ולכן אין לה משמעות. רק אם יש סיבה טובה מספיק (רציתי להגן על בן משפחה, חששתי לחיי וכד'), אז יקבלו את התביעה.

אם שתקתי בחקירה הראשונה והשנייה, אבל בשלישית דיברתי, זו לא עדות כבושה!

* **התנהגות מפלילה**

אם יש מתלוננת בעבירות מין, מביאים אותו ואותה לעימות. היא מתיכה בפניו את כל האירועים שטוענת שהיא עשתה, והוא מסתכל על הקיר ושומר על זכות השתיקה. זאת התנהגות מפלילה. אנחנו מצפים מאדם שמותכות נגדו דברים מאוד קשים להגיב, ואם הוא לא עושה את זה היא יכולה לעיתים להיות בעלת נפקות ראייתית בפני עצמה.

מצפים מאדם שמטיחים נגדו דברים קשים שיסביר את עצמו. אם הוא לא אומר כלום יכולה להיות לזה נפקות ראייתית. ס' 28 לחוק המעצרים – שמיעת טענות העצור. הקצין הממונה על התחנה צריך להגיד לחשוד שאם ישתוק/לא יענה על שאלות שהתשובה לא אמורה להפליל אותו, זה עשוי לחזק את הראיות (סנקציה ראייתית של חיזוק).
לדעת המרצה הס' מנוסח גרוע. אם אתה רוצה להגיד ששתיקה=חיזוק, פשוט תגיד את זה בלי לתת לנו לנתח את זה מהחוק. החיזוק לכאורה חל רק במעצרים, ולא בכל חשוד.

יש סנקציה של חיזוק התנהגות מפלילה.

* **חזקת המסוכנות**

שתיקה יכולה לעלות לי כך שלא ניתן להפריך את טענת המסוכנות שיש נגדי. יש חזקת מסוכנות- כתוב בחוק שאם הואשמת בעבירה מסוימת, אתה מסוכן, אלא אם החשוד מפריך את זה. אם אני שותק במשטרה אני לא יכול להפריך את חזקת המסוכנות, אני איעצר אוטומטית עד תום ההליכים.

* **שימוש בשיטות חקירה ייחודיות למעצר**

המשטרה רוצה לנקוט בשיטות חקירה, בהן תהיה עצור, שלא הייתה יכולה לנקוט בהן אם האדם היה מדבר. לדוג': חוק המעצרים ס' 3 כתוב שניתן לעצור אדם כדי להשתמש עליו בשיטות חקירה מסוימות במעצר (כמו מדובב). כך יעצרו אותו – דבר שלא היה קורה אם היה מדבר.

זכות השתיקה לא מוחלטת. אני יכול לתת את זכות השתיקה, אבל זה לא מוחלט. זכות השתיקה לפי הפסיקה לא חלה כאשר המחוקק סייג אותה במפורש. לדוג': אם כתוב בחוק שאני מחויב להגיש מסמכים מסוימים, בעניין מסוים, לרשויות אני לא יכול לטעון לזכות השתיקה.

בנוסף, זכות השתיקה לא כוללת את הזכות להימנע משת"פ עם הליכי חקירה. לדוג': אני לא רוצה להתייצב למסדר זיהוי, או בדיקה רפואית. אם אני נמנע מהתייצבות מסדר זיהוי וכד' זאת התנהגות מפלילה בעלת ערך ראייתית בפני עצמה (ולא קשורה לזכות השתיקה).
**בפס"ד פרחי**- אחת מהראיות הייתה שהנאשם סירב לתת דגימת רוק.
\*יש מקרים בהם ניתן לקחת בדיקות מסוימות בכוח.

#### חקירה תחת אזהרה

איפה כתוב שצריך להזהיר את החשוד בחקירה? ואיפה כתוב תוכן האזהרה?

##### מה החובה כוללת

החובה אומרת שחוקר צריך להגיד מספר דברים:

* באיזו עבירה הוא חשוד
* לא חייב לומר דבר
* כל דבר שהוא יאמר עלול לשמש נגדו.

##### עיגון בחוק

חובת האזהרה מעוגנת בתקנות השופטים, שנקלטו אצלנו דרך סימן 46, באנגליה הם לא בתוקף אבל אצלנו עיגון חובת האזהרה שם. היינו מצפים שהדבר הבסיסי הזה יהיה מעוגן בחוק. המקום היחידי שניתן אולי להיעזר בו כדי לבסס את חובת האזהרה בחוק הוא ס' 28. הסיטואציה היא שאדם עצור בשטח, מובא לתחנה, וצריך להחליט האם להמשיך את המעצר. שם החוקר צריך להזהיר לפי התנאים שאמרנו למעלה.

רוב החקירות נעשות בישראל כשהאדם לא עצור, לכן בעיה שהחוק מצמיד את חובת האזהרה למעצרים בלבד. חובת האזהרה נדרשת לחשוד לפני שהוא מחליט אם לדבר או לא, לפני שהוא בכלל חשוד.
יש תזכיר חוק שמתקם גם את זה, וזהו המצב נכון להיום כל עוד התזכיר לא יקודם.

#### עד שהופך לחשוד

מה קורה אם אדם נחקר כעד, ותו"כ חקירה הוא נעשה חשוד בביצוע עבירה? צריך לעצור את החקירה, ולהזהיר אותו. למה זה חשוב?

* **סטטוס משתנה**- שהאדם ידע מתי הסטטוס שלו משתנה
* **זכות השתיקה**- האדם ידע מתי הוא יכול לשתוק. לעד אין זכות שתיקה, לפי ס' 2 לפק' הפרוצדורה הוא חייב לענות אלא אם התשובה עלולה להפלילו.
פס"ד אלמליח- פסה"ד עסק בסיטואציה של עד, שבשלב מסוים הרגיש לפי המצג של השוטרים הוא נהיה חשוד. אלמליח שתק, והשאלה הייתה האם זה מותר לו? ביהמ"ש העליון אומר שהפרמטר החשוב לקבוע אם יש זכות שתיקה הוא לא המעמד הפורמאלי, אלא המצג שהמשטרה מראה לך. גם אם המשטרה לא אמרה על זכות השתיקה, לעד יכולה להיות זכות השתיקה. למשטרה אסור לשחק בכך כרשות ציבורית, לכן כל חשד שיש מעבר סטטוס צריך לעצור חקירה ולתת אזהרה.
* **סיכון בפסילת הודאה**- אם המשטרה לא תזהיר את החשוד, הוא יטען שצריך לפסול את ההודאה הזו לפי ס' 12 (כי הוא נתן אותה ללא רצון חופשי) או לפי כלל הפסילה הפסיקתי.

באמצעות הכלי של האזהרה אנחנו יכולים לדעת האם ההודאה הייתה מרצון חופשי, ואם היא הייתה בהסכמה מדעת.
\*כפי שראינו זה חשוב גם לנאשם וגם למשטרה.

##### האם חובת האזהרה היא זכות חוקתית?

האם תמיד אפשר לפסול את ההודאה, כך שאם לא הייתה אזהרה נפגעה זכות חוקתית של החשוד? הזכות החוקתית היא הזכות להליך הוגן, היא מרחפת מעל הזכויות האחרות הנגזרות ממנה, וניזונה מהזכות לכבה"א. חובת האזהרה היא לא זכות חוקתית, אלא היא הכלי/האמצעי שבאמצעותו החשוד אמור לדעת על זכות השתיקה שלו. יחד עם זאת, יש סיכוי גבוה שאם אדם לא אוזהר הודאתו תיפסל בגלל הטעמים המהותיים שדיברנו עליהם (הודאה שלא מרצון חופשי, פגיעה בהליך ההוגן).

יכול להיות מקרה בו החשוד נחקר במשטרה (הוא סטודנט, עו"ד, או נמצא המון בחקירות). החוקר לא הזהיר אותו, אבל ההודאה לא תיפסל. למה? אין קשר סיבתי בין הפגם, לפגיעה בהליך הוגן. זו דוגמה שלא הוזהרתי, אבל לא בהכרח ההודאה תיפסל.

**אזהרה היא לא זכות חוקתית, אלא רק אמצעי לוודא שאתה מדבר מתוך רצון טוב וחופשי!** זה אחד האמצעים החשובים ביותר לוודא שאתה מכיר את הזכות להליך הוגן.

#### הזכות להימנע מהפללה עצמית

##### עיגון בחוק

פק' הראיות, ס' 47 – ראיות מפלילות.

47. (א)  אין אדם חייב למסור ראיה אם יש בה הודיה בעובדה שהיא יסוד מיסודותיה של עבירה שהוא מואשם בה או עשוי להיות מואשם בה. כבר מס' 47(א) יש זכות חיסיון מפני הפללה עצמית. זכות לא למסור ראיה אם היא עלולה להפליל אותך.

##### תנאי הזכות

* ראיה וירבלית וראייה מכל סוג אחר.
* הימנעות מהפללה בביהמ"ש ובחקירה במשטרה.
* ניתן להשתמש בראיות נגזרות

52.  הוראות פרק זה יחולו הן על מסירת ראיות בפני בית משפט ובית דין והן על מסירתן בפני רשות, גוף או אדם המוסמכים על פי הדין לגבות ראיות; ובמקום שמדובר בפרק זה ב"בית משפט" - גם בית דין, גוף או אדם כאמור במשמע.

לפי ס' 52 למדים שס' חל על חקירה במשטרה וגם על עדות בבימ"ש.

הראיה היא גם ראיה ורבלית, וגם ראיה מכל סוג אחר (מסמך, מוצג שמעיד על עצם קיומו וכד').

47. (ב)  ביקש אדם להימנע ממסירת ראיה מחמת שהיא עשויה להפלילו כאמור בסעיף קטן (א) ובית המשפט דחה את הבקשה והראיה נמסרה, לא תוגש הראיה נגד אותו אדם במשפט שבו הוא מואשם בשל העבירה שהעובדה המתגלית מן הראיה היא יסוד מיסודותיה, אלא אם הסכים לכך. בס' 47(ב) יש כאן סוג של כרסום בזכות להימנע מהפללה עצמית, כי יש מנגנון שביהמ"ש יכול לחייב אותה להפקיד ראיה שתפליל אותך. כל זה בתנאי שיהיה חסיון שימוש – אי אפשר יהיה להשתמש נגדך באותה ראיה. למה זה מכרם בזכות להימנע מהפללה עצמית? אי אפשר להשתמש בראיה עצמה, אבל לא כתוב שאי אפשר להשתמש מראיות נגזרות כנגדי. הראיה הזו תוביל את המשטרה לכיווני חקירה חדשים, שיובילו לראיות נגזרות שניתן לעשות בכך שימוש נגדי.

 (ג)   נאשם שבחר להעיד במשפטו כעד הסניגוריה, לא יחול עליו סעיף זה לגבי העבירה שהוא מואשם בה באותו משפט. אם בחרתי להעיד כעד הגנה אני לא יכול לסרב לענות לשאלה בחקירה נגדית רק בגלל שהתשובה תפליל אותי.

##### מסמך פרטי וציבורי

החל מפס"ד לגזיאל והילך, ביהמ"ש יוצר הבחנה בין מסמך ציבורי לפרטי. אין הגדרה לפרטי או ציבורי בחוק, אבל הכוונה היא כזו:

* מסמך פרטי- אדם כותב לעצמו בלי חובה חוקית (יומן, מכתב וכד').
* מסמך ציבורי- בניגוד למסמך פרטי, זה מסמך שאני מחויב ע"פ דין לכתוב, או שיש נגישות לציבור, וכד'.

הפסיקה אמרה שהחיסיון מפני הפללה עצמית, חל רק על מסמכים פרטיים. כלומר, מסמך שאין חובה לו חובה חוקית ומגלם את האוטונומיה של הפרט אנחנו לא נכריח להפקיד את הראיה. מסמך פרטי הוא חלק מהפרטיות שלך, לעומת מסמך ציבורי שהוא לא חלק ממך באופן אישי.

**פס"ד לגזיאל**- התביעה הגישה כתב אישום, ומסיבה כזו או אחרת חומר החקירה אבד לתביעה. להגנה היה את חומר החקירה, בגלל ס' 74 לחסד"פ (צילמו אחרי הגשת כתב האישום). הנאשם לא רצה לספק להם את הראיות להפללה עצמית, אבל הטענה נדחית בין היתר כי ההפללה עצמית הם לא על מסמכים ציבוריים. המדינה אספה את החומר, ולכן הוא ציבורי וצריך לאפשר לה לקבל אותו.

##### צו חיפוש מול הפללה עצמית

כשיש צו חיפוש בחצרים, גם אם אני נמצא או לא יש כללים שצריכים להתקיים כדי לבצע חיפוש. בהנחה שאני נמצא בביתי בזמן חיפוש של חפצים, או כל דבר אחר, בגלל צו חיפוש, ברור שזכות החיסיון בעניין הזה לא חלה. לא מבקשים את שיתוף הפעולה שלי, מחפשים אצלי בלי אישור שלי. המשטרה במקרה כזה יכולה לקחת את המסמכים האלו. החשוד לא הביא את הראיות, אלא זה מכוח צו.

הימנעות מהפללה עצמית היא במקרה שאין צו חיפוש, או שצו החיפוש לא יעבוד כי המשטרה לא יודעת איפה המסמך. במקרים כאלו חוזרים לס' 47(ב), שמאפשר הגנה.

#### זכות השתיקה על מסמכים

**פרשת גלעד שרון**- גלעד שלום היה חשוד בעבירה מסוימת וגר עם אביו בחוות השקמים. למשטרה והפרקליטות היה קושי להוציא צו חיפוש לדירה של גלעד שלום (כי יש חיסיון של ח"כ). לכן, המדינה פנתה לפי ס' 43 לפק' סד"פ (מעצר וחיפוש):

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

גלעד שרון קיבל זימון להגיע לדיון בעניין ס' 43, והוא אמר שלחשוד יש זכות שתיקה מוחלטת. אותו דבר הוא טוען שהוא יכול להתעלם מהצו, יש לו זכות שתיקה מוחלטת. השאלה המשפטית המזוככת היא- **האם הרציונל שבגינו הרחבנו את הזכות לזכות שתיקה מוחלטת חל רק על עדות ורבלית או גם על מסמכים?** ביהמ"ש קובע בצורה חד משמעית שאין זכות שתיקה מוחלטת ביחס למסמכים. הרציונל בגינו הרחבתי את זכות השתיקה על עדות ורבלית לא רלוונטי במסמכים. ביהמ"ש אומר שהרציונלים של זכות השתיקה (חשש להפללה עצמית כי אין היוועצות עם עו"ד בזמן החקירה וכד') לא רלוונטיים.

* החשוד יכול לבוא עם עו"ד (ולכן הרציונל של לשמור על החשוד שלא יגיד דברים שלא במקומם לא קיים)
* לעניין החשד שהחוקר נמצא לבד מול החשוד, זה לא קיים. מסמך הוא ראיה אובייקטיבית ואין לה אופי של עדות. אין חשש שהשוטרים ינסו להגיע לנבכי תודעתו של החשוד.
* החשש מפני הודאת שווא- זה היה נימוק עיקרי לזכות שתיקה, אבל כאן הוא לא רלוונטי. כאן הראיה קיימת ויש אפשרות (במיוחד במסמכים ציבוריים) להתחקות אחרי הנאמנות של המסמך.
* אנחנו לא רוצים להגיד לחשוד שהוא חייב לדבר- זה לא קיים גם כאן המסמך קיים, ולא צריך ליצור יש מאין. שיתוף הפעולה הנדרש הוא מינימאלי. המצאת מסמכים בהתאם לצו דומה לחיפוש בחצרים יותר ממסירת עדות ורבלית.

בשורה התחתונה מכל הסיבות הללו ביהמ"ש אומר לגלעד שרון שאין לו זכות שתיקה מוחלטת, הוא לא יכול להתעלם מהצו.

זה מחזיר אותנו לס' 47 לפק' הראיות: לגבי מסמכים שלא עלולים להפליל אותך, תמסור. אם המסמך עלול להפליל אותך והוא ציבורי – תמסור, אם המסמך עלול להפליל והוא פרטי – ביהמ"ש עלול לחייב אותך להביא את המסמך, אבל אי אפשר להשתמש בה נגדו (רק בראיות הנגזרות). הס' מכרסם הזכות להימנע מהפללה עצמית.

##### הערות

\*בדיון נוסף שמש התביעה פנתה דרך ס' 43 לרכבת, שתפקיד את הפרוטוקולים של העובדים.

\*בד"כ משתמשים בס' זה כנגד עדים ולא חשודים. אצל חשודים בד"כ יש צו חיפוש.

##### המסמכים אליהם מתייחס החוק

**1761/04 גלעד שרון**- ס' 43 לא מתייחס רק למסמכים שהם פיזית אצלך, אלא גם מסמכים שיש לך גישה אליהם (בגלל קרבה לאדם וכד'). לכן, צריך לקרוא את ס' 43 יחד עם ס' 47 לפקודת הראיות.

##### הגנה מהחובה

יכול להיות שיהיו דברים אחרים שימנעו מסירת מסמך. לדוג': חברת החדשות ערכה ראיון עם חשוד בעבירה פלילית. המשטרה רצתה לקבל את הריאיון והקטעים שנפלו בעריכה. אם המשטרה רוצה להגיע אל החומר הזה היא צריכה לפנות לס' 43 לביהמ"ש ולבקש שיביאו את החומרים. צריך לבחון האם זה נופל בתוך מקור עיתונאי או לא.

#### שתיקה במשפט

##### שתיקה במשפט כמחזקת ראיות

ס' 152(ב) לחסד"פ- הימנעות הנאשם להשיב לאישום או לשאלות ביהמ"ש, עשויה לשמש חיזוק לראיות. לכן, עדיף לא למלא פי מים כדי לא לשלם את המחיר הזה.

ס' 151+152- הנאשם יכול להחליט לא לעלות להעיד במשפט, וזוהי זכות השתיקה. אבל יש סנקציה בצידה – חיזוק או סיוע לראיות התביעה. לכן צריך לחשוב טוב האם אני רוצה לשמור על זכות השתיקה.

##### שתיקה במשפט יכולה לשמש תוספת ראייתית?

מה הדין לגבי חשוד שהודה במשטרה, טען במשפט זוטה שההודאה התקבלה באמצעים אסורים והתביעה נדחתה. הודאה מחוץ לביהמ"ש טעונה תוספת ראייתית של דבר מה נוסף. חיזוק או סיוע היא תוספת ראייתית גדולה יותר מדבר מה נוסף. האם השתיקה במשפט יכולה להיות אותו "דבר מה נוסף"? (ביהמ"ש צריך להתרשם שאין סיבה ראויה בגינה שתקת. נניח שאין סיבה לשתיקה).

**בפס"ד מילשטיין 4142/04**- ביהמ"ש (הש' ארבל ברוב) קובע שהשתיקה יכולה להוות דבר מה נוסף להודאה שהוא מסר מחוץ לכותלי ביהמ"ש. זה יעשה רק במקרים חריגים, לא יהיה הכלל. בטרם ביהמ"ש יעשה שימוש בשתיקה במשפט, צריכים להתקיים 3 תנאים:

* ההודאה עומדת בפני עצמה- אין לחץ חיצוני (אמצעים שאסור להשתמש בהם).
* ההודאה עומדת בפני עצמה- אין לחץ פנימי שהוביל להודות במשהו שהוא לא ביצע (לחץ פנימי לא יכול לפסול הודאה, אלא רק לחץ חיצוני. אבל כדי ששתיקה תהיה דבר מה נוסף, צריך לוודא שההודאה לא התקבלה מתוך לחץ פנימי).
* ביהמ"ש צריך להשתכנע שהשתיקה לא נובעת מהסבר תמים (רצה להגן על חייו של בני משפחתו וכד').

## זכות ההיוועצות

דיברנו על זכות ההיוועצות בהקשר של הלכת יששכרוב. הס' הרלוונטיים בחוק המעצרים הם: ס' 34 (הס' המרכזי), וס' 35 (עבירות ביטחון).

זכות ההיוועצות היא צידו השני של המטבע לזכות השתיקה. כמו כל זכות חוקתית אחרת הזכות לא חד משמעית, אלא יש אפשרות לדחות את זכות ההיוועצות (בשעות או ימים). משמע, הזכות לא מוחלטת – יש בה סייגים.

##### "סיכון ממשי לחקירה"

האם כאשר אני אתן לחשוד להיפגש עם עו"ד שאני יודע שהוא ייעץ לשתוק, זה מספיק כדי לדחות את החקירה? לא. זה לא נחשב משהו שעשוי לסכן באופן ממשי את החקירה. ב**אלזם** זה מה שנעשה וביהמ"ש ביקר בחריפות את המשטרה על כך. הפגישה צריכה ממש לסכל את החקירה.

##### יידוע על הזכות

חשוב ליידע את החשוד בזכות ההיוועצות, לא מדביקים בין העצור לזכות ההיוועצות (כבר ביששכרוב, ואסף שי). כך בין אם אדם עוכב או חשוד צריך להגיד לו על זכות ההיוועצות (לא רק לעצור). דיברנו על החשיבות של "ללא דיחוי".

בנוסף, ב**אלזם** דיברנו על כך שמדובבים לא יכולים לנסות ליצור אצל החשוד את התחושה שעו"ד "בוגד" בו. ומדובבים לא יכולים להציע עצות משפטיות במקום עו"ד. זה פוגע בזכות ההיוועצות.

בתחילת כל חקירה ראוי שהמשטרה תיידע אודות זכות ההיוועצות.

##### ויתור על הזכות

האם אפשר לוותר על הזכות? כן. אבל ב**חייבטוב** הש' שוהם אומר שהוויתור עליה צריך להיות מתועד בוידאו-אודיו. לא בטוח שזה מספיק חלחל בקהילה המשפטית והמשטרה. כדי שאדם ידע על מה הוא מוותר ושהוויתור יהיה אמיתי.

# מעצרים

יש 4 סמכויות שיכולות להגביל חירות שאל אדם, שנעסוק בהן בשיעורים הקרובים.

* עיכוב- השהיית חופש התנועה לכמה שעות, תקופה מוגבלת, לצורך בירור ספציפי.
* מעצר- זה הרבה יותר פוגעני, שכן אנחנו שוללים את החירות לפני שהורשעת (כשאתה ממש חף מפשע), זה לסיבות שונות (מניעת בריחה, וכד').
* חלופת מעצר/שחרור בתנאים- אמצעי שנועד להשיג את אותה תכלית, בפגיעה פחותה יותר.
* חיפושים ותפיסות- חיפוש ותפיסה זה הליך שעשוי לפגוע בכבוד, בפרטיות ובקניין.

**חקיקה**: פרק ג' בחוק המעצרים (ס' 66-75).

**הגדרה**: "הגבלת חירותו של אדם, לנוע באופן חופשי, בשל חשד שבוצעה עבירה או כדי למנוע ביצוע עבירה כאשר הגבלת החירות מסויגת מראש בזמן ובתכלית. והכול כאמור בפרק זה".

אנחנו מדברים על הגבלת חירות, ולא שלילת חירות. יש רמז לכך שניתן לעכב בשל חשד שביצעת בעבר עבירה, או כדי למנוע ביצוע עבירה עתידית.
הגבלת החירות מראש מסויגת ומוגבלת בזמן, ומסויגת בתכלית.

## עיכוב

#### עיכוב מול מעצר

כשאדם מעוכב הוא לא עצור, הוא לא נכנס לתא המעצר. גם הליך השחרור הוא שונה. עיכוב, באופן די ברור הוא פגיעה הרבה יותר מידתית ממעצר, ולא מפתיע שהדין ככל דורש להעדיף עיכוב על פני מעצר. משמע, אם יש אפשרות לעכב במקום לעצור, עלינו לנהוג באפשרות המידתית יותר – עיכוב.

לכאורה זה פשוט, אבל אסור להקל ראש. גם סמכות העיכוב מחייבת הסמכה בחוק (לפי ס' 1 לחוק המעצרים). אין מעצר ועיכוב בחוק או לפי חוק, מכוח הסכמה מפורשת בו (כתוב בחוק במפורש, או תקנה מכוח הסמכה מפורשת בו).

#### תנאי העיכוב

ס' 1(ג) מראה את עקרון הכלליות – ההוראות יחולו על כל חוק.

ס' 23 מדבר על מעצר ראשוני – "עבירת בת מעצר". עבירת עוון או פשע, לא ניתן לעצור אדם בגין חטא. בניגוד למעצר, עיכוב יכול להתבצע בשל חשד שבוצעה כל עבירה, כולל חטא (עבירה עד 3 חודשי מעצר).

לגבי מעצר, לא שווה את הפגיעה הקשה בחירות בשביל עבירה קלה כזו. אבל בעיכוב, זה יותר פשוט ולכן אפשר לבצע.

בס' 23(ג)- הס' מאפשר לבצע מעצר ראשוני בשטח. לכן המחוקק אומר, שאם אתה יכול לעכב את האדם, עדיף לא להגיע למעצר. כי עיכוב הוא פגיעה מידתית הרבה יותר.

סיוג בזמן – ס' 73: עד 3 שעות מותר לעכב חשוד. אם יש מספר רב של מעורבים קצין ממונה ראשי להאריך לעוד 3 שעות.

לפי ס' 73(ב) אם נגמרה התכלית לשמה עיכבנו צריך לשחרר את האדם.

איך יש חקירות ארוכות יותר מ3 שעות?

* רוב האנשים מגיעים מרצון לחקירה, ולכן לא צריך לנקוט במהלך שיביא אותך בכפייה. אם אין דחיפות, החוקר יכול לקבוע תאריך אחר, אם יש דחיפות החוקר יכול להשאיר אותך לעיכוב ואז למעצר.
* חקירה במשטרה לא נמנית במניין השעות של העיכוב – מרגע שנכנסים לחדר חקירות לא ממשיכים לספור 3 שעות. המרצה: יש בכך פגם.

##### סיוג העיכוב

נחלק את הדיון בעיכוב ל2:

* עיכוב ע"י שוטר.
* עיכוב ע"י אדם פרטי – ס' 39 (הענקת סמכויות מעצר לעובדי ציבור ע"י השר).

### עיכוב ע"י שוטר

החלק של עיכוב ע"י שוטר יתחלק ל2:

* שוטר יכול לעכב חשוד
* שוטר יכול לעכב עד

#### עיכוב חשוד - תנאי העיכוב

ס' 67 עוסק בעיכוב חשוד- כאשר יש **יסוד סביר** לחדש שהוא **עשה עבירה בעבר**, או **עומד לבצע עבירה מסוכנת**, רשאי לעכב.

שתי הסיבות לעיכוב:

* לברר את זהותו
* כדי למסור לו מסמכים במקום בו הוא נמצא ולחקור אותו.

נרחיב עכשיו על התנאים לעיכוב.

##### "יסוד סביר לחשד"

כרטיס הכניסה לפגיעה בחירות הוא "יסוד סביר לחשד". זה כרטיס הכניסה לחקירה, אז וודאי שזה גם כרטיס הכניסה לפגיעה עמוקה יותר של עיכוב. המבחן הוא אובייקטיבי, ע"י שקילת כלל הנסיבות (לא חייבים להבטיח שהשוטר ידע באופן וודאי שנעברה עבירה). מספיק יסוד סביר לחשד.
משמע, שוטר סביר לאור הראיות מולו היה מגבש חשד שנעברה עבירה. תחושת בטן/ אינטואיציה/ עבר פלילי מנותק מראיות נוכחיות לא מהווה יסוד סביר לחשד. צריך מסת ראיות/ ראיה שיבססו את החשד.

חשד מועבר- הראיה לא חייבת להתקבל במישרין מחושיו של השוטר, אלא יכולה להתקבל באופן עקיף – מודיעין, אדם מספר לו שמישהו ברחוב גנב.

השאלה של יסוד סביר לחשד תעסיק אותנו הרבה, כי אם העיכוב לא חוקי, ואז המעצר יהיה לא חוקי ואז נגיע להלכת יששכרוב.

פס"ד מרכזי הוא פרשת **דגני**, שמדגים יסוד סביר לחשד.

עבירה עתידית- דיברנו גם על עבירה עתידית מסוכנת. בתקופת ההתנתקות, כאשר היו אוטובוסים שהלכו להפר צו, המשטרה עכבה אותם עוד בת"א. משמע, ניתן לעכב כדי למנוע עבירה עתידית מסוכנת.

אם שוטר מעכב אדם ובדיעבד מתברר שזו טעות עובדתית, כי האדם לא ביצע עבירה. הטעות הזו לא שוללת את חוקיות העיכוב, כל עוד כל שוטר סביר היה מבסס את היסוד הסביר לחשד.

גם אם לא ביצעתי שום דבר ואני בורח מהעיכוב, זו נחשבת בריחה ממשמורת חוקית.

##### ליווי לתחנת משטרה

ס' 67(ב)- לפי ס' זה ברירת המחדל תעכב את האדם במקום בו הוא נמצא. החריג הוא שצריך להתלוות לתחנת המשטרה, וזה יכול להתקיים רק:

* הזיהוי היה בלתי מספיק.
* יש הסתברות גבוהה להתקיימות העבירה.
* אי אפשר לחקור את המעוכב בשטח.

חוק סד"פ (חקירת חשודים), שקובע בס' 3: "חקירת חשוד תתנהל בתחנת משטרה, אלא אם סבר שוטר כי לא ניתן..". מבינים מס' זה שברירת המחדל הפוכה, והחריג הוא לחקור בשטח.

**פס"ד חוטר ישי**- ראש לשכת עו"ד סירב לבוא. הגיע לביהמ"ש בבקשת עיכוב ואז בקשת צו מעצר. ש' **זמיר**- אומר שלמעשה הכלל הוא חקירה במשטרה. הוא הופך את החריג לכלל, וקובע ע"פ ס' 3 לחסד"פ חקירת חשודים שברירת המחדל היא שחקירה בתחנת משטרה ולא במקום העיכוב. זמיר אומר הופך את ברירת המחדל וקובע כי חקירה פשוטה תעשה במקום וחקירה מעבר לתשאול תעשה במשטרה.

#### עיכוב עד

##### היסטוריה

זה לא פשוט – עד לא חשוד בכלום. סמכות שנוצרה בשנות ה90 (יחסית חדשה). למה נוצרה האופציה לעכב עד? לא היה ס' שמכוחו השוטר יכול לחייב את העד לבוא, כך המשטרה הייתה צריכה ללכת לבתי עדים, ולא הייתה להם סמכות לחייב אותם להעיד במשטרה. לא סביר שהמשטרה תלך לעדים הביתה לגבות עדויות, לכן התווסף ס' 68.

##### עיגון בחוק

ס' 68(א)- ניתן לעכב עד במקום או במקום אחר.

ס' 68(ב)- אם הס' היה בלתי מספיק, או שיש חשש שהוא לא יגיע להעיד ניתן לעכב עד.

#### ביצוע עיכוב

עיכוב צריך להתבצע באמצעות נוהל ברור, לפי ס' 72: על מבצע העיכוב יחולו הוראות ס' 24 בשינויים המחויבים. במקום לכתוב פעמיים, הוא אומר לנו ללכת לראות איך מבצעים מעצר ולפי ההוראות האלו מבצעים עיכוב.

ההוראות בס' 24:

* זיהוי מבצע המעכב.
* הודאה מיידית שהוא מעוכב, ולתת את סיבת העיכוב בהקדם האפשרי.
* בנסיבות מסוימות אפשר לדחות את ההודעה על סיבת העיכוב, ולדחות את הזיהוי של מבצע המאסר:
* זהות השוטר ברורה
* מילוי הוראות אלו עלולות לסכל את ביצוע המעצר
* אם המילוי הוראות אלו יגרום לפגיעה בביטחון מבצע המעצר.

צריך בתום הנסיבות האלו להודיע.

\*אבל חייב להודיע על שינוי הסטטוס ל"מעוכב" בכל מקרה.

ס' 74: מבצע העיכוב צריך לערוך דו"ח (זמן ומשך העיכוב). צריך לכתוב אותו אם הגיעו לתחנת משטרה או זומן אליה, ואם העיכוב נערך יותר מ20 דק.

ס' 70: יסוד סביר לחדש של צו מעצר או מאסר, ניתן לקבל עד לקבלת עותק הצו.

#### עיכוב מכוח חוקים נוספים

##### עיכוב מכוח חוק ת"ז

ס' 69: הוקנתה בחיקוק הסמכות לחפש במקום, כליו או גופו של אדם. או סמכות לדרוש מאדם הצגת מסמכים, אפשר להורות לעכב את כלי הרכב ולערוך חיפוש כאמור.
הס' אומר שאם יש בחיקוק אחר סמכות לדרוש בדיקת מסמכים, או בדיקה על הגוף או הרכב, השוטר רשאי גם לעכב. ברור שאם שוטר דורש הצגת מסמכים, ברור שהוא מעכב אתכם. גם העיכוב הקטן הזה טעון הסמכה בחוק, והיא נמצאת כאן.
כל המגבלות על עיכוב נמצאות גם בסיטואציה הזו (משך העיכוב וכן האלה).

בג"ץ טבאקה- השאלה שעמדה לדיון בפרשה זו היא: האם שוטר מוסמך במסגרת מילוי תפקידו לדרוש מאדם עובר אורח להציג תעודת זהות, ולבצע פעולות שיטור נוספות בלי שיש חשד סביר שהאדם עבר עבירה? השאלה הזו עברה בעקבות ס' 2 לחוק ת"ז. "תושב שמלאו לו 16 שנים חייב לשאת עימו תמיד ת"ז ולהציגה בפני קצין משטרה בכיר, ראש רשות מקומית, שוטר או חייל במילוי תפקידו, כשידרשו זאת ממנו". בג"ץ נדרש לדון בשאלה האם מכוח הס' הזה שוטר יכול לבקש מכל אחד להציג ת"ז, בלי חשד סביר? ע"פ משפט מנהלי חל עקרון חוקיות המנהל. משמע, הרשות יכולה לפעול רק כאשר הדין מסמיך אותה במפורש, קל וחומר כאשר מדובר בפגיעה בזכויות אדם. צריך מקור הסמכה מפורש. ככל שהפגיעה קשה יותר אנחנו רוצים סמכות מפורשת יותר. האם מכוח ס' 2 המוצג, שוטר יכול לדרוש ת"ז ולבצע פעולות שיטור נוספות (בירור טלפוני, בדיקת מידע במסוף וכד').

**הנשיאה חיות**- דעת רוב. אפשר מכוח ס' 2 לדרוש מעובר אורך להציג ת"ז גם בלי חשד סביר שבוצעה עבירה. כלומר, ס' 2 הוא ההסמכה. אבל, כל זאת באחד משני תנאים:

* בכפוף למגבלות של דיני העיכוב.
* זיקה בין הדרישה להזדהות, לבין המידע שמצוי בת"ז.

לגבי פעולות השיטור הנוספות, הנשיאה חושבת שזה לא אפשרי. וזו ההלכה.

בס' 2 כתוב "כשידרשו זאת ממנו". הס' נותן את הסמכות לשוטר לבדוק את הת"ז, אבל לא מפרט באילו נסיבות ומה היקף הסמכות. לכן, כאן צריך פרשנות. הנשיאה חיות מנסה להבין מהן הנסיבות ומהי היקף הזכות. אחרי ניתוח היא מגיעה לס' 69 לחוק המעצרים. חיות אומרת שבס' כתוב שצריך "חיקוק חיצוני", וזה המקרה כאן. אם נכנסו לעיכוב דרך ס' 69, הסמכות לא מותנית בקיומו של חשד סביר לביצוע עבירה. התכלית היא לאפשר את הצגת המסמכים (שלא מוגבלת בחשד סביר).

ס' 69 זה הוא צינור שמכניס לדיני העיכוב חוקים נוספים בלי דרישה לחשד סביר. אבל בס' 2 לא ברור מה היקף הסמכות ומה הנסיבות. לכן, הנשיאה אומרת שהשוטר צריך להראות צורך ספציפי לברר אם יש ת"ז או אם יש מידע רלוונטי בת"ז. לדוג': השוטר רוצה לברר שאנשים במתחם בנייה מבקש לראות ת"ז כדי לבחון האם הם שב"חים. חיות מנסה לתת אמות מידה אובייקטיביות כדי להפחית את החשש לפרופיילינג.

אם שוטר מבקש להראות ת"ז לפי החוק, אנחנו נכנסים לפרוצדורה של עיכוב (כולל החובה להזדהות, החובה לבהיר את הסיבה, הגבלת הזמן של עיכוב). כל זה בגלל הכניסה לעיכוב דרך ס' 69, בלי חשד סביר.

לגבי כל פעולות השיטור האחרות, הש' חיות אומרת שזו פגיעה קשה בזכות לכבוד. זו פגיעה הרבה יותר קשה בזכות לכבוד, ולכן צריך הסמכה מפורשת יותר. מס' 2 כשלעצמו אי אפשר לתלות עליו פעולות שיטור בגלל הפגיעה ועוצמתה.

אם יש חשד סביר אין בעיה – נכנסים לס' 68, ואז ניתן לעשות את פעולות השיטור הנצרכות.

**הש' שטיין**- בפסה"ד הוא אומר שס' זה לא מאפשר לדרוש מאזרח להציג ת"ז ללא חשד סביר. הוא מנסה לפרש את ס' 69 לא רק כצינור, אלא עדיין צריך להראות בחוק אחר שיש חשד סביר.

**המרצה**- לא מסכים עם שטיין, זו פרשנות מרחיקת לכת.

##### עיכוב כלי רכב

ס' 71: עיכוב כלי רכב לשם חיפוש. היה חשד שבוצעה עבירה בת מעצר (לא חטא), הס' מקנה סמכות לעכב את הרכב, הנוהג ברכב, וביצוע חיפוש ברכב.

##### מעצר לביצוע חיוב בעת התנגדות

ס' 23(ב) לחוק המעצרים: שוטר מוסמך לעצור אדם ולהביאו לתחנת המשטרה, אם הוא (1) מסרב לעיכוב חוקי או (2) מפריע לביצוע עיכוב. בין אם הוא עד ובין אם הוא חשוד. העיכוב נבחן לכתחילה.
המעצר לא עונשי, אלא לשם ביצוע העיכוב – התכלית לשמה הוא התבקש. לכן כאשר נגמר העיכוב צריך לשחרר.

### עיכוב ע"י אדם פרטי

##### היסטוריה

לפני חוק המעצרים היו עבירות פשע מסוימות שאדם פרטי יכול היה לעצור. חוק המעצרים ביטל את האפשרות הזו, אבל הותיר את האפשרות לעכב. זה מופיע בס' 75.

#### תנאים

ס' 75: ניתן לעכב אדם עד לבואו של שוטר אם יש 2 תנאים חליפיים:

* האדם ביצע בפניו עבירת אלימות, פשע, גניבה, או עבירה שגרמה נזק של ממש לרכוש.
* אדם אחר הקורא לעזרה מצביע על אדם החשוד שביצע בפניו עבירה.

העיכוב צריך לא לעלות על 3 שעות, ומבצע העיכוב רשאי להשתמש בכוח סביר בלי חבלה, אם החשוד סירב להיענות לעיכוב.

##### מהי חבלה?

אם אני צריך לתת מכה קטנה לאדם שבורח כי הוא לא מסכים להיות מעוכב זו חבלה? אני עלול למצוא את עצמי בעתיד נושא באחריות אזרחית או פלילית (כי אין לי חסינות), בגלל עיכוב.

פק' דס"פ ס' 44: שוטר לא יישא באחריות אזרחית או פלילית נגד פגיעה במעצר או עיכוב (גם אם הם לא חוקיים), כל עוד עשה אותם בתו"ל ולמען שלום הציבור.

אם אני כאזרח שרוצה להגן על הדין, עשוי למצוא את עצמי תחת תביעה אזרחית. בעוד שלשוטרים יש פתור מכך.

##### חובת יידוע

עולה השאלה האם יש חובת יידוע על אזרח שמבצע עיכוב? האם הוא חייב להגיד את התנאים (כפי ששוטר צריך לבצע)?

פס"ד קסאי 3829/15 (רשות ערעור)-

אנחנו לא לומדים את הפס"ד בקונטקסט של כלל הראיה הפסיקתי, אלא בקונטקסט של עיכוב. היה מדובר על אדם אתיופי שרכב על אופניו בחיפה, ופלוני התקשר ואמר שיש אדם שעשוי להיות מסוכן לקשישים. המוקד הטלפוני פונה לפקח ואומר שיש תלונה בנוגע לאדם שעשוי לפגוע בקטינים (פדופליה). יש שרשרת דיווחים מוטעים. זה הוביל את הפקחים לעכב אותו, והדברים הסתבכו. התגלתה סכין שנפלה מכיסו, ולאחר מכן השוטרים ראו בליטה וזה הוביל לחשד סביר מספיק לחיפוש גופני ומצאו טלפון שחשוד כגנוב. הפקחים (פקחים עירוניים) שעיכבו את קסאוי לא היו בעלי סמכות לעכב, לכן זה נכנס לרובריקה של עיכוב אדם פרטי (ולא שוטר). \*הייתה תקנה שמאפשרת לפקחים עירוניים לעכב, אבל היא לא נכנסה בחיפה.

ש' דפנה ברק ארז- השופטת אמרה שיש גבול. אותו אדם פרטי שמעכב לכאורה אמור לפעול לפי ס' 24 (להודיע, סיבת העיכוב, זיהוי). הציבור לא יכול לעמוד בכך, לכן השופטת אומרת שאי אפשר לדרוש מאדם בא להיטיב עם הזולת דרישות אלו. לכן אופן העיכוב לא חל על אזרח פרטי.

הש' מלצר- ראשית, ניתן לבחון חשד סביר גם על בסיס עדות מפי השמועה. זה די ברור, ולא צריך לחלוק על כך (זו פעולה שיש לבחון בממדים אובייקטיביים). לא חייב שהחשד יהיה תולדה של עובדות שנחזו בפניו.

**במקרים של גרסה קוהרנטית**: אם א' מדווח לב' על חשד סביר, וב' מוסר דיווח לג', החשד שבא בפני ג' יכול למלא את דרישת החשד הסביר לפני העיכוב. יש כאן "חשד מועבר" וזו עדות מפי השמועה. לדעת מלצר בנסיבות כאלה אורך שרשרת המידע לא רלוונטי, אלא מיהמנות המידע היא שרלוונטית. משמע, לא משנה כמה חוליות עוברים עד למי שביצע את העיכוב/מעצר. מספיק שהחשד שהתעורר אצל א' אמין וצולח מבחן אובייקטיבי, צריך להביא לביהמ"ש רק את א' ולא את כל שרשרת העדים.

**במקרים של גרסאות משתנות**: צריך לבחון את כל החוליות בשרשרת, ואי אפשר להסתפק בעדות של הגורם הראשוני בלבד. אי אפשר להסתמך על החשד הסביר של ג' רק על מה שא' אמר.

**בחינה של ס' 75 עיכוב אדם פרטי**: האם העיכוב חוקי בהתחשב בעובדה שאין לפקחים העירוניים סמכות שוטר לעיכוב? לפי ס' (א)(1) לא רלוונטי, כי האדם לא ביצע עבירה בפני ג' (הפקחים). (א)(2) ג' לא ראה את החשד, אלא א' ראה את החשד, לכן לכאורה זה נכנס ל(א)(2). אבל, האם א', שהתחיל את הדיווח, בוצעה בפניו עבירה של פשע/גניבה/עבירה של רכוש? לא. לכן העיכוב לא חוקי, כי לא נכנס לתוך תנאי הס'.

בנושא העיכוב, היה בדעת מיעוט והתקבלה דעתה של דפנה ברק ארז: כשאדם פרטי עוצר, הוא לא צריך לבצע פרוצדורה ששוטר נדרש כשהוא מעכב (לפי ס' 24 לחוק המעצרים). הש' דפנה ברק ארז אומרת שזו גזרה שהציבור לא יוכל לעמוד בה (הוא לא יתחיל להזדהות, להגיד את העבירה וכד'). גם ככה אנחנו דורשים מאדם פרטי ללא מחויבות דרישות גבוהות מדי, לכן נוהל ביצוע העיכוב לא חל כשהמעכב אדם פרטי.

**כלל הפסילה הפסיקתי**: כדי להשלים את הדיון בהקשר הזה, היה היבט של כלל הפסילה הפסיקתי. ביהמ"ש העליון לאחר שקבע שהעיכוב לא חוקי, הוא פסל את קבילות הסכין לאור יששכרוב (פעולה לא חוקית שהובילה להשגת הראיה). לאחר מכן הוא שקל את כל קבוצת השיקולים שדיברנו עליהם בעבר (לא עבירה חמורה, לא היה ניתן לגלות את זה ללא הפעולה הבלתי חוקית). משאירים על כנה את הפלאפון הגנוב, כי היה חיפוש כדין וביצעו חיפוש על הגוף ומצאו את הטלפון. ביהמ"ש לא מפעיל את כלל הפסילה הפסיקתי ולא מוציא את הפלאפון.
דוקטרינת פירות העץ המורעל לא מופעלת כאן, כי היא לא התקבלה בישראל. היה ניתוק קש"ס משפטי, כי יש חשד סביר (הסכין שנפל) שהוביל לחיפוש שממנו נמצא הפלאפון (לפי הדעה של אדמונד לוי).

**\***תזכורת לפירות העץ המורעל

יונתן אוריך- **הש' אלרון**- לפי הפסיקה של הש' אלרון, יש מהלך שבמובן מסוים מביא את דוקטרינת פירות העץ המורעל לישראל. הוא אומר שאם ביהמ"ש יאפשר את הצו שמבוסס על ראיות שנוצרו בחיפוש לא חוקי, הוא יוצר ראיות נגזרות. בעתיד המשטרה תוכל לתפוס ראיות על בקשה לצו שמבוסס על ראיות לא חוקיות. כשמונעים את הצו, מונעים ראיות נגזרות. הוא לא רוצה לדון בשאלה האם לקבל ראיות נגזרות, כי לא מאפשרים לקבל אותן מלכתחילה בעזרת צו.

**הש' סולברג**- מציע פתרון ביניים. אם לשופט הביניים אין את כל התמונה, ולא יכול להחליט לא לתת את הצו, הוא יכול לתת את הצו. כל זאת בתנאי שהש' בהליך הכללי ישים את עצמו בנעלי השופט בהליך ביניים. אם הוא יגיע למסקנה שהיה צריך לפסול, כל הראיות בדרך יפסלו. אי אפשר לחלץ הלכה ברורה, כי זה בדיון נוסף.

## מעצרים

### הקדמה

#### עקרונות כללים

שלושה עקרונות כלליים:

* עקרון החוקיות
* עקרון המידתיות
* עקרון התכולה הכללית

##### חוקתיות

המעצר הוא הפגיעה הקשה ביותר בזכויות\_\_. אין סמכות טבועה לעצור אדם, ואפשר לראות את זה גם בחוק המעצרים בס' 1. הפגיעה בחירות כשאתה חף משפע מחייבת הסמכה מפורשת בחוק.

שני פסקי דין מדגימים את זה:

בש"פ 11109/03 שקארנה- אדם גנב ממרפאה בשורש (עבירת רכוש). ש' השלום החליט שאין מסוכנות או פגיעה בחקירה (וכד') ולכן ניתן לשחרר אותו. המשטרה ביקשה להשהות את ההחלטה ל48 שעות, כדי שהם יוכלו להגיש ערר והש' שלום לא הסכים לכך. זה קריטי למשטרה, לכן נציג המדינה התקשר לתורן בבימ"ש מחוזי שאמור לדון בערער למחרת. השופט התורן השהה את ההחלטה של השלום, עד שידון בזה למחרת (שמיעת הערר). פרקטיקה של אישור טלפוני של שופט מחוזי לא מעוגנת בחוק, אין סמכות טבועה לעצור אדם גם אם זה שעות ספורות בניגוד לעקרון החוקיות. ברגע שהשלום דחה את ההחלטה על ביצוע השחרור, אי אפשר ליצור סמכויות מעצר אצל השופט המחוזי. אין סמכות כזו!

פרשת מורוזובה- פס"ד שעוסק במעצר עד תום ההליכים (מוגבל בזמן ל9 חודשים, כלומר ההכרעה צריכה להינתן תוך 9 חודשים ואם לא ביהמ"ש העליון היחיד שיכול לתת הארכה). במורוזובה היה כתב אישום נגד הנאשמת בגין רצח, והיא הייתה עצורה עד סוף ההליכים. היא עושה הסדר טיעון, הגיעה להריגה ו11 שנות מאסר. היא ריצתה 3 שנות מאסר, ולאחר מכן ביהמ"ש מאשר לה לחזור מהסדר הטיעון והדיון הוחזר לביהמ"ש הקודם כדי לדון בשאלת הרשעה או זיכוי. השאלה המשפטית היא כזו – היא הייתה עצורה 4 חודשים עד תום ההליכים, האם עכשיו סופרים את ה9 חודשים מחדש, או לוקחים בחשבון את תקופת המעצר שקדמה? התשובה של העליון חד משמעית – כל עוד אין הוראה אחרת בדין, צריך למנות 9 חודשים כך שה4 חודשים הקודמים נכללים בספירה. משמע, יש למדינה 5 חודשים בלבד.
למדים שכשיש פגיעה בחירות, מפרשים לטובת הנאשם ולא לחובתו.

##### מידתיות

הוא נושא שחולש כמעט על כל דיני המעצרים. אנחנו מכירים אותו ממשפט חוקתי, מנהלי וכן הלאה. כמובן שהוא רלוונטי גם בדיני המעצרים, שיש חזקת חפות.

נראה מספר ס' חוק (חוק המעצרים):

ס' 4- אדם ייעצר רק בסמכות שופט, אלא אם הוענקה סמכות בחוק. משמע, תמיד עדיף מעצר עם צו בימ"ש. עדיף שעין שיפוטית תכשיר את המעצר מראש, ולא בדיעבד.

ס' 23(ג)- מדבר על מעצר ראשוני ללא צו, והוא דוגמה קלאסית למידתיות. הס' אומר שלא ניתן לעצור אדם בשטח ללא צו אם אפשר להסתפק בעיכוב.

ס' 13(ב)- עוסק במעצר ע"פ צו, כלומר שמבקשים משופט צו מעצר. שופט לא יספק צו אם אפשר להביא שחרור בערובה אם ניתן להשיג את אותה תכלית לשמה אנחנו רוצים לעצור.

ס' 46(א)- עוסק בערובה. בסייפא כתוב כי יש לעשות "הכול במידה שאינה עולה על הנדרש כדי להשיג את מטרות הטלת הערובה". צריך להביא ערובה שאדם יוכל לעמוד בה, גם אם זה יהיה קשה. צריך להיות מידתיים.

##### עקרון התכולה הכללית

ס' 1- העיקרון פורס את כנפיו על כל מעצר ועיכוב, אלא אם יש הסדר ספציפי בחוק אחר.

#### הליכי המעצר שנלמד באופן כרונולוגי:

* **מעצר ראשוני**. מעצר ללא צו לפי ס' 23 (עוסק בסמכות של שוטר לעצור אדם מעצר ראשוני ללא צו), צריך להביא אותו לפני שופט תוך 24 שעות לפי ס' 29(א).
* **מעצר על פי צו** – אופציה מועדפת. לבקש מביהמ"ש צו מעצר במעמד צד אחד לפי ס' 13. לס' יש 2 כובעים, ועכשיו נדבר עליו בכובע של פניה לשופט שלום בשביל לקבלת צו מעצר.
* **מעצר ימים**. בין אם החשוד נעצר ע"פ צו, או בין אם נעצר לפי ס' 13, צריך את שניהם להביא להארכת מעצר לפני שופט תוך 24 שעות. מבקשים מהשופט להמשיך את המעצר, וגם זה נמצא בס' 13 (זה אותו ס' עם שני כובעים – א. לבקש צו במעמד צד אחד. ב. הארכת מעצר).
* **מעצר על פי הצהרת תובע**. לפי ס' 17(ד). המשטרה סיימה את החקירה, ולכן היא חייבת לשחרר את החשוד. אין לה "קולב" לתלות את המאסר עליו. ס' 17(ד) הוא "הגשר" בין החקירה להגשת כתב אישום. מבקשים כמה ימים להגיש כתב אישום, אחרי שסיימו חקירה.
* **מעצר אחרי כתב אישום**. ס' 21 לחוק המעצרים. בהמשך נראה שהס' תקף עד להכרעת הדין. יש לו מגבלות (הקראה – התחלת המשפט תוך 30 יום, כדי שלא יקרה מצב שאדם ממתין שנה עצור למשפט; צריך שהכרעת הדין תינתן תוך 9 חודשים, שופט עליון יכול להאריך את התקופה כל פעם ב90 או 150 ימים לפי ס' 62(ב)).
* **ערעור ללא הרשעה**. אם התביעה רוצה לערער אחרי סיום המשפט, מסכנה של שיבוש הליכים או בריחה. ניתן לבקש מעצר לפי ס' 63. ביהמ"ש רשאי להשהות את השחרור ל72 שעות.
* **סמכות מעצר עד ערעור עם הרשעה ללא עונש**. הנאשם הורשע אבל לא ניתן מאסר בפועל, גם אז צריך לשחרר אותו. גם כאן ניתן לבקש מביהמ"ש להשהות את השחרור ל72 שעות כדי להגיש ערעור על גזר הדין. לפי ס' 22.
* **השהיית ביצוע שחרור (הגשת ערר ולא ערעור)**. ס' 55 מדבר על סיטואציה שהמשטרה מבקשת לעצור אדם, כשיש כתב אישום/לפני כתב אישום. אם ביהמ"ש החליט על ערובה, ויש רצון לערער, ביהמ"ש יכול לצוות על השהיית השחרור כדי להגיש ערר (כמו בשקארנה).
* **ערעור**. לפי ס' 22(ב). ביהמ"ש של הערעור רשאי לצוות על מצב הנאשם בהתאם להוראת ס' 21. ברגע שיש ערעור הערכאה יכולה להורות על מעצר עד תום ההליכים (אין מגבלת זמן).
* **מעצר של נמלט ממשמורת חוקית**. ס' 14. אין מידתיות, אם אדם נמלט ממשמורת חוקית אין לביהמ"ש אפשרות לשק"ד.
* **הארכת מעצר/חידושו**. ס' 62. שופט בימ"ש עליון יכול כל 90 יום להאריך את כל התקופות שמנויות בס' 59-61. אין מגבלה על מספר הארכות (ס' 59, 60, 61). ס' 62(ב) מאפשר לשופט להאריך גם ב150 יום, במקרים בהם המשפט לא מסתיים תוך 9 חודשים.

### מעצר ללא צו – ס' 23

לא בכל החקירות יש מעצרים, יש לקחת בחשבון שרוב החקירות נעשות ללא מעצר. עדיף לעשות מעצר אצל שופט, אבל לא תמיד יש את האפשרות הזו (יש מקרים בהם לנגד השוטר מתרחש אירוע שדורש מעצר, בלי חקירה מוקדמת וכד').

\*בעגה של המשטרה: מעצר ללא צו=כליאה.

צריך 3 תנאים מצטברים:

* תשתית עובדתית
* עילת מעצר
* היעדר חלופה סבירה (במעצר בשטח אפשרות אחרת היא עיכוב, ולא ערובה).

#### תשתית עובדתית

בעוד כשדיברנו על עיכוב דיברנו על חשד בביצוע כל עבירה, כאן כרטיס הכניסה היא עבירת פשע או עוון (לא על עבירת חטא) (ס' 23(7)).

יסוד סביר לחשד הוא מבחן אובייקטיבי, כלומר שוטר צריך לבחון את כל הנסיבות לפניו (לא חייב באופן חד משמעי שתהיה עבירה, אלא מספיקות ראיות שקושרות את החשוד באופן סביר לעבירה). בודקים האם כל שופט סביר באותן נסיבות היה מגבש את החשד הנדרש. אינטואיציה/ ניחוש וכד מחוץ לתחום, חייב ראיות לביסוס החשד. יכול להיות גם חשד מועבר (פס"ד קסאוי, הש' מלצר). זה יכול להיות גם מידע מודיעיני, ריח או רעש. הראיות לא חייבות להיות ראיות קבילות. לא ניתן לבסס יסוד סביר של חשד רק על סמך עבר פלילי קודם, בלי אינדיקציות נוספות (פרשת בן חיים). סבירות החשד היא במשקפיים של השוטר, ולא בדיעבד. אם בדיעבד המעצר יהיה טעות זה לא רלוונטי והמעצר עדיין יכול להיות חוקי. אנחנו בוחנים איך נראו הדברים בעת ביצוע המעצר.

#### עילת מעצר

יש 3 עילות מעצר בס' 23:

* שיבוש הליכי חקירה או משפט
* מסוכנות
* הפרת הוראה חוקית המגבילה חירות.

אין לנו עילת מעצר שמדברת על הרתעה!. העילות לא מצטברות!

##### שיבוש הליכי חקירה או משפט – ס' 23(א)(2)

כשמדובר בחשד, מדובר על משהו שבוצע בעבר. כשמדובר בחשש, מדובר על משהו שיבוצע בעתיד. כאן אנחנו יכולים להיות בחשש, ולא בחדש.

יש כאן עילת מעצר ראשונה, שיש בה אובייקטיביות.

##### מסוכנות – 23(א)(5)+(4)+(1)

(א)(5)- האדם חשוד שעבר אחד מאלה (רשימה בחוק). אם האדם חשוד באחת העבירות האלו, יש חזקה שהוא מסוכן. לא לטעות – זה לא אומר שזה מעצר חובה. יש כאן חזקה שיוצרת חזקת מסוכנות, אבל עדיין צריך לבדוק את חלופת המעצר והאם ניתן להסתפק בעיכוב. יש חזקת מסוכנות, אבל לא חובת מעצר. אם ניתן להסתפק בעיכוב – צריך להסתפק בו (גם במקרים חמורים צריך להפעיל שק"ד ולבחון האם ניתן להסתפק בעיכוב כמו שכתוב בס' (ג)).

(א)(1)- אם זאת לא אחת העבירות שמנויות ב(א)(5), והיא פשע או עוון, צריך לבחון האם ביצעת בפני השוטר את העבירה/מקרוב, והשוטר סבור כי המעשה עלול לסכן את ביטחון הציבור, ביטחון המדינה או בטחון אדם. מדובר על סיטואציה בה העבירה בוצעה בפניה שוטר, זוהי רמת החשד הכי גבוהה כי היא צריכה להיקלט בחושיו של השוטר. היא הדרגה הגבוהה ביותר.

"זה מקרוב": בפס"ד דגני- הש' אמר שזה יימדד במונחים של שעות ולא שם ימים. לא יכול להיות מצב בה העבירה בוצעה בפני שוטר, והשוטר בא לעצור אותו לאחר מספר ימים – הס' (א)(1) לא מאפשר זאת. צריך מרחק של שעות בלבד. ס' (א)(4) ס' סל ולכן הוא יוכל לאפשר זאת.

פס"ד כהן נ' התובע הצבאי- האם יש בריחה ממשמורת חוקית, במעצר ללא צו בתחנה? האדם עבר את העבירה לפני השוטר, אבל יום לפני. "זה מקרוב" הוא תקף לשעות בלבד ולא לימים.

צריך להיות קש"ס בין העבירה שנעברה, לבין החשש למסוכנות.

ביטחון הציבור כולל גם את רכוש הציבור. לגבי רכוש הסכנה צריכה להיות מוחשית יותר, אבל זה גם נכלל לפי הפסיקה.

(א)(4)- ס' סל. העבירה לא אחת מהעבירות ב(א)(5), וגם לא נעברה בפניו מקרוב לפי (א)(1) יש את ס' (א)(4), שהוא הקל ביותר. יש חשש שאדם יסכן את ביטחון הציבור או המדינה. צריך יסוד סביר לחשד שבוצעה העבירה, לא משנה מתי.

**למה זה הס' הפשוט ביותר לשוטר?** הסיכון יכול לנבוע מכלל הנסיבות, ולאו דווקא בגלל העבירה בגינה אתה חשוד. ב(א)(1) צריך להיות קש"ס בין העבירה לסכנה, כאן הסיכון צריך לנבוע מכלל הנסיבות. לדוג': העבר, העיסוק או האישיות. הסיכון לא חייב לבוא לידי ביטוי בעבירה.

**אם יש סעיף סל, למה צריך את שאר הסעיפים?** המחוקק ניסה ליצור עילות ספציפיות, כי יש כאן פגיעה בחירות. אבל ברגע שס' (א)(4) קיים, אז זה מייתר את שאר הסעיפים. בכל מקרה אם יש עילה דרך (א)(1) או (א)(5) היא עדיפה על (א)(4).

##### הפרת הוראה חוקית המגבילה חירות

23(ב)- שוטר מוסמך לעצור אדם, אם האדם לא מציית לעיכוב או מפריע לעיכוב זאת עילת מעצר.

23(א)(6)- המשותף לכל הסעיף הוא הפרת הוראה חוקית, וזו עילת מעצר. לדוג': עבירה על חטא, שבגינה יש מעצר והאדם נמלט, יש עילת מעצר (למרות שזה חטא). דוג' נוספת: שוטר ראה בקניון מישהו שאתמול הוביל למעצר בית, הוא יכול לעצור אותו.

#### חלופה

ס' 23(ג) יש חלופה – עיכוב (למדנו לעיל).

#### מהלך המעצר

המעצר צריך להתבצע לפי ס' 25. השוטר צריך להביא את האדם ללא דיחוי אל הקצין הממונה על החקירה בתחנה, שיחליט איך מקדמים את המעצר.

ס' 25- יש חריגים בהתקיימותם יכול השוטר לא להביא את העצור מיד לתחנה, אבל אלו מקרים חריגים.

ס' 26- השוטר צריך לכתוב דו"ח שמפרט את נסיבות ועילת המעצר, ואת העובדות ששימשו יסוד לחשד לביצוע העבירה. כתוב בס' במפורט מה צריך לציין בדו"ח.

ס' 27- הס' מספר את התהליך שהקצין הממונה צריך לבצע כדי לבחון את חוקיות המעצר. הקצין הממונה מבצע ביקורת של גורם בכיר על השוטר בשטח. הקצין צריך לברר אם התקיימו אחד התנאים של ס' 23. אם לא מתקיימים התנאים צריך לשחרר אותו מיד, אלא אם מתקיימת עילת מעצר לפי ס' 13 (עילות מעצר של שופט). העילות דומות, ואין משמעות גדולה לס' ולבדיקה הנוספת.

אם הקצין מחליט שהוא ממשיך את המעצר, עוברים לשלבים הבאים.

#### החלטות הקצין

ס' 28- הקצין הממונה לא יחליט על מעצרו של אדם אם הוא הגיע לא עצור/ המשך מעצר כשהגיע עצור/ קביעת סוג ערובה, אלא לאחר שהוא נותן לו הזדמנות להשמיע את קולו (לאחר שהוא אומר לו על זכות השתיקה וכו' – שוטר ללא צו לא צריך להציג את זה).

אופציות לקצין הממונה:

* המשך המעצר של השטח (אחרי 24 שעות צריך להעמיד את האדם בפני שופט).
* שחרור בערובה (ס' 42)
* שחרור מלא ללא תנאים
* כאשר החשוד שהובא לתחנה כשהוא איננו עצור אפשר לעשות "הטלת ערובה".

\*ההבדל בין שחרור ערובה להטלת ערובה הוא ששחרור הוא שהאדם היה עצור ואז משחררים אותו, ובאופציה של הטלת ערובה אין שחרור (כי לא היה עצור) ולכן רק מטילים ערובה.

##### שחרור בערובה – ס' 42

שחרור בערובה ע"י הקצין הממונה: ס' 42 מפנה אל ס' 46, כדי לבחון את השיקולים לפיהם הקצין יחליט מה יהיה גובה הערובה.

יש שני תנאים לערובה:

* החשוד יתייצב לחקירה/משפט בכל מועד שיידרש.
* שלא ישבש הליכי חקירה ומשפט

הקצין יכול להגיד שזה לא מספיק לו, והוא יכול להוסיף תנאים, לדוג': לא לקיים קשר עם המתלוננת. ס' 42(ב) כל תנאי נוסף חייב להיות בהסכמת החשוד, ויש אפשרויות בס' (ב)(1)-(ב)(8).

אם החשוד לא מסכים לתנאים, או שהקצין רוצה לשחרר אותו בערובה בתנאים שלא בסמכותו (אלא בסמכות שופט), ניתן ללכת לס' 42(ד). במקרה הזה החשוד צריך להיעצר ולבוא בפני שופט עד 24 שעות מהמעצר.

פס"ד חוטר ישי- ראש לשכת עו"ד היה חשוד בעבירות שונות, והמשטרה החליטה להביא אותו בפני שופט לשחרור בערובה כשהוא איננו עצור. חוטר ישי טוען שלא עצרו אותו, ולכן לשופט אין סמכות לדון בשחרור בערובה (ס'42(ד)). התשובה של ביהמ"ש היא ש"יעצר" לא אומר שחייבים לעצור. אם אפשר לפנות לביהמ"ש כשאתה לא עצור, אתה לא יכול להשתמש בזה כנגדה. אם אפשר להשתמש באקט שפגיעתו מידתית יותר, יש להעדיף אותו.

כשמדובר בשחרור בערבות ע"י ביהמ"ש: יש את שני התנאים שהיו לפני:

* התייצבות לחקירה
* לא לשבש.

יש רשימה של תנאים לשחרור בערובה, אבל ביהמ"ש יכול להוסיף תנאים ככל שימצא לנכון. לשופט יש הרבה יותר אופציות וחופש, והוא לא חייב את הסכמת החשוד.

לסיכום, הקצין הממונה יכול לעצור או לשחרר בערובה. אם החשוד לא מעוניין בתנאים שהקצין הממונה רוצה להוסיף, צריך לעצור את האדם ולהביא אותו בפני שופט. השופט יוכל לשחרר אותו בערובה עם הרבה יותר אופציות.

ס' 51(א) – חילוט: שופט צריך להורות על חילוט הערבות, והוא לא יעצור אותך אוטומטית על הפרת תנאי הערובה. אבל רוב הסיכויים שאחרי הפרה אחת לא יתנו אמון בפעם השנייה ויתנו לו ערבות.

##### הטלת ערובה

ס' 42(ו)- דינו של מי שהוטלה עליו ערובה כדין משוחרר בערובה. משמע, הטלת ערובה דומה לשחרור בערובה.

ס' 27(ד)- הס' מסביר מה הקצין הממונה עושה עם אדם שהגיע לתחנה כשהוא לא עצור (מעוכב/הגיע מרצון טוב), אבל אפשר לעצור אותו לפי ס' 13. במקרה כזה הקצין הממונה יכול לעצור אותו, או להטיל עליו ערובה. הקצין הממונה רוצה לחסוך את הפרוצדורה של מעצר ושחרור בערובה, החוק מאפשר לו לדלג מיד לערובה.
מה זה משנה הטלה או שחרור בערובה? מבחינת הסטיגמה זה משנה.

##### המשך מעצר

חייבים לבקש הארכת מעצר לפי ס' 13, ועוברים למסלול של "מעצר ימים".

##### שחרור מלא ללא תנאים

אין תנאים מיוחדים, רק משחררים.

### מעצר ראשוני לפי צו – ס' 13

כפי שאמרנו יש לס' 13 2 כובעים:

* בקשת צו למעצר ראשוני
* הארכת מעצר אחרי המעצר הראשוני (בין אם המצער היה בלי צו ובין אם היה אם).

עכשיו נדון בכובע הראשון – בקשת צו למעצר ראשוני.

#### סמכות:

* **הסמכות העניינית**- תמיד לשופט שלום, משמע תמיד פונים לבימ"ש שלום.
* **הסמכות המקומית**- לעבור על ס' 3(א). בעבר לא היה ס' סמכות מקומית, ולכאורה היה ניתן לפנות לבימ"ש במקום X כדי לקבל צו במקום Y, לכן ניתנו הוראות מיוחדות בס' 3(א). אלו לא אותם כללים של סמכות מקומית – כתב אישום (שלמדנו בעבודה).

#### תנאים בסיסיים

לפי ס' 15 כל בקשה צריכה להיות בכתב, צריכה להיתמך בתצהיר, והדיון בדלתיים סגורות (ס' 15(ח)). יש בכך היגיון – לא רוצים לסכל את עצם המעצר, אם אדם ידע את זה לא יהיה אפשר למצוא אותו.

צריך 3 תנאים:

* תשתית עובדתית- יסוד סביר לחשד שהאדם עבר עבירה שאיננה חטא (חטא היא לא עבירה שאפשר לעצור בגינה). דנו בזה לעיל. בפס"ד רוזנשטיין יש המון מקום לאינטואיציה. כאן ניתן להשתמש בראיות בלתי קבילות.
* עילת מעצר
* היעדר חלופה

##### תשתית עובדתית

יסוד סביר לחשד שהאדם עבר עבירה שאיננה חטא (חטא היא לא עבירה שאפשר לעצור בגינה). דנו בזה לעיל.

פס"ד רוזנשטיין- פסה"ד אומר שיש המון מקום לאינטואיציה שיפוטית.

ס' 15(ו)- כאן ניתן להשתמש בראיות בלתי קבילות. משמע מידע מודיעיני, פוליגרף, גיליון הרשעות קודמות וכד'. זה יכול לבסס את השלב לפני כתב אישום.

##### עילת מעצר

לא עוברים לעילות אם אין לנו תשתית. העילות כתובות בס' 13 עצמו:

שיבוש הליכי חקירה – ס' 13(א)(1)- יסוד סביר לחשש שאי מעצרו יביא לשיבוש הליכי חקירה/משפט וכד'.

מסוכנות – ס' 13(א)(2)- יסוד סביר לחשש שאדם יסכן ביטחון ציבור/אדם/מדינה. אין לנו רשימה של עבירות שיוצרות חזקת מסוכנות (כפי שלמדנו ונלמד במעצרים אחרים).

עילת מעצר מיוחדת – ס' 13(א)(3)- צריך נימוקים מיוחדים שירשמו, כדי לבצע מעצר. בעוד כל העילות האחרות התבוננו בחשוד (מסוכנות, שיבוש), העילה מתבוננת על החקירה (לא קשור לחשוד). זאת עילה יותר פוגענית מהעילות האחרות, כי היא לא קשורה לחשוד. בגלל החקירה הוא צריך להיות עצור, לדוג': מדובב. בגלל שהעילה הזו בעלת פגיעה גדולה יותר צריך נימוקים מיוחדים.

בנוסף, אי אפשר לתת יותר מ5 ימים, ובמידה ויש הארכות סך כל התקופות לא יעלו על 15 ימים.

במציאות המשטרה אומרת מספר עילות במקביל, כדי לקבל מעצר. העילה הזו פחות רלוונטית לכובע הראשון של ס' 13 בו אנחנו מדברים כעת, לכן נרחיב עליה בכובעו השני.

##### היעדר חלופה

בס' 13(ב) התנאי מופיע: בתוך הס' מבקשים מהשופט לדון בשאלה האם ניתן להשיג את אותה תכלית בחלופה.

מה זה רלוונטי לשלב הראשוני (הכובע הראשון של הס')? השופט בגוף הצו יכול להחליט על תנאים לשחרור בערובה. ניתן ללמוד את זה מס' 12.

אם חשוד נעצר במעצר ראשוני ע"פ צו, האם יש צורך להביא בפני קצין ממונה (התהליך שדיברנו עליו בשבוע שעבר)? לא, כי שופט הכשיר את המעצר מלכתחילה. בסיטואציה הזו אין חובה או צורך להביא אותו בפני הקצין הממונה. כול הבדיקה והבירור לא רלוונטיים כשיש צו מעצר ראשוני משופט.

#### שחרור לפני סיום מעצר ראשוני

ס' 20- אם הש' לא קבע את תנאי המעצר הצו תקף ל24 שעות. האם קצין יכול לשחרר את העצור לפני? הצו תקף ל24 שעות, אם רוצים להמשיך את המעצר צריך להאריך מול שופט. אבל אם רוצים לשחרר לפני, כל עוד השופט לא ביקש שהעצור יבוא אליו לפני השחרור, הקצין יכול לשחרר אותו לפני סיום 24 שעות בלי להביא אותו בפני שופט.

#### תוקף הצו וערעור

##### תוקף הצו

ס' 19- מה תוקפו של הצו? 180 ימים. כלומר, צו מעצר שניתן ללא נוכחות החשוד תקף ל180 ימים. אלא אם כן השופט האריך את התקופה, בהחלטה מנומקת. למשטרה יש 180 יום להחליט מתי היא רוצה להוציא מהכוח אל הפועל את שלב הפרוץ.

##### ערעור

ס' 52 (עיון חוזר- לאותה ערכאה)+ ס' 53 (ערר- לערכאה גבוהה יותר)- ניתן להגיש ערר על צו מעצר, או להגיש בקשה לדיון חוזר. בד"כ זה פחות קורה, כי עד שעוברות 24 שעות לא מספיקים לערער. ניתן להגיש ערר על המעצר הראשוני, אבל בפועל זה לא קורה.

#### מעצר לא חוקי

ס' 24(א)+(ב)- הס' מסביר לנו איך מבצעים את המעצר הראשוני, ואלו הכללים:

* צריך להזדהות בפני החשוד (ניתן לדחות לפי תנאים בס' 24(ב)).
* הודעה שהוא עצור- ההודעה לא ניתנת לדחייה (כל יתר הדברים כן ניתנים לדחייה).
* סיבת מעצר (ניתן לדחות לפי ס' 24(ב)).

המחוקק מבהיר לשוטרים שחייב להביא את עילת המעצר. אי אפשר לדחות את עצם שלילת החירות – ההודעה שאתה עצור.

ס' 24(ג)- כשעוצרים בלי למלא את ס'24(א)+(ב) המעצר לא חוקי. משמע, אם אני מתנגד למעצר זה לא יחשב בריחה ממשמורת אם המעצר לא חוקי.

##### התוצאות של מעצר לא חוקי

האם פגמים בשרשרת יכולים להביא לביטול כתב אישום? לדוג': אדם שעוצרים אותו מעצר לא חוקי, יכול להשפיע לא רק על ההחלטה הסופית אלא גם על ההחלטות ביניים כמו המשך מעצר. האם פגם בחוליה הראשונה יכול להביא לביטול החולייה השנייה? סוג של דוקטרינת פירות העץ המורעל. מזכיר את יונתן אוריך, ששואל מתי אנחנו צריכים לדון בפגמים (במשפט לאחר שהוגש כתב אישום או בשלב שלפני, בשלב בו מחליט ביהמ"ש על הארכת המעצר).

פש"פ 9220/12 שלמה פרץ נ' מ"י- הפגמים היו בזכות ההיוועצות (לא נתנו לו להיוועץ עם עו"ד, עיכבו את הפגישה מעבר לזמן שהיה ניתן ע"פ החוק וכד'). בשלב החקירה ביקשו הארכת מעצר, וטענת הסנגור הייתה שלאור הפגמים שהמשטרה ביצעה בחקירה, זה צריך להשפיע על החלטת ביהמ"ש האם להמשיך את המעצר או לא. יש לזה נפקות גם בשלב המעצר ולא רק בשלב ההליך העיקרי. הש' ארבל- היא מדברת על הלכת יששכרוב, ושהמקום הראוי לדון בה היא בהליך העיקרי ולא בהליך ביניים (כי התכלית לא הרתעתית, אלא מניעת פגיעה בזכות להליך הוגן). אבל היא טוענת שעלולה להיות נפקות לפגיעה בזכות ההיוועצות גם בשלב המעצר. המשך מעצרו שנפל פגם משמעותי, זה יכול לפגוע בהליך המעצר, \_\_ ובאמון הציבור. פגיעה משמעותית בזכויות העצור עלולה לשמוט את הצידוק המוסרי להמשך מעצרו, אבל זה לא ערך מוחלט וצריך לבדוק גם אינטרס ציבורי ושיקולים של הארכת מעצר. יש לאזן בין הפגיעה בזכויות החשוד, מהות הפגיעה, חומרתה, המשמעות שלה ומשך הפגיעה, לבין בטיחון הציבור וכד'. כאן הוחלט שהאינטרס הציבורי גובר.

ההלכה יוצרת את הקשר בין פגמים קודמים בזכויות החשוד להארכת המעצר בשלב החקירה, אבל מאפשרת לבחון כל מקרה לגופו. יש קשר ליונתן אוריך, אבל הוא פס"ד שמדבר על הליך ביניים אחר (חיפוש קודם לא חוקי, שעל בסיסם מבקשים צו). זה דומה כי שניהם זה הליך ביניים, ולכן יש השלכה.

אלרון בארליך והמאמר של המרצה מסתמכים על פרץ (לקרוא את המאמר!! מזכיר אותו הרבה).

##### תביעה אזרחית או פלילית על מעצר לא חוקי

מעצר שנעשה בניגוד לס' 24 לא חוקי, אבל ניזכר בפק' סד"פ מעצר וחיפוש ס' 44 שאומר שגם אם המעצר לא חוקי, אם הוא בוצע בתו"ל (גם אם השוטר היה רשלן) אי אפשר לתבוע את השוטר תביעה אזרחית או פלילית (אפשר לנקוט נגדו דין משמעתי).

דיני נזיקין מאפשרים לתבוע ברשלנות את עובד הציבור, משמע פק' הנזיקין לא מחסנת את השוטר מרשלנות. ס' 44 מרחיב אותה ואומר שלמרות הרשלנות, אם זה היה בתו"ל לא ניתן לתבוע. נזכיר שס' זה לא חל על אדם פרטי שמעכב (ראינו לעיל). כמו כן, ניתן לתבוע את המדינה כגוף, אבל לא את השוטר בפרטי.

#### סמכויות נלוות למעצר ראשוני

##### חובה לסייע למעצר

ס' 20- כל אדם חייב לעזור לשוטר או לאדם אחר לעצור אדם אחר **באופן סביר**. שוטר יכול לבקש לסייע, באופן סביר והגיוני. אי אפשר לסרב, כי לפי ס' 263 (סירוב לעזור במניעת עבירות) לחוק העונשין ניתן לקבל מאסר 3 שנים. צריך לעשות רביזיה לפליליזציה. יש יותר מדי התנהגויות שנחשבות לעבירה פלילית, לכן מנסים לעשות חשיבה חדשה.

##### כוח סביר בביצוע מעצר

ס' 19- אנחנו מציידים את השוטר באפשרות להשתמש בכוח סביר לביצוע המעצר. ככלל שאלת הסבירות של הכוח שהשוטר יכול לנקוט בו תיגזר מעוצמת ההתנגדות למעצר ולא מחומרת העבירה. כלומר, ברור שהכוח הסביר יבחן לאור עקרון המידתיות, ויש לבחון חלופות. הרציונל ברור- גם אם העבירה לא חמורה, ואתה בורח, אנחנו רוצים לאפשר למשטרה לממש את ההליך לשמו נעצרת. ככל שאתה מתנגד יותר נפעיל יותר כוח.

במקרה שהמעצר לא חוקי, זה שמתנגד יודע שהוא לא חוקי ומותר לו להפעיל כוח (כי המעצר לא חוקי). שני הצדדים ירצו לממש את תכליותיו, ומי שינצח פה ככל הנראה הוא השוטר. גם כאן יש סבירות ומידתיות אם המעצר לא חוקי אי אפשר להתנגד בכל דרך – יש הבדל בין זריקת אבן על השוטר לבין להדוף אותו ולברוח.

כוח קלטני- הסבירות של השוטר תיגזר מחומרת ההתנגדות, וזהו כלל חשוב שיש לו חריג: שימוש בכוח קטלני. משמע, נכון שעוצמת ההתנגדות של השוטר תעלה ככל שהאזרח יתנגד למעצר. אבל כשמדובר באקדח עם כוח ממית, אנחנו נרתעים. למה? האדם חף מפשע (עד שלא הורשע הוא חף מפשע), בנוסף תפקידו של שוטר הוא לא לבצע הרג או פגיעה קטלנית. לכן, ברור לנו שכאשר מדובר בכוח ממית שאלת הסבירות לא תיבחן רק מעוצמת ההתנגדות, אלא תיבחן גם בהתאם לחומרת העבירה שאתה חשוד בה. אם אדם בורח והשוטר מאבד אותו, זה לא מתאים שהשוטר יוציא אקדח, יסכן חפים משפע וירה על האדם – זו שאלה שונה אם מדובר על עבירות צווארון לבן או על רוצח.

בעניין הזה יש שני פסקי דין: פרשת גולד ופרשת אנקונינה (מי שייצג את החשוד זה חנן מלצר). ההלכה הסופית (יש ניואנס אבל לא נתייחס אליו)- ביהמ"ש קובע 3 תנאים מצטברים כדי להשתמש בכוח ממית:

* המעצר צריך להיות חוקי.
* החשוד צריך להיות חשוד בעבירה מסוג פשע (מעל 3 שנים) שיוצרת סיכון לחיים או לגוף. זה ההבדל בין גולד לאנקונינה (באנקונינה הוסיפו את התנאי של עבירה המסכנת את החיים והגוף, שבגולד התנאי הוא רק עבירה מסוג פשע). מה הרציונל? אני אסכן את שלומו של החשוד, כי הוא מסכן את שלומו של אדם אחר – מידתיות וסבירות.
* הירי צריך להיות סביר ומידתי- הירי צריך להיות באופן שלא פוגע (נוהל מעצר חשוד: ירייה באוויר, ירייה ברגל וכו').

מהו כוח קטלני?- כל דבר שיכול לגרום לפגיעה.
האם שלמות הגוף היא גם עבירה מסוג אונס וכד'?- אין תשובה בפסיקה וניתן לפרש לכאן ולכאן.

##### שימוש באזיקים

ס' 9א- ברור שצריך להשתמש באזיקים כשיש הצדק סביר לשם כך. אזיקים לעולם לא יכולים להיות כלי משפיל. יש לכך התייחסות ספציפית בחוק המעצרים.

פס"ד עובדיה- שימוש באזיקים רק כשיש הצדק בעקבות התנגדות למעצר. אם אין התנגדות, אין כל סיבה לאזיקים.

##### סמכות חיפוש וכניסה לחצרים

ס' 26 לחסד"פ- המבצע צו מעצר, ראשי שהצו או האישור בידו להיכנס לכל מקום שיש יסוד סביר להניח שהעצור נמצא בו. אם יש צו מעצר אני יכול להיכנס לכל מקום שאני חושב שהאדם נמצא בו, גם אם אין לי צו חיפוש.

עולה השאלה מה קורה אם אין לי צו מעצר, אלא אני עוצר לפי ס' 23 (צו מעצר ללא צו)? אני לא יכול להיכנס לחצרים? ס' 45 לפק' סד"פ מעצר וחיפוש- יש אפשרות כניסה למקום, אבל כתוב "מכוח רשות לעצור או לחפש", האם צריך אסמכתה (צו)?

פס"ד בירמן- **רקע**- מדובר על חייל שנמלט ממשמורת, ורצו לעצור אותו כמה ימים לאחר מכן (לא היה מרדף). הוא התנגד למעצר (חסם את הכניסה לביתו) והעמידו אותו לדין בהתנגדות למעצר. הוא הגיע לעליון בטענה שלא היה להם צו מעצר, ולכן לא יכלו להיכנס לביתו.

**דעת הרוב**- שס' 45 לא יכול להוות את המענה, כי הוא מחייב שיהיה צו. השופטים מצאו פתרון אחר, ס' 25 לפק'. לפי ס' זה שוטר רשאי ללא צו להיכנס ולחפש בכל בית, בכל מיני חלופות. בס' 25(4) כתוב שאם הייתה רדיפה, יש סמכות להיכנס בלי צו לעצור אותו. השופטים אומרים שכשכתוב "רדיפה" היא לא חייבת להיות סימולטנית להימלטות.

**הש' אלון**- בדעת יחיד הש' אומר שרדיפה היא רק סימולטנית, אבל לא שלל את המעצר. דעת המיעוט אמרה שכשכתוב "מכוח הרשות לעצור" זה כולל מעצר ללא צו. ס' 23 לחוק המעצרים נותן סמכות לעצור ללא צו, ולכן יש לו סמכות מספיקה לס' 45 (ולכן ניתן לעצור ללא צו).

##### חיפוש ותפיסה במעצר (סעיפים בפק' סד"פ מעצר וחיפוש)

ס' 22- כשעוצרים אדם השוטר רשאי לעשות חיפוש על פני הגוף (יש פירוט של איזה חיפוש בדיוק מותר לעשות).

ס' 21 – תפיסת חפצים- יש לשוטר סמכות לתפוס כלי התקפה.

ס' 32- יש סמכות אפילו רחבה יותר לפתוס כלים (לא רק כלי התקפה), בתנאי שהחפץ אלול להוות ראיה, שעברו איתו עבירה או שעלולים לעבור איתו עבירה. הסמכות הזו בולעת את הסמכות הקודמת לתפוס כלי התקפה. בין היתר מותר לתפוס מחשב או סלולרי.

ס' 23א- אם רוצים לקבל מה שכתוב בטלפון (אפשרות חדירה לחומר מחשב), צריך לקבל צו.

### מעצר ימים

פונים לבימ"ש שלום, כללים דומים של סמכות מקומית למעצר בצו ראשוני. הפעם מבקשים הארכת מעצר לצרכי חקירה. החקירה היא "הקולב" עליו תולים את המעצר.

חקירה= כל פעולה שהתפקיד שלה עשוי להיות רלוונטי לנסיבות הביצוע, מבצע העבירה, המאפיינים שלו, מצבו הנפשי של החשוד, מהות המעשה, עדים, מועד ביצוע העבירה, מקום ביצוע העבירה וכד'.

מכוח ס' 12 לחוק המעצרים מבקשים צו להארכת מעצר – הוא ההוראה שאומרת שצריך להגיש בקשה בכתב עם תצהיר וכד', והשופט צריך להחליט על הארכת מעצר.

חוזרים לס' 13 כדי לבדוק האם לתת הארכת מעצר:

* תשתית עובדתית
* עילת מעצר
* חלופת מעצר

#### תשתית עובדתית

לכאורה מדובר ביסוד סביר לחשד שבוצעה עבירה שאיננה חטא. אבל יש מה להרחיב בכובע המיוחד הזה – הרבה פעמים הארכות מעצר הן הארכה ראשונה/ שנייה/ שלישית. השאלה היא האם התשתית העובדתית שהספיקה כדי לקבל הארכת מעצר ראשונה תספיק גם לקבל הארכת מעצר שנייה או שלישית? כדי להדגים זאת יכולה להיות סיטואציה בה יש אירוע המוני ויש מצלמות, ורואים 20 אנשים שהשתתפו בו, וכולו התנהגות עבריינית כזו או אחרת. יכול להיות שבהארכת מעצר ראשונית כל ה20 האנשים שהשתתפו יאריכו להם את המעצר. אחרי יומיים/שלושה, בהארכת מעצר שנייה, והמשטרה תבוא עם אותה תשתית ראייתית, השופט ישאל מה הם עשו 3 ימים? צריך לבדוק, לחקור (אולי יש מישהו שנקלע, מי היה יותר בולט וכד'). משמע, ראיות העשויות להצדיק הארכת מעצר ראשונה לא תצדקנה הארכת מעצר שנייה ושלישית.

פרשת רוזנשטיין ופרשת לנצברג- ככל ש\_\_ וככול שנדרשות יותר הארכות מעצר, ביהמ"ש יחמיר עם התשתית הראייתית. המונח "יסוד סביר לחשד" יש בתוך התחום הזה רף עליון ותחתון. הארכת המעצר הראשונה נסתפק ברף התחתון, אבל ככול שהפגיעה בחירות גדולה יותר, נהיה יותר קפדנים.

#### עילות

* יסוד סביר לחשש
* חשש למסוכנות לציבור (כולל רכוש). אם אדם חשוד בפריצה לרכב
* עילת ייחודית – צרכי חקירה

##### צרכי חקירה

ס' 13(א)(3)- שתי העילות הראשונות שמתייחסות לחשש מהעצור, והיא מתייחסת לפעולות החקירה (גם אם אין חשש להימלטות או שיבוש). דיברנו על הייחוד של העילה, ויש לה תנאים ייחודיים. בשתי העילות האחרות ניתן לתת עד 15 ימים כל פעם (ס' 17(א)), בעילה הזו המחוקק אומר שמותר עד 5 ימים בלבד.
הנטל על המשטרה הוא להוכיח בעילה הזו שאין דרכי חקירה חלופיות סבירות שניתן להשתמש בהן בלי מעצר.
פס"ד ברונסון- הש' חשין- צריך להראות שלא ניתן לקיים באורח סביר ראוי ותקין את החקירה בדרכים המקובלות, וצריך לפעול בצורך חקירה שמחייבת מעצר. לא צריך להראות שבלי המעצר החקירה תסוכל, אבל צריך להראות קצת יותר מ"הכבדה" על המשטרה (כי ברור שהמשטרה היה יותר נוח שאתה עצור).

הנימוקים המיוחדים שירשמו- אנחנו לא רוצים לגלות לחשוד את הסיבות בגינן עוצרים אותו בס' 13(א)(3), לכן נדרשת רמת הפשטה שמצד אחד לא תמחק את המיוחדות אבל מצד שני לא תסכל את החקירה. לכן, השופט צריך לכתוב הנמקה כללית שסומכת את הבקשה על שתיקת החשוד (החשוד שותק במשטרה, ולכן אין מנוס מלעצור אותו). השוטר בד"כ מפנה למסמכים ספציפיים שחסויים מהחשוד והסנגור בשלב הזה (כי המסמכים עדיין חסויים מהם עדיין). כך הוא מבסס את הנימוקים המיוחדים, וכך לפחות ערכאת הערר תבין על בסיס מה השופט השתמש בעילה החריגה של ס' 13(א)(3) וניתן לעשות ביקורת על הבקשה. אי אפשר להאריך (לא ע"י יועמ"ש ולא ע"י העליון).

המשטרה תמיד תעדיף חשוד עצור, ולכן חשוב להגיד שלא עוצרים אדם כי אנחנו רוצים להחליש את כוח ההתנגדות שלו. לא עוצרים אדם כדי לגרום לו לשתף פעולה באופן משמעותי בגלל הקשיים במעצר. יש השלכות למעצר ברמת יכולת העמידה של החשוד, ברור שחשוד עצור יש לו פחות אפשרות לעמוד בחקירה. אבל אלו השלכות עקיפות, תוצר לוואי. לעולם לא יכולה להיות עילת מעצר של "החלשת" החשוד.

#### הארכת מעצר וניהול דיונים

ס' 16(2)- הארכת מעצר תמיד מתבצעת בנוכחות החשוד (אלא אם יש מקרים חריגים כמו בעיה רפואית ואז הסנגור צריך להיות).

ס' 16(3)- דיוני הארכת מעצר פומביים, אם כי ניתן לבצע אותם בדלתיים סגורות.

#### משך זמן המעצר

ס' 17(א)- שופט לא יכול לתת מעצר מעל 15 ימים בפעם אחת (בפועל זה כמעט לא קורה, בד"כ זה יומיים או שלושה בגלל הפגיעה בקשה בחירות).

ס' 17(ב)- בטוטאל אפשר להגיע ל30 יום מעצר, אלא אם מקבלים אישור מהיועמ"ש. אם המעצר לא ברצף, המגבלה של ה30 יום לא תקפה (כלומר צריך לספור מחדש 30 יום). צריך לשים לב שהרצף לא מלאכותי, אלא כי כך הדברים קרו ואלו צורכי החקירה.

ס' 59- היועמ"ש יכול לתת 75 יום אישור.

ס' 62(א)- שופט עליון יכול להאריך את התקופות האלה (לעיל).

##### שחרור לפני סיום מעצר ימים

מה קורה אם שופט נותן 4 ימי הארכת מעצר, והמשטרה לא רוצה להפסיק את המעצר לפני, חייב להחזיק עד סוף ה4 ימים? לא. ס' 20 לחסד"פ כל עוד השופט לא ביקש שהחשוד לא יבוא לפניו, ניתן לשחרר אותו קודם (ס' זה לא חל במעצר עד תום ההליכים, שם רק שופט יכול לשחרר).

#### עיון בחומר חקירה

נורא לא פשוט לדון בהארכת מעצר. הסנגור לא יודע כלום, אלא ניזון רק מהחשוד (אין לו את חומר החקירה במשטרה). יש לו אפשרות לחקור בחקירה נגדית את השוטר, לכן הוא בד"כ ישאל שאלות שהשוטר לא יכול לענות עליהן.

ס' 15(ה)- מה קורה שהשוטר לא יכול לענות על השאלות האלה? בימ"ש מחליט האם הוא מאשר את ההתנגדות או לא. ניתן לחייב את השוטר להשיב (ואז השוטר בד"כ יחזור בו מהגשת המסמך כדי שלא יגיע המסמך לחשוד), או שמאפשרים לתשובה להישאר חסויה. מי שיודע את הראיות הם רק השוטר והשופט, ולא הסנגור.

#### פומביות ההליך

ס' 16(3)- ההליך פומבי, אלא אם ביהמ"ש יחליט לסגור את הדלתיים מסיבות של ס' 68(ב) לחוק בתי המשפט.
ס' 68(ב) לחוק ביהמ"ש- הכלל הוא פומביות, וזהו עקרון על בחוק ביהמ"ש. בכל זאת יש אפשרות לסגור את הדלתיים, ויש לא מעט סיבות בחוק:

* הגנה על עניינו של המתלונן או נאשם בעבירות מין
* קטין
* חשש שהדיון הפומבי ירתיע עד
* הגנה על עד מוגן
* הגנה על עניינו של חשוד בדיון בבקשה באיסור פרסום שמו לפי ס' 70(ה1)(1)- כשחשוד אומר שהכול עלילת שווא, פרסום שמו עלול לעשות נזק לא יתואר. בעידן האינטרנט לגוגל יש חיי נצח ויכול להיות שתהיה כתבה שתפרסם עבירה נוראית, וגם אם זה יסתבר כשקר הכתבה תעלה שם. אחת השאלות שעלתה הייתה מה גורם לפרסום שמו של החשוד בשלב מוקדם? לפעמים יש אינטרס ציבורי בפרסום השם כדי לאסוף תלונות נוספות. לכן צריך לעשות איזון של כל השיקולים. עד לא מזמן ברירת המחדל הייתה לפרסם שם של חשוד מיד, ואם הוא רוצה להימנע מכך הוא יכול לפנות לס' 70(ה1)(1). יש לנו פלטפורמה שמאפשרת לחשוד לפנות לבימ"ש ולבקש איסור פרסום של שמו, אבל צריך שהנזק יהיה חמור והוא עולה על התועלת בפרסום שמו.
עד שחשודים הספיקו להגיש בקשה, השם כבר פורסם. לכן עלתה הצעה לשנות את ברירת המחדל, ולקבוע כלל ש48 שעות ראשונות שמו של החשוד לא יפורסם (וזו ברירת המחדל). הייתה התנגדות עצומה של מועצת העיתונות, למרות זאת זה נכנס לחוק בס' 70(ד1) לחוק ביהמ"ש. ניתן לחשוף את שמו של העצור גם עם סיום דיון ראשון מול שופט, **או** בתום 48 שעות מהזימון לחקירה/החקירה – המוקדם מבניהם. לא צריך לגרום נזק לשמו של החשוד.

זה המצב היום, אבל זה לא אומר שאי אפשר לסטות מהכלל הזה, לפי ס' 70(ד1)(2) ניתן לסטות מהכלל אם העניין הציבורי מספיק חשוב, או אם המשטרה ביקשה לפרסם והתקיימו התנאים שהמשטרה תפרט (לדוג': אזהרת הציבור, איתור חשוד או עד). לעיתים יש הסכמת החשוד (ס' 70(ד1)(4)).

ס' 70(ה)- לפעמים המשטרה מבקשת איסור פרסום, כדי לא לפגוע בחקירה.

ס' 70(ה1)(1)- ביהמ"ש יכול להגיד שלא יפרסמו את השם של החשוד, כי זה עלול לגרום לנזק חמור יותר מתועלת. אם אומרים שלא מפרסמים עד כתב אישום, אלא אם ממשיכים את זה באופן אקטיבי.

* ישנן סיבות נוספות בחוק.

### הצהרת תובע – מעבר בין מעצר במהלך החקירה, למעצר עד תום ההליכים

#### זמני המעצר

ס' 17(ד) לחוק המעצרים- כאשר אין את הקולב החקירתי, צריך לשחרר ממעצר (כי הקולב הבא הוא שלב המשפט). אבל 17(ד) משמש גשר לזמן הזה – מותר להאריך מעצר לעד 5 ימים (בכפוף להוראת ס' קטן (ב), שזה אומר שלא ניתן לעצור אדם מעל 30 יום ברצף על אותו אירוע ללא אישור יועמ"ש).

אם נדבר על תרחיש בו הסתיימה החקירה, אבל יש עוד יומיים או שלושה שנותרו, כי השופט נתן 6 ימים. אם החקירה הסתיימה אחרי 3 ימים. האם ניתן להשתמש ב3 ימים שנותרו עד המשפט לצרכי הכנת כתב אישום? לפי הס' לא. המשטרה חייבת להיות הגונה ולא להשתמש בימי מעצר של חקירה לצורך הכנת כתב אישום. המשטרה יכולה להתחכם ולהגיד שהחקירה לא הסתיימה.
צריך להביא הצהרת תובע שאומר שהוא מתכוון להעמיד לדין.

#### וודאות התובע

האם תובע שמצהיר על להגשת כתב אישום, זה צריך להיות באופן חד משמעי (באופן וודאי, החלטי וברור בסבירות של 100%, או שמספיק להגיד שכנראה עומדים להגיש כתב אישום)? לא חייב להצהיר ברמת וודאות של 100% על הגשת כתב אישום. למה? תובע הוא רשות מנהלית, וביהמ"ש בפרשת בדווי קבע כי לא רוצים לכבול את התובע. התובע צריך לעמול את הכנת כתב האישום, ללמוד לעומק את חומר החקירה. מה יועילו כמה ימים אם עכשיו התובע כובל את עצמו. מצד שני, אי אפשר ללכת גם לקיצוניות ההפוכה, אי אפשר להביא הצהרת תובע בלי להכיר את חומר הראיות ולעיין בחומר. הוא מצהיר שעל פני הדברים הוא מגיש כתב אישום.

ניסו לטעון כי התובע חייב לפרט באופן ספציפי את סעיפי האישום שיופיעו בכתב האישום שלא מוכן, אבל בפס"ד אלטוויל ביהמ"ש אומר כי לא צריך לכבול את התביעה לסעיפים ספציפיים.

אישור ביהמ"ש להצהרת תובע לא אוטומטית, ולא חייב להביא חמישה ימים. כמו כן ביהמ"ש בעצמו צריך להשתכנע שיש עילה לכאורה למעצר עד תום ההליכים. הצהרת תובע היא שלב שברור מאליו שאם היא מגיעה יבוא השלב אחרי של הגשת כתב אישום.

הפסיקה העלתה שאלה נוספת, האם אפשר לעשות "רוורס" אחרי הגשת כתב תובע? האם אפשר שהמשטרה תדרוש עוד הארכת מעצר אחרי הצהרת התובע (כלומר המשך חקירה)? פס"ד דוד שימול נ' מד"י השופטת חיות אומרת שהזיגזג של המדינה ככלל לא יעשה, אלא אם יהיו מקרים נדירים. כלומר, היא משאירה פתח חריג (הייתה הצהרת תובע, אבל פתאום יש שינוי משמעותי בחקירה). צריך להראות שהמשטרה לא יכלה קודם לכן לבצע את אותן פעולות חקירה. אי אפשר ליצור זיגזג רק בגלל מחדלי חקירה, חייב התפתחות ממשית שלא היה ניתן לצפות אותה קודם. אם אין את זה נעדיף את זכויות החשוד וההסתמכות שלו שהחקירה הסתיימה.

### מעצר עד תום ההליכים – ס' 21 לחוק המעצרים

החשוד משנה סטטוס – נאשם. הוגש כתב אישום, ואם התביעה רוצה היא יכולה להגיש ביחד עם כתב האישום להגיש בקשה למעצר עד תום ההליכים.

אדם יכול להיות עצור לפני מעצר עד תום ההליכים בעזרת מעצר לצרכי חקירה, ונוצר הרבה פעמים רצף בעזרת ס' 17(ד). אבל הרבה פעמים יכול להיות שמצב שאדם לא עצור במהלך החקירה, אבל עם הגשת כתב האישום יכולה להיות עילת מעצר. ההליך הזה נפרד מבקשת מעצר לפני כתב אישום, הוא לא חייב להיות ברצף. יכול להיות גם מצב שבאמצע המשפט תהיה בקשה למעצר עד תום ההליכים (לדוג': מתברר שהנאשם מטריד עדי תביעה).

אבחנה בין מעצר לפני הגשת כתב אישום ומעצר עד תום ההליכים:

* סמכות עניינית- לפני כתב אישום הסמכות העניינית היא תמיד של שופט שלום בכל עבירה. במקרה הזה הסמכות העניינית היא בבימה"ש שבה הוגש כתב האישום (שלום או מחוזי).
* חומר חקירה- אחד הדברים הכי חשובים בהבחנה בין שני ההליכים. אם במעצר החשוב הסנגור מגששים באפלה, כאן אנחנו בסיטואציה שהוגש כתב אישום וכל חומר הראיות הומצא בפני הנאשם וסנגורו (ס' 74). העיניים של הסנגור אינן קשורות, הוא יכול לבקש ללמוד את חומר החקירה לפני הדיון (ס' 21(ד)). בזמן הזה הנאשם יכול להיות במעצר שלא תעלה על 30 ימים. התביעה רוצה דיון עכשיו, כי רוצים רצף בלי עצירה של המעצר. הסנגור לעומת זאת קיבל את חומר החקירה רק בשלב הזה, ולכן הס' הזה קיים כדי שהנאשם והסנגור יוכלו ללמוד את החומר. הסנגור כבר לא "לוט באפלה" אלא הוא ילחם מלחמה משפטית, כי הוא יודע מה חומר הראיות שיש לתביעה.
* התקופות:
* מעצר עד 9 חודשים- במעצר עד תום ההליכים אנחנו לא מדברים על תקופות קצרות כמו שאמרנו במעדר עד הגשת כתב אישום (זה כבר לא 24 שעות, 30 ימים וכד'). כאן זה יכול להגיע למעצר של עד **9 חודשים**. כלומר, צריך שהמשפט יסתיים בהכרעת דין תוך 9 חודשים, מעבר לזה שופט עליון יכול להאריך ב90 או 150 ימים ללא מגבלה. זה לא 30 יום, אלא מעצר עד תום המשפט (שצריך להיגמר עד 9 חודשים).
* התחלת המשפט תוך 30 יום- המשפט צריך להתחיל תוך 30 יום מיום המעצר, ואם לא צריך לשחרר את האדם.
* כשאדם עצור עד תום ההליכים המצב שלו שונה לחלוטין מנאשם שלא עצור עד תום ההליכים. זה משנה את כל האינטרסים של הצדדים, כי אם אתה עצור עד תום ההליכים יש לנאשם אינטרס שהמשפט יתנהל מהר. אם אתה לא עצור עד תום ההליכים יש לך המון זמן (ולכן יכולים להגיש בקשות בעניינים דיוניים למיניהם), ולכן יש עניין לעכב את המשפט (כדי לטעון עינוי דין בגלל הזמן הרב שחלף). המצב של הנאשם שעצור עד תום ההליכים מבחינה טקטית פחות טוב, כי הוא ירצה שהמשפט יסתיים כמה שיותר מהר. זה משנה את מאזן הכוחות.
* תנאי מעצר- במעצר עד תום ההליכים התנאים יותר טובים ממעצר לצרכי חקירה.
* סמכות לשחרור לפני תום ההליכים- אין סמכות לקצין משטרה לשחרר לפני תום ההליכים, אלא רק שופט יכול לקבוע את זה.

#### המעצר

צריכים 3 תנאים:

* תשתית ראייתית
* עילת מעצר
* חלופת מאסר

##### תשתית ראייתית

הוא הולך להיות עצור לאורך כל המשפט, לכן התשתית צריכה להיות גבוהה יותר מהתשתית של המעצר לפני כתב אישום. החוק בס' 21(ב) אומר כי צריך "ראיות לכאורה להוכחת האשמה". אנחנו לא במעצר לפני כתב אישום, לכן לצורך ביסוס התשתית הראייתית היא רק על **ראיות קבילות**! לפי ס' 15 אפשר לפני כתב אישום ראיות בלתי קבילות, אבל עכשיו זה לא תקף (לא מידע מודיעי/פוליגרף או האזנת סתר בלתי קבילה). כן ניתן להשתמש בראיות בלתי קבילות לעילת המעצר, אבל לא לתשתית הראייתית.
לדוג': רוצים להוכיח עילת מסוכנות, אפשר להראות גיליון אישום של הנאשם. הוא לא יכול להיות תשתית ראייתית, אבל יכול להיות עילת מעצר (כי זה מראה שהוא כבר עשה דברים דומים).

מה קורה אם יש לנו ראייה שהקבילות שלה נתונה במחלוקת? (לדוג' דיון שקשור לכלל הפסילה הפסיקתי) האם ניתן להשתמש בה לתשתית הראייתית? פס"ד פרץ- אם ברור שהראיה לא קבילה במשפט (האזנת סתר פסולה שברור שלא תהיה קבילה), אבל אם נושא הקבילות שנוי במחלוקת ניתן להשאיר את זה לבירור במשפט. יש כאן מחלוקת ומקום לדיון.
לדוג': בימ"ש במשפט זוטה יקבע האם ההודאה ניתנה מרצון טוב וחופשי (ס' 12 לפק' הראיות), אבל בשלב הראשוני של הגשת כתב האישום זה נתון במחלוקת ולכן יש להניח שניתן להשתמש בה.

מה הכוונה ב"ראיות לכאורה להוכחת האשמה"? פס"ד זאדה- קובעים את מבחן "הסיכוי הסביר להרשאה".

**ברק**- אומר "ראיות לכאורה הן ראיות גולמיות אשר לגביהן סיכוי סביר שעיבודן במהלך המשפט תוך בחינתן בחקירות, בקביעת אמינות, ומשקל, יוביל לראיות רגילות אשר מבססות את אשמת הנאשם מעל לכל ספק סביר". מה ברק אומר? ראשית, צריך סיכוי סביר להרשאה. השופט צריך לשאול את עצמו האם הראיות מגלמות סיכוי סביר לכך שבסוף המשפט בימה"ש ירשיע מעל לכל ספק סביר. צריך להבין את ההבחנה בין ההליך העיקרי – הדיון בכתב האישום בסופו ביהמ"ש יקבע האם הנאשם ביצע את המעשה מעל לכל ספק סביר, לבין הליך ביניים (בקשת המעצר עד תום ההליכים). בהליך העיקרי דורשים מידת הוכחה מעל לכל ספק סביר, אבל שופט יגיע למסקנה הזו רק בסוף ההליך (לאחר שהובאו ראיות התביעה, ראיות ההגנה, כל הראיות עברו חקירה נגדית – הכלי הכי טוב לסנן כדי להגיע לגילוי האמת לפיו ביהמ"ש יכול להעריך את נאמנות העדים ומשקל הראיות). בשלב המעצר עד תום ההליכים לשופט יש חומר גולמי שלא עבר את העיבוד של ההליך הפלילי, כלומר את החקירה הנגדית. יש לנו רק מה שהמשטרה אספה. לכן אנחנו לא מתיימרים ששופט כזה יצטרך לגבש תשתית עובדתית של מעל לכל ספק סביר (אין לו את כל התמונה, והוא לא יכול לגבש מידע על מהימנות העדים) כי יש רק ראיות גולמיות. התביעה נמצאת במצב הכי טוב מבחינתה – יש לה את כל הראיות על בסיסן הוגש כתב האישום, אין את ראיות ההגנה. אם גם על בסיס זה השופט יכול להגיד שאין סיכוי סביר להרשעה אין תשתית ראייתית. לכן, ההבדל בין ההליך העיקרי לבין השופט שדן בבקשת המעצר עד תום ההליכים הוא שהשופט בהליך העיקרי בודק את הדברים בראיה לאחור (האם כל הראיות לרבות החקירות הנגדיות) מביאות למסקנה של מעל לכל ספק סביר. אבל כאן, השופט צריך להעריך האם יש סיכוי סביר שביהמ"ש ירשיע מעל לכל ספק סביר.

אם מתוך 100 שופטים אנחנו סבורים ש51 ירשיעו, יש ספק סביר. אם פחות, אין סיכוי סביר ולכן אין מעצר.

השופט שדן בבקשה המעצר בשלב של מעצר עד תום ההליכים צריך להסתכל בכל הראיות (מה שתומך בעמדת התביעה ומה שתומך בעמדת הנאשם). אם יש כרסום של ממש בגרסת התביעה באופן שלא מאפשר סיכוי סביר להרשעה, אין ראיות לכאורה. כך שהבדיקה הזו היא לא טכנית.

אם שופט בהליך העיקרי בסופו של יום הגיע למסקנה שבסוף ההליך ההרשעה או הזיכוי ייפול או יקום על בסיס מהימנות (האם ביהמ"ש יאמין לנאשם או למתלוננת). אם זה המצב זה אומר שיש סיכוי סביר למאסר. כי התפקיד שלך לא לשמוע את העד, אלא לראות את מכלול הראיות ולבחון האם הן מקימות סיכוי סביר להרשעה. לכן לא אמורים לדון ולהכריע בשלב מהימנות העדים. זה השופט בהליך העיקרי צריך להגיד.

דורנר- לכאורה מסכימה עם ברק, אבל אם קוראים היטב את חוות דעתה רואים שיש לה נקודת מוצא שונה. השופטת דורנר אומרת – לדעתי, המונח ראיות לכאורה הוא מונח שמחייב את השופט לבדוק האם יש ספק סביר אשמת הנאשם. כלומר, בעוד שברק דיבר על סיכוי סביר, שנקודת המבט שלו היא התביעה, דורנר מדברת על נקודת המבט של הנאשם. ברק אומר שרק אם יש כרסום של משש בגרסת התביעה, יש סיכוי סביר. אבל דורנר מדברת על ספק סביר באשמת הנאשם. לגישת דורנר כל **ספק סביר באשמת הנאשם** מאיין את התשתית הראייתית. אבל ברק אומר שספק סביר עכשווי לא שולל את הראיות לכאורה אם יש בהן פוטנציאל ראייתי שמקים סיכוי סביר להרשעה. ספק סביר לא יספיק.

יש היגיון בעמדה של דורנר, היא מנסה לקבוע רף יותר גבוה למעצר עד תום ההליכים. זה עולה בקנה אחד עם פסיקותיה שמתחשבות בזכויות האדם. הרציונל שלה ברור. הגישה של ברק, שהתקבלה במשפט, יוצרת השוואה בין התשתית הראייתית בהעמדה לדין לבין התשתית העובדתית במעצר עד תום ההליכים. אם מעמידים לדין, אוטומטית יש תשתית ראייתית למעצר עד תום ההליכים. המעצר פוגע בחירות עכשיו, יותר מכתב האישום. לכן, צריך תשתית ראייתית יותר גדולה ממה שצריך לכתב האישום.

העמדה שהתקבלה היא של ברק – צריך סיכוי סביר להרשעה.

האם הסנגוריה מביאה ראיות? אם הסנגור רוצה להביא ראיות הוא יכול, אבל לפעמים יש קושי בזה כי הוא לא ירצה לאבד ייתרון טקטי על פני התביעה (הוא יאבד את יכולת ההפתעה שלו במהלך המשפט). ביהמ"ש אמר באחד מפסקי הדין ייתכן שהוא יאפשר לסנגור להביא מידע לשופט שהובא רק בפניו ולא בפני התביעה. אבל זה יהיה במקרים חריגים. כמו שאנחנו מצפים שכל הראיות יוצגו לנאשם ולסנגור, כך גם כלל אני מצפה שהסנגור יציג את הראיות תביעה. לדוג': בש"פ מד"י נ' אבוטבול.

##### עילת מעצר

אם יש תשתית עובדתית עוברים לעילה, אם אין תשתית עובדתית אין מעצר. החוק מדבר על שתי עילות מעצר שמועדות לקדם פני סיכון:

* ס' 21(א)(1)(א)- חשש לשיבוש. תמיד מדברים על אותו נאשם מסוים שעומד לדין. החשש יכול לבוא לידי ביטוי מיטיב העבירה, ההתנהגות שלו, הנסיבות, שיבוש הליכים בעבר (יכול להיות אינדיקציה לשיבוש הליכים בעתיד).
* ס' 21(א)(1)(ב)- עילת המסוכנות.
* ס' 21(א)(1)(ב)- חשש לביטחון הציבור (כולל פגיעה ברכוש). אבל ביהמ"ש אומר שכדי לעצור אדם עד תום ההליכים בגלל פגיעה ברכוש, צריך שיהיה מדובר בביצוע שיטתי של עבירה, היקף ניכר של עבירות, שימוש באמצעים מתוחכמים, התארגנות של מספר רב של עבריינים, מרמה או זיוף. כלומר, צריך משהו מעבר. ניתן לראות זאת בפרשת פרנקל או בפרשת מזרחי.

האם חומרת העבירה יכולה להוות עילת מעצר עצמאית? כלומר, האם עצם העובדה שאדם הועמד לדין בגין עבירה חמורה היא מהווה עילת מעצר עצמאית? לא. היום מה שאנחנו רואים בחוק המעצרים ס' 21(א)(1)(ג) הוא התפתחות של חוק המעצרים, פס"ד גינמאט וחוק כבה"א וחירותו. השלבים:

* בעבר- כשאין עילות מעצר עולה שאלה האם העבירה יכולה להיות עילת מעצר עצמאית? רוב השופטים בעליון חשבו שכן. תכלית המעצר להוקיע את הנאשם, לבודד אותו וכד'. הש' אלון אמר שלא הגיוני שעילת המעצר היא עבירה עצמאית.
* אחרי 1988, לפני חוק המעצרים, תיקנו את החסד"פ והוסיפו עילות מעצר. בס' שהיה אז הוסיפו רשימה של עבירות שאם הנאשם מואשם בהם זו עבירת מעצר. כלומר, המחוקק הבין שהיה ויכוח בין השופטים בעליון והביא פשרה – חומרת העבירה היא לא עילת מעצר עצמאית, חוץ מהעבירות ברשימה הסגורה שאם אתה נאשם בהם תיעצר אוטומטית. המחוקק מיישב בין דעת רוב למיעוט. הש' אלון עדיין לא מרוצה, והוא אומר שגם במסגרת אותה רשימה סגורה של עבירות, הן יוצרות רק חזקת מסוכנות. לכן, אם הנאשם מפריך את החזקה לא יעצרו אותו. לדעת הש' חומרת העבירה לא יכולה להוות עילת מעצר עצמאית.
* בתקופה השלישית נחקק ח"י כבוד האדם וחירותו, ועמדתו של אילון חוזקה.
בגאנימט כל השופטים הכירו שמכת מדינה לא יכולה להיות עילת מעצר. כלומר שיקולי מעצר עד תום ההליכים לא יכולים להיות שיקולי הרתעה. לא משתמשים באדם למען יראו ויראו, אם הוא חף מפשע.
* התקופה האחרונה היא זו שאנחנו חיים בה היום, והיא מגולמת בס' 21(א)(1)(ג), לפיו אם הנאשם מואשם באחת מהעבירות המנויות חזקה כמתקיימת עילת המסוכנות אלא אם הנאשם הפריך את הטענה. העמדה של אילון התקבלה ע"י המחוקק. העבירה לא מהווה עילה עצמאית, כי אם אתה מואשם ע"י אחת מהעבירות האלה זה רק יוצר חזקת מסוכנות, ולכן אפשר לסתור אותה.

מבחינת המאקרו- רוב שופטי ביהמ"ש העליון היה כזה שהעדיף הלכה שפוגעת בזכויות הפרט, והמחוקק מאזן את ביהמ"ש ומעדיף את דעת המיעוט שמעלה על נס את זכויות הפרט. בד"כ זה הפוך – המחוקק פוגע בזכויות אדם והמחוקק מרסן אותו. כאן המחוקק מרסן את דעת הרוב ומעדיף את דעת המיעוט.

המסקנה: מכת מדינה, הרתעה, שיקולים של חינוך, שיקולים של "למען יראו ויראו" הן לא עילות מעצר, וגם לא הגנה על אמון הציבור. רק שיקולים מניעתיים קונקרטיים לגבי הנאשם הספציפי שעומד לדין רלוונטיים.

יש גם עילת מעצר דיונית, שקשורה להפרת תנאי מעצר קודמים, ונמצאת בס' 21(א)(2). עילת המעצר הדיונית הזו עוסקת בהתפתחויות מאוחרות כמו אי מתן ערובה, היווצרות עילה לביטול שחרור בערובה וכד'. אלו התפתחויות מאוחרות שהמשותף להן הוא **הפרת תנאים קודמים**. כשעוסקים בעילה הדיונית לא צריך לבחון עילת מעצר, ברגע שהפרת אמון אין חובה לבדוק חלופת מעצר אחרת.

ס' 51(א)- אם הפרת את תנאי הערובה, מלבד שזו עילת מעצר דיונית אפשר גם לחלט את הערובה.

##### היעדר חלופה סבירה

נזכיר שזה רלוונטיות רק עילות הראשונות, העילה הדיונית לא מחייבת לבדוק העידר חלופה סבירה.

מידתיות. מעצר הוא לא עונש, הוא לא כלי הרתעתי או מקדמה על חשבון העונש. לכן השופט תמיד צריך לשאול את עצמו האם הוא יכול להשיג את אותן תכליות בדרך שהפגיעה בחירות קלה יותר. התביעה צריכה להוכיח שאין שום חלופה ראויה.

אין שום עבירה שיש בה חובת מעצר, אפילו ברצח אם יהיה ניתן לסתור את חזקת המסוכנות.

##### הזנה הדדית בין שלושה תנאים שציינו

כדי לעצור אדם עד סוף ההליכים צריך תשתית, עילה והיעדר חלופה. האם יש חומה סינית בין שלושת התנאים? האם בודקים בנפרד ובאופן עצמאי את התשתית, העילה והיעדר חלופה? או שאין חומה סינית וכל אחד מהתנאים משפיע על השני, כלומר יש הזנה הדדית בין התנאים.

אנחנו דיברנו על סיכוי סביר להרשעה בתשתית העובדתית. השאלה היא מה קורה אם יש ראיות מוחלשות, משמע הן לא מגיעות לתשתית עובדתית שאפשר לומר שאלו ראיות חזקות, אלא נמצאות ברף הנמוך של הסיכוי סביר להרשעה. האם בסיטואציה הזו אפשר לומר שאם יש ראיות מוחלשות תגבר הנטייה לחלופת מעצר, או שאנחנו נבדוק כל מבחן בנפרד? ואין הזנה או מקבילית כוחות.

הפסיקה קבעה ש**יש מקבילית כוחות בין שלושת התנאים** הללו. אין חומה סינית, בוחנים את המכלול וכל תנאי עשוי להופיע בשני.

פרשת 5564/11- הש' עמית אומר שצריך לבחון את 3 התנאים, אבל אי אפשר לומר שאין קשר בין השלב הראשון לשניים האחרים. לכאורה הוא אומר, אפשר היה לומר שאם יש ראיות אנחנו עוברים לשלבים הבאים (ואם אין לא עוברים לשלבים הבאים) ויש סוג של חומות סיניות. אבל לא כך פני הדברים. "ניסיון החיים מלמד כי חומר ראיות אינו שחור או לבן. בתוך המסגרת של ראיות לכאורה להוכחת האשמה יש.. לעיתים המשקל של חומר הראיות גדול, לעיתים הוא לא גדול אבל יש פוטנציאל ראייתי.. הפסיקה קבעה שיש מקבילית כוחות בין עוצמת הראיות לחלופת מעצר. ככל שעוצמת הראיות קטנה יותר ובחינת חומר החקירה מעורר ספק וסתירות, כך תגדל הנכונות לשחרר לחלופת מעצר ולהיפך. יחד עם זאת, לפעמים יהיו מקרים בהם אמנם התשתית הראייתית יחסית מוחלשת אבל עילת המעצר עוצמתית.. אם העילה חזקה מאוד, לא מן הנמנע כי שנקבע שאין חלופת מעצר מתאימה למרות שהראיות מוחלשות".

יש מקבילית כוחות בין התשתית לעילה להיעדר חלופה סבירה. יש הזנה הדדית ואין חומה סינית. יחד עם זאת, המונח ראיות מוחלשות שמוזכר בפרשה שהזכרנו עכשיו ובפס"ד חסיד יוצא מתוך נק' הנחה שאנחנו עוברים את המינימום (אחרת אי אפשר להבין את הפסיקה הזו). אנחנו בתוך סיכוי סביר להרשעה, אבל ברף הנמוך שלו. אם אנחנו ברף הנמוך הנטייה לחלופת מעצר תגדל, אם אנחנו ברף הגבוה הנטייה לחלופת מעצר תקטן. לכן, הרבה פעמים אנחנו רואים שחלות המעצר וטיבה ייגזרו מעוצמת הראיות.

יתרה מכך, לא רק שיש הזנה הדדית בין התנאי הראשון לאחרים, אלא גם בין העילה לחלופה. הפסיקה קבעה שככל שהמסוכנות גבוהה יותר תקטן האפשרות לחלופה. אותן עבירות שיוצרות חזקת מסוכנות, הן יוצרות חזקה נגד שחרור בערובה.

כלומר, יש 2 תוצאות מהפסיקה:

* ככל שהראיות מוחלשות יותר (בהנחה ואנחנו עוברים את המינימום), כך גדל הסיכוי שתשוחרר מערובה, ולהפך. אם יש עילה חזקה, גם בראיות מוחלשות לא יהיה מנוס ממעצר.
* העבירות ברשימת החזקת מסוכנות עוברת לתנאי השלישי, כך שיש חזקה כנגד שחרור בערובה.

**מיכל תמיר**: כתבה מאמר בנושא, ומביאה דוגמה מתוך פס"ד אמיתי: יש סכסוך ארוך שנים בין שכנים – פלוני לאלמוני. פלוני הוא אדם נורמטיבי, אין לו עבר פלילי, יש לו עבודה קבועה. אלמוני יוצא וחוזר בית הסוהר, יש לו היסטוריה של בעיות אלימות ודקירה. אלמוני באחת הפעמים שיוצא מהכלא, בא להתנקם בפלוני ולהתעמר בו. פעם אחת אלמוני רודף אחרי פלוני, תוקף אותו בסכין, התפתח בניהם מאבק ופלוני מצליח לחטוף את הסכין מאלמוני (אחרי פציעה באצבעות) ודוקר את אלמוני כי הוא מאוד נסער. אין לו הגנה עצמית.
אלמוני נדקר, פלוני שהוא נורמטיבי עם עבודה שניסה לשמור על קור רוח, מואשם בדקירה. מוגש נגדו כתב אישום, ולא תעמוד לו טענת הגנה עצמית (הוא דקר באופן פוזיטיבי לאחר שהוא כבר חטף את הסכין). התביעה מבקשת בקשת מעצר עד תום ההליכים. מה יעשה הסנגור?

* מה שהסנגור עשה- שחרור בתנאים מגבילים (ואז הוא לא עצור). אבל שופט תורן אומר שיש תשתית ראייתית, עילה (עבירה שנמצאת ברשימת העבירות שיש להן חזקת מסוכנות), ואז בוחנים האם יש חלופה. שולחים אותו לתזכיר מאסר לבחון זאת.
* מה שהסנגור צריך לעשות- התיק נראה טרוויאלי לחלופת מעצר, אבל סנגור טוב צריך להגיד לשופט שאין עילת מעצר. למה? שופט המעצרים לא צריך לבחון האם הוא יורשע או לא בהליך הפלילי, אלא השאלה היא לעניין המסוכנות. בסיפור הזה ברור שאפשר להפריך את עילת המסוכנות. הוא לא מסוכן, הוא פעל שאל כדין אבל נקלע לסיטואציה. הוא לא מסוכן כרגע. לכן צריך שחרור מלא ללא תנאים.

ניתן לראות מהסיפור הזה שלא סתם מגיעים ל3 בלי 1+2. המקבילית כוחות יכולה לשבש את התמונה, אבל כאן זו דוגמה קלאסית להפרכה של חזקת מסוכנות.

פס"ד קורמן- פס"ד שמעורר בעיות. מדובר ברכז ביטחון בישוב, שהועמד לדין על כך שהרג ילד. הוא רדף אחרי ילד שיידה אבנים והיכה אותו עד למותו. הוא שומר על זכות השתיקה בחקירה, ובשלב בקשת המאסר הסנגור אומר שצריך לשחרר את הנאשם ולא לעצור אותו עד תום ההליכים. מדוע? זמיר- שתיקתו של הנאשם עומדת לו לרועץ בניסיונו להפריך את חזקת המסוכנות. בגלל שחזקת המסוכנות לא הופרכה, יש חזקה שנגרמת כנגד שחרור בערובה. המסקנה- אם חומרת העבירה יוצרת חזקת מסוכנות, היא יוצרת מאליה את אותה חזקה כנגד שחרור בעבירה.

שני דברים שהש' זמיר אמר:

* שתיקה במשטרה פוגעת בהפרכת חזקת המסוכנות. למה צריך לקשור בין השתיקה במשטרה ליכולת להפריך את חזקת המסוכנות? זמיר קושר בין הדברים.
* יתרה מכך זמיר לוקח את החזקה ממסוכנות לשחרור ממעצר.

המרצה חושב שהש' זמיר הלך רחוק מדי ביצירת הקשר הראשוני, אבל זו הלכה.

##### תסקיר מעצר

ס' 21א- הגשת תסקיר מעצר. הרבה פעמים לא יודעים אם יש או אין חלופה ראויה בלי תזכיר שיאפשר לעמוד על האופי של הנאשם וכד'. בד"כ הכלים הם תזכיר מעצר. קצין מבחן בודק עד כמה מדובר על אדם שאפשר לסמוך עליו אם ישוחרר וכד'. זה עוזר להבין את ההמלצה של גורם המקצוע, מה החלופות, מה המשמעות של המאסר של אותו אדם, מה הנסיבות שלו. זו סמכות רשות.

##### זמן עד להחלטת שופט

אמרנו שיש אפשרות לדחות את הדיון כדי שסנגור ילמד את חומר החקירה (ס' 21(ד)). שופט לא רובוט או מחשב, וגם לא מכונה. .לכן השופט הרבה פעמים מקבל החלטה אחרי כמה ימים. איפה כתוב ששופט יכול לעצור אדם במעצר ביניים עד שהוא מקבל החלטה במעצר עד תום ההליכים. זה לא כתוב בשום מקום (לקונה בחוק לדעת השופט), לכן הפסיקה משלימה את זה. לפי הספיקה השופט ראשי לעצור במעצר ביניים מכוח סמכות עזר, שנגזרת מהסמכות העיקרית של מעצר עד תום ההליכים. מדובר על ס' 17(ב) לחוק הפרשנות.

אחד הדברים שנקבע פסיקה היא שלא ניתן לפגוע בזכויות אדם בעזרת סמכות עזר, אלא חייב חוק. אבל זה לא מסתדר עם הפסיקה – ברור שמעצר עד החלטה פוגע בחירות. הפסיקה השתמשה בסמכות עזר, והתבססה כדי להתגבר על הלקונה בס' 3 לחסד"פ נוסח משולב. הס' אומר שבכל עניין שאין עליו הוראת חיקוק, ביהמ"ש צריך לפעול בדרך הטובה ביותר לעשיית צדק. לדעת המרצה המחוקק צריך לתקן את זה.

בפסיקה נקבע שכדי ששופט יעצור את הנאשם במעצר ביניים, בלי שיש החלטה למעצר עד תום ההליכים לגופה, צריך שיהיה לפחות ניצוץ ראייתי (של תשתית ראייתית), אחרת לא ניתן להמשיך את המאסר. בנוסף, צריך עילה לכאורה. גם אם אין תשתית מלאה ועילה מלאה, ניתן להסתפק בלפחות ניצוצות שלהם.

##### סדרי דין לבקשת מעצר עד תום ההליכים

אין סדרי דין מיוחדים להליך לבקשת מעצר, אבל יש לציין כי:

* מי שמגיש את הבקשה הוא התובע ולא השוטר.
* אם הסנגור רוצה להגיש ראיות בדיון בבקשה יכול.
* השופט שדן בתיק הזה בד"כ לא יהיה אותו שופט שדן בתיק העיקרי.
* כאשר שופט משתמש בסיכון לשיבוש או חשש למסוכנות, קיימת חובת מינוי סנגור לצורך הוצאת צו מעצר (ס' 21(ב)(2)). זה מדבר על שתי העילות המהותיות, ולא הדיונית. בנוסף, מדובר רק במקרה של מעצר. חייב לבצע דיון בבקשה מעצר על בסיס העילות המהותיות. משמע, צריך דיון, תשתית, עילה, היעדר חלופה ראויה, ובנוסף לכל זה צריך סנגור (אלא אם הוא מחליט שלא רוצה להיות מיוצג ס' 21(ג)).
* ס' 21(ה)- קצין משטרה לא יכול לשחרר נאשם שסיימו את ההליכים בעניינו, אלא יעמוד בתוקפו עד להכרעתה דין.
* הנוכחות של הנאשם חובה (אלא אם יש חריג של מצב בריאותי), הדיון פומבי.

##### שחרור בערובה

ס' 44(ב)- בימ"ש ראשי לצוות על נאשם לתת ערובה אף אם אינו מוסמך להורות על מעצרו בס' 21, כדי להבטיח את התייצבותו במשפט. כשעשה כן יראו את הנאשם כמי ששוחרר בערובה. הס' אומר שיש עוד כלי לביהמ"ש שאומר שהשופט יכול להטיל על הנאשם ערובה גם אם הוא לא מוסמך לעצור אותו לפי ס' 21. זה יכול להיות או שאין תשתית, או שאין עילה, ולכאורה אם אין תשתית ואין עילה לא מגיעים לחלופה. ביהמ"ש אומר שגם אם לא מגיעים לס' 21 ניתן להטיל ערובה (ולא לשחרר בערובה, כי לא עצרו אותו), אבל יש תנאי – שהשחרור בערובה יהיה כדי להבטיח שיתייצב במשפט. לא ניתן להטיל כל תנאי שהשופט רוצה במסגרת השחרור בערובה, כי זה מסלול עוקף. לכן זה יכול להיות רק מה שיביא אותו למשפט. כאן הואיל ואנחנו לא במסלול של 21, אלא מסלול עוקף, רק תנאי שיבטיח התייצבות במשפט. אי אפשר כל תנאי, לדוג': אי אפשר להטיל מאסר בית, כי זה מתייחס למסוכנות ולא רלוונטי להגעה שלו למשפט.

סש"פ 332/21 פלוני נ' מד"י- הש' עמית מנתח את ס' 44(ב). הש' עמית בצורה דידקטית את התהליכים של 21 ו44(ב). ההלכה: נכון שכתוב ב44(ב) שבסיטואציה הזו אפשר להטיל שחרור בערובה שיבטיח התייצבות במשפט. אבל, יש לא מעט מקרים שבהם הפרקליטות יכולה להגיש בקשת מעצר כנגד נאשם עד תום ההליכים. למרות שמתקיימים כל התנאים של ס' 21, לבקש ערובה. הפרקליטות מעדיפה ללכת למסלול מקל יותר, אלא אוטומטית שביהמ"ש יטיל עליו ערובה לפי ס' 44(ב) בלי מעצר עד תום ההליכים. אם השופט רואה שהנאשם בר מעצר (כלומר עקרונית יש את התנאים של ס' 21 – תשתית ראייתית או עילת מעצר), אבל הפרקליטות הלכה ישר לס' 44(ב). בגלל שהפרקליטות היטיבה איתו והלכה ישירות לס' 44(ב), השופט יכול להטיל תנאים מעבר לתנאים שיבטיחו את הגעתו לביהמ"ש. משמע, אפשר לסטות מס' 44(ב), אם הנאשם הזה בר מעצר.

מעצר בפיקוח אלקטרוני – לקרוא בחוק המעצרים

# חיפוש בגוף האדם

לא נדבר היום על חיפוש בחצרים, דיברנו על הנושא באופן מצומצם ולא נוכל לפתח אותו. נתמקד רק בחיפוש בגוף האדם.

ילוו אותנו 4 קטגוריות, ונמנה אותם מהקל לכבד:

* חיפוש מוגבל על פני גופו של אדם.
* חיפוש על פני גופו של אדם.
* חיפוש חיצוני לפי חוק החיפושים.
* חיפוש פנימי לפי חוק החיפושים.

אלו סוגי החיפושים שאנחנו מכירים מהקל לכבד, ומיד נרחיב על כל סוג חיפוש, התנאים לביצועו והמאפיינים שלו.

היום יש את חוק החיפושים, שחולש על שתי הקטגוריות האחרונות, למרות שהוא מתיימר להקיף את כל סוגי החיפושים. בעבר היינו במצב הרבה פחות טוב, בו המחוקק לא הגדיר סוגים שונים של חיפושים. זה חשוב כדי להבין גם את המצב הקיים. המחוקק היה פחות מסוים, היו כל מיני סעיפי חקיקה שהשתמשו במונחים שונים. הטרמינולוגיה השתנתה, אבל הכוונה הייתה דומה.

#### היסטוריה

**פס"ד קטלן**- ביהמ"ש כבר פירש באופן מצומצם את החוק. היה מדובר על הוראה בפק' בתי הסוהר, והמינוח היה "חיפוש בגוף" ודובר על חיפוש בגופו של אסיר שחזר מחופשה. בבית הסוהר פירשו שמותר לעשות חוקן, וביהמ"ש קבע שזה חיפוש מסוג חדירה. כדי שתתאפשר חדירה לגוף האדם צריך שתהיה אישור מפורש בחוק, לכן את אותו ס' מפרשים ללא אלמנט חודרני.

ביהמ"ש קבע מבחן: אם יש אלמנט חודרני צריך הסמכה מפורשת בחוק, כל עוד אין אלמנט כזה מספיק הסמכה כללית. לכן, דיגמת עור הייתה אסורה, כי היא הייתה אסורה. אבל לקחת דגימה מתחת לציפורניים היה מותר, כי זה לא התפרש כחדירה או ניתוק מגופו של אדם. לקיחת שערה נחשב ניתוק ולכן צריך הכשרה מפורשת, אבל עיון בגופו העירום של אדם היה מותר לעשות אם יש את המונח "חיפוש". הפרשנות לא טובה, כי מבחינת הכבוד הרבה יותר פוגעני חיפוש בעירום.

**פס"ד גואטה**- בפרשה הזו מדובר על חיפוש על גופו של חשוד, בהסכמתו נעשה חיפוש כשהוא הפשיל את מכנסיו כי הוא הסתיר חבילת סמים. הש' אלון- אם החיפוש חודשני צריך הסמכה מפורשת, ואם הוא לא חודרני מספיקה ההסמכה הכללית. הש' אלון אומר בגלל שרק הוצא דבר חיצוני בין שני ישבניו, זה נכנס תחת קטגוריה של חיפוש לא חודרני. הש' אלון אומר שהחיפוש צריך להיות תוך שמירה על הכבוד וכד'.

הרקע ממחיש את המבחן הלא מדויק ועמום שהיה בעבר – היום המצב שונה.

## חיפוש מוגבל על פני גופו של אדם

מוזכרת רק במקום אחד החקיקה – חוק המעצרים.

עיכוב מוסדר מופיע בחוק המעצרים בס' 66 ואילך, ויש בתוך סעיפים אלו את ס' 72 (חיפוש מוגבל על גופו של אדם). מה הוא אומר? אם שוטר עיכב אדם והכניס אותו לנייגת או אמבולנס, הוא יכול לעשות חיפוש מוגבל על גופו (כדי לוודא שאין לו כלי נשק). גם אם אין חשד סביר שיש לו כלי נשק, עדיין מותר לחפש (כדי ששוטרים לא יסתכנו ברכב עצמו).

##### הגדרה

המחוקק מגדיר בס' 72(ו)- יש את אותן 4 קטגוריות שמיד נדבר עליהן. חיפוש על פני גופו של אדם הוא לא חיפוש פנימי ולא חיצוני. ההגדרה היא שיורית – כל מה שהוא לא פנימי או חיצוני, בהגדרה יכנס לקטגוריה של חיפוש על פני הגוף. כשאנחנו נכנסים לקניון, לנתב"ג וכד' אנחנו עוברים חיפוש. חיפוש על פני הגוף מוגבל הוא יותר ומינימליסטי, למה? הוא לא כולל הסרת בגד שחושף את גופו, למעט הסרת נעליים או כיסוי פנים.

##### למה הקטגוריה הייתה רק לעיכוב?

* עיכוב עד
* אין חשד סביר לביצוע עבירה.

אנחנו לא רוצים לתת סמכות לחיפוש כבד, אם אין סיבה טובה והוא לא חשוד. אז אנחנו רוצים להוריד את הרף של החיפוש ולא לעשות חיפוש רציני מדי.

## חיפוש על פני גופו של אדם

ניתן לראות את סוג החיפוש הזה בס' 22 לפק' סד"פ, משם הקטגוריה הזו התחילה. אנחנו עוסקים בחיפוש בעצור, כלומר נק' המוצא היא ששוטר עצר אדם והמעצר חוקי או מי שמקבל חשוד או מי שמקבל אסיר, יש לו אישור לערוך חיפוש על גופו – "חיפוש על פני גופו של אדם".

##### ההגדרה

ההגדרה גם פה שיורית: כל מה שלא פנימי או חיצוני יכנס לתוך חיפוש על פני גופו של אדם. זה כבר לא מוגבל (בחלק הקודם היה איסור להסיר בגד וכו', אבל כאן אין את המגבלה הזו). מדובר על סוג חיפוש מינימליסטי (בכלים, בבגדים, בתיקים), כפי שמתבצע בכניסה לקניון וכד'. אין לזלזל בסוג החיפוש הזה, גם אליו דרושה הסמכה מפורשת בחוק. הרשות הציבורית חייבת הסמכה בחוק, אפילו למאבטח בכניסה לאוני'.

##### דוגמות לחיפושים האלה

על פני החקיקה פזורות לא מעט דוגמות לסוג החיפוש הזה – על גופו של אדם. בד"כ כרטיס הכניסה לחיפוש הזה הוא חשד סביר לביצוע העבירה. אבל לא תמיד, המחוקק יכול להחליט שהוא מאפשר חיפוש גם ללא חשד סביר, בנסיבות מסוימות.

סעיפי חוק:

* אדם שמסרב לעיכוב חוקי זו עילה למעצר, והס' מאפשר לשוטר לבצע חיפוש על פני גופו (מכוח ס' 22). בס' 22 לא כתוב שצריך חשד סביר.
* ס' 29 לפק' סד"פ – צריך חשד סביר להסתרה של חפץ.
* חוק סמכויות לשם שמירה על בטחון הציבור (החוק מכוחו מבצעים חיפוש בכניסה לקניון). ס' 3(ב)- היה חשד סביר שאדם נושא עימו נשק שלא כדין, או עומד לעשות שימוש שלא כדין בנשק, רשאי הוא לעשות חיפוש על גופו של אדם או ברכב. בס' 3(ד) יש הגדרה של "חיפוש על פני גופו של אדם, ומפנה לס' 22 לפק'.
* ס' 3(ב1)- חשד סביר שאדם עומד לבצע עבירת אלימות, יש לבחון האם יש לו כלי נשק. אם אדם נוקט באלימות מילולית או איומים או \_\_, השוטר יכול לערוך חיפוש על גופו.
* ס'3(א)(2)- ניתן לבצע חיפוש על גופו של אדם, או על המקומות המצוינים.

רוב פסקי הדין נוגעים לקטגוריה הזו, לאחרונה יש יותר פסקי דין שדנים בקטגוריות הבאות.

האם ניתן להסיר את הבגדים בחיפוש על פני הגוף? ההגדרה שיורית, משמע כל מה שהוא לא פנימי או חיצוני. בחינת גופו של אדם היא בקטגוריה של חיפוש חיצוני, ולכן לא נכנס כאן.

#### קבלת הסכמה

הצורך לבקש הסכמה לא כתוב לגבי חיפוש על פני הגוף, ולגבי חיפוש מוגבל על פני הגוף. האם גם לגבי חיפוש על פני הגוף צריך לבקש הסכמה? השאלה מתחדדת עוד יותר לאור ס' 2(א)+2(ב). בס' 2(א) נאמר שלא עורכים חיפוש על גופו של חשוד ללא הסכמה. בס' 2(ב) נאמר שאם יש הסדר שונה בחוק אחר נותנים לו עדיפות (הסדר ספציפי גובר על כללי).

את רכיב ההסכמה ניתן לייבא לשתי הקטגוריות הראשונות, ולדעת המרצה כך צריך להיות. בפס"ד קסאי הש' מלצר לא מקבל את זה. לדעתו בחיפוש על פני הגוף לא חייבים לבקש את ההסכמה (אמנם מומלץ ורצוי), אבל לא חייבים. לדעת המרצה החוק מאפשר פרשנות כזו, לפי ס' 2(א)+2(ב) שמרחיבים את החוק לסעיפים שלא בתוכו.

##### מה קורה כשאין הסכמה? (בשתי הקטגוריות הראשונות)

אם יש חיפוש על הגוף, יש גם סמכות עיכוב (ס' 69 לחוק המעצרים, דיברנו עליו בפס"ד טבקה). זה הגשר בין חוקים אחרים לבין העיכוב. לכן אם יש סמכות לחפש על פני הגוף, ניתן לעכב. אם אתה מתנגד לחיפוש הזה, ניתן לראות זאת להתנגדות לעיכוב. (זה יצירתי, אבל אנחנו לא יכולים לאפשר בלי סמכות).

יש סמכות למעצר בס' 23(ב) לחוק המעצרים. אם יש סמכות למעצר לפי ס' זה, יש לי סמכות להשתמש בכוח סביר לפי ס' 19 בפק' סד"פ.

יש אישור לחיפוש על פני הגוף, סירוב לחיפוש הוא סירוב לעיכוב(ס' 69 לחוק המעצרים), מותר לבצע מעצר(ס' 32(ב) לחוק המעצרים), ולכן מותר לעשות שימוש בכוח (ס' 19 לפק' סד"פ).

## חיפוש חיצוני לפי חוק החיפושים

חסד"פ (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי) זה החוק שמדבר על שתי הקטגוריות השניות. זהו חוק חשוב, יש לו התייחסות לחיפוש חיצוני ודן בנטילת אמצעי זיהוי (והמגבלות של נטילת אמצעים והכנסה למאגר).

##### הגדרה

החוק מאבחן בין חיפוש חיצוני לחיפוש פנימי. כמובן צריך קודם להבין מהו חיפוש חיצוני ומהו פנימי. לפי ס' ההגדרות- יש 12 סוגים של חיפושים חיצוניים, ולא מצטברים. הם לא יכולים להיות בקטגוריה הראשונה או השנייה, כפי שאמרנו לעיל.

לגבי שתי הקטגוריות הראשונות צריך הסמכה מהחוק מתי מותר להשתמש בהם. לגבי חיפוש חיצוני ופנימי הכול מוסדר בחוק.

לפי הפסיקה הישנה לקיחת חומר מתחת לציפורניים ועירום זה אל חיפוש על פני הגוף, אלא חיפוש חיצוני. המבחנים הקודמים עשו אבחה טכנית (ניתוק או לא, חדירה או לא), וכאן ההבחנה מהותית יותר ומתייחסת לחומרת הפגיעה בכבוד האדם.

#### מתי מותר לעשות חיפוש?

התשובה כתובה בחוק. תחילה נסתכל על ההגדרה של "עבירה"= עוון או פשע. חשוד הוא מי שיש לגביו חשד סביר שעבר עבירה. משמע, כאן צריך חשד סביר, שעברת עבירה מסוג עוון או פשע. חטא מחוץ לתחום, והעונש בגינה הוא עד 3 חודשי מאסר.

בבדיקת ינשוף יש חריג בפק' התעבורה, שמותר לעשות באופן רנדומלי. מעבר לכך, כל הדברים שמוזכרים כחיפוש חיצוני חייב שיהיה חשד סביר.

ס' 3:

* יסוד סביר, קשר בין החשוד לביצוע העבירה (נזכיר עבירת עוון או פשע).
* החיפוש יכול להיות ע"י שוטר מכל דרגה.
* ס' 3(ג)- צורך לקבל את הסכמת החשוד. קצין משטרה אומר לו מה ההשלכות, כולל שימוש בכוח סביר בנוגע לדברים מסוימים שמותר לעשות זאת ע"פ החוק. חייבים לפנות אליו ולבקש את הסכמתו, יש בכך כבוד לגופו. זה חשוב ברמה המוסרית.

##### מה קורה כשאין הסכמה?

צריך להביא את החשוד למשטרה, שמביא את ההשלכות לסירובו (ס' 3(ג)). אם הוא מסרב אפשר להשתמש בכוח סביר לצורך ביצוע חיפוש חיצוני, אבל לא לכל סוגי החיפוש החיצוני. איך יודעים זאת? בס' 3(ב) כתוב מתוך הרשימה של חיפוש חיצוני, על מה מותר להפעיל כוח סביר (כלומר, יש רשימה סגורה בחוק).

חיפוש חיצוני לא חודרני – מותר לעשות בכוח סביר: ס' 1-3, 6-8.

חיפוש חיצוני חודרני– אסור לעשות בכוח סביר: 4-5.

\*יש לציין ששיער מותר לקחת בכוח, רק אם מדובר על תלישת שיער לא משיער באזורים מוצנעים.

פס"ד פרחי- הוא הפקיר את הסיגריה, ולא שאלו אותו על הסכמתו. תרגילי חקירה שמובילים לקבלת ראיה גם אם היא נכנסת לתוך סוג של חיפוש חיצוני, היא לא נכנסת לתוך המגבלות של חוק החיפוש ולכן לא צריך ללכת לפי התנאים האלו.

פרשת נחמני- מדובר על אדם שביצע רצח ב98, של נערה בת 17. לא היה קצה חוט, ו16 שנים אחרי הרצח המשטרה עלתה על עקבותיו של הנאשם והוא הורשע. איך היא עלתה על עקבותיו? היה DNA על גבי הקורבן, אבל לא היה קצה חוט. בשלב מסוים התפתחה טכנולוגיה של חיפוש משפחתי, ולמעשה הגיעו למסקנה שהDNA בעבירה יכול להתאים לDNA של אנשים שנמצאים במאגר. קרוב המשפחה הוא אבא, ראו שיש לו שני בנים וזה התאים לאחד מהם. אחד מהם ירק ברחוב. אותה יריקה שהוא השאיר למשטרה, הביאה למציאת הDNA שנמצא על גופה של הקורבן.
אחת הטענות של הנאשם הייתה שלא יכלו לקחת את היריקה, כי לא עשו את התהליך של חוק החיפושים. תרגיל/ פעולת חקירה שהובילו לקבלת ראיה, גם אם היא נכנסת לחוק החיפושים ע"פ הרשימה, היא מחוץ לפרוצדורה של החוק. השופט עמית אומר שכאשר אדם "מפקיר דגימה" ברשות הרבים בצורה שהופכת להיות הפקר, היא מותרת!

במקרה כזה מותר רק להשוות לDNA בעבירה ספציפית, ולא להכניס את הדגימה למאגר.

במקרה של חיפוש חיצוני חודרני – אותו דבר כמו חיפוש פנימי (היתר וכן הלאה).

## חיפוש פנימי לפי חוק החיפושים

יש רשימה סגורה בס' ההגדרות לחסד"פ סמכויות אכיפה, שגם האפשרויות שם לא מצטברות (כמו בקטגוריה הקודמת).

לגבי שתי הקטגוריות הראשונות צריך הסמכה מהחוק מתי מותר להשתמש בהם. לגבי חיפוש חיצוני ופנימי הכול מוסדר בחוק.

### מתי מותר לעשות חיפוש?

התשובה כתובה בחוק. תחילה נסתכל על ההגדרה של "עבירה"= עוון או פשע. חשוד הוא מי שיש לגביו חשד סביר שעבר עבירה. משמע, כאן צריך חשד סביר, שעברת עבירה מסוג עוון או פשע. חטא מחוץ לתחום, והעונש בגינה הוא עד 3 חודשי מאסר.

* ס' 4- חשד לעבירה מסוג פשע בלבד.

ס' 4(ב)- מדבר על דגימת דם, ואומר שיש חריג ומותר לקחת גם בשל עבירה מסוג עוון.

* רק קצין משטרה יכול להורות על חיפוש אם יש חשד.
* ס' 2(ג)- צורך לקבל את הסכמת החשוד.
* בחיפוש פנימי גם אם החשוד מסכים או לא, חייבים אישור רופא (כתוב באחד הס' 4(ד)).
* תנאים נוספים להלן.

#### מה קורה כשאין הסכמה?

במדינת ישראל לא ניתן לבצע חיפוש פנימי בכוח בכלל, לא סביר ולא "לא סביר". האופציה היחידה היא רק חיפוש לא חודרני. כלומר, אפשר לבצע חיפוש בכוח סביר רק חיצוני, ולא חודרני. חיפוש חיצוני חודרני וחיפוש פנימי אי אפשר לבצע בכוח!

בנוסף להליך לפני קצין המשטרה צריך לעבור עוד שלב, והשלב הוא כי במידה והחשוד מסרב לביצוע החשוד צריך לפנות לבימ"ש שלום לבקש היתר לעריכת חיפוש. כלומר, לגבי חיפוש פנימי צריך לפנות לבקש היתר.

לגבי בדיקה גניקולוגית: גם אם יש הסכמה, חייבים היתר! המחוקק פטרנליסטי, ולפי המרצה טוב שכך.

קצין משטרה צריך להגיש בקשה, לפי ס' 7 ולצרף את כל הפרטים המצוינים בס'. ביהמ"ש ייתן היתר לפי ס' 8(א):

* הצורך בהשגת הראיה
* אין דרך סבירה אחרת להשיג ראיה או להוכיח קשר לביצוע עבירה
* עוד תנאים פרוצדורליים.

דרך המלך היא פניה לבקשת היתר. לא חייב היתר כשקבלת ההיתר כרוכה בפגיעה בראיה, ויש להסביר זאת לחשוד ואת המשמעות המשפטית של הסירוב.

#### למה צריך היתר?

ההיתר לא מקנה אישור לשימוש בכוח בכלל, אז למה צריך היתר?:

* יהיה אפשר לייחס סנקציה ראייתית לסירוב.
* הסירוב יחשב עבירה פלילית.

צו הוא מחייב, ולכן המחוקק השתמש במונח שפחות יש בו אלמנט כפייה – המונח היתר.

##### השלכות הראייתיות לסירוב חיפוש

ס' 11 לחוק החיפושים ברור מאוד – סירוב באמירה או התנהגות, והחיפוש לא נעשה בשל הסירוב, זה מהווה חיזוק לראיות.

אם זה חיפוש פנימי ולא הוגשה בקשה להיתר, או שבימה"ש לא נתן היתר, או שהרופא לא נתן היתר, או האפוטרופוס של החשוד מסרב – אין סנקציה ראייתית. מתי תהיה סנקציה ראייתית? אם החיפוש לא נערך בשל הסירוב. אם סירבתי אבל בוצע חיפוש בכוח סביר, אין סנקציה על הסירוב.

##### הסירוב יחשב עבירה פלילית עצמאית

לפי ס' 12 לחסד"פ (סמכויות אכיפה). יש עבירות (רצח, סמים, מין, עבירות שעונשן למעלה מ10 שנות מאסר) שאם אתה חשוד בהם ואתה מסרב לחיפוש, זו עבירה פלילית של עד שנתיים מאסר.

זו עבירה פלילית רק אם התקבל היתר מביהמ"ש, אם זה חיפוש פנימי. כמו כן, אם אפשר לבצע שימוש בכוח כדי שזו תהיה עבירה פלילית חייב שהחשוד לא יאפשר היה לבצע את החיפוש.

יש ס' נוספים שאפשר להעמיד לדין בעניין הסירוב, גם אם זו לא עבירה עצמאית.

#### אופן ביצוע החיפוש – שתי הקטגוריות האחרונות

ס' 2 בחוק החיפושים:

* הסכמה (לעיל)
* שמירה על הכבוד (2(ד)) (בפס"ד \_\_).
* החיפוש צריך להיות ע"י בן מינך, אלא אם מתקיימים אחד התנאים בס' 2(ה).

דיברנו על כך שבחיפוש על פני גופו של חשוד לא צריך הסכמה.

יש חיפושים מסוימים שחייבים להיות ע"י רופא או במרפאה. נזכיר שתמיד חייבים אישור רופא בכל הנוגע לחיפוש פנימי.

#### האם ניתן לבצע חיפוש לא רשום בהסכמה?

לגבי חיפוש חיצוני פנימי, הנושא מוסדר. ניתן לראות זאת בס' 14(א) – חיפוש בהסכמה על גופו של אדם שאיננו חשוד. אבל, יש לס' 2 תנאים:

* בדיקת קשר אפשרי לעבירה הנחקרת (מה שהיה בפרחי)
* ראיה הנדרשת מעד או מנפגע עבירה (לדוג' אונס).

ההסכמה צריכה להיות אחרי הסבר למה הוא מסכים, לכך שמותר לו להתנגד, וההסכמה צריכה להיות בכתב.

#### הסכמה של חשוד לבצע חיפוש שלא כתב בחוק

אלו התנאים אצל אדם שאינו חשוד. ועכשיו עולה השאלה האם ניתן לבקש הסכמה של חשוד לבצע חיפוש שלא רשום ברשימת החיפושים בחוק? דוגמות לכך:

* בתוך חיפוש פנימי לא מופיע חוקן
* בתוך חיפוש חיצוני לא מופיע טבילת ידיים בתמיסה כימית כדי לגלות שאריות סם.
* שתיית מי מלח, כדי שתקיא חבילת סם שהשוטר חושב שבלעת.

האם אפשר כחלק מהאוטונומיה של הפרט לבקש מחשוד לקבל את הסכמתו לחיפוש פנימי לא חוקי (לא כתוב בחוק). האם הסכמה (ובפרט הסכמה מדעת) יכולה לרפא חיפוש לא חוקי? השאלה הזו צריכה להישאל לאור הלכת בן חיים.

הלכת בן חיים- הש' בייניש אומרת שאם ההסכמה מדעת, כלומר השוטר אומר לאדם שהוא לא חייה להסכים ושזה לא ייזקף לחובתו, אפשר לבצע חיפוש שלא יהיה בדין. האם על אותו רציונל אפשר על בסיס הסכמה מדעת, לבצע חיפוש שלא מנוי ברשימת חוק החיפושים? או בתנאים שאסור לבצע חיפוש בחוק החיפושים? טיעונים לכאן ולכאן:

* הסדר שלילי- ס' 14 התייחס לסנריו של חיפוש בהסכמה, ואם הוא התייחס לכך רק בסיטואציה הזו אפשר לבצע חיפוש בהסכמה מדעת.
* כתוב במפורש אחד מאלה, כלומר כתוב במפורש שזו רשימה סגורה. אז איך אפשר להכניס בהסכמה עוד דברים?
* טיעון פטרנליסטי- בן חיים שמכשיר הסכמה כתחליף על הסכמה של חיפוש ברף הנמוך (על פני הגוף), אבל כאן מדובר על חיפוש חיצוני או פנימי שאלמנט הפגיעה בכבוד גבוהה יותר ולכן הסכמה מדעת לא תספיק.
בפס"ד בן חיים בייניש אומרת שהלכת בן חיים רלוונטית לחיפוש על פני הגוף ולא לחיפוש חיצוני או פנימי. הפגיעה בכבוד היא גדולה מדי, ולכן המחוקק לא רוצה לתת לך להסכים לפגיעה כל כך קשה.

נק' המוצא היא שלמעט ס' 14 בחוק החיפושים אין אפשרות להסכמה בחיפוש חיצוני או פנימי. כלומר, הסכמה שהחיפוש יהיה בניגוד לדין.

#### דוגמה מעשית – פס"ד 3199/20 זייצב נ' מד"י

פס"ד מהשנה האחרונה. הש' אלרון- האם שוטר רשאי לערוך חיפוש על גופו של אדם (על פני גופו של אדם), לצורך איתור סמים ללא חשד סביר שהוא נושא סם? מדובר ברובריקה השנייה. התנאים לחיפוש נמצאים בס' עצמו, לכן צריך לראות מה אומר הס'. אנחנו מדברים על אדם שנחת בטיסה משדה התעופה, ונערך חיפוש בחפציו לסם קנאביס ופסילוצין. השאלה היא כך- הואיל והבדיקה הייתה אקראית, האם הייתה סמכות לבצע את החיפוש הזה? (זה מוביל אותנו ליששכרוב). לצורך זה יש 3 ס': 2 בפק' הסמים ואחד בחוק הטייס.

פק' הסמים: ס' 28(ב)(4) מתיר לערוך חיפוש על גופו של אדם אם הוא דרוש לצורך קיום פק' זו. אם זה לא בשדה התעופה, רלוונטי ס' 20(8)(ב)(2) צריך יסוד סביר להניח שאותו אדם נושא עימו סם מסוכן.

##### האם הייתה סמכות לבצע חיפוש?

הש' פותח בעיקרון הכללי שכל חיפוש פוגע בכבוד והפרטיות, גם הסמכה לא יכולה להיות כללית. ככל שמדובר בפגיעה קשה יותר וזכות יסוד הוא יהיה יותר קפדן. השאלה היא מהי הדרישה "לצורך ביצוע הפקודה"? חשד סביר הוא הכניסה לביצוע חיפוש (הש' נותן דוג'). מה הקריטריון לביסוס חשד סביר? לא מספיק תחושת בטן/ אינטואיציה/ עבר פלילי קודם שמנותק מכל דבר אחר.
אבל לכלל הזה יש חריגים, יש מקרים שהמחוקק מאפשר חיפוש על פני גופו של אדם לצורך ביצוע פעולה ספציפית, גם בהיעדר חשד סביר.

יש גם את בן חיים, שם אומרים שאפשר לבצע חיפוש על גופו של אדם אם יש הסכמה מדעת ואין הסמכה בדין. בנוסף, יש סעיפי חוק שמתירים חיפוש על פני גופו של אדם בלבד שהחיפוש נועד להשיג מטרה ספציפית בחוק. וזה המקרה שלנו. הוא נותן את הדוגמה של המאבטחים בקניון (שיכולים לעשות חיפוש על גופו של אדם כדי להיכנס). גם המקרה הזה הוא דוגמה לכך – אדם שנכנס לשדה התעופה ניתן לבצע חיפוש לקיום הוראות הפקודה. כמו כן נכנס חוק הטייס, שאומר שמותר לבצע חיפוש כדי לשמור על ביטחון הציבור.

הש' אלרון אומר שלמרות שהס' כללי, אנחנו לא יכולים לאפשר ביצוע חיפוש על פני גופו של אדם בלי תשתית עובדתית שמצדיקה את זה (מזכיר את פס"ד טבקה). אם נפרש את הס' באופן רחב מדי זה יכול ליצור פתח ל"פרופיילינג". לכן, יש שני תנאים:

* החיפוש צריך להיות רק לתכלית לשמה הוא נועד
* החיפוש צריך להיות מידתי.

גם אם לא חייב להראות חשד סביר, עדיין צריך להראות נחיצות של החיפוש לצורך קיום הפקודה. לא צריך חשד קונקרטי שהוא נושא סם, אבל צריך להבטיח אמות מידה ברורות ואחידות שיעוגנו בנוהל ויתבססו על תשתית עובדתית מינימאלית וקשר רציונלי בין נחיצות החיפוש לבין התכלית לשמה מבקשים אותו. כמו כן החיפוש צריך להיות מידתי.

דפוסי פעולה של גורמים עבריינים, מדינות שיש מהן סיכון לפעילות עבריינית (לדוג' כל הטיסות מאמסטרדם), וכד'. אחרת, זו סמכות ללא מגבלות. כך נוכל לוודא שאין אפליה ואין שרירות.

##### יישום הלכת יששכרוב

ביישום (מן הכלל אל הפרט) מגיע השופט אלרון למסקנה שלא היה שום נוהל או מדיניות במקרה הזה, ולכן החיפוש הוא לא כדין. יש סם שנמצא והולכים להלכת יששכרוב (שקבעה כי כל אימת שנמצאה ראיה כתוצאה מחיפוש לא חוקי). **במקרה כזה ישר עוברים ליששכרוב!!!** (לעיל).
במקרה הזה הש' אומר שלפי יששכרוב הדוקטרינה יחסית, ולכן באיזון בין הפגיעה בזכויות הנשאם לעבירה, הכף נוטה לטובת הנאשם. כלומר, הש' אלרון מזכה אותו.

הש' ברון- מצטרפת אל הש' אלרון, כי לא הגיוני שאין שום מתווה ברור לבדיקה (גם אם המתווה הוא בדיקה רנדומלית צריך להיות הסדר כלשהו).

הש' מינץ- מסכים עם אלרון כמעט לאורך כל הדרך, עד ליישום יששכרוב. אין נוהל שמסדיר את אופן הפעלת הסמכות, השוטר לא יכול להסביר למה הוא בחר בו ולא בשני. זה לא אומר שאקראיות היא לא חוקית, ולפעמים דווקא בדיקה כזו יכולה להיות בסדר. אבל גם אם עושים אקראי צריך מדיניות אקראית ולא סתם. הוא לא חושב שזה מצדיק את פסילת הראיה, כי לא מדובר בבעיה של פסילה ללא סמכות, אלא בעיה של יישום. הפגמים בסמכות נבעו מבעיה של יישום כללי הפסילה, ולא מחוסר כללי פסילה.

# שיקולי התביעה והעמדה לדין

מהם שיקולי התביעה במסגרת העמדה לדין. יש סוגים שונים של תובעים (ס' 12 לחסד"פ), פרקליטות, תביעה משטרתית ותובעים שקיבלו הסמכה מהיועמ"ש. כולם כפופים ליועמ"ש, שמחזיק בכובע הזה עם כובעים אחרים. שאלת פיצול סמכויותיו של היועמ"ש עולה על הפרק באופן תדיר, ושר המשפטים הנוכחי רוצה לפצל את הכובע הייעוצי ומהכובע התביעתי של ביועמ"ש, אבל אנחנו לא נדון בזה.

ס' 60 לחסד"פ- הס' שקובע מתי התביעה הפרקליטותית תחליט האם להעמיד לדין, ומתי התיק יעבור לתביעה המשטרתית. כלומר חולקת העבודה בין התביעה המשטרתית לפרקליטותית.

ס' 60ו- אם חומר חקירה הגיע לגורם שהוא לא היה אמור להגיע אליו (לפרקליטות במקום לתביעה המשטרתית ולהפך), הפגם לא יגרום לפסילת ההליך.

ס' 61- התובע יכול לשלוח את המשטרה להשלמת חקירה במקרה שאין מספיק חומר.

ס' 64- יש אפשרות להגיש ערר על החלטה לסגור את התיק.

כשתובע רוצה לסגור תיק הוא צריך להסביר את עילת הסגירה, וזה יכול אחד מאלה:

* חוסר תשתית ראייתית (אין ראיות). עניין ראיות.
* חוסר אשמה. עניין ראייתי
* חוסר עניין לציבור – "נסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות להעמדה לדין". זה עניין נורמטיבי ערכי.

מיד נפרט את כל הדברים האלו.

**ההבדל בין חוסר אשמה לחוסר תשתית ראייתית**: יש הבדל בין חוסר אשמה לחוסר ראיות: ברור שחוסר אשמה טוב יותר, כי תיק שנסגר מחוסר אשמה נמחק מרישומי המשטרה. בניגוד לתיק שנסגר מחוסר ראיות שנמצא ברישומי המשטרה.
מה זה אומר? חוץ מרישום פלילי יש רישום משטרתי, ברישום המשטרתי המשטרה מנהלת רישום של תיקי חקירה ויש גורמים מסוימים שמנויים בתוספת לחוק (משטרה, שב"כ, קצין מבחן וכד') שרשאים לעיין באישום המשטרתי. לכן ברור שעדיף שתיק ייסגר מחוסר אשמה, כי אז הוא לא יהיה רשום במשטרה. ברור שתיק שנסגר מחוסר אשמה מבחינתו של החשוד זה הרבה יותר טוב, כי בחוסר ראיות יש מחשבה ש"אין אשמה בלי אש" וזה יכול לפגום בעתיד של האדם.

#### תנאים מצטברים להעמדה לדין

ס' 62- מהס' מבינים שיש שני תנאים מצטברים כדי שתובע יעמיד לדין פלילי: (1) תשתית ראייתית- מתורגם בחוק ל"הראיות מספיקות לאישום". (2) "נסיבות בעניין בכללותן מתאימות להעמדה לדין".
אם שני התנאים לא יתקיימו, התובע צריך לסגור את התיק. אנחנו ננתח יחד מה הכוונה בכל אחד מהתנאים האלו.
התנאי הראשון מקצועי, לעומת התנאי השני שהוא ערכי/ נורמטיבי.

## בדיקה להעמדה לדין

נעלה עכשיו שתי שאלות:

* מהם השיקולים אותם התביעה צריכה לשקול כשהיא שוקלת תשתית ראייתית ואת תנאי נסיבות בעניין בכללותן?
* מה היקף הביקורת השיפוטית על שק"ד התביעה? כלומר עד כמה בג"ץ יכול להתערב בשק"ד של התביעה (בין אם היא הגישה כתב אישום ובין אם היא לא הגישה כתב אישום)?

### ביקורת שיפוטית

#### ביקורת שיפוטית – סגירת תיק מחוסר עניין לציבור

פרשת גנור- היא נק' מפנה בכל הקשור לשק"ד ביהמ"ש על החלטת התביעה. לראשונה ביהמ"ש אומר: אני יכול להפעיל ביקורת שיפוטית על התביעה אם אני מגיע למסקנה שהיא החליטה לסגור את התיק וההחלטה נגועה בחוסר סבירות קיצוני. הפרשה עסקה בוויסות המניות, והיועמ"ש מחליט לא להעמיד לדין את ראשי הבנקים (למרות שזו פרשה שכמעט הרסה את המשק הישראלי, והועדת חקירה המליצה על העמדה לדין). מסקנות החקירה עברו ליועץ אחר (כי הוחלף האדם בתפקיד), והוא מחליט לא להעמיד לדין את הבנקאים בשל חוסר עניין לציבור. כלומר- הוא מגיע למסקנה שיש תשתית ראייתית מספקת, אבל הוא סוגר את התיק בגלל חוסר עניין לציבור. "נסיבות העניין בכללותן" כיום. הסיבה מופיעה כאן: משך הזמן שחלף, הם נתנו את הדין (כי איבדו את משרתם), ונותן נימוקים נוספים שקשורים לכך שרשויות נוספות של המדינה היו קשורות לוויסות המניות.
בג"ץ בביקורת שיפוטית מחליט שהחלטת היועץ לוקה בחוסר סבירות קיצונית ומתערב בה.

לא מפעילים רק את אמות המידה עד אז (של חוסר תו"ל). בבג"ץ אומרים שיש לבחון האם היא סוטה באופן קיצוני ממתחם הסבירות, אם כן ניתן להפעיל ביקורת שיפוטית על החלטת היועמ"ש (כלומר על סגירת התיק).

#### ביקורת שיפוטית – סגירת תיק מחוסר תשתית ראייתית

##### מבחן – סיכוי סביר להרשאה

בג"ץ יונה יהב- ביהמ"ש מפרש מהי התשתית הראייתית הנדרשת כדי להעמיד לדין במדינת ישראל. פסה"ד עסק בחברון (עובדות במצגת). השורה התחתונה של פס"ד שהתשתית הראייתית הנדרשת היא סיכוי סביר להרשעה. כלומר, היועמ"ש (התובע) צריך לקחת את כל הראיות הקבילות, ולשאול את עצמו האם לדעתו כשהוא בוחן את כל מכלול הראיות (לטובת התביעה ואלו שמכרסמות בה), יש **סיכוי סביר** שבסוף המשפט ביהמ"ש ירשיע מעל לכל ספק סביר.

קבילות הראיות: אם תובע בטוח שנאשם ביצע את המעשה, אבל אין לו אפשרות לומר שיש סיכוי סביר שבסוף המשפט ביהמ"ש ירשיע מעל לכל ספק סביר. בסוף צריך ראיות קבילות, והוא לא אמור לקחת בחשבון ראיות לא קבילות. שאלת הסיכון הסביר נבחנת רק בהתאם לראיות קבילות. התובע אמור לשאול את עצמו האם הוא מעריף שמתוך 100 שופטים ירשיעו אותו. אם כן יש סיכוי סביר, אם לא אין סיכוי סביר. השאלה מה התובע מאמין לא רלוונטי, כי צריך להסתמך על ראיות קבילות.

אם אין סיכוי סביר: אם תובע חושב שאין סיכוי סביר להרשאה חובתו לסגור את התיק. זה לא שאלה של אומץ או יושרה, אלא חובה! פעמים רבות תובע יכול להגיד שהוא חושב שגם אם זה לא מגיע לסיכוי סביר להרשעה, ביהמ"ש יכול להחליט (אני לא רוצה שהביקורת תהיה עלי, וכד'). זה לא אפשרי, אי אפשר לגלגל את האחריות לביהמ"ש. אם הוא חושב שאין סיכוי סביר חייב לסגור את התיק.

תובע לא יכול להגיד שאין סיכוי סביר להרשעה, אבל הוא ממש קרוב, לכן יגיש כתב אישום ומקסימום יהיה הסדר טיעון. טעות! הוא חייב לא להגיש כתב אישום. יש השלכות אדירות לדברים האלו (נפשיות ופרקטיות), לכן זו שאלה קריטית ולא משחקים בה.

אבסורד: סיכוי סביר להרשעה הוא המבחן גם להגשת כתב אישום, וגם לתשתית ראייתית למעצר עד תום ההליכים. התוצאה אבסורדית- אם יש מקום להגיש כתב אישום, זה אומר שיש סיבה למעצר עד תום ההליכים. כי זה אותה תשתית.

##### מגבלות הביקורת בשיפוטית – מבחן הסתברותי

התשובה האם יש סיכוי סביר מורכבת ולא פשוטה, כי משפטים זה לא מתמטיקה (לא חד משמעי). הרבה פעמים כשהתיקים מגיעים ליועמ"ש יש דמוקרטיה ופלורליזם, לפעמים שתי עמדות הפוכות יכולות להיות באותו הזמן. אבל אם זה תיק שמגיע ליועץ יש דמוקרטיה, עד שהוא מקבל הכרעה כפי שהוא במין בהתאם לראיות.

צריך לומר שכאשר מדובר בשאלת התשתית הראייתית ככל היקף שק"ד התובע רחב. למה? זו שאלה של משקולות של ראיות, שאלה הסתברותית. הסיכוי שבג"ץ יתערב בהחלטת היועמ"ש משיקולים ראייתיים הוא נמוך. בגץ לא אמור להיות יועמ"ש, או לשים את עצמו בנעלי היועץ. יש תיקים שכוללים עשרות אלפי חומרי חקירה, ומתחת ליועץ יש עשרות כותבי חו"ד. בסופו של דבר היועץ צריך לקבל החלטה אחרי עשרות ישיבות, ובסוף היועמ"ש מקבל החלטה לא לפתוח תביעה. האם כאשר זה מגיע לבג"ץ הוא יעשה את אותה העבודה של יועץ? אין סיכוי. זה לא תפקידו ואין לו את כוח האדם. תפקידו של האדם לבחון האם יש חוסר סבירות קיצוני, ולא לבחון כאילו הוא היה היועץ. חוסר סבירות קיצונית= האם ההחלטה חורגת ממתחם הסבירות עד כדי כך שהיה צריך להתערב. השאלה היא לא "אם אני הייתי היועץ מה הייתי עושה", אלא "האם החלטת היועץ עד כדי כך לא סבירה, שאני צריך להתערב?". לא פשוט להחליט על סיכוי סביר, צריך להיות סוג של נביא, כי זו שאלה הסתברותית. לכן הסיכוי שבגץ יתערב בהחלטה מקצועית של חוסר תשתית ראייתית נמוך מאוד. אבל זה לא בלתי סביר, כי נראה את זה בהמשך בפס"ד מלפני שנתיים.

פס"ד בראון חברון- דעת מיעוט של דורנר שצריך להתערב, אבל זאת דעת מיעוט. יש לקרוא את דעתה של השופטת דורנר במצגת.

### חוסר ראיות וחוסר אשמה

#### הנחיית היועמ"ש 1.3 – סגירת תיקים בעילת "חוסר ראיות" ובעילת "חוסר אשמה"

ההנחיות הרבה פעמים כתובות בשפה פשוטה, לכן ניתן לקרוא אותן כסיכום של פסקי הדין.

המטרה של ההנחיה הזו להנחות את התביעה בשיקולים לסגירת תיק בחוסר ראיות או חוסר אשמה. מתחילים מס' החוק (ס' 62 לחסד"פ), ס' 64 מדבר על האפשרות להגיש ערר. לאחר מכן פרקליט המדינה מסביר את 3 העילות המרכזיות לסגירת תיק:

* חוסר ראיות
* חוסר אשמה
* נסיבות העניין בכללותן.

יש עוד עילות (כמו עבריין לא נודע, התיישנות העבירה וכד') שפחות מעניינות אותנו כרגע.

פרקליט המדינה מתווה שהשאלה שהתובע צריך לשאול: האם יש הסתברות סבירה שביהמ"ש יפסוק בסוף המשפט שלמעלה מספק סביר שהנאשם ביצע את העבירה.

הפרקליט מדבר על היעדר ספק סביר בדבר חפותו של החשוד, צריך במקרה כזה לסגור את התיק על חוסר אשמה (ומחיקה שלו מרישומי המשטרה). יש כאן הגנה על שמו הטוב של החשוד.
ברגע שהתיק נסגר בחוסר אשמה כל הרשויות עיוורות ביחס למה שהיה קודם. לדוג': הייתה תלונה לעבירת מין והתיק נסגר בחוסר אשמה, והתביעה צריכה להחליט בדבר תביעה חדשה הוא לא יכול לראות שהייתה תלונה קודמת (זה נמחק). אם התיק הקודם נסגר מחוסר ראיות, אני יכול לראות אותו והמשטרה יכולה להשתמש בזה ולהעמיק את החקירה. לכן יש לזה משמעות.

##### מהו ספק סביר?

יישום המבחן "אין ספק סביר בדבר חפותו של החשוד". פרקליט המדינה אומר שיש להניח שאנחנו נמצאים בסקלה בין 0 ל10. ב0 אין ראיות, 10 זה המקסימום ראיות, ו5 זה סיכוי זהה לביצוע העבירה ולאי ביצוע העבירה. פרקליט המדינה אומר, שאם זה 2 ומטה סוגרים מחוסר אשמה, אם זה 2-5 נסגור מחוסר ראיות, ו6 ומעלה זה ספק סביר (51%) ולכן מעמידים לדין. יש כאן כלי יותר פרקטי איך להכריע.
בהמשך יש דוגמות לחוסר אשמה:

* הטרדה מינית- גרסה מול גרסה, ראייה רק של עד המתלונן, יש ספק ממשי באמירה של המתלונן.
* אלימות קשה- אין תיעוד רפואי, ויש חשוד שהגרסה שלו נראית אמינה.
* דוג' נוספות במסמך.

מה עשינו עד עכשיו:

* עסקנו בתשתית הראייתית
* ראינו שהמבחן הוא סיכוי סביר להרשעה
* אנחנו מדברים על ראיות קבילות בלבד
* ראינו שהמבחן הסתברותי
* ביקורת ביהמ"ש, אבל הוא ינסה להימנע בגלל חוסר מקצועיות והסתברות.

### נסיבות העניין בכללותן

#### הנחיית היועמ"ש 1.1 – מתי אני אסגור את התיק בשל נסיבות העניין בכללותן אינן מתאימותלהעמדה לדין

פרקליט המדינה מפנה לס' 62 לחסד"פ (לעיל) ומראה את התשתית הראייתית. ולאחר מכן מציג את לב העניין, ומראה את פס"ד גנור. פסה"ד מפרט את המבחן שהתובע צריך לשאול: האם התועלת במקרה של העמדה לדין עולה על הנזק לערכים אם הוא יועמד לדין? זה מבחן ערכי נורמטיבי – מה אנחנו מרוויחים ומה אנחנו מפסידים. אנחנו נעמיד לדין רק אם התועלת עולה על הנזק.

##### שיקולים לקביעת "עניין לציבור"

כשאנחנו מדברים על זה שלתביעה יש המון כוח, הס' הזה הוא דוגמה חיה לכוח האדיר של התביעה במדינה. החוק אומר שגם אם יש ראיות וסיכוי סביר להרשעה, התובע יחליט מבחינה נורמטיבית ערכית עולה על הנזק. פרקליט המדינה בהנחיה הזו (שמתבססת על הלכת גנור ופס"ד נוספים) נותן לתובעים שיקולים במסגרת תועלת מול נזק:

* חומרת העבירה- ככל שזה חמור יותר הערך החברתי שנפגע חשוב יותר ואינטרס העמדה לדין עולה.
* נסיבות ביצוע העבירה- ככל שזה חמור יותר הערך החברתי שנפגע חשוב יותר ואינטרס העמדה לדין עולה.
* נזק- ככל שהנזק גדול יותר יש אינטרס ציבורי להעמדה לדין.
* התנהגות עבריינית שכיחה- האם מדובר במכת מדינה או לא. פס"ד גנימאט- לא ניתן להעמיד לדין בעבירה שהיא מכת מדינה. כאן אנחנו לא מדברים על דיני מעצרים, אלא על העמדה לדין. כשמדובר על העמדה לדין זה שיקול ענייני.
* משך הזמן בו בוצעה הפעילות העבריינית.
* כמה זמן חלף מביצוע העבירה- ככל שקרב מועד ביצוע העבירה, יכול להיות שזה יהווה שיקול (לכאן ולכאן).

קבוצת הסיכונים הראשונה הייתה כמה העבירה חמורה, אבל צריך להכניס קבוצות שיקולים נוספות מעבר לתועלת מול נזק, נסיבות אישיות של החשוד. כמו:

* גילו של החשוד.
* עבר פלילי קודם
* תיקים קודמים
* צפי שיקום ורמת מסוכנות.
* כמה שיתף פעולה עם רשויות החקירה.
* האם יש דפוסים עברייניים (שמירה על זכות השתיקה מול שיתוף פעולה).
* האם יש הליכים משפטיים מקבילים (הליכים משמעתיים וכד'). זה היה אחד השיקולים המרכזיים בגנור, היועמ"ש לא העמיד לדין כי היו הליכים מקבילים.
* כמה הוא מוכן לפצות את נפגעי העבירה.

בנוסף, יש להתייחס לנסיבות נפגע העבירה:

* עד כמה נפגע העבירה נפגע
* האם נפגע העבירה מביע עמדה סלחנית נגד החשוד.
* האם סגירת התיק יכולה לפגוע באמון הציבור
* מדיניות אכיפה (מה סדר העדיפות של אותה עבירה במסגרת האכיפה).
* אינטרסים חיוניים של המדינה (לדוג' חשש מפגיעה מדינית בתיק המרמה).
* שיקולים מוסדיים (חוסר בכוח אדם וכד')

התובע צריך לקבל החלטה בעניין סגירת התיק בשיקולים האלו.

#### היחס בין השיקול של התשתית הראייתית לבין השיקול של נסיבות העניין בכללותן

האם יש חומה סינית שמפרידה בין השיקולים שקשורים לתשתית הראייתית, לבין השיקולים של עניין לציבור? או שיש הזנה הדדית בין השיקולים?

דוגמה להמחשה: תובע קורא את תיק החקירה ומגיע למסקנה שהוא קרוב לסיכוי סביר להרשעה, אבל הוא לא מגיע אליו. סיכוי 50-50. אבל, יש עניין ציבורי גדול (מדובר באיש ציבור, עבירות חמורות וכד'). חסר קצת בתשתית העובדתית, ולכן אפשר להשלים אותו בעניין ציבורי עצום שיש בהעמדה לדין – לעשות הזנה הדדית. האם לגיטימי לעשות זאת? מדובר בשני שיקולים שונים ונפרדים, לא ניתן לבצע הזנה הדדית. שיקול אחד הוא שיקול ראייתי, מה הקשר בין הראיות לעניין הציבור? אין. אם אין תשתית ראייתית אי אפשר לערבב עם עניין לציבור – עירוב מין בשאינו מינו. אלו שני שיקולים נפרדים.

בדיקה, להבדיל מחקירה פלילית, אם נשוא הבדיקה הוא איש ציבור שהחקירה עלולה לפגע בתפקודו ובאינטרסים ציבוריים יש להמשיך בבדיקה גם ללא מספיק ראיות לבדיקה (למרות שאצל אדם פרטי היינו סוגרים את החקירה). בגלל שהאדם הוא איש ציבור נפתח בבדיקה, כי היא נועדה כדי למזער את הפגיעה בזכויות החשוד (יותר קלה מחקירה).

בהעמדה לדין יש אבחנה ולא אמורים להיות "בקיעים" בחומה הזאת.

### ביקורת שיפוטית – סגירת תיק מחוסר אשמה

#### בג"ץ חמדאן

**עובדות המקרה**: אחד המקרים החריגים בהם ביהמ"ש התערב בסגירת תיק מחוסר אשמה. אירוע של שוטרים שנכנסו לעצור חשוד בכפר כנא. הם עצרו את החשוד והמשיכו למשימות אחרות. בשלב מסוים חמאדן רץ לעבר הרכב וקורא קריאות "אללה אכבר". הרכב עוצר, וחמאדן הוא דופק על הדלתות והחלונות. קוראים לו להתרחק אבל הוא לא נרתע. יורים באוויר, והוא קצת נרתע אבל ממשיך להתקרב. בשלב מסוים שוטר יורה כדור בודד לעבר חמאדן, שמת. זה גורם להתקהלות, הם ממשיכים ונוסעים. השאלה היא האם צריך להעמיד לדין את השוטר היורה.

החלה בדיקה, שבסופה התיק נסגר מחוסר אשמה, לפי הנימוק של פרקליט המדינה. היה ערר על ההחלטה הזו. היה כאן שינוי גרסאות של השוטרים. בגרסה הראשונה השוטר היורה אמר שהוא ירה כי הוא ראה את המנוח מתקרב, והוא חש שהייתה סכנה לחיי חברו. אבל בגרסה הזו הוא לא יודע שיש סרטון שרואים שהוא יורה שנייה אחרי שהמנוח מתרחק. לאחר הידיעה על הסרטון השוטר היורה מספר שהוא ירה בגלל שהוא ראה את המנוח מניף את היד. גם כאן זה לא הסתדר עם הסרטון, כי כשרואים את הסרטון התזוזה של היד נראית כמו הדף של יריה (זה לא בטוח, אלא רק אפשרות). הגרסאות המשתנות מעוררות שאלות, בנוסף יש לציין ששני השוטרים תמיד אמרו את אותה גרסה (גם לאחר שינוי הגרסאות).

למרות כל זה ההחלטה היא לסגור את התיק מחוסר אשמה.

דעת הרוב (קרא וגרוסקוף)- צריך לקבל את העתירה. זה חריג, השוטר לא נחקר תחת אזהרה והחלטת היועמ"ש היא אחרי מקצוענות.

**הש' סולברג**- דעת מיעוט. לדעתו צריך לדחות את העתירה. מזכיר שהשופטים לא אמורים לשבת בנעלי היועץ. מדובר בשעת לילה, עצור במכונית, יש סכנה וכן הלאה (האם הנפת היד קדמה לירי או להפך). אם בדיעבד אנחנו רואים את זה ויש ספק, מה אפשר לצפות מאותם שוטרים? האם הם יכולים בדיוק לתאר את הדברים?
הוא אומר לדעת הרוב שהם מורים ליועץ להעמיד לדין, האם זה לא ישפיע על ביהמ"ש כשהוא ידון בכתב האישום? האם זה ששופט עליון מורה להעמיד לדין אחרי בחינת הראיות, בלשון החלטית כל כך, האם זה יכול להצביע על משפט הוגן?

**הש' גרוסקוף**- כששוטר חרג מסמכויות, בטח אם זה ע"י הפעלת כוח, יש עניין חברתי רב חשיבות לבחון את המקרה עד תום. ככל שהשימוש בכוח חמור יותר, גובר העניין הציבורית.
הפסקה הבעייתית לדעת המרצה היא פס' 7-8. הוא קודם כל אומר שמח"ש היא חלק ממשרד המשפטים, והם אמורים להחליט אם להעמיד לדין עמיתים במערך האכיפה. הפרקליטות (מח"ש ומשרד המשפטים) יש חזקה שהם לא יושפעו, אבל יכולה להיות מראית עין של ניגוד עניינים. לכן, אם זה מקרה גבול (כמו בענייננו) שכפות המאזניים מאוינות וצריך הכרעה עובדתית, מראית פני הדברים הוא העמדה לדין. צריך לתת לביהמ"ש להחליט כדי שלא יהיה מראה עין של ניגוד עניינים. זה נימוק שגוי. אחת הסיבות שגרמו לדיון נוסף זה החלק הזה, כי זוהי אמירה בעייתית.
בנוסף הוא אומר שצריך הליך שיפוט פומבי, שהצדק לא רק יעשה אלא גם יראה. תפקידו של היועמ"ש לא לחרוץ את הדין מקרה גבול, ועליו להתייחס לעניין הציבורי. לכן, נראה שיש כאן גם ערבוב בין התשתית הראייתית לבין ההיבט של עניין ציבורי. ביהמ"ש יכול לבדוק את הדברים בלי חשש של מראית עין ביחס מיטיב של גורמי אכיפה. אלו אמירות קשות של שופט בעליון על הפרקליטות והיועץ.

**הש' קרא**- סטירה של מתחם הסבירות, ויש טעם לפגם בנימוקי היועץ (שלא היו מספיק טובים). הש' אומר שיש תוספות של נימוקים שלא נאמרו לפני, והנמקה מאוחרת חשודה. בין היתר, מהטעם הזה לדעתו צריך להתערב.

התוצאה של פסה"ד היא שביהמ"ש מורה ליועץ להעמיד לדין את השוטר. החריגות של ההחלטה- איך אפשר להורות על העמדה לדין ללא חקירה באזהרה? זה דילוג על שלב חקירה! אם הוא נסגר מחוסר אשמה בכלל לא ראו אותו כחשוד.

#### דנג"ץ חמאדן

הנשיאה מורה על דיון נוסף מטעם אחד בלבד – לא ייתכן שביהמ"ש יורה להעמיד לדין אדם שנחקר כחשוד. יש שלב שמדלגים עליו ועל זה הנשיאה מתירה לקיים דיון נוסף, שהתקיים כבר. ההחלטה שונתה, כך שהיועמ"ש צריך לפתוח בחקירה פלילית ולחקור את החשוד תחת אזהרה ("בשים לב לכל מה שאמרנו" לא חייב להעמיד לדין כביכול, אבל תזכור את מה שהשופטים כתבו). זה קצת משחקי מילים.

**הש' סולברג**- אומר בדנג"ץ זה משחק מוזר, ובאופן עקיף בעצם אומרים להעמיד לדין (תחקרו, אבל תזכרו מה אמרנו).

**הנשיאה חיות**- נראה איך הנשיאה התייחסה לדבריו של גרוסקוף, שאם יש מקרי גבול צריך להעמיד לדין. אמרנו שלא מערבבים כי זה מבחן דו שלבי, אבל הנשיאה אומרת שהש' גרוסקוף בודק בנפרד ורק תו"כ בדיקת הנסיבות בכללותן הוא מייחס משקל לעוצמת התשתית הראייתית.

בנוסף, יש בעיה באמירה של שוטרים ובעלי תפקידים, כי היא מובילה למצב שאם יש מקרי גבול צריך להעמיד לדין כדי להעביר לביהמ"ש. הדברים האלו לכאורה עומדים בניגוד לעקרון השוויון בפני החוק, כי אם אתה שוטר ואתה מקרה גבול יעמידו אותך לדין אבל אם אתה אדם פשוט לא יעמידו אותך לדין. זה לכאורה בניגוד לעקרון השוויון, אבל זו לא הלכה. הש' גרוסקוף מביע עמדה אישית, והש' קרא לא מצטרף אליו בבירור.
הנשיאה לפחות מוציאה את האמירה הזו מהמשחק.

### ביקורת שיפוטית – תלונת הנאשם ולא התביעה

עד עכשיו דיברנו על השאלה האם בג"ץ יכול לטעון שהחלטת התובע לא להעמיד לדין אינה מתקבלת. עכשיו נשאל את השאלה ההפוכה, האם כאשר הוחלט להגיש כתב אישום הנאשם יכול לטעון כנגד התביעה שההחלטה לוקה בחוסר סבירות קיצונית? או שאנחנו אומרים שהדרך היחידה להתמודד עם כתב האישום היא דרך המשפט הפלילי ולא המשפט המנהלי. התשובה בפס"ד שפי רותם.

#### פס"ד שפי רותם

האם הנאשם יכול לפנות לביהמ"ש שדן בכתב האישום ולהגיד לו שהוא יהיה סוג של ערכה מנהלית ושיפעיל ביקורת שיפוטית על החלטת התובע. לא תוקפים בבג"ץ, אלא לביהמ"ש בו מתנהל ההליך. כלומר האשמת התובע, והחלפת כובעים (הפרקליט יהיה הנתבע ולהפך). בהנחה שניתן לעשות כן, האם ניתן לייבא את שאלת הסבירות במשפט המנהלי, או שמותר להשתמש בפלטפורמה (הטענה המקדמית) של "הגנה מן הצדק". לכאורה ניתן לשאול למה הביאו את ההליך המנהלי, ולא דנו בהליך הפלילי (הגנה מן הצדק)?

בפס"ד שפי רותם עולות 3 שאלות בדיון הנוסף:

* מהי הערכאה המתאימה שבה יש לדון בטענות נאשם נגד עצם ההחלטה להעמידו לדין?
* מהי המסגרת הדוקטרינרית שבאמצעותה על בית המשפט לבחון את טענות הנאשם?
* כיצד יש להתייחס לטענת נאשם כי ההחלטה להעמידו לדין אינה סבירה או מידתית?

#### תשובות לשאלות

הדיון הגנה מן הצדק יכול להיות ע"פ אחת מהטענות הבאות:

* אכיפה בררנית – אכיפת הדין נגד אחד והימנעות מאכיפתו נגד אחרים
* שיהוי כבד בניהול החקירה או בהגשת כתב האישום
* מעורבות הרשויות בביצוע העבירה, אם בדרך של עצימת עיניים, אם בתמיכה של ממש
* הפרת הבטחה מנהלית שלא לפתוח בחקירה או להעמיד לדין
* שפיטה בידי תקשורת ("קרקס תקשורתי")
* טענות כנגד ניהול החקירה המשטרתית בדרך לא חוקית או כזו הפוגעת בזכויות החשוד

\*לקרוא גם את פס"ד סלומון רדאי במצגת\*

##### היחס בין טענת הגנה מן הצדק לכלל ההגנה הפסיקתי

שתי הטענות הן הגנה בפני רשויות החוק. הגנה מן הצדק זה כנגד כל ההליך (ותגרום לביטול כתב האישום במקרה הכי משמעותי), לעומת כלל הפסילה הפסיקתי הוא פסילת ראיה. הגנה מן הצדק הוא כלל גדול יותר, וכלל הפסילה הפסיקתי הוא משהו ספציפי מתוכה.

במסגרת ההליך הפלילי אין מקום לסבירות והמידתיות בהגשת כתב אישום. כשמדובר בהחלטה לא להגיש כתב אישום הסבירות נמצאת שם, כשלא מדובר על זה המשפט הפלילי ננעל בפני הסבירות והמידתיות (וניתן לטעון רק להגנה מן הצדק).

##### ההחלטה בפס"ד שפי רותם

* ערכאה- פה אחד השופטים פסקו שלא הולכים לבגץ, אלא לביהמ"ש שדן בכתב האישום.
* מסגרת דוקטרינרית- פה אחד נפסק שהמסגרת הדוקטרינרית היחידה היא הגנה מן הצדק.
* טענות חוסר סבירות ומידתיות- הייתה מחלוקת (4-3) אמרו שאין מקום להעלות טענות כנגד אי סבירות ומידתיות לגבי כתב האישום. אי אפשר לטעון שהתובע פעל בצורה לא מידתית או סבירה. מה כן אפשר לעשות? לדון במסגרת הגנה מן הצדק.

כל הפסק דין היה למעלה מ100 עמודים, אבל אנחנו נגענו רק בשורה התחתונה.

# עיון בחומר חקירה – ס' 74

יש מצגת במודל.

## הקדמה

ס' 74 בשנים האחרונות עובר ל"מרכז הבמה". הסוגייה נמצאת בלב ההליך הפלילי, כי תמיד יש מחלוקת בין חומרי חקירה לרשימה (יותר רחבה, כי היא כוללת גם חומרים שהגיעו למשטרה אבל המשטרה חושבת שהם לא חומרי חקירה). נזכיר כי רק בעת הגשת כתב האישום חומרי החקירה עוברים לנאשם.

#### חוסר סימטריה

יש חוסר סימטריה הסנגוריה לא צריכה להעביר את חומר ההגנה ואת רשימת העדים או כל דבר שהיא הולכת להגיש מראש לתביעה (למרות שהתביעה צריכה להעביר). יש לזה שני סייגים:

* ס' 83 לחסד"פ- אם ההגנה מתכוונת להמציא חו"ד או תעודה רפואית תובע יכול לבקש כי ההגנה תצטרך להמציא מראש את חו"ד זה.
* טענת במקום אחר הייתי (אליבי) – ס' 152 לחסד"פ- חייב להגיד טענה זו בתחילת המשפט, אם לא צריך לקבל רשות כדי לטעון אותה בהמשך.

##### למה אין סימטריה?

* כי יש חוסר שוויון אינהרנטי בין התביעה להגנה, יש פערי כוחות. עצם העובדה שהתביעה חייבת למסור את כל החומר וההגנה לא זה ייתרון טקטי שמאפשר לצמצם את חוסר השוויון.
* העובדה שהתביעה חייבת להעביר את כל הראיות להגנה היא הדבר המובהק ביותר "להליך הוגן". שכן, איך אפשר לנהל סנגוריה בלי לדעת מה הראיות שיש כנגדי?.

#### הרציונל של הסעיף ואיזון אינטרסים

לאפשר הליך הוגן. לכן הנאשם חייב לעיין בכל החומרים שיש לתביעה. בעניין הזה זכות העיון היא לא מוגבלת למה שהתביעה חושבת שעשוי להועיל לנאשם אלא לחומר בכללותו. הזכות היא ביחס לכל חומר רלוונטי לנאשם. עם זאת יש איזון בין אינטרסים שונים.

מצד אחד שי את העיקרון החשוב הזה, אבל לפעמים יש אינטרסים מתחרים:

* זכות לפרטיות של קורבן
* זכות לפרטיות של עד
* שמירה על אינטרס של המדינה.

צריך לראות איך מאזנים בין חשיבות האפשרות של הנאשם לנהל הגנה כשהוא יודע מה הראיות נגדו, ומצד שני אינטרסים מתחרים.

**ביהמ"ש אומר שזכות העיון היא זכות יסוד**. אי אפשר להוציא את האמת לאור אם הנאשם לא ידע מה יש נגדו (הוא לא יוכל לנהל הגנה). מצד שני, צריך לשאול את עצמנו מה נעשה כאשר הזכות עיון לנאשם תפגע בזכויות אדם או אינטרסים ציבוריים מתנגשים. במקרה כזה נצטרך למצוא איזונים מתאימים. נראה מיד מה קובע המחוקק.

לפי הפסיקה צריך לתת קרדיט לתביעה. היא צד להליך הפלילי, אבל יש לה חובת הגינות מוגברת ואחריות גדולה. היא צריכה לקבוע מה לדעתה חומר חקירה רלוונטי וזה לא פשוט בכלל. גם מנק' המבט של ההגנה, כי היא צריכה לסמוך על התביעה שתעשה את הסינון מה חומר חקירה ומה לא.

##### המועד

אחרי הגשת כתב אישום (לפי החוק). לפני אנחנו נותנים את מירב המשקל לחקירה, לחשאיות, להיעדר שיבוש. בשימוע לפי כללי המשפט המנהלי והנחיית יועץ מותר לקבל את עיקרי חומר החקירה.

כשיש סיטואציה של הסדר אדם זכאי לעיין בחומר החקירה, כדי להחליט האם לסגור תיק בהסדר או לא.

## אם לא מקבלים חומרי חקירה – ס' 74

#### ההליך

הפעולה הראשונה שהסנגור עושה מבחינה פרוצדורלית, אם יש חומר חקירה שחושב שהוא לא קיבל, הוא פונה לתובע. אם התובע לא מסכים להעביר הוא מבקש בקשה מבימה"ש לעיון בחומר חקירה. הבקשה מוגשת לביהמ"ש הדן באישום. ככל הניתן זה לא יהיה אותו שופט שדן בתיק העיקרי, כדי שלא ייטה ושלא תהיה לו דעה קדומה. הבקשה תידון בשופט יחיד.

##### עיון שופט

השופט יראה את החומר שיש לגביו מחלוקת. הש' הוא איש מקצוע, אז גם אם מדובר ביומן שכתבה המתלוננת, שעלולים לחשוב שזו גם פגיעה בפרטיות, עדיין צריך לאפשר את זה. הרף הראייתי צריך להיות נמוך מאוד כדי לאפשר עיון של שופט בחומר הרלוונטי. אם השופט מעיין זה לא אומר שמעבירים אותו לצד השני.

##### ערר

זה אחד מהמקרים היחידים שניתן להגיש ערר באמצע המשפט. זהו חריג. אם שופט לא מקבל את הטענה של הסנגור שחומר מסוים הוא חומר חקירה, ניתן להגיש ערר בזכות לערכאה עליונה שידון בפני שופט יחיד. למה זה חשוב? מבחינת יעילות לא יעלה על הדעת שננהל משפט שלם ונגלה שהייתה ראיה שהיה צריך לראות ולא ראו. לא נפתח את הכול מחדש. לכן יצרו את המנגנון של ערר במסגרת הליך ביניים.

##### סנקציה

מה הסנקציה אם יש ראיה שלא הועברה להגנה מראש לפי ס' 74? אם לא העבירו אותה מראש להגנה, התביעה לא תוכל להגיש את החומר הזה. זה עונש לא מותאם לדעת המרצה, כי זה לא העניין. העניין הוא שהתביעה הייתה צריכה להעביר אותו להגנה כדי שהיא תוכל לנהל סנגוריה. נק' המוצא שככל הנראה לא יקרה מצב שבו התביעה בזדון לא תעביר חומר חקירה להגנה (לפעמים יש מקרים חריגים, אבל זה לא המצב). לכן הסנקציה בס' לא רלוונטית.

בד"כ ביהמ"ש אומר שיעבירו ראיה להגנה, וניתן להגנה את הזמן הראוי לבחון את זה. אבל לפעמים פוסלים את הראיה. לדוג': יש מצב עד תביעה מרכזי, והוא נפטר. בדיעבד מתגלה יומן שבטעות לא העבירו להגנה. ההגנה תטען כי אי אפשר לחקור אותו על היומן, ולכן יש לפסול את הראיה או לטעון שיש פגיעה בזכות להליך הוגן. זה יכול אפילו להוביל לזיכוי.

### חיסיון חומרי חקירה

הפרשנות של "חומרי חקירה" מרחיבה.

פס"ד צוברי- "כל ראיה העשויה להיראות רלוונטית לשאלות העומדות להכרעה במשפט במישרין או בעקיפין, בין שהיא תומכת בגרסת התביעה ובין שהיא לכאורה עומדת בסתירה לה, ובין שהיא נראית ניטרלית לגבי השאלות השנויות במחלוקת". ביהמ"ש קובע מבחן רחב מאוד, גם אם החומר לא קשור לליבת האישום אלא רק לגבולותיו. ביהמ"ש מרחיב את המונח חומר חקירה. ככל שאין עימות בין הזכות להליך הוגן לבין זכויות מתנגשות או אינטרסים ציבוריים אחרים הפרשנות תהיה רחבה. הפרשנות תצטמצם כשהעברה של חומרים תפגע באינטרסים אחרים.

דוג': תיק פריצה, שהמשטרה קראה 5 עדים לעדות. 4 אמרו "זה האיש", ואילו החמישי אמר "זה לא הוא". מבחינת התביעה ה4 הראשונים יהיו עדי תביעה, אבל החמישי לא. התביעה יכולה לטעון שהיא לא מאמינה לו וכד'. אבל, העדות האחרונה התביעה עדיין חייבת להעביר להגנה. זה שהוא לא עד תביעה, זה לא אומר שזה לא חומר חקירה – הוא יהיה עד הגנה. גם אם יש ראיות שהחקירה זונחת, היא עדיין חייבת להעביר אותן להגנה.

#### אינטרס ציבור או אינטרס מדינה

ס' 74(ו)- לפי ס' זה אין לפגוע בפרק ג פק' הראיות. פרק ג' לפקודת הראיות עוסק בחסיונות. מה המשמעות של ס' זה? אם יש חומר שהוצהר בגינו תעודת חיסיון (כמו חיסיון לטובת המדינה, חיסיון לטובת הציבור), ברגע ששר או רה"מ חתם על תעודה כזו התביעה הבינה שאלמלא תעודת החיסיון זה היה חומר חקירה שהייתה צריכה להעביר להגנה. כלומר, אם יצאה תעודת חיסיון זה חומר חקירה, אבל לא צריך לגלות אותו והיא הוציאה תעודת חיסיון. אם הוצאה תעודת חיסיון התביעה לא מתכוונת להגיש ראיה זו לביהמ"ש, ולא לצד השני. אין מצב שיש ראיה חסויה שתוגש רק לביהמ"ש וההגנה לא תדע ממנה.

איך הנאשם ידע שיצאה תעודת חיסיון? במסגרת הרשימה חייבים לכתוב שהוצאה תעודת חיסיון בעניין X. כלומר חייבים להרים דגל להגנה, כדי שהיא תדע שיש ראיות רלוונטיות לכתב האישום אבל הוצאה תעודת חיסיון בגינן. אם הנאשם רוצה שהתביעה תחשוף אותן, הוא צריך להגיש עתירה לגילוי ראיה. כלומר, אם לדוגמה יש מקור עליו קיימת תעודת חיסיון, אבל הוא הביא ראיות מפלילות, ניתן להגיש עתירה לגילוי ראיה.

אם זה טובת הציבור העתירה היא לאותו ביהמ"ש, אם זה עניין המדינה זה לבימ"ש עליון. במסגרת עתירה לגילוי ראיה יחליט האם הוא מתיר את החיסיון או שהוא אומר לתביעה שאי אפשר שחסות את הראיה כי היא חשובה מדי ליכולת הנאשם להתגונן. יכול להיות שהתביעה תגיד שאם היא מוכרחה לגלות את הראיה, היא תמשוך את תביעה (כדי לא לחשוף את החיסיון).

פרשת סיקסיק- התביעה חייבת ליידע את ההגנה על חיסיון ראיות, כדי שיוכל להגיש עתירה בדבר גילוי ראיה.

יש חסיונות נוספים (עו"ס, רופא, עו"ד לקוח וכד'). בחסיונות הללו אין פרוצדורה, אלא מביאים את בעל התפקיד לביהמ"ש ומבקשים ממנו להעיד. בגלל שרוב החסיונות יחסיים (חוץ מדמות דתית או עו"ד לקוח) ביהמ"ש יחליט באותו זמן האם האינטרסים השונים גוברים על החיסיון.

אם זה בליבת ההגנה ביהמ"ש ככל הנראה יסיר את החיסיון.

#### חומר מודיעיני – ס' 74(א)(2)

בתחילת הדרך הפרקטיקה הייתה שכל תיק שיש בו חומר מודיעיני התביעה הייתה מוציאה חיסיון. בשלב מסוים הבינו שזה עומס גדול מדי על השר, בנוסף לכך שזה מיותר (מבזבז משאבים וזמן). לכן תוקן החוק והוסף ס' 74(2) שקובע כברירת מחדל שחומר מודיעיני הוא לא חומר חקירה.

לגבי חומר מודיעיני הכלל הוא שזה לא חומר חקירה. צריך לפרט את קיומו של חומר מודיעיני ברשימה שמעבירים לסנגוריה. כלומר, התהפכה ברירת המחדל.

כל זאת למעט 4 קטגוריות לגביהן יש זכות טיעון:

* חומר שמתייחס לעובדות המתוארות בכתב האישום
* תוכן של עדות שאמורה להישמע בשלב בירור האשמה
* ראיה שאמורה להיות מוגשת בשלב הוכחת האשמה
* מהימנות של עד מרכזי

כל אחד מאלה צריך להעביר אל ההגנה. המבחנים של הרלוונטיות יותר מצומצמים לגבי חומר מודיעיני.

פרשת זגורי- הש' שטיין מפרש מה הכוונה במהימנות העד. לדעתו חומר מודיעין צריך להיות קשור באופן קונקרטי לנאשם. כדי שזה יהיה בר גילוי צריך שההשלכות על מהימנות העד תהיה קונקרטית.

#### חומרי חקירה – דיונים נוספים בפסיקה

יש לא מעט שאלות שעולות בפסיקה.

כפי שאמרנו לעיל הפרשנות של המושג חומר חקירה היא פרשנות רחבה, המבחן הוא "מבחן הרלוונטיות" – כל חומר רלוונטי (גם אם הוא פריפריה), השוליים מאוד רחבים. לפי הפסיקה די שהסנגור יצביע על קצה חוט, או על אפשרות רחוקה לפחות כדי להעביר לדיון בביהמ"ש. הסנגור לא יודע מה יש שם, אלא רק אינדיקציה שיש שם משהו. כדי שביהמ"ש יעיין בחומר מספיק ממש מעט.

מבחן הרלוונטיות הוא מאוד רחב. יש דברים שברור שהם חומר חקירה, אבל יש דברים שקצת יותר מעוררים שאלה. ניתן דוגמות.

##### תיק חקירה ועבר פלילי של עד מדינה

אנחנו רוצים לדעת עד כמה העד אמין ומה הוא קיבל בעד ההגנה. פס"ד יחזקאלי- לא חושבים שהעד אמין ולכן אפשר לבחון את העבר שלו. הש' דורנר פותחת פתח לאפשר עיון בעבר פלילי של כל עד תביעה. יש בעייתיות רבה בפסיקה הזו.

##### תרשומות פנימיות

באופן מובהק זה לא חומר חקירה. תרשומות פנימיות וסיכום חומר חקירה לא רלוונטי. זה חשוב לאפשר לעובדי הציבור (המשטרה והתביעה) שיח חופשי בניהם. זה עלול להיות אפקט מצנן שיפגע ביכולת לעשות את התפקיד כמו שצריך.

אם קיים סיכום חקירה יש ראיות גולמיות, ולכן חייב להביא את הראיות הגולמיות ולא מעבר.

##### ראיון עד

לפני פרשת ההוכחות ועדי התביעה, התביעה רוצה לרענן את זיכרונה ולכן עושים ראיון עם העד. הפרוצדורה קיימת ויש אפילו הנחייה בנושא. התובע רק נדרש לרענן את זיכרונו, הוא לא אמור להדריך אותו או להכניס מילים בפיו. יש דברים שברור שהתובע לא יכול לעשות (לדוג': להגיד למתלוננת על עבירת מין לבכות במקום מסוים). השאלה היא האם דברים שמועלים על הכתב נחשבים חומר חקירה? הפסיקה קבעה שכל עוד העד חוזר על הדברים שאמר במשטרה והפרקליט כותב לעצמו דברים ברור שזה לא חומר חקירה. מתי זה יהפוך לחומר חקירה? כאשר בראיון העד אומר דברים חדשים שלא היו במשטרה. במקרה כזה צריך להעלות על הכתב את הדברים החדשים שעד אמר, ולשלוח באופן מידי לסנגור. לא יעלה על הדעת שהתביעה תדע על מידע חדש של העד, והסנגור לא ידע מכך.

אם לא עושים את זה- התביעה תתנגד, זה מעבר על הדין, זה יכול להשפיע על המשקל של העדות ויש לכך חשיבות גדולה.

פרשת קצב- ביהמ"ש מסביר לעניין ראיות עד מתי תובע חייב לעצור הכול ולהעביר עדות לסנגור. לא כשמדובר בשינוי של ממש, אלא צריך כל משהו חדש. אם בראיון היא אומרת- אני לא שקטה, אני מוטרדת, אני חוששת להעיד, זה חייב להיות מועבר להגנה.

##### חומר חקירה שלא נמצא בידי התביעה (באופן פיזי)

בג"ץ היומנים 9264/04- נאשם שהוגש כתב אישום בגין מעשים מגונים. השאלה האם הייתה הסכמה?. מכינים את המתלוננת לעדות, ומגלה שיש לה מחברות. מצלמים חלקים מהמחברת ה-9, ומעבירים לסנגוריה חלק מהיומן ה-9 (חלק מהיומן לא חושפים). את שאר המחברות לא העבירו גם לתביעה (כי זה היה בתקופה לא רלוונטית, חלקם לפני הכרת הנאשם). מבקשים מההגנה את כל היומנים, גם אלו לפני המפגש עם הנאשם. התביעה מתרעמת וטוענת שזה יגרום לאפקט צינון, זו פגיעה קשה בפרטיות (זה יעבור לעיון של הנאשם עצמו, האדם שפגע בה).

שלום- מחליט כי כל מה שכתוב ביומן ה-9 מרגע המפגש עם הנאשם רלוונטי. לדעת המרצה זו פסיקה בעייתית. הסנגור רצה לקיים דיון במעמד צד אחד כדי לשכנע למה מחברות קודמות גם בגדר חומר חקירה. אחת הבעיות שהש' לא ראה מחברות קודמות, ולכן יש קושי להחליט בנוגע לרלוונטיות שלהן – הש' לא יודע מה יש שם.

מחוזי- מוגש ערר על ההחלטה של השופט שלום, והמחוזי טוען שהש' טעה. תחילה, אין להעביר את כל היומן ה-9, בלי לבדוק רלוונטיות מול פגיעה בפרטיות. בנוסף, יש קושי בכך שהש' סירב לבקשת הסנגור לדון במעמד צד אחד למה היומנים הקודמים גם הם רלוונטיים. ומחזירים לשלום.

שלום (לאחר החזרת הדיון)- דנים במעמד צד אחד, וביהמ"ש מחליט שהוא רוצה לראות את כל המחברות כדי להחליט אם לחשוף את היומנים לסנגור. התביעה שוב מגישה ערר למחוזי, אין דיון במעמד צד אחד (ס' 108).

מחוזי- כשמדובר בחומר שנוגע לצנעת הפרט, כמו יומנים אישיים, נותנים משקל לפרטיות אבל אין בכך כדי לגבור על הזכות למשפט הוגן. בנוסף, כשאין אינדיקציה לטענה שיש חומר שחוסה תחת הגנת הפרטיות וזה פישינג. ביהמ"ש דוחה את הבקשה.

כדי שביהמ"ש בעצמו יעיין בחומר צריך "קצה חוט". המדינה משתמשת ב"נשק יום הדין" – באמצע הליך פלילי המדינה מגישה עתירה לבג"ץ כנגד ביהמ"ש המחוזי. זה עוקף את הרעיון שאין ערעור בהליך ביניים בהליך פלילי. בד"כ עתירות כאלה נדחות על הסף (כי זה יגרום להצפה של בג"ץ). אבל, זה היה אחד המקרים הנדירים שהעתירה לא נדחתה על הסף.

**בנוגע לקביעה שצריך להעביר חומר שלא נמצא בידם לנאשם (אם החומר לא אצלי, איך אעביר אותם הלאה).** בעניין הזה בג"ץ מכריע כי זה שפיזית חומר מסוים לא נמצא בידיה זו אינדיקציה לכך שזה לא חומר חקירה. צריך לצאת מתוך נק' מוצא שאם היא לא אספה אותו כנראה הוא לא רלוונטי, אבל זו לא חזקה חלוטה. כלומר, זה שפיזית הו אלא אצלה זו אינדיקציה שזה לא חומר חקירה, אבל זה מאפשר עדיין להגנה לטעון שזה היה צריך להיות אצל החקירה והיא טעתה בכך שלא אספה את החומר. לכן זו לא חזקה חלוטה.

**בחינת היומנים הישנים**. זה משהו בליבת הזכות לפרטיות. אלו הדברים הכי אינטימיים (הדברים שאתה כותב ביומן), אבל אנחנו כן מקבלים את טענת הסנגור שיהיו מקרים בהם גם יומנים יכולים להיות חומר רלוונטי אם יהיה בהם תועלת להגנת הנאשם. רואים שצריך לעשות הפרדה בין חלקים שונים ביומן. אם המתלונן או המתלוננת מדבר על האירועים של כתב האישום או הנאשם ברור שזה חומר חקירה, אבל אם לא זה לא קשור לנאשם זה לא רלוונטי. במקרה הזה יש קצה חוט מספיק כדי שביהמ"ש יעיין בחומרים.

**הליך במעמד צד אחד**. ביהמ"ש אומר שאין דבר כזה הליך במעמד צד אחד, אין דבר כזה שסנגור ישכנע את ביהמ"ש למה חשוב לעיין בחומר בלי לתת לתביעה אפשרות לטעון את דעתה. לכן, ביהמ"ש קבע כי במסגרת ס' 74 אין דיון במעמד צד אחד. זו הסיבה העיקרית שביהמ"ש התערב בהליך הזה – בגלל הליך במעמד צד אחד.

#### היחס בין ס' 74 לס' 108 לחסד"פ

ס' 108- ס' זה הוא מנגנון שמאפשר לנאשם לבקש מעד להביא מסמכים שיש לו.

השאלה כרגע היא מה ההבדל בין 108 ל74? באמצעות 108 ההגנה יכולה לפנות לביהמ"ש ולבקש ממנו להוציא צו שהעד יביא חומרים. זה עוד דרך של ההגנה להשיג חומרים שאין לה.

אין מחלוקת שס' 74 טוב יותר מבחינת הנאשם. למה?

* בס' 74 ניתן להגיש ערר, אך אם פונים לביהמ"ש במסגרת 108 אי אפשר להגיש ערר וצריך לחכות לפסק הדין.
* מי דן בשאלה- לפי ס' 108 השופט העיקרי, אבל בס' 74 ככלל לא אותו שופט ידון.
* לפי ס' 74 התביעה צריכה להביא את החומר גם אם הוא פיזית אל נמצא אצלה (היא עובדת בשביל ההגנה), אבל לפי ס' 108 החומר לא נמצא אצל התביעה וצריך לעבוד עבורו.
* בס' 74 רואים את החומר ומחליטים אם הוא טוב או לא, אבל בס' 108 העד מעיד בפני ביהמ"ש בתיק העיקרי ואין אפשרות להחליט אם להעלות אותו או לא.
* ככלל הפסיקה אומרת שכאשר משתמשים בס' 108 נותנים לעד (שלא רוצה לחשוף את החומר, כמו יומן של מתלוננת) זכות טיעון, אבל בס' 74 אין זכות טיעון לעד באופן מובהק (יש בפסיקה מקרים שכן ניתן לשמוע את העד).

\*ההבדל מפס"ד שרון- שם המשטרה ביקשה וכאן ההגנה מבקשת.

פס"ד שיינר- הש' עמית מסביר לנו את ההבדל בין הסעיפים. הש' מגיע למסקנה כי כאשר יש סיטואציה שמדובר בראיות שפיזית לא נמצאות בידי התביעה, ברור שהסנגוריה תעדיף את 74. אבל, בסיטואציה בה חשיפת החומר תפגע בזכות לפרטיות עדיף לעשות שימוש ב108, זה הליך נכון יותר. במקרה הזה מדובר בפסיכולוג, שרוצה להסביר למה לא יהיה טוב לחשוף את הדברים שאמרה לו המתלוננת. ההליך המתאים הוא 108, כי הוא יסביר בביהמ"ש למה לא צריך לחשוף את הדברים. השורה התחתונה של פסק הדין היא כאשר מדובר על סיטואציה שהחומר פיזית לא נמצא בתביעה והעדות עלולה לפגוע בזכות לפרטיות הס' המתאים הוא 108.

פרשת זגורי- הסנקציה בגין אי העברת החומר (לקרוא את שני השקפים האחרונים במצגת).

# המבחן

הבחינה תעסוק בכל הפרקים בסילבוס שלמדנו, כמו גם החומר שנדרשנו לעבודה. כל המצגות שנמצאות במודל רלוונטיות (על חלקן עברנו ועל חלקן לא).

יש מצגת ולא עברנו על הנושא – סגירת תיק בהסדר. זהו המנגנון של הכלי לסגירת תיק בהסדר.

צריך לדעת את פסקי הדין שדיברנו עליהם בהרצאות, כי הרשימה בסילבוס הרבה יותר גדולה. אם יש פס"ד במצגת שלא למדנו – צריך ללמוד אותו!

שעתיים מבחן, 3 שאלות (קייסים/ שאלות מחשבה).

המתרגלת תעלה שאלות לדוגמה + פתרונות.