

# סדר-דין פלילי

## פרוצדורה, אמת, צדק והגינות

### רקע – פרשת סילבסטר

מה מטרת סדר הדין הפלילי ?

- חקר האמת ועשיית צדק.
- יעילות.
- יצירת כללי משחק ידועים מראש.
- הגינות פרוצדוראליות.
- מימוש הדין המהותי.

אלו הם חלק מן ממטרות סדר הדין הפלילי, ובהמשך נסקור מטרות נוספות. בע"פ 1/48 סילבסטר נ' היועמ"ש, הערעור הפלילי הראשון בביהמ"ש העליון, הנשיא זמורה מבקש לתת את ה-"טון" לפסיקת ביהמ"ש בעניינים פליליים באופן כללי. פסק-הדין זה מצוטט באופן תדיר ע"י שופטים בימנו אנו, והם הולכים בעקבות התפיסה הבסיסית בו. תפיסה בסיסית זו היא גישה חשדנית כלפי סד"פ. גישה זו מתייחסת לסד"פ כמשהו פורמאליסטי, שיש לו ערך, אך ערך אינסטרומנטלי לעניין אחר. האמת וגילויה.

במקרה זה מדובר בסילבסטר, אזרח בריטי, שישב במושבה הגרמנית בירושלים בזמן מלחמת השחרור. הוא היה חשוד בעיני אנשי היישוב, כמי שאינו "בדיוק" ציוני. בזמן ההפגזות על ירושלים, סילבסטר קיים קשר אלחוטי עם מישהו שישב בקונסוליה הבריטית ליד שער שכם, גם הוא אנגלי. שניהם אגב, עבדו בחברת החשמל. הוכח במשפט כי קשר זה נעשה בעקבות שהיה הסכם גלוי ומתואם עם הסוכנות היהודית, שהבריטים שישארו בארץ לאחר עזיבת המנדט, יוכלו לעמוד בקשר אחד עם השני. באחד מתשדירים אלו, סילבסטר העביר מסר ובו מידע לגבי היכן פגזים נפלו והמרחק שלהם מתחנות החשמל. האם העברת אינפורמציה זו היא בגדר ריגול ? כך זה אכן נתפס בידי האנשים שהעמידו אותו לדין – ריגול, אחזקת מכשיר אלחוט, וסעיפים נוספים. משפטו נפתח, והוא הורשע בביהמ"ש המחוזי. לאחר הרשעתו, ערער לעליון. כעת יושב ההרכב ותוהה איזו מערכת משפטית תחול במקרה זה. מיד בהפתח פסק-הדין, מחליט ההרכב כי לכל אדם ישנה **חזקת חפות**, ולא ניתן להרשיע אדם בהתקיים **ספק סביר**. ביהמ"ש קבע כי לא יתכן להרשיע את הנאשם, בייחוד לאור העובדה שהוא גר ליד התחנה, וכי הוא והצד השני עובדי חברת חשמל. הרשעה בזה, איננה ראויה במערכת משפט תקינה. סילבסטר, זוכה.

השופט זמורה קובע עלי פסק-הדין כי הפרוצדורה אלו הם כללים **שנועדו לשמש תריס מפני הרשעת שווא**.

בכתב האישום, נפל פגם – נזכר בו סעיף החוק, אך הוא לא צוטט. הסניגור, לא מחה על כך בישיבה הראשונה, אלא הוא השהה בכוונה את טענתו והעלה אותה בשלב הסיכומים. טענתו

היתה בדבר "בטל מעיקרו" – טענה פרוצדוראלית גרידא. לפיכך, טען הסנגור, על הנאשם ללכת הביתה, כי כתב האישום כלל לא תקף. על כך אומר **השופט זמורה**, וקובע נורמה כללית, כי **במשפט פלילי דנים ב"חטא ועונשו"**, **במהות**, ולא בדברים הקטנים. אמון הציבור יפוג אם ביהמ"ש יתפס כ"משחק משחקים", ומהלך מוטעה אחד של תובע או סניגור, לא יתכן כי הם יכריעו את המשפט.

### המודלים השונים לסדר-הדין הפלילי

מדברים אלו של הנשיא זמורה, עולה כי ישנן שתי גישות כלפי סדר הדין הפלילי. על כך **Herbert Packer** טוען במאמרו כי יש שתי צורות להסתכל על סד"פ:

1. Crime prevention model – **מודל מניעת הפשע** – יש מי שמתייחס לסד"פ ככללים לביעור הפשע, ולכן ההתסכלות עליהם חשדנית. כשהכללים מפריעים להוציא את האמת והצדק או להרשיע אשמים, מגמישים אותם. מודל זה מתעקש כי אין לאפשר לאשמים לחמוק כתוצאה מניצול הכללים.
2. Due process model – **מודל ההליך הנאות וההוגן** – זוהי תפיסה המעוגנת בחוקה האמריקאית, ולפיה ישנם ערכים אחרים שכללים אלו משרתים – ערכים של הגינות, ולא רק חקר האמת והרשעת אשמים.

ע"פ 21/72 צייגר נ' מ"י: השופט חיים כהן, שהגיע מן התביעה (בפרשת סילבסטר), מבטא בפסקי-הדין שלו שורה של ערכים הנוגעים לסדר-הדין הפלילי. מדובר באדם שהואשם בהעלמות מס, כחלק מעסק המכבסה שלו – היה נראה למס הכנסה כי ההכנסות הנמוכות שהצהיר עליהם, אינן נכונות, וכי הוא העלים מס. קו ההגנה של צייגר הוא שלא העלים מס, אלא שהכנסותיו נמוכות מן הסיבה שנתן מחירי "מציאה", כדי להכנס לשוק. צייגר הביא ראיות והעיד בעניין זה.

לאחר סיום פרשת ההגנה, הצדדים מסכמים. לאחר הסיכומים, השופט מפתיע את הצדדים ומזמן עד לביהמ"ש מכח **סעיף 167 לחסד"פ**, ומציב לו שלוש שאלות בעניין שירותי הכביסה שניתנו לו ע"י צייגר. עדות זו, מוטטה את קו ההגנה.

הבעיה שעולה במקרה זה, היא שהסעיף מאפשר לביהמ"ש לזמן עד אחרי פרשת ההגנה, ולא אחרי הסיכומים. על כך הערעור. **השופט כהן** קובע כי לא ניתן להעלות טיעון זה כעת, מכיוון שהסנגור לא התנגד לו בביהמ"ש קמא. ממשיך כהן ואומר כי כל הרעיון של הזיכוי מן הספק, הוא שאם בתום הסיכומים, יש ספק, אז יש לזכות את הנאשם. "נימוסיו" של הסנגור כלפי ביהמ"ש קמא, אין להם מקום, היה עליו להגיב מיידית במידה שתועיל ללקוח שלו, הנאשם.

בנוסף, קובע כהן, כי **בסד"פ סדר דברים ברור**, יש מוקדם ומאוחר, ואם לשון **סעיף 167** קובעת כי ראיות מטעם ביהמ"ש יובאו לאחר סיום פרשת ההגנה – כך זה צריך להיות. סדרי-הדין מגבילים את השופט מבחינת תזמון הבאת הראיות. אך מעבר לכך, ישנה גם סיבה לסדר, ותפקיד הסדר לבטא ערכים מסויימים. טשטוש הסדר היא פגיעה בעיקרים חשובים של המשפט והשיטה האדברסרית. השופט, אינו יכול להפוך לעו"ד.

הנה כי כן אנו רואים כי סד"פ, אינו כלי לגילוי האמת בלבד בעיניו של כהן, אלא **כלי לביטוי ערכים נעלים נוספים**. לדידו, רק במקרים חריגים, בהם ההיתלות הזו בקרני המזבח של הפרוצדורה הינה בלתי הוגנת – ניתן להגמיש את הכלל.

**ע"פ 951/80 קניר נ' מ"י**: (ביטול **הלכת צייגר** וחזרה על עקרון ערך האמת בסד"פ) מדובר במקרה בו אדם הואשם בהחזקת מטבע חוץ. במסגרת הסיכומים טען הסנגור כי התביעה כלל לא הוכיחה כי הוא תושב מדינת ישראל, ולכן חלק מיסודות העבירה לא הוכח, ויש לזכותו. התובעת ביקשה מיד להביא ראיות שהנאשם תושב מדינת ישראל. השופט, מתיר הבאת "ראיות מטעם בית המשפט", לבקשת התביעה, ומקבל את הראיה. בערעור בביהמ"ש המחוזי, הדעות נחלקו, אך הנאשם לא זוכה.

קניר ערער ברשות לביהמ"ש העליון. שלושת השופטים קובעים כי שופט ביהמ"ש השלום צדק, ומבטלים את **הלכת צייגר**. **השופט ברק** מסכים כי בד"כ צריך להקפיד על הסדר הקבוע בסד"פ, אך סד"פ בכל זאת **כלי לחקר וגילוי האמת**, ומטרת המשפט הפלילי הוא הרשעת האשמים (!), תוך שהוא מצטט את דברי הנשיא זמורה ב**פרשת סילבסטר**.

חיים כהן מכבד את הסדר והכללים, אינו סתם פורמליסט, אלא אדם המתחבר לערכים. אילו מקרה קניר היה מובא בפניו, סביר להניח שהתוצאה הייתה שונה.

אם כך, נסכם את הערכים העולים מפסקי דין אלו:

1. **בפ"ד צייגר** אנו רואים ביטוי למונח ה"מגנא כרטא" של הנאשם, קרי סדרי הדין הם ה"חוקה" שמגינה על זכויותיו על מי שנאשם בפלילים. זה מה שקובע את זכויותיו וציפיותיו של הנאשם לגבי ניהול ההליך ומגביל את כוחה של המדינה. כך, סבור הנשיא זמורה.
2. **בפ"ד קניר ו-סילבסטר** השופט ברק מסביר את גישתו הבסיסית. לפיה, הוא שם דגש רב מאד על גילוי האמת ויש לו חשדנות גדולה מאד לגבי "משחקים" ופרוצדורות. לדידו, מטרתו של ההליך הפלילי היא הרשעת האשמים, ומטרת סדרי הדין היא להגשים פרוצדורות שנסיון החיים מלמדנו שהם בעצם פרוצדורות מועילות לגילוי האמת.

בשני המקרים האלו, הסנגורים ידעו כל הזמן על הפגם במהלכי התביעה, והם לא חשפו פגם זה בשלבים בהם התביעה עדיין יכולה לתקן את הפגם. יש בכך משהו מקומם, כי סביר להניח שלו הם היו מצביעים על כך בזמן, היה ניתן לתקן את כתב האישום.

**מ. קרמניצר**, במאמרו, טוען כי יש להבחין בין הגישות השונות של התובע, ושל הסניגור. יש להם פרספקטיבה שונה הנובעת מהגדרת התפקיד שלהם. תובע, המשחק משחקים ומנסה לנצל יתרונות טקטיים, אינו מבין את תפקידו כתובע. להבדיל, קשה לומר זאת על סניגור שהרי יש לו חובת נאמנות ללקוח, ועליו לנצל כל אפשרות שעולה בדרכו כדי לשרת את לקוחו – אפילו אמצעים טקטיים.

**השופט דן ביין**, מעלה את הטענה שצריכים להשתמש בכללי הסד"פ בתום-לב. לא ברור האם ביין מכוון את דבריו לתביעה או לסנגוריה.

### **פרשת דמיאניוק: חקר האמת, והגינות**

**ע"פ 347/88 דמיאניוק נ' מ"י**: מדינת ישראל שופטת את דמיאניוק על עבירת פשעים נגד העם

היהודי, שעונשה מוות. ברגע האחרון, מגיעים מסמכים שגורמים להיפוך התוצאה. דמיאניוק הואשם בהיותו איוון האיום במחנה טרבלינקה, אשר הפעיל את מנגנון הזרמת הגז לתאי הגזים במחנה. הרכב בן שלושה שופטים הרשיע אותו למרות הכחשותיו, בין היתר על סמך זיהוי של ניצולי שואה, ותעודה המסמיכה את דמיאניוק כ"וואכמן" (שומר במחנה ריכוז). ביהמ"ש העליון, שומע את הערעור, ובזמן הדיונים נפתחים הארכיביים של הקג"ב בברה"מ. התביעה עצמה, הלכה לארכיביים כדי לאסוף עדויות ומסמכים בעניין (מה שממחיש את הגינותה). נאספו מסמכים על מחנה טרבלינקה, ומסתבר שאותם וואכמנים במחנה טרבלינקה מסרו הודעות מפורטות לגבי את אשר קרה שם. כל המסמכים הצביעו כך שמי שהפעיל את תאי הגזים היה אדם ששמו איוון מרציניקו. אף נמצאה תעודה של אותו אדם, והוא נראה אחרת לגמרי מאשר איוון דמיאניוק, המערער. בנוסף, בין המסמכים מן הקג"ב עולה כי איוון דמיאניוק אכן היה וואכמן, אך במחנה סוביבור.

עולה מן הראיות, כי איוון דמיאניוק אכן השתתף בפעילות נאצית רצחנית במחנות שונים, אך הוא לא איוון האיום מטרבלינקה. בסופו של יום, "לפני ההוצאה להורג", ביהמ"ש העליון צריך לפסוק. הפיתוי הוא להוציא החלטה כי דמיאניוק אינו איוון האיום, אך בכ"ז רוצח בשליחות הרייך השלישי, ולהמיתו.

- כאן, נותן ביהמ"ש העליון ביטוי למשמעות הספק הסביר – "הספק כרסם בתודעתנו השיפוטית", כותבים השופטים. ביהמ"ש מודע לכך שיש אפשרות ממשית לטעות בזיהוי מצד ניצולי השואה. האם מוותרים במשפט מסוג זה על עקרון הספק הסביר? או שלא?
- האפשרות השניה היא שימוש ב**סעיף 216 לחסד"פ**, ולהרשיעו במעשי הרצח שנעשו במחנה סוביבור. אם כן, האם היתה לדמיאניוק אפשרות סבירה להתגונן מפני אישום זה? סביר להניח שלא, שהרי כל שבע שנות המשפט הוא עסק בהתגוננות מפני אישום אחר.

ביהמ"ש קובע כי **סעיף 216 לחסד"פ** כולל מבחן מהותי ודיוני. המבחן הדיוני כולל תנאי טכני ותנאי עקרוני:

- טכנית, האם היתה בפועל הזדמנות להביא ראיות ולחקור עדים מפני הטיעון החדש? על תנאי זה ניתן להתגבר ולהחזיר את המשפט לערכאה הנמוכה יותר. כנראה שהמחשבה על להתחיל את המשפט מהתחלה לא היתה נראית לעין.
- עקרונית, זוהי יכולת עניינית של הנאשם להערך מול אישום שנוסחו שונה מזה שהוגש בעיקרו. ביהמ"ש נזהר מאד בשימוש ב**סעיף 216** אם יראה כי נשללה מן הנאשם יכולת להתגונן.

מה הבעיה עם **סעיף 216** ?

אם ישתמשו בסעיף זה באופן תדיר, יהיו אנשים רבים חפים מפשע שילכו לבית הסוהר, שהרי נאשמים שיש להם הגנה, עלולים לפחד להביא אותה שמא ישתמשו בה כדי להפיל אותם מכיוון אחר. אסור שיהא מצב בו אנשים מפחדים להשתמש בקווי ההגנה שלהם, מפאת הפללה עצמית.

ניכר כי ההצמדות לכללים הדיוניים במקרה זה, היא מה שגברה. הנה, בפסקי הדין האחרונים ראינו ערכים שונים המתנגשים זה בזה, ובאים לידי ביטוי, בסדר-הדין הפלילי. ישנה התייחסות רצינית לעקרונות שלא סוטים מהם, גם במקרים הקשים ביותר.

### ההליך הפלילי במבט מהיר

1. **סעיף 73** לחוק המעצרים – **עיכוב**: שוטר ניגש לאדם ומרסן את חירות התנועה שלו, ומורה עליו להתלוות עימו לתחנת המשטרה. שלב זה, צריך להארך 3 שעות, ובסיטואציות שונות 6 שעות. לאחר ההגעה לתחנת המשטרה, יכולה להתקבל החלטה לעצור את אותו אדם.
2. **סעיף 29** לחוק המעצרים – **מעצר**: מרגע מעצר אדם ועד הבאה בפני שופט, יש מרווח זמן של 24 שעות. ישנם חריגים בסעיף 30 בהם ניתן להאריך את המעצר ל-48 שעות עד ההבאה בפני שופט.
3. **סעיף 17** לחוק המעצרים – **הארכת מעצר ימים**: שופט בית-משפט שלום יכול להאריך את מעצרו של האדם, לתקופה מקסימלית של 15 יום. בסיומם של אותם ימים ניתן להביאו להארכה נוספת. ההצטרבות של כל הארכות מעצר ימים אלו, צריכה להסתיים תוך 30 יום, אלא במקרים מאד נדירים בהם היועמ"ש מתערב ומבקש להאריך מעבר ל-30 יום. המקסימום הוא 75 ימים, מכח **סעיף 59** לחוק המעצרים. בזמן מעצר ימים זה, צריכה להסתיים החקירה, או לחילופין היא יכולה להסתיים מבלי שהאדם יהיה נתון במעצר.
4. בסוף החקירה יש להעביר את החומר לפרקליטות או לתביעה המשטרתית. בין סיום החקירה לבין השחרור מן המעצר, ניתן להחזיק אדם ל-5 ימים נוספים מעבר לפסיקת שופט המעצרים, ובלבד שהוגשה **הצהרת תובע** למעצר עד תום ההליכים מכח **סעיף 17(ד)** לחוק המעצרים. בתום 5 ימים אלו, או שמשחררים את החשוד או שמגישים נגדו כתב אישום. אם מוגש כתב אישום, מתחיל מירוץ זמן חדש.
5. לאחר הגשת כתב אישום יש להתחיל את המשפט תוך 30 יום, או לשחרר את הנאשם.
6. תוך 9 חודשים יש לסיים את ההליכים נגד הנאשם, ואם אלו לא נסתיימו יש לשחררו ממעצר.
7. לאחר 9 חודשים, אם לא הוכרע העניין, ביהמ"ש העליון יכול לתת עוד 90 יום.
8. בתום המשפט, ישנם 45 ימים להגיש ערעור.
9. לאחר הערעור, ישנם 45 ימים להגיש בקשה לרשות-ערעור.
10. לאחר רשות הערעור ניתן להגיש בקשה לדיון-נוסף.
11. לאחר הדיון הנוסף, ניתן להגיש בקשה למשפט חוזר.

## עיכוב ומעצר בלא צו בית-משפט

### סעיף 73 לחוק המעצרים

לפני חוק המעצרים היתה פקודת מעצר וחיפוש, ובזמנה נכתב פ"ד חשוב של **השופט אגרנט** שיצר את ההבחנה בין עיכוב לבין מעצר. מדובר ב**פרשת שמשי**.

**המ' 44/72 שמשי נ' מ"י**: מדובר בשוטר שרצה לעצור פרוצה שישבה ברכב עם שמשי וחבר נוסף שלו. זו טענה שהיא באותו הערב היתה בחופש ובילתה עם שמשי וחברו, בלבד. לכן ביקש השוטר לעצור אותה בגין שוטטות. שמשי וחברו התחילו להשתולל, והואשמו בהפרעה לשוטר במילוי תפקידו.

ביהמ"ש שלום גזר על שמשי עונש קל. המדינה ערערה לביהמ"ש המחוזי, בין היתר מכיוון שמאסר על תנאי שהיה תלוי מעל ראשו של שמשי לא הופעל. שמשי גם כן ערער על כך שהשוטר נטפל אליו על-לא-דבר. ביהמ"ש המחוזי גזר עליו מאסר בפועל.

בביהמ"ש העליון, **השופט אגרנט**, מזהה הזדמנות לייצר זכויות חשובות מאד לאזרח, מעבר למשמעות של הסיפור העובדתי הספציפי. פקודת המעצר בסעיף 2 נתנה סמכות לשוטרים לעכב אדם בהתקיים חשד שנעברה עבירה. כל עבירה. אילו אותו אדם סירב להתלוות לשוטר, סעיף 3 מאפשר לעצור את האדם בלא צו שוטר. ניתן גם לעצור אדם כשיש חשד שהתבצעה עבירה מסוג פשע, או כאשר נעברה עבירה בפניו של השוטר.

#### • האם זהו עניין סמנטי פשוט או משהו מהותי ?

במקרה זה, לא היתה סמכות לשוטר לעצור את הפרוצה. **השופט אגרנט** קובע כי ההבחנה בין עיכוב למעצר היא חשובה ביותר – גם מבחינת חומרת העניין. שוטר שרומס את ההבחנות הכתובות בחוק, מתעלם מכוונת המחוקק.

המשמעות קריטית, שהרי אם מתנגדים למעצר בלתי חוקי – אזי לא עוברים עבירה. אם המעצר חוקי, אזי עוברים על הפרעה לשוטר במילוי תפקידו.

**השופטים עציוני ו-חיים כהן** מצטרפים להחלטה ומוסיפים כי אין לזלזל בזכויות יסוד של אנשים. שמשי, זוכה.

## מעצר על-פי צו של שופט; הדיון בהארכת מעצר ימים

**סעיף 17(ד)** לחוק המעצרים מתייחס ל"הצהרת תובע". הצהרת תובע נכנסת בתווך של שני שלבי מעצר עיקריים – בין מעצר ימים של חשוד לבין מעצר עד תום ההליכים של נאשם. ראשית, נבהיר את המושגים:

### הארכת מעצר ימים

באולם המעצרים של ביהמ"ש שלום, מבקש שוטר, האחראי לכך, משופט המעצרים להאריך את מעצרו של החשוד, שטרם הגישו נגדו כתב אישום. מן הרגע שהחליטו לעצור את אותו אדם, אחד הדברים החשובים ביותר במדינת-ישראל הוא הדרישה להביא את אותו עצור בפני שופט תוך 24 שעות. השופט צריך להבין כי במעמד זה מתקבלת הכרעה לגבי חירויות וזכויות יסוד של אזרח.

לפני חיקוק חוק המעצרים, מבקר המדינה בדק את נושא מעצר הימים, ומצא כי ישנם הרבה מעצרי שווא במדינה (כלומר, מעצרים שלא הניבו כתב אישום).

ועדה בראשות השופט שלמה לוין, ניסתה לגבש דרך למנוע מעצרי שווא, ובין היתר החליטה כי לשוטר יש סמכות לעצור אדם ל-24 בלבד, ללא אישור שופט. לפני 1996, פרק הזמן עמד על 48 שעות.

תחילה, המשטרה היתה בהלם מן השינוי – כמות המעצרים ירדה, וכן כמות הארכות המעצר. הוקמה ועדה נוספת, במשרד המשפטים, לטיפול בעניין. לאחר תקופת הסתגלות לחוק, עלתה כמות המעצרים וכמות הארכות המעצר שוב. בוועדה הסתבר כי החוק ממלא את תפקידו כראוי, תפקיד שנועד למנוע שימוש במעצר ככלי חקירה. יש לציין כי במקרים מיוחדים וחיוניים, החוק מאפשר להחזיק אדם לפרק זמן של 48 שעות, מכח **סעיפים 29 ו-30** – כאשר הקצין הממונה מצא שיש צורך לבצע פעולת חקירה דחופה, שלא ניתן לבצעה ללא מעצרו של החשוד. בוועדה התברר כי המשטרה, לא ניצלה את הסמכות המוקנת לה בחוק לעצור אנשים ל-48 שעות, אלא ביקרה את חוק המעצרים השקם וערב.

**סעיפים 15-13** לחוק המעצרים, בהם מוסדר ההליך של הבאה בפני שופט והארכת מעצר הימים, לקחו תורה אשר נהגתה ועוגנה בפסיקה, והסדירו אותה בחוק החרוט:

1. ההליך מתחיל בהצהרה של חוקר, בו הוא מסביר לשופט מדוע אינו יכול לנהל את חקירתו כאשר החשוד משוחרר. הצהרה זו צריכה להיות מעוגנת באחד היסודות של **סעיף 13** לחוק המעצרים. בנוסף, החוקר צריך להראות מדוע לא ניתן להסתפק בערובה מתאימה, או מעצר בית ("פגיעתם בחירותו של החשוד פחותה").
2. החוקר מעביר את בקשתו בכתב, מכח **סעיף 15**. לחשוד או לסנגורו זכות לחקור את השוטר בחקירה נגדית, בזמן שהחומר היחידי המסופק להם זו אותה בקשה בכתב. במה כדאי לסנגור להתמקד? כמה אפשרויות:
  - א. לתקוף את עילת המעצר.
  - ב. לחקור את השוטר ע"מ שיכשל בלשונו ויחשוף ראיות. בד"כ זה לא יעיל כשחוקרים שוטרים ותיקים ומנוסים.

ג. לשאול את החוקר באיזה שלב הוא נמצא בחקירה, ומה הוא עוד מחפש. רוב החוקרים יסרבו לפרט על העניין, אך הסנגור רשאי להתעקש כי החוקר יפרט את תשובתו לשופט בלבד, מכח **סעיף 15(ה)**.

שמירה על זכויות אלו וסדרי-הדין המצויים ב**סעיף 15**, תוך התעקשות הסנגור על העלאת הדברים על הכתב הם חשובים ביותר, שהרי אם יובא אותו חשוד להארכת מעצר ימים אחדים לאחר מכן, יהיה לשופט המעצרים (לעיתים שופט שונה מן הקודם) חומר כתוב להתבסס עליו.

**בש"פ 5492/98 ברונסון נ' מ"י: סעיף 13(א)(3)** קובע כי ביהמ"ש, בבקשת הארכת מעצר ימים יכול להאריך את המעצר מתוך עילה מאד מיוחדת – *"ביהמ"ש שוכנע מנימוקים מיוחדים שיירשמו... שיש צורך לנקוט הליכי חקירה שלא ניתן לקיימם אלא כשהחשוד במעצר"*. במה דברים אמורים? הדוגמא הטובה ביותר הנופלת לגדר הסעיף, היא **מדובב משטרתי**. פעולת חקירה של מדובב, קשה מאד ליישום כאשר החשוד נמצא במעצר בית, או מסתובב באופן חופשי. השוטר, בבקשת הארכת המעצר, אינו יכול לפרט כי ברצונו להכניס לתא המעצר מדובב. אך מצד שני, כתוב שעל הטעמים להרשם. אם כן, כיצד יש לקיים את הסעיף הנ"ל? במקרה זה, מדובר בפקיד בכיר בבנק ברמתיים שנהג לקבל שוחד, שמו ברונסון. הוחלט להאריך את מעצרו מכח סעיף זה, והוא הגיש ערר שהגיע עד לביהמ"ש העליון. **השופט חשין** מנתח את **סעיף 13(א)(3)**, וקובע כי ההנמקה הנדרשת בסעיף לעיתים איננה ניתנת ליישום. לא תמיד ניתן לנמק את אותם טעמים מיוחדים שירשמו. בנוסף, הנמקה רצינית יכולה לפגוע בחקירה. לכן, מציע חשין, כי השופט, באותם מקרים בהם ישנה חובה לרשום טעמים מיוחדים, ירשום הפניה לאותם מסמכים חסויים בתיק החקירה שהוגש לו מטעם המשטרה.

כשמסתיימת החקירה, הדבר המרכזי שסנגור צריך לעשות הוא להוציא מהחוקר רמז או הודאה לכך שהחקירה הסתיימה. אם החקירה הסתיימה, אין עילה להחזיק את החשוד במעצר, עפ"י **סעיף 13**. עד ועדת לוי, היתה נהוגה פיקציה מסויימת, לפיה לאחר סיום החקירה, ובזמן העברת החומר לפרקליטות מן המשטרה, רואים זאת כאילו לא הסתיימה החקירה<sup>1</sup>.

באותם תיקים בהם החקירה מתנהלת כשהחשוד עצור, והחקירה מסתיימת, ומי שעסק בחקירה הזו סבור שאסור לשחרר את העצור, כי הכוונה היא להגיש בקשת מעצר עד תום ההליכים. במצב זה, נכנס הנושא של **הצהרת תובע** – ב**סעיף 17(ד)**, לפיה התובע צריך לתת "הצהרת תובע", ולומר כי עומדים להגיש כתב אישום וישנה עילה לכאורה לבקש את מעצרו של החשוד עד תום ההליכים.

מה הבעיה עם הסעיף?

התובע, בד"כ לא רואה את החומר בשלב זה. כיצד הוא יכול להצהיר לביהמ"ש שהוא עומד להגיש כתב אישום כאשר לא ראה את החומר או בדק אותו ביסודיות?

<sup>1</sup> בישראל, אמורה להיות הפרדה בין הרשות החוקרת לרשות התובעת (מוסדר ב**סעיפים 60-62** לחסד"פ). למעשה, הפרקליטות מתעסקת עם חלק זעיר של כתבי האישום במדינת ישראל. שאר כתבי האישום, לא מוגשים ע"י הפרקליטות, אלא התביעה המשטרית (מפלג תביעות). מבקר המדינה ביקר עניין זה באופן נוקב.



**בש"פ 4455/00 מ"י נ' בדווי :** מדובר באזרח ירדני שעבד אצל אזרחים ישראלים, והם פגעו בו פיזית ושדדו את כספו. הוא התלונן עליהם בתחנת המשטרה ביפו. עכבו את המעבידים לחקירה, אח"כ הקצין הממונה עצר אותם, ושעון ה-24 שעות החל לתקתק. הביאו אותם בפני שופט לאחר פרק זמן זה, והחקירה הסתיימה. הסנגור ביקש, שהעצורים ישוחררו מכיוון שהתובע היסס בעניין הצהרתו. התובע, נתן הצהרה כללית שכזו, ללא שבדק את התיק לעומק. שופטת המעצרים שחררה אותם, מכיוון שהתובע לא יכול היה אכן להצהיר כי עומדים להגיש כתב אישום נגדם. אם כן, האם התובע צריך לענות על דרישת החוק היבש, ולכתוב בהצהרתו כי ישנה עילה לכאורה להגשת כתב אישום? או האם עליו לציין בהצהרתו שגם עיין בתיק?

ביהמ"ש העליון, אימץ את עמדת הפרקליטות, וקבע כי די בהצהרה לפיה נראה לכאורה שיש מקום להגיש כתב אישום, ללא צורך להצהיר שהצהרה נובעת מתוך עיון בתיק. כעת ניתן להאריך את המעצר ב-5 ימים נוספים.

**בש"פ 3979/98 מ"י נ' דרור ג'נח :** אדם נחשד במעורבות בדקירה על חוף הים, שמו דרור ג'נח. ג'נח מעוכב ב-13.5.98, ומשחררים אותו, מחוסר ראיות. לאחר כחודש, מעכבים אותו שוב. במהלך העיכוב מתשאלים אותו, והשוטרים מגיעים למסקנה כי יש לעצור אותו. השוטרים משום מה, לא משתמשים בסמכותם לעוצרו ללא צו שופט, אלא מביאים אותו ישר לבית משפט. בביהמ"ש, הם מבקשים לעצור אותו. ביהמ"ש מאריך את מעצרו ב-24 שעות. למחרת, התמנה לו כבר עו"ד. בהארכת המעצר השניה, הסנגור שואל את השוטרים כיצד הביאו את ג'נח להארכת המעצר הראשונה לאחר שג'נח עוכב מעבר ל-3 שעות? המעצר, אינו חוקי, כך טען.

שופט המעצרים קובע כי אין בכך פסול. הסנגור מגיש **ערר** (ערעור במעצרים – בפני דן יחיד בביהמ"ש המחוזי). שופט המחוזי מקבל את עמדת הסנגור, ומורה על שחרורו של ג'נח. המשטרה, חזרה מהר לביהמ"ש שלום וביקשה צו מעצר (במקום לערער לעליון, והזמן שיקח לדון בעניין) בעילה חדשה. שופטת השלום, דחתה את בקשתם (חששה להיות מעין ערכאת ערעור למחוזי). על כך המשטרה הגישה ערר למחוזי, ושופט המחוזי דוחה את בקשתם. על כך הגישו ערר לביהמ"ש העליון בפני **השופט מצא**. בינתיים, ג'נח היה במעצר-בית.

**השופט מצא** מאמץ את עמדת הפרקליטות וקובע כי עיכוב שנמשך 4 שעות ורבע, הוא אכן לא תקין, אך לא כזה נורא. ובנוסף, לא יתכן כי צו מעצר יהא בטל בגלל פעולת עיכוב שנעשתה שלא כדין. שכן, אם נקבל את עמדת המחוזי, ישנו חשש כי שוטרים יבצעו מעצר במקום בו ניתן להסתפק בעיכוב. אך בהתחשב בעובדה שכל זמן ההתנצחויות, ג'נח היה חופשי, ביהמ"ש לא שולח אותו בחזרה לכלא.

**נקודה למחשבה :** האם באמת ניתן להגן על חירויות כאשר אין סנקציה בצד הפרת המגנא כרטא של החירויות?

## זכות השתיקה והזכות להיוועץ בסניגור

זכות השתיקה והזכות להיוועץ בסניגור הן נקודות השקה שבין סדר הדין הפלילי לדיני הראיות. המשפט הישראלי נמצא בסכסוך פלילי עמוק אשר מביאים אותו להססנות ושיתוק בעת הזו. זוהי הסתכלות שתתרום להבנתנו את נושא פרק זה.

מחד ישנו תהליך שהזכרנו בעבר, שהתחיל ב**פרשת סילבסטר** ועד ימנו, שמעלה על נס את ערך גילוי האמת, ומתייחס בחשדנות רבה לכללים פרוצדוראליים, ובמיוחד מתייחס בחשדנות למחסומים בנוגע לקבילות ראיות. הסיסמא בהקשר זה היא "**מעבר מקבילות למשקל**". השופט, אט אט משתחרר מחסמי קבילות של ראיות, וע"י כך להגיע לתוצאה שהאמת העובדתית והאמת המשפטית יהיו קרובים זו לזו. בשנות ה-80 דובר על התופעה הזו כירידת הפורמליזם ועליית הערכים.

מאידך ניצב רעיון שונה לגמרי, ההולך ומתפתח בעשור האחרון. תהליך זה רואה עצמו גם כן כתהליך פרוגרסיבי ומהפכני – של צעידה קדימה. תהליך זה נקרא **המהפכה החוקתית**. זוהי תנועה המדברת על העלאת קרנן של זכויות האזרח, בייחוד בתחום הפלילי; העלאת דרגת החשיבות של זכויות הנאשם בהליך הפלילי, לרבות הזכות למשפט הוגן והיוועצות בסניגור. האנשים שלוקחים ברצינות את השינויים שחלו בעקבות חקיקת חוקי היסוד, יש בפייהם רטוריקה אגרסיבית מאד על הצורך להגן ביתר שאת על הזכויות הדיוניות.

בין שתי התפישות הללו ישנה סתירה פנימית חזקה עד כדי שיתוקו של המשפט הישראלי, וחוסר יכולתו לפתור את העניין.

**נמחיש בדוגמא:** מזה כ-5 שנים, שופטי ביהמ"ש העליון אינם מסוגלים להגיע להכרע ב**פרשת יששכרוב**. מדובר בחייל המואשם בעבירה פעוטה של שימוש עצמי בסם. במסגרת המשפט שלו, התבררה התמונה הבאה:

טוראי יששכרוב נעצר בחיפוש שקשר אותו לכמות קטנה של מריחואנה. חוקר מצ"ח, במתכוון, מנע ממנו מפגש עם סניגור צבאי מן הסיבה שהוא הרגיש שאם יגיע הסניגור – הוא יעץ לו לשמור על זכות השתיקה. החוקר חקר אותו שעות ארוכות, ובסופו של דבר יששכרוב מסר הודאה בדבר מקרים נוספים בהם עישן במסגרת שירותו הצבאי. הוגש כתב אישום. במסגרת המשפט, בא כוחו טען שהחוקר הפר באופן בוטה את הכללים, תוך שהוא מונע ממנו במתכוון להפגש עם עו"ד, וכן – הוא רמס את זכות השתיקה שלו. אי לכך, יש לפסול את ההודיה של יששכרוב. המקרה עבר כמה ערכאות והגיע לביהמ"ש העליון. הלה, טרם הכריע בעניין.

אם כן, האם רצוי לפסול הודעה שנחזת להיות בעלת אמינות גבוהה בגלל שרשות חוקרת רומסת זכות יסוד, אשר עלתה "מדרגה" בעקבות המהפכה החוקתית, ואם כן – מדוע? האם יש מקום ליסוג לאחור ולהעדיף קבילות על משקל? אם ביהמ"ש לא יפסול ראיות, תהיה בעיה קשה מאד לקחת ברצינות את הזכויות החוקתיות. **כאן נמצא הפרדוקס** של המשפט הישראלי.

**דוגמא נוספת:** אדם נעצר ונחקר, אך לא מודיעים לו על זכותו להפגש עם עו"ד. בנוסף, לא מודיעים לו שהוא רשאי לשמור על שתיקה. מתנהלת נגדו חקירה דורסנית – הטחת האשמות, לחץ נפשי, איומים. בסופו של דבר, הנחקר מודה **בהודיה הנחזת כמהימנה**. כעת ביהמ"ש צריך להחליט אם הוא מקבל את ההודיה ולהרשיעו, או לא לקבל אותה – ולזכותו. מה עליו לעשות ?

#### שיקולים לפסילת ההודיה:

- **העקרון החינוכי:** אם השופט יקבל את ההודיה הזו, הוא ישגר מסר אנטי-חינוכי למשטרה תוך שהוא רומז להם שזכויותיו של אדם הן כלא כלום.
- **אמון במערכת המשפט** (בעד ונגד): את אמונו של מי יש להעדיף ? את אמונו של הנאשם, או אמונו של הקרבן ? לכאורה, אי קבילות ההודיה מכרסמת באמון בית-המשפט להגיע לאמת, בעיני הציבור.
- **העקרון הפרוטקטיבי** (הגנה): יש לפסול את ההודיה כי הפסילה בעצם מגינה על הזכויות של האזרח. בדרך זו, המדינה מגינה על האזרח מפני פגיעה בזכויותיו, ומסיבה זו בלבד כדאי לפסול.
- **הרשעות שווא:** קבילות הודיה שכזו, למרות שהיא מהימנה, עלולה להביא את המשטרה להוציא הודית שווא בעתיד ע"י איומים, וכדומה.

#### שיקולים לקבילות ההודיה:

- **ערך האמת והצדק.**

המאבק הקלאסי הוא בין ערך האמת (קבלת ההודיה), לבין העקרון החינוכי (פסילת ההודיה). כך האנגלים, החליטו לנקוט ביד קשה נגד שוטרים הפועלים בניגוד לחוק, אך הודיות שנגבו באופן כזה קבילות באנגליה. זוהי למעשה, הגישה השלטת בפסיקה הישראלית עד לאחרונה – העמדת החוקרים לדין משמעותי או פלילי, אך מקבלים את ההודיות שהם גבו.

בקנדה ובאנגליה פותח עקרון בשנים האחרונות, לפיו צריך לאפשר לביהמ"ש לפסול ראיות שהושגו באמצעים בלתי חוקיים או בלתי כשרים, אך לא בגלל הערך החינוכי או בגלל שיש בכך הגנה על זכויות, אלא בגלל שקבלת הראיה שהושגה באמצעים בלתי חוקיים **פוגעת ביושרה המוסרית של המערכת השפיטה**.

נקודה למחשבה: פיסקת הכיבוד של **חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו** קובעת כי יש לכבד את הזכויות הקבועות בחוק היסוד. האם שופט המקבל ראיה שהושגה תוך כדי הפרת זכויות – אכן מכבד את הזכויות ?

**ת"פ (נצרת) 511/97 מ"י נ' עודה:** רס"ר אדרי דופק על דלתו של אדון עודה בנצרת עלית, ובידו צו חיפוש. הוא עוצר את עודה ומביאו לתחנת המשטרה. עפ"י **סעיף 28 לחוק המעצרים**, חייב החוקר להודיע לעצור כי לו זכות לשתוק וכי יש לו זכות להוועץ בעו"ד. במקום זה, מנהל אדרי שיחה עם

עודה מבלי להזהיר אותו, ורושם את תוכן הדברים **במזכר**<sup>2</sup>. המשטרה לא הודיעה לעודה על זכות השתיקה שלו, ונגבתה ממנו הודעה. במסגרת הראיות הנכבדות שהיו נגד עודה, ביקשה התביעה להגיש גם את הזכ"ד. בא-כוחו התנגד מיד.

**השופט גינת** מסרב לבקשת התביעה, ומוציא החלטה ובה הוא כותב ומפליג בדברים אודות המהפכה חוקתית, ומציין כי הדין הפלילי הוא לב העניין שהרי הוא נוגע לכבוד האדם וחירויות. שלילת החסיון בפני הפללה עצמית וזכות השתיקה מאדם, בזמן שישנה הוראה מפורשת המעניקה לו זכויות אלו, אף אם תוכן הזכ"ד מהימן – הראיה איננה קבילה. שאלת אמיתותה של הראיה, איננה רלוונטית שהרי הרעיון הוא להגן על זכות היסוד אף אם תוכן ההודיה עשוי להיות אמת. אחרת, אין שום ערך למהפכה החוקתית.

כעת נדון בשלושה פסקי דין העוסקים בקבילות הודאתו של חולה נפש. השאלה העולה בהם מהווה דרך נוחה לבחון את הבעיות שהזכרנו לעיל. לצורך כך נזכיר כי יש לבחון שלושה מועדים רלוונטים הקשורים למצבו של חולה הנפש:

**בזמן המעשה**: זוהי אי-שפיות מהותית (ואז עולה השאלה האם הוא אחראי למעשיו); **בזמן החקירה**; **בזמן המשפט**: זוהי הכשירות לעמוד לדין. כשירות זו נבחנת ביכולתו להבין את מצבו, ויכולתו לומר אמת (המבחן הכפול שנקבע **בפרשת בשארי**).

במשפט, כשאנו רוצים לבחון את קבילותה של הודאת חולה נפש, עלינו ללכת במסגרת פקודת הראיות ולבחון האם היא ניתנה **בצורה חופשית ומרצון**. בכל זאת, בתי המשפט הישראליים אינם נענים לטענות כנגד חופשיותה ורצונה הטוב של הודאת חולה הנפש. מדוע?

**ע"פ 186/55 מ"י נ' מיזאן**: במקרה זה אדם, מופרע בנפשו, אושפז בבי"ח לחולי נפש. הוא הואשם בביצוע רצח מזעזע תוך ביצוע עבירה מינית בנרצחת. התיק התבסס כמעט כל כולו על הודאה ושחזור. הודאתו נגבתה בבי"ח לחולי נפש, ע"י פסיכיאטרים. כעת עולה השאלה האם הודאתו קבילה. הדעות נחלקו ביחס להודיה:

- **השופט ויתקון** קובע כי הנימוק היחיד לפסילת הודיות בלתי חופשיות הוא כשאין לסמוך על מהימנותן [ד"ר וינר: ויתקון אינו מזכיר כלל את העקרון החינוכי!].
- **השופט גויטן** חלק על **השופט ויתקון** וסבור כי אין לקבל הודאות שניתנו ע"י חולה נפש, שנגבו בבי"ח לחולי נפש בזמן טיפול תרופתי ונפשי – אין בכך כל ערך. בסופו של דבר מיזאן זוכה תוך שהשופטים קובעים שהוא פעל מתוך דחף לאו בר-כיבוש. ד"ר וינר: אנו רואים שבתי המשפט הפכו את הדרישה שבפקודת הראיות ע"י קביעתם שלא מקבלים הודיה אם מהימנותה מוטלת בספק, לא משנה כיצד, איך ומתי נגבתה.

**ע"פ 774/78 מ"י נ' לוי**: מדובר במפגש של לוי עם אדם שמשפק שירותי מין, וויכוח על סכום הכסף שיש לשלם. המפגש מסתיים בדקירה קטלנית. בא-כוחו של לוי מקבל חו"ד שהתביעה הגישה, שלוי אינו כשיר לעמוד לדין. משום מה, הוא ביקש להמשיך עם המשפט. לוי הורשע.

<sup>2</sup> להבדיל מהודעה או הודיה, את הזכ"ד כותב השוטר את פרטיו, ומפרט את פרטי השיחה שלו עם החשוד אגב אורחה.

השאלה בערעור היא האם ההודיה שמסר לוי במשטרה קבילה. מסתבר, שבמשטרה "שכחו" לספר לשופט המעצרים כי מדובר בחולה נפש, בזמן שלוי הובא בפניו. אילו ידע, יתכן והוא היה מפסיק את החקירה ושולח אותו לאשפוז. בחקירה, לוי מתוודה. לצורך מענה, **השופט ברק** מפרש את המונח "חופשית ומרצון". הוא קובע כי הודאה חופשית ומרצון, היא הודאה שנמסרה ללא לחץ חיצוני. כך שקיומו של לחץ חיצוני – גורר פסלות. העדר לחץ חיצוני הוא ערובה לקבילות. **הלחץ הפנימי**, קרי, מחלת הנפש, לא שייך כלל לשאלת הקבילות אלא לשאלת המשקל. **השופט ח' כהן**, בדעת מיעוט, סבור כי לחץ פנימי תמיד יפגע בחופשיות והרצון של המתוודה. אך בכל זאת מרשיע את לוי.

**ע"פ 5614/92 מ"י נ' מסיקה**: יום אחד, יגאל מסיקה, מגיע למשטרה ואומר לחוקר שהוא רוצה לנקות את מצפונו ולהצטרף למשמר האזרחי. בחקירתו הוא מתחיל לספר על מקרי פשיעה רבים שהוא השתתף בהם. מסיקה נעצר, ומתנהלת נגדו ונגד אלו שהפליל חקירה. אימו של מסיקה מגיעה לתחנת המשטרה ומבשרת כי בנה השתחרר לפני מספר ימים מבי"ח לחולי נפש. שופט המעצרים, משחרר אותו בערובה. מוגש נגדו כתב אישום. ד"ר רונן מביה"ח מספר כי מדובר בהודיה כפונקציה של מחלת הנפש שלו, ולא מתוך "חזרה בתשובה". השופט סטרשנוב בביהמ"ש המחוזי פוסל את ההודאה. הוא קובע כי חולה נפש אינו מבין את הנעשה איתו, הוא אינו מבין את זכות השתיקה, וקבלת הודאה ממנו אינה הוגנת. המדינה ערערה על כך.

ביהמ"ש העליון קובע כי ישנה מסורת ארוכת ימים של מעבר מקבילות למשקל, וערך האמת שעולה על כולנה – ולפיכך הודאתו קבילה ויש להרשיעו.

**ד"ר וינר**: במקרה זה, הסתירה בין התפישה החוקתית והתפישה של ערך האמת איננה כה חריפה, מכיוון שהמדינה נהגה כאן בתום-לב. המשטרה באמת לא שמה לב לכך שמסיקה חולה נפש, להבדיל מן המקרה של לוי. במצב דברים שכזה, אם היו פוסלים את ההודאה, אין בעניין הזה שום ערך חינוכי לשוטרים – כי השוטרים לא ידעו שהוא חולה נפש, והם לא ניצלו חולשה של אדם אחר. ניתן להבין את הרציונאל של ערך האמת במקרה של מסיקה. בכל זאת, קיימת כאן בעיה חוקתית מכיוון שזכות ההיוועצות וזכות השתיקה קשה לומר שהם נמצאים בתודעתו של מי שטופל מפאת מחלת נפש. אף אם הדברים היוצאים מפיו תואמים את המציאות, לא ניתן לומר שהוא מודע לזכויותיו, אלו שהמהפכה החוקתית מבקשת להשיא.

## ההחלטה להעמיד לדין

אין ביטוי מובהק יותר לכח השלטוני ולאחריות והפעלת שיקול דעת שלטוני מאשר מה שכתוב בסעיף 62 לחסד"פ. סעיף זה מסמיך אדם להכריע בהחלטה הרת גורל בדיני נפשות.

אותו אדם מקבל לידי את תיק הפרקליטות הזה, ובו: תיק משטרה, הודעות של עדים שנגבו ע"י חוקרים (אשר לעיתים כותבים באופן קלוקל, בכתב לא ברור), אימרתו של החשוד, זכ"דים המתעדים פעולות ושיחות שנוהלו ע"י שוטרים, צווים שונים, רישומי היומן המשטרתי בו מסוכם התיק והכולל המלצה להעמיד לדין את החשוד, אם לאו (מה שמעורר תהיות בעניין ההפרדה בין הרשות החוקרת לרשות המעמידה לדין, המקובלת בישראל).

כשהחשוד עצור עד תום ההליכים, מקובל כי העברת החומר כוללת מפגש בין החוקר לתובע, אשר מסביר לו פרטים אודות התיק.

התובע, כשהוא מקבל את התיק, אינו רואה את העדים. ישנם תובעים היוצאים מגדר הכלל ועושים עבודתם נאמנה, וכשמדובר בתיק כדוגמת עבירות מין (בד"כ מילה כנגד מילה), הם נפגשים עם המתלונן/ת ומתרשמים מהם באופן אישי.

### **כיצד צריך תובע להפעיל את שיקול דעתו ?**

החוק קובע שני קריטריונים לכך בסעיף 62, אשר מפורשים בבג"צ 935/89 גנור נ' היועמ"ש. מדובר בפרשת ויסות המניות בבנקים. לאחר ועדת החקירה ברשות השופט בייסקי, היה צריך היועמ"ש לשקול האם להגיש כתבי אישום נגד המעורבים לאור מסקנות הועדה. היועמ"ש התבסס על סמכותו בסעיף 62, המדבר על תובע שהועבר אליו חומר חקירה, הקובע כך:

- בעבירות קלות החומר מועבר לתובע משטרתי אשר מגיש את כתב האישום.
- בעבירות חמורות יותר, החומר מועבר לפרקליט המחוז.
- בראש כל מערך התביעה עומד היועמ"ש, אשר יכול גם הוא להחליט על הגשת כתבי אישום.

היחס בין כל הגורמים הוא בעייתי ביותר מבחינה חוקתית, ומבקר המדינה מתריע על כך בכל שנה ושנה. היום, 80% מכתבי האישום הפליליים מוגשים ע"י תובעים משטרתיים. קבוצה קטנה מאד של תיקים מוגשים ע"י פרקליטים מפרקליטות המדינה והיועמ"ש – כעקרון, תיקים אלו הם תיקים רגישים מאד מבחינה ציבורית [ד"ר וינר: העובדה שהמשטרה מטפלת ביותר מדי תיקים פליליים והפרקליטות במעט, היא בעיה רצינית מבחינה חוקתית – אין ספק שאנשי הפרקליטות הם מקצועיים ושוקלים העמדה לדין באופן ראוי ושוויוני, אך האם כך הוא הדבר במשטרה?].

היועמ"ש החליט שלא להגיש נגד המעורבים בפרשה, מחוסר עניין לציבור. חשוב לציין כי תובע, יכול לסגור תיק למרות קיומן של ראיות המספיקות להרשעה – זהו כח עצום.

## הקריטריונים הקבועים בסעיף הם שניים:

- **ראיות מספיקות לאישום** – כאשר התובע מביט בתיק וסבור הוא שיש בהם מספיק כדי להרשיע אדם מעבר לספק סביר שהאדם ביצע עבירה. על התובע לשאול עצמו "האם יש סיכוי סביר להרשעה?".
- **עניין לציבור** – זוהי הפעלת שיקול דעת מנהלי טהור, הכפוף לכללי המשפט המנהלי.

**השופט ברק** קובע כי היועמ"ש הפעיל את שיקול דעתו בחוסר סבירות באופן קיצוני. בהזדמנות זו קובע ביהמ"ש את הקריטריונים שיש שיש לשקול במסגרת שיקול דעת זה, ולהעמיד אותם אחד מול השני – רק אם השיקולים נגד עולים על השיקולים בעד הגשת כתב אישום, אז ורק אז רשאי התובע שלא להגיש כתב אישום, ואלו הם השיקולים:

- **חומרת העבירה** – נמדדת לפי העונש הקבוע בצידה של העבירה.
- **נסיבות הנוגעות לחשוד ולביצוע העבירה** – האם זה נעשה באכזריות או תוך כדי ניצול; היקף הנזק שנגרם; שכיחות העבירה, משך ביצוע העבירה, חלוף הזמן, הנזק שנגרם לחברה מביצועה של העבירה; העבר הפלילי של החשוד; שיתוף הפעולה של החשוד עם הרשויות; התחשבות בקרבן;
- **אינטרסים מוסדיים** – לביהמ"ש זמן שיפוטי מוגבל, ולתביעה זמן תביעתי מוגבל. אין לבזבז את הזמן הזה על דברים שאינם חשובים, אלא יש למקד את העבודה התביעתית והמשטרתית בדברים החשובים באמת, עד כדי שזהו שיקול לסגירת תיק.

העונשים הקבועים בצד ויסות מניות, אינם מהגבוהים שיש. לעניין הנסיבות, קבוצת סוחרים עשירים תיאמו ביניהם כיצד לוסת את מניות הבנקים. השפעת מעשיהם על החברה הינה עצומה, וביהמ"ש סבור שאם ישלח המסר שניתן לסגור את התיק הזה שהשפיע באופן כה שלילי על החברה, זה יהיה הרה אסון. בסופו של יום, ביהמ"ש קובע כי היועמ"ש לא שקל בצורה ראויה את הגורמים הרלוונטים והינה בלתי סבירה באופן קיצוני.

## עיון בחומר חקירה

נושא חשוב ביותר מכיוון שהוא מכריע את תוצאת המשפט במקרים רבים. העדר חומר חקירה, כאשר יש סנגור שאין בפניו את כל החומר הרלוונטי – זוהי דרך סלולה לטעות משפטית. סנגור שמצליח לקבל חומר רב יותר הוא סנגור שיכול גם להצליח יותר.

**סעיף 74(א)** לחסד"פ קובע את זכותו של סנגור ונאשם לעיין בחומר חקירה, הוא מהסעיפים הפרוצדורליים החשובים ביותר בחסד"פ. בסעיף שלושה יסודות חשובים:

- "חומר חקירה".
- "בידי התובע".
- "רשימת כל החומר".

### חומר חקירה

המונח "חומר חקירה" פורש במסגרת **בבג"צ 233/85 אל-הוזייל נ' משטרת ישראל**, שניתן לפני תיקון חסד"פ ב-1995. במקרה זה, **השופט בך** קבע את פירוש המונח. **בך קבע**: חומר חקירה אינו מונח טכני, אלא הפרשנות צריכה להיות גמישה ומהותית, ואין לפרשו פירוש דווקני ומצמצם המגביל את תחולת הסעיף לחומר הראיות ומעשה העבירה המיוחס לנאשם, אלא כלולות בו גם ראיות הקשורות באופן הגיוני לפריפריה של האישום. בכל מקרה צריכים לפעול לפי השכל הישר, וע"י המגמה **לאפשר לסנגוריה הזדמנות הוגנת להכין הגנתה**.

לפיכך, על חוקר לנהוג בגמישות ולכלול בחומר החקירה פרטים הנוגעים לפריפריה של האישום. הפרשנות, אם כן, היא רחבה מאד. דברים אשר אינם נראים לשוטר או תובע רלוונטיים, הם לאו דוקא אינם רלוונטים לנאשם או סנגורו. התובע, נמצא במצב כמעט בלתי אפשרי מבחינה פסיכולוגית, שהרי מבקשים ממנו להכנס לנעלי הסנגור ולתת כמה שיותר חומר במסגרת חומר חקירה אף אם הוא נראה בלתי רלוונטי או בלתי רלוונטי בדוחק, ומנגד מבקשים ממנו שלא להכנס לנעלי הסנגור, ולא לשקול שיקולי רלוונטיות.

### בידי התובע

**השופט חשין** במסגרת **ע"פ 1152/91 סיקסיק נ' מ"י**, מתייחס למרכיב "בידי התובע". הנטל שהתביעה נושאת בו עניינו בחומר חקירה שלעניין, **בין הוא מצוי למעשה בידי התובע, ובין מצוי הוא במקום אחר שלתביעה שליטה עליו**. וזה כולל את מה שנמצא בכל מיני ארונות במשטרה ובתיקים אחרים (הנוגעים ל"אחר"), שמישהו במשטרה החליט, מסיבות כלשהן, שהם לא מהווים חומר חקירה. המחוקק ביקש לפתור בעיה זו בעזרת המונח "רשימת כל החומר".

### הרשימה

הרשימה היא **מפתח תיק**, ומשמעות הדבר היא שכאשר מסיימים חקירה, מסמנים באותיות את כל החומר וע"י כך יוצרים את המפתח. הלכה למעשה, אין לדעת האם האדם שערך את הרשימה הזו חשב שצריכים לכלול בה רק את הפריטים שנמסרו לפרקליטות, או שמא לכלול את כל החומר שנאסף ע"י הרשות החוקרת לרבות חומר חקירה שאינו עונה על המבחן המהותי של השופט בך.



כוונת המחוקק היתה ברורה – כל החומר באשר הוא. אך כוונתו לא מיושמת ע"י פרקליטות המדינה. הנה בעיה נוספת העולה כתוצאה מאי יישום העניין: **סעיף 74(ב)** קובע כי נאשם רשאי לבקש מביהמ"ש שהוגש אליו כתב האישום, שיורה לתביעה לאפשר לו לעיין בחומר שהוא, שלטענתו, הוא בגדר חומר חקירה. וכיצד סנגור יכול לעשות כן אם הרשימה עצמה לא כוללת את כל החומר ?

**בג"צ 1885/91 צוברי נ' פרקליטות מחוז ת"א**: זהו פסק דין בעייתי שניתן לפני **חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**. כשחוקר מתייצב בפני שוטר מעצרים, הוא מגיש מגיש לו תיק כדי לשכנע אותו להאריך מעצר. המשטרה אינה כוללת חומר זה, הנוגע למעצר, כשהיא מגישה את התיק לפרקליטות. **השופט בך** קובע כי אין זה חומר חקירה, ולכן אין צורך להעבירו לנאשם או לסנגורו. **ד"ר וינר**: קביעתו של השופט בך מהווה בעיה חמורה מכיוון שזהו חומר שנאסף ע"י הרשות החוקרת, ונוגע לאישום.

קעת נסקור שתי הלכות חדשות, האחת לטובת הסנגוריה, והאחרת לטובת התביעה. **הנה**:

**בש"פ 4481/00 יחזקאלי נ' מ"י**: **השופט דורנר** קובעת כי **הרשעות קודמות של עד תביעה** הינן במסגרת חומר שיש להעבירו לסנגור. זכות הפרטיות של העד-העבריין אינה גוברת על זכותו של הנאשם להליך הוגן.

**בש"פ 9322/99 מסאוורה נ' מ"י**: מדובר באדם שהואשם בעבירת מין. הסנגור עסק בחטטנות יתר, וביקש לקבל תיקים שונים על המתלוננת (תיק סוציאלי, תיק ביי"ס, ועוד), מתוך תקווה למצוא ביסוס לקו ההגנה של הנאשם – שטען לחפותו. נציג המדינה טען כי חומר זה לא מהווה בכלל נושא לדיון לפי **סעיף 74**, שהרי תיק הגיוס, תיק הרווחה, וכדומה, לא **"נאסף ע"י הרשות החוקרת"** כלשון הסעיף.

**השופט בייניש** מסכימה עם התביעה וקובעת כי רק מה שנתפס ע"י המשטרה – הוא במסגרת חומר חקירה, וישנה חזקה המניחה שהמשטרה פועלת בהגינות. לכן, הנאשם יכול לשלוח לפרקליטות מכתב המבקש כי תבוצע השלמת חקירה, ואם אכן זו נעשתה – רק אז ניתן לקבל את החומר. בנוסף קובעת **השופט בייניש** כי דרך אחרת להשיג חומר שכזה היא במסגרת **סעיף 108** לחסד"פ. סעיף זה מתיר לבעל דין לבקש מביהמ"ש לזמן עד שיביא עימו את כל החומר המצוי ברשותו ומפורט בצו **[ד"ר וינר**: הזמנת עד תוך חיובו להביא חומר המצוי בידו, הוא מעשה חסר אחריות לחלוטין של סנגור, מכיוון שהעד הזה יגיע לאחר פרשת התביעה, ולא יעלה על הדעת כי באמצע ניהול ההוכחות פתאום תובא לביהמ"ש ראיה בפעם הראשונה ע"י העד].

אנו רואים שההרחבה של השופט חשין ב**פרשת סיקסיק** אינה כוללת חומר שאינו מצוי במקומות שלמשטרה אין שליטה עליהם.

**נקודת אור חיובית**: **השופט בייניש** מסיימת את דבריה ורומזת כי יכול להיות שההליך שב**סעיף 108** צריך להתנהל בפני שופט שאינו דן בתיק, מתוך הלשון **"בית המשפט"** ללא פירוט, שבסעיף. כך, ניתן למנוע מצב בו ראיות נשמעות לראשונה בביהמ"ש ללא הכנה מצד הסנגור.

## סיכום

- **סעיף 74(ב)** מאפשר לנאשם וסנגורו לקבל חומר חקירה שנאסף ע"י הרשות החוקרת, או חומר המצוי בשליטתן.
- **סעיף 108** מאפשר לקבל חומר שלא נאסף ע"י רשויות החקירה או שאינו מצוי בשליטתן. הפרוצדורה הקשורה בהליך טרם הובררה, ויש לקוות כי ההליך יתקיים בפני שופט תורן שאינו דן בתיק, ולפני פרשת ההגנה.

## הגנה מן הצדק

הגנה מן הצדק היא טענה מקדמית, יצירת פסיקה, אשר אינה נמנית על הטענות המקדמיות הקבועות בסעיף 149 לחסד"פ (כגון: התיישנות, חנינה, פגם בכתב האישום). נהוג להעלות את הטענה בתחילת המשפט, אך ניתן להעלותה בכל שלבי הדיון.

מהו עקרון הצדק? אין לכך תשובה ברורה, אך נבחן כמה ציטוטים של השופט ברק: "הערך המרכזי של המשפט הוא הצדק", "שאירת המשפט הינה להיות צודק". השופט ברק כתב באחד ממאמריו כי אחד הדברים הכלולים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, היא הזכות להליך ראוי. מיותר לציין כי ה-Due Process היא זכות חוקתית בארה"ב.

הגנה מן הצדק נטענה, בין היתר, בפרשת הבנקאים, במסגרת ע"פ 2910/94 יפת נ' מ"י. הנאשמים טענו כי משום שהיתה ועדת חקירה, לא יהא זה צודק להעמידם לדין שוב שהרי הכתם כבר דבק בהם והם קיבלו את עונשם. בנוסף, טענו הנאשמים כי הממשלה היתה מעורבת עצמה בוויסות המניות – אין זה צודק להעמידם לדין על דבר שהממשלה היתה מעורבת בו. **השופט דב לוין** קובע כי עקרונית, מקובלת עליו טענת ההגנה מן הצדק, אך בנסיבות מקרה זה אין לקבל אותה. לצורך העניין, נותן לוין דוגמא: "מעשה בהחלטת הממשלה לשלוח סוכן לבצע משימה סודית. לימים כשמתברר את אשר עשה הסוכן, קמה צעקה גדולה בקרב הציבור. היועמ"ש מחליט להעמידו לדין כדי לרצות את הציבור. היעלה על הדעת? היתכן כי היועמ"ש שהיה חלק מתכנון העבירה יעמיד את הסוכן לדין?". **טענת הגנה מן הצדק תתקבל רק במקרים מאד קיצוניים של מעורבות קיצונית<sup>3</sup> וחריגה של הרשות.**

חשוב לציין כי כל טענה מקדמית בכלל, והגנה מן הצדק בפרט, שמתקבלת לא מביאה לזיכוי אלא לביטול כתב האישום.

### **רקע הסטורי**

המקור של טענת ההגנה מן הצדק היא במשפט האנגלי, שם היא קרויה "Abuse of process". ב-**Connolly v. DPP** דובר בהרשעה ברצח אגב שוד. קונלי הואשם ברצח בלבד – והורשע. לאחר הערעור, הוא זוכה. התביעה ביקשה להגיש כתב אישום נוסף על אותה פרשה עובדתית, אך לעניין השוד בלבד. בערעור לבית הלורדים טעם קונלי כי לא ניתן להגיש נגדו כתב אישום שונה באותה פרשה עובדתית. בית הלורדים, לא קיבל את טענת ההגנה מן הצדק במקרה זה, אך הם הסכימו כי היא קיימת עקרונית.

במשפט האמריקאי, ההגנה נקראת "Outragous Conduct". ההגנה התפתחה מכח פסיקה כשהיא דנה בנושא ה"סוכן המדיח" (Entrapment). הפסיקה בחנה את הדבר בצורה סובייקטיבית, כלומר עד כמה השפיעה התנהגות הסוכן על הנאשם (האם התכוון בין כה לעבור עבירה?). אם הוא אכן הדיח אותו – יש לזכותו. עם השנים ההגנה התפתחה, ונקבע כי יש לבדוק

<sup>3</sup> "מקרים בהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסאלית נפגעת", דברי לוין.

את ההגנה בצורה אובייקטיבית, ולכן אם התנהגותן של הרשויות היתה כה חמורה – אנו נעניש אותה, ללא קשר למחשבתו הסובייקטיבית של הנאשם.

בפרשת **Twigg** בארה"ב דובר על סוכן סמוי שעשה את כל העבודה בעצמו (רכש חומר, מעבדות וסחר), כביכול בשם הנאשם. ביהמ"ש הגיע למסקנה כי אלו הנסיבות להשתמש בהגנה מן הצדק, והאישום נגדו בוטל.

#### **בחזרה לדין הישראלי**

**בג"צ 5319/97 קוגן נ' הפצ"ר**: מדובר באסירי כלא 6 שהסתכסכו עם הסוהרים קשות, ולכן התמרדו. במרד, הם תפסו סוהרים כבני ערובה ואיימו לפגוע בהם. במהלך המו"מ, הם הגישו מסמך דרישות, ובין היתר דרשו – אסור להרביץ לאסירים, להעביר אסירים "כבדים" לשיקום, וכדומה. בסופו של דבר הושגה פשרה ובני הערובה שוחררו, תוך שהובטח להם שהם לא יועמדו לדין. לאחר השחרור של בני הערובה, כל האסירים הועמדו לדין. המורדים טענו כי הטעו אותם ועל כן מגיעה להם הגנה מן הצדק.

ביהמ"ש קבע כי במקרה זה לא היתה ברירה למשטרה, והם היו צריכים לנקוט בכל האמצעים כדי להפסיק את המרד ולהציל חיים – אין בכך פסול. טענת ההגנה מן הצדק לא התקבלה.

**בג"צ 1563/96 עו"ד כץ נ' היועמ"ש**: פרשה זו קשורה להאזנות הסתר שהיו בעניינו של עופר נמרודי. עו"ד כץ היה הסנגור של פרידן וצור. המשטרה יצרה קשר עם צור וחתמה איתו על הסכם עד מדינה, מבלי לידע את עו"ד כץ. צור, הקליט את כל שיחותיו עם כץ ואסף חומר על קו ההגנה שלו בתיק. הוגש כתב אישום נגד עו"ד כץ בגין עבירות שעבר במסגרת הטיפול בתיקים של פרידן וכץ. כץ טען כי הראיות אינן קבילות, וכי מגיעה לו הגנה מן הצדק.

**השופט קדמי מבחין בין הגנה מן הצדק לבין תורת פרי העץ המורעל**. תורת פרי העץ המורעל, שלא התקבלה בארץ, קובעת כי לא ניתן להנות מפריותיה של ראייה שהושגה שלא כדין. אך למרות שתורת פרי העץ המורעל איננה תופסת בארץ, עדיין ניתן לתקוף את קבילות הראייה אם פעולת הרשויות היא שערוריתית, ואז נבטל את כתב האישום ו"נעניש" את הרשות – מטעמים של הגנה מן הצדק. טענתו, אגב, לא התקבלה.

#### **הגנה מן הצדק: ביקורת**

הגנה מן הצדק מעוררת בעיות, שהרי יתכנו מצבים בהם ישנן ראיות לכאורה או ראיות מוצקות על אשמתו של הנאשם, אך אנו מבטלים את כתב האישום נגדו בגלל התנהגותה של הרשות. **בפרשת כץ** קבע ביהמ"ש כי יש לעשות איזון בין האינטרס של הציבור והאינטרס של הקרבן. הגנה מן הצדק תתקבל מקום בו הרצון הציבורי להתנהגות ראויה של הרשות עולה על האינטרס להעמיד עבריינים לדין.

#### **הגנה מן הצדק: אפשרויות**

- שיהוי – הגשת כתב אישום מאוחר, או פתיחת חקירה בשלב מאוחר מאד. **בת"פ (ת"א)**
- 6650/93 מ"י נ' תומרקין**, הוגש כתב אישום נגד תומרקין בגין כתבת נאצה שהוא פרסם

על החרדים. היועמ"ש, בעקבות לחץ ציבורי אדיר מצד החרדים הוגש נגדו כתב אישום יום לפני ההתיישנות. ביהמ"ש קיבל טענת הגנה מן הצדק.

- "כבר נשפטתי" [אנגליה].
- סוכן מדיח [ארה"ב].
- מקרים בהם הרשות מדברת בשני קולות.

## פסלות שופט

טענת פסלות שופט, על אף שהיא במהותה טענה מקדמית – היא איננה מופיעה **בסעיף 149** לחסד"פ. הטענה נדונה **בסעיף 77א** לחוק בתי המשפט, ו**סעיפים 146-148** לחסד"פ. שמגר, במאמרו "בעקבות ידיד", כינה את הטענה כ"מקדמית שבמקדמית". כלומר, טענת פסלות צריך להעלות לפני כל טענה אחרת או בהזדמנות הראשונה.

**בהזדמנות הראשונה**: אם ידועה עילה לפסלות שופט, יש לטעון זאת כבר בהקראה. אם הוגשה בקשה כלשהי לפני שלב ההקראה, אך העילה לפסלות ידועה, יש לטעון אותה כבר אז. כל זה נכון בהנחה שעילת הפסלות ידועה. עילת הפסלות יכולה להוודע מאוחר יותר, כגון במהלך המשפט, ואז יש לטעון אותה מיד.

דיני הפסלות נחלקים לשני ענפים מרכזיים:

- עניין אישי של השופט – כגון: הכרות עם התובע או הנאשם, או קרבה אישית.
- ניהול המשפט – כגון: התבטאות והבעת עמדה ע"י שופט.

**סעיף 77א** קובע כי המבחן לפסלות שופט הוא "חשש ממשי למשוא פנים". בב"ש 48/75 ידיד נ' מ"י נקבע כי חשש ממשי הינו מבחן אובייקטיבי. לדוגמא: מקום בו שופט אומר לנאשם שאין לו סיכוי לזכות במשפט, אף אם הנאשם סבור כי השופט משוחד, אין בכך כדי לפסול את השופט. אלא, יש צורך שאדם מן הצד, באופן אובייקטיבי, יסבור כי השופט נגוע במשוא פנים. נמצא כי כך הדבר – השופט יפסל מלשבת בדין.

**סעיף 146** לחסד"פ קובע את מועד הגשת טענת הפסלות. **סעיף 147** קובע את הדרך לערער על החלטה שניתנה בעניין פסלות. להבדיל משאר החלטות הביניים בהליך פלילי, ניתן לערער על החלטת שופט לפסול או לא לפסול עצמו, תוך 5 ימים לביהמ"ש העליון. ע"פ 1179/94 אשכנזי נ' מ"י: מדובר בנאשם שהאשם בקבלת שוחד. במהלך המשפט הוא קיבל לידיו פסק-דין בעניינו של האדם שנתן לו את השוחד, אשר הורשע ע"י אותו השופט הדין אותו. אשכנזי טען כי אם אותו שופט הרשיע את נתן השוחד, הרי שבטוח שהוא ירשיע אותו. אשכנזי העלה טענת פסלות. ביהמ"ש פסק כד:

- **מועד טענת הפסלות**: האם יש לטעון את טענת הפסלות לאחר שקיבל את פסק הדין לידיו הלכה למעשה, או שמא כאשר הוא יכול היה לדעת על פסק הדין? ביהמ"ש קבע כי המועד להגשת טענת פסלות הוא מתי שהנאשם יכול היה לדעת.
- **חשש ממשי למשוא פנים**: אף אם השופט הרשיע את נתן השוחד, אין בכך כדי לפגוע באובייקטיביות והמקצועיות של השופט.

ע"פ 1988/94 בראון נ' מ"י: מדובר על סנגור אשר במהלך הדיונים רב עם השופט. אחרי שהשופט מאס בסנגור, הוא הוריד אותו למעצר בעילת בזיון בית משפט. הנאשם, גם כן התחיל לריב עם השופט, והשופט הורה לסתום את פיו עם מטפחת. ביהמ"ש העליון ציין כי מדובר בנסיבות

חריגות ביותר, אך עם כל זאת – אין בכך הצדקה לפסילת השופט. בכל זאת, המליץ ביהמ"ש לשופט להעביר את התיק לשופט אחר, כדי שלא יוצר עיוות דין או מראית עין.

טענת פסלות שופט, תידון בפני השופט עצמו הדן בתיק. גם אם מדובר בהרכב שלם, מעלים את הטענה בפני השופט הספציפי והוא ידון בה. הדיון נעשה מיד, ועל השופט להפסיק את ההליך עד למתן החלטה. חריג לכלל הזה הוא שהשופט יכול להמשיך את ההליך, מטעמים שירשמו (כגון): הוא סבור שזו טענת סרק).

**סעיף 209** לחסד"פ דן בטענות פסלות במסגרת ערעור – והוא מחיל את ההסדר הקבוע ב**סעיפים 146-148** בשינויים המחוייבים. אי אפשר להגיש טענת פסלות במסגרת ערעור על החלטת פסלות בביהמ"ש העליון.

**ע"פ שמחה ניר**: עו"ד שמחה ניר פרסם כתבה בעיתון בה הוא מבקר את השופטים באופן נוקב, וביקורת על המערכת השיפוטית בכלל. היועמ"ש הגיש נגדו כתב אישום בעניין זה, והוא הגיש בקשה לפסילת שופט מן הטעם שהשופט נגוע נגיעה אישית בעניין – שהרי הוא קרא את הכתבה, זאת, מכח סעיף 77א. השופט לא פסל עצמו, ועו"ד ניר ערער על כך לעליון. כשהגיע לעליון טען כי גם שופט העליון נגוע מאותו הטעם, מכח סעיף 209 לחסד"פ. ביהמ"ש קבע כי אף אם יש טעם בטענתו של עו"ד ניר, לא יתכן כי יוגש ערעור על בית המשפט העליון, כי זו היא הערכאה האחרונה.

**ע"פ 1816/90 גרשוני נ' מ"י**: זהו המקרה הראשון בו שופט פסל עצמו, והנאשם ערער על ההחלטה וביקש כי השופט יחזור לשבת בדין. טענתו של גרשוני היתה, כי עצם הפסילה גרמה לו לאבד את יכולתו לטעון "אין להשיב לאשמה". ביהמ"ש העליון קיבל את הערעור והחזיר את השופטת.

דוגמאות לדברים שלא היוו עילת פסלות:

- שופט שהיה סנגור של הנאשם בעבר.
- סירוב של ביהמ"ש לאפשר לנאשם להחליף סנגור.
- התייחסות לנאשם בפסק-דין של שותף לעבירה.

## הסדרי טיעון

הסדרי טיעון הם עיקר עיסוקם של תובעים וסנגורים פליליים. עובדה זו מעוררת תמיהה, בייחוד לאור האופן בו לימודי המשפטים בכלל, ודיני העונשין בפרט מועברים באקדמיה. במסגרת זו, עיקר העיסוק הוא לנסות לסיים את המשפט, למעשה, ללא משפט. זאת תוך מו"מ וויכוח על חומרת העבירה והעונש. בארה"ב 98%-95% מן התיקים מסתיימים בהסדרי טיעון – לפיכך, זהו עניין מרכזי בעבודה המשפטית. יחד עם זאת, אין להסדרי הטיעון ולו איזכור יחיד בחוק סדר הדין הפלילי. היוצא מכך, כי הסדרי טיעון הוא מוסד שהמציאות הכתיבה את המצאתו. אט אט, הפכה הפרקטיקה הזו לעיקר העיסוק המשפטי.

➤ הנחה: הסדר טיעון הוא הסכמה בין התביעה לבין הנאשם הנוגע לענישה הראויה או בנוגע לעובדות המוסכמות. לשון אחר: תמורת הודיתו בכתב האישום והרשתתו, תבקש התביעה עונש המוסכם על הצדדים. ישנן וריציות שונות להסדרי טיעון, והן לאו דוקא נוגעות לענישה, אלא לאישום בלבד.

מדוע יש צורך בהסדרי טיעון ומהם האינטרסים הבאים לידי ביטוי במוסד זה? אפשרויות שונות:

- אינטרס הנאשם: ודאות; הקלה בעונש; חסינות מערעור;
- אינטרס התביעה: הרשעה בטוחה יחד עם ענישה בטוחה (אם יש הסדר על העונש); התגברות על הקושי בהרשעת הנאשם; חסינות מערעור;
- אינטרס ביהמ"ש: הפחתת עומס; חסכון בזמן; חסינות מערעור;

שופטים נצאים היום תחת מכבש של לחצים לסיים תיקים. המערכת מתפוצצת. לכן, המערכת כולה, כמערכת, מעוניינת לסיים תיקים כמה שיותר מהר. שופט, איננו יכול להתקדם, לצבור מוניטין ובטח שלא לעשות "צדק" כשהוא סוחב תיקים. לפיכך, בעידן כה סטטיסטי כמו היום, השופטים ערים לציפיה מהם לסיים תיקים. מבחינתם, על הסדרי טיעון לרוב אין ערעור – עובדה זו נוחה להם עד מאד. אך אין לשכוח כי הסדר טיעון, מבחינת השופט, מוציא מידי את עיקר עבודתו – והוא אך משמש כגושפנקא. היכן הצדק והאמת?

לתביעה אינטרס עצום לעשות הסדרי טיעון, מטעמים של עומס אדיר וביקורת ציבורית על כך שנערמים אצלם תיקים. לכן, הם מעוניינים לקדם את התהליך במהירות. בנוסף, אין זה סוד כי לתביעה אינטרס להגיע להרשעה וענישה ודאית. הסדר טיעון מאפשר לה "ללכת על בטוח". מאידך, ניתן לטעון כי הסדרי טיעון הן "מכירות חיסול" – במקום העמדה לדין והרשעה על מעשה שהוחלט לגביו שהוא עבירה הנושאת עונש, מפחיתים עונשים ואישומים. בצד הפן החיובי, קיים סיכון שהסדר טיעון קל מדי עלול לגרום לאדם חף מפשע להודות.

מיותר לציין כי חסינות מערעור הוא אינטרס המשותף לכל הצדדים, ובמיוחד לנאשם.

*קעת נבחן כיצד הפסיקה הישראלית מתמודדת עם מוסד הסדרי הטיעון.*



**ע"פ 532/71 בחמוצקי נ' מ"י**: עד שנות ה-70, מוסד הסדרי הטיעון היה נעשה מתחת לשולחן, בתדרי חדרים, והצדדים נזהרו שלא לדבר עליו בגלוי. במקרה זה, התובע הרחיק לכת והצהיר בפני הסנגור כי "לא היה עוד מקרה באיזור חיפה בו השופט לא קיבל את המלצתנו". בפועל, השופט לא קיבל את עסקת הטיעון שניתנה לנאשם. הנאשם נפגע קשות, וערער על כך. המקרה הגיע לביהמ"ש העליון, אשר קבע (מפי השופט ח. כהן) את העקרונות המנחים להסדרי טיעון:

- ניתן לבקר את מוסד הסדרי הטיעון, אך הוא מחוייב המציאות.
- **שקיפות**: על התביעה להציג בפני השופט את העובדה שישנם הליכים להסדר טיעון.
- **אזהרה**: בשלב זה ביהמ"ש חייב להזהיר את הנאשם שהוא אינו כפוף להסדר הטיעון. בכך, ביהמ"ש "מקטין את הלחץ" מן הנאשם ומונע ממנו להודות שלא בחופשיות או מרצון.
- **חוסר מעורבות**: אסור לשופט "לרדת לזירה" ולהראות לנאשם מעורבות בעסקה. שופט המעודד את הצדדים לעשות עסקה – מועל בתפקידו וחושף עצמו לפסלות.

### **אי כיבוד עסקת טיעון**

עיקר המחלוקת במשפט הישראלי נוגע לשאלה מתי בתי המשפט רשאים שלא לכבד הסדר טיעון. המחלוקת מתעוררת באותם מקרים שבהם קורת תקלה היוצרת רגעים של הכרעה ערכית מעניינים ביותר.

כאשר התביעה מציגה הסדר טיעון בביהמ"ש, ביהמ"ש מסתכל על המקרה ומגיע למסקנה כי הוא איננו יכול לכבד אותו – זוהי "התרסקות" הפוגעת בתביעה ובסנגוריה יחד. אחד מן המקרים המפורסמים הוא **פרשת מרקוביץ'**.

**ע"פ 6967/94 נקן נ' מ"י**: אדם קיבל "מכירת חיסול" בתיק רצח, ועונשו הופחת, וזאת כדי לאפשר למדינת ישראל להביאו לארה"ב להעיד לגבי אדם שהיה מעורב באותו רצח. עובדה זו לא מצאה חן בעיני השופטים שהיו צריכים להשלים ולחתום על גזר-דין מאד מקל לאדם שהיה מעורב ברצח נוראי. במסגרת הערעור נדון כל מוסד הסדרי הטיעון. **השופט דורנר** אימצה את מסקנות הפסיקה האמריקאית וקבעה כי הסדרי טיעון לכשעצמם הם דבר טוב המסייע לאכיפת החוק. אם עושים הסדרי טיעון כראוי, יש לעודד זאת.

בשאלת מעורבותו של ביהמ"ש בהסדרי טיעון, קיימת מחלוקת בת שנים בין **השופט גולדברג** ו**השופט מצא** אשר מצאה את שיאה ב**פרשת לוי**.

**ע"פ 1290/93 לוי נ' מ"י**: מדובר בפרשת ח"כ יאיר לוי מש"ס שמעל בכספי ציבור. התיק התנהל בביהמ"ש המחוזי במשך תקופה ארוכה ובצורה אגרסיבית. הראיות בתיק היו מוצקות, והיה נדמה שהוא הולך לכיוון הרשעה. אך התביעה, הוטשה ע"י הסנגוריה, בייחוד על רקע העובדה שמשפטו של דרעי עמד להפתח והיה צורך לסיים את התיק מהר ולפנות את צוות התביעה. בשלב מסויים החל מתגבש מו"מ בין התביעה לסנגוריה. בסופם של דברים הגיעו הצדדים להסכמה, לוי יודה ויקבל עונש של 40 חודשי מאסר בפועל עם קנס. השופט לא רצה לקבל את

ההסדר, דחה אותו – וגזר על לוי עונש של 60 חודשי מאסר. המקרה הגיע לביהמ"ש העליון בפני השופטים גולדברג, מצא וחשין.

- **דעת גולדברג:** המבחן לאימוץ הסדר טיעון הוא פשוט. יש צורך לשאול האם יש פער גדול ובלתי סביר בין הענישה הראויה לבין הענישה המוסכמת. זאת עושים תוך הסתכלות על העובדות המוכחות והעונש הקבוע לצידן בחוק. פער גדול יוביל לדחיית הסדרי טיעון. במקרה זה, צדק שופט ביהמ"ש קמא בכך שדחה את ההסדר.
- **דעת מצא:** שופט צריך להסתכל על מגוון של שיקולים, ובעיקר צריך לשאול עצמו האם התביעה, כאשר החליטו לכרות את ההסדר, פעלה בסבירות. כלומר, האם תובע סביר, בזמן שהנאשם לא הודה, היה צריך לעשות הסדר ?

בבחינת דעתו של מצא, על השופט לקחת בחשבון את הקושי הראייתי הרובץ על כתפיו של התובע ע"מ להגיע להרשעה. מותר לתובע להעדיף, לפי גישת מצא, ענישה קלה על-פני העדר עונש או זיכוי. כך גם ילקח האינטרס הציבורי בחשבון. להבדיל, לפי גישת גולדברג – ברגע שאדם הודה, אין להתחשב בכל השיקולים האחרים אלא אך לבחון את הפער בין הסנקציה הראויה והסנקציה המצויה.

- **השופט חשין:** חשין תחילה סבר שאין פער גדול בין הגישות, אך הגיע למסקנה כי אין הדבר כך בפועל. הוא מציג גישה שונה מן השניים ומכניס אלמנט נוסף למשוואה. לדידו, יש ליקח בחשבון את אינטרס ההסתכמות והרחמים של הנאשם. נכון, מזהירים את הנאשם, אך לא ניתן להתעלם מן האלמנט האנושי הזה. "התקפה" על אדם אשר הוריד את המגנים העוטפים אותו והתוודה, יש בה משהו לא ראוי. לכן, בדחיית הסדר טיעון יש לעשות מעין פשרה – עונש ביניים.

כללו של דבר, מצינו בביהמ"ש העליון שתי גישות, האחת של גולדברג והשניה של מצא. השופט חשין, מייצג דעת ביניים הנוטה מעט לעבר גישתו של גולדברג. מה תהא ההכרעה בסופם של דברים ?

### **נספח: שאלה של מוסר**

כפי שנכתב לעיל, סוגי עסקאות הטיעון הקיימות כוללות לא רק הסכמות בעניין העונש אלא גם הסכמות בעניין **שינוי העובדות** (= *Fact Bargaining*). שינוי עובדות היא דרך מסויימת לפתור את הבעיה של סטייה מהסדר טיעון כאשר העונש נתפש כבלתי ראוי. ביהמ"ש לא יכול להעביר ביקורת שיפוטית על הסדר טיעון שבגינו שונה כתב האישום. שיטה זו משרתת את מטרת הנאשם, אך גם את מטרתה של התביעה – כך היא חוסכת לעצמה ביקורת נוקבת מביהמ"ש והציבור. האם לתביעה צריכה להיות בעיה מוסרית עם הגשת כתב אישום "חלקי" נגד אדם אשר אינו כולל את כל העובדות ? פרקליטות המדינה מורה לפרקליטיה להיות זהירים ביותר בכל הקשור להבאת עובדות בפני ביהמ"ש כאשר אלו אינם משקפים את כל האמת.

## הזכות לייצוג הולם ע"י סניגור

**רקע: פרשת Gideon v. Wainright**

בשנות ה-60 בארה"ב, ביהמ"ש העליון היה אקטיביסט מאד ועסק בתחומים רבים הקשורים לזכויות יסוד. פרשת גדעון היא מן המפורסמות שבהן. גדעון היה עבריין חולה שחפת שבילה את רוב חייו בבתי סוהר שונים. עיקר העבירות שלו נגעו לעבירות רכוש, פריצה ושתיה. יום אחד גדעון נעצר בפלורידה, הובא להארכת מעצר, ובסופו של דבר הועמד לדין באשמת פריצה למועדון סנוקר. העונש המקסימלי בגין עבירה זו הוא 5 שנות מאסר.

בתחילת המשפט, נשאל גדעון אם הוא מוכן למשפט. הוא ענה על כך בשלילה, מכיוון שאין לו עו"ד ואינו מסוגל להגן על עצמו. בתשובה לשאלת השופט מדוע אין לו עו"ד, עונה גדעון כי אין לו כסף וביקש שביהמ"ש ימנה לו עו"ד. באותה התקופה, רק בעבירות המתה מינה ביהמ"ש עו"ד לנאשם. אם כן, המשפט התחיל. פרשת התביעה הסתכמה בעד ראיה שראה את גדעון במקום, וראיות בדבר עצם הפריצה. גדעון, ניסה לחקור את העד בחקירה נגדית ולאחר מכן הביא עדים נוספים, אך ללא הועיל. הוא הורשע. גדעון שלח ערעור לביהמ"ש העליון וטען כי הרשעת אדם ללא עו"ד היא לא חוקתית.

ביהמ"ש העליון בארה"ב התחבט בשאלה האם יש בכך הפרה של התיקון ה-6 לחוקה האמריקאית הקובע את הזכות לייצוג בהליכים פליליים. לצורך כך ביהמ"ש העליון בחן מחדש את ההלכה שנקבעה על ידיו בשנות ה-40 ואשר קבעה כי אין חובה כללית להעמיד לאדם בהליך פלילי עו"ד, אלא יש צורך להסתכל על מכלול הנסיבות כדי לבדוק האם ישנה פגיעה בזכותו החוקתית.

ביהמ"ש העליון הפך את ההחלטה וקבע כי אין זה משנה מה הנסיבות. אדם שמועמד לדין ונשלח למאסר כשהוא אינו מיוצג ע"י עו"ד וסיבת העדר הייצוג היא חוסר יכולתו לשכור עו"ד, יש בכך לכשעצמו משום הפרה חוקתית של התיקון ה-6 לחוקה האמריקאית.

**הרציונאל:** מהן הסיבות מאחורי הזכות ליצוג ע"י סניגור בפרשת גדעון? יתכן וגדעון היה חף מפשע, ויתכן שלא היה חף מפשע. אך ביהמ"ש האמריקאי הדגיש בפסיקתו כי עקרון השוויון בפני ביהמ"ש הוא העולה על כולם. אם המדינה משקיעה משאבים רבים על מנת שעורכי דין ייצגו אותה באופן ראוי, יש לוודא כי יהיה יצוג שכזה גם לנאשם. ייצוג ע"י עו"ד הבקיא במטריה המשפטית, סדרי הדין, אמנות החקירה ודיני הראיות.

## הזכות ליצוג: הדין בישראל

לצערנו, הדין בישראל איננו כ"כ מטיב עם הנאשמים. במהלך השנים, עד להקמת הסנגוריה הציבורית, היתה חובת יצוג בהליכים מסויימים שרובם הוגדרו ב**סעיף 15** לחסד"פ.

### הדין לפני חוק הסנגוריה הציבורית:

- **סעיף 15 לחסד"פ:** הסעיף קובע שאי אפשר לשפוט אדם בביהמ"ש מחוזי בגין עבירה שעונשה 10 שנות מאסר ומעלה ללא יצוג של סנגור, ומי שאין לו סנגור – ממנים לו אחד. עוד הסעיף קובע כי מי שנחשד שהוא לוקה בשכלו, גם כן קמה החובה למנות לו סנגור.
- **סעיף 15-17 לחוק טיפול בחולי נפש:** גם כן חייב מינוי סנגור למי שמבקשים לאשפזו בכפיה.
- **מעצר עד תום ההליכים:** חובת מינוי הסנגור קמה גם כלפי מי שמבקשים לעצור אותו במהלך משפטו עד לתום ההליכים.
- **סמכות מינוי בשיקול דעת ביהמ"ש:** בין היתר מכח **סעיף 15(ג)** לחסד"פ; נאשם מחוסר אמצעים; דיונים נוספים ומשפטים חוזרים.

הסגורים הממונים, דאז, היו קבוצה של סגורים שהיו מוכנים לעבוד בשכר הזעום שהיה קבוע בתקנות, ולפעול תחת הסטיגמה המאד קשה שליוותה את העוסקים במלאכה זו. עו"ד אלו לא היו נתונים לפיקוח והיו חסרי מוטיבציה לוחמנית. בסופו של דבר, התעורר המחוקק והחליט להקים מערכת עצמאית – היא **הסנגוריה הציבורית**.

### הדין כיום:

זכות היצוג הורחבה במסגרת חוק הסנגוריה הציבורית. המטרה היתה הפחתת מספר הבלתי מיוצגים בהליכים פליליים. **סעיף 18** לחוק הסנגוריה הציבורית קובע מי זכאי ליצוג.

- **סעיף 18(א)** קובע שורה של אנשים הזכאים לסניגור (כל אלה הנזכרים בדין הקודם ואוכלוסיות נוספות). דוגמאות:
  - **נאשם מחוסר אמצעים הנזכר בסעיף 18(א)(4)** מוגדר **בצו הסנגוריה הציבורית (יצוג נאשמים מחוסרי אמצעים)** כאדם המואשם בעבירה שעונש המאסר בגינה הוא 5 שנים ומעלה ובנוסף לכך הכנסתו היא עד לשני שלישי מן השכר הממוצע במשק, ובנוסף לכך אין לו נכסים בני מימוש השווים לפי שלוש מן השכר הממוצע במשק.
  - **עצור מחוסר אמצעים הנזכר בסעיף 18(א)(7)** זכאי ליצוג הולם ללא כל תנאי הסף הקבועים לעניין נאשם מחוסר אמצעים. זאת גם ללא כל התייחסות לחומרת העבירה (להדגיש: המשטרה, בשלב המעצר, מחוייבת ליידע את העצור בדבר זכותו לייצוג ע"י הסנגוריה הציבורית).
- **סעיף 18(ב)** מקנה שיקול דעת לביהמ"ש למנות סנגור בכל סיטואציה בה הוא סבור שהוא (עצמו – ביהמ"ש) אינו יכול לנהל את המשפט ללא מינוי סנגור.

- **סעיף 18(ג)** מסמיך את שר המשפטים להרחיב את מעגל הזכאים לאוכלוסיות נוספות. שר המשפטים אכן השתמש בסמכות הנתונה לו **והרחיב את מעגל הזכאות גם לקטינים** באשר הם, ללא כפיפות לחומרת העבירה או קריטריונים כלכליים.

## גביית עדות מוקדמת

אחד הדברים שהיו קיימים לפני קום הסנגוריה הציבורית, הוא חובת מינוי סנגור בגביית עדות מוקדמת בעבירות חמורות. דוגמא: עד בפרשיית רצח הפוחד פחד מוות ומעוניינים לסיים את עדותו מהר ע"מ לסייע לו לעזוב את הארץ, ישנו אינטרס למהר עם הבאת הראיה בפני ביהמ"ש ושימורה. חשוב לציין כי ההליך הזה הוא נדיר ובתי המשפט אינם אוהבים אותו כלל ועיקר. בכל זאת, ההליך יכול להתקיים גם כאשר החשוד או הנאשם אינם מאותרים כלל.

ע"פ 5628/97 מ"י נ' הסנגוריה הציבורית: פועל זר מרומניה הילך ברחוב עם כל חסכוניותו, ונעצר ע"י שני אנשים. האנשים הציגו עצמם כשוטרים המבקשים לעשות עליו חיפוש. השניים שודדים ממנו את כל כספו ובורחים. המשטרה בסופו של דבר מגיעה למסקנה כי מדובר בשני אנשים ספציפיים המוכרים להם תוך שאחד מהם זוהה באלבום המשטרה. השני, ירד למחתרת. מסתבר כי העובד הרומני צריך היה לחזור לרומניה מטעמי פקיעת רשיון העבודה שלו והתעורר הצורך לגבות ממנו עדות לאלתר. בסופם של דברים מוגש נגד השניים (בזמן שהשני טרם אותר) כתב אישום והתביעה ביקשה להגיש את עדותו של הפועל הרומני. הסנגוריה הציבורית התבקשה לייצג את הנאשם הנעדר לצורך שימוש בעדות המוקדמת של הפועל. הסנגוריה סירבה לייצג אדם נעדר בטענה כי זה חוטא לכל הרעיון שבהגנה על נאשם – הכיצד תעלה קו הגנה? הכיצד תחקור נגדית ללא פרטים בסיסיים?

מצד אחד, אם לא יהיה שם סנגור, עלולה להיות פגיעה בנאשם כשימצא בסופו של דבר. מצד שני, הסנגוריה לא יכולה להתקיים ללא יחסי שליחות ונאמנות, ובין היתר כי סנגור יכול להזיק ללקוח הנעדר שלו אם לא ידע פרטים בסיסיים אודות קו ההגנה שלו. **השופטת קפלן** בביהמ"ש המחוזי הסכימה עם הסנגוריה וקבעה כי היא אינה צריכה לייצג. התביעה ערערה<sup>4</sup>. מדוע ערערה? מכיוון שחוסר הייצוג של הנאשם הנעדר יכרסם במשקלה של העדות המוקדמת שנגבתה.

**השופטת ביניש** קבעה כי ישנה חובת ייצוג גם בהעדר לקוח. הסנגור במקרים אלה חייב להתייצב ולחקור נגדית אף אם קיים חשש שהוא יפגע באינטרסים של הלקוח. זוהי ההלכה היום בישראל.

---

<sup>4</sup> זהו ערעור על החלטת ביניים! הם הגישו גם בג"ץ וגם ערעור ובסופו של דבר הוא התקבל כערעור (ראה פרשת חסן לעניין ערעור על החלטות ביניים בהליך פלילי).

## הדין הנוסף והמשפט החוזר

### הרשעות שווא: בדיקות DNA

אנו עדים כיום להזדמנויות הסטוריות המאפשרות להצביע פוזיטיבית על טענות חפות שאסירים רבים טוענים. חלון ההזדמנויות מתייחס לאותם תיקים שנסגרו מזמן, אשר בתקופתם לא היתה בדיקת DNA, ולבדוק את חומר הראיות שנשמר. מה שהיה בעבר בגדר הבלתי אפשרי, הינו טרוויאלי בימנו. כן, לעיתים המשטרה מבצעת מיידית בדיקות DNA מטיפות דם, זרע או רוק כדי לפסול או לאשש את חשדם בעניין חשוד.

משמעות הדברים היא שאנו יכולים לחזור לאותם תיקים שנסגרו בעבר, לעשות להם בדיקה מדוקדקת, ולגלות מה הם הגורמים אשר יוצרו את הרשעת השווא. מעין אנטומיה של הרשעות שווא.

בארה"ב קיימת קבוצת סנגורים, רובם מאוניברסיטת קרדוזו, אשר הקימו פרוייקט הנקרא "פרוייקט החפות". המטרה ששמו לנגד עיניהם היתה להתעמק בטענות חפות שנשלחות אליהם מאסירים, לבדוק האם ישנה ראיה מכריעה בתיק, ואם כן ישנה כזו – האם היא השתמרה. הראיה המכריעה עוברת בדיקות DNA. לאחר תיקים רבים שעברו תחת ידם והסתברו כהרשעות שווא, ניתחו חברי הפרוייקט את הסיבה שהובילה להרשעות השווא. אחד מחברי הפרוייקט פרסם את ממצאיו בספר הנושא את השם *Actual Innocence*.

הגורמים העיקריים שמזהים המחברים, הם אלו:

- טעויות בזיהוי.
- פעילות בלתי תקינה של רשויות החקירה והתביעה.
- פגמים בראיות מז"פ: כגון זיוף ראיות ע"י הפתולוג המשטרתי במדינת ורג'יניה והתאמתן לדרישות המשטרה.
- מחדלי סנגורים ו-יצוג בלתי נאות.
- עציר/אסיר המעיד בתמורה לטובת הנאה (*Jailhouse Snitch*).

הודיות שווא בישראל: אנו בישראל עדיין שבויים בקונספציה ש"הודיה" היא מלכת הראיות. כשאדם, שהינו בעל דין או נאשם, מודה בביצוע העבירה, קשה מאד להוכיח כי מדובר בהודית שווא. החשדנות העמוקה לגבי הודיות, איננה טבעית לרובנו. אך מסתבר כי ישנם אנשים, שאף שלא מענים אותם או מרביצים להם, מוכנים לספר שעשו משהו שלא באמת עשו.

## המציאות בישראל

המצב בישראל אך מעט שונה. בתי הכלא בישראל אינם מלאים באנשים שטוענים לחפותם, אלא שהיו מספר מקרים אשר מעוררים מחשבה. בהקשר ה-DNA היה מקרה בו אדם הודה ברצח חלפן בפ"ת ושחזר. לזכותו של הסגנור יאמר שהוא ביקש מביהמ"ש שלא ירשיע את מרשו על סמך הודאתו. בסופם של דברים ולאחר ההרשעה, באמצעות DNA, גילו מסכת שלמה של ראיות הקשורה לאנשים אחרים לגמרי, ללא כל קשר לאדם שהודה ברצח. בעקבות פרשיות שונות, הקומה ועדה בראשות **השופט גולדברג לבחינת הרשעה על סמך הודאה, לבחינת העילות למשפט חוזר**.

המלצות הועדה התחלקו להמלצות בתחום החקיקה ובתחום המעשה. ההמלצות בתחום החקיקה באו לידי ביטוי בשינוי **חוק בתי המשפט**, וכך הוסף לחוק **בסעיף 31(א)(4)**: אדם הטוען שנגרמה לו הרשעת שווא, גם לאחר שמוצו כל הליכי הערעור, יכול עדיין לבקש משפט חוזר אם התעורר חשש של ממש כי בהרשעה נגרם לנידון עיוות דין. נוסחו של **סעיף 31(א)(2)** גם כן שונה ואינו דורש כיום הצגת ראיות **חדשות** מטעם מורשעים המבקשים משפט חוזר.

### עיוות דין – מהו ?

לצורך מענה על שאלה, יש ליקח בחשבון את הרציונאליים אותם הזכרנו בתחילת הקורס בדבר פרוצדורה, אמת צדק והגינות. הקשר בין רציונאליים אלו הוא מורכב ביותר ויש ביניהם מתח רב. במה דברים אמורים ? **בסעיף 31** מופיע המושג "עיוות דין", בלא שיש הסבר לצידו. לפני התיקון לחוק בתי המשפט, הוזכר הסעיף במקום נוסף: **סעיף 215 לחסד"פ**, המתייחס לערעור, קובע כי "ביהמ"ש רשאי לדחות ערעור, אף אם קיבל טענה שנטענה, אם היה סבור כי לא נגרם עיוות דין". משמע, אין די בהעלאת טענה בדבר פגם בהחלטת הערכאה קמא, אלא יש להצביע גם על עיוות דין שנגרם לנאשם.

**מ"ח 1929/96 כוזלי ואח' נ' מ"י**: מדובר בפרשת רצח הנער דני כץ ואשר בגינה הורשעו חמישה נאשמים. גופתו התגלתה בתוך מערה בגליל התחתון, ליד אחד מן הפתחים שבה. בתוך ערימת אשפה שהיתה במערה, נמצאה קבלה מסופרמרקט במקום מגוריו של הנער וכן מכתב שהיה ממוען לאחד מחמשת הנאשמים. החלה חקירה, ונחקרו ערבים ישראלים שעבדו באותה חנות מכולת. תחילה החשודים הכחישו, ובחקירה נוספת הם מסרו הודאות ושחזרו את האירוע כחטיפת נער יהודי, לקיחתו לאתר בניה מרוחק, אינוסו ורציחתו לאחר מכן. לצורך העניין, התיק בוסס על הודאות בלבד, ללא ראיות אובייקטיביות נוספות. טענת הנאשמים היתה כי הם הודו במשהו שלא ביצעו, עקב מכות, סחיטה ואיומים מצד החוקרים. במשפט, יוצגו החשודים ע"י סנגורים ממונים (חלקם ללא נסיון בהליכים פליליים). עיקר התיק נסוב סביב משפט הזוטא וקבילות ההודאות. במשפט הזוטא העידו הנאשמים ואחת מן הטענות שלהם היתה כי נחקרו גם במתקן של השב"כ. בסופו של דבר, ביהמ"ש לא יחס לנאשמים אמון וקבע כי טענותיהם לגבי אלימות שנקטה – מופרכות, וקיבל את ההודיות והשחזורים. הסנגורים ראו כי קו ההגנה שלהם נעלם, והחלו נעדרים מדיונים. הנאשמים הורשעו, תוך שהם טענו לחפותם.



הוגש ערעור, ונכנס סנגור חדש לתמונה. הסנגור החדש העלה טענת "השראה", לפיה הנאשמים מושפעים מן החוקרים ומנסים לרצות אותם. ובמקרה זה המשטרה הדליפה לנאשמים אינפורמציה הידועה להם, וכך שינו הנאשמים את הודאותיהם בהתאם. למרות העלאת הטענה, ערעורם נדחה, וכן בקשתם לדיון נוסף. בהמשך הדברים, שר המשפטים מינה את יהודית קרפ לבדוק את הפרשה. בבדיקתה, נתגלה כי הנאשמים עברו חקירה בשב"כ, ולא רק שהיתה חקירה אלא שאף הקליטו אותן. בנוסף, חלק מחוקרי השב"כ, לרבות ראש הצוות, על סמך הקלטות הנאשמים, הגיעו למסקנה כי הם לא ביצעו את הרצח. חומר זה, לא הועבר לסנגורים ולא הוזכר בביהמ"ש באף שלב מן הדיון. קרפ הגישה דו"ח בעניין ליועמ"ש שבכל זאת החליט להגיש התנגדות למשפט חוזר בעניינם של הנאשמים. בין לבין, הוקמה הסגוריה הציבורית אשר הגישה לביהמ"ש העליון מסמך בו היא מבקשת להצטרף להליך הבקשה למשפט החוזר בתור **ידיד ביהמ"ש**, ולעלות שתי שאלות:

- האם ניתן יצוג הולם לנאשמים ?
- מהו הקשר בין יצוג הולם לבין עיוות דין, והפרשנות הראויה ל**סעיף 31(א)(4)**.

ביהמ"ש התעוררה מחלוקת בין הסגוריה הציבורית לבין היועמ"ש בעניין הקשר הסיבתי בין הפגמים בהליך לבין התוצאה של עיוות דין. הסגוריה טענה כי אם ישנם **פגמים דינוניים מהותיים** בהליך, אין צורך להוכיח קשר סיבתי בינם לבין הרשעת שווא, אלא שיש לקבוע שקיים עיוות דין לכשעצמו (*per se*) – וקמה הזכות למשפט חוזר.

עמדתה של הסגוריה התקבלה ע"י **השופט ברק**, ובאמרת אגב הוא מציין כי אין צורך להוכיח קשר סיבתי בין פגם מהותי בהליך לבין עיוות הדין.

**מ"ח 6731/96 עמוס ברנס נ' מ"י**: עמוס ברנס הורשע בשנת 1975 ברצח החיילת רחל הלר. גופתה נמצאה מוטלת עירומה, כשהיא נועלת נעל אחת וחנוקה באמצעות רצועת החיזיה שלה, בחולות קיסריה. החיילת נרצחה בצורה ובעיתוי שיצרו מהומה רבה במדינה. הסתבר, לאחר רציחתה, שהיה לה חבר קטוע-רגל ממלחמת יוה"כ שנמנה על קבוצת שמאל רדיקאלית. העיתונות, מיותר לציין, חגגה. החשוד הראשון היה החבר קטוע-הרגל, יורם ביחונסקי. ביחונסקי נחקר ונתפס בשקרים קטנים, אך לא אוספים כנגדו די ראיות והוא שוחרר. הוא נעצר פעם נוספת ונחקר רבות, אך שוב שוחרר. צוות החקירה השלישי שהוקם לטיפול בפרשה עצר את עמוס ברנס והחזיקו בתחנות משטרה שונות כדי להרחיקו ממשפחתו ועורך-דינו. בסופם של דברים נגבית ממנו הודיה שנסיונות קבלתה עוררו מחלוקת קשה. במסגרת משפטו שהתבסס אך על ההודאה והשחזור, טען ברנס כי ההודאה הוצאה ממנו באמצעות לחץ קשה (מניעת שינה, הכאות). בנוסף, טען ברנס כי במסגרת השחזור לאחר ההודיה, בעת שסרב להמשיך בו, הגיע ראש צוות החקירה והיכה אותו, וזו היתה הסיבה בגינה המשיך בשחזור. ראש הצוות טען כי לא רק שלא היכה את ברנס, אלא כלל לא היה נוכח בשחזור. גרסתו נתמכה ע"י שוטרים רבים. ביהמ"ש מקבל את גרסת השוטרים ומקבל את הודאתו של ברנס, למרות שנתגלה כי במהלך הארכות המעצר השונות השוטרים שיקרו מספר פעמים. הוא הורשע וערעורו נדחה.

שנים לאחר מכן, הגיע צלם השחזור, ובמסגרת עסקת עד מדינה טען כי גרסתו של עמוס ברנס היתה נכונה – ראש הצוות אכן היכה אותו לאחר שסרב להמשיך בו. כל המעורבים בפרשה הועמדו לדין ורובם הורשעו, לרבות ראש צוות החקירה (שזוכה בערעור).

שתי בקשותיו של ברנס למשפט חוזר, נדחו. בשנת 1995, לאחר תיקון חוק בתי המשפט, הוגשה בקשה שלישית למשפט חוזר, תוך שהוא מצביע על שורה ארוכה של פגמים מהותיים בהליך (כגון: הפסקות בסרט השחזור; אי ידיעת פרטים בסיסיים ע"י ברנס במהלך השחזור). השופט לוין דחה גם את הבקשה זו, וקבע כי למרות התיקון אין הצדקה למשפט חוזר על סמך הבקשה שיש לפניו. הבקשה הרביעית הוגשה ע"י הסנגוריה הציבורית, לאחר שמונו לכך ע"י השופט דורנר.

הסנגוריה טענה כי ישנה הצדקה למשפט חוזר לאור ההלכה החדשה שנקבעה ב**פרשת כוזלי**, לפיה כשיש פגמים דיוניים מהותיים הם כשלעצמם מקיימים את הדרישה למשפט חוזר בסעיף 31(א)(4). אף אם אין די ראיות חדשות, הרי שלאור התיקון לחוק בתי המשפט, מגיע לעמוס ברנס משפט חוזר.

האם ניתן להוכיח בעקבות הפגמים האלו שעמוס ברנס לא ביצע את הרצח? התשובה שלילית, אך כן ניתן להוכיח כי לא קיבל משפט חוזר – וזו היא הנקודה העקרית בבסיס נימוקי הסנגוריה. זוהי הנקודה המסבירה מדוע אין צורך שיתקיים קשר סיבתי בין הפגם לבין הרשעת שווא.

**השופט דורנר** מקבלת את עמדת הסנגוריה וקובעת כי לאור **חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**, ישנו שינוי באיזון בין עקרון סופיות הדיון לבין עקרון המשפט ההוגן. המונח "עיוות דין", לאחר **הלכת כוזלי**, כולל בתוכו פגמים דיוניים מהותיים ולא צריך בכל מקרה להראות קשר סיבתי ברור לבין עיוות הדיון לבין תוצאה שגויה במשפט. **דורנר** מוסיפה כי **הזכות למשפט חוזר היא חלק אינטגרלי מחוק-היסוד**.

האם ישנו הבדל בין "עיוות דין" בסעיף 31 לחוק בתי המשפט, ו**סעיף 215** לחסד"פ? האם צריכה להיות הרמוניה בפרשנות שני הסעיפים? האם אנו בתחילת פיתוח מודל של Due Process לאורך כל חזית ההליך הפלילי? מעניין...

## חקירת עדים והבאת ראיות

### הלכת קינזי

ישנו כלל שקבעו שופטי ביהמ"ש העליון בכל הנוגע לעדותו של שותף לדבר עבירה. כלל זה יציר פסיקה. היחוד שלו הוא במרכזיותו והשפעתו על עבודת בתי המשפט והסנגוריה. מה שמעניין במיוחד לגביו הוא שהפסיקה בכל אמירותיה בשנים האחרונות מביעה ביקורת קשה מאד נגדו, אך הוא טרם בוטל. מדובר בהלכת קינזי שהתקבלה במסגרת ע"פ 194/75 קינזי נ' מ"י.

**הלכת קינזי קובעת כי שותף לדבר עבירה, המועמד לדין בכתב אישום נפרד משותפיו האחרים, אינו יכול להעיד (מטעם התביעה) כנגד שותפיו עד אשר ההליכים נגדו יסתיימו ודינו יגזר.**

כל זאת מדוע? שופטי ביהמ"ש טענו כי אם הפרקליטות לא תחוייב למצות את ההליכים ולהמתין לגזר-דינו של העד, הרי שכל מעייניו יהיו נתונים להשחרת פניהם של שותפיו, ובכך יעשה "חזרה גנרלית" למשפט שלו עצמו. קיים חשש עצום מפני הרשעות שווא במקרים אלו. ואילו, לאחר שנגזר דינו של השותף, הפגם מתרפא, ויהא זה יותר בטוח להעידו כנגד שותפיו – שהרי לא ינסה להציל את עורו.

איזו בעיה מעוררת הלכת קינזי? ההלכה מעוררת בעיות רבות, אחת מהן היא החשש מפני השתהות, עיכוב משפטים והפעלת לחץ על הפרקליטות. נניח מצב בו הופרדו כתבי האישום של השותפים (שותף מרכזי נגדו מעוניינים להעיד את חברו, והחבר "דג הרקק"). "דג הרקק" מושך את משפטו חודשים רבים. הפרקליטות יודעת כי אם לא יסתיים משפטו של השותף המרכזי לאחר תשעה חודשים, הוא יכול לבקש מביהמ"ש העליון לשחררו. במצב דברים זה, הפרקליטות תהיה תחת לחץ לסגור עסקת טיעון עם השותף המרכזי לצד הפחתת אישומים והקלה רצינית בעונשו. יוצא מכך כי במצב זה, האינטרס של כולנו נפגע, האינטרס המבקש להרשיע נאשמים ולהלחם הפשיעה.

**ד"ר וינר:** יש לזכור כי בזמן שהתקבלה הלכת קינזי היה נהוג שלא ניתן להרשיע שותף ע"י עדות שותפו ללא סיוע. בשנת 1982 רוככה הדרישה לחיזוק. ניתן לפתור את הבעיות הרבות המתעוררת כתוצאה מן ההלכה ע"י מתן בחירה לפרקליטות –

- **מסלול א:** אם מעידים את השותף לפני שמסתיים משפטו – נדרוש סיוע.
- **מסלול ב:** אם מעידים את השותף לאחר שהסתיימו ההליכים בעניינו – נדרוש חיזוק.

### הפרדת כתבי אישום – מדוע?

**סעיפים 10א ו-12 לפקודת הראיות,** דנים באמרת עד מחוץ לביהמ"ש והודיה של נאשם. כשמתחילים משפט, ניתן להגיש את הודית הנאשם מן המשטרה – כנגדו. אם באותה הודיה ישנן אימרות נגד שותפיו של הנאשם, ואם בסופו של דבר אותו נאשם לא יעיד במשפט (נאמר שהוא שותק), לא יהא ניתן להשתמש בהודיה כנגד שותפיו (=עדות שמיעה) והם יוכלו לטעון "אין להשיב לאשמה". לכן, תובע חכם יפריד את כתבי האישום של הנאשם-נותן-ההודיה ושל שותפיו, ימתין להרשעתו של הנאשם, ואז יוכל להגיש את הודיתו בתור ראיה כנגד השותפים (מכח 10א).

## מעמדם של נפגעי עבירה בהליך הפלילי

במרץ 2001 חלה תהפוכה במשפט הפלילי, וחוקק **חוק זכויות נפגעי עבירה תשס"א-2001**. החוק ביקש להתמודד עם בעיה כאובה שהיתה לנפגעי עבירות אשר חשו כ"בניה החורגים" של מערכת אכיפת החוק. הנפגעים טענו כי ההליך הפלילי גרם להם לטראומה וקורבנות משנית, אונס שני, ובגידה של המערכת באינטרסים וברצונות שלהם. לא בכדי חשו כך מכיוון שהגישה הקלאסית ראתה בנפגע העבירה "עד", שכל תפקידו להופיע במשפט ולהיות נתון לחקירת עורכי-הדין. לא היתה לנפגע להביע עמדה לגבי שחרור ממעצר של הפוגע, עונשו, שחרורו ממאסר בשליש, חנינה, או לגבי הסדר טיעון שנרקם בין הפוגע לבין המדינה.

הרשות השופטת החלה לגלות יותר ויותר רגישות לסוגיה זו, בייחוד לאור המהפכה החוקתית. הנשיא שמגר הוביל את המהלך ברשות השופטת. האקדמיה נעורה גם כן, והצטרפו לעניין ארגוני זכויות נוספים. כל אלו יצרו קואליציה חזקה ברשות המחוקקת – אשר הובילה לאימוץ החוק.

החוק קובע במפורש את זכויותיהם של נפגעי העבירה בהליך הפלילי ומנסה להתמודד עם שלוש בעיות עיקריות, ואלו הן:

- **פיצוי:** אין פיצוי על הנזק שנגרם לנפגעי העבירה.
- **הגנה:** נפגעי עבירה חשים כי הם אין להם הגנה מפני הפושע.
- **השתתפות:** המשפט הפלילי אינו מעניק מעמד מיוחד ומיוחס לנפגע העבירה בהליך החקירה או המשפט, אלא אך משתמש בו כעד.

הקיצוניים בעניין זכויות נפגעי עבירה טוענים כי לנפגע צריך להיות מעמד עוד לפני ההרשעה, לרבות בשלב החקירה המשטרית, ניהול התיק, הטיעונים לעונש וגזירתו. המתונים יותר סבורים כי זכותם של נפגעי עבירה לקבל מעמד אך לאחר ההרשעה, שחלילה לא יוצר מצב שתהא ענישה נקמנית וקשה.

**ד"ר וינר:** יש להיזהר מסיטואציות של מעורבות יתר של נפגע עבירה בשלב של עד ההרשעה. נפגעי העבירה הם בחזקת "מתלוננים" בשלב החקירה. הפוגעים נתפסים בחזקת "חשודים" בלבד, בשלב זה. האמת העובדתית היא מעט יותר מורכבת מן הגרסא הראשונית של המתלונן במשטרה. אם נאפשר לנפגע העבירה להיות מעורב בשלב זה, ישנו חשש רציני כי המשטרה לא תגיע לתמונה הנכונה או לחקר האמת בנוגע לכל התיק.

הדרך לעיצובם של הכללים לפיהם אנו עובדים, סלולה בכאב רב והרשעות שווא. לקיחה מצד אחד של תלונה והפיכת המתלונן עצמו לחוקר, שופט ומחליט על העונש – יש בכך, לכל הדעות, משהו מסוכן. מאידך, הרחקת הגורמים האלו מן המערכת הפלילית יוצרת מערכת מוגנת ומאובטחת יותר. לשינוי האיזון הזה ישנו מחיר.

שינוי האיזון כבר נעשה עלי חוק... השלכותיו טרם ידועות.