

מרצה: פרופ' מיכל טמיר tammichal@gmail.com

מתרגלת: ורד זגורי veredleon@walla.com

מנהלות:

- **נוכחות –** חובה. בדיקת נוכחות כל שיעור. נוכחות סבירה מהווה 2-3 חיסורים (לא כולל חיסורים מוצדקים).
- **ציון –** 100% בחינה בחומר פתוח על החומר שנלמד בביתה + חומר ללימוד עצמי (יישום, חשיבה).
- יש חומר שמועבר בביתה + חומר ללימוד עצמי מלווה במצגות שיועלו למודל (חלקן יועבר ע"י המתרגלת). מה שלא נספיק ללמוד מהסילבוס לא יהווה חומר לבחינה.
- **חקיקה –** אין הכרח לקנות את ספר החקיקה, ניתן להדפיס את החיקוקים הרלוונטיים לבחינה.

5	חלק א': מבוא
5	החקיקה
5	סקירה כללית של סדר הדין הפלילי
5	הרשויות שאחראיות על שלבי ההליך הפלילי
6	מעצרים
6	סקירת שלבי ההליך הפלילי
6	חקירה
7	העמדה לדין
8	המשפט
10	פוסט משפט
11	ערעור בזכות וערעור ברשות
11	הבחנות חשובות
12	התפתחות סדר הדין הפלילי בישראל
13	סדר הדין הפלילי לפני המהפכה החוקתית
15	סדר הדין הפלילי לאחר המהפכה החוקתית
15	זכויות נפגעי עבירה – האיזון
17	פגיעה בזכויות ועלויות כספיות
17	עיכוב ביצוע עונש עד להחלטה בערעור
18	ביטול סעיף חוק בשל פגיעה בזכות להיות נוכח (ביטול חוק שפוגע בזכויות באופן לא חוקתי)
19	השפעת חוקי היסוד על סמכויות חיפוש בגוף – ביטול חוק העוסק בחיפוש בגוף
20	טענה שאין להרשיע בדעת רוב
20	השפעת חוק היסוד על קבילות ראיות
21	כלל הפסילה הפסיקתי היחסי
21	הרחבת פרשנות ס' 12 לפקודת הראיות – הודאה שאינה חופשית ומרצון היא אינה קבילה
22	יישום הלכת יששכרוב
27	חלק ב': החקירה המשטרתית וזכויות החשוד
27	תחילת ההליך הפלילי: תלונה וחקירה משטרתית
27	פתיחת חקירה
28	סגירת תיק חקירה
28	מעורבות התביעה בחקירה – הקשר שבין הגוף החוקר לגוף התובע
29	התשאול (חקירה במובן הכי צר)
30	זכויות החשוד: הזכות לאי הפללה עצמית, זכות השתיקה וזכות ההיוועצות, איסור פרסום
30	זכות לאי הפללה עצמית (זכות רלוונטית לכל נחקר וגם לגבי ראיות!!)
31	זכות השתיקה
31	הרציונאלים לזכות השתיקה:
31	הבחנה בין הזכות לאי הפללה עצמית לבין זכות השתיקה
32	מה מעמד אזהרת חשוד כי זכותו לשתוק?
32	זכות ההיוועצות
34	הזכות למינוי סגור – לימוד עצמי
34	הזכות לפרסום שמות של חשודים
34	הכלל
36	חלק ג': עיכוב, מעצר, תפיסה וחיפוש
36	עיכוב
37	רקע היסטורי
37	מאפייני סמכות העיכוב – הוראות כלליות
37	הגדרת עיכוב מצויה בס' 66 לחוק המעצרים:
37	כמה הגבלות שיש בעיכוב:
38	סוגי עיכובים
38	עיכוב חשוד
39	עיכוב עד
40	עיכוב לחיפוש ולבדיקת מסמכים
40	עיכוב כלי רכב לשם חיפוש
40	עיכוב בידו אדם פרטי
42	מעצר ע"י שוטר מקום בו אין לו סמכות לכך
43	דיני המעצרים
43	עקרונות
43	סמכות במעצרים
44	סוגי מעצרים לפי סדר התרחשותם
44	איך נלמד דיני מעצרים?
44	מעצר ראשוני על ידי שוטר ללא צו שופט
45	מסלול עיקרי
45	בסיס עובדתי
45	עילות מעצר
45	(1) עילת שיבוש

- 45 עילת מסוכנות _____
- 46 חלופת מעצר _____
- 46 מסלול משני _____
- 46 מעצר ראשוני על ידי שוטר על פי צו שופט _____
- 47 אופן ביצוע המעצר/ביצוע הצו _____
- 47 הכשרת מעצר לא חוקי _____
- 48 תוצאות אפשריות של מעצר לא חוקי _____
- 48 מה הסמכויות הנלוות למעצר? _____
- 48 (א) הפעלת כוח _____
- 49 מתי הפעלת כוח קטלני יהיה הפעלת כוח סביר? _____
- 49 (ב) סמכות כניסה למקום (חיפוש, תפיסה וכניסה לחצרים) _____
- 50 הארכת מעצר – "מעצר ימים" (לפני כתב אישום) _____
- 50 מסלול עיקרי _____
- 50 בסיס עובדתי _____
- 50 מהו חשד סביר אצל שופט? _____
- 50 מהי התשתית העובדתית הנדרשת כשיש אירוע המוני? _____
- 51 עילות מעצר _____
- 51 (1) עילת השיבוש _____
- 51 (2) עילת מסוכנות _____
- 51 הגבלת ימי המעצר בגין עילות מסוכנות ושיבוש _____
- 51 (3) הליכי חקירה שלא ניתן לקיימם אלא כשהחשוד נתון בעצר – עילה ייחודית נוספת – ס'13(א)(3) לחוק המעצרים _____
- 52 הגבלת ימי המעצר בגין עילת הליכי חקירה שלא ניתן לקיימם אלא כשהחשוד נתון בעצר _____
- 52 מה קורה עם אדם שישב במעצר לפני הסגרתו מחו"ל? _____
- 52 חלופת מעצר _____
- 52 אילו ערובות יש? _____
- 52 האם ומכוח מה אפשר להאריך חלופות מעצר? _____
- 53 מסלול משני _____
- 53 מעצר על פי הצהרת תובע _____
- 54 נוסח הצהרת תובע (אחיד) _____
- 54 מה קורה אם הוגשה הצהרת תובע, אך המשטרה/תביעה מבקשת לחזור ולחקור? _____
- 55 מעצר עד תום ההליכים (אחרי כתב אישום) ס'21 לחוק המעצרים _____
- 55 הבדלים בין המעצרים עד כה לעומת מעצר עד תום ההליכים _____
- 56 מסלול עיקרי _____
- 56 תשתית עובדתית _____
- 56 באילו ראיות מותר להשתמש? _____
- 56 אם כן, מה קורה במצב של ספק קבילות ויהיה נדרש לברר את זה במהלך המשפט? _____
- 57 מה זה ראיות לכאורה להוכחת האשמה? ס'21(ב) לחוק המעצרים _____
- 57 היסטוריה _____
- 58 שאלת דיות הראיות _____
- 58 ראיות מוחלטות _____
- 59 עילת מעצר _____
- 59 (1) עילת שיבוש _____
- 59 (2) עילת מסוכנות _____
- 59 מסוכנות אינדיבידואלית (מהאדם עצמו ולא מהעבירה) _____
- 60 חזקת מסוכנות – נלמדת מהעבירה _____
- 60 היסטוריית העילה _____
- 61 חלופת מעצר _____
- 62 איזוק אלקטרוני _____
- 62 סנגור _____
- 62 מעצר ביניים _____
- 62 (1) אין לנאשם סנגור _____
- 63 (2) בקשת מעצר בהסכמה כדי שהסנגור יוכל ללמוד את חומר הראיות _____
- 63 זמנים למעצר עד תום ההליכים _____
- 65 הערר וסעיפי העיון חוזר _____
- 65 עיון חוזר _____
- 65 ערר _____
- 66 חלק ה': המשפט _____
- 66 טענות מקדמיות (ס'151-149) (לימוד עצמי) _____
- 66 מבוא לטענות מקדמיות _____
- 66 מהן טענות מקדמיות? _____
- 66 מתי יש לטעון טענה מקדמית? _____
- 67 הדיון בטענה עצמה _____
- 67 נטל ההוכחה _____
- 67 החלטת בהמ"ש _____
- 68 ערעור _____

68	טענה מקדמית 1: חוסר סמכות מקומית ס'149(1) לחסד"פ
69	חריגי סמכות
69	מועד העלאת הטענה
69	העברת תיק לבהמ"ש אחר בשל טענת חוסר סמכות מקומית
69	מה קורה במידה וחל הכלל "לא יעבירו עוד"?
69	טענה מקדמית 2: חוסר סמכות עניינית ס'149(2)
69	מועד העלאת הטענה
69	התוצאות שנובעות מקבלת הטענה של חוסר סמכות עניינית
70	העברת תיק לבהמ"ש אחר בשל טענת חוסר סמכות עניינית
70	מה קורה במידה וחל הכלל "לא יעבירו עוד"?
70	חלוקת הסמכויות בבהמ"ש
70	סמכות בהמ"ש השלום ס'51 לחוק בהמ"ש
72	מותב
72	סמכות בהמ"ש המחוזי
73	המותב
73	3 שופטים
73	דן יחיד
74	טענה מקדמית 3: פגם או פסול בכתב אישום
74	הבחנה בין פגם לפסול
74	פגם
75	פסול
76	תוצאות של קבלת הטענה
76	טענה מקדמית 4: "כבר זוכיתי"/"כבר הורשעתי" (ס'149(5) לחסד"פ)
77	התנאי להעלאת הטענה
77	מה קורה במצב של אי הרשעה?
77	מה קורה כאשר מגישים נגד אדם כתב אישום על כמה סעיפי עבירה?
78	מה ייחשב לאותו מעשה? המבחנים:
78	מתי טוענים?
79	תוצאות קבלת הטענה
79	ענישה בגין אותו מעשה בכתב אישום הכולל מספר סעיפי עבירה
79	מתי טוענים?
79	מה ייחשב לאותו מעשה?
79	טענה מקדמית 5: טענת סיכון כפול
80	המצב הבסיס
80	שימוש בטענת סיכון כפול למול טענת "כבר זוכיתי/כבר הורשעתי":
81	טענה מקדמית 8: התיישנות
81	התיישנות העבירה
81	הסעד שיינתן
81	מתי מעלים את הטענה?
81	רציונל ההתיישנות
81	תקופות ההתיישנות
82	עבירות להן אין התיישנות
82	חריג להתיישנות עבירות: התיישנות על עבירות שבוצעו בידי קטין
82	התיישנות עונשים
82	אירועים מנתקים לתקופת התיישנות העבירה
82	טענה 10: הגנה מן הצדק
82	מתי תחול ההגנה
83	נגד מי טוענים את הטענה
83	משמעות הטענה
83	הסעדים האפשריים
83	החששות להן טענת הגנה זו נותנת מענה
83	המבחנים להחלת הטענה
84	נטל ההוכחה
84	נגזרות לטענת הגנה מן הצדק / טענות ספציפיות להגנה מן הצדק
84	נגזרת 1: הגנה מן הצדק בשל אכיפה בררנית/סלקטיבית
84	מהי אכיפה בררנית?
84	2 ביטויים לאכיפה בררנית
84	היכן טמון הקושי באכיפה בררנית?
85	נגזרת 2: שיהוי
85	מהו שיהוי?
85	השתהות בהגשת כתב אישום בעבירות כלכליות
85	מהו שיהוי ניכר?
85	נגזרת 3: הגנה מן הצדק בשל התנהלות גורמי/גופי החקירה
85	נגזרת 4: סוכן מדיח של המשטרה
85	הסדרי טיעון (לימוד עצמי)

שיעור 1 – 27/10/2019

חלק א': מבוא

החקיקה

המאפיין של סד"פ הוא המון חקיקה, ראשית בעיקרה.

הסיבה לכך, שבסד"פ מדובר בעיקר בחקיקה ראשית, היא משום שעוד לפני המהפכה החוקתית וחקיקת חוקי היסוד ידוע לנו כי פגיעה בזכויות יסוד יכולה להיעשות רק מכוח חקיקה ראשית (בג"צ 1/49 ביז'רמ).

מעבר לכך, מדובר בהרבה חקיקה ראשית חדשה (שנחקקה לאחר שנת 1992) המותאמת לחוקי היסוד. זאת משום שפגיעה בחוקי יסוד אפשרית רק אם זו תכליתית ומידתית. לכן, יש לנו למשל 2 חוקים שביטלו חקיקה שקדמה להם – (1) חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), 1996; (2) חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), 1996.

קיצורי שמות החוקים הרלוונטיים:

- חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], 1982 ← החסד"פ.
 - חשיבותו: זהו חוק מאוד ארוך שיש בו הוראות על כל שלבי ההליך הפלילי: (1) חקירה; (2) העמדה לדין; (3) משפט; (4) פוסט משפט (ערעור; דיון נוסף; משפט חוזר וכו').
 - בעבר היו בו הוראות הנוגעות למעצרים שהתעסקו בתקופה שלאחר הגשת כתב האישום (מעצר עד תום ההליכים). עם זאת, לאחר חקיקת חוק המעצרים סעיפים אלו בוטלו.
- פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש), 1969 ← הפסד"פ מנדטורי.
 - עוסק בכל מה שנוגע לסמכויות הנלוות של המשטרה בחקירה (למשל: חיפוש במקום; חיפוש במחשב; חילוץ של חפצים).
 - בעבר היה בפסד"פ גם נושא של סמכויות מעצר בזמן חקירה, אך כיום הוא עוסק רק בחקירות.
- חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), 1996 ← חוק המעצרים.
 - נחקק בשנת 1996 כשהיה ברור שצריך להתאים את כל נושא המעצרים לחוקי היסוד. לכן, חוק זה נחקק בעודו מותאם לענייני חוק היסוד ומקפיד מאוד על תכלית ומידתיות. בעקבות חקיקתו, בוטלה החקיקה שנגעה לעניינים אלו קודם לכן.
 - חוק זה גם קובע הוראה של אחידות, שכן מפוזרות הוראות מעצרים גם בדברי חקיקה אחרים, וחוק זה יוצר אחידות והרמוניה בהחלת הדינים החדשים יותר (כל עוד לא קיימת חקיקה הסותרת).
- חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), 1996 ← חוק החיפוש בגוף.
 - עוסק בחיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי (מהגוף).
 - חוק זה נחקק משום שהיה ברור שכל מה שנוגע בחיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי הוא מאוד פוגע, לכן הגדיר המחוקק באמצעותו הוראות מאוד ספציפיות ומפורטות, שאינן מותרות דבר לדמיון.
 - גם חוק זה קובע הוראה של אחידות, כפי שמתקיים בחוק המעצרים.

סקירה כללית של סדר הדין הפלילי

הרשויות שאחראיות על שלבי ההליך הפלילי

בכל שלב בהליך הפלילי יש רשות שאחראית על קיומו.

1. חקירה: משטרה (אך, זו אינה הרשות היחידה לה יש סמכויות חקירה. דוגמה: גם לרשות המיסים יש סמכויות חקירה).
 2. העמדה לדין: תביעה (ולא פרקליטות). הפרקליטות חולשת רק על חלק קטן מהתביעה בישראל. רוב התיקים מנוהלים ע"י תביעה משטרתית, לכן בשלב העמדה לדין עלינו לדבר על התביעה בכלל ולא על הפרקליטות בפרט.
 3. המשפט: בהמ"ש השלום/בהמ"ש המחוזי בהתאם לסמכויותיהם המוגדרות בחוק בתי המשפט.
 4. פוסט משפט: הדבר העיקרי בשלב זה הוא ערעור.
- א. ערעור: הערעור תחילה הוא בזכות ולאחר מכן בבקשת רשות.

- ב. דין נוסף (דנ"פ): מדובר על הרחבת המותב. דיון זה נועד לשאלות משפטיות, כלומר שהוא יינתן אם בהמ"ש הפך הלכה קודמת / קבע הלכה חדשה וכו' ולעולם לא יעסוק בעניינים עובדתיים. דוגמה: דנ"פ שבס דן בשאלה האם ניגוד עניינים בנסיבות מסוימות יכול להגיע בשלב מסוים לכדי עבירה של מרמה והפרת אמונים?
- ג. משפט חוזר: ייחודי למשפט הפלילי. דבר זה נדיר ומתקיים כאשר עובדתית נגרמו עיוותי דין או כשהתגלתה ראייה חדשה שמשנה את התמונה. חוק בתי המשפט מונה עילות למשפט חוזר. בהמ"ש לא ממחר לתת משפט חוזר, זה מאוד קשה. דוגמה: בפרשת תאיר ראדה רומן זדורוב מבקש משפט חוזר משום שלטענתו התגלו ראיות חדשות שמשנות את התמונה.

מעצרים

טרמינולוגיה – מעצר בשונה ממאסר הוא אינו עונש.

- מאסר – עונש שניתן לאחר הליך משפטי.
- מעצר – אמצעי מניעתי שאינו עונש לו יש כל מיני תכליות עליהן נדבר. המעצר יכול להיות בשלבים שונים של ההליך הפלילי. המעצר מאחורי סורג וברח מקוזז מתקופת המאסר במידה והחשוד נאסר. יש גם מעצר באיזוק אלקטרוני, אך הוא אינו מקוזז מתקופת המעצר.

לכל שלב בהליך הפלילי יש מעצר שתואם אותו.

1. חקירה: יש כל מיני סוגים
 - א. מעצר ראשוני ע"י שוטר:
 - i. בצו – המשטרה מבקשת צו מעצר משופט לאחר חקירה.
 - ii. שלא בצו – בזירת האירוע ע"י המשטרה, כאשר עליה להביאו בפני שופט תוך 24 שעות לשם הארכת מעצרו (נקרא "מעצר ימים") / "מעצר לפני הגשת כתב אישום" – למרות שלא תמיד מוגש כתב אישום).
 - ב. מעצר ימים: לאחר עצירתו של חשוד בזירה האירוע ע"י שוטר והבאתו בפני שופט.
 - ג. מעצר לפני הגשת כתב אישום: למרות שלא תמיד מוגש כתב אישום.
2. העמדה לדין: מדובר בשלב בו הסתיימה החקירה והחומר עובר לתביעה לבדיקה האם היא מעמידה לדין. לאחר החקירה לכאורה יש לשחרר את החשוד, אך ייתכן כי, למשל, האדם מסוכן לציבור ובתקופה שהתביעה מכינה את כתב האישום אנחנו לא רוצים לשחרר את החשוד. מסיבה זו יש דבר שנקרא "מעצר לפי הצהרת תובע" (נקרא גם "מעצר גישור"). במעצר זה בהמ"ש יכול לתת עד 5 ימים לכתיבת כתב האישום תוך הארכת מעצרו של החשוד. הפסיקה קובעת כי התביעה אינה חייבת להתחייב שהיא מגישה כתב אישום, אלא שככל הנראה יוגש כתב אישום וכי יבוקש מעצר במסגרת זאת.
3. משפט: מעצרים אלו נקראים "מעצר עד תום ההליכים" (בשפה חופשית) / "מעצר לאחר הגשת כתב אישום" (שם עפ"י החוק). מדובר על מעצר של אנשים שבתקופת המשפט שלהם הם נתונים במעצר. הליך של משפט והליך של מעצר הם שני הליכים שונים ונפרדים. יכול להיות שבמהלך המשפט הנאשם יעבור לאיזוק אלקטרוני או למעצר בית – אין זה מחייב שהמעצר יימשך על לתום המשפט (דוגמה: נפלה ראייה מרכזית ובשל כך יבקש הסנגור לשחרר את העצור).
4. פוסט משפט: יש גם מעצרים. דוגמה: בזמן הערעור, יכול להיות מעצר גישור, למשל אדם שזוכה והתביעה תבקש ימי מעצר כדי להגיש ערעור.

איפה מתבצעים הליכי המעצרים:

- עד למשפט – כל הליכי המעצרים מתקיימים בבהמ"ש השלום.
- במשפט – הליך המעצר מתקיים ע"י השופט של ההליך המשפטי, ובבהמ"ש בו מתקיים ההליך.
- בערעור – בערכאה הבאה.

סקירת שלבי ההליך הפלילי

חקירה

סעיף 59 לחסד"פ – חקירת המשטרה

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

"**נודע**" יכול להיות 1 מ-2 אופציות:

1. **תלונה** – עפ"י **סעיף 58 לחסד"פ** כל אדם יכול להגיש תלונה.
 2. **דרך אחרת** – רשימה לא סגורה של דברים, למשל – שוטר שנקרא לזירה, תחקיר עיתונאי; מידע מודיעי.
- לכאורה מדובר בלשון ציווי "**תפתח בעבירה**", אך ציווי זה מסויג ("**אולם**") והמשטרה יכולה להחליט שלא לחקור, מ-2 סיבות (מתחלפות):

1. אם יש רשות אחרת שמוסמכת לחקור.
2. כלל הנסיבות לא מתאימות לחקירה (**בעבר**: אין עניין לציבור).

אם מדובר על תלונה שבעקבותיה הוחלט שלא לחקור או שלא להעמיד לדין, יש לדווח זאת למתלונן אשר זכאי להגיש ערר על החלטה זו (החוק קובע למי אפשר להגיש ערר). מיום קבלת ההודעה יש למתלונן 30 יום להגשת ערר.

המילה **חקירה** היא שם כולל לאוסף פעולות שיכול להוות חקירה.

- **התפקיד של הרשות החוקרת** זה לברר את העובדות ולאסוף ראיות.
- **דרכי ביצוע החקירה**: זה נעשה באמצעים שונים כמו: האזנות סתר; מעקבים; עיכובים; מעצרים; חיפושים; תצפיות; מודיעין וכו'. מה שאנחנו מכנים חקירה זה למעשה **תשאול** (זה המונח הנכון לחקירה במובן הצר).
- **מי יכול להיות נחקר?** נחקרים יכולים להיות הן **עדים** והן **חשודים**.
 - **מה ההבדל בין חשוד לעד?** ההבדל הוא **חקירה באזהרה**, כאשר אדם לא מוזהר הוא נחקר כעד. המשטרה יכולה לשקר כתחבולות חקירה. עם זאת, **אדם שלא הוזהר ונחקר כחשוד מבלי שהובהרו לו זכויותיו (זכאי לעו"ד; אינו חייב לענות וכו') ומבלי שידע שהוא חשוד – עדותו נפסלת.**

מעצרים ועיכובים:

כאמור, בשלב החקירה יכולים להיות מעצרים – יכול להיות שאדם נעצר במעצר ראשוני ע"י שוטר בצו או שלא בצו. עם זאת, **לא כל הנחקרים הם עצורים**.

- דרך נוספת להגיע למצב של חקירה היא ע"י **דיני העיכוב** כאשר המשטרה יכולה לזמן אדם לחקירה בטלפון / אדם שבזירה זוהה כעד לאירוע (מבלי שנעצר במשמעות של מעצר).
- **דיני העיכוב ודיני המעצר** מחייבים שוטרים להזדהות ולהסביר מה הסיבה לזימון לחקירה.
- לא ניתן לסרב לזימון לחקירה.
- יש להעדיף עיכוב על פני מעצר.

העמדה לדין

העמדה לדין, כאמור, מעבירה את מרכז הכובד מהמשטרה שסיימה את עבודה אל תביעה שמקבלת את חומר החקירה ומחליטה האם להעמיד לדין עפ"י חומר זה (האם יש סיכוי סביר להרשעה). התביעה יכולה להחליט שאינה מעמידה לדין מ-3 סיבות:

1. **סגירה מחוסר אשמה**: כלומר שלא היה פה דבר. סגירה כזו לא מותירה שום רישום פלילי. סגירת תיק זו נחשבת בשל כך לדבר הטוב ביותר.
2. **סגירה מחוסר ראיות**: זה לא קשור לשאלה מה התובע חשב שהחשוד עשה או לא, אלא לשאלה האם יש די ראיות אשר יביאו לסיכוי סביר להרשעה.
3. **סגירה מחוסר עניין לציבור**: כיום, נקרא סגירה משום שכלל הנסיבות אינן מתאימות להעמדה לדין. השם שונה משום שחוסר עניין לציבור למעשה אינו דווקא מה שמעניין אותנו, אלא הוא כולל בתוכו הרבה מאוד שיקולים כמו שיקולי עומס וכו'. המשפט הפלילי בא להגן על אינטרס הציבור, כאשר התביעה היא שמייצגת את האינטרס הציבורי – בעוד אינטרס הציבור למעשה אינו בהכרח עניין תקשורתי או לא במובן של "עניין".

גם כאן, אם יש מתלונן, הוא זכאי לקבל הודעה על סגירת התיק ולהגיש ערר לגורם בכיר יותר בפרקליטות.

גם בשלב ההעמדה לדין יכולה התביעה לבקש מעצר של החשוד, כאמור לעיל.

לחקירה ולהעמדה לדין כשלעצמם, אין מגבלות זמן – מגבלות הזמן נמצאות בהגבלות זמן המעצר של החשודים שנתן בהמ"ש. כשאנשים לא נמצאים במעצר, אין מגבלות על זמן החקירה ועל כך ניתן להבחין **בביקורת** – חקירות והעמדה לדין שיכולים "להימרח" לאורך שנים.

המשפט

אם הוחלט להגיש כתב אישום בשלב ההעמדה לדין – אנחנו עוברים לשלב המשפט. בשלב זה מרכז הכובד עובר מהתביעה לבית המשפט.

כאן **החשוד** הופך ל**נאשם** – שינוי זה בסטטוס חשוב משום שבשלב זה הוא, כנאשם, כבר מהווה צד למשפט; יש לו SAY. זאת בעוד שעד לשלב זה נעשו לגביו פעולות שלא היה לו, כחשוד, שום שליטה עליהן.

לאחר שהוגש כתב אישום, כלל חומר החקירה מועבר לנאשם והסנגור זכאי לצלמו. **המשמעות**: ההתמודדות עם החשדות/האשמות הופכת להיות מושכלת.

כתב התביעה כשלעצמו, מלבד האשמות, כולל את רשימת עדי התביעה. **מנגד**, הנאשם לא חייב לגלות את הגנתו.

התנהלות המשפט:

מבחינה פורמלית, משפט מתחיל (1) **בשלב ההקראה** – בשלב זה בהמ"ש מקריא לנאשם את כתב האישום ושואל אותו אם הוא מבין אותו. בדר"כ רוב הנאשמים מיוצגים ולכן הסנגורים יכולים לענות על שאלה זו.

לאחר ההקראה – הנאשם יכול להעלות (שלב **התשובה לאישום**):

- (2) **טענות מקדמיות** – אלו טענות שאינן קשורות להאשמה עצמה אלא לעצם הגשת כתב האישום. **דוגמה**: חסינות; חוסר סמכות של בהמ"ש; חנינה; התיישנות) טענות אלו מצויות **בסעיף 149 לחסד"פ**.

○ **סעיף 149(10) לחסד"פ – הגנה מן הצדק** – נאשם יכול לטעון שלא היה צודק ונכון להגיש כתב אישום מכל מיני סיבות. **דוגמה**: רמון טען שהסתירו ממנו האזנות סתר; קצב טען שבוצע לו משפט תקשורתי וכו'.

- (3) **טענות פסלות שופט** – נאשם יודע על סיבות בגין שופט לא יכול לנהל את המשפט, עליו לטעון זאת בשלב זה ולא לחכות. את הטענה יש לטעון ברגע שיודעים אותה, את הסיבה לפסלות.

לאחר שלב ההקראה עוברים (4) **לשלב התשובה לאשמה** – מדובר על הודאה או כפירה בעובדות כתב האישום ולא בסעיפי האישום. כיום, רוב המקרים מסתיימים בהסדר טיעון, ואז הנאשם מודה לפי הסדר הטיעון ואז קופצים לשלב הטיעונים לעונש (**הערה**: מבחינה כמותית, זה פרדוקס שהנורמלי הפך להסדרי טיעון, במקום שאלו יהוו חריג – ובכל זאת המערכת קורסת תחת העול).

הנאשם לא חייב לגלות את הגנתו – המונח **כתב הגנה**, בניגוד לסד"א, אינו קיים בסד"פ. הדבר היחיד הוא שהנאשם חייב להגיד בשלבים המוקדמים לפני ניהול הראיות זה (5) **טענת אליבי**, בעוד את כל שאר הטיעונים הוא יכול להסתיר. בהמ"ש מחויב להגיד לנאשם כי הוא חייב לטעון טענה זו, אם ברצונו לעשות זאת, בשלבים המוקדמים, וכי אינו יכול לחכות עם זה. כתב האישום כולל את הפרטים של הנאשם, התיאור העובדתי, האישום ולבסוף רשימת עדי התביעה (דבר ידוע מראש). הנאשם לא צריך לכתוב כתב הגנה, אלא אם יש לו כאמור טענת אליבי (במקום אחר הייתי), אותה הוא חייב להגיד בשלב זה, אחרת לא יוכל לטעון אותה בשלב מאוחר יותר.

אם אין הודאה בעובדות כתב האישום עוברים (6) **לשלב ההוכחות** – בו יש את **פרשת ההגנה ופרשת התביעה**.

שיעור 2 – 03/11/2019

(המשך ישיר משיעור קודם...)

אם מגיעים לשלב של (6) **משפט הוכחות** (נדיר היום כי רוב התיקים נגמרים בהסדרי טיעון) הדבר מתנהל כך:

1. יתחילו **בפרשת תביעה** – העדים שהיו רשומים בכתב האישום נחקרים חקירה ראשית בבהמ"ש ע"י התביעה ← חקירה נגדית ע"י ההגנה ← ולאחר מכן ייתכן כי תהיה חקירה חוזרת ע"י התביעה (אותה צריך לבקש, זו זכות של התביעה).

כידוע, **נטל השכנוע של התביעה** הוא מעבר לכל ספק סביר בסוף המשפט. עם זאת, **בסוף פרשת התביעה על התביעה יש רק נטל הבאת הראיות שמשמעותו להוכיח אשמה לכאורה**.

- אם התביעה הצליחה להוכיח אשמה לכאורה, בסוף פרשת התביעה, היא למעשה **מעבירה את הנטל לנאשם לנהל הגנה**. שהרי, אם היא לא הצליחה להוכיח אשמה לכאורה, למה שהנאשם ישיב לאשמה?
- **מנגד**, אם התביעה לא הצליחה להוכיח אשמה לכאורה אז נגיע למצב של **טענת אין להשיב אשמה**, אותה יטען הנאשם. זוהי טענה שמתקבלת לעיתים נדירות, משום שבד"כ התביעה מגישה תביעה כאשר יש לה סיכוי סביר להרשעה.

הנטל המוטל על התביעה להעברת הנטל להגנה – הוכחה לכאורה של האשמה.

הנטל המוטל על הנאשם אינו נטל גדול – מדובר על נטל לניהול הגנה. זה לא נתפס כנזק גדול לנאשם לנהל הגנה. למעשה, הנזק העיקרי לנאשם נגרם בהגשת כתב האישום.

ס'158 לחסד"פ – זיכוי בשל העדר הוכחה לכאורה

158. נסתיימה פרשת התביעה ולא הוכחה האשמה אף לכאורה, יזכה בית המשפט את הנאשם – בין על פי טענת הנאשם ובין מיזמתו – לאחר שנתן לתובע להשמיע את דברו בענין; הוראות סעיפים 182 ו-183 יחולו גם על זיכוי לפי סעיף זה.

עפ"י **ס'158 לחסד"פ** השופט יכול להגיד מיוזמתו שהאשמה לא הוכחה לכאורה, וכך גם הנאשם – במצב זה הנאשם יזוכה. במידה ולא התקבלה הטענה או שכן הוכחה האשמה לכאורה, תתנהל פרשת ההגנה:

2. **פרשת ההגנה – הנאשם יביא את עדיו**. אם הנאשם לא בוחר בזכות השתיקה, סביר להניח שהוא יעיד ראשון (ייתן את גרסתו) ויביא עדים שיתמכו בגרסתו. זו הפעם הראשונה בה התביעה נתקלת בעדיו של הנאשם. העדים שהיו רשומים יחקרו חקירה ראשית בבהמ"ש ע"י הגנה ← חקירה נגדית ע"י התביעה ← ולאחר מכן ייתכן כי תהיה חקירה חוזרת ע"י ההגנה (אותה צריך לבקש, זו זכות של ההגנה).

בסוף פרשת ההגנה, ייתכן כי יהיה **הזמה של התביעה** – התביעה למעשה לא ידעה מי העדים ומה קו ההגנה של הנאשם. ייתכן שהיא תהיה מופתעת ותרחצה להביא עדים שיזימו את הטענות של ההגנה. אפשר לבקש להביא קריות נוספות בשלב זה (עדים נוספים). במצב זה הנאשם יהיה רשאי לסתור את הראיות.

יכול להיות גם **ראיות מטעם בהמ"ש** – הליך הזה הוא אדברסרי (ככה זה בישראל, בניגוד להליך אינקוויזטורי), כך שמי שאחראי להבאת הראיות זה הצד עצמו ולא בהמ"ש, זה חריג להליך האדברסרי. בסיום בסוף כל הפרשות, יכול גם בהמ"ש להחליט לשמוע עד שכבר העיד או לזמן עד חדש (לאחר שישמע את עמדת הצדדים בעניין). הצדדים יכולים לבקש לסתור את העדויות שזימן בהמ"ש.

ראייה נבחנת עפ"י: (1) **קבילות** – האם הראייה קבילה, האם העד העיד כשלעצמו; (2) **משקל** – בהמ"ש יכול לתת לעדות משקל מאוד נמוך, בשל חוסר מהימנות של העד. מסיבה זו, קביעות של ערכאה דיונית לעניין קבילות חשובות ביותר, כי ערכאת הערעור לא תתערב בעניינים אלו; (3) **דיות** – האם דיי בראייה זו, האם ניתן להסתפק בה.

(7) **סיכומי התביעה**; (8) **סיכומי ההגנה לעניין האישומים** ← **עדיין לא מדובר בעונשים**.

(9) **הכרעת הדין** – במשפט פלילי פסה"ד הוא **הכרעת + גזר הדין**. **הכרעת הדין זה רק חלק מפסה"ד** זה שיש הכרעת דין לא אומר שיש עדיין פס"ד. אם היה זיכוי מוחלט מכל האישומים אז לא יהיה טיעונים לעונש ולא יהיה צריך גזר דין, אז תהיה רק הכרעת דין.

(10) **טיעונים לעונש** – **הסיבה** שהטיעונים לעונש מגיעים אחרי הכרעת הדין היא שבזמן הטיעונים לעונש בהמ"ש רואה ראיות לא קבילות. כשמנהלים משפט בהמ"ש יכול לראות רק ראיות קבילות למשפט עצמו, אבל כשמחילים הטיעונים לעונש (אם לא היה זיכוי, כאמור, מכלל האישומים) אפשר להשתמש בכל הראיות שיש (**למשל**: עבר פלילי, אופי וכו'). מדובר למעשה במיני משפט בו יהיו:

- **ראיות התביעה לעניין העונש** – עבר פלילי; נפגעי עבירה וכו'.
- לאחר מכן יגיעו, **ראיות ההגנה לעניין העונש** – עדי אופי וכו'.
- ואז **ראיות בהמ"ש** – אלו עדויות שבהמ"ש מבקש להביא, **למשל**: יש את שירות מבחן שיביא תסקיר – לפי **ס'187 לחסד"פ**.

(11) לאחר מכן יגיעו **סיכומי התביעה וההגנה לעניין העונש**.

(12) גזר דין.

(13) לעניין **הערעור** מחכים למתן פס"ד (שהוא כאמור גזר דין + הכרעת הדין). לכל הצדדים מותר לערער על כלל התמונה.

ס' 231 לחסד"פ – עיכוב הליכים

231. (א) בכל עת שלאחר הגשת כתב אישום ולפני הכרעת הדין, רשאי היועץ המשפטי לממשלה, בהודעה מנומקת בכתב לבית המשפט, לעכב את הליכי המשפט; הוגשה הודעה כאמור יפסיק בית המשפט את ההליכים באותו משפט.

לפי **ס' 231 לחסד"פ** בכל אחד משלבי המשפט, החל מהגשת כתב האישום ועד הכרעת הדין, נאשם או התביעה יכולים להגיש בקשה **לעיכוב הליכים**. למה שיעשו את זה. למשל:

- אם הנאשם חולה במחלה סופנית – יטען כי לא ראוי שאת חודשי חייו האחרונים הוא יבלה בניהול משפט פלילי.
- התביעה יכולה לבקש עיכוב הליכים אם אחד העדים שלה ברח, וברצונה לאתרו טרם המשך המשפט.

הבקשה לעיכוב ההליכים מתבצעת ע"י היועמ"ש לממשלה או נציגו כפי שמוגדר בחוק.

ס' 232 לחסד"פ – חידוש הליכים

232. עוכבו הליכים לפי סעיף 231 רשאי היועץ המשפטי לממשלה, בהודעה בכתב לבית המשפט, לחדשם כל עוד לא עברו מיום עיכובם, בפשע – חמש שנים, ובעוון – שנה; הוגשה הודעה כאמור, יחדש בית המשפט את ההליכים, ורשאי הוא להמשיך בהם מן השלב שאליו הגיע לפני ההפסקה; עוכבו ההליכים בשנייה לא יחודשו עוד.

החוק קובע בדיוק תוך כמה זמן אפשר **לחדש הליכים** (כתלות בסוג העבירה – עוון או פשע):

יתרה מכך, ייתכן כי נאשם יהיה **במעצר עד תום ההליכים** (לפי החוק 'מעצר לאחר הגשת כתב אישום').

← חשוב להבחין בין הליך המעצר להליך המשפט – **מדובר ב-2 הליכים נפרדים, עם 2 שופטים שונים. הליך המעצר לעולם לא יהיה הליך סופי** – הוא נתון לשינויים, אפשר לערער או לבקש אפילו דיון חוזר.

פוסט משפט

זהו שלב הערעור. חשוב לציין כי **בהליך פלילי אין ערעורי ביניים** – כלומר, שבניגוד לסד"א בו יש מצבים בהם ניתן לערער למשל על החלטה, במשפט פלילי ממתינים לפסה"ד (הכרעת הדין + גזר הדין).

במשפט הפלילי – כל מי שרוצה לערער, מערער ביחד, באותו שלב ולא בעת קבלת ההחלטה בכל עניין נתון במהלך המשפט – על כל דבר שברצונו לערער (למשל: קבילות ראייה). ההיגיון הוא שיש צורך לראות את התמונה כולה, ונדרש ניהול רציף של המשפט.

יש לכך 2 חריגים בהם ניתן להגיש ערעור על הליכים, טרם נגמר המשפט והתקבל פסה"ד (אלו לא ערעורים לא על החלטות, אך על דבר שיש בו היגיון רב שיהיה ערעור כי אין היגיון לנהל משפט שלם לפני שידונו בהם):

1. **טענת פסלות שופט** – אותה צריך לטעון ברגע שידועים אותה. אם השופט מחליט שלא לפסול את עצמו, ניתן לערער תוך 30 יום לבהמ"ש בדין יחיד. **זה הגיוני**, כי לא סביר שההליך יתנהל ע"י שופט פסול. עם זאת, זה נדיר שבהמ"ש העליון מקבל טענות כאלו, לאחר ששופט מחליט שלא לפסול את עצמו. עד להחלטה בערעור, השופט יכול להחליט שהוא לא מפסיק את המשפט וממשיך לדון בו. [יכול להיות מצב בו מבקשים לפסול שופט על משהו שהוא בכלל לא מודע לו, ובגלל זה הוא מחליט שהוא ממשיך לנהל את המשפט, או לחילופין מחליט לפסול את עצמו למען ניקיון המשפט – זה דוגמה לאחד המצבים בהם יהיה ערעור].
2. **הליך בנושא העברת חומר חקירה** – עם הגשת כתב האישום הנאשם מקבל את חומר החקירה. נושא חומר החקירה מעורר הרבה מחלוקות – למשל: כשהנאשם חושב שהתביעה צריכה להשיג לו עוד חומר או להעביר לו חומר נוסף (כי הוא חושב שיש עוד חומר שמוגדר כחומר חקירה אותו לא העבירה התביעה), וכו'. את הטענות האלו על המחלוקת בעניין חומר החקירה מגישים בהליך לבהמ"ש בהליך נפרד מהליך האישום. על ההליך הזה כל צד יכול להגיש ערר לבהמ"ש שמעליו. **ההיגיון** הוא שאם יש מחלוקת על חומר החקירה, אז אין היגיון לנהל משפט כשהצדדים חלוקים על מהו חומר החקירה (בכלל, חומרי החקירה צריכים לעמוד ב-2 תנאים: (1) רלוונטיות; (2) שליטה (בשליטת תביעה) – אז אפשר לערער. הנאשם

יטען שחומר החקירה לא רלוונטי; התביעה תטען שהחומר לא בשליטה, למשל). הפנייה בעניין הליך חומר החקירה יתבצע לפי **ס'74(ב) לחסד"פ** והערעור על כך יתבצע לפי **ס'74(ה) לחסד"פ**. גם התביעה יכולה לבקש ערר, אם הורו לה להעביר חומר חקירה לנאשם והיא אינה חפצה בכך, למשל.

בשאלות 'אין ערעורים' – יש להבחין בין הליך המשפט להליך המעצר. כאמור, המעצר הוא הליך נפרד, שופטים שונים, הוא לעולם לא סופי ותמיד ניתן להגיש ערעור!

ערעור בזכות וערעור ברשות

כמו בכל השיטה המשפטית שלנו, **יש ערעור אחד בזכות וערעור נוסף ברשות**. נגיע לערעור ברשות רק כאשר ההליך התחיל בבהמ"ש השלום, אז: ההליך יתחיל בבהמ"ש השלום ← יגישו ערעור בזכות לבהמ"ש המחוזי ← יגישו בקשת רשות ערעור לבהמ"ש העליון. כלומר, אם ההליך התחיל במחוזי, לא יהיה הליך רשות ערעור. על בהמ"ש העליון לא ניתן לערער, אלא להגיש רק בקשה לדיון נוסף. ההליך היחיד שמתחיל בבהמ"ש העליון הוא בג"צ, וגם עליו ניתן לבקש רק דיון נוסף ולא ניתן לערער.

- **דיון נוסף** נועד רק לעניינים משפטיים. בהמ"ש העליון יאפשר דיון נוסף רק במצבים בו בהמ"ש העליון הכריע בעניין מסוים ועדיין נותר עניין משפטי שלא קיבל מענה או שיש מחלוקת לגביו. הליך זה אפשרי רק בבהמ"ש העליון, על הליך שהתקיים בבהמ"ש העליון (דוגמה: **פס"ד שבס**).
- **משפט חוזר** נועד לעניינים עובדתיים, במקרה נדיר בו התגלו ראיות חדשות או היה עיוות דין נוראי. מדובר במקרה חריג מאוד ומהווה חריג לעקרון סופיות הדיון. הוא אפשרי בשל העובדה שדיני העונשין עוסקים בדיני נפשות. (דוגמה: **פס"ד ברנס, עניין זדורוב**).

הבחנות חשובות

1. **כלל דיוני / כלל מהותי** – כלל מהותי הוא כלל שקובע את הזכויות והחובות, ובדיני העונשין הם קובעים את האסור והמותר. מנגד, כללים דיוניים עוסקים במימוש הכללים המהותיים. זה חשוב משום שיש נפקות להבחנה:
 - א. כללים מהותיים לא חלים רטרואקטיבית (כידוע, אין עונשין אלא אם מזהירין). **מנגד**, כלל דיוני יחול לחול על הליך תלוי ועומד, גם אם החל טרם כניסת הכלל לתוקפו.
 - ב. כללים מהותיים הם קשיחים ולא ניתן לסטות מהם. **מנגד**, לעיתים ניתן לסטות מכללים דיוניים (ההנחה היא שצריך לשמור על הכללים, בעוד החריג הוא סטייה מהם – עם זאת זה דבר אפשרי, משום שכללים דיוניים באים לממש את הכללים המהותיים. הסטייה תקרה רק כאשר זה לא יגרום לעיוות דין או כאשר הצדק מחייב).
 חשוב שיהיו כללים דיונים כי:
 - א. למנוע שירות – אנחנו רוצים שתהיה וודאות בהליך המשפטי, אחידות בין כולם.
 - ב. מניעת רשלנות – אם לא הייתה הקפדה על הכללים, אז הצדדים יהיו רשלנים.
 - ג. צמצום עלויות התדיינות – אם לא היו כללים לדיון, בכל משפט היינו צריכים להגדיר ולדון בכל משפט מהם כללים, דבר שהיה מצריך כסף וזמן שיפוטי רב.
2. **אמת עובדתית / אמת משפטית** – אמת עובדתית משקפת את ההתרששות עפ"י מבט אובייקטיבי מהצד, מהצד של מה שקרה (כשם שהיה לנו מתבונן מהצד שנותן לנו תיאור של ההתרששות). אמת משפטית, משקפת את ההתרששות דרך שחזור של שופט מקצועי, זאת על בסיס הראיות שהוצגו בפניו ובכפוף לסייגים ופרוצדורה. אכן, יש לנו מגבלות במשפט של קבילות ראיות, אשר לעיתים מציבים בפנינו מחסומים – דבר היוצר פער בין האמת העובדתית (מה שקרה) לאמת המשפטית (מה שהוכח). בהליך הפלילי, אנחנו מחפשים את האמת המשפטית.

דוגמה – **רצח ארלוזורוב**: במקרה של רצח ארלוזורוב נוהל משפט פלילי והיו שני נאשמים שזוכו (זו אמת משפטית). עם זאת, כן פתחו ועדת חקירה שמטרתה הייתה למצוא את הרוצח האמיתי – האמת העובדתית. הקמת הוועדה הובילה להגשת בג"צ כנגד מהלך זה בטענה שאי אפשר להקים ועדת חקירה אחרי שאנשים זוכו (זו טענת הגנה לפי **ס'5 לחסד"פ**, אך בס' זה ישנו גם חריג לכך). בעתירה לבג"צ ענה בהמ"ש כי ועדת חקירה בודקת את האמת העובדתית ובתי המשפט בודקים את האמת המשפטית ולכן אין מניעה מהממשלה להגיע לאמת העובדתית בדרך של ועדת חקירה.
3. **הליך אדברסרי / הליך אינקוויזטורי** – השיטה הישראלית היא **לכאורה אדברסרית**, השיטה האינקוויזטורית מצויה יותר בקונטיננט (אירופה). עם זאת, אין הליך שהוא לגמרי אחד מהשניים – תמיד יהיה שילוב. לדוגמה: בהמ"ש יכול להביא עדין/לתקן בעצמו טעויות פרוצדורליות.

הליך אדברסרי	הליך אינקוויזטורי
מבוסס על עימות.	מבוסס על חקירה.

השופט משמש כבורר ניטרלי.	השופט יכול חקור.
הצדדים בניהם ישנו העימות אחראים להבאת הראיות.	
יש הרבה מגבלות ראייתיות.	יש פחות מגבלות ראייתיות.

יש בסילבוס מאמר של **מוטה קרמניצר** המדבר על ההבדלים בין השיטות – הוא מציין כי אולי עלינו לאמץ דברים מההליך האינקוויזטורי, משום שבשיטה האדברסרית הפער בין האמת העובדתית למשפטית יותר גדול (הצדדים הם שאחראים להבאת הראיות).

בשיטה האינקוויזטורית התביעה נתפסת כ-officer of the court, בעוד בשיטה האדברסרית התביעה נתפסת כצד להליך – התביעה רוצה לנצח (תלוי גם בתפיסת האנשים שבצד של התביעה). עם זאת, למעשה תפקידה לכאורה של התביעה, בנושאת האינטרס הציבורי, הוא לגלות את האמת ולא דווקא להכניס אנשים לכלא.

4. **שופט מקצועי / מושבעים** – השיטה שלנו מבוססת על כך שיש רק שופטים מקצועיים ואין מושבעים. שיטות שיש בהן מושבעים, מבוססות על ההנחה שבתביעות עובדתיות (לא משפטיות), אין סיבה להניח ששופט טוב יותר מכל הדיוט אחר בקביעת עובדות. בשיטות משפט אלו בהן יש מושבעים, תפקידו של השופט לסנן את הראיות ולהחליט מה קביל/לא קביל וכן להנחות את המושבעים מה לעשות עם החומר, מה התוצאות של מה שיחליטו. מנגד, בשיטה שלנו, ההחלטה הן בעניינים עובדתיים והן בעניינים משפטיים נתונה לשופט מקצועי.

התפתחות סדר הדין הפלילי בישראל

בתיאוריה של קרימינולוגיה למשפט פלילי (**פקר**) מדברים בגדול על 2 מודלים של קיצון:

1. **Crime control model** – מודל מיגור הפשיעה, גילוי האמת.

2. **Due process model** – מודל ההליך הראוי.

כל שיטת משפט צריכה למצוא את האיזון בין מיגור הפשיעה לבין הצורך בהליך ראוי.

בניתוח גס של השיטה הישראלית נראה כי **מקום המדינה ועד המהפכה החוקתית, השיטה הישראלית נתנה דגש מאוד גדול למודל גילוי האמת (מיגור הפשיעה).**

דוגמאות:

פס"ד סילבסטר

נגד סילבסטר הוגש כתב אישום בעבירות בגידה וגילוי סודות מדינה בכוונה לפגוע בביטחון המדינה. **הסנגור טען** טענה פרוצדוראלית של פגם בכתב האישום (חסרות בו מספר מילים). בהמ"ש לא היה מוכן לבטל את כתב האישום רק בגלל הטענה הזו ואמר כי **פרוצדורה פלילית טובה אכן צריכה לתת לנאשם את מלוא ההגנה כדי למנוע עיוות דין, אך הדיון הפלילי לא צריך לקבל צורה של משחק שח-מט של יתרונות דיוניים שבו מהלך אחד שגוי קובע את גורל המשפט**, שהרי מטרת המשפט היא להביא לגילוי האמת, לזיכוי חפים מפשע ולהרשעת אשמים, **אם נפל פגם טכני זה לא יכריע את הגורל של המשפט.**

פס"ד אפללו

ברק אמר **שמטרת ההליך הפלילי היא להביא לזיכוי החף מפשע ולהרשעת האשם. המשפט הוא לא משחק.** המטרה היא לחשוף את האמת ולא להעניק יתרונות טקטיים לצדדים. זה בא לידי ביטוי מבחינה פרקטית בזה שאפשרו לפעמים סטייה מהכללים כאשר סטייה זו לא תגרום לעיוות דין.

פס"ד קניר נ' מד"י – דוגמה לסטייה מהכללים לצורך מיגור הפשיעה וגילוי האמת

ברק מאשרר את שאמר בפרשת סילבסטר. קניר הורשע בבהמ"ש השלום בעבירות החזקת מט"ח ללא היתר וזאת רק בגלל **שבהמ"ש התיר לתביעה להגיש ראיה נוספת** (תעודת עובד ציבור שמוכיחה שהוא תושב מדינת ישראל) **בתום סיכומי הצדדים** (= לאחר פרשת ההוכחות וסיכומים).

קניר טען בשלב הסיכומים שאינו תושב מדינת ישראל, ולכן העבירה לא חלה עליו. בעקבות כך, המדינה ביקשה להגיש ראיה נוספת – התעודה – שתוכיח שהוא כן. זה אושר והוא הורשע. **מכאן הערעור.**

הס' הרלוונטי היום הוא **ס' 167 לחסד"פ. ברק** מדגיש שוב **שלכלל** לפיו יש להביא ראיות בזמן הרגיל והמקובל **יש חריג** – ולבהמ"ש יש שיקו"ד לסטות מהכלל אם הוא רואה זאת לנכון (זוהי גם ההלכה שעלתה בפרשה של אולמרט – בעסקת הטיעון

של שולה זקן). הרעיון הכללי הוא שיש כללים והם חשובים אך אם בסוגיה מסוימת אנחנו רוצים להגיע לגילוי האמת ולא נגרם עיוות דין אז ניתן לסטות מהכללים.

← שורה תחתונה: בדר"כ אסור לבהמ"ש לחרוג מהפרוצדורה הרגילה, אולם אם מדובר במקרה חריג, ניתן לסטות מסעיפי החוק הפרוצדורליים כל עוד הדבר לא גורם לעיוות הדין.

פרשת דמניק – דוגמה למקרה בו ביהמ"ש סירב לסטות מהכללים בשל עיוות דין

דמניק היה פושע נאצי שהועמד לדין בישראל בטענה שהוא היה אדם שכונה 'איוון האיום' במחנה ההשמדה טרבלינקה שבפולין. כשעלו ספקות שיצליחו להרשיע אותו ולהוכיח מעבר לכל ספק סביר כי הטענות נכונות, ביקשה התביעה, עפ"י ס' 184 לחסד"פ (ס' 216 לחסד"פ כיום) המאפשר לבהמ"ש להרשיע אדם בעבירה שהתגלתה מהעובדות גם אם זו לא העבירה שכתובה בכתב האישום. יש לכך 2 תנאים מצטברים: (1) הנאשם לא יקבל עונש גבוהה מזה שיכול היה לקבל בהרשעה עפ"י סעיף העבירה המקורית שבכתב האישום; (2) תהיה לו האפשרות להתגונן מפני הרשעה בעבירה החדשה. הכי קלאסי לשימוש בסעיף זה, זה מקרה של רצח – אז, אם לא הוכחה כוונה תחילה, בהמ"ש יכול להרשיע בהריגה. במקרה דנן, התביעה אומרת כי אמנם לא הוכחה שדמניק הוא איוון האיום, אך היא כן הוכיחה שהוא רוצח. בהמ"ש סרב לעשות שימוש בסעיף הזה בטענה שכל המשפט סבב סביב טרבלינקה ושהוא איוון האיום, ולכן לא ניתנה לו האפשרות להתגונן מפני האשמות ברצח אחר. לבסוף הוא הורשע בפולין ומת.

← שורה תחתונה: גם כשליבהמ"ש יש אפשרות מעשית לסטות, אם זה מעוות את הדין הוא לא יסטה!

סדר הדין הפלילי לפני המהפכה החוקתית

עם המהפכה החוקתית המשפט שלנו מתקדם גם לכיוון מודל ההליך הראוי (Due Process) ולא רק למודל של הליך מיגור הפשיעה (Crime Control Model). אחד הביטויים שאפיינו את התקופה שקדמה למהפכה החוקתית היה שבהמ"ש סירב לקבל את דוקטרינת פירות העץ המורעל האמריקאית, אשר על פיה, כשראיה הושגה שלא כדין, הראיה פסולה וגם כל דבר שהושג כתוצאה ממנה (למשל: אם נאשם נעצר ולא אמרו לו את זכויותיו הרי שההודאה שלו וכל מה שבא בעקבות המעצר פסולים).

עד לפס"ד יששכרוב (2006) הדגש בישראל היה על גילוי האמת ועל הקרדיט שנתנו לשופטים המקצועיים. הכלל במשפט הישראלי היה דיכטומיה בין הדין לבין תוצאות הפרתו – יכול להיות שהייתה הפרת דין, למשל שלא ניתנה אזהרה/זכות היועצות לחשוד, אך העובדה שהייתה הפרת דין לא אומרת שהראיה לא קבילה, זאת בגלל הדגש על גילוי האמת וההערכה שלנו את מקצועיות השופטים. זאת מתוך ההנחה שהשופטים שלנו אינם מושבעים, הם יכולים לדעת שהראייה התקבלה בהפרת הדין, וכתוצאה מכך לתת לה אך משקל נמוך יותר, אבל עדיין לא לפסול אותה.

אכן, במשך שנים המשפט הישראלי סירב לקבל את הדוקטרינה ולפסול ראיות שהושגו שלא כדין, חוץ מ-3 חריגים בהם חוסר הקבילות של הראייה נקבע במפורש בחקיקה:

1. ס' 13 לחוק האזנות סתר – האזנת ללא אישורים אינה קבילה.
2. ס' 32 לחוק הגנת הפרטיות – ראיה שהתקבלה תוך כדי פגיעה בהגנת הפרטיות אינה קבילה.
3. ס' 12 לפק' הראיות – ראיות שהושגו שלא מרצון ומהסכמה חופשיים אינן קבילות. במקרה הקבוע בסעיף זה, בהמ"ש קובע עפ"י שיקול דעתו, האם ההודאה ניתנה בחופשיות וברצון, ובכל שאר המקרים יש קבילות.

רק במקרים אלו נפסלו ראיות שאינן קבילות. מעבר לחוקים אלו, יש דיכטומיה בין הדין לבין הקבילות כאשר הרציונל היה כאמור לגלות את האמת.

כאמור, בתקופה זו בהמ"ש מפריד בין הדין לבין תוצאות הפרתו – ייתכן שהדין הופר (לא נאמר לנאשם למשל שזכותו להיוועץ בעו"ד) ואולי יהיו לכך תוצאות, אבל התוצאה היא לא בהכרח חוסר קבילות לראיה. במשך שנים רבות זו הייתה ההלכה בישראל.

לאחר חקיקת חו"ח: כוה"ח מלומדים החלו לטעון שצריך לשנות מצב זה בגלל עליית זכויות החשודים והנאשמים למדרגה חוקתית. הדבר החל "לחלחל" בבתי משפט ושופטים החלו להגיד שייתכן שצריך לתת לבהמ"ש שיקול דעת לפסול ראיות. נקודת המפנה המרכזית הייתה בפרשת יששכרוב – בו שיטת המשפט שלנו עשתה מפנה מדגש על מודל מיגור הפשיעה וגילוי האמת למודל ההליך הראוי.

פס"ד יששכרוב

רקע: רפאל יששכרוב הוא חייל שנכנס לכלא 6 בגין נפקדות. הוא נעצר והתבקש להתפשט בצורה שגרתית, במהלך זאת נפלה לו שקית ובה סמים (גראס) מהתחתונים. יששכרוב נחקר והודה בשימוש עצמי בסמים. חקירתו בוצעה ע"י שוטר צבאי (רב"ט עמוד | 13

אופיר). במהלך החקירה השוטף יצא לדבר עם המפקד שלו שהורה לו לעצור את יששכרוב אך **אופיר לא הודיע ליששכרוב שהוא עצור (בכוונה) ולא אמר לו שיש לו זכות להיוועץ בעו"ד או לשתוק**. יששכרוב הורשע בביה"ד הצבאי בסעיף אחד בגין החזקת סמים (אך זוכה משלושה סעיפים של שימוש). בערעור הוא הורשע בכל ארבעת הסעיפים, **מכאן הערעור**. (ההליך התגלגל מביה"ד הצבאי, לאזורי ולאחר מכן הגיע לעליון).

השאלה המשפטית: זו סוגיה עקרונית השאלה היא האם יש לפסול את ההודאה? האם לאור עליית המעמד של זכויות חשודים ונאשמים בעקבות המהפכה החוקתית, לא ראוי לשנות את הכלל?

פסלות הודאתו: בייניש טענה כי יש שתי מטרות (סותרות) להליך הפלילי: **(1) גילוי האמת** – חשיפת האמת העובדתית; **(2) הגנה/שמירה על זכויות החשודים והנאשמים**. זו הוסיפה כי כל השנים הושם הדגש על המטרה הראשונה, אך אכן, זו אינה המטרה היחידה – **כל כלל משפטי צריך למצוא את האיזון הראוי בין זכויות חשודים ונאשמים לבין מציאת האמת**. האיזון אותו הציעה בייניש היה **כלל הפסילה הפסיקתית היחסי** שאומר כי **לשופט יש סמכות להפעיל שיקו"ד ולפסול ראיה שהושגה תוך פגיעה בדין**. בייניש קובעת שישנם מצבים מסוימים בהם יש הפרה של זכויות חשודים ונאשמים ולכן לבהמ"ש יש את האפשרות לפסול את הראיה – כלומר, ניתן שיקו"ד לבהמ"ש לייצר איזון המאפשר פסילת ראיה. [זהו כלל פסקתי – משום שמקורו אינו בחקיקה; ויחסי – משום שאינו גורף על כל מצב של פגיעה בזכויות חשודים].

- בייניש מודעת ומבינה כי מלאכת איזון זו עלולה להוביל לפער בין המציאות כפי שהיא נקבעת ע"י בהמ"ש ("אמת משפטית") לבין המציאות כפי שהיא ("אמת עובדתית").

בייניש מדגישה שהיא לא מקבלת את תיאוריית העץ המורעל מארה"ב באופן מוחלט (לפיה ראיה שהושגה שלא כדין אינה קבילה), אך **לטענתה כך יבוצע שיקו"ד שיפוטני** –

1. **חומרת הפגם** – **מידת חומרת הפרת הדין והפגיעה**: כאן ייבחן תו"ל מול זדון של רשויות האכיפה. עד כמה הייתה פגיעה בזכות, באיזו זכות, באיזו מידה ואיך?
2. **מהות הראיה שהושגה אגב הפגיעה**: ישנן ראיות שתוכנן מושפע מאופן השגתן כמו הודאה שמנוגדת לזכות השתיקה (לא אמרו לי שיש לי את הזכות לשתוק ולכן דיברתי). עם זאת, ישנן ראיות בעלות ערך עצמאי כמו ראיות פורנזיות שעצם זה שהושגו שלא כדין לא משנה את תוכן (DNA לא ישתנה).
3. **מכלול האינטרסים** – **מאבק בין הצורך לאכוף את הדין לבין הפגיעה בזכויות הנאשם** (כלומר, אכיפה ומיצוי הדין למול האינטרס של ההגנה על זכויות הנאשם).

- **ביששכרוב** עצמו בתוך קבוצת השיקולים השלישית נכנס לאיזון עניין חומרת העבירה אך במקרים מאוחרים **(אלעוקה)** יותר הוציאו את החומרה מהמאזן שכן היא מושכת לשני הצדדים – הפגיעה בנאשם יכולה להיות חמורה יותר ככל שהעבירה חמורה יותר.

Ashworth: "No system of criminal justice values truth above all other considerations."

תוצאה: היישום של האיזון ביששכרוב הוביל לכך שהודאתו נפסלה מכוח כלל הפסילה הפסיקתית והוא זוכה. הרי העבירה אינה חמורה למדי (סמים קלים). היה זדון של החוקר הצבאי שלא יידע אותו על זכויותיו ועל כך שהוא עצור והראיה היא בהחלט ראיה מושפעת.

- **מהפכה נוספת שנעשתה ביששכרוב – שינוי פרשנות של ס'12 לפקודת הראיות:**

הסעיף עוסק בהודאה של נאשם ודורש את היותה חופשית ומרצון על מנת שתתקבל כקבילה. עד פסה"ד, ייעודו של הסעיף היה הגנה על אמיתות ההודאות (בעיקר מפני אמצעים שיש בהם לפגוע בגופו או בנפשו של הנחקר – אז פסלו הודאות כאשר הופעלו אמצעים פיזיים ונפשניים קשים שהשפיעו על אמיתות ההודאה). ואולם, בפסה"ד קבע **בייניש כי לסעיף מטרה נוספת, והיא הגנה על האוטונומיה של הרצון העצמי**. כך, גם אם הופעלו אמצעים שאינם מעוררים חשש לגבי אמיתות ההודאה, אך בהפעלתם גורמים לנאשם שלא להחזיק בבחירה החופשית, אז ניתן לפסול את ההודאה לפי **ס'12 לפקודת הראיות**. לטענתה, כשנפגעה היכולת החופשית להודות מתוך הבנה והגנה (ע"י עו"ד למשל) – ההודאה לא תהיה קבילה.

← ביישום בפסה"ד, **קבע בהמ"ש כי ליששכרוב הייתה אפשרות בחירה אם להודות באשמה או לא ולכן ההודאה לא נפסלה מכוח סעיף זה**, אלא מכוח כלל הפסילה הפסיקתית היחסי כאמור. עם זאת, ההלכה יושמה לאחר מכן בפס"ד אחרים.

← **התוצאה של פסה"ד: לפעמים פסילת ראיה תבוא על חשבון גילוי האמת**. לכן, **פס"ד זה משנה למעשה את סדר הדין הפלילי**, כי בעקבותיו ההליך הפך להיות יצירתי וסגורים יכולים לטעון לפסלות ראיות בעקבות פגמים שנפלו.

שיעור 3 – 10/11/2019

סדר הדין הפלילי לאחר המהפכה החוקתית

חוקי היסוד של 1992 יצרו מהפכה חוקתית בישראל, לא במובן של המצאת הזכויות שכן אלו תמיד היו קיימות – חוקי היסוד יצרו מהפכה במובן זה שהם הגבילו את המחוקק (יש חוקי יסוד שיש בהם פסקת הגבלה, והמחוקק יודע שכדי לפגוע בזכויות אלו עליו לעמוד בהגדרות פסקת ההגבלה).

פס"ד בנק המזרחי קבע שחוקי היסוד הם בעלי מעמד חוקתי על חוקי.

לכל המהפכה החוקתית היו השפעות גם על תחומי משפט נוספים, מעבר למשפט החוקתי. התחום של סד"פ וראיות הוא התחום שהושפע אולי הכי הרבה ממהפכה זו ומדובר בהשפעה מאוד טבעית, שכן באופן רגיל חוקות בעולם עוסקות בהגנה על זכויות חשודים ונאשמים. הכוח הרב ביותר של השלטון הוא במשפט הפלילי, ולכן אם נבדוק בחוקות יותר שגרתיות, של מדינות שונות כמו ארה"ב או קנדה, נמצא זכויות מפורשות של חשודים ונאשמים (**לדוגמה**: אי הפללה עצמית, זכות להליך הוגן וכו'). על כן, אם יש מגמה של חוקתיות של זכויות היסוד ברור שהדבר ישפיע על המשפט הפלילי.

ראינו שינוי וחיקיקה של חוקים נוספים – חוק החיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי; חוק חקירת חשודים וכו' – שמטרתם לבוא ולהתאים את המצב לדרישות חוקי היסוד. יתרה מכך, ניתן להבחין בפסיקה ענפה שנתנה הלכות חוקתיות חדשות, שהתקבלו על רקע נושאים שקשורים לסדר הדין הפלילי.

כשמדברים על השפעת המהפכה החוקתית על סדר הדין הפלילי נדבר על שינויי חקיקה; פסיקה; שינויים בעבודת מערכת האכיפה (כל הנגזרות של פס"ד יששכרוב הביאו לשינויים במדיניות החיפוש והדיבוב של המשטרה).

למה היא השפעה טבעית? מכיוון שזו למעשה המטרה של חוקות בעולם – להגן על הפרט מפני השלטון – ולמעשה, הכוח הכי חזק של השלטון הוא בהליך הפלילי.

קיימים הבדלים בין חוקות העולם לבין חוקי היסוד שלנו במדינת ישראל:

- **כבוד האדם באשר הוא אדם** – בחוקות בעולם שנותנות זכויות לחשוד/נאשם. חוקי היסוד שלנו, לא מזכיר חשוד/נאשם. הם מזכירים אדם באשר הוא אדם (כלומר, כולל חשודים ונאשמים). אין אצלנו התייחסות ספציפית לחשודים או נאשמים. על כן, נשאלה השאלה האם הזכויות הללו, הקשורות בסד"פ, מעוגנות בכלל בחוה"י? יתרה מכך, שאלה זו נשאלת בין היתר משום שבחוקות רגילות, בהן נאמר כי לחשוד או נאשם נתונה זכות, ברור שהזכות הזו שלו והיא אוזנה מול אינטרסים אחרים ואצלנו, לכאורה, לא כך הדבר.

- **זכויות דיוניות** – בחוקי היסוד אין התייחסות לזכויות דיוניות אלא קיימות זכויות מהותיות (כבוד, חירות וכו').

למרות זאת, חקיקת חוקי היסוד התחילה כתיבה אקדמית ענפה ופסיקה ענפה ומתוך זה הכירו בכך שזכויות הנאשמים והחשודים הם זכויות שמוגנות מכוח הכבוד והחירות שבחוקי היסוד שלנו.

למשל, **הקונסטיטוציה של המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)/אהרון ברק** – שם אמר כי כל הזכויות שלנו המוכרות לנו מחוקות העולם עלו אצלו למעמד חוקתי שכן ניתן לגזור אותן מכוח זכויות הכבוד והחירות.

← היום ניתן לומר כי הזכות להליך הוגן עלתה למעמד של זכות יסוד חוקתית ומוגנת ע"י הגזירה שאנחנו עושים מהזכות לכבוד והזכות לחירות.

נדגים אוסף נקודות ספציפיות בהן השפיעו חוקי היסוד והמהפכה החוקתית:

זכויות נפגעי עבירה – האיזון

זו שאלה של איפה המקום של נפגעי עבירה אם אנחנו אומרים שהזכויות נתונות לכל אדם.

הנושא הזה עלה לראשונה ב**פס"ד גנימאת**: פסה"ד נותן הלכה חוקתית חשובה, שינוי בסד"פ ועל רקע פסה"ד גם מתעורר ייבוך בין השופטים ביחס לנפגעי עבירה.

רקע: תושב חברון גנב 2 רכבים והוגש נגדו כתב אישום. באותה תקופה, גניבת רכבים הייתה מכת מדינה (ממש הייתה פעולה שיטתית ומאורגנת).

שאלה משפטית: האם העובדה שמדובר במכת מדינה מהווה עילה למעצר עד תום ההליכים (מעצר לאחר כתב אישום)?

עד אז מעצר עד תום ההליכים בוצע עפ"י החסד"פ. החסד"פ היה נתון להגנת שמירת הדינים (בגינה לא ניתן לבטל חוקים מסוימים לאחר חקיקת חוקי היסוד). מסיבה זו, ולצורך החלה 'עקיפה' של חוקי היסוד, נקבע כי **ההלכה שהיא: גם חוקים שחל עליהם סעיף שמירת הדינים, יפורשו ברוח חוק היסוד.**

בנוסף, וכחלק זאת, נקבע, כי **העובדה שעבירה מהווה מכת מדינה לא אומר שאפשר לעצור אדם עד לתום ההליכים.** לא ניתן להשתמש באדם כאמצעי להרתעת אחרים, אך כן ניתן לעצור אותו אם הוא מסוכן לאחרים (למרות שהדבר כן עשוי להעיד על אדם כמסוכן, אך אין בכך די). **בהמ"ש הדגיש כי אילו מטרת החוקים הללו הייתה הרתעה, החוקים היו לא חוקתיים – לא עושים שימוש באדם ועוצרים אותו לצורך הרתעת אחרים.**

בפס"ד גנימאת, התעורר ויכוח בין השופטים בנושא איזון הזכויות של נפגעי עבירה:

- **שמגר**, בפסה"ד, דיבר על שלום הקורבנות הצפויים (פוטנציאליים) והתייחס לכך בזכות, כלומר – הוא אמר שצריך לאזן בין זכות לזכות.
- בתגובה, **דורנר** אמרה לו כי הוא מבלבל בין זכות לאינטרס (זכות אדם לאינטרס ציבורי) – זכות החשודים מול האינטרס של המדינה, ולא ניתן לקחת את אינטרס שלום הציבור ולהפוך אותו לזכות.
- בוויכוח זה בין השניים, **ברק** **מסכים ברמה העקרונית שזכויות נפגעי העבירה עולות גם הן למעמד חוקתי**, אך לדידו השאלה לא עולה במקרה דנן. כלומר, אם יש חשש לחייו ושלומו גופו של נפגע מאדם מסוכן אז יש לאזן בין זכות לזכות, אך אם אין חשש כזה ברי כי לא מתעוררת השאלה הזו.

בפסה"ד הוכרע ונפסק להלכה כי: **ברמה העקרונית גם לנפגעי עבירה יש זכויות, וזכויות אלה עלו למעמד חוקתי.**

בשנת 2001 נחקק **חוק זכויות נפגעי עבירה** ומטרתו הוגדרה כך:

ס'1 לחוק נפגעי עבירה – מטרה

חוק זה מטרתו לקבוע את זכויותיו של נפגע עבירה ולהגן על כבודו כאדם, בלי לפגוע בזכויותיהם על פי דין של חשודים, נאשמים ונידונים.

למעשה, **חוק נפגעי עבירה** נותן לנפגעי עבירה מסוימים זכות להישמע, במקומות מסוימים, בהליך הפלילי. עם זאת החוק מגדיר שהדבר לא בא על חשבון של חשודים, נאשמים ונידונים.

מצדדי זכויות נפגעי עבירה טוענים כי החוק חלקי ולא נותן מענה מספק, שכן הוא נותן זכויות חלקיות, רק לנפגעים מסוימים, כאשר גם את הזכויות שנתן – נתן באופן מצומצם.

ברמה המעשית, יש לנו חקיקה שמגינה על נפגעי העבירה. לדוגמא:

1. **חוק שמאזן בין זכות לזכות.** בדר"כ חוק נותן זכות ונוגס בזכותו של אחר, עם זאת חוק נפגעי עבירה לא מאפשר זאת ומגן על זכויותיהם של חשודים, נאשמים ונידונים. למעשה, החוק היחיד שמוכן לפגוע בזכות של נידון לטובת נפגע עבירה זה **חוק הגבלות על חזרתו של עבריין מין לסביבת נפגע העבירה (2004)**. למעשה, החוק מאפשר לבהמ"ש להטיל מגבלות על עבריין מין גם לאחר ששילם חובו לחברה. אכן, ברור כי יש פה פגיעה בזכויותיו של העבריין, לכן החוק מודע לזה ומדבר על מידתיות הפגיעה ומגביל אותה לגבולות הסבירות. עם זאת, יש לזכור כי החוק הזה מדבר על נידונים (אנשים שהורשעו) ולא על אנשים שחלה לגביהם חזקת החפות.

2. **חוק שלא מאזן מול זכות אלא מול אינטרס ציבורי.** **חוק ההגנה על הציבור מפני עברייני מין (2006)** שמטרתו להגן על הציבור מפני ביצוע עבירות מין על ידי ביצוע הערכות מסוכנות לגבי עברייני מין בשלבים השונים של ההליך המשפטי, וכן ביצוע פיקוח ומעקב ושיקום מונע לעבריינים כאמור, והכל לשם מניעת ביצוע עבירות מין חוזרות. זה חוק שמאפשר לבהמ"ש, בעקבות הערכות מסוכנות, להטיל אמצעי פיקוח ומעקב על עברייני מין – הדבר יכול להיות אפילו דברים חריגים, והדבר תלוי במה הם נאשמים. אין ספק כי מדובר בחוק שמאפשר פגיעה בכל זכות אפשרית של אדם. האינטרס העומד מנגד לזכויות עברייני המין הוא אינטרס שלום הציבור.

פגיעה בזכויות ועלויות כספיות**שיקולים תקציביים ומגבלות משאבים (זכויות ועלויות כספיות):**

ניתן לטעון שזכויות אדם הן לא משהו שניתן לתמחר. אולם, האם שיקולים של משאבים או של תקציב באמת לא נלקחים בחשבון בשל העובדה שזכויות נאשמים עלו למדרגה חוקתית?

התשובה: שיקולי תקציב חייבים להילקח בחשבון שכן אנחנו חיים בעולם של מחסור. שיקולים אלו כמובן נכנסים למסגרת האינטרסים שאנחנו מאזנים בפסקת ההגבלה:

- אכן, שיקולים כלכליים הם שיקולים לגיטימיים, ובכל מקרה לגופו תבחן שאלת התכלית הראויה באופן ספציפי.
- לאחר שאמרנו שאנחנו מתחשבים, עדיין יש לבחון את היבט המידתיות – עד לאיזו מידה נתחשב בשיקולים כלכליים.

נושא זה עלה בבג"ץ צמח – פסה"ד נתן הלכה חדשה דרכה אנו לומדים על שיקולים כלכליים בסדר הדין הפלילי. זוהי עתירה על חוק השיפוט הצבאי הכפוף לשמירת הדינים. בפסה"ד דובר על מעצר ראשוני ע"י שוטר צבאי. בעבר ניתן היה לעצור חייל למשך 105 שעות לפני הבאתו בפני שופט צבאי. התיקון לחוק קיצר זמן זה ל-96 שעות, (כלומר, תיקון מיטיב המגדיל זכויות). באותה תקופה וכמעט במקביל, זמן מעצר ראשוני אזרחי קוצר מ-48 שעות ל-24 שעות. העתירה טענה כי מעצר ל-96 שעות עולה כדי פגיעה לא מידתית בחירותו של אדם.

עלו השאלות:

- האם ניתן לתקוף תיקון מיטיב בכפוף לפסקת ההגבלה?
- האם אפשר לתקוף חוק משוריין?

בפס"ד בנק המזרחי למדנו כי תיקון לחוק משוריין כפוף לבחינה חוקתית. **ההלכה שעולה מצמח היא שגם תיקון שמיטיב עם הנאשם כפוף לבחינה במבחני פסקת ההגבלה.**

עלתה השאלה היכן הפגיעה והיכן האינטרסים – מבחינה חוקתית בוחנים ראשית אם יש פגיעה, ובמידה ויש בוחנים את מבחני פסקת ההגבלה (תכלית ראויה, מידתית, הולמת את ערכי מדינת ישראל וכו'). במקרה בו הדבר לא עבר את המבחנים, יש להכריע מה הסעד החוקתי:

1. **האם יש פגיעה?** בהמ"ש קבע כי הפגיעה פה היא פגיעה בזכות הכי בסיסית – הזכות לחירות, ומדובר בפגיעה חמורה.
2. **לתכלית ראויה? הצבא העלה נימוקים מתחום המשאבים** – יש אילוצים של משאבים שקיימים בצבא ולא קיימים באזרחות, למשל: כמות העצורים, אילוצים כספיים, המרחק הגיאוגרפי משיפוט בפני מפקדו וכו'.
3. **הפגיעה מידתית? לעניין המשאבים – זמיר** טוען שההבדל בין המצוי לרצוי בגימטריה הוא "כסף". כשמוחנו עומדת הזכות לחירות מחד – זכות בסיסית ביותר, ומנגד עומדים אילוצי המשאבים, הזמן והכסף – לטענתנו **האילוצים הללו צריכים להילקח בחשבון אך הם לא מספיק חזקים לפגיעה בחירות, היא זכות אדם בסיסית ביותר.** לא ייתכן שחיילים יעצרו ל-96 לפני שיובאו בפני שופט.
4. **הסעד החוקתי / תוצאת פסק הדין:** כן התחשבו במידה מסוימת באילוצי הצבא ולכן הורו לתקן את החקיקה כך שהמעצר הראשוני יהיה 48 שעות עד להבאה בפני שופט (ולא 24). (לאחרונה, היה תיקון שהשווה את תקופת המעצר הראשוני ל-24 שעות גם בצבא וגם באזרחות).

← **בשורה התחתונה:** במקרה של **פס"ד צמח** הוכרע כאמור כי השיקולים הכלכליים מהווים תכלית לגיטימית במקרה דנן, ואכן נתנו לכסף מעמד מרכזי. כלומר, בגלל הכסף ביטלו את הסעיף.

דוגמה נוספת היא הפרטת בתי הסוהר – נפסק שאם חיסכון במשאבים זו התכלית יחידה, הרי שאין ד"י בכך ובמקרה דנן התכלית הכלכלית, כשלעצמה אינה לגיטימית במקרה זה.

עיוכב ביצוע עונש עד להחלטה בערעור

מדובר על סטואציה בה אדם הורשע בערכאה ראשונה (חזקת החפות שלו כורסמה בגלל ההרשעה), והוא מבקש לעכב את העונש כי הוא רוצה להגיש ערעור/חושב שיש הצדקה לכך ועוד.

עד למהפכה החוקתית, לפני **ח"י כוה"ח**, ההלכה הייתה שכשאדם הורשע וקיבל עונש מאסר, לא מתירים עיכוב ביצוע העונש אלא **במצבים חריגים ויוצאי דופן בלבד**, זאת משום שחזקת החפות הופרכה שכן האדם הורשע. כלומר, שאם אדם רוצה לערער הוא יכול במהלך ריצוי העונש.

לאחר המהפכה החוקתית, הגיע הדיון בפס"ד שוורץ, שם **שונה הכלל**:

ע"פ 117/99 שוורץ

נקבע כי עדיין יש סיכוי שבערעור הדברים ישתנו, ולכן יש לתת משקל לחירות האדם ולחזקת החפות. כלומר, **בייניש** בבהמ"ש העליון קבעה כי אמנם חזקת החפות כורסמה מכיוון שהאדם הורשע, אך עדיין ישנו סיכוי שהוא יצליח להפוך את הקערה על פיה בערעור, ולכן ההרשעה אינה חלוטה.

← **הכלל מעתה הוא שהגשת ערעור כשלעצמה לא מעכבת את ביצוע עונש המאסר וזה נתון לשיקול בהמ"ש, אבל כעת נעבב לא רק במקרים נדירים. הנטל יהיה על המבקש להראות לבהמ"ש של הערעור שמאזן השיקולים שפועלים לטובתו (היינו, לטובת מתן עיכוב ביצוע) וגוברים על אינטרס הכיפת העונש המיידית (כלומר, שזכויותיו גוברות על האינטרס).**

השיקולים כוללים:

- **מסוכנות** – האם האדם היה עצור בשל מסוכנות והוא הורשע בכך?
- **חומרת העבירה וכלל הנסיבות** – עבר פלילי וכו'. אם אדם היה במעצר והוא מסוכן, הנטייה לא תהיה לעכב את ביצוע העונש. עם זאת, אם האדם שהורשע בביצוע העבירה לא ישב במעצר הנטייה אולי תהיה כן לעכב את העונש.
- **סיכויי הערעור** – ככל שסיכוי הערעור גדול יש יותר סיכוי שהעונש יעוכב והאדם ישוחרר. **למשל:** אם הייתה דעת מיעוט יש סיכוי שהיא תתהפך; אם הייתה סוגייה משפטית מיוחדת שיש סיכוי שבהמ"ש של הערעור ישנה אותה.
- **אורך תקופת המאסר שהאדם קיבל** – תקופה ארוכה מעידה על אפשרות לברוח ולכן אין לשחרר, בנוסף לכך שהדבר מעיד על חומרת העבירה. ככל שהעונש קצר יותר עלול לקרות מצב שהאדם יסיים לרצות את עונשו טרם סיום הדיון בערעור ואנחנו לא רוצים שהעילה שלו תתאין.
- **האם הערעור הוא על גזר הדין (העונש) או גם על הכרעת הדין (הרשעה)** – אם האדם לא מערער על הכרעת הדין, אלא רק על חומרת העונש, ההכרעה היא חלוטה (כי אין כלל חזקת חפות) ויש פחות סיכוי לעיכוב ביצוע העונש.

מקרים מפורסמים בהם הלכת שוורץ הופעלה:

1. **עניין קצב** – מדובר במקרה שמשך לכיוונים מנוגדים והיה קשה להחליט האם הוא יקבל עיכוב ביצוע או לא. מצד אחד, מדובר בעבירה חמורה עליה קיבל 7 שנות מאסר. מצד שני, קצב לא ישב במעצר בזמן ההליכים, לא הייתה טענה של מסוכנות או חשש של בריחה. העניין הגיע **לשופט דנציגר**. בקריאה בין השורות ניתן להבין כי השופט חשב שיש סיכוי לערעור (בהמ"ש צריך ומותר לעזור לעיתים לחשוד בהגנתו). עם זאת, הערעור לא התממש וכן הייתה הכרעה של 3 שופטים, ובכל זאת כן היה עיכוב ביצוע לעונש. דנציגר הדגיש כי לא יהיה עיכוב גדול של העונש מכיוון שהערעור יידון במהירות.
2. **עניין אולמרט** – מצד אחד, הייתה הרשעה במחוזי על עונש מאסר ממושך, אבל מצד שני אולמרט לא היה במעצר ואין סכנה שהוא יברח ממעצר. כאן ניתן עיכוב ביצוע מכיוון שהערעור היה על טענות מהותיות לגבי פסה"ד המחוזי (טען שפסה"ד התבסס על ראיות נסיבתיות שהשופט העריך את השוחד שאולמרט קיבל מתוך הראיה על כך שאחיו קיבל שוחד "אם אחיו קיבל, לא הגיוני שאולמרט לא קיבל בעצמו"). בסופו של דבר העונש קוצר וכן היה עיכוב ביצוע (שניתן היה להבין מראש שכנראה תהיה).
- **הערה:** ההלכה לא מתייחסת רק לאנשים מפורסמים ומדובר בהלכה שכן שינתה את פני הדברים באופן משמעותי. (כן ייתכן שבהמ"ש יטיל תנאים למען עיכוב ביצוע העונש).

ביטול סעיף חוק בשל פגיעה בזכות להיות נוכח (ביטול חוק שפוגע בזכויות באופן לא חוקתי)

יש להדגיש כי יש מעט חוקים בוטלו בגין אי עמידה בחוקי היסוד – זו הדוגמה השנייה שנתנו (**צמח**; **פלוגי**), מה שמאפשר להבין את ההשפעה.

בש"פ 8823/07 פלוגי נ' מדינת ישראל (עצור החשוד בעבירת ביטחון)

דובר על **חוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון)(הוראת שעה)** שעסק בעבירות בטחון והסעיפים בו מיוחדים לעבירות אלו. למשל: היכולת למנוע היוועצות עם עו"ד לתקופה מסוימת. **ס' 5 לחוק** אפשר להאריך מעצר של חשוד בעבירות ביטחון ללא נוכחותו של החשוד.

חוק זה נוסף על החסד"פ וחוק המעצרים, משום שהחוק שמדבר באופן ספציפי על מעצרים ביטחוניים ונבע מכך שלמעצרים ביטחוניים יש מאפיינים מסוימים (עבירות אידיאולוגיות, עצורים שמקום מושבם העיקרי אינו בארץ, היעד שת"פ של עצורים וכו'). כלומר, מדובר על מעצרים שהם ביטחוניים ושיש להם רגישות רבה, לכן הם דורשים הנחיות מיוחדות.

בהמ"ש קבע כי נוכחותו של חשוד בהליך מעצר היא חלק מהזכות החוקתית שלו להליך הוגן ולכן הסעיף הנ"ל פוגע בזכות חוקתית זו.

בנוסף, **ס' 35 לחוק המעצרים** מדבר על האפשרות של הארכת מעצר ללא נוכחות עו"ד ובפסה"ד דיברו בין היתר על **פגיעה מצטברת** – כלומר שבמסגרת **ס' 5 לחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון)(הוראת שעה)** ייתכן מצב בו לא רק שהחשוד לא יהיה נוכח, אלא אף לא יהיה לו ייצוג של עו"ד מה שגורם להעצמת הפגיעה בחשוד.

משקבענו שיש פגיעה, נפנה ונבדוק האם היא מותרת (עפ"י פסקת ההגבלה) –

1. **תכלית ראויה?** בהמ"ש חשב כי התכלית היא ראויה שכן עבירות ביטחון מדברות על סיטואציות מיוחדות שמצדיקות פחות מעורבות של נאשמים.

2. אולם, בהמ"ש סבר כי **זה לא מידתי** שניתן להאריך את המעצר ללא נוכחותו של העצור באופן קטגורי וגורף, כלומר שההוראה לא מידתית מכיוון שהיא גורפת וללא הגבלות. יתרה מכך, **ביניש** הדגישה כי דווקא משום שהתביעה אמרה שממעטים להשתמש בסעיף הזה, לדעתה לא צריך להיות חוק כזה מרחיק לכת בספר החוקים.

← בהמשך בוטל הס' באופן מיידי ונחקק ס' מתון ומידתי יותר – (כעת, ניתן להאריך מעצר ללא נוכחות רק בנסיבות מסוימות).

מכאן נבין שהחקיקה החדשה כפופה לבחינה חוקתית ועשויה להתבטל.

דעת המיעוט טענה להשהיית הבטלות עד שהמחוקק ימצא הסדר מידתי יותר.

השפעת חוקי היסוד על סמכויות חיפוש בגוף – ביטול חוק העוסק בחיפוש בגוף

ברור שבשזכויות עולות למעמד חוקתי, ובראשן זכויות האדם, צריכה להיות השפעה על הנושא של חיפוש בגוף – שכן מדובר על פגיעה בכבוד האדם.

עד לחקיקת חוקי היסוד לא היה חוק שהסדיר את העניין והפסיקה יצרה כל מיני קטגוריות וכללים המגבילים את החיפוש בגוף (**פס"ד קטלן**). **כיום**, יש הוראת חוק מפורשת.

עם חקיקת חוקי היסוד, בשנת 1996 נחקק **חוק החיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי** – החוק לא מותיר מקום לדמיון בעניין – הוא קובע 'ברחל בתך הקטנה' לגבי אילו עבירות, באילו נסיבות, אילו הסכמות ואם אין הסכמה מה עושים, איפה עושים כל חיפוש, מי הגורם שעושה אותו וכו'.

← חוק זה יצר את המהפכה העיקרית, אך כבר עם חקיקת חוקי היסוד הגיע פס"ד גואטה.

פס"ד גואטה (1992) – אחרי חקיקת חוה"י, לפני חקיקת חוק החיפוש בגוף.

רקע: דובר על אדם שנעצר ובהסכמתו השוטרים חיפשו סמים בין ישבניו מאחורי בית מסוים, באמצע הרחוב. לכאורה, הדבר נעשה בהסכמה ועפ"י מבחני הפסיקה, היה מותר לעשות כן אם ניתנה הסכמתו, שכן לא היה מדובר בנטילה של חלק מהגוף, אלא רק הסרה של דבר ממנו.

השופט אילון כתב פס"ד מאוד ברור בו נאמר כי **גם אם אדם מסכים, אין פירושו של דבר כי הכל פרוץ ומותר**. העובדה שמדובר בזכויות יסוד ובפגיעה בזכויות האדם והפרט דורשת מאיתנו לשמור על מידת מסוימת של הגינות.

בחוק החיפוש בגוף, נקבעה הוראת תחולה לפיה הוראות חוק אחרות הנוגעות לחיפוש בגוף אשר אינן סותרות את חוק החיפוש ימשיכו לחול, ובמקום בו אין הוראות חיפוש – יחול חוק החיפוש הנ"ל.

פס"ד לאוניד לווין

רקע: עוסק בבדיקות שכרות. בדיקות אלו נעשות מכוח העילות לבדיקת שכרות המופיעות ב**פקודת התעבורה** אך הוראות הבדיקות עצמן מופיעות ב**תקנות התעבורה** (חקיקת משנה).

בהמ"ש קבע שיש להחיל על תקנות אלו את המתווה של **חוק החיפוש בגוף** לפיו ההוראה היא ולדרוש הסכמה של החשוד לביצוע בדיקה (למרות שזה קבוע בתקנות ולא בחוק). אף על פי כן, בפועל הדין כיום הוא שאי הסכמה מהווה חזקת שכרות. זה דבר שפוגע בזכויות (בחזקת החפות) אך הוא מתחייב לצרכי אכיפה (אחרת כולם היו מסרבים להיבדק ולא הייתה אכיפה).

← פס"ד זה מראה את החשיבות שבהמ"ש מייחס לכללים המודרניים שנקבעו על בסיס תכלית ראויה וכו' בחוה"י (בהמ"ש מחיל את הדרישה לקבלת הסכמה גם על תקנות התעבורה – למרות שהן לא חקיקה).

לקריאה: מיכל טמיר ודנה פוגץ', "ההליך הפלילי כמשחק שחמט: מעמדו של הנפגע במסגרת דוקטרינת פסילת הראיות" ספר ביניש.

שיעור 4 – 17/11/2019

טענה שאין להרשיע בדעת רוב

בעקבות חקיקת חוקי היסוד עלתה הטענה כי אין להרשיע יותר בדעת רוב, שכן נדרשת הרשעה מעבר לכל ספק סביר ואם יש דעת רוב הרי שהתעורר ספק סביר לכאורה (מספיק ש-1 חושב שיש סבירות בפחות מ-98% והתעורר ספק סביר).

פס"ד סיבוני

טענה זו נדחתה.

בפסה"ד נקבע כי על **ס'80 לחוק בתי המשפט**, הקובע איך נקבע פס"ד במשפט הפלילי, חלה שמירת הדינים ושייך לאושויות המשפט שלו, ואם המחוקק רוצה לשנות את זה זהו עבודתו ולא עבודתו של בהמ"ש.

סוגייה זו עלתה אף ב**פרשת זורוב**, ע"י השופט **דנציגר**.

נקבע: היות והחוק הוא חוק משורייני, אין לנו את היכולת לפרש את הסעיף לאור חו"י: כוה"ח.

← **במאמר מוסגר:** האם טענה זו טובה לנאשמים או לא? יש טענה שדווקא שיטה כזו הייתה פוגעת בנאשמים. כיום, אם בהמ"ש יושב בהרכב של 3 שופטים ויש שופט אחד שרוצה לזכות אין לו בעיה לכתוב דעת מיעוט שמזכה את הנאשם, ודעת המיעוט הזו הייתה יכולה גם לעזור לנאשם בערעור. אך אם הטענה שאין להרשיע ברוב הייתה מתקבלת, אזי ייתכן ששני השופטים שמרשיעים היו לוחצים על השופט השלישי להרשיע גם, כדי שתתקבל הרשעה, והדבר היה פוגע בנאשם בערעור.

השפעת חוק היסוד על קבילות ראיות

המשפט הישראלי, באופן מסורתי, סירב לקבל את **דוקטרינת פירות העץ המורעל** (ראיה שהתקבלה באופן שאינו חוקי פסולה וכך גם מה שנגזר ממנה). המשפט הישראלי פיתח גישה הנוקטת בדיכוטומיה בין הפרת הדין לבין תוצאות הפרתו (זה שהדין הופר לא אומר שלא ניתן להשתמש במידע שעלה ממנו). המשפט הישראלי נתן דגש רב **לגילוי האמת**.

לכך, היו **חריג** – מצב בו החקיקה אומרת במפורש שהתוצאה היא חוסר קבילות. יש 3 סעיפי חוק כאלה:

- **ס'13 לחוק האזנות סתר** – האזנת סתר שהושגה שלא כדין בטלה ואינה קבילה.
- **ס'32 חוק הגנת הפרטיות** – ראיות שהושגו תוך פגיעה בפרטיות אינן קבילות.
- **ס'12 לפקודת הראיות** – הודאה שאינה חופשית ומרצון אינה קבילה.

← באלו החקיקה קובעת למעשה את תוצאת חוסר הקבילות (פסילת הראייה).

2 חידושים גדולים שעלו ב**פרשת יששכרוב** (**ביניש**):

המפנה של עניין זה מגיע בפרשת יששכרוב ב-2 אפיקים:

- כלל פסילה פסיקתי-יחסי;
- פרשנות **ס'12 לפקודת הראיות**.

כלל הפסילה הפסיקתית היחסי

בפסה"ד בהמ"ש אומר כי אכן נתן דגש **גילוי האמת**, אך בהליך הפלילי יש דגש נוסף והוא **שמירה על זכויות חשודים ונאשמים** כאשר כל כלל פלילי צריך לשמור על האיזון הזה בין ה-2. האיזון נוצר ע"י כלל הפסילה הפסיקתית-היחסי (שאינו מכוח חקיקה, ואין מאמץ לחלוטין את דוקטרינת פירות העץ המורעל). הכלל הינו יחסי שכן מדובר בשיקו"ד לבהמ"ש בכל מקרה נתון לפסול ראייה, ואין מדובר בכלל וחריגים.

אם כן, אם לבהמ"ש ניתן שיקו"ד בפסילת ראייה בכל מקרה לגופו הרי שנדרש לקבוע קווים מנחים לקביעת שיקו"ד. **ישנן 3 קבוצות של שיקולים שילקחו בחשבון במסגרת שיקו"ד הזה:**

- מידת אי החוקיות שבהשגת הראיה** – אופייה וחומרתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה – כמה באמת הייתה פה אי חוקיות, כמה אי החוקיות נעשתה בדון או בתו"ל וכו'. עד כמה ההתנהגות של הרשויות הייתה פסולה? האם יש נסיבות מקלות שמורידות מהחומרה וכו'. אין תנאי של דון, אך זה משפיע על ההחלטה. **ביששכרוב:** בדון השוטר הצבאי לא אומר ליששכרוב את זכויותיו והזכות שנפגעת היא קשה, הזכות להליך הוגן.
- מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה** – עד כמה היא רלוונטית, עד כמה היא נדרשת. יש ראיות שהן ראיות עצמאיות – לא משנה איזה פסול נעשה בהשגת הראיה, הראיה עצמה לא תשתנה, למשל: בדיקת DNA; ראיה מושפעת – ראיה שמושפעת מאופן השגתה, למשל: הודאה – הראיה מושפעת כי אם לא נתנו לי להיוועץ עם עו"ד אז יכול להיות שאני אודה בדבר מסוים. **ביששכרוב:** הייתה השפעה גדולה – הראייה היא ראיה מושפעת. אם הייתי יודע שיש לי זכות לשתוק לא הייתי אומר זאת.
- השפעת קבלת הראיה על הגינות ההליך** – זהו קבוצת סל – מבחן של סבירות, של איזון. נבחן הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בקבלת הראייה. איזונים בין כמה יש צורך באכיפת הדין לבין הנזק שנגרם לחשוד/לנאשם בכך שנפגעו זכויותיו. האינטרסים של הציבור אל מול הזכויות של החשוד או הנאשם.

היה שיקול רביעי: **בפס"ד יששכרוב** נבחנה **מידת חומרת העבירה**. אך, כעשור לאחר מכן **בפס"ד אל עוקה** נקבע כי הוצאה שיקול חומרת העבירה מההכרעה, שכן זה יכול ללכת ל-2 כיוונים (נשחרר רוצח כי נעשה פגם? או לחילופין, נפגע בזכויותיו של אדם שעלול לשבת מאסר עולם?).

ביששכרוב: הנזק שנגרם לחברה אם הוא יזוכה הוא נמוך ביחס לפגיעה בזכויות שלו, מאזן השיקולים היה לטובת יששכרוב.

בפס"ד יששכרוב בהמ"ש **ישם שיקולים אלו וקבע:** אי החוקיות גדולה היות ופגעו בזכות ההיוועצות של החשוד, הפגיעה נעשתה בדון וזו ראיה מושפעת, הנאשם אמר שאילו ידע שזכותו לשתוק הוא לא היה מודה. בנוסף, בהמ"ש אמר כי קבלת הראיה תפגע בהגינות ההליך לכן אין לקבל אותה והבהיר כי לא יגרם מכך נזק רב, שכן לא מדובר בעבירה משמעותית מספיק.

- הערה:** יששכרוב זה מקרה קל, אך המקרים שהגיעו לאחריו היו קשים יותר.

ברי כי דוקטרינת פירות העץ המורעל הייתה מוצאת את דרכה לישראל בדרך כזו או אחרת, ואף יש הליך חקיקה בנושא הודאה ללא רצון.

הרחבת פרשנות ס' 12 לפקודת הראיות – הודאה שאינה חופשית ומרצון היא אינה קבילה

פסה"ד חשוב מאוד לא רק בגלל המעבר מדגש גילוי האמת להליך הוגן ולא רק בגלל כלל הפסילה הפסיקתית-היחסי, אלא בשל פרשנותו של **ס' 12 לפקודת הראיות**.

בפס"ד יששכרוב בייניש הבהירה כי **ס' 12 לפקודת הראיות** לא מגן רק על אמיתות ההודאה על אף על האוטונומיה של הרצון העצמי של נחקרים/חשודים. אם מראים לבהמ"ש שהופעלו אמצעים בגינם אדם איבד את יכולת הבחירה החופשית שלו ניתן לומר כי ההודאה אינה חופשית ומרצון במובן **ס' 12 לפקודת הראיות** (לא מדובר רק באלימות פיזית, אלא אף בהשפעות פסיכולוגיות-קוגניטיביות).

עם זאת, בפס"ד יששכרוב לא נפסלה הראייה לפי **ס' 12 לפקודת הראיות** מכיוון שבהמ"ש לא היה מוכן לקבל את המשוואה כי בהכרח אם לא נתנו לנחקר עו"ד זה אומר שהודאתו אינה חופשית ומרצון. יששכרוב לא איבד את יכולת הבחירה שלו במקרה הזה ואף לא את הרצון החופשי. עם זאת, הפסילה נעשתה לפי כלל הפסילה הפסיקתית-היחסי.

← **חידוש זה בהלכת יששכרוב הינו חשוב מאוד.**

הרציונליים לפסילת ראיות:

1. חינוך הרשויות.
2. הגנה על זכויות הנחקר.
3. הטעם המוסרי – הלגיטימיות של שמירת הדין.

בפס"ד יששכרוב בהמ"ש מדגיש כי יש כל מיני רציונליים לפסילת ראיות – אך בקביעתו זו פניו אינן אחורה, לכיוון **חינוך הרשויות**, אלא קדימה לכיוון **מניעת זיהום ההליך המשפטי**. עם זאת, נראה כי בעקבות יששכרוב כן חל הליך חינוכי מסוים והדבר השפיע על עבודות המשטרה ונהליה בתחומים שונים.

יישום הלכת יששכרוב**פס"ד אלזם (פסילת הודאה של אדם מת)**

רקע: מדובר על אדם שהורשע בבהמ"ש המחוזי ברצח. הוא נכנס לכלא, שם נרצח. ידעו שהוא בסכנה, הוא הושם בבידוד ובכל זאת בדרך כלשהי הצליחו להגיע אליו. למרות שנרצח, משפחתו החליטה להמשיך בהליך הערעור במטרה לזכות את שמו בעליון.

טענת המשפחה הייתה כי שמו לו מדובבים, פגעו בזכות ההיוועצות שלו עם עו"ד כמו גם בזכות השתיקה שלו (שיקרו לו שעה"ד שלו נטש אותו, שהוא חייב להודות וכו').

בהמ"ש קבע כי נפגעו זכויותיו הבסיסיות של אלזם כיוון שהמדובבים חרגו מגבולות סמכותם.

בפס"ד זה מיושמים 2 ההלכות מפס"ד יששכרוב: **בהמ"ש פוסל את ההודאות** של אלזם הן מכוח **ס'12 לפקודת הראיות** (קובע למעשה כי אלזם איבד את היכולת לבחור האם הוא רוצה להודות או לא, כלומר, נפגעה האוטונומיה של הרצון העצמי שלו), והן מכוח **כלל הפסילה הפסיקתית-היחסי** (חומרת הפגם - פגיעה בזכויות בצורה בוטה; מהות הראיה – הודאה היא ראיה מושפעת).

← כאן ניתן לראות את הכרסום שנעשה בחומרת העבירה משום שבהמ"ש אומר כי דווקא בגלל שמדובר ברצח וההשלכות על הנאשם כבירות, יש צורך לשמור על זכויות הנאשמים.

יש שטוענים כי לבהמ"ש היה קל לקבל הכרעה זו משום שהרוצח לכאורה מת. אך, **אין לזלזל בפסה"ד שכן יש לו משמעות גדולה** – יש פה אמירה מאוד גדולה לרשויות האכיפה ובפועל חל שינוי מאוד גדול בעבודת המדובבים במשטרה. גם אם בהמ"ש הקריב את האמת העובדתית והרוצח לא באמת שוחרר, עדיין שמו נוקה והקלון הוסר.

פס"ד אסף שי (הרחבה של הלכת יששכרוב במובן של הזכות להיוועצות).

רקע: מדובר בנהג משאית שגרם למוות של אדם אחר, בתאונת דרכים. הנהג הגיע להיחקר כחודשיים לאחר המעשה (חקירה לא דחופה). בחקירתו לא אמרו לו שזכותו להיוועצ בעו"ד, וכשכבר ביקש להיוועצ בעו"ד לא הפסיקו את החקירה.

נטען לחוסר קבילות ההודאה בה העיד שכשקרתה התאונה הוא התבונן במפה (מה שמאפשר לבסס את היסוד הנפשי של פזיזות בעבירת ההריגה בה הורשע).

במקרה זה היה צורך במספר חידושים והרחבות על דברים שנותרו בצריך עיון ביששכרוב, שכן שם דובר בחוק השיפוט הצבאי, בעוד שכאן מדובר בסעיפים אחרים **בחוק המעצרים** מכיוון שהנהג אינו חייל.

הסעיפים הרלוונטיים:**ס'32 לחוק המעצרים – הסברת זכויות לעצור**

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

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

סעיף זה עוסק בהודעה על הסברה על זכות ההיוועצות.

ס'34 לחוק המעצרים – זכות העצור להיפגש עם עו"ד

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

סעיף זה עוסק בזכות ההיוועצות עצמה.

עלתה השאלה: אסף שי לא היה עצור אלא רק חשוד – **האם הסעיפים הללו חלים על נחקר שאינו עצור?** (ביששכרוב זה נותר בצ"ע כי דובר בחוק אחר).

בהמ"ש (**רובינשטיין**) משאיר בצ"ע את תחולת **ס'32** על נחקר שאינו עצמו במובן זה שהוא אומר כי אם כל הפגם היה בזה שלא אמרו לאסף שי שזכותו להיוועץ בעו"ד הרי שלא היה פוסל את הודאתו בשל כך. עם זאת, בהמ"ש מרחיב במפורש את **ס'34** גם על נחקר שאינו עצור. כלומר, **גם נחקר שאינו עצור ומבקש עו"ד – יש לעצור את החקירה ולאפשר לו היוועצות זו.**

בנוסף, בפסה"ד בוצעה **הרחבה נוספת** – עד לפסה"ד ההלכה הייתה שניתן להמשיך את החקירה עד שיגיע עוה"ד שביקש, אך בפסה"ד בהמ"ש אמר כי **כאשר עוה"ד יגיע תוך זמן סביר יש להפסיק את החקירה.**

אין מחלוקת כי חקירתו של אסף שי לא הייתה דחופה שנכן נחקר רק חודשיים לאחר המקרה – לכן, **התוצאה** היא שבהמ"ש פוסל את הודאתו של אסף שי בגלל הפגיעה בזכות ההיוועצות. תוצאת פסילת ההודאה היא שההרשעה השתנתה: במחוזי הוא הורשע בהריגה, אך בעליון הורשע בגרם מוות ברשלנות בלבד מכיוון שללא ההודאה לא ניתן היה לבסס את יסוד הפזיזות בהריגה.

מדובר בהבדל משמעותי – הן מבחינת הקלון והן מבחינת הענישה, בוודאי מבחינת נפגעי עבירה, ולכן אין להקל בכך ראש.

פס"ד פרחי (הרחבה משמעותית של כלל הפסילה ביששכרוב גם לראיות נגזרות)

רקע: מדובר על הרצח של עינת קינר אותה רצח פורץ לאחר שנבהל ממשו. המשטרה הייתה במבוי סתום וביקשה ממתנדבים לתת דגימות DNA. המשטרה הבטיחה כי ה-DNA נלקח רק לצורך חקירת הרצח. בנוסף, גם **סעיף 14א לחוק החיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי** אומר במפורש כי כאשר המשטרה לוקחת אמצעי זיהוי ממי שאינם חשודים, הדבר נעשה רק למטרה הספציפית והדוגמיות אינן מוצלבות במאגרים כפי שקורה עם חשודים. פרחי נתן את דגימת ה-DNA שלו.

עם זאת, שוטרת שראתה תבנית DNA זהה לשלו, זיהתה אותו מיום קודם לכן וביקשה ליטול ממנו דגימה לתיק אונס סדרתי אותו חקרה. נתנו לו סיגריה, ונטלו ממנה דגימת DNA לאחר שסירב לתתה כשהתבקש.

בנוסף, המשטרה עשתה איכון של הטלפון שלו ונמצאה זהות בין מיקומי הנייד שלו למקומות האונס בחקירה.

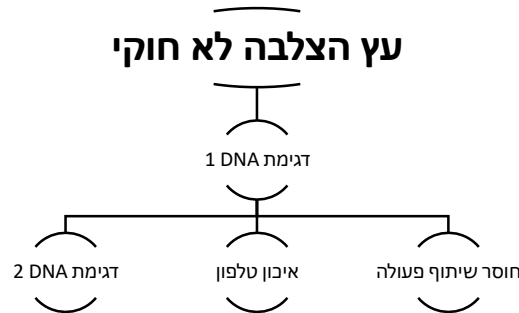
הוגש כתב אישום נגדו בתיקי האונס.

סגרו של פרחי טען במחוזי להלכת יששכרוב.

בהמ"ש המחוזי אמר כי אמנם ישנו **ס'14א לחוק החיפוש בגוף** אך זה לא אומר כי הראייה פסולה, הוא אינו מדבר על קבילות הראייה. עם זאת, בהמ"ש פנה לכלל הפסילה הפסיקתית היחסי אך מגיע למסקנה שלא לפסול את הראייה בשל תוה"ל של הרשויות שלא עשו זאת בדיון ובשל הצורך במיצוי הדין גובר.

פרחי מורשע בבהמ"ש המחוזי ומקבל 25 שנות מאסר.

בערעור לעליון נעשית הרחבה ודין חשוב של בהמ"ש העליון לגבי גורלן של **ראיות נגזרות**.



בהמ"ש אמר כי היו פה פגמים מאוד חמורים היוורדים לבסיסו של ההליך ההוגן – הייתה הפרת של ההבטחה ושל החוק.

בהמ"ש פסל את דגימת ה-DNA-1, אך עבר לשאול מה גורלן של ראיות נגזרות?

בהמ"ש אמר כי מבחן של **קש"ס עובדתי** (מבחן האלמלא) אינו מספק לפסילת הראיה, שכן תמיד ללא הראייה העיקרית לא היינו מגיעים לראיות הנגזרות. אלא, יש צורך אף **בקש"ס משפטי** – כאשר שוקלים לפסול ראיות נגזרות, מפעילים את כל המבחנים בישכברוב בנוסף למידת הזיקה בין הראיה העיקרית לראיה הנגזרת (ככל שהזיקה אדוקה כך יטו לפסול).

דעתו של **השופט לוי**, אליה הצטרף **דנציגר**, הייתה כי דגימת ה-DNA השנייה כל כך קשורה לדגימה הראשונה ולכן הוא פוסל אותה. אך, הוא אומר כי אפשר להותיר את ראית איכון הטלפון וחוסר שיתוף הפעולה ומשאיר את הראיה על כנה כי הזיקה בין דגימת ה-DNA-1 לא אדוק מספיק. בדעת רוב הוא אומנם פוסל את ה-DNA אך הוא משאיר את גזר הדין של המחוזי בתוקף.

לדעת המרצה זה פסק דין לא משכנע, כי בסוף אם ראיות הדנ"א נפסלו, כביכול הרשיעו את הנאשם רק בגלל איכון טלפון, מה שלא הגיוני בכלל כי זה ראיות נסיבתיות.

עם זאת, **המרצה** כן מסכימה עם פסה"ד של **השופטת חיות** שאמרה כי **ההבחנה בין הראיות הנגזרות השונות הינה מלאכותית וכי המבחן לגבי כל הראיות הנגזרות השונות צריך להיות עד כמה קבלתן תשפיע על הגינות ההליך כאשר במסגרת זאת יש לקחת בחשבון גם את נפגע העבירה ואת הציבור**. חיות אמרה כי בגדר נסיבות ההליך קבלת הראיות תהיה הוגנת והותירה את העונש בהתבסס על כלל הראיות.

הלכת פרחי חשובה שכן היא מרחיבה את ההלכה מעבר לפירות העץ המורעל, לעבר ראיות נגזרות, אם כי תחת שיקו"ד.

יש פה **ביקורת** כי נעשתה פגיעה באמון הציבור במשטרה, ועד שלא ישוחרר אנס כמו פרחי או רוצח הם לא ילמדו.

פס"ד ולס – מיישם את הלכת יששכרוב על שני חלקיה.

רקע: אדם חרדי שהורשע על הריגת בנו התינוק בבהמ"ש המחוזי.

הטענות שהעלה נגעו הן לזכות ההיוועצות והן לאופן ביצוע החקירה. לטענתו אישה חקרה אותו ונגעה לו בכתף – את טענה זו לא "נפנף" בהמ"ש וקבע כי **כבוד האדם מחייב לקחת בחשבון רגישויות של נחקרים**.

בהמ"ש **קבע** כי לא נכון לפסול את הודאתו שכן אמיתותה אושרה ע"י הממצאים בבתיחת גופתו של הילד.

מה שמעניין בפסה"ד זה אמירתו של **השופט מלצר** **שרצה להפחית מהענישה נגדו בשל הפגיעה בזכות ההיוועצות שלו** – שזה רעיון מעניין כי הגנה על זכויות של נחקרים יכולה לבוא בצורות רבות.

פס"ד אלסיז – ניסיון הרחבה נוסף שנותר בצ"ע – ההתנהגות לחוד וקבילות הראיה לחוד

רקע: בפסק הדין דובר על המחבל שתכנן את הפיגוע במלון פארק בנתניה ולכן חקירתו לא נעשתה במטרה להשיג הודאה על מה שעשה, אלא כדי למנוע את הפיגוע הבא, זאת מכיוון שתפסו את החולייה המסוימת והיה מודיעין לגבי כך שהיא מתכננת פיגועים נוספים (בחקירה השתמשו באמצעי לחץ מיוחדים כמו מניעת שינה וכו'). אלו אמצעי חקירה שאסורים בחקירה רגילה אך מותרים בחקירה עפ"י **נוהל של "פצצה מתקתקת"**. במקרה דנן, הנחקר נחקר עפ"י הכללים המיוחדים של השב"כ בנוהל של פצצה מתקתקת (משום שהוא היה חלק מחוליה שהייתה עתידה לבצע פיגועים נוספים). לא הייתה מחלוקת שחוקרי השב"כ עשו זאת לפי הנוהל.

שאלה משפטית: מה היחס בין הגנת הצורך שיש לחוקרי השב"כ, במקרים של חקירות מיוחדות, לבין הלכת יששכרוב?

טענת עו"ד: הלכת יששכרוב לחוד והגנת הצורך של חוקרי השב"כ לחוד. כלומר, גם אם החקירה מוצדקת בשל אילוצי השעה (ואז אין להעניש את החוקרים לגבי האמצעים שבהם השתמשו בשל הגנת הצורך), עדיין אפשר להפעיל את הלכת יששכרוב רק לעניין ההודאה (שתיפסל). אכן, אולי לשם מטרת מניעת הפיגועים העתידיים הם התנהלו כראוי, אך על החקירה מהרצח שכבר קרה, יש להחיל את הלכת יששכרוב.

לבסוף המחבל הורשע ברצח בעקבות הודאה שניתנה בעקבות אמצעים פסולים שניטלו.

ביהמ"ש קובע באופן עקרוני שיש להבדיל בין החקירות של השב"כ לבין הלכת יששכרוב וכי הדבר אפשרי. כלומר, **שיש אפשרות לבצע הבחנה בין הלכת יששכרוב לבין הגנת הצורך שיש לחוקרי השב"כ.**

ביהמ"ש קבע שגם אם התנהגות חוקרי השב"כ ניתנת להצדקה, יכול להיות שניתן לבחון את ההודאה לאור הלכת יששכרוב. כלומר, **בהחלט ייתכן שהתנהגות תיפסק כמוצדקת אך עדיין תשפיע על קבילות ההודאה.** במקרה זה ספציפית אפשר היה להרשיע את אלסיד גם ללא ההודאה שלו ולכן זה נשאר בצ"ע.

← **האמירה העקרונית** – ייתכן שהתנהגות החוקרים תיחשב לחוקית, אולם ההודאה תיפסל.

לקריאה: (1) ע"פ 2868/13 אלישע חייבטוב נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 02.08.2018); (2) דנ"פ 5852/10 מ"י נ' שמש (ניתן ביום 9.1.2012).

שיעור 7 – 08/12/2019

פס"ד חייבטוב – שחרור נאשם ע"ב פסילת הודאה בעודו בין החיים ומבלי חשוד נוסף.

לאור העובדה שלמדנו את פס"ד אלזם ראינו שיכול להיות מצב שבשל התנהגות של מדובבים הודאה עשויה להתבלט. בפס"ד אלזם חרגו מדובבים לחלוטין מסמכותם ופגעו בזכות ההיוועצות והשתיקה של הנעצר. שם פסל בהמ"ש את ההודאה הן בשל כלל הפסילה הפסיקתית והן בשל הלכת יששכרוב.

רקע: הסיפור עם חייבטוב הגיע לערעור רק לאחר 12 שנים של מאסר בהם ישב בכלא. מדובר על אדם שישב בכלא בשל שריפת בית מגוריו. יום אחד הוציאו אותו מהמאסר, העבירו אותו למעצר מבלי להגיד לו דבר ומבלי ליידע את משפחתו. הכניסו אותו לתא עם מדובב שסיפר לו כל מיני סיפורים, אמר לו שיביא לו עו"ד ואף עישן איתו סמים. היו פגמים רבים בפרשה הזו ובראשם בזכות ההיוועצות – משפחתו לא ידעה דבר במשך שבועיים ולא ניתנה לו זכות להיוועץ עם עו"ד.

בהמ"ש פסל את ההודאה אך לא בשל הרחבת ס'12 (המדבר על הודאה שאינה חופשית ומרצון), שהורחב בהלכת יששכרוב וכלל את הפגיעה באוטונומיה של הרצון העצמי.

בהלכת יששכרוב לא היה מוכן בהמ"ש לקבל את האמירה שבכל פעם שנפגעה זכות ההיוועצות אזי נפגעה זכותו לבחירה של נאשם – על דברים אלו חזר **השופט שוהם** גם בפס"ד זה. פסילת ההודאה נעשה ע"ב **כלל הפסילה הפסיקתית** – בשל האופן בו התבצעה החקירה, ההפעלה הבעייתית של המדובב והפגיעה הקשה בזכות ההיוועצות.

השופטת ברק ארז נותנת את הדגש לנושא של עישון הסמים. מפסה"ד שלה ניתן להבין כי הפעם, בניגוד לפס"ד אלזם שם שוחרר הנאשם שהואשם ברצח אך מת בעוד שבאדם חיי שיצא מהכלא בעקבות הכשלים. במקרה דנן, לא הורשע אדם אחר, אלא בהמ"ש אמר כי מחדלי החקירה הם כה קשים שאין מנוס מלשחרר ולזכות אותו. השופטים לא היו משוכנעים שהוא לא רצח, אך לא היו בטוחים מספיק שהוא כן רצח.

← **פסה"ד מראה עד לאן יכולה להגיע הלכת יששכרוב במקרים של מחדלי חקירה קיצוניים.**

פס"ד בן חיים – לראשונה רואים פסילה של ראיות חפציות. עד כה דיברנו בעיקר על נושא של הודאות, אם כי פס"ד פרחי עסק ב-DNA

רקע: פס"ד של בהמ"ש העליון בו איחד 3 תיקים בנושא של חיפושים. חיפושים נעשים למעשה ב-2 דרכים אפשריות:

א. מכוח צו בהמ"ש.

ב. מכוח חשד סביר (יסוד סביר לחשד).

כלומר, ישנם סעיפים בחוק, למשל: פסד"פ, המאפשרים חיפוש על אדם או במקום מכוח יסוד סביר לחדש. **לדוגמה: ס'25 לפסד"פ** – עוסק בחיפוש במקום ללא צו; **ס'29 לפסד"פ** – חיפוש על אדם אגב חיפוש במקום. למשל במקרה בו המשטרה מחפשת במקום ועולה יסוד סביר לחשד שאדם שמצוי במקום נושא עליו ראיות רלוונטיות.

המקרים שאוחדו:

- התבקש אדם ע"י שוטרים להוציא את שהוא מחזיק בכיס. האדם הוציא בהסכמה והראה להם סכין. הוא הורשע באחזקת נשק קר.
- אדם מואשם בעבירה של אחזקת סם מסוכן, מכיוון שבבית אימו נמצאו סמים. החיפוש נעשה בהסכמת האם וללא צו חיפוש. החיפוש נעשה לאחר שהתבקש לחפש בביתו.
- אדם מואשם באחזקת סמים, כשבחיפוש בביתו נמצאו כדורים (סמים). החיפוש נעשה ללא צו שיפוטי אך לאחר מידע מודיעיני.

שאלה משפטית: האם הסכמה לחיפוש יכולה להוות תחליף ליסוד סביר לחשד?

הכרעת בהמ"ש: הסכמה יכולה להוות תחליף ליסוד סביר לחשד רק כאשר היא הסכמה מדעת. הסכמה מדעת היא כאשר למעשה האדם מודע לזכותו לסרב, כלומר אומרים לו כי זכותו לסרב וכי סירובו לא יכול להוות שום דבר נגדו ולא יפעל לרעתו.

מאחר שההסכמה בכל המקרים הללו לא הייתה הסכמה מדעת, אלא המשטרה נצלה את כוחה והרתעתה על פני הציבור, בהמ"ש קבע כי ב-2 המקרים הראשונים הראיות נפסלו (סכין וסמים), ובמקרה ה-3 הוכרע כי המידע המודיעיני יכול להוות חשד סביר.

פסה"ד עורר מהומה במשטרה אשר הוציאה הוראה במסגרתה נאסר לבצע חיפושים בהסכמה אלא אם יש (1) צו לחיפוש מכוח בהמ"ש; (2) יש יסוד סביר לחשד.

פס"ד מד"י נ' שמש – ניסיון כושל להרחיב את הלכת יששכרוב להליכים שלפני הגשת כתב אישום

רקע: תאונת רכבת שנחקרה ע"י רכבת ישראל בוועדת חקירה פנימית משלה. המשטרה רצתה לקבל את ההודאות שנתנו עובדים בחקירה. רכבת ישראל סרבה לכך ולכן המשטרה הוציאה צו מכוח **ס'43 לפסד"פ** המאפשר לבהמ"ש לתת צו להבאת ראיה (מסמך או עניין מסוים).

עוה"ד של הרכבת ושל העובדים למעשה התנגדו למסירה המסמכים וההודאות, בטענה שהעובדים דיברו בצורה חופשית במסגרת ועדת חקירה פנימית, ללא היועצות וללא אזהרה ולכן יש לפסול את ההודאות עפ"י כלל הפסילה הפסיקתית שנקבע בהלכת יששכרוב, ולא להעביר למשטרה.

שאלה משפטית: האם אפשר לטעון טענות בנוסח יששכרוב ולטעון לכלל הפסילה הפסיקתית עוד בטרם הגשת כתב אישום במטרה למנוע מסירת ראיות למשטרה? הרי את טענת כלל הפסילה הפסיקתית מעלים במהלך משפט, ופה בכלל עוד לא הוגש כתב אישום ולא החל משפט.

בהליך הקודם וגם בדעת מיעוט בהליך זה הטענה זוכה לאהדה מהשופט דנציגר קבע כי אפשר לדון בטענות כאלה (כלל הפסילה הפסיקתית) ולפסול ראיות כבר בשלב כזה, יתרה מכך לטענתו יש מספיק ראיות גם ללא ההודאות האלה. **נימוקיו:**

- הכרעה בשאלות של קבילות בשלב מקדמי יכולה למנוע העמדה לדין מיותרת.
 - ניתן לראות כי המחוקק הכיר בצורך לבחון את ההגינות עוד בטרם ההליך הפלילי, זאת במסגרת **ס'149(10) לחסד"פ – הגנה מן הצדק** (לא הוגן ולא צודק להגיש את כתב האישום). כלומר, הוא מסיק כי את המחוקק מעניינת ההגינות עוד לפני הגשת כתב אישום.
 - האפקט המצנן** – העובדה לפיה אם עובדים יראו כי הודאות שלהם בוועדות חקירה פנימיות יחדלו מלהתקיים במצב בו הם עשויים לחשוש שהדבר ישמש לבסוף כנגדם.
- ביישום כלל הפסילה הפסיקתית למקרה זה, השופט דנציגר, פוסל את הראיות ומונע את ניתנת למשטרה בטענה שיש פה פגיעה קשה מידי בזכות ההליך הוגן.

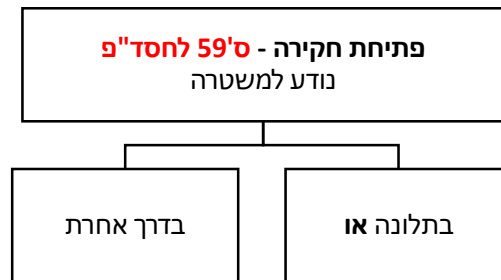
העניין מגיע לד"נ בעליון ובהמ"ש מסרב להרחיב את הלכת יששכרוב לתקופה שלפני הגנת כתב האישום. **השופט בייניש** ציינה כי הלכת יששכרוב נועדה לשמש לבחינת 3 קבוצות השיקולים הללו (1) מידת אי החוקיות של הראייה, (2) מהות הראיה שהוגשה אגב הפגיעה, (3) מידת הפגיעה שבקבלת הראייה על ההליך ההוגן] רק את שופט היושב בדין ורואה את התמונה כולה – מדובר בסעד מניעתי לפגיעה בהליך ההוגן. כלומר, **הלכת יששכרוב אינה סעד מתקן ולא באה לתקן דברים שנעשו, אלא נועדה למנוע פגיעה במשפט כתוצאה מראייה שהתקבלה שלא כדין לכן האיזון המורכב של עניינים אלו צריך להיעשות במסגרת המשפט עצמו. רק במשפט עצמו יש לשופט את התמונה המלאה ואין למנוע את המידע המלא ממנו.**

חלק ב': החקירה המשטרתית וזכויות החשוד

תחילת ההליך הפלילי: תלונה וחקירה משטרתית

נתעסק בעיקר במשטרה למרות שהגוף החוקר יכול להיות גם גופים אחרים כמו השב"כ או הממונה על ההגבלים העסקיים.

פתיחת חקירה



ס'59 לחסד"פ – חקירת המשטרה

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

ס'59 מפנה אותנו ל:

- דרך אחרת – רשימה לא סגורה של דרכים. למשל: מידע מודיעיני, שוטר שנקרא לזירת האירוע, תחקיר עיתונאי וכו'.
- ס'58 – תלונה:

ס'58 לחסד"פ – תלונה

58. כל אדם רשאי להגיש תלונה למשטרה על שבוצעה עבירה.

כלומר, **יש פה לשון חובה – אם נודע על עבירה, יש חובה לפתוח בחקירה.**

חריג: בעבירות שאינן פשע, קצין משטרה בדרגת פקד ומעלה יכול להחליט שלא לחקור מהטעמים הבאים:

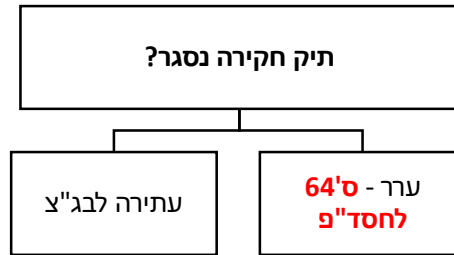
- כלל נסיבות העניין אינן מתאימות לחקירה ("אין עניין לציבור") – מתאים לדברים המוניים כמו תאונות פגע או ברח (רכוש), סכסוכי שכנים קטנים וכו' (דברים שהמשטרה לא יכולה לחקור הכל).
- אם יש רשות מוסמכת אחרת לפי דין לחקור בעבירה – החוקר יכול להגיד שבעבירה שאינה פשע הרשות לניירות ערך למשל ממונה.

למרות האמור, גם בעבירת פשע במקרה של תלונת סרק יש שיקו"ד למשטרה שלא לחקור:

נשאלת השאלה: האם בעבירה שהיא פשע חייב לחקור גם דברים מופרכים. העניין עלה בפס"ד צדוק:

רקע: חקירה משפטית שהחלה בעקבות תחקיר עיתונאי ב'כלבוטק' על מנהל לשכת תעסוקה במקום מסוים, אשר היה מטריד מינית מבקשות תעסוקה שהיו מגיעות אליו. הוגש כתב אישום. צדוק הלך והתלונן במשטרה על רפי גינת ותחקירי כלבוטק בעבירות שהן פשע: קבלת שוחד, קבלת דבר במרמה (השיגו את הראיות בדרכים פסולות).

המשטרה סגרה את החקירה וערר שהוגש לפרקליטות נדחה.

סגירת תיק חקירה**ס' 63 לחסד"פ – הודעה על החלטה שלא לחקור או להעמיד לדין**

63. על החלטה שלא לחקור או שלא להעמיד לדין תימסר למתלונן הודעה בכתב בציון טעם ההחלטה.

מה מתלונן יכול לעשות עם סגירת תיק חקירה?

1. **ערר** – במקרה בו חקירה שהתחילה בתלונה והמשטרה מחליטה שלא לחקור ולסגור את החקירה, על המשטרה ליידע את המתלונן. **ס' 64 לחסד"פ** מאפשר למתלונן להגיש **ערר** וקובע לאיזה גורם יש להגיש את הערר בכל סוג של החלטה. **ס' 65** קובע שהמועד להגשת הערר הוא תוך 60 יום לאחר שנמסרה למתלונן הודעה.
2. **בג"צ** – לאחר הגשת הערר ניתן רק להגיש בג"צ. מעבר לערר, הדרך היחידה של המתלונן היא **פנייה לבג"ץ** שמתערב רק לעיתים נדירות מאוד בהחלטות של רשויות האכיפה (= הפרקליטות). הסיבה היא שכל הנושא של חקירות והעמדה לדין הוא נושא עם הרבה שיקו"ד מקצועי של רשות האכיפה.

המשך **פס"ד צדוק**:

צדוק הגיש בג"צ לאחר סגירת החקירה.

בג"צ קבע כי אמנם בעבירות פשע יש חובה לחקור, אך יש תלונות סרק ולא בכל מצב בו אדם טוען כי מישהו עבר עבירת פשע על המשטרה לחקור כשמדובר בעניין מופרך וללא כל בסיס.

← ככלל, **הסיכוי שערר על היועמ"ש לממשלה יתקבל הוא מאוד קטן, כמו ביקורת על התביעה בעיקר בנושאים שנוגעים לראיות**. בגלל שליועמ"ש לממשלה יש שיקו"ד מקצועי ועצמאי נדיר שבג"צ מתערב.

בג"צ שפטל נ' היועמ"ש לממשלה – בג"צ כן התערב בביקורת על היועמ"ש לממשלה.

רקע: עו"ד שפטל, שייצג את דמניוק (רוצח נאצי שכונה איוואן בטרבלינקה) הגיש תלונה כנגד עיתונאי, ניצול שואה, שבמהלך משפט דמניוק כתב סדרת כתבות בעיתון אשר המטרה שלהן הייתה להוכיח כי דמניוק הוא אכן איוואן האיום. העבירה לה טען שפטל היא **ס' 71 לחוק בהמ"ש – עבירת הסובידיצה (sub-judice)** – המונעת השפעה על הליך שיפוטי פלילי תלוי ועומד. [כיום העבירה הזו היא אות מתה, אך בעבר כן הוגשו כתבי אישום ע"ב טענה להליך פלילי תלוי ועומד].

ס' 71 לחוק בהמ"ש – מניעת פגיעה בהליך פלילי [41/ב] (תיקון מס' 32) תשס"ב-2002

71. (א) לא יפרסם אדם דבר על ענין פלילי התלוי ועומד בבית משפט במטרה להשפיע על מהלך המשפט או על תוצאותיו, וראייה מראש את ההשפעה האמורה כאפשרות קרובה לוודאי כמוה במטרה להשפיע, והכל אם יש בפרסום כדי להשפיע כאמור.

במקרה דנן, **בהמ"ש חשב כי הנימוק לסגירת החקירה היה שגוי**. זה לא היה נימוק נכון לסגירת החקירה מתוך התחשבות בכך שהעיתונאי ניצול שואה, שכן אין זה רלוונטי לעבירה הספציפית (הוא לא קרא קריאות בתוך בהמ"ש, אלא ישב בקור רוח באולם ובצורה מושכלת כתב סדרת כתבות שמטרתן הייתה להשפיע).

בהמ"ש הורה ליועמ"ש לממשלה להורות לחקור.

מעורבות התביעה בחקירה – הקשר שבין הגוף החוקר לגוף התובע

מהי חקירה? מטרת החקירה לברר עובדות ולאסוף ראיות. חקירה זה שם כולל לאמצעים רבים שמתבצעים. בטעות קוראים לתשואל של עדים וחשודים (אדם שנחקר באזהרה) חקירה, אך תשואל (שאילת שאלות עד וחשוד) זה רק אמצעי חקירה אחד,

בנוסף לכך יש חיפושים במקומות או באדם, אמצעי איסוף מידע (האזנות סתר, מצלמות), איסוף ריאות (טביעות אצבע, ריאות חפציות וכו'). כלומר, **חקירה זה שם כלל לכל הנאמר לעיל**.

הרבה מאוד מהפרקטיקות שנעשות בחקירה למעשה אינן מעוגנות בחוק:

א. **מעורבות התביעה בחקירה** – בקריאת החדס"פ ניתן לחשוב בטעות כי נעשית חקירה, וחומר החקירה מועבר לתביעה כדי להכריע האם להעמיד לדין. עם זאת, נראה כי מדובר ב-2 שלבים נפרדים, אך התביעה בארץ מאוד מעורבת ויש ביניהם קשר:

1. כאשר מדובר בתביעה משטרית (כפי שקורה ברוב התביעות בארץ, אשר לא נעשות ע"י הפרקליטות) זה יותר קל כי **מדובר למעשה באותו גוף** (התביעה והחקירה הן 2 מחלקות במשטרה).
2. גם כשמדובר בתביעה של הפרקליטות יש "**פרקליט מלווה**" חקירות מסוימות אשר לא הוזכר בעבר בחוק אלא נוצר מהפרקטיקה (אך מוזכר כעת בשל ביקורת בעניין).

מכוח מה הסמכות של פרקליט או תביעה לתת הוראות למשטרה במהלך חקירה?

- א. **הערר – ס' 64 לחסד"פ** – ערר בתיק שהתחיל בתלונה ונסגר ע"י המשטרה תוגש לפרקליטות.
- ב. **השלמת חקירה – ס' 61 לחסד"פ** – התביעה יכולה להורות למשטרה על השלמות חקירה. אם היא יכולה לעשות את זה בסוף החקירה, הרי שהיא יכולה לעשות כן גם במהלך החקירה.
- ג. **מעמד היועמ"ש לממשלה (מהפסיקה)** – מעמדו הרם של היועמ"ש לממשלה בשיטה המשפטית שלנו, לו יש סמכות רחבה ומעמד עצמאי. למעשה, בהמ"ש נותן לו מעמד כמי שעומד בראש כל החקירה הפלילית.

למה התפתחה הפרקטיקה הזו?

יעילות. למשל: במצב בו אדם מצוי במעצר יש הגבלת זמנים ולא ניתן להניח כי פרקליט כתב ביומיום כתב אישום, אלא למעשה ברור כי הוא היה מעורב בחקירה.

ביקורת: כאשר אדם מעורב בחקירה, יותר קשר לו לבקר אותה. בסופו של דבר המשטרה מעבירה אם החומר והתביעה צריכה להחליט אם להעמיד לדין, לכן ככל שהייתה מעורבת בהליך החקירה ברי כי יהיה לה קשה יותר להעביר עליה ביקורת. עם זאת, ניכר כי החוק מכיר בקיום של פרקליט מלווה ואף לא אוסר זאת.

- ב. **בדיקה** – נוצרה פרקטיקה בעיקר לגבי אישי ציבור לפיה היועמ"ש לממשלה יכול להורות לפני פתיחת חקירה על פתיחת בדיקה.

יתרון: לא פותחים תיק ולא חוקרים אנשים כחשודים (אין להם סטטוס של חשוד).

המטרה: לצמצם נזק לחשודים פוטנציאליים.

הנושא הזה נתקף **בבג"צ 3993/01 התנועה לאיכות השלטון נ' היועמ"ש לממשלה**:

רקע: התנועה לאיכות השלטון הגישה תלונה נגד ראש הרשות לני"ע בטענה שבוצעה עבירה פלילית. היועמ"ש לממשלה הורה על עריכת בדיקה בפרקליטות. על סמך הבדיקה הוחלט שלא לפתוח בחקירה.

התנועה לאיכות השלטון טענה כי אין בסמכות הפרקליטות לקחת את סמכות המשטרה ועושה בדיקה מקדימה ונכנסת לסמכות הגוף החוקר.

בהמ"ש נתן לגיטימציה לפרקטיקה של עשיית בדיקה הן בשאלה מתי מורים על בדיקה והן בשאלת היקף הבדיקה. בהמ"ש אמר כי מאחר והיועמ"ש מוסמך להורות למשטרה על פתיחת חקירה יש לו מספר דרכי פעולה אפשריות וביניהם ביצוע בדיקה בטרם מתן הוראה זו. בנוסף, בהמ"ש קבע כי לא ניתן לקבוע קריטריונים לעניין אופי, היקף וטיב הבדיקה אלא הדבר נתון לשיקול ד' היועמ"ש לממשלה – עם זאת, ברור שכשהחשד מתייחס לעבירות חמורות יותר והבסיס העובדתי והמשפטי של הראיות יותר רעוע (כלומר שיש חשש ממשי שהתלונה תתברר כתלונת סרק), ברי כי הבדיקה תהיה מעמיקה יותר.

← **עד היום נושא הבדיקה אינו מוסדר בחוק, אלא הנחיות רק היועמ"ש מתייחסות לכך**. דוגמה לכך ניתן לראות בהיקף זמן הבדיקה בעניין ראה"מ בטרם ההחלטה לפתוח בחקירה ולהגיש כתב אישום.

התשאול (חקירה במובן הכי צר)

מקור הסמכות

ס' 2(1) לפקודת פרוצדורה הפלילית (עדות) – חקירת עדים ע"י קצין משטרה וכו' מס' 32 לש' 1944

2. (1) קצין משטרה בדרגת מפקח ומעלה, או כל קצין אחר או סוג אחר של קצינים המורשים בכתב, בדרך כלל או במיוחד, על ידי שר המשפטים, לערוך חקירות על ביצוע עבירות, רשאי לחקור בעל-פה כל אדם המכיר, לפי הסברה, את עובדותיה

ונסיבותיה של כל עבירה, שעליה חוקר אותו קצין משטרה או אותו קצין מורשה אחר כנ"ל ורשאי הוא לרשום בכתב כל הודעה, שמוסרה אדם הנחקר כך.

ס'2 לפקודת פרוצדורה הפלילית (עדות) הינו סעיף מפקודה מנדטורית הנותן לקצין משטרה או כל officer אחר שקיבל סמכות משר המשפטים (התרגום של הסעיף מאנגלית לא מוצלח) את הסמכות לשאול אדם כל שאלה.

בג"צ הוועד הציבורי נגד עיניים נ' מד"י

זהו בג"ץ שתקף את סמכות השב"כ לחקור. פסה"ד ניתן לפני שנחקק **חוק השב"כ** (משנת 2012) שמסדיר את סמכות חוקרי השב"כ בשוטף ובמסגרת החקירה (כלומר, כיצד הוא רשאי לבצע את החקירות עצמן? עם כל העיניים שהוא מעביר את החשודים).

הטענה של הוועד הייתה שחוקרי השב"כ פועלים ללא סמכות בחקירתם ומעבר לכך, גם אם יש לשב"כ סמכות לחקור, בוודאי שאין להם סמכות להשתמש באמצעים קשים בחקירות.

שאלה משפטית: בהמ"ש היה צריך לשאול מאיפה הסמכות לבצע את החקירה? האם יש לשב"כ סמכות לחקור?

לממשלה יש סמכות שיורית מכוח **ס'32 לחוק יסוד: הממשלה**. עם זאת, אחת היסודות שמאין את הסמכות השיורית הוא ההתנאה כי הסמכות לא קבועה גם לגורם אחר בחוק.

בהמ"ש קבע שחקירה היא הליך שפוגע בזכויות. כלומר, כאשר אדם נמצא בסיטואציה של חקירה ישנה פגיעה בזכויות ולכן **חייב להיות מקור סמכות ולכן לא יעלה על הדעת שהשב"כ פועל במסגרת זכות שיורית**. בהמ"ש קיבל את הטענה שמדובר בהסמכה של שר המשפטים מכוח **ס'2(1) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות)**.

כיום: לא קיימת הבעיה הזו כי **ס'8 לחוק השב"כ** מעניק את הסמכות לחקור. **פסק הדין חשוב מבחינה עקרונית כדי להראות שחקירה היא דבר הפוגע בזכויות אדם, שחייבת להיות סמכות בחוק לחקור.** כמו כן, בהמ"ש התווה בפסה"ד את הגבולות של שימוש באמצעים מיוחדים בחקירה: אמצעים הפוגעים בשלמות גופו או נפשו של אדם הם אסורים מכל וכל (= עיניים). אמצעים שגורמים אי נוחות כמו מניעת שינה או כיסוי עיניים מותרים רק כאשר יש צורך חקירתי אינהרנטי.

• **הערה:** העניין היחיד שלא מוסדר בחוק אלא מכוח הסמכות השיורית של הממשלה הוא המוסד.

זכויות החשוד: הזכות לאי הפללה עצמית, זכות השתיקה וזכות ההיוועצות, איסור פרסום

זכות לאי הפללה עצמית (זכות רלוונטית לכל נחקר וגם לגבי ראיות!!)

זכות זו מופיעה ב-3 מקומות:

א. עדים וחשודים

ס'2(2) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות) – חקירת עדים ע"י קצין משטרה וכו' מס' 32 לש' 1944

2. (2) אדם, הנחקר כך, יהיה חייב להשיב נכונה על כל השאלות, שיציג לו בשעת החקירה אותו קצין משטרה, או קצין מורשה אחר כנ"ל, **חוץ משאלות שהתשובות עליהן יהיה בהן כדי להעמידו בסכנת אשמה פלילית**.

כלומר, כל אדם שנחקר חייב לענות נכון על שאלות, אך הוא יכול שלא לענות על שאלות שמפלילות אותו.

ב. חשודים

עניין זה מופיע גם ב**ס'28(א) לחוק המעצרים**:

ס'28(א) לחוק המעצרים – שמיעת טענות העצור

28. (א) לא יחליט הקצין הממונה על מעצרו של אדם, על המשך מעצרו או על שחרורו בערובה, ולא יקבע את סוג הערובה, גובהה ותנאיה, בלי שיתן תחילה לאותו אדם הזדמנות להשמיע את דברו, לאחר שהזהירו כי אינו חייב לומר דבר העלול להפלילו, כי כל דבר שיאמר עשוי לשמש ראיה נגדו וכן כי הימנעותו מלהשיב על שאלות עשויה לחזק את הראיות נגדו.

כאן נכללת החובה להודיע לחשודים כי כל דבר שיאמר עלול להפליל אותו ולשמש נגדו.

ג. ראיות – אי הפללה עצמית במסמכים

ס'47(א) לפקודת הראיות – ראיות מפלילות

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

אדם לא חייב למסור מסמכים שיש בה הודיה או עובדה שהיא יסוד מיסודות העבירה שהוא מואשם או עשוי להיות מואשם בה.

זכות השתיקה

בניגוד לעדים, לגבי חשודים יש זכויות יותר רחבות מהזכות לאי הפללה עצמית – היא זכות השתיקה אשר התפתחה באנגליה (בתקנות השופטים אשר התפתחו בפסיקה האנגלית ועובדו לתקנות, אותם ירשנו **בסימן 46 לדבר המלך**).

לפי הכלל של זכות השתיקה, חשוד יכול לשתוק לחלוטין ולא לומר דבר, גם דברים שלא מפלילים אותו.

הרציונאליים לזכות השתיקה:

- א. **הגנה על החשוד** – כשחשוד נחקר הוא לבד מול החוקרים וישנו החשש שהוא יודה בדבר שלא עשה מתוך הלחץ.
- ב. **הגנה על שיטת המשפט** מפני הודאות שווא של חשודים, שכן הסיטואציה היא מלחיצה.
- ג. **הימנעות מהטלת חובות עשה על חשודים**. בשיטה האדברסרית, הנטל להביא את הראיות נגד החשוד היא על התביעה, היינו לא מטילים חובות עשה על חשודים להביא נגדם את הראיות.

פס"ד גלעד שרון – ס'43 לפסד"פ – סמכות בהמ"ש להורות לאדם להביא מסמך או ראיה.

רקע: גלעד שרון היה חשוד. בדר"כ במקרה של חשודים, המשטרה עושה חיפוש באמצעות צו חיפוש, לא אומרים לחשוד להביא את החומר. גלעד שרון גר בבית ראה"מ, עליו יש חסינות – כלומר, לא ניתן לבקש צו חיפוש. לכן, המשטרה פעלה עפ"י ס'43 ודרשה ממנו להביא חומרי ראיות.

גלעד שרון טען כי ס'47 לפקודת הראיות מגן עליו בתור חשוד שלא למסור אף מסמך מהחשש שהחומרים יהיו ראיות מפלילה כנגדו. הוא זכאי להגנה רחבה יותר מאי הפללה עצמית, כלומר – הוא זכאי לזכות השתיקה.

בהמ"ש עבר על הרציונאליים של זכות השתיקה לעיל ובחן האם הם חלים גם על מסמכים:

1. **דאגה על החשוד** – כשיש צו לפי **ס'43 לפסד"פ** החשוד לא לבד, הוא מלווה בעו"ד ואינו מצוי לבד מול החוקרים.
2. **הגנה על שיטת המשפט מפני הודאות שווא** – אין שכן מדובר על מסמכים קיימים ואין חשש שיומצאו מסמכים.
3. **אי הטלת צו עשה על חשוד** – לא מטילים על החשוד להמציא מסמכים, אלא אך להביא מסמכים קיימים זה מכבר.

כל נימוקים אלו נועדו למנוע מצב בו חשוד "מצפצף" על צו בהמ"ש להבאת מסמכים.

במקרה בו המסמכים מכילים מידע שמפליל את החשוד – אז יכול בהמ"ש להטיל **חיסיון שימוש** (דיני ראיות).

הבחנה בין הזכות לאי הפללה עצמית לבין זכות השתיקה**פס"ד אלמליח**

רקע: אדם נחשד בזיוף מסמך, הוא הוזנה לגבי אי הפללה עצמית ולמרות זאת בחר להשיב על חלק מהשאלות. כשנשאל על שמות של אנשים אחרים שמעורבים בתיק, הוא סרב למסור אותם ולכן הועמד לדין על **הפרת חובה חקוקה מכוח ס'2(2) לפקודת העדות** שקובע את החובה להשיב על שאלות ומדבר על שיבוש הליכי חקירה.

אולם, **אלמליח זוכה בעליון מהפח"ח** כי אם הוא היה עד הייתה עומדת לו רק הזכות לאי הפללה עצמית אבל מאחר שהוא היה חשוד והוזנה כחשוד, עמדה לו זכות השתיקה (שהיא רחבה יותר) ולכן הוא היה יכול להשיב על שאלות שרצה ולא להשיב על שאלות אחרות. כלומר, **הוא יכול היה לבחור בזכות השתיקה ולא להגיד שמות של מעורבים אחרים מפני שהיה חשוד שנחקר באזהרה.**

פס"ד לגזיאל

רקע: כשמוגש כתב אישום, אז חשוד מקבל לראשונה את כל חומר החקירה. היה סיפור של מעבר משרדי פרקליטות והפרקליטות איבדה את החומר. היא פנתה לסגור במטרה לצלם בחזרה את כל החומר. הסגור טען לאי הפללה עצמית.

בהמ"ש קבע כי מדובר בהשבת המצב לקדמותו שכן החומר כבר היה בידיה.

מה מעמד אזהרת חשוד כי זכותו לשתיקה?

- לפני חוק יסוד בבוד האדם וחירותו והלכת יששכרוב: הודאה שהתקבלה ללא אזהרת החשוד קבילה ובהמ"ש יכול רק לתת לה משקל קל יותר, ולא דווקא לפסול אותה (לא התקבלה פה דוקטרינת פירות העץ המורעל – פס"ד אמירנדה (אמריקאי)).
- לאחר חקיקת חוה"י וחוק המעצרים עלו טענות של סנגורים כי האזהרה עלתה במעמדה ובהמ"ש יכול לפסול מכוח זאת הודאות.

פס"ד בלחניס (1999) – בהמ"ש לא מקבל את הטענות כי האזהרה עלתה מעמד, אלא הדבר נכנס לשיקולי בהמ"ש בעת מתן משקל להודאה. המצב לא השתנה.

פס"ד סמירק (1999) – ניצנים לשינוי. הוא היה גרמני שהתאסלם וסייע לחיזבאללה. הוא היה חשוד ברצח וכשהגיע לארץ חוקרי שב"כ עצרו אותו בשדה"ת מבלי להזהירו. בהמ"ש עורך דינו טען לפסילת ההודאה שלו. **בייניש** סימנה פה את הסימנים לשינוי ההלכתי באומרה כי ייתכן שצריך לשנות את ההלכה, אם כי יש לבחון את הגבולות ולא תמיד הדבר יביא לפסילת ההודאה.

פס"ד יששכרוב (2006) – הביא את השינוי. אמנם עסק בזכות ההיוועצות אך הוא חל בחזקת קל וחומר בעניין של זכות השתיקה, שכן זכות ההיוועצות באה להגשים את זכות השתיקה במטרה לאפשר לעוה"ד להסביר את הדברים למרשו. **פסה"ד** קבע את כלל הפסילה הפסיקתית ומאפשר היום לבהמ"ש לפסול הודאה שניתנה ללא אזהרה נאותה – כלומר, יש לזכות זו מעמד חוקתי.

לשיעור הבא: נמשיך בזכויות חשודים ונחקרים בנושא זכות ההיוועצות ונדבר על פרסום זכות חשודים:

- פרסום שמות חשודים: בש"פ 6988/19 בני פרץ (אמרגנו של אייל גולן).
- עיכוב (הנושא הבא אחרי זכויות נחקרים): רע"פ 3829/15 קסאי נ' מד"י.

שיעור 8 – 15/12/2019

זכות ההיוועצות

זכות ההיוועצות **בפרשת פרץ** **השופטת ארבל** אומרת כי יש **לזכות ההיוועצות** לה-3 **רציונאליים**:

- תורמת להבנת הנחקר את זכויותיו** – רואים בזכות ההיוועצות כהיבט של זכות השתיקה היות ועוה"ד מסביר לנחקר את הזכויות שלו (כמו את הזכות לשתיקה).
- הסנגור של החשוד עשוי לתרום לתקינות החקירה** – יוודא שלא יעשו דברים שאינם תקינים.
- הסנגור יכול לסייע בהשגת ראיות לחפותו של החשוד** ולמנוע הודאות שווא.

לכן למעשה, **הנטייה לראות בזכות ההיוועצות, ולא רק בזכות השתיקה ואי הפללה עצמית, כזכות חוקתית.**

ס'32 לחוק המעצרים – הסברת זכויות לעצור

32. החליט הקצין הממונה לעצור את החשוד, יבהיר לו מיד את דבר המעצר ואת סיבת המעצר בלשון המובנת לו, ככל האפשר, וכן –
- (1) את זכותו שתימסר הודעה על מעצרו, לאדם קרוב לו ולעורך-דין ואת זכותו להיפגש עם עורך-דין, הכל בכפוף להוראות סעיפים 34 עד 36; וכן את זכותו להיות מיוצג על ידי סניגור כאמור בסעיף 15 לחוק סדר הפלילי או לפי חוק הסניגוריה הציבורית;
 - (2) את משך הזמן שניתן להחזיקו במעצר עד שישוחרר או עד שיובא בפני שופט. 32 לחוק המעצרים – הסברת זכויות לעצור

למעשה, **ס'32** עוסק בחובה להודיע על הזכות להיפגש עם עו"ד לעצור.

ס'34 לחוק המעצרים – זכות העצור להיפגש עם עורך דין

34. (א) עצור זכאי להיפגש עם עורך דין ולהיוועץ בו.
- (ב) ביקש עצור להיפגש עם עורך דין או ביקש עורך דין שמינהו אדם קרוב לעצור להיפגש עמו, יאפשר זאת האחראי על החקירה, ללא דיחוי.
- (ג) פגישת העצור עם עורך הדין תיעשה ביחידות ובתנאים המבטיחים את סודיות השיחה, אולם באופן המאפשר פיקוח על תנועותיו של העצור.

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

(ה) סבר הקצין הממונה כי פגישת העצור עם עורך הדין עלולה לסכל או לשבש מעצרו של חשודים נוספים באותו ענין, למנוע גילוי ראיה או תפישת דבר שהושג בקשר לאותה עבירה, רשאי הוא להורות, בהחלטה מנומקת בכתב, שהפגישה תידחה לתקופה הנדרשת, ובלבד שהיא לא תעלה על 24 שעות משעת המעצר.

(ו) על אף הוראות סעיף קטן (ב), רשאי הקצין הממונה בהחלטה מנומקת בכתב להורות שלא לאפשר פגישת עצור עם עורך דין, לתקופה שלא תעלה על 48 שעות משעת המעצר, אם שוכנע שהדבר דרוש לשם שמירה על חיי אדם או לצורך סיכול פשע, או שהדבר כרוך בעבירות בטחון והתקיימה עילה מהעילות המפורטות בסעיף 35(א); אין בהוראות סעיף קטן זה כדי לגרוע מזכותו של עצור, שביקש זאת, שתינתן לו הזדמנות סבירה להיפגש עם עורך דין לפני שיובא לבית המשפט בענין מעצרו.

ס'34 עוסק בזכות ההיוועצות עצמה.

פס"ד אסף שי

רקע: אדם שגרם למוות על הכביש. הוא הורשע בבהמ"ש המחוזי על הריגה, אך בעליון טען לפסילת ההודאה שלנו שכן לא יידעו אותו על זכותו לעו"ד, ולאחר שכבר ביקש עו"ד לא עצרו את החקירה עד שעו"ד יובא בפניו.

השאלה המשפטית: האם **ס'34** מדבר גם על מי שאינו עצור?

בהמ"ש משאיר בצ"ע את החלטת **ס'32** על אדם שאינו עצור – כלומר שאם הפגם היחיד היה שלא יידעו אותו על זכותו להיוועץ בעו"ד, ברי כי יש לפסול את ההודאה. עם זאת, **בהמ"ש הרחיב והחיל את ס'34 באופן חד משמעי גם על נחקר שאינו עצור.**

פרשנות "ללא דיחוי"

סוגייה נוספת שעלתה בפס"ד אסף שי היא פרשנות **ללא דיחוי**:

ההלכה לפני שינוי החוק: הביטוי שקדם לביטוי הזה, המופיע בחוק המעצרים, היה "בהקדם האפשרי". הפרשנות לגבי ביטוי זה הייתה שאפשר להמשיך ולחקור את החשוד גם בזמן שעו"ד אמור להגיע. כלומר שאם עו"ד מבקש להיפגש עם עו"ד יש לאפשר לו זאת, אך אין הכרח לעצור את החקירה עד להגעת עו"ד.

עם חקיקת **חוק המעצרים** נטען ב-1998 כי השינוי במינוח בחוק המעצרים ("ללא דיחוי") מחייב למעשה לשנות את ההלכה ולומר שכבר אי אפשר להמשיך בחקירה. למעשה, עו"ד טענו שהמושג "ללא דיחוי" משנה את הדין שהיה לגבי "בהקדם האפשרי".

ע"פ חסון – דחיית הטענה

בהמ"ש קבע כי "בהקדם האפשרי" ו"ללא דיחוי" זה אותו דבר. בהמ"ש סירב לקבל את הטענה, ואפשר להמשיך בחקירה. **בהמ"ש אומר כי כל עוד החשוד הוזהר כדבעי (כראוי) לא צריך להפסיק חקירה, אבל כן חובה ליצור קשר עם עו"ד כמה שיותר מהר.**

פס"ד אסף שי – שינוי ההלכה

בהמ"ש קבע כי:

- אם הסנגור מגיע תוך זמן סביר יש להפסיק את החקירה ולהמתין לו.
 - כאשר החקירה אינה דחופה אך עו"ד אינו מגיע תוך זמן סביר, עדיין יש להפסיק את החקירה ולהמתין לעו"ד.
- במקרה של אסף שי הוא נחקר חודשיים לאחר המקרה, לכן ברי כי המקרה אינו דחוף והיה צריך לדחות את החקירה עד שיגיע עו"ד.

לפגיעה בזכות ההיוועצות יש נפקות גם בשלב המעצר עצמו ולא רק בשלב המשפט:

פס"ד פרץ

השאלה המשפטית: האם אדם יכול לטעון כי לא ראוי לעצור אותו משום שפגעו בזכות היועצות שלו?

השופט ארבל עונה על שאלה זו בחיוב. **הרחיבה את היכולת לטעון לפגיעה בזכות היועצות כבר בשלב המעצר.** לשיטתה, פגם משמעותי מאוד כמו פגיעה בזכות העצור היועצות **עלול** לפגוע בלגיטימיות של ההליך ולשמוט את הצידוק המוסרי להמשך המעצר. אדם שלא קיבל את האפשרות להיוועץ יכול לטעון על כך כבר בשלב המעצר.

אולם, **ארבל** מדגישה שבכל מקרה יהיה איזון בין עוצמת הפגיעה בזכויות לבין האינטרס הציבורי בהמשך המעצר. **כאן** הפגם דווקא לא הוביל לשחרור ממעצר.

מפסקי דין אלו **אנו לומדים שזכות היועצות היא זכות חוקתית שפגיעה בה יכולה לפסול את ההודאה, כאשר הדבר תלוי בשיקול דעתו של בהמ"ש.**

ניסיון הרחבה לזכות היועצות בשימוע מנהלי:

לעומת זאת, סירוב מוחלט להרחיב את הלכת יששכרוב והלכת שי היה ב**פס"ד קוטלייה**.

רקע: בפסה"ד לא דובר בהליך פלילי אלא עסק בהליכים מנהליים של פסילת רישיון.

הטענה הייתה כי גם לפני שימוע מנהלי צריך להודיע על הזכות להיוועץ בעו"ד, לדחות דיון אם עוה"ד לא הגיע וכו'.

השאלה המשפטית: האם כשאדם מוזמן לשימוע מנהלי יש להודיע לו על זכותו לייצוג? לדוגמה, האם קיימת חובה ליידע אדם שנהג בשכרות, נתפס ומוזמן לשימוע מנהלי על זכותו לייצוג ע"י עו"ד?

השופט רובינשטיין: **קבע כי אין מחלוקת כי אדם שרוצה להיות מיוצג ע"י עו"ד יכול.** הדבר נובע מחוק **לשכת עורכי הדין** שאומר כי עוה"ד יכול לייצג בפני בהמ"ש או כל רשות שפועלת עפ"י דין. **בהמ"ש רצה לתת ביטוי ולשמר את ההבדל בין שימוע מנהלי לבין הליך פלילי. לכן, לא הסכים להרחיב את החובה ליידע נחקר/חשוד/נאשם כי זכותו להגיע עם עו"ד, ואם הוא לא מגיע עם עו"ד לא ידחו את השימוע כדי שהוא יזמן עו"ד.**

← **ביהמ"ש קבע** כי לא מוטלת על הרשות חובה ליידע את הנהג בטרם השימוע בדבר זכות היועצות ואין גם חובה לדחות את מועד השימוע ע"מ לאפשר לו למצות זכות הזו.

הרציונל: בהמ"ש פועל לאור עקרונות של יעילות. במשפט מנהלי יש מתח בין עקרון זה לעקרון ההגיונות. שימועים מנהליים זה מוסד נפוץ ואם נתחיל לעכבם בגלל יידוע על זכויות נפגום ביעילות.

הזכות למינוי סגור – לימוד עצמי

ירד בחומר.

הזכות לפרסום שמות של חשודים

הכלל

עניין זה מוסדר בחוק בהמ"ש בס'70(ד1) **לחוק בהמ"ש:**

ס'70(ד1) לחוק בהמ"ש – איסור פרסומים

(ד1) (1) לא יפרסם אדם שמו של חשוד שטרם הוגש נגדו כתב אישום, עד תום 48 שעות מהמועד שבו התייצב החשוד לחקירה או שהיה עליו להתייצב לחקירה, או עד סיומו של הדיון הראשון שהתקיים לפני שופט בעניינו, לפי המוקדם מביניהם; לעניין זה לא יובאו שבתות ומועדים במניין השעות;

עד לפני תיקון חוק בהמ"ש לא הייתה מגבלה על פרסום שמות חשודים – כלומר שכאשר אדם נחשד מיד אפשר היה לפרסם את שמו, אלא אם כן הייתה בקשה אחרת.

החוק למעשה יצר איזון כלשהו בין עקרון פומביות הדין וזכות הציבור לדעת לנושא של הפגיעה בשם הטוב, פרטיות האדם וכו'. היום זה בעיקר מתבקש בעידן האינטרנט והפצת המידע המהירה.

הכלל – האיזון: שם של חשוד לא יפורסם עד תום 48 שעות מהמועד שבו הוא התייצב לחקירה או עד סיום של דיון ראשון של שופט בעניינו, לפי המוקדם מביניהם.

החריגים לכלל מנויים בס'70(ד1)(2).

ייתכן שתהיה בקשה לפרסום לפני הזמן – בזמן שיש איסור פרסום הנטל לבקש פרסום שמות חשודים הוא על מי שרוצה לפרסם.

ייתכן שתהיה בקשה לחיסיון לאחר תום הזמן – לאחר חלוף 48 שעות או סיום מועד הדיון הראשון בבהמ"ש, לפי המוקדם, הנטל עובר לחשוד לבקש שיאסר פרסום שמו.

ס'70(ה1) לחוק בהמ"ש - איסור פרסומים

(1) (ה1) בית משפט רשאי לאסור פרסום שמו של חשוד שטרם הוגש נגדו כתב אישום או פרט אחר מפרטי החקירה, אם ראה כי הדבר עלול לגרום לחשוד נזק חמור ובית המשפט סבר כי יש להעדיף את מניעת הנזק על פני העניין הציבורי שבפרסום; הורה בית המשפט על איסור פרסום שמו של חשוד שטרם הוגש נגדו כתב אישום, יפקע האיסור עם הגשת כתב האישום נגד החשוד, אלא אם כן קבע בית המשפט אחרת.

פס"ד חברה פלונית נ' פלונית

מטפל שנעצר בחשד לביצוע מעשה מגונה בקטינה שהוא טיפל בה. נשאלה השאלה של איסור הפרסום. המטפל דרש ששמו לא יפורסם והיה צו איסור כולל שהוטל על הפרשה. בהמ"ש הדגיש את התנאים הקשים שהציב המחוקק בסעיף כדי להטיל איסור פרסום.

בעליון ביהמ"ש נדרש לנתח את ס'70(ה1)(1) לחוק בהמ"ש וקבע כי הוא כולל **שני תנאים מצטברים** שצריכים להתקיים כדי **בהמ"ש לא יפרסם שם של חשוד לאחר שמותר לפרסם:**

1. על החשוד שדורש את איסור הפרסום (מעבר ל-48 שעות) להראות **שיגרם לו נזק חמור כתוצאה מהפרסום**. ביהמ"ש מדגיש **נזק חמור** כי כל אדם שמפורסם שהוא חשוד יינזק. ביהמ"ש מתחשב בכלל הנסיבות כמו נסיבות אישיות, ילדים קטנים, מצב פיזי, נפשי, רגשי, משפחתי, עבר פלילי, סוג העבירה משפיע, חומרת העבירה, משקל הראיות בתיק שכבר הצטברו - עד כמה יש בסיס עובדתי בעניין ועוד.
2. **ראוי להעדיף את מניעת הנזק החמור על פני העניין הציבורי שבפרסום**. לעניין זה יש שני רבדים - כללי ופרטיקולארי. **הרובד הכללי** מדבר על עקרונות של חופש ביטוי, פומביות, זכות הציבור לדעת ועוד. **ברובד הפרטיקולארי** עולה השאלה האם מדובר באיש ציבור, האם צריך להזהיר את הציבור ועוד.

בהמ"ש אומר כי שני התנאים קשורים אחד בשני. **ככל שיש עניין ציבורי בפרסום ככה החשוד יצטרך להראות שהנזק שלו חמור יותר.**

במקרה דנן, בהמ"ש פסק כי במאזן הספציפי במקרה שלפניו **הכף נוטה למניעת זיהוי האדם עצמו, אבל לא לפרשה כולה**. כלומר, הפרשה עצמה תפורסם אבל באופן אנונימי. **פרסום הפרשה הוא חשוב על מנת שהציבור ידע להיזהר מדברים כאלו, אך לא מאותו האדם עצמו כי עדיין לא הצטברו מספיק ראיות נגדו.**

פס"ד בני פרץ (פרשת איל גולן והקטינות)

רקע: היה צו איסור פרסום על עצם העובדה שבני פרץ נחקר. הוא נחקר משום שאחת המתלוננות טענה ששכבה גם איתו. התיק נסגר ולא הוגש כתב אישום.

השאלה המשפטית: מה קורה אם ניתן צו איסור פרסום ולא הוגש כתב אישום, הרי אין תשובה לכך בס'70(ה1)(1).

- **העיתונות טענו** הצו פוקע וניתן לפרסם.

- **בני פרץ טען** הצו ממשיך להתקיים לעולם כל עוד החקירה נגמרה.

← **האופציה בה בחר בהמ"ש** הצו ממשיך, אך הנטל להסירו על מי שמבקש להסירו. כלומר הוא עומד בתוקף אלא אם יש פניה להסירו.

בהמ"ש דן במקרה דנן, חזר על הלכות פס"ד חברה פלונית ותורג'מן.

בהמ"ש קבע כי יש פה פרשה שעניינה חשדות לביצוע עבירות מין. הפרשה עוררה הדים רבים, עדיין נוכחת בשיח הציבורי, באופן כללי יש אינטרס ציבורי מיוחד כשמדובר בחשדות בעבירות מין.

כמו כן, בני פרץ טען כי הוא אינו דמות ציבורית שכן אינו נבחר ציבור ולכן אין עניין לפרסם את פרטי החקירה. **בהמ"ש קבע** כי לא רק נבחר ציבור הוא דמות ציבורית, שכן בחר להעמיד את עצמו בעין הציבור.

בהמ"ש הוסיף כי אמנם יגרם לבני פרץ נזק, אך אין עדות לנזק מיוחד ושונה ממה שצפוי במצבים זה ולכן בהמ"ש התיר את הפרסום, למרות שאינו מקל בנזק האישי-משפחתי הצפוי מכך. הייתה חשיבות לכך שמדובר באירוע שמצוי בשיח הציבורי ובחקירה שנסגרה ולא מחוסר אשמה.

ככל שמדובר בפרסום שמות חשודים, אין עניין לשלב החקירה בו אנו נמצאים.

עניין דומה – פרסום תיעודי חקירה

חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב-2002 קובע מספר כללים לגבי תיעוד החקירה (הקלטות ווידאו של חקירות), שפת החקירה (העובדה שהחקירה צריכה להיעשות בשפת הנחקר), ומיקום החקירה (העובדה שחקירות צריכות להיעשות במשטרה, אלא אם יש נימוקים מיוחדים מאוד לחריגה מכלל זה).

ס'13 לחוק חקירת חשודים – איסור פרסום קלטת – עונשין

13. המפרסם תיעוד חזותי או קולי של חקירה, כולו או חלקו, בלא רשות בית משפט, דינו – מאסר שנה; לענין סעיף זה, "חקירה" – לרבות חקירה בידי רשות אחרת המוסמכת לחקור על פי דין, שהוצא לגביה צו לפי סעיף 16(ג).

בהקשר של תיעוד חזותי וקולי של חקירות קובע **ס'13 לחוק חקירת חשודים** כי יש איסור פרסום קולי או חזותי של חקירות **וללא מגבלת זמן**. כלומר, תמיד כשהוצגים לפרסום, אף לאחר סיום החקירה והמשפט, ישנו נטל על המבקש לפרסם להסיר את איסור הפרסום מבהמ"ש. במידה ולא יעשה זה כן, הרי שמדובר בעבירה פלילית והוא ייענש בהתאם לחוק.

פס"ד תורג'מן

רקע: לאחר שהמקרה מגיע לבהמ"ש העליון והוא כבר הורשע ומצפה לגזר הדין (לפני הטיעונים לעונש), תורג'מן ביקש לפרסם את החקירה של עצמו, בטענה שנפלו כל מיני פגמים בחקירה.

בהמ"ש דיבר בפס"ד על כך שההוראה שאוסרת פרסום באה להבטיח תקינות של הליכי חקירה, וזה משתרע על כל סוג של חקירה ונחקרים (אפילו עדים ולא רק נאשמים), כלומר שאין פה שום הגבלה. האיסור לא מוגבל בזמן ולא מותנה באישום פלילי. האיסור מחייב באופן בלתי תלוי בכל האמור לעיל.

בהמ"ש קבע כי במכלול השיקולים כשמתבקש פרסום תיעודי חקירה, על בהמ"ש לשקול:

- מידת העניין הציבורי שבבסיסה של בקשת הפרסום** – לא די בכך שהעניין לציבור יהיה ערטילאי, יש צורך בעניין קונקרטי.
- הסכמת הנחקר לפרסומה של קלטת** – כי כל הנושא של פגיעה בפרטיות של הנחקר מתייחר במקרה בו הנחקר עצמו מסכים לפרסום, אז ניתן לייחס לזה משקל. אם מישהו מתנגד לפרסום גם צריך לייחס לזה משקל כי לזה עניין של פרטיות. עם זאת, יש לתת את הדעת גם לפרטיות גורמים נוספים שמעורבים בחקירה.
- מידתיות הפרסום** – לא תמיד חייב לפרסם את תיעוד החקירה באותה צורה של פרסום קלטת החקירה. למשל: הרבה פעמים ניתן לומר שפרסום תיעוד חקירה חושף את שיטות חקירה, לכן אם יש עניין ציבורי גדול ניתן לפרסם את התוכן של החקירה בדרך אחרת ולא בקלטת. צעד מידתי נוסף- כדי למנוע פגיעה בצדדים שלישיים וכו', ניתן לאפשר לפרסם את הקלטת עם הטלת הגבלות.

בהמ"ש העליון קבע כי הכפ נטה לפרסום, כי אין חשש לפגיעה ממשית בהליך השיפוטי, המשפט עצמו כבר לא מתנהל, זה רק לפני גזר הדין והעדים לא יושפעו. כשהמשפט מתנהל, עדים פוטנציאליים יכולים לראות את הקלטת בטלוויזיה והדבר יכול לפגוע בעדותם, אך פה עברו כבר את השלב הזה, ולכן העליון נטה לפרסם בגלל העניין הציבורי, בכפוף איסור על גילוי כל פרט מזהה של כל קטין המעורב באופן ישיר או עקיף בפרשה.

חלק ג': עיכוב, מעצר, תפיסה וחיפוש

עיכוב

מהו עיכוב? זוהי הגבלת חירות פחות ממעצר. הגבלה זו הייתה קיימת בפועל גם לפני חוק המעצרים, אך לא הייתה מוסדרת/מוגדרת בחוק.

רקע היסטורי

עד **לחוק המעצרים** לא היה הסדר חוקי לנושא העיכוב. כלומר, מסדרה של הוראות יכולנו להבין שבנסיבות מסוימות יש לשוטט סמכות להגביל את חירותו של אדם, הגבלה שלא מגיעה לכדי מעצר, או לבקש מאדם להתלוות אליו לתחנת המשטרה או להגיע אליה עצמאית כדי להיחקר אך לא היה שום סדר בנושא. חוק המעצרים מסדיר את הסוגייה ומגדיר מהו עיכוב.

מכיוון **שס' 5 לחו"י: כוה"ח** קובע כי "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת", ולמרות שהחוק לא מזכיר את המונח עיכוב, אך ברור שעייכוב נכנס תחת ההגדרה של בכל דרך אחרת, אזי ברי כי העניין חייב להיות מוגדר בחוק. מסיבה זו ישנו פרק שלהם **(פרק ג') בחוק המעצרים** העוסק בדיני עיכוב.

מאפייני סמכות העיכוב – הוראות כלליות**הגדרת עיכוב מצויה בס' 66 לחוק המעצרים:****ס' 66 לחוק המעצרים – הגדרות (תיקון מס' 1) תשנ"ז-1997**

66. בפרק זה, "עיכוב" – הגבלת חירותו של אדם לנוע באופן חופשי, בשל חשד שבוצעה עבירה או כדי למנוע ביצוע עבירה כאשר הגבלת החירות מסויגת מראש בזמן ובתכלית, הכל כאמור בפרק זה.

כלומר, עיכוב הוא הגבלת חירות שהיא פחותה ממעצר ושהסיבה לו היא חשד שנעברה עבירה או מניעת עבירה עתידית.

כמה הגבלות שיש בעיכוב:**משך העיכוב:****ס' 73 לחוק המעצרים – משך העיכוב (תיקון מס' 1) תשנ"ז-1997**

73. (א) לא יעוכב אדם או כלי רכב מעל לזמן סביר הדרוש, בנסיבות המקרה, לביצוע הפעולה שלשמה הוקנתה סמכות העיכוב.
(ב) בכל מקרה, לא יעוכב אדם או כלי רכב לפרק זמן העולה על שלוש שעות; ואולם בעיכוב הקשור למספר רב של מעורבים, רשאי הקצין הממונה להאריך את משך העיכוב לפרק זמן נוסף שלא יעלה על שלוש שעות נוספות, מנימוקים שיירשמו.

הכלל: ס"ק(א) קובע שעייכוב חייב להיות לזמן סביר.

חריג: ס"ק(ב) קובע זמן סביר המוגבל ל-3 שעות עיכוב אך ניתן להאריך ב-3 שעות נוספות אם מדובר במס' רב של מעורבים. העיכוב הוא עד שלוש שעות, אבל יש חריג שמאפשר עוד 3 שעות נוספות של עיכוב במקרים מיוחדים. כלומר, למשל, במקרה בו של הפגנה שוטרים יכולים לעכב מספר רב של מעורבים ולתשאל אותם במקום, אך בשל הצורך לפזר את ההפגנה, הקצין הממונה יכול להחליט על עיכובם לעוד 3 שעות מעבר לפ-3 השעות שהחוק מתיר.

- ההגבלה של ה-3 היא עד הרגע שהובאת לחקירה במשטרה, מהרגע שהובא הנחקר לחקירה במשטרה אין עוד עניין להגבלת הזמן.
- כל עוד לא הובא המעוכב לחקירה במשטרה, וחלפו 3 שעות והוא ברח – זה בסדר והוא לא נחשב לאדם שברח.

נוהל ביצוע העיכוב**ס' 72 לחוק המעצרים – הנוהל בעיכוב (תיקון מס' 1) תשנ"ז-1997**

72. (א) על מבצע עיכוב יחולו הוראות סעיף 24, בשינויים המחויבים.
(ב) על אף הוראות סעיף קטן (א), שוטר המעכב לפי סעיף 71, יזהה את עצמו על פי הוראות סעיף 5א לפקודת המשטרה.

ס' 72 מפנה לס' 24 לחוק המעצרים **שעוסק בנוהל מעצר** ואומר כי הוא יחול בשינויים המחייבים.

ס' 24 לחוק המעצרים – ביצוע המעצר (תיקון מס' 1) תשנ"ז-1997

24. (א) העוצר אדם יזהה את עצמו תחילה בפני החשוד, בציון שמו או כינויו הרשמי והיותו שוטר או עובד ציבור, יודיע לו מיד שהוא עצור ויבהיר לו את סיבת המעצר בהקדם האפשרי במהלך ביצוע המעצר; שוטר יזהה את עצמו גם בהתאם להוראות

סעיף 5א לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן – פקודת המשטרה), ועובד ציבור יזהה את עצמו גם על ידי הצגת תעודה המעידה על סמכויותיו. היה המעצר על פי צו שופט, ימסור מבצע המעצר לעצור עותק מהצו.

(ב) הוראות סעיף קטן (א), למעט החובה להודיע לחשוד על המעצר ולמסור לו עותק מהצו, לא יחולו –

- (1) אם ברור בנסיבות הענין, כי זהות השוטר וסיבת המעצר ידועים לעצור;
- (2) אם מילוין עלול לסכל את ביצוע המעצר;
- (3) אם מילוין עלול לגרום לפגיעה בבתחון מבצע המעצר בשעת ביצוע המעצר או להעלמת ראיה;

חלפו הנסיבות שמנעו מילוי הוראות סעיף קטן (א), יקיים מבצע המעצר את ההוראות האמורות מוקדם ככל האפשר.

(ג) מילוי החובות האמורות בסעיפים קטנים (א) ו-(ב) הוא תנאי לחוקיות המעצר.

על כן, מי שמעכב אדם יעשה שלושה דברים מצטברים:

1. יזדהה (תעודה, מדים).
 2. יודיע לו שהוא עצור (/מעוכב).
 3. יסביר לו את סיבת מעצר בהקדם האפשרי במהלך ביצוע העיכוב / מעצר. לא מדובר על ס' בחוק אלא על המעשה שהחשוד עשה.
- **ס' 24(ג) – קובע כי מילוי החובות האמורות הוא תנאי לחוקיות המעצר – לכן בגלל שס' 72 מפנה לס' 24, חובות אלו הן גם תנאי לחוקיות העיכוב.**
 - אם בשלב מסוים מחליטים שמעוכב הוא עצור, יש להודיע לו על שינוי סטטוס זה.

סוגי עיכובים

עיכוב חשוד

ס' 67 לחוק המעצרים – עיכוב חשוד במקום

67. (א) היה **לשוטר** יסוד סביר לחשד כי אדם עבר עבירה, או כי הוא עומד לעבור עבירה העלולה לסכן את שלומו או בטחונו של אדם, או את שלום הציבור או את בטחון המדינה, רשאי הוא לעכבו כדי לברר את זהותו ומענו או כדי לחקור אותו ולמסור לו מסמכים, במקום הימצאו.

כדי לעכב צריך:

- א. יסוד סביר לחשד כי אדם עלול לבצע עבירה או עבר עבירה.
- ב. או יסוד סביר לחשד שהוא עומד לעבור עבירה מסוכנת.

ניתוח יסודות הסעיף

1. יסוד סביר לחשד:

פס"ד דגני – עדיין לא היה חוק המעצרים, אך ניתן ללמוד על ביטויים שחוזרים בסעיפי חוק גם מפסיקת עבר. לעניין **יסוד סביר לחשד** בהמ"ש קבע כי מדובר **בחשד אובייקטיבי** – האם שוטר סביר היה חושד באדם באופן זה. אם השוטר טעה טעות עובדתית, ועיכב אך שוטר סביר היה מגבש חשד – ברי כי העיכוב חוקי.

2. עבירה:

עבירה בת מעצר היא רק עוון או פשע, אך ניתן לעכב גם בחטא, כלומר ניתן לעכב בכל עבירה. יתרה מכך, לא נאמר לנו מתי נעברה העבירה ומכאן שניתן לעכב גם בעבירה שנעברה לפני זמן רב (בעבר).

3. מטרת העיכוב:

במקום: לברר את זהותו ומענו של האדם או כדי לחקור אותו. מדובר על עיכוב במקום.

או במקום אחר: בהתקיים **2 תנאים מצטברים** (1) חזרה על התנאים הקודמים. (2) הזיהוי היה לא מספיק או לא ניתן לחקור אותו במקום הימצאו.

ס' 67 לחוק המעצרים – עיכוב חשוד במקום

67. (ב) שוטר רשאי לדרוש מאדם להילוות עמו לתחנת המשטרה או לזמנו לתחנת המשטרה למועד אחר שיקבע, אם נתקיימו שניים אלה[1]:

- (1) יש יסוד סביר לחשד שהוא עבר עבירה או יש הסתברות גבוהה שהוא עומד לעבור עבירה כאמור בסעיף קטן (א);
- (2) הזיהוי היה בלתי מספיק, או לא ניתן לחקור אותו במקום הימצאו.

4. **חקירה בתחנת משטרה:** לכאורה ברירת המחדל היא שמעכבים וחוקרים אנשים במקום, אך שוטר ראשי לדרוש מאדם להילוו אליו לתחנת המשטרה.

ס' 67(ב) לחוק המעצרים דן בדרישה מאדם להתלוות לתחנה משטרה וקובע שמדובר במקרים בהם קיימים **שני תנאים (מצטברים):**

- (1) יש יסוד סביר לחשוד שהוא עבר עבירה או כשיש הסתברות גבוהה שהאדם עומד לעבור עבירה (כמו בסעיף קטן א).
- (2) הדיהוי היה בלתי מספיק או לא ניתן לחקור אותו במקום הימצאו.

לכאורה, אנחנו למדים כי המקרה הרגיל הוא **עיכוב במקום והחריג** הוא חקירה בתחנת משטרה. עם זאת, בפועל **המצב הוא לא כזה. פקודות מפכ"ל המשטרה יחד עם חוק חקירת חשודים** מעידים על כך שחקירות (להבדיל מתשאול שהוא קצר) צריכות להיעשות בתחנת משטרה במצב הרגיל ולא במקום.

- **ס' 3 לחוק סדה"פ (חקירת חשודים)** אומר כי חקירת חשוד תתנהל בתחנת משטרה אלא בנסיבות חריגות שמצדיקות את חקירתו מחוץ לתחנה. כלומר, ברירת המחדל הינה שחקירה תתנהל במשטרה.
- **פקודות המטה הארצי** אומרות כי חקירה של עד או חשוד בתחנת משטרה אינה נלקחת בחשבון לצורך חישוב משך העיכוב.

על כן, מצירוף ההוראות אנו מבינים כי בניגוד לפרשנות הסעיף שנוגעת לעיכוב, חקירות דווקא לרוב יהיו בתחנת המשטרה ואף במקרים כאלו **אין הגבלה על שעות העיכוב** (כי הוא מצוי בזמן זה בסטאטוס של נחקר כחשוד ולא בסטאטוס של מעוכב).

מהחקיקה הזו אנחנו בעצם לומדים שאפשר לעשות חקירות בצורה בלתי מוגבלת!

פרשת דרור חוטר ישי

רקע: זהו המקרה היחיד שבו הנושא הגיע לבחינה שיפוטית. עו"ד דרור חוטר ישי שהיה ראש לשכת עורכי הדין הוזמן לחקירה בתחנת משטרה. היה חשוד נוסף והמשטרה רצתה לחקור אותם במקביל. חוטר ישי סירב לבוא לתחנת המשטרה וכאשר נשלחו אליו שוטרים הוא סירב להתלוות אליהם. המשטרה פנתה לבית משפט שלום כדי להוציא לו צו שיגיע למשטרה. מטעמי זהירות המשטרה לא עצרה אותו למרות שסירוב לעיכוב הוא עילת מעצר. המשטרה פנתה לביהמ"ש והעניין התגלגל לשופט התורן בעליון.

השופט זמיר החליט שהוא לא מכריע בתיק עצמו אך דן בחובה לציית לזימון לחקירה: הוא קובע כי במהלך הדברים הרגיל כל אדם שמתבקש ע"י המשטרה להתייצב על מנת למסור עדות או להיחקר, מן הראוי שיעשה כך בדרך המקובלת ובמקום המקובל גם ללא צו המחייב אותו להגיע למשטרה. כאשר מוצא צו עיכוב לפי **ס' 67 לחוק המעצרים**, התכלית והתוצאה היא בד"כ שניתן יהיה לחקור את המעוכב אם אין מדובר בחקירה פשוטה וקצרה, במשרדי המשטרה.

לדידו, המעוכב אינו ראוי להכתיב למשטרה את מועד החקירה או את מקום החקירה אם זה יהיה בביתו במשרדו או בכל מקום אחר.

אם כן, גם **השופט זמיר** מחליף את ברירת המחדל שקבועה לכאורה בס' 67 לחוק המעצרים. הוא אומר כי החובה היא קודם כל מוסרית ואומר כי תוצאות של עיכוב הן בד"כ חקירה בתחנת המשטרה. **גם זמיר הופך את הכלל ואומר שברירת המחדל היא חקירה בתחנת המשטרה.** היינו - השופט זמיר נותן גיבוי לפרקטיקה שנקבעה ע"י המשטרה.

עיכוב עד

ס' 68 לחוק המעצרים – עיכוב עד במקום (תיקון מס' 1) תשנ"ז-1997

68. (א) היה לשוטר יסוד סביר לחשד שנעברה עבירה, ראשי הוא לעכב אדם שיכול למסור לו מידע הנוגע לאותה עבירה, כדי לברר את זהותו ומענו וכדי לחקור אותו במקום הימצאו; וכן ראשי הוא לזמן אותו לתחנת משטרה קרובה למועד סביר אחר שיקבע לצורך ביצוע אותן פעולות.
- (ב) היה הדיהוי בלתי מספיק, או היה חשש כי האדם לא יתייצב לחקירה במועד, ראשי השוטר לבקש מאותו אדם להילוו עמו לתחנת המשטרה לשם גביית העדות.

יש בס' **68 לחוק המעצרים** סמכות מאוד מרחיקת לכת לעכב אנשים שאינם חשודים. עד הוא כל מי שיכול למסור מידע על העבירה (לא דווקא עד ראייה).

אם כן, שוטר יכול לעכב עד במקום עד 3 שעות ואף לבקש ממנו להתלוות ממנו לתחת המשטרה לשם גביית העדות (או לבקש שיגיע במועד כלשהו לתת עדות בתחנת המשטרה).

עיכוב לחיפוש ולבדיקת מסמכים

ס' 69 לחוק המעצרים – עיכוב לחיפוש ולבדיקת מסמכים (תיקון מס' 1) תשנ"ז-1997

69. הוקנתה בחיקוק הסמכות לחפש במקום, בכליו או על גופו של אדם, או הסמכות לדרוש מאדם הצגת מסמכים, רשאי בעל הסמכות לעכב אדם או כלי רכב כדי לאפשר את החיפוש או העיון במסמכים, וכן רשאי הוא לדרוש מהאדם למסור את שמו ומענו.

זהו למעשה סעיף שבא להשלים סמכויות אחרות.

למעשה, בחוקים שונים היו סמכויות חיפוש (כמו ס' 29 לפסד"פ לפיו כאשר יש סמכות חיפוש בבית וחושדים שאדם שנמצא בבית מחזיק משהו עליו אזי ניתן לבצע עליו חיפוש; יש סמכויות שמאפשרות לשוטר לבקש מנהגים מסמכים כמו רישיון רכב וביטוח). עם זאת, בשום מקום לא נאמר כי הרכב צריך לעצור והחיפוש על אדם חייב להיעשות במקום.

כלומר, צריך את הסמכות היסודית הזו לעכב אדם במקום לצורך כך.

לאחר חקיקת חו"י כוה"ח וחוק המעצרים כאשר יש סמכות לשוטר לחפש למשל על גוף אדם, ברי כי יש לו גם סמכות לדרוש מאדם או מנהג להיות במקום ולהתעכב.

עיכוב כלי רכב לשם חיפוש

יש להבחין בי זה לבין עיכוב לשם חיפוש ברכב הקבוע בס' 71 לחוק המעצרים לפיו:

ס' 71 לחוק המעצרים – עיכוב כלי רכב לשם חיפוש (תיקון מס' 1) תשנ"ז-1997

71. (א) היה לשוטר יסוד סביר לחשד שבוצעה עבירה בת מעצר וסבר כי יש צורך לבצע חיפוש בכלי רכב כדי לאתר את מבצע העבירה או קורבנה או כדי לאתר ראיה הקשורה בעבירה, רשאי הוא להורות לעכב את כלי הרכב ולערוך את החיפוש כאמור.
(ב) הוראות סעיף קטן (א) יחולו גם אם קיים חשש שעומדת להתבצע עבירה מן העבירות המפורטות בסעיף 35(ב), או אם קיימת הסתברות גבוהה שעומדת להתבצע עבירה בת מעצר.

זה ששוטר יכול לעכב אותי ולבקש מסמכים, זה לא אומר שיש לו סמכות לעשות לי חיפוש ברכב.

לפי ס' 71(א) חיפוש בכלי רכב ועיכובו ייעשה במצב בו לשוטר יש חשד לעבירה בת מעצר (עוון או פשע) והוא חושב שבכלי הרכב אפשר למצוא ראיה, את קורבן העבירה או מצבעה.

לפי ס' 71(ב) ניתן להבין כי ניתן לעכב כלי רכב ולעשות בו חיפוש כשיש חשש שעומדת להתבצע עבירה ביטחונית או שישנה הסתברות גבוהה שעומדת להתבצע עבירה בת מעצר.

עיכוב בידי אדם פרטי

ס' 75 לחוק המעצרים – עיכוב בידי אדם פרטי (תיקון מס' 1) תשנ"ז-1997

75. (א) כל אדם רשאי לעכב אדם אחר עד לבואו של שוטר אם נתקיים אחד מאלה:
(1) האדם חשוד כי ביצע בפניו עבירת אלימות, פשע, גניבה או עבירה שגרמה נזק של ממש לרכוש;
(2) אדם אחר הקורא לעזרה מצביע על אדם החשוד שביצע בפניו עבירה, כאמור בפסקה (1), והכל אם יש חשש שהחשוד יימלט או שזהותו אינה ידועה.
(ב) חשוד שעוכב לפי סעיף קטן (א), יימסר לשוטר ללא דיחוי, ובלבד שהעיכוב לא יעלה על שלוש שעות.
(ג) המבצע עיכוב לפי סעיף קטן (א), רשאי להשתמש בכוח סביר, אם החשוד סירב להיעתר לבקשת העיכוב, ובלבד שלא יהיה בשימוש בכוח כדי לגרום לחשוד חבלה.

לפני חוק המעצרים הייתה סמכות מעצר ע"י אדם פרטי אשר בוטלה ע"י החוק וכיום יש רק סמכות עיכוב. סמכות זו תקפה כש **(חלופות):**

- א. אדם פרטי חושד שאדם אחר ביצע עבירת אלימות, פשע, גניבה או עבירה שגרמה נזק של ממש לרכוש.
ב. אדם אחר הקורא לעזרה מצביע על אדם החשוד שביצע בפניו עבירה כזו.

תנאים:

- א. **התנאי למימוש הסמכות:** ישנו חשש שהחשוד יימלט או שזהותו לא ידועה.
ב. **ס' 75(ב) – האדם המעוכב צריך:** (1) להימסר לשוטר ללא דיחוי ו(2) עד שלוש שעות. גם עיכוב כזה הוא מוגבל עד לשלוש שעות.
ג. **ס' 75(ג) – אדם המבצע עיכוב כזה רשאי להשתמש בכוח סביר** אם החשוד סירב להיעתר לבקשת העיכוב, ובלבד שלא יהיה בשימוש בכוח בכדי לגרום לחשוד חבלה. כלומר, **אם אנחנו מעכבים מישהו כאדם פרטי, זכותנו להשתמש בכוח סביר אך לא עד כדי גרימת חבלה.**
אם כך מדוע שוטר שמעכב לא יכול לעשות שימוש בכוח ואילו אדם פרטי כן?
לפי **ס' 23(ב) לחוק המעצרים** – אם אדם מתנגד לעיכוב על ידי שוטר קמה לשוטר סמכות מעצר, סמכות זו מאפשרת לשוטר שימוש בכוח סביר עד שימוש בנשק קטלני.
לעומת זאת, לאדם פרטי אין סמכות מעצר גם אם האדם בורח ולכן הוא יכול רק להשתמש בכוח סביר שלא גורם חבלה כדי להחזיק אדם במקום עד שיבוא שוטר.
לשוטר אין סמכות נלווית להשתמש בכוח כאשר הוא מעכב אדם, אבל ברגע שאדם מתנגד למעכב, השוטר יכול לעצור אדם ובתוך כך הוא יכול להשתמש בכוח.

סעיף 72 לחוק המעצרים – חיפוש מוגבל על גופו של אדם שעוכב (תיקון מס' 14) תשע"ח-2018

72א. (א) שוטר רשאי לערוך חיפוש מוגבל על גופו של אדם שעוכב, בעת כניסתו לרכב בשימוש משטרת ישראל או לאמבולנס, בליווי שוטר, לשם תפיסת נשק או חפץ אחר, העלול לסכן את שלומו של אדם או את ביטחון הציבור או העלול לסייע בבריחתו גם בלא חשד שהאדם מחזיק חפץ כאמור, ורשאי השוטר לתפוס את החפץ שהתגלה אגב החיפוש.
(ב) היה האדם שעוכב חשוד בעבירה והתנגד לעריכת חיפוש מוגבל על גופו לפי הוראות סעיף קטן (א), רשאי השוטר להשתמש בכוח סביר לשם ביצוע החיפוש.
(ג) נערך חיפוש או נתפס חפץ במהלך החיפוש או נעשה שימוש בכוח לפי הוראות סעיף זה, יצוין הדבר בדוח העיכוב הנערך לפי סעיף 74.
(ד) חיפוש על גופו של אדם לפי הוראות סעיף קטן (א) ייערך בידי בן מינו של האדם, אלא אם כן מתקיים אחד מאלה:
(1) אותו אדם הסכים שהחיפוש ייערך בידי מי שאינו בן מינו לאחר שהובהרה לו זכותו שלא להסכים לחיפוש כאמור;
(2) לא ניתן לערוך את החיפוש בידי בן מינו ויש בדחיית החיפוש סיכון בלתי סביר לשלום הציבור או לשלום של אדם.
(ה) על אף האמור בכל דין, הוראות סעיף זה יחולו רק על שוטר כהגדרתו בפקודת המשטרה.
(ו) בסעיף זה –
"חיפוש מוגבל על הגוף" – חיפוש על פני גופו של אדם שאינו כולל הסרת בגד החושפת איברי גוף שהיו מכוסים, למעט הסרת כיסוי מעל הפנים או הראש או הסרת נעליים, וכן חיפוש בבגדיו או בכליו של אדם שהוא נושא על גופו או נמצאים בקרבתו ובשליטתו המיידית, ולמעט חיפוש חיצוני או חיפוש פנימי כהגדרתם בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996;
"נשק" – כהגדרתו בחוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור, התשס"ה-2005.

לפני חיקוק הסעיף נוצרה לקונה, אותה הסעיף בא לתקן: לשוטרים יש סמכות נלווית אגב מעצר לבצע חיפוש בחשודים, אך כאשר מבקשים מאדם להתלוות אך לא עוצרים אותו אין לשוטר סמכות או סיבה לכאורה לבצע עליו, בעוד אכן ישנו חשש כי הוא מחזיק בידו נשק (דבר אשר מסכן את השוטרים).

התיקון:

ס"ק(א) – למעשה, פקודות המשטרה אומרות היום שכשמעכבים אדם ומבקשים ממנו להתלוות אליהם ברכב משטרה או באמבולנס, אף מבלי חשד שיש עליו משהו יש לשוטר סמכות מוקנית לעשות על החשוד חיפוש שטחי כדי לוודא שאינו מצוי בסכנה.

ס"ק(ב) – אם מדובר בחשוד שמתנגד יכול השוטר להשתמש בכוח סביר כדי לבצע את החיפוש הזה.

קריאה:

- עיכוב (הנושא הבא אחרי זכויות נחקרים): רע"פ 3829/15 קסאי נ' מד"י.

שיעור 9 – 22/12/2019

חנוכה – השיעור נגמר ב-16:00**פס"ד קסאי נ' מד"י** נדון לראשונה בבהמ"ש העליון נושא העיכוב בצורה רצינית. נדונו כמה שאלות:

א. **חשד מועבר** – כפי שנלמד, הבסיס לעיכוב זה יסוד סביר לחשד שנעברה העבירה (= כל עבירה ולא רק עבירה בת מעצר אלא גם חטא).

שאלה: האם חשד סביר יכול להיות גם חשד מועבר (א' אמר לב' שראה משהו וב' מעביר לג').

בהמ"ש העליון פסק שכן מחמת קל וחומר – **אם במעצר ניתן להסתפק לצורך ביסוס חשד מדיווח שנמסר מגורם שלישי קל וחומר שכך גם בעיכוב.**

ב. במקרה דנן דובר בפקחים שעיכבו בחור מבלי שהזדהו ומבלי שאמרו לו את סיבת העיכוב. **ס' 72 לחוק המעצרים** שעוסק בנוהל העיכוב מפנה ל**ס' 24 לחוק המעצרים** שעוסק בנוהל המעצר. נוהל המעצר כולל 2 דברים: (1) הזדהות השוטרי; (2) הודעה על סיבת המעצר או העיכוב. הפקחים כאמור לא עמדו ב-2 דרישות אלו. עם זאת, הפקחים אינם שוטרים. כלומר, דיני העיכוב החלים עליהם הם דיני עיכוב של אדם פרטי.

השאלה: האם העיכוב חוקי?

השופט מלצר סבר כי העיכוב אינו חוקי שכן הופרו הוראות **ס' 24** שאומר כי קיום התנאים הללו הם תנאי לחוקיות העיכוב. אם כן, למרות שמדובר באנשים פרטיים, מפני שהופרו ההוראות ברי כי העיכוב אינו חוקי.

השופט דפנה ברק ארז והשופט פוגלמן אמרו כי לא ניתן להטיל על אדם פרטי את החובה להזדהות כי מדובר בחוקים של השומרוני הטוב שצריכים להגיע מרצונם הטוב. עם זאת היא כן סוברת שהעיכוב היה לא חוקי בשל הפרת חובת ההגינות של רשות מנהלית. אמנם אין להם סמכות עיכוב, אך הם עדיין פקחים ויש להם חובת הגינות של רשויות מנהליות שמחייבות אותם להזדהות ולהגיד מה חובת העיכוב.

כל השופטים הגיעו למסקנה כי העיכוב אינו חוקי אך בדרכים שונות, וכתוצאה מכך הסכין שנתפסה אינה יכולה לשמש כראיה (הפעלת **הלכת יששכרוב**).

יתרה מכך, היה גם טלפון שנתפס אך הדבר קרה מחיפוש שנעשה בגין חשד סביר ולכן לא נפסל כראיה (כאמור חיפושים יכולים להיות מצו חיפוש או חשד סביר).

המרה – מסכימה עם עמדת ברק ארז ופוגלמן שקבעו כי אין להחיל את **ס' 24** על אנשים פרטיים הדורש חשיפת סיבת העיכוב כי זה מודגש.

מעצר ע"י שוטר מקום בו אין לו סמכות לכך

נדגיש – תמיד יש להעדיף עיכוב על פני מעצר (**ס' 23(ג) לחוק המעצרים**). והתנגדות לעיכוב או הפרעה לסמכויות העיכוב מקנה סמכות מעצר (**ס' 23(ב) לחוק המעצרים**). עם זאת, מקום שיש לשוטר רק סמכות עיכוב ואין לו סמכות מעצר הוא חייב להתחיל בעיכוב. מעצר בטרם נעשה עיכוב כי הוא מניח שתהיה התנגדות אינו כשר ולא ניתן להכשרה במצב מעין זה. אם האדם מראה התנגדות בפועל זו עילה למעצר, אך התנגדות לא תהווה הכשרה בדיעבד אם קודם עצר מבלי עיכוב ואז נתקל בהתנגדות.

דוגמאות:

פס"ד שמשי

שמשי היה עם קבוצת אנשים ברכב. שוטר הגיע ואמר לאחת הנשים באוטו שהיא עצורה מעילת שוטטות. שמשי אחז בידה של האישה והפריע לשוטר. שמשי הואשם בהפרעה לשוטר במילוי תפקידו. שמשי זוכה משום שהעבירה הזו באותה תקופה אפשרה עיכוב ולא מעצר, אך ברגע שהשוטר התחיל במעצר הוא פעל שלא כחוק ולא בסמכותו ולא ניתן להצדיק את זה בדיעבד בכך שהייתה התנגדות. שמשי זוכה כי הוא לא הפריע לסמכות עיכוב כי לא הייתה כזו מלכתחילה לשוטר.

פס"ד אברג'יל

אברג'יל ברח ממשמורת וזוכה מבריחה ממשמורת חוקית. מאחר שהתחילו במעצר זה לא בריחה ממשמורת חוקית, כי הייתה רק סמכות לעיכוב ולא למעצר, אך לא עכבו אותו ועצרו אותו מיד – כלומר, המשמורת לא הייתה חוקית.

דיני המעצריםעקרונותא. עקרון החוקיות –**ס' 1 לחוק המעצרים – מעצר ותחולה**

(א) אין מעצר ועיכוב אלא בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו.

זו סוג של חזרה על האמור ב**חו"י: כוה"ח**. כשנלמד את חוק המעצרים נראה שהחוק מתייחס גם למעצרים זניחים לכאורה כי לא יכול להיות מעצר ללא סמכות חוקית, זאת בשל הפגיעה בזכות החירות מתוקף חוה"י.

פס"ד מורוזובה – דובר על נאשמת שהורשעה בבהמ"ש המחוזי וערערה לעליון. בהמ"ש העליון מבטל את פסה"ד ומחזיר אותו לבהמ"ש המחוזי לדיון חדש, מבלי להחליט דבר נוסף בעניין. במעצר עד תום ההליכים באותה תקופה הוגבל לפי **ס' 61 לחוק המעצרים** ל-9 חודשים אותם הערכאה הדיונית (בה מתנהל המשפט) יכולה להטיל. במידה וההליכים לא נגמרים בתקופה זו הסמכות להאריך את המעצר היא של בהמ"ש העליון. במקרה דנן, מוצו 9 החודשים.

השאלה: **האם לבהמ"ש ישנה סמכות להמשיך את המעצר עד תום ההליכים לעוד 9 חודשים או שהסמכות עוברת להכרעה בלעדית של בהמ"ש העליון, שכן מוצתה לכאורה התקופה אך מתחיל משפט חדש?**

ביניש – איזו ערכאה מוסמכת לדון במעצרו של מי שפסק דינו המרשיע בוטל בערעור ועניינו הוחזר לדיון מחדש בערכאה הדיונית?

השופטת סוקרת את כל הגלגולים של חוק סדר הדין הפלילי וחוק המעצרים ומראה כי ההיסטוריה החקיקתית היא כזו שכל פעם שעלה צורך במעצר חדש או מעצר שלא חשבו עליו החוק תוקן והוסיפו סוג של מעצר, כלומר שלא יכול להיות מעצר ללא חוק. מסיבה זו הערכאה היחידה בנקודה זו שיכולה להאריך את המעצר עד תום ההליכים במקרה דנן היא בהמ"ש העליון ולא ניתן להבליע את זמן המעצר שכבר מוצה (**ס' 62 לחוק המעצרים**).

אם כן, ימי המעצר של הערכאה הדיונית הסתיימו ועפ"י מצוות החוק הסמכות היחידה כרגע היא של בהמ"ש העליון.

ב. כבוד האדם –**ס' 1 לחוק המעצרים – מעצר ותחולה**

(ב) מעצרו ועיכובו של אדם יהיו בדרך שתבטיח שמירה מרבית על כבוד האדם ועל זכויותיו.

גם פה יש חזרה לכאורה על **חו"י: כוה"ח**, אך חשוב לציין כי חוק המעצרים לא מסתפק בהצהרה הכללית הזו של כבוד האדם. תכליתיות ומידתיות הם חלק חשוב ובסיסי במעצרים כשהוא מלא בהוראות העדפה ברוח המידתיות.

ג. עקרון התחולה הכללית –**ס' 1 לחוק המעצרים – מעצר ותחולה**

(ג) הוראות חוק זה יחולו על מעצר ועל עיכוב לפי כל חוק, אלא אם כן נקבעו בחוק הוראות אחרות.

הרעיון הוא שהוראות חוק המעצרים יחולו גם על מעצרים שנמצאים בחוקים אחרים אלא אם החוקים האחרים 'קובעים באופן ספציפי משהו אחר, מפני שחוק ספציפי גובר על חוק כללי. הסיבה היא אחידות ושהמחוקק רצה כמה שיותר להחיל את הוראות החוק המודרני יותר אשר תואם את הוראות **חו"י: כוה"ח**.

דיברנו על זה כשדיברנו על חוק החיפוש בגוף ב**פס"ד לאוניד לוי** – פסה"ד דיבר על החלת חוק החיפוש בגוף על בדיקת שכרות, כאשר המחוקק קבע היום כי מי שמסרב לחיפוש בגוף הוא בחזקת שיכור. הדבר למעשה מגדיר אחידות.

סמכות במעצרים**ס' 2 לחוק המעצרים – סמכות עניינית**

2. הסמכות העניינית לדון בענין שחוק זה דן בו תהא נתונה –

(1) כל עוד לא הוגש כתב אישום – לבית משפט השלום;

(2) לאחר הגשת כתב אישום – לבית המשפט המוסמך לדון בכתב האישום;

(3) בערעור – לבית המשפט שלערעור.

הסעיף קובע כי כל הדיונים במעצרים:

- לפני הגשת כתב אישום הם בבהמ"ש השלום.

- דיונים במעצרים לאחר הגשת כתב אישום יתבצעו בבהמ"ש אליו הוגש כתב האישום (לא אותם שופטים, כן אותו בהמ"ש).

- הסמכות בערעור – של בהמ"ש בערעור.

סוגי מעצרים לפי סדר התרחשותם**א. מעצר ראשוני ע"י שוטר –**

1. **בצו** – המשטרה הוציאה צו מעצר. הצו תקף ל-180 יום, אבל מי שמבצע אותו הוא שוטר. אדם לא יודע שיש נגדו צו מעצר אבל שוטר מבצע אותו. הצו מוצא מכוח **ס'13 לחוק** והביצוע נעשה מכוח **ס'19**. צריך להביא את העצור לשופט תוך 24 שעות מהמעצר.
2. **שלא בצו** – מדובר בשוטר שנקלע לזירת האירוע / מישהו מזעיק שוטר. השוטר מגיע ויש לו סמכות לעצור שלא בצו לפי ס'23. זה מעצר שלא יכול להמשך יותר מ-24 שעות.
- ב. **הארכת מעצר / "מעצר ימים" / מעצר לפני הגשת כתב אישום** – מקרה בו רוצים להאריך את המעצר. על מעצר שלפני הגשת כתב אישום יהיה בבהמ"ש השלום. הארכת המעצר תתבצע לפי **ס'13 לחוק המעצרים**.
- ג. **מעצר לפי הצהרת תובע** – זה מעצר בו תובע מצהיר כי סביר להניח שיגיש כתב אישום והוא יבקש במקרה כזה מעצר עד תום ההליכים. בהמ"ש מוסמך לתת עד 5 ימי מעצר לפי **ס'17(ד) לחוק המעצרים** בהם התביעה תכתוב את כתבי האישום. זה סוג של מעצר גישור בין החקירה למשפט. למעשה, כשהסתיימה החקירה חייבים לשחרר את העצור, אך מעצר זה מאפשר להאריך את המעצר. גם הדיון במעצר זה יהיה בבהמ"ש השלום.
- ד. **מעצר עד תום ההליכים – ס'21 לחוק המעצרים** הבקשה מוגשת יחד עם כתב האישום ולאחר שהמ"ש אליו מוגש כתב האישום. המעצר לא תמיד יהיה עד תום ההליכים באמת, אך המעצר לא לתקופה מוגבלת אלא למשך תקופת ההליך. ההגבלות הן שהערכאה הדיונית רשאית להטיל עד 9 חודשים במעצר רגיל או עד 18 חודשים באיזוק אלקטרוני.
- ה. **מעצר לצורך הגשת ערעור** – מדובר על מקרה בו לדוגמה בהמ"ש המחוזי דן בתיק רצח בו 2 זיכיו 11 הרשיע והתביעה רוצה לערער על זה. בנוסף התביעה חושבת שהאדם מסוכן ומבקשת מבהמ"ש ימי מעצר לשם כתיבת הערעור. בהמ"ש יכול לתת עד 72 שעות לכתיבת הערעור. גם זה מעצר גישור בין מתן פסה"ד להגשת הערעור. **ס'22 וס'63 לחוק המעצרים**.
- ו. **מעצר בערעור** – ערכאת הערעור מקבלת למעשה את כל הסמכויות של הערכאה דלמטה. שם תוכל אף לקבוע מעצר עד 9 חודשים (ככל שתקופה זו לא מוצתה במהלך ההליך בערכאה דלמטה). **ס'22 וס'63 לחוק המעצרים**.

איך נלמד דיני מעצרים?

נגיע לכל סוג מעצר, ננתח אותו באמצעות מסלול עיקרי ומסלול משני. לעולם המסלול העיקרי והמשני לא מצוינים בחוק – זה רק לצרכי ההבנה שלנו. נבדוק:

מסלול עיקרי –

- **מה הבסיס העובדתי** הנדרש שקושר את האדם לעבירה (מה הסף הראייתי)?
- **מהן עילות המעצר** האפשריות מפני שמעצר אינו עונש שניתן לאחר הליך הוגן אלא הינו אמצעי שנועד להשיג מטרה מסוימת והעצור עדיין נהנה מחזקת החפות ונדרשת עילת מעצר.
- **מסוכנות** – סיכון בטחון אדם, סיכון הציבור וכו'. עילת המסוכנות תופיע ב-2 צורות:
 - **נלמדת מהאדם עצמו** – כלל האינדיקציות האינדיבידואליות הנלמדות מהאדם עצמו (עברו למשל).
 - **נלמדת מעצם קיומו של בסיס עובדתי לעבירה מסוכנת** – כלומר, במצב של מסוכנות יש קשר בין עילת המעצר לבסיס העובדתי. למשל: עצם קיום חשד לרצח יוצרת את המסוכנות של החשוד אפילו טרם נבדק עברו הפלילי וכו'. מסוכנות כזו יכולה להיות גם מסוכנות שיפגעו בחשוד עצמו ולא שהוא יפגע באחרים.
 - **שיבוש** – שם כולל לכל החששות כמו העלמת ראיות, הטרדת עדים, בריחה וכו'.
 - **חלופת מעצר** (הצורך לבחון האם אפשר להשיג את עילת המעצר בדרך פחות פוגעת בחירות החשוד ויותר מידתית).

מסלול שני –

בכל סוג של מעצר יש סיטואציות בהן ניתן לעצור בגין **הפרת הוראות חוקית קודמת**. כלומר, מעצר במסלול מקוצר שנובע מהפרה של הוראה חוקית קודמת שקשורה למעצר – הפרת ההוראה היא זו שמכוננת את עילת המעצר. אין צורך לבחון את הפרמטרים שמציגים במסלול העיקרי. למשל: התנגדות לעיכוב.

מעצר ראשוני על ידי שוטר ללא צו שופט**ס'4 לחוק המעצרים - עדיפות למעצר בצו**

4. מעצר אדם יהיה בצו של שופט (להלן – צו מעצר), אלא אם כן הוענקה בחוק סמכות לעצור בלא צו.

אם כן, יש הוראה ברורה להעדיף מעצר שהוא בצו על פני מעצר שהוא לא בצו אך עדיין ינשם מצבים בהם שוטרים יכולים לעצור שלא בצו.

מסלול עיקרי

דרישות ס'23 לחוק המעצרים:

בסיס עובדתי

דרישה: יסוד סביר לחשד שאותו אדם עבר עבירה בת מעצר.

- **יסוד סביר לחשד** – הפרשנות מפס"ד דגני. המבחן הוא מבחן אובייקטיבי, כלומר האם השוטר הסביר היה מגבש חשד.
 - **טעות עובדתית** לא שוללת את סמכות המעצר, כלומר שאם שוטר חשד בסבירות והחשד התברר לטעות אין הדבר שולל את סמכות המעצר.
- **עבירת בת מעצר** – מוגדרת ב**ס'23(א)(7)** כעוון או פשע. כלומר, עבירה בת מעצר היא רק עוון או פשע ולא ניתן לעצור על חטא.
 - **טעות משפטית** כן מאיינת את חוקיות סמכות המעצר.

עילות מעצר

1) עילת שיבוש

ניתן לראות את עילות השיבוש ב**ס'23(א)(2)**, **ס'23(א)(3)** או **ס'23(א)(6)**:

- **ס'23(א)(2)** – יש לו יסוד סביר לחשש שהחשוד לא יופיע להליכי חקירה;
- **ס'23(א)(3)** – יש לו יסוד סביר לחשש ששחרור החשוד או אי-מעצרו יביא לידי שיבוש הליכי משפט ובכלל זה העלמת רכוש, השפעה על עדים או פגיעה בראיות בדרך אחרת;
- **ס'23(א)(6)** – האדם משוחרר בערובה, ויש יסוד סביר להניח כי הוא הפר תנאי מתנאי השחרור או כי הוא עומד להימלט מהדין או שהוא עצור במעצר בפיקוח אלקטרוני, ויש יסוד סביר להניח כי הוא הפר תנאי מתנאי תכנית הפיקוח, או שיש יסוד סביר לחשש שהוא נמלט ממשמורת חוקית;

2) עילת מסוכנות

- **מהאדם עצמו**
 - **ס'23(א)(1)** – האדם עובר בפניו או עבר זה מקרוב עבירה בת מעצר, והוא סבור, בשל כך, שהוא עלול לסכן את בטחונו של אדם, את בטחון הציבור או את בטחון המדינה;
 - **זה מקרוב = משהו שנמדד בשעות ולא בימים.** הדבר נקבע ב**פס"ד כהן נ' התובע הצבאי** בו חייל נתפס על עבירת תנועה והשוטר הצבאי אמר לו להגיע למחרת לתחנת המשטרה. בתחנת המשטרה נעצר ללא צו מעצר ובהמשך קבע כי זה לא תקין שכן זה "לא מקרוב" אם מדובר בעבירה שבוצעה אמש.
 - הסעיף הזה מתייחס לסיטואציה בה העבירה נעברה בפני השוטר באופן בו הוא הבין את מסוכנות החשוד באמצעות חושיו.
 - **ס'23(א)(4)** – יש לו יסוד סביר לחשש שהחשוד יסכן את בטחונו של אדם, את בטחון הציבור או את בטחון המדינה;
 - סעיף זה כולל לכאורה את ס'1 לעיל. המרצה מניחה כי מדובר במקרים בהם השוטר נתקל בו נעברה עבירה בפני שוטר אך לא זה מקרוב. לשוטר יש סביר להניח מסוכנות גם אם הוא לא קולט את זה בחושיו למשל, אם הוא נתקל במבוקש.
 - סעיף זה מאפשר לשוטר לגבר את החשד לגבי המסוכנות מנסיבות אחרות ולא זה מקרוב או בפניו.
- **מעצם קיומו של בסיס עובדתי לעבירה מסוכנת**
 - **ס'23(א)(5)** – האדם חשוד שעבר אחד מאלה:
 - (א) עבירה שדינה מיתה או מאסר עולם;
 - (ב) עבירת בטחון כאמור בסעיף 35(ב);
 - (ג) עבירה לפי פקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973, למעט עבירה הנוגעת לשימוש בסם או להחזקת סם לשימוש עצמי;

- (ד) עבירה שנעשתה באלימות חמורה או באכזריות או תוך שימוש בנשק חם או קר;
 (ה) עבירת אלימות בבן משפחה כמשמעותו בחוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א-1991;
 ■ מדובר על מסוכנות שנלמדת מתוך בסיס עובדתי לעבירה מסוכנת.

חלופת מעצר

ס'25 קובע כי כאשר שוטר עוצר ללא צו עליו להביא את האדם ללא דיחוי לתחנת המשטרה. כמובן שלכל כלל יש את חריגיו וכו', אך הדבר בכפוף לחריגים שמנויים בסעיף. בתחנה האדם מובא בפני הקצין הממונה התחנה שפועל לפי **ס'27**:

ס'27 לחוק המעצרים – בירור מטעם הקצין הממונה

27. (א) נעצר אדם ללא צו מעצר, והובא לתחנת המשטרה, יברר הקצין הממונה אם התקיים אחד התנאים שבסעיף 23.

כלומר, על הקצין הממונה לוודא כי המעצר אכן כדין.

(ב) מצא הקצין הממונה שלא התקיים אחד התנאים האמורים בסעיף 23 ישחרר את העצור על אתר, אלא אם כן קיימת עילת מעצר לפי סעיף 13.

כלומר, אם נמצא שהמעצר שלא כדין יש לשחרר את העצור. עם זאת, הקצין הממונה יכול לשקול האם קיימת עילת מעצר שתינתן ע"י השופט בהתאם ל**ס'13**.

(ג) מצא הקצין הממונה שקיימת עילת מעצר לפי סעיף 13 רשאי הוא, לאחר שהסביר לחשוד את שיקוליו, לעצור אותו או לשחררו בערובה.

מי ששוקל את חלופת המעצר זה הקצין הממונה שיכול להחליט האם זה מישוה שהוא רוצה לקחת להארכת מעצר אצל שופט תוך 24 שעות, או שהוא **משחרר אותו בערובה וזו חלופה המעצר** (הטלת תנאים לשחרור).

תנאי שחרור בערובה/חלופה מעצר

קבועים ב**ס'42 לחוק המעצרים** התנאים שיכול הקצין הממונה להטיל על החשוד ובתנאי שנתן הסכמתו לשחרור בערובה בתנאי זה.

- (1) חובת הודעה על כל שינוי במען המגורים ובמקום העבודה;
- (2) איסור יציאה מן הארץ והפקדת הדרכון, לתקופה שלא תעלה על 3 חודשים;
- (3) איסור כניסה לאזור, לישוב או למקום בארץ, שיקבע, לתקופה שלא תעלה על 15 ימים;
- (4) איסור לקיים קשר או להיפגש עם מי שיקבע, לתקופה שלא תעלה על 30 ימים;
- (5) חובת מגורים או הימצאות באזור, בישוב או במקום בארץ, שיקבע, לתקופה שלא תעלה על 15 ימים;
- (6) חובה להתייצב בתחנת המשטרה במועדים שיקבע;
- (7) איסור יציאה ממקום המגורים במשך כל שעות היממה או חלק ממנה, לתקופה שלא תעלה על 5 ימים;
- (8) הפקדת כלי הנשק שברשותו בתחנת המשטרה – לעניין חשוד בעבירת אלימות.

מסלול משני

הפרת הוראות חוקית של אחד מאלו תביא למעצרו של חשוד ע"י שוטר ללא צו.

- **ס'23(ב)** – התנגדות או הפרעה לעיכוב = מעצר.

- **ס'47** – תוצאות אי המצאת ערובה = מעצר.

- **ס'23(א)(6)** – המלטות ממשמורת = מעצר.

29/12/19 – לא היה שיעור, חופשת חנוכה

שיעור 11 – 12/01/2020

מעצר ראשוני על ידי שוטר על פי צו שופט

מדובר על הליך דו שלבי:

א. **הוצאת הצו הראשוני** – נעשה מכוח **ס' 12+13 לחוק המעצרים** אשר עוסקים בכל סמכויותיו של שופט להוצאת צו לפני הגשת כתב אישום. **ס' 12** קובע את הסמכות הכללית להוצאת צו המעצר, ואילו **ס' 13** קובע את התנאים והעילות להוצאת צו המעצר הראשוני (היינו – כל צו מעצר שמוצא לפני הגשת כתב אישום). כרגע מדובר על צו בהיעדר נוכחות החשוד (הארכת מעצר נעשית מכוח אותם סעיפים – כפי שכל המעצרים לפני הגשת כתב אישום נעשים בהתאם לסעיפים אלו).

תוקף הצו הוא 180 ימים לביצועו על ידי המשטרה, אלא אם השופט האריך את תוקפו בהחלטה מנומקת (**ס' 19 לחוק המעצרים**). ברגע שהמשטרה ביצעה את הצו, אם לא שוחרר החשוד לפני תום 24 שעות ממועד המעצר, יש להביא את החשוד לפני שופט (**ס' 17(ג) לחוק המעצרים**).

ס' 20 לחוק המעצרים קובע כי כאשר כי אם שופט לא קבע כי החשוד לא ישוחרר אלא אם יובא בפני שופט (כלומר שהאופציה היחידה לשחרורו היא הבאתו בפני שופט) ניתן לשחרר את החשוד בהחלטת שוטר/בהתאם לערובות שקבע מראש השופט או בהתאם להסכמה עם סגור החשוד על ערובות (ואם אין הסכמה השוטר תמיד יכול ללכת להארכת מעצר לפני שופט).

- **הערה:** אין זה משנה אם מדובר במעצר ראשוני בצו או לא, יש להביא את החשוד להארכת מעצר בפני שופט תוך 24 שעות.
- ב. **ביצוע המעצר באמצעות הצו.** גם מעצר כזה הוא מעצר שהאדם עדיין לא ראה שופט. מדובר במצב בו המשטרה פנתה לשופט, הוציאה צו מעצר, האדם אינו יודע כי הצו הוצא, ובשלב כלשהו השוטרים הולכים אליו ומבצעים את הצו.

אופן ביצוע המעצר/ביצוע הצו

בניגוד למעצרים הבאים עליהם נדבר, המעצרים הראשוניים מבוצעים על ידי שוטרים. לכן, מעבר לסיבות והעילות, יש עניין של אופן ביצוע הצו. כדי שהמעצר יהיה חוקי, אופן ביצוע המעצר על ידי השוטר צריך להיות בהתאם לחוק.

לעניין זה יש לנו את **ס' 24 לחוק המעצרים** (שדיברנו עליו כשדיברנו על עיכוב).

ס' 24 לחוק המעצרים – ביצוע המעצר (תיקון מס' 1) תשנ"ז-1997

24. (א) העוצר אדם יזהה את עצמו תחילה בפני החשוד, בציון שמו או כינויו הרשמי והיותו שוטר או עובד ציבור, יודיע לו מיד שהוא עוצר ויבהיר לו את סיבת המעצר בהקדם האפשרי במהלך ביצוע המעצר; שוטר יזהה את עצמו גם בהתאם להוראות סעיף 5א לפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971 (להלן – פקודת המשטרה), ועובד ציבור יזהה את עצמו גם על ידי הצגת תעודה המעידה על סמכויותיו. היה המעצר על פי צו שופט, ימסור מבצע המעצר לעצור עותק מהצו.

2 הדברים מרכזיים ב**ס' 24** הוא הזדהותו של השוטר לפני כללי זיהוי שוטר + הבהרת סיבת המעצר לנעצר. הדבר למעשה מעגן את האמור ב**פס"ד קדושים** בו קבע בהמ"ש כי אדם זכאי לדעת את הסיבה למעצרו, ואת הסיבה הזו יש לומר בלשון בני אדם (על מנת שיבינו, שהרי בני אדם מן היישוב לא מכירים את השפה המשפטית הטכנית).

(ב) הוראות סעיף קטן (א), למעט החובה להודיע לחשוד על המעצר ולמסור לו עותק מהצו, לא יחולו – (**חלופות**)

- (1) אם ברור בנסיבות הענין, כי זהות השוטר וסיבת המעצר ידועים לעצור;
 - (2) אם מילוין עלול לסכל את ביצוע המעצר;
 - (3) אם מילוין עלול לגרום לפגיעה בבטחון מבצע המעצר בשעת ביצוע המעצר או להעלמת ראיה;
- חלפו הנסיבות שמנעו מילוי הוראות סעיף קטן (א), יקיים מבצע המעצר את ההוראות האמורות מוקדם ככל האפשר.

ס' 24(ב) לחוק המעצרים קובע **חריגים להזדהות שוטר בנסיבות מסוימות** (הקבועות הסעיף, **חלופות**), אך כשחלפו הנסיבות עליו להזדהות.

(ג) מילוי החובות האמורות בסעיפים קטנים (א) ו-(ב) הוא תנאי לחוקיות המעצר.

ס' 24(ג) לחוק המעצרים במפורש אומר כי זיהוי + הודעת סיבת המעצר ומתן עותק מהצו הם תנאי לחוקיות המעצר. **מעצר שנעשה באי קיום הכללים הללו הוא מעצר לא חוקי.**

הכשרת מעצר לא חוקי

יש מצבים בהם מעצר לא חוקי הופך "לחוקי" ע"י הכשרה.

א. **הכשרת מעצר על ידי הקצין הממונה (ס' 27 לחוק המעצרים)** – גם אם הקצין הממונה רואה כי הייתה בעיה לפי **ס' 23 לחוק המעצרים**, הוא עדיין יכול להמשיך לעצור את האדם אם מתקיימים אחד התנאים של ס' 13 (האם השופט יכול לעצור את החשוד, אם יובא בפניו). כלומר, הקצין הממונה יכול לעצור מחדש את המעצר, גם אם הייתה תקלה כלשהי קודם לכן.

ב. **הכשרת מעצר על ידי בהמ"ש** – זו נקודה חשובה שיש להדגיש. כשלבהמ"ש יש סמכות מעצר, וישנם דברים לא חוקיים שנעשו קודם לכן הם אמנם שיקול שיעמוד בפני בהמ"ש, אך אינם שוללים את סמכותו. ייתכן כי אי חוקיות המעצר שנעשה קודם לכן ישפיעו על השופט, אך הכל תלוי בנסיבות (אם מדובר על אדם מסוכן, ייתכן כי האינטרס הציבורי יגבר למשל).

דוגמאות:

מד"י נ' דרור ג'נאח

אדם עוכב למעלה מ-3 שעות ולאחר מכן נעצר. בגלגולים השונים התיק הגיע לבהמ"ש העליון. הטענה הייתה שמאחר שהעוכב נמשך מעל 3 שעות (בניגוד לחוק), הרי כי המעצר אינו חוקי ובהמ"ש לא יכול להאריך את המעצר.

פס"ד אשרף

אדם הובא להארכת מעצר בפני שופט, אך סנגורו לא הגיע ולכן הוא לא הסכים להיכנס. לאחר שהסנגור הגיע הוא טען כי חלפו 24 שעות ולכן יש לשחררו ולא ניתן להאריך את מעצרו.

בהמ"ש קבע כי ס'24(ג) לא חל על מצבים בהם החשוד עושה דין לעצמו ומסרב להתייצב בפני שופט. עם זאת, הוסיף בהמ"ש כי גם מקום בו נפל פגם בהליכי המעצר, אין בהמ"ש שדן בבקשה רשאי להתעלם מהחומר שבפניו, ושומה עליו לדון בבקשה ולהחליט בה.

- **הערה:** מעצר ייחשב לא חוקי אם במצב ששוטר לא קיים את התנאים לביצוע המעצר/ החשוד לא הוזהר ולא נאמר לו שזכותו להיוועץ בעו"ד ולשתוק / במצב שעצר בגין עבירה שאינה בת מעצר וכו'. עם זאת, אם שוטר ביצע מעצר בטעות אנוש ובתו"ל לא ייחשב המעצר ללא חוקי.

תוצאות אפשריות של מעצר לא חוקי

1. **פסילת ראיות** – עד לפס"ד יששכרוב גם אם מעצר היה לא חוקי ייתכן כי כל מה שנגזר ממנו גם הוא לא חוקי. אך לאחר הלכת יששכרוב הכל כפוף לשיקול הדעת מהלכת יששכרוב.
 2. **תביעה נגד שוטר – סעיף 44 לפסד"פ** קובע כי מעצר בתום לב ולמען שלום הציבור לא יגררו תוצאות אזרחיות או פליליות. עם זאת מכלל הלאו נלמד ההן, כי יש אפשרות לתביעה אזרחית של הנעצר אם המעצר לא היה בתו"ל ולמען שלום הציבור, אך על הנעצר צריך להגיש תביעה נפרדת.
 3. **פיצוי מהמדינה – סעיף 38(א) לחוק המעצרים** קובע כי כאשר מדובר במעצר שלא היה לו יסוד, בהמ"ש יכול לקבוע כי המדינה תפצה את הנעצר, אף ללא תביעה נפרדת (בהמ"ש של המעצר יקבע את הפיצוי).
 4. **פיצוי מהמתלונן – סעיף 38(ב) לחוק המעצרים** קובע כי תלונת סרק שהביא לעצירתו של אדם, יכולה להטיל חובת פיצוי על המתלונן.
 5. **בריחה / התנגדות למעצר** – כאשר המעצר לא חוקי והנעצר ברח ממעצר, הבריחה אינה ממשמורת חוקית. **פס"ד שמשי** – שמשי הפריע לשוטר לעצור את הפורצה וזוכה מהפרעה לשוטר בעת מילוי תפקידו שכן השוטר לא היה מוסמך לבצע את המעצר.
- פס"ד אברג'יל** – לא ברח ממשמורת חוקית כי היה לשוטר סמכות לעכב אותו אך לא לעצור.

- **הערה:** לא נדרשת פעולה פיזית כדי שמעצר ייחשב לחוקי. מספיק שמודיעי לאדם שהוא עצור ושהשוטר מזדהה. **פס"ד קנוש** – אדם נעצר כשהיה חייל. החייל ברח וטען כי המצר לא היה חוקי כי לא נעשה דבר פיזי (יד על הכתף / אזיקים וכו'). בהמ"ש קבע כי אם שוטר אומר לאדם באופן ברור שהוא עצור אין צורך בפעולה פיזית מצב העוצר שתמחיש הלכה למעשה את העובדה שהעוצר הטל פיקוחו על הנעצר.

מה הסמכויות הנלוות למעצר?

שאלה שעולה כשמדברים על מצעים ע"י שוטרים היא מה הסמכויות הנלוות למעצר?

א) הפעלת כוח

האם שוטר יכול להפעיל כוח אגב מעצר? איזה כוח?

אם המעצר נעשה בצו **ס'26 לחסד"פ** קובע כי שניתן להשתמש בכוח סביר לביצוע הצו. **סעיף 19 לפסד"פ** מתייחס לכל מעצר, גם מעצר ללא צו, וקובע כי מותר להשתמש בכוח סביר לביצוע מעצר (גם ללא צו, מי שמוסמך לעצור אדם).

פס"ד עובדיה (שנות ה-60)

שוטרים הגיעו לעצור דייג על החזקת חומרי נפץ לשם דייג. הדייג לא התנגד למעצר, אך כשביקשו לעצור אותו הוא כן התנגד. בהמ"ש זיכה את הדייג מתקיפת שוטר כי השימוש בכוח היה לא סביר, שכן לא הייתה סיבה לעצור אותו. **סבירות היא תלוית הקשר, ואף ייתכנו מצבים בהם אף כוח קלטני יהיה סביר** (אם גם ההתנגדות והסיטואציה דרשו כוח כזה).

מתי הפעלת כוח קלטני יהיה הפעלת כוח סביר?

פס"ד גולד

עצור בתחנת משטרה ניסה להימלט בכך שבעט בגולד השוטר. גולד השוטר הזהיר אותו מילולית ולאחר שהמשיך ירה יריית אזהרה באוויר ואז ירה מתוך כוונה לפגוע ברגלו של העצור כדי למנוע את ההימלטות שלו אבל בטעות הרג אותו. השוטר זוכה. ביהמ"ש קבע כי **שימוש בכוח קלטני אגב מעצר הוא מותר, בהתקיימות 3 תנאים מצטברים**:

1. **המעצר הבסיסי היה חוקי** - כדי שתהיה סמכות נלווית. מעצר שלא חוקי ברור שאי אפשר אח"כ להכשיר שימוש בכוח כזה.
2. **המעצר הוא בגין עבירת פשע**.
3. **הירי הוא האמצעי האחרון היעיל** - כשאין ברירה, ניסיון הכל לפני כן וגם כאן יורים לפי נוהל פתיחה באש - אזהרה מילולית, אח"כ יריה באוויר ואח"כ יריה לרגל שלא במטרה להרוג, אלא במטרה לעצור בלבד.

פס"ד אנקונינה

רקע: שוטר מג"ב עמד במחסום שהוצב לאחר פגיע ברצועת עזה ונוצרו תורים. רכב שראה את המחסום ניסה להסתובב לאחור ולחזור אחר עקבותיו. השוטר קרא לו בערבית לעצור ולאחר שלא עצר ירה 2 יריות באוויר והרכב המשיך להסתובב ואז ירה לעבר לגלגל הרכב אבל בטעות הרג את הנהג. ביהמ"ש **ישם את מבחני גולד** (מעצר חוקי; עבירת פשע; אמצעי אחרון) אבל **שיקלל, חידד והקשיח** אותם, בדגש על המבחן השני (וקצת השלישי):

בעניין המבחן השני – המעצר הוא בגין עבירת פשע – נקבע כי לא מדובר על סתם עבירת פשע אלא על עבירת פשע שמסכנת חיי אדם (ולא עבירת צווארון לבן). ברגע שהנהג ברכב ניסה להסתובב היה ניסיון לעצור אותו בחשד שהוא המחבל ולכן זה תקף פה – כן מדובר בפשע שמסכן חיים.

בעניין המבחן השלישי, חשוב שזה באמת יהיה **האמצעי האחרון** שניתן להשתמש בו, לאחר אזהרה מילולית וירייה באוויר. גם כאן השוטר זוכה. צריך להיות האמצעי האחרון וגם אז לא בצורה שמטרתה לפגוע, אלא לפי נוהל פתיחה באש (אזהרה מילולית, יריה באוויר ואז להרוג).

פס"ד טקה

השוטר נשאל מדוע לא ירה באוויר. התשובה שלו הייתה כי האזור היה אזור מסוכן לירייה באוויר, שכן היה מסכן אנשים נוספים.

הערה: אמצעי נוסף שנותנים לשוטרים היום זה אקדח טיזר (חשמל), אשר כואב מאוד. האקדח כן מנטרל את האדם, אך ב-99.9% מהמקרים לא הורג. אמצעי זה גם הוא פגיעה בחירויות וכו', אך מדובר באמצעי שפוגע הרבה פחות ויש פחות סכנה לחיי אדם.

ב) סמכות כניסה למקום (חיפוש, תפיסה וכניסה לחצרים)

אבחנה לגבי מעצר בצו ומעצר שלא בצו:

- א. **מעצר בצו: ס'26(1) לחוק המעצרים** מתייחס לכניסה למקום וקובע כי כאשר שוטר מבצע צו מעצר השוטר יכול להיכנס לכל מקום שהוא חושב שהחשוד נמצא בו.
- ב. **מעצר שלא בצו**: נשאלת השאלה האם **ס'45 לפסד"פ** מקנה סמכות עצמאית לכניסה לכל מקום או דורש סמכות מוקדמת, כמו צו מעצר? כלומר, האם שוטר יכול להשתמש בסעיף זה כדי להיכנס לכל מקום כדי לבצע מעצר, אף אם אין לו צו?

סעיף 45 לפסד"פ – כניסה למקום

45. אדם הגר בבית או במקום שמותר להיכנס אליו מכוח רשות לעצור או לחפש, או הממונה על בית או מקום כאמור, ירשה, לפי הדרישה, כניסה חפשית ויתן כל הקלה סבירה; נדרש וסירב להרשות כניסה כאמור, מי שזכאי להיכנס רשאי לבצע את הכניסה בכוח.

העניין עלה בפס"ד בירמן

רקע: חייל נמלט ממשמורת חוקית ובעבור זמן מה באו מ"צ וכבדו לביתו על מנת לחפש את העריק. הוא התנגד לכניסה לבית בטענה שהשוטרים לא היו רשאים ומוסמכים להיכנס ללא צו מעצר. לא הייתה מחלוקת לכך שהמעצר הוא חוקי ויש להם סמכות לעצור אותו, השאלה הייתה: האם יש להם סמכות להיכנס? כל השופטים הסכימו שהכניסה הייתה חוקית אבל המחלוקת הייתה לגבי ההנמקה.

דעת הרוב השאירה בצריך עיון את האפשרות שס' 45 מקנה סמכות להיכנס לבית לביצוע מעצר גם ללא צו. **דעת הרוב** הייתה שס' 45 **לא מקנה סמכות עצמאית**. על סעיף זה הם הליבשו סעיף אחר שיקנה את סמכות המעצר: יחד עם זאת, את מקור הסמכות הם מצאו ב**ס' 25(4) לפסד"פ** שמגדיר מתי אפשר להיכנס לחפש בבית ללא צו חיפוש. הסעיף מתייחס למצב ששוטר רודף אחרי אדם המתחמק ממעצר או נמלט ממשומרת חוקית. לטענתם, הרדיפה לא חייבת להיות תכופה ולכן זהו מקור הסמכות. השופטים אמרו שהרדיפה כאן היא לא דווקא רדיפה דחופה וגם שוטרים שבאים לתפוס עריק הם גם באים לקיים את תנאי הסעיף ולכן ניתן להלביש את הסעיף הזה על ס' 45. **אלון בדעת מיעוט** סבר כי **ס' 25(4)** מדבר רק על רדיפה תכופה. הוא ביסס את הסמכות על ס' 45 שכן אם יש לשוטר סמכות מעצר אז מניה וביה מתקיים ס' 45. **ס' 45 מקנה סמכות עצמאית לשוטרים לעשות זאת.**

לדעת המרצה, זה יבואו אקדמי כי ס' 25 הוא שיורי וכולל את המקרים הטיפוסיים למצבים בהם אין לשוטר צו מעצר והוא זה שנותן את הסמכות להיכנס ללא צו. אם כל החלופות לא מתקיימות, כנראה שיש מספיק זמן להוציא צו ואז ממילא תינתן סמכות להיכנס לכל מקום.

המרצה טוענת כי ניתן ללמוד על כך שהמחוקק יוצא מנקודת הנחה כי לשוטרים יש סמכות כזו נלמד זאת מ**ס' 40 לחוק המעצרים** (מעצר בידי עובד ציבור) כי לשוטרים יש סמכות לעצור אדם גם כאשר אין צו מעצר: שוטרים כן יכולים גם ללא צו מעצר להיכנס לבית מגורים כדי לבצע מעצר. המרצה חושבת גם שברוב המקרים בהם לשוטר תהיה סמכות לעצור אדם תוך כניסה לבית מגורים גם אם אין לו צו בידי שופט, ניתן להשליך עליו את ס' 25 לפסד"פ כמעט תמיד ניתן יהיה להלביש את הסעיף הזה על ס' 45 לפסד"פ.

עם זאת, לא לומדים על סמכויות מכוח היקש שכן על סמכויות יש ללמוד מאמירה מפורשת. עם זאת **פס"ד בירמן** תמיד יחול ואחד המקרים ייתן לנו את המענה.

הארכת מעצר – "מעצר ימים" (לפני כתב אישום)

בין אם המעצר הראשוני על ידי שוטר עם או בלי צו, תוך 24 שעות יש להביא את החשוד לפני שופט, ואז יש מעצר ימים/הארכת מעצר לפני הגשת כתב אישום.

מעצר ימים נעשה מכוח **ס' 12+ס' 13 לחוק המעצרים**.

מסלול עיקרי

בסיס עובדתי

האדם עבר עבירה שאינה חטא (כלומר, עוון או פשע).

מהו חשד סביר אצל שופט?

דיברנו קודם לכן על חשד סביר של שוטר, כעת מדובר על שופט.

הכלל לעניין זה הם כי שופט יכול להתחשב בכלל נסיבות המקרה. הסיטואציה בה אנו נמצאים היא מעגלית (מצד אחד, המשטרה צריכה להראות לשופט חשד סביר כדי שיתן לה ימי מעצר לשם החקירה, עם זאת, מצד שני, כדי לחקור ולבסס חשד סביר להגשת כתב אישום המשטרה צריכה את ימי המעצר האלה. זה מצב בעייתי. בגלל ה**סיטואציה המעגלית** והמצב הבעייתי החוק (ב**ס' 15 לחוק המעצרים**) והפסיקה **מאפשרים החלה רבה של אינטואיציות השופט** לעניין זה.

השופט יכול לראות ראיות לא קבילות בשלב זה (**ס' 15(ו) לחוק המעצרים**), הוא יכול חומר חסוי וכו'.

מהי התשתית העובדתית הנדרשת כשיש אירוע המוני?

בש"פ סינהרשקו

רקע: מקרה שקרה במהלך פינוי כפר דרום. בעת הפינוי היו אנשים שהתבצרו מעל גג של בית כנסת. נעשו מעשים פליליים **אבל** בגלל שהיו הרבה אנשים לא ניתן היה לדעת מי עשה מה. נעצרו הרבה אנשים.

ביניש קבעה כי מבחינת התשתית העובדתית **באירוע המוני די בשלב הזה בזיקה ראייתית הבאה לכדי ביטוי בנוכחות במקום העבירה כדי לבסס חשד סביר** נגד החשודים ולקשור אותם באופן ראשוני לעבירות שלכאורה בוצעו. עצם הנוכחות יוצרת זיקה ראייתית לאירוע.

אירוע המוני יוצר גם חשש לשיבוש.

עילות מעצר

1) עילת השיבוש

ס'13(א)(1) לחוק המעצרים קובע:

ס'13(א)(1) לחוק המעצרים – עילות המעצר לפני הגשת כתב אישום

13. (א) שופט לא יצווה על מעצרו של אדם, אלא אם כן שוכנע כי קיים חשד סביר שהאדם עבר עבירה, שאיננה חטא, ומתקיימת אחת מעילות אלה:

(1) קיים יסוד סביר לחשש ששחרור החשוד או אי-מעצרו יביא לשיבוש הליכי חקירה או משפט, להתחמקות מחקירה מהליכי שפיטה או מריצוי עונש מאסר, או יביא להעלמת רכוש, להשפעה על עדים או לפגיעה בראיות בדרכי אחרת;

הסעיף למעשה קובע כי ניתן להאריך מעצר אם קיים יסוד סביר ששחרור העצור או אי מעצרו יביא לשיבוש הליכי חקירה או משפט, להתחמקות מחקירה, הליכי שפיטה או ריצוי עונש מאסר או להעלמת רכוש, השפעה על עדים או פגיעה בראיות.

2) עילת מסוכנות**ס'13(א)(2) לחוק המעצרים – עילות המעצר לפני הגשת כתב אישום**

13. (א) שופט לא יצווה על מעצרו של אדם, אלא אם כן שוכנע כי קיים חשד סביר שהאדם עבר עבירה, שאיננה חטא, ומתקיימת אחת מעילות אלה:

(2) קיים יסוד סביר לחשש שהחשוד יסכן את בטחונו של אדם, את בטחון הציבור או את בטחון המדינה;

הסעיף למעשה מאפשר להאריך מעצר אם קיים יסוד סביר לחשש שהנאשם יסכן את בטחונו של אדם, הציבור או המדינה.

הגבלת ימי המעצר בגין עילות מסוכנות ושיבוש

- א. **ס'17(א) לחוק המעצרים** קובע כי שופט רשאי להטיל עד 15 ימי מעצר בכל פעם במעצר ימים (בדבר"כ לא ניתנים 15 ימים, אלא 7 במקרה המקסימלי).
- ב. **ס'17(ב) לחוק המעצרים** קובע כי המגבלה הכללית היא ל-30 ימי מעצר כולל זמן המעצר הראשוני (24 שעות), אלא אם הבקשה מוגשת באישור היועמ"ש.
- ג. אם הבקשה מוגשת באישור היועמ"ש לממשלה, עלינו לעבור ל**ס'59 לחוק המעצרים** קובע כי ההגבלה במצב זה היא ל-45 ימים.
- ד. **ס'62 לחוק המעצרים** קובע כי שופט עליון יכול לאריך את התקופה, אך היא אינה יכולה לעלות על 90 ימי מעצר.

3) הליכי חקירה שלא ניתן לקיימם אלא כשהחשוד נתון בעצר – עילה ייחודית נוספת – ס'13(א)(3) לחוק המעצרים

עילה נוספת ייחודית היא ס'13(א)(3) לחוק המעצרים **הקיימת רק במעצר ימים**.

ס'13(א)(3) לחוק המעצרים – עילות המעצר לפני הגשת כתב אישום

13. (א) שופט לא יצווה על מעצרו של אדם, אלא אם כן שוכנע כי קיים חשד סביר שהאדם עבר עבירה, שאיננה חטא, ומתקיימת אחת מעילות אלה:

(3) בית המשפט שוכנע, מנימוקים מיוחדים שיירשמו, שיש צורך לנקוט הליכי חקירה שלא ניתן לקיימם אלא כשהחשוד נתון במעצר; בית המשפט לא יצווה על מעצר לפי עילה זו לתקופה העולה על 5 ימים; שוכנע בית המשפט שלא ניתן לקיים את הליך החקירה בתוך התקופה האמורה, רשאי הוא לצוות על מעצר לתקופה ארוכה יותר או להאריכו ובלבד שסך כל התקופות לא יעלו על 15 ימים.

אין טענה למסוכנות או שיבוש. מדובר במצב בו המשטרה טוענת כי יש פעולות ייחודיות שהיא יכולה לבצע רק כשהחשוד נתון במעצר, למשל: הכנסת מדובר לתא; הצגת עיתון פיקטיבי לחשוד כדי להשפיע עליו וכו'.

פס"ד ברונסון

פסה"ד מגדיר מה על המשטרה לבחון כדי להחיל עילה זו?

חשין קבע:

א. המשטרה לא צריכה להראות כי החקירה תסוכל ממש אם החשוד לא יישאר במעצר, אך ככל שמדובר רק בהכבדה על חקירת המשטרה זה לא מספיק. לכן, **על המשטרה להראות פגיעה חמורה ביכולת ניהול הסביר של החקירה, אם החשוד לא יהיה במעצר.**

ב. **מהם הנימוקים המיוחדים שירשמו?** השופט צריך לכתוב את הנימוקים ברמת הפשטה שלא תמחק את ייחודם, אך שלא יסכלו את החקירה. בדר"כ השיטה היא פשוט להפנות לחומר חסוי. הפנייה לחומר חסוי אמנם לא עוזרת לחשוד או לסנגורו, אך היא עוזרת לביקורת. הרי על כל מעצר יש ערר, ואם מראים לשופט חומר חסוי, גם בהמ"ש דלמעלה יכול עדיין להעביר ביקורת על הערכאה דלמטה ולבדוק את החומר, מבלי לתרום לצד ההגנה.

הגבלת ימי המעצר בגין עילת הליכי חקירה שלא ניתן לקיימם אלא כשהחשוד נתון בעצר

עד כמה ימים ניתן להאריך מעצר ימים בעילה זו?

סעיף זה מאפשר קיומו של מצב דיי קשה – שכן משאירים אדם במעצר למרות שאינו מסוכן, או מחשש לשיבוש, אלא רק לשם ביצוע תכסיסים עליו. לכן, **החוק מאוד מגביל לעניין זה.**

ס' 13(א)(3) קובע כי במעצר לצורכי חקירה ביהמ"ש יכול להאריך את המעצר עד 5 ימים ואם הוא עדיין סבור שלא ניתן לקיים את כל הליכי החקירה הוא יכול להאריך ב-5 ימים נוספים, אבל סה"כ המעצר לא יעלה על 15 ימים במצטבר (בשונה מ-30).

מה קורה עם אדם שישב במעצר לפני הסגרתו מחו"ל?

בש"פ מקסימוב נ' מד"י

רקע: מקסימוב נעצר ברומניה בעקבות בקשת הסגרה של משטרת ישראל בתאריך 15.5.02. הוא שהה במעצר ברומניה עד שהגיע לישראל חודש אח"כ (13.6.02) ונעצר באותו יום בנתב"ג. הוא הובא לביהמ"ש (26.6.02) להארכת מעצר שהוציא מעצר שתוקפו פחות מ-15 ימים כפי שנדרש בחוק.

מקסימוב טען שלא ניתן לעצור אותו כי יש למנות גם את הימים בהם הוחזק כעצור ברומניה, וזה עובר את המגבלה של 30 יום.

בהמ"ש העליון קבע כי **ימי מעצרו של אדם בחו"ל לצורכי הסגרתו אינם נכללים במניין התקופה בגינה ניתן להחזיק חשוד במעצר.**

שיעור 12 – 19/01/2020

חלופת מעצר

כאשר מתקיימים התשתית העובדתית ועילת המעצר בהמ"ש מחויב לבחון חלופת מעצר.

העניין קבוע ב**ס' 13(ב) לחוק המעצרים** – "שופט לא יצווה על מעצר לפי סעיף קטן (א), אם ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של קביעת ערובה ותנאי ערובה, שפגיעתם בחירותו של החשוד פחותה."

← אם ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך אחרת, מדתית יותר, של ערובות אזי השופט נדרש לעשות כן.

אילו ערובות יש?

כשדיברנו על קצין ממונה דיברנו על **ס' 42 לחוק המעצרים** שמגדיר את הערובות שקצין ממונה יכול להטיל. עם זאת, **כאן מדובר על ערובות ששופט יכול להטיל והעניין קבוע ב'ס' 48 לחוק המעצרים.**

בסעיף זה מנויה רשימה, אך היא **אינה רשימה סגורה**. דוגמה: איסור יציאה מן הארץ, שהייה במקום מסוים (מעצר בית) וכו'.

כל התנאים האלה כוללים את התחייבותו של אותו חשוד להתייצב לחקירה (המשטרה תמשיך לחקור, אך מבלי שאותו אדם יישאר עצור).

האם ומכוח מה אפשר להאריך חלופות מעצר?

בש"פ 5536/13 פלוני

דיברנו בשיעור שעבר על ימי המעצר ששופט יכול להטיל (קבוע בחוק). בנוסף, **ב'ס' 13(ב)** החוק קובע כי יש לפנות לחלופות מעצר ככל שזה מתאפשר. עם זאת, לא כתוב לנו בשום מקום שניתן להאריך את המעצר. אם כן, היכן מעוגנת סמכות בהמ"ש השלום להאריך תוקפם של תנאי שחרור בערובה במסגרת הליכי מעצר ימים?

עמית – מי שמוסמך לפעול על גבול השלם (המעצר) מוסמך לפעול גם בחלקיו של אותו שלם (הערובות – פחות יותר). כלומר, אם ניתנה לבהמ"ש סמכות להאריך מעצר (מתוקף ס'16 לחוק המעצרים), הסמכות כוללת גם תנאי שחרור בערובה שפגיעתם בחירותו של החשוד פחותה יותר.

הסמכות לגבי **חלופות המעצר** נמשכת כל זמן שיש סמכות להאריך מעצרים, כלומר עד 30 יום ואם יש בקשת יועמ"ש אז עד 75 יום (סעיף 17(ב) לחוק המעצרים – הוראות על אורך המעצר).

מעבר לפרק הזמן הזה (= תקופות המעצר המותרות) יש להגיש בקשה לפי ס'58 לחוק המעצרים שעוסק בתוקף ערובות עד להגשת כתב אישום (ומונה גם תנאי שחרור שאינם חלופת מעצר אלא תנאי שחרור שבאים להבטיח שהחשוד יגיע לדיון).

סעיף 58 לחוק המעצרים – תוקף הערובה (תיקון מס' 1) תשנ"ז-1997

58. (א) הערובה ותנאי השחרור בערובה יתבטלו אם לא יוגש כתב אישום נגד החשוד תוך 180 ימים; ואולם בית המשפט רשאי, בתוך תקופת הערובה, להאריך אותה ואת תנאיה, לתקופה נוספת שלא תעלה על 180 ימים, אם הוגשה בקשה באישור תובע.

הסעיף קובע שהערובה ותנאי השחרור בערובה יבטלו תוך 180 יום אם לא הוגש כתב אישום, אלא אם כן הוגשה בקשה בתוך אותה תקופה, אז ניתן להאריך את תנאי הערובה ב-180 ימים נוספים.

הסעיף לא מבחין בין חלופות המעצר השונות. אך, חשוב שהשופט יבחין בין סוגי הערובות השונות כתחליף למעצר משום שלמשל ערובה כספית שונה ממעצר בית.

גם **מעבר לתקופות המעצר** אפשר להמשיך את **השחרור בערובה** אפשר לעשות זאת בתוך 180 ימים.

סיכום הארכת חלופות מעצר:

- **ערובות שהן חלופה למעצר** (אמצעי מידתי יותר למעצר) – אז הגיוני שאפשר להאריך אותן עד לתקופה שהיה ניתן להאריך מעצר (כי זו סנקציה פחותה יותר) (על פי **סעיף 17(ב) לחוק המעצרים**). חשוב שהשופט יבחין בין חלופות המעצר השונות כאמור.
- **ערובות שמטרתן להבטיח את ההתייצבות למשפט מכוח ס'58 לחוק המעצרים** – כמו ערובות כספיות וכו'. התוקף שלהם הוא עד 180 יום, אלא אם כן תוך כדי 180 יום התובע ביקש הארכה.

לסיכום, ס'13 עוסק במעצרים ע"י שופטים – יש לו שני כובעים:

- כובע אחד עוסק בסמכות של שופט לעצור בנאדם שלא בנוכחותו.
- וכובע אחר עוסק בנושא של הארכות מעצר זה גם מכוח ס'13.
- **חשוב לזכור:** נוכחות חשודים בהארכת מעצר היא זכות חוקתית, הקבועה ב**סעיף 16(2) לחוק המעצרים**. עם זאת, אנחנו יודעים מ**פרשת פלונית** שבהמ"ש ראה בזה אף בזכות חוקתית להליך הגן.

מסלול משני

סעיף 14 לחוק המעצרים – מעצר של נמלט ממשמורת

14. ראה שופט, על יסוד הצהרה בכתב של שוטר, כי אדם נמלט ממשמורת חוקית, יצווה על מעצרו של האדם לשם החזרתו לאותה המשמורת שממנה נמלט.

זה מעצר משני כי כל מה שצריך זה הצהרה של שוטר שראה שהאדם נמלט ממשמורת חוקית.

מעצר על פי הצהרת תובע

לכאורה, אחרי שהסתיימה החקירה, צריך לשחרר את האדם. עם זאת, ייתכן שהוא מסוכן, עלול לברוח או לשבש הליכים ועדיין התביעה רוצה להגיש כתב אישום.

כלומר, נדרש לגשר על הזמן **בין סיום החקירה להגשת כתב אישום**. לאחר הגשת כתב האישום ברי כי יתבקש מעצר עד תום ההליכים, אך מה קורה עד אז?

לצורך כך ישנו **סעיף 17(ד) לחוק המעצרים**:

מעצר לפני הגשת כתב אישום

(ד) נעצר אדם וחקירתו נסתיימה, ישוחרר מהמעצר, ואולם אם הצהיר תובע כי עומדים להגיש כתב אישום נגדו ושוכנע בית המשפט, כי יש עילה לכאורה לבקש את מעצרו עד תום ההליכים, רשאי שופט להאריך את המעצר, מטעם זה, לתקופה שלא תעלה על 5 ימים, בכפוף להוראות סעיף קטן (ב).

למעשה, אם תובע מצהיר כי בכל הנראה יגיש כתב אישום, וכשיגיש כתב אישום זה הוא יבקש מעצר עד תום ההליכים (אחרת מה המטרה של המעצר הקצר? כל הרעיון זה ליצור המשכיות). על כן, בהמ"ש רשאי לתת עד 5 ימי הארכת מעצר, אך יש לשים לב כי העניין כלול ב-30 הימים המוגדרים בס"ק (ב).

- נציין כי בהמ"ש בדרך לא נותנים 5 ימים אלא, במקרה המקסימלי בין 2-3 ימים להגשת כתב האישום.

התעוררו הרבה שאלות שקשורות בעניין זה, עד כדי שבהמ"ש קרא למחוקק מספר פעמים להבהיר את הסעיף הזה.

פס"ד בדוני

נשאלה השאלה: האם התביעה צריכה להתחייב שתגיש כתב אישום או שדיי בכך שיאמר כי היא מגישה לכאורה כתב אישום, ללא הצהרה חד משמעית?

בהמ"ש קבע כי די שהתובע יצהיר כי לאחר עיון בחומר יש לכאורה להגיש כתב אישום. זאת משום שאחרת לא נוכל להבין את הסמכות של התובעים לבחון את הראיות. אי אפשר ליישב הצהרה חד משמעית של התובע מבלי שקיים התובע את חובתו לעיין בחומרי החקירה והראיות. ברצוננו להימנע מעיגול פינות או אף משחרור של אדם מסוכן שלא לצורך.

פס"ד אלטויל

הסנגור טען כי התביעה צריכה להצהיר על איזה סעיפי אישום יוגש כתב האישום.

גם כאן, בהמ"ש קבע כי מאחר שהצהרת התובע נמצאת בקו התפר שבין סיום החקירה הפלילית לבין השלב שבו טרם הוגש כתב אישום, אין מקום לדרישה של פירוט סעיפי העבירות.

נוסח הצהרת תובע (אחיד)

"אני מאשר/ת כי לאחר עיון בחומר הראיות שהוגש לי יש מקום לכאורה להגיש בתיק זה כתב אישום ולבקש מעצרו של נאשם עד לתום ההליכים המשפטיים נגדו".

מה קורה אם הוגשה הצהרת תובע, אך המשטרה/תביעה מבקשת לחזור ולחקור?**פס"ד שימול**

מה קורה אם הוגשה הצהרת תובע, אך המשטרה/תביעה מבקשת לחזור ולחקור? (כלומר מבקשת עוד ימי מעצר לפי ס' 13, בהנחה שאנחנו עדיין במגבלת 30 הימים).

בפסה"ד הייתה הצהרת תובע, בהמ"ש נתן 3 ימי מעצר. לאחר מכן, במקום הגשת כתב אישום המדינה ביקשה הארכת מעצר של 7 ימים לפני ס' 13, בנימוק שחלה בינתיים התפתחות משמעותית בחקירה (קרה משהו שלא ניתן היה לצפות קודם ועשוי להשפיע על כתב האישום, ודורש פעולות חקירה נוספות. אין מדובר על מקצה שיפורים של התביעה).

בהמ"ש קבע כי תיאורטית ייתכנו מקרים בהם ניתן לשוב ולהורות על חקירה ייתכנו מקרים חריגים שבהם זה יתאפשר לאחר שהמעצר כבר הוארך לפי ס' 17(ד), אך התביעה תצטרך להראות שחלה התפתחות מהותית שמשליכה באופן ממשי על תוכן כתב האישום.

בנוסף, על התביעה להראות כי לא ניתן בשקידה סבירה לבצע קודם את פעולות החקירה. כלומר, בהמ"ש לא ניתן מקצר שיפורים.

בש"פ 4828/14 פלוני

רקע: היה דיון בבהמ"ש השלום בו המשטרה הצהירה כי נסתיימה החקירה ולא הייתה הצהרת תובע, לכן השופט שחרר קטין בן 16 ודרש כי יחזור למעון הסגור ממנו בא. עם זאת, הקטין היה מסוכן והמעון חשש שיחזור. לכן, הוגש ערר לבהמ"ש המחוזי. בהמ"ש המחוזי הורה על הארכת מעצרו עד למחרת בבוקר בשעה 10 בכפוף לכך שעד שעה זו תוגש הצהרת תובע.

לאחר מכן, הקטין ביקש ר"ע לבהמ"ש עליון. העניין הגיע לשופט עמית.

השופט עמית דוחה את הבקשה של הקטין מ-2 טעמים:

- א. **טעם מעשי** – מדובר בשעות אחה"צ, ובקשת תגובה וכו' מגיעה לשעות לילה מאוחרות. אם כן, ממילא בהמ"ש קבע זמן דומה (עד הבוקר) ולמרות שאינו מזלזל בו, במקרה דנן זה לא משנה.
- ב. **טעם משפטי** – **נדרש לפרש את סעיף 17(ד) בפרשנות תכליתית**. פרשנות תכליתית של **ס' 17(ד)** מחייבת לבחון אם התקיימו עילות המעצר של מסוכנות ושיבוש גם אם נסתיימה החקירה. הוא בעצם אומר שהסיפא של **ס' 17(ד)** כבר מכיל בתוכם את העילות של מסוכנות ושיבוש, על אף שזה לא מצוין במפורש, כי לא יעלה על הדעת שאם יש תקלה / טעות של המשטרה ואין הצהרת תובע אדם מסוכן ישוחרר ממעצר. אם כן, **ס' 17(ד) כולל באופן אינהרנטי את עילות המסוכנות והשיבוש**.

פס"ד מטייב

בעקרון, מקום בו בהמ"ש מוסמך לתת מעצר, הוא מסומך גם לתת חלופת מעצר, אלא אם כן החוק קובע אחרת. לכן, כל עוד החוק לא קובע אחרת, שופט יכול לקבוע כי למרות הצהרת התובע, הוא משחרר את החשוד למעצר בית. בנוסף, גם כאשר חקירה הסתיימה וגם כאשר אין הצהרת תובע ביהמ"ש יכול לשחרר בערובה.

נשאלה השאלה: האם כמות הארכת המעצר לתקופה שלא תעלה על 5 ימים בהתאם ל**ס' 17(ד)** לצורך גישור בין תום החקירה לבין הגשת כתב האישום תחול גם על מעצר בית?

כלומר, כאשר בהמ"ש בוחר לתת מעצר בית (ולא מעצר רגיל) – האם גם אז השופט מוגבל רק ל-5 ימים או מעבר כשהוא משחרר בערובה?

החלטת בהמ"ש: חל כאן **ס' 58 לחוק המעצרים** שעניינו תוקף הערובה. כאשר נותנים שחרור בערובה התוקף שלו הוא 180 יום. הארכת מעצר בית עד ל-180 יום זה לא הגיוני כי זה יותר מידי, לכן בהמ"ש אומר שבנסיבות כאלה יש מקום להגביל את תקופת השחרור בערובה לתקופת זמן סביר.

כאשר הוגשה הצהרת תובע יש מקום להגביל את זה לפרק זמן קצוב, אבל אם לא נותנים מעצר, אז ההגבלה לא קיימת.

ההגבלה הפורמלית של שחרור בערובה היא 180 יום, אבל ההגבלה המעשית היא פחות וזאת כי התביעה הצהירה שהיא מגיעה להגיש כתב אישום.

במקרה דנן, בהמ"ש המחוזי נתן 60 ימים, אך בהמ"ש העליון קבע שזה דבר לא ראוי. כלומר, לכאורה חל **סעיף 58** שמגביל עד ל-180 יום אבל בפועל צריך להגביל את זה **לפרק זמן קצר וסביר** יותר. אומנם לא חמישה ימים אבל צריך שזה יהיה מוגבל וסביר.

מעצר עד תום ההליכים (אחרי כתב אישום) **ס' 21 לחוק המעצרים**

עם הגשת כתב האישום מוגשת בקשה למעצר עד תום ההליכים (שניהם מוגשים לבהמ"ש, אך מנותבים לשופטים שונים לפי עיסוקם).

הבדלים בין המעצרים עד כה לעומת מעצר עד תום ההליכים

- א. **סמכות לדון במעצר** – עד כה הסמכות לדון במעצרים הייתה נתונה לבהמ"ש השלום לפי **ס' 2(2) לחוק המעצרים**. עם זאת, כעת הסמכות היא לבהמ"ש השלום או המחוזי (או בהמ"ש אליו הוגש כתב האישום, אם כי עדיין לא מדובר באותו שופט).

סעיף 2 לחוק המעצרים – סמכות עניינית

2. הסמכות העניינית לדון בעניין שחוק זה דן בו תהא נתונה –
- (2) לאחר הגשת כתב אישום – לבית המשפט המוסמך לדון בכתב האישום;

- ב. **כבר לא מדובר על חשוד אלא על נאשם** – נאשם הוא צד למשפט וככזה יש לו 'SAY'. אמנם, עד כה, כשהיה חשוד, היה ניתן לעשות פעולות לגביו מבלי שידע לגביהן דבר, אך עם הגשת כתב האישום, הנאשם כבר מקבל את כל חומר החקירה, וההתמודדות עם הנושא של מעצר היא כבר התמודדות מושכלת ולא עוד התמודדות של חשוד ההולך ב"חלל חשוך".

ג. **מעצר עד תום ההליכים יכול להיות עד תום תקופת המשפט** – עד כה דיברו על מונחים של ימים כי היה מדובר בתקופה של חקירה, אך כעת מדובר על תקופת המשפט. מדובר בעניין יותר רציני, המתבטא הן בסמכות בהמ"ש והנאשם מתמודד עם המעצר בדרך אחרת לגמרי. עם זאת, עדיין יש לכך גבולות כמובן.

מעצר עד תום ההליכים קבוע בס' 21 לחוק המעצרים.

מסלול עיקרי

כולל 4 תנאים (ולא 3 כפי שראינו במעצרים אחרים): תשתית עובדתית, עילת מעצר, חלופת מעצר וסנגור (לא ניתן ליתן מעצר עד תום ההליכים ללא נוכחות של סנגור).

תשתית עובדתית

מהי התשתית העובדתית שקושרת את האדם לעבירה שמיוחסת לו.

בס' 21(ב) לחוק המעצרים קובע:

ס' 21(ב) לחוק המעצרים – מעצר לאחר הגשת כתב אישום (תיקון מס' 11) תשע"ה-2014

בית המשפט לא ייתן צו מעצר לפי סעיף קטן (א), אלא אם כן נוכח, לאחר ששמע את הצדדים, שיש ראיות לכאורה להוכחת האשמה, ולעניין סעיף קטן (א)(1), לא יצווה בית המשפט כאמור, אלא אם כן נתקיימו גם אלה:

(1) לא ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של שחרור בערובה ותנאי שחרור, שפגיעתם בחירותו של הנאשם, פחותה;

(2) לנאשם יש סניגור, או שהנאשם הודיע שברצונו שלא להיות מיוצג בידי סניגור.

כלומר, הסעיף דורש ראיות לכאורה להוכחת האשמה.

באילו ראיות מותר להשתמש?

על הראיות להיות קבילות, משום שעל בסיס הראיות הללו התביעה רוצה להרשיע אדם, ועליון הוגש כתב האישום.

אם כן, מה קורה במצב של ספק קבילות ויהיה נדרש לברר את זה במהלך המשפט?

למשל: משהו שאינו קביל בירור (פוליגרף, האזנות וכו'); ראיות שטוענים שאינן קבילות לאור הלכת יששכרוב.

בש"פ פרץ

נקבע כי אם ברור שראיה לא תהיה קבילה במידה של סבירות הרי שאין להתחשב בה. עם זאת, אם יש ספק או שיש פנים לכאן ולכאן בעניין הקבילות, שאלת הקבילות תוכרע בעת הבירור המשפטי ולכן ניתן להתחשב בה לצורך שלב זה. כלומר, אם ברור שמשהו אינו קביל, הרי שלא ניתן להתחשב בו. אך, אם מדובר במשהו שדורש בירור בנתיים ניתן להתחשב בזה לצורך קביעת מעצר עד תום ההליכים, והבירור יעשה במהלך המשפט.

פס"ד מוגרבי

רקע: מדובר באדם שישב במעצר עד תום ההליכים כיוון שהוגש נגדו כתב אישום ברצח. השותף שלו לפשע, שהיה העד המרכזי בפרשה, מת בצורה בלתי צפויה לחלוטין. לאחר מכן, מוגרבי פנה לבהמ"ש המחוזי בבקשה לשחרר אותו בערובה (חלופת מעצר), שכן כבר אין ראיות לכאורה, אין תשתית ראייתית, שהתבססה על עדות השותף.

המשטרה התנגדה לבקשתו וטענה כי היא מנהלת חקירה כדי להכשיר את עדות השותף לפי ס' 10א(ב) לפקודת הראיות.

ככלל, עדות שמיעה היא אינה קבילה ואין די בכך שהעד העיד במשטרה, יש הליך שלם שצריך לקרות גם בבהמ"ש. אם כן, כאשר אדם מת, לכאורה, עדותו אינה קבילה ולא ניתן להשתמש בה. עם זאת, ס' 10א(ב) לפקודת הראיות מאפשר להכשיר בנסיבות מסוימות עדויות שניתנו במשטרה (למשל: עד עוין, או בסיטואציה בה העד מת בנסיבות שאינן טבעיות (כלומר, דאגו שימות)).

בפס"ד המשטרה אמרה למעשה שהיא רוצה לתת חומר חסוי כדי להכשיר את העדות הזו מתוקף סעיף זה.

מוגרבי התנגד בטענה שלא ניתן להגיש חומר חסוי לתשתית העובדתית בתקופה של מעצר עד תום ההליכים, כל החומר צריך להיות חשוף, כיוון שכבר הוגש כתב אישום.

בהמ"ש עושה כאן הבחנה לפיה ניתן להגיש חומר חסוי לעיונו הבלעדי של השופט כאשר מדובר במידע רלוונטי לעניין מעצר של הנאשם, ובתנאי שאינו קשור במישרין לעבירות המיוחסות לנאשם. כלומר, אם היה מדובר במישרין לעבירה המיוחסת לנאשם בגינה הוגש כתב אישום אז לא ניתן לאפשר זאת, אך זה לא היה המקרה המדובר, כיוון שהחומר נועד להכשיר עדות שותף, ולכן השופט אפשר הגשת המידע החסוי.

• **הערה:** כוונה ב"ראיות לכאורה חייבות להיות קבילות" היא בראיות של התשתית העובדתית הקשורות לעבירה המיוחסת לאדם. ברור שבמהלך דיון מעצר השופט רואה ראיות לא קבילות (למשל: הראיות המוכיחות את מסוכנות הנאשם), לכן שופט המעצרים אינו גם השופט שיושב לדין במשפט. אלו ראיות שנוגעות למעצר ולא לתשתית העובדתית. התשתית העובדתית שקושרת את הנאשם לעבירה המיוחסת לו חייבות להיות קבילות ועל בסיסן מבקשת התביעה להרשיע את הנאשם.

בפסה"ד הייתה למעשה סיטואציה מיוחדת בה החומר החסוי היה קשור להכשרת העדות ולא לביסוס התשתית העובדתית. החומר החסוי נועד להכשיר עדות שתשמש לביסוס התשתית העובדתית, אך הוא בעצמו אינו נועד לשם כך.

מה זה ראיות לכאורה להוכחת האשמה? ס'21(ב) לחוק המעצרים

היסטוריה

חשוב לקריאת פס"ד ישנים והחלטות מהעבר.

במשך הרבה זמן חלה ההלכה כי מדובר בראיות שיש סיכוי סביר שבסוף המשפט יביאו להרשעה.

בסוף המשפט נטל השכנוע הוא על התביעה להוכיח מעבר לכל ספק סביר את האשמה, אך בשלב זה לא מדובר בהוכחה מעבר לכל ספק סביר אלא רק בשאלה **האם בשלב זה יש סיכוי סביר שראיות אלו יעברו את כל המבחנים של בהמ"ש ויביאו להרשעה?**

בתקופה בה **דורנר** הייתה בבהמ"ש העליון (שהייתה פרו-נעצרים) היא **העלתה את הסף הראייתי בהחלטת רחאל** וקבעה – כי **ספק מובנה בראיות שולל את האופי לכאורה שלהן**. כלומר, היא למעשה בחנה ספק כבר בשלב של תחילת המשפט, ואם היה לה ספק בלשהו (למשל: אולי המשקל של העדות לא מספיק), היא הייתה קובעת כי למקרה הנדון אין די ראיות לכאורה.

דבר זה יצר מצב בלתי נסבל מבחינת בהמ"ש הנמוכים שלא ידעו אם ללכת לפי דורנר או לפי שאר השופטים. בנוסף, זה יצר גם קושי בפורום שופינג של לשכת עורכי הדין שחיכו לעררים בבהמ"ש העליון (הגישו עררים לפי השופט היושב לקבלת ההחלטה).

לאחר מכן, **בפס"ד זאדה** יושב הרכב שופטים שבשאלה זו וקבע הלכה (בהכרעת הרוב):

ברק – מבחן הסיכוי הסביר להרשעה / מבחן כור היתוך לפיו: ראיות לכאורה הן ראיות גולמיות אשר לגביהן קיים סיכוי סביר שעיוון במהלך המשפט תוך בחינתן בחקירות ובקביעת אמינות ומשקל, יוביל לראיות רגילות אשר מבססות את אשמת הנאשם מעל לכל ספק סביר.

- **קבילות** = האם הראייה קבילה, האם ניתן להתייחס אליה ולקבל אותה.
- **משקל** = מה משקל הראייה. יכול להיות מצב בו הראייה קבילה, אך המשקל שבהמ"ש ייחס לראייה נמוך (למשל: כי העדות אינה אמינה).
- **דיות** = האם הראייה מספיקה או שנדרש תוספת ראייתית (למשל: עדות עד מדינה דורשת סיוע).

כל אלה מתבררים בבהמ"ש עצמו. על כן, בהמ"ש אומר כי בשלב בו טרם התברר המשפט ומצויים במעצר עד תום ההליכים, הראיות מצויות בשלב גולמי. לכן, בשלב זה על בהמ"ש להסתכל על הראיות ולשאול האם בהתחשב בכל אלו (משקל, דיות וקבילות) הראיות מאפשרות סיכוי סביר להרשעה. מתייחסים לדברים בהנחה שהראיות יעברו את כור היתוך של ההליך המשפטי, ומעריכים האם יש סיכוי סביר להרשעה בהתבסס על אלו.

השופט דורנר (מיעוט) באותו פס"ד אמר כי **אין לעצור עד תום ההליכים נאשם שבחומר הראיות נגדו מובנה ספק הפוגע בסבירות הסיכוי להרשעתו, וזאת אף אם חומר ראיות זה אינו מופרך ודי בו לצורך העברה אליו של נטל הבאת הראיות במשפט עצמו. אין לעצור עד תום ההליכים נאשם כשבחומר הראיות יש ספק הפוגע בסבירות הרשעתו.**

כלומר, אם יש ספק עכשיו בתחילת המשפט (מקדימה את הספק כבר להתחלה) אז אסור לעצור את הנאשם גם אם חומר הראיות מראה שיש מספיק חומר להעברת נטל הראייה במשפט מהתביעה אל הנאשם. אם משהו מעורר אצלה ספק אז לדעתה אין ראיות לכאורה.

דורנר משווה למעשה, את הביטוי "ראיות לכאורה" שמצוי גם ב**סעיף 158 לחסד"פ** שמגדיר כי אין להשיב אשמה. במשפט יש פרשת תביעה ופרשת הגנה, כאשר בסוף המשפט נטל השכנוע על התביעה הוא מעל לכל ספק סביר. עם זאת, בין פרשת התביעה לבין פרשת ההגנה, על התביעה רק לעמוד בנטל הבאת הראיות (היינו – להוכיח לכאורה את האשמה). לכן, סעיף **158 לחסד"פ** מגדיר כי נאשם יכול להגיד בסוף פרשת התביעה כי אין לו בכלל מה להשיב, שכן לא הוכחו דבר ועליו להיות מזוכה בשלב זה.

כל השופטים מסכימים כי הנטל כאן (**ס' 158 לחסד"פ**) קטן יותר מאשר הנטל ב"ראיות לכאורה" במעצר עד תום ההליכים (**ס' 21 לחוק המעצרים**). זאת משום שהתוצאה של ס' 21 היא שלילת חירות, זאת בעוד התוצאה בס' 158 זה פגיעה קטנה יותר (אין שלילת חירות נוסף, אלא רק עוברים לשלב ההגנה בהליך). לכן, הנטל פחות גדול. **אלא שדורנר, במקרה דנן לוקחת את זה לקיצון ואומרת שאם יש ספק (שקשור לאמינות, קבילות ודיות) אז אין ראיות לכאורה.** אך זו, כאמור, דעת מיעוט שלא התקבלה. למעשה, **המבחן הוא סיכוי סביר להרשעה.** עם זאת, יש להכיר את העמדה של דורנר הן משום שעל זה מבוססות החלטות ישנות יותר, והן משום שיש להבין שיש הבדל גדול בין "ראיות לכאורה" בס' **158 לחסד"פ** לבין "ראיות לכאורה" בס' **21 לחוק המעצרים.**

שאלת דיות הראיות

האם כאשר בהמ"ש בוחן ראיות לכאורה, הוא כבר צריך לבחון תוספת ראייתית? כאמור, יש ראיות שלא עומדות לבדן, אלא דורשות תוספת ראייתית כלשהי.

בש"פ אברג'יל

קבע בהמ"ש כי ברמה הלכאורית, בהמ"ש צריך לבחון כבר בשלב של המעצר עד תום ההליכים, האם יש סיוע.

למשל: באותו מקרה היה מדובר בעדות עד מדינה. בהמ"ש אמר כי השקרים של הנאשם שהוכחו כבר באמצעות ראיות חיצוניות יכולות להוות כסיוע בשלב זה לעדות של עד המדינה.

קריאה: מיכל טמיר, **חלופות מעצר: האם תמיד לטובת נאשמים?** משפט וממשל. לא צריך הכל, אלא רק את הרקע העובדתי המתואר של התפתחות מעצר עד תום ההליכים ואת התזה של המרצה לגבי מעצר עד תום ההליכים. מסכם המון הלכות בנוגע למעצר עד תום ההליכים.

שיעור 13 – 26/01/2020

תזכורת:

תשתית עובדתית – ראיות לכאורה להוכחת האשמה ← כאמור, אם מדובר בספק קבילות הקבילות תתברר במהלך המשפט, בעוד אם ברור שהראיה אינה קבילה לא יעשה בה כל שימוש.

המרכיב ההסתברותי ← כשדיברנו על חשד סביר בחקירה אמרנו שזה הרבה מהאידיאולוגיה השיפוטית של השופט, הוא יכול להשתמש בכל חומר ולראות מה מגבש לו חשד. מנגד, כאן יש מבחן אחר – **מבחן כור ההיתוך** – שמסתכל על הראיות במבצן הגולמי ושואל האם הן יעברו את כור ההיתוך של המשפט על כל נסיבותיו ויכולות להביא לסיכוי סביר להרשעה.

דיות הראיות ← יש ראיות שדורשות תוספת ראייתית, שכן אינן מספיקות כשלעצמן. בפס"ד אברג'יל נאמר כי ברמה הלכאורית בוחנים אם יש לנו תוספת, ולא נכנסים לעומק הדברים בשלב זה כמו במשפט עצמו. אם אין תוספת זו ברמה הלכאורית, אז לכאורה אין לנו סיכוי סביר להרשעה.

ראיות מוחלטות

בבש"פ חסידי השופט רובינשטיין קבע מסכת ראיות שיש שאלה ביחס לעוצמתה, עשויה להצדיק חלופת מעצר.

מה זה אומר? החלטות מעצרים מתקבלות כאמור בדין יחיד. אלו הופכות להלכה כאשר בהמ"ש יושב בהרכב מורחב או כאשר ההחלטה של שופט קונה אחיזה ושופטים אחרים הולכים לפיה.

במאמר של טמיר הראתה המרצה כי לשון החוק היבשה דורשת **2 תנאים לחלופת מעצר: (1) תשתית עובדתית; (2) עילת מעצר.** רובינשטיין אומר כי אם אחד המרכיבים חלש, אזי נקפץ לחלופת המעצר ולא נלך למעצר.

← נדגיש כי **בש"פ חסידי** מדבר על התשתית העובדתית. בהמשך נראה מקרה דומה שמדבר על עילת המעצר.

החידוש: כאשר התשתית העובדתית היא חלשה, נפנה לחלופת מעצר. לכאורה, נדרש שאחד יתקיים **במלואו.**

אין לזה עיגון בלשון החוק, אז הדבר נובע מתוך הכרח החיים בהם הדברים אינם כה דיכוטומיים, ויש טווחי ביניים. החלטות מעצרים הן החלטות שהמשמעות שלהן היא עצומה, ואין מדובר אך על פגיעה בחירות, מדובר גם בחיי אדם. לכן, לשופטים קשה מאוד לקבל את החלוקה הדיכוטומית של החוק – כן / לא – ומסיבה זו, התפתח במשפט: (1) כשאחד המרכיבים חלש יותר, יש קפיצה לחלופת מעצר; (2) טרייד אופ – עם ראיות מאוד חזקות נסתפק בעילה חלשה יותר למעצר, ועם עילה חזקה מאוד נסתפק בתשתית עובדתית חלשה יותר.

לאחר כתיבת המאמר, **השופט עמית** אמר בדיוק דברים אלו. **חלופות מעצר אינן רק אמצעי מידתי יותר למצב בו התקיימו כל תנאי המעצר באופן מושלם, אלא הן הפכו גם אמצעי במצב שאחד התנאים חלש יותר.**

לא מדובר פה במעצרים קצרים, אלא מדובר במעצרים שיכולים להיות גם מאוד ארוכים.

כאמור, בנושא של מעצר עד תום ההליכים חשוב להבין את ההיסטוריה של הדברים הן משום שההיסטוריה מסייעת להבין את המצב שאנחנו נמצאים בו כיום, והן משום שעדיין יש פס"ד ישנים יותר שאינם תואמים את חוק המעצרים ואז חשוב להבין את המצב בו היינו קודם לכן.

עילת מעצר

ס'21 לחוק המעצרים גם מדבר על 2 העילות עליהן דיברנו עד כה: (1) שיבוש; (2) מסוכנות.

1) עילת שיבוש

ס'21(א)(1)(א) לחוק המעצרים מדבר על עילת השיבוש

ס'21(א)(1)(א) לחוק המעצרים – מעצר לאחר הגשת כתב אישום (תיקון מס' 11) תשע"ה-2014

21. (א) הוגש כתב אישום, רשאי בית המשפט שבפניו הוגש כתב האישום לצוות על מעצרו של הנאשם עד תום ההליכים המשפטיים, ובכלל זה על מעצרו בפיקוח אלקטרוני, אם נתקיים אחד מאלה:
(1) בית המשפט סבור, על סמך חומר שהוגש לו, כי נתקיים אחד מאלה:
(א) קיים יסוד סביר לחשש ששחרור הנאשם או אי-מעצרו יביא לשיבוש הליכי משפט, להתחמקות מהליכי שפיטה או מריצוי עונש מאסר, או יביא להעלמת רכוש, להשפעה על עדים או לפגיעה בראיות בדרך אחרת;

2) עילת מסוכנות

מסוכנות אינדיבידואלית (מהאדם עצמו ולא מהעבירה)

ס'21(א)(1)(ב) לחוק המעצרים מדבר על עילת המסוכנות האינדיבידואלית (מהאדם עצמו ולא מהעבירה).

ס'21(א)(1)(ב) לחוק המעצרים – מעצר לאחר הגשת כתב אישום (תיקון מס' 11) תשע"ה-2014

21. (א) הוגש כתב אישום, רשאי בית המשפט שבפניו הוגש כתב האישום לצוות על מעצרו של הנאשם עד תום ההליכים המשפטיים, ובכלל זה על מעצרו בפיקוח אלקטרוני, אם נתקיים אחד מאלה:
(1) בית המשפט סבור, על סמך חומר שהוגש לו, כי נתקיים אחד מאלה:
(ב) קיים יסוד סביר לחשש שהנאשם יסכן את בטחונו של אדם, את בטחון הציבור, או את בטחון המדינה;

כפי שאנו יודעים, מעצר עד תום ההליכים היה בחסד"פ ולא בחוק המעצרים. **החסד"פ** דיבר על פגיעה **בשלום** הציבור, בעוד **חוק המעצרים** כעת מדבר על **ביטחון** הציבור. לכן, כשנחקק חוק המעצרים, הסגורים טענו שלאור השינוי בנוסח החוק מ"שלום הציבור" ל"ביטחון הציבור" לא ניתן לטעון כיום שאדם שמואשם למשל בעבירת רכוש או מרמה הוא מסוכן. כלומר, שסיכון לרכוש, לטענתם, לא יכול להוות עילת מעצר.

יש 2 פס"ד שדוחים טענה זו.

בש"פ פרנקל נ' מד"י

בהמ"ש **קבע** כי עבירות רכוש שמבוצעות באורך שיטתי או בהיקף ניכר, או תוך התארגנות של מספר עבריינים או תוך שימוש באמצעים מיוחדים ומתוחכמים עלולות לפי מהותן ונסיבות ביצוען לסכן את ביטחון האדם ואת ביטחון הציבור.

← **כלומר: לא ניתן לשלול על הסף שכשמדובר על עבירת רכוש אזי אין סכנה.**

פס"ד מזרחי נ' מד"י

דובר על קשירת קשר לזיוף דרכון.

בהמ"ש חזר על הלכת פרנקל ואומר כי ניתן לומר כי קמה עילה לעצור אדם בגין חשד של מרמה או זיוף אם הרישום הפלילי שלו מוכיח כי הוא עוסק באופן שיטתי בעבירות כאלה.

- **הערה:** כשמתסכלים על עבר פלילי מסתכלים על כולו ולא חלקים ממנו. עם זאת, אם יש לאדם רק עבירות תחבורה למשל, בעוד העבירה היא זיוף או מרמה, אזי יש שאלה לעניין הרלוונטיות, אך זה עדיין משפיע.

חזקת מסוכנות – נלמדת מהעבירה

ס'21(א)(1)(ג) לחוק המעצרים קובע קיומה של חזקת מסוכנות. מדובר למעשה ברשימת עבירות שעצם העובדה שיש ראיות לכאורה להוכחת האשמה, היא כשלעצמה יוצרת מסוכנות.

ס'21(א)(1)(ג) לחוק המעצרים – מעצר לאחר הגשת כתב אישום (תיקון מס' 11) תשע"ה-2014

21. (א) הוגש כתב אישום, רשאי בית המשפט שבפניו הוגש כתב האישום לצוות על מעצרו של הנאשם עד תום ההליכים המשפטיים, ובכלל זה על מעצרו בפקוח אלקטרוני, אם נתקיים אחד מאלה:
(1) בית המשפט סבור, על סמך חומר שהוגש לו, כי נתקיים אחד מאלה:
(ג) הואשם הנאשם באחד מאלה:
(1) עבירה שדינה מיתה או מאסר עולם;
(2) עבירת בטחון כאמור בסעיף 35(ב);
(3) עבירה לפי פקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973, למעט עבירה הנוגעת לשימוש בסם או להחזקת סם לשימוש עצמי;
(4) עבירה שנעשתה באלימות חמורה או באכזריות או תוך שימוש בנשק קר או חם;
(5) עבירת אלימות בבן משפחה כמשמעותו בחוק למניעת אלימות במשפחה, תשנ"א-1991, חזקה כי מתקיימת העילה האמורה בסעיף קטן (ב), אלא אם כן הוכיח הנאשם אחרת.

בכך למעשה, העילה הזו קשורה לתשתית העובדתית, משום **שאם יש לי הוכחה לכאורה שאדם ביצע אחת העבירות המנויות בסעיף ממילא קמה חזקת המסוכנות לגביו.**

חזקה זו מעבירה לנאשם את הנטל להוכיח כי הוא אינו מסוכן, והתביעה אינה צריכה להיות זו שמביאה ראיות למסוכנותו.

היסטוריית העילה

למעשה, **עד שנת 1988** מעצר עד תום ההליכים הוסדר בחסד"פ שלא קבע את עילות המעצר, אלא רק את הסמכות לעצור עד תום ההליכים והעילות התפתחו בפסיקה. הפסיקה פתחה 2 עילות ועוד אחת שלישית, לגביה הייתה מחלוקת: **(1)** מסוכנות; **(2)** שיבוש; **(3)** חומרת העבירה (לגביה רק רוב השופטים הסכימו).

השופט אילון לא קיבל את העילה ה-3. לטענתו, הבעיה עם עילה זו היא **פגיעה בחזקת החפות!** למעשה בעילה זו אומרים כי יש הוכחה לכאורה של ביצוע העבירה ומכך שיש מסוכנות.

בשנת 1988 תוקן **החסד"פ** והוכנסו עוד 2 סעיפים: **21א, 21ב** – אשר הכניס את עילת השיבוש והמסוכנות, כמו גם קבע רשימה סגורה של עילות לגביהן חומרת העבירה היא עילה למעצר, וקבע שלמעט מקרים אלו חומרת העבירה לא תשמש עילה.

בנוסף, **ס'21ב** קבע מעצר חובה בעבירות שהעונש בגין מיתה או מאסר עולם. תחת סעיף זה אין שום סיכוי להגיע לחלופת מעצר.

הייתה מחלוקת לגבי **ס'21א** – רוב השופטים אמרו שהסעיף קובע עילת מעצר, בעוד השופט אילון קבע שהסעיף קובע חזקה של מסוכנות אותה הנאשם עדיין יכול להפריך.

בשנת 1995, לאחר חקיקת **ח"ח: כוה"ח**, יצא **דנ"פ גנימאת** – בו התעוררה השאלה האם מכת מדינה יכולה להוות מכת מעצר? בפסה"ד השופטים קבעו כי לאור עליית הזכויות של החשודים וחוק היסוד, לא ייתכן כי אדם ייעצר למען יראו ויראו / למען הרתעת הציבור / חששות מגישת הציבור לאי מעצרו של חשוד. כלומר שלא ייתכנו עילות שהן לא אינדיווידואליות. מכת מדינה יכולה להוות אינדיקציה למסוכנות אדם, אבל כשלעצמה היא לא עילת מעצר.

אז, **בשנת 1996** נחקק **חוק המעצרים**. החוק קיבל את העמדה של חזקת המסוכנות. החוק לוקח את רשימת העבירות ואומר שבמצב כזה נוצרת חזקת מסוכנות, ואז הנטל עובר לנאשם. התוצאה היא שעבירות במחוזי הוויכוח תמיד יהיה על ראיות לכאורה, כי יש חזקת מסוכנות. בעבירות שלגביהן אין זיקה, התביעה צריכה להסביר ולהראות למה היא רוצה את האדם הזה במעצר.

היום – אין מעצר חובה בעד שום עבירה. ס'21א+21ב לחסד"פ בוטלו, ואף בעבירת הרצח עולה חזקת מסוכנות ואין באמת מעצר חובה.

← **התוצאה:** שימוש יתר בחלופות מעצר. עלתה השאלה האם 'חומרת העבירה' באמת בוטלה. הפרכת חזקת המסוכנות תוביל בדרך כלל לחלופת מעצר. כלומר שהתוצאה היא שגם חולשה בראיות וגם חולשה בעילה בסוף מובילות לחלופת מעצר, שכן לא ייתכן שאדם שיש לגביו חזקת מסוכנות שהופרכה ישוחרר בלא כלום.

חלופת מעצר

סעיף 21(ב)(1) לחוק המעצרים – מעצר לאחר הגשת כתב אישום (תיקון מס' 11) תשע"ה-2014

21. (ב) בית המשפט לא יתן צו מעצר לפי סעיף קטן (א), אלא אם כן נוכח, לאחר ששמע את הצדדים, שיש ראיות לכאורה להוכחת האשמה, ולענין סעיף קטן (א)(1), לא יצווה בית המשפט כאמור, אלא אם כן נתקיימו גם אלה:
(1) לא ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של שחרור בערובה ותנאי שחרור, שפגיעתם בחירותו של הנאשם, פחותה;

סעיף 21(ב)(1) לחוק המעצרים קובע כי בהמ"ש מצווה לבדוק חלופת מעצר.

חשוב לשים לב גם **לסעיף 21א לחוק המעצרים:**

סעיף 21א לחוק המעצרים – תסקיר מעצר (תיקון מס' 1) תשנ"ז-1997

21א. (א) בדיון בבקשה למעצר לפי סעיפים 12 ו-21 ובערר על החלטה לפי סעיפים אלה, רשאי בית המשפט להורות על הגשת תסקיר מעצר, ורשאי הוא להורות על שחרור בפיקוח קצין מבחן, כאמור בסעיף 48(א)(6); תסקיר מעצר לא ישמש תסקיר קצין מבחן לענין העונש, על פי הוראות סעיף 37 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן – חוק העונשין); על תסקיר מעצר יחולו הוראות סעיף 191 לחוק סדר הדין הפלילי; ואולם, בבקשה למעצר לפי סעיף 12, לא יורה בית המשפט על הגשת תסקיר מעצר, בענינו של מי שהיה עצור פחות מחמישה ימים עד למתן החלטתו, אלא במקרים מיוחדים.
(ב) תסקיר מעצר יכלול את נסיבותיו האישיות של הנאשם, משמעות המעצר, החלופות למעצר ולשחרור, או המלצה בדבר תנאים מיוחדים לשחרור בערובה והפיקוח עליהם.

לפיו בהמ"ש יכול לבקש או לשלוח מתסקיר מעצר משירות המבחן.

למעשה, לבהמ"ש אין יכולת לדעת נתונים כמו איפה גר האדם, מה מקום העבודה שלו, מי האנשים שיכולים לפקח עליו וכו'. לכן, כששקולים חלופת מעצר יבקשו תסקיר משירות המבחן שם יכתבו מי המשפחה שלו, עד כמה לקח אחריות על המעשה, האם יש מקום הולם שיכול לשהות בו וכו'.

כאמור, אפילו במקרי רצח ייתכנו, במקרים נדירים, שחרורים לחלופת מעצר. למשל:

פס"ד עודה (1997) – מקרה ראשון לאחר חקיקת חוק המעצרים.

בפסה"ד דובר על אישה בדואית שנאנסה ע"י הנרצח. בעלה ואביה למעשה הכריחו אותה לקבוע איתו בפרדס שם רצחו אותו. האישה הייתה שותפה לרצח. כשהעניין הגיע לבהמ"ש היא הייתה בהריון (מבעלה, לא מהאנס), והיה ברור שאין תועלת בכך שהיא תשב במעצר שכן ניתן להשיג אותה מטרה בהפקדת ערבויות ומעצר בית.

← כאמור, לגבי חלופות מעצר, יש חלופות מעצר של בתי משפט שקונות אחיזה.

פס"ד קורמן

רקע: רכז הביטחון של היישוב אדר בית"ר עודכן על יידוי אבנים ורדף אחרי ילד, הכה אותו והילד מת. הוא הואשם בהריגה (יוצרת חזקת מסוכנות).

הנאשם ביקש להפריך את חזקת המסוכנות ושמר על זכות השתיקה.

השופט זמיר קבע ששתיקתו עומדת לו לרועץ בניסיונו להפריך את חזקת המסוכנות, מה שהקים את עילת המעצר. זה שנאשם שותק זה לא עוזר לו להפריך את עילת המסוכנות ולכן קמה לו עילת מעצר. בדר"כ שתיקה מחזקת את הראיות לכאורה (כי הוא לא מפריך).

לכאורה, מה **שזמיר** אומר נשמע לא הגיוני. לכאורה, החוק אומר כי אדם ששומר על זכות השתיקה (= לא מגיב על כתב האישום ולא מגן על עצמו) מחזק את הראיות. זאת בעוד זמיר, אומר שאדם ששומר על זכות השתיקה גם לא עוזר להפריך את חזקת המסוכנות. כלומר, אדם ששותק לגבי התשתית העובדתית מחזק את העבירה המסוכנת, ובכך גם את המסוכנות.

← ההלכה הזו חוזרת על עצמה, ונאשמים ששומרים על חזקת השתיקה מתקשים להפריך את חזקת המסוכנות.

כך למשל: **פרשת תמימי** – מדובר על עבירת ביטחון ולכן ישנה חזקת מסוכנות. היא שתקה ולכן זה חיזק את חזקת המסוכנות. הדבר גם מראה לנו את הקשר בין תשתית עובדתית לעילה – שאינם נבדקים במנותק האחד מהשני.

- **הערה:** לעולם אין חובת מעצר, והפרכת חזקת המסוכנות תסייע לאדם לצאת לחלופת מעצר.
- **הערה:** החשוד יודע שכשהוא שומר על זכות השתיקה הדבר כפוף לחיזוק הראיות (לפי **סעיף 162 לחסד"פ**).

איזוק אלקטרוני

איזוק אלקטרוני הוא מעצר לכל דבר. יש 2 סוגים של מעצרים: (1) איזוק אלקטרוני; (2) מעצר רגיל.

ס'22ב(ב) לחוק המעצרים – החלטה על מעצר בפיקוח אלקטרוני (תיקון מס' 11) תשע"ה-2014

22ב. (ב) על אף האמור בסעיף קטן (א), מצא בית המשפט כי יש לעצור את הנאשם, לא יוטל מעצר בפיקוח אלקטרוני לגבי מי שנאשם בעבירות המפורטות להלן, אלא אם כן שוכנע בית המשפט, מטעמים מיוחדים שיירשמו, כי בשל נסיבות ביצוע העבירה או נסיבותיו המיוחדות של הנאשם, ובכלל זה היותו של הנאשם קטין, ניתן להסתפק במעצר בפיקוח אלקטרוני:

- (1) עבירה מהעבירות המנויות בסעיף 21(א)(1)(ג);
- (2) עבירה לפי סעיף 257, 258 או 259 לחוק העונשין;
- (3) עבירה לפי סעיף 12 לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952;
- (4) עבירה לפי סעיף 2, 3 או 4 לחוק מאבק בארגוני פשיעה, התשס"ג-2003.

ביום, לעניין העבירות שמקימות חזקת מסוכנות, כאשר רוצים לפנות לאיזוק האלקטרוני ולא למעצר נדרשים "טעמים מיוחדים שיירשמו" (כי ברירת המחדל אינה איזוק אלקטרוני), זאת אפילו אם מדובר ברצח.

סנגור

במעצר עד תום ההליכים ישנה גם חובה של סנגור.

ס'21ב(2) לחוק המעצרים – מעצר לאחר הגשת כתב אישום (תיקון מס' 11) תשע"ה-2014

21. (ב) בית המשפט לא יתן צו מעצר לפי סעיף קטן (א), אלא אם כן נוכח, לאחר ששמע את הצדדים, שיש ראיות לכאורה להוכחת האשמה, ולענין סעיף קטן (א)(1), לא יצווה בית המשפט כאמור, אלא אם כן נתקיימו גם אלה: (2) לנאשם יש סניגור, או שהנאשם הודיע שברצונו שלא להיות מיוצג בידי סניגור.

כאן, בפעם הראשונה אנחנו רואים שכדי לעצור עד תום ההליכים חייב שיקרה 1 מ-2: (1) יהיה לאדם סנגור; (2) האדם הודיע שאינו רוצה סנגור.

כלומר, כדי לעצור אדם צריך שיהיה לו סנגור.

מעצר ביניים

החוק היה צריך למצוא חלופה במצב שבה המצבים לעיל לא מתקיימים:

(1) אין לנאשם סנגור

כך **ס'21ג** קובע שאם אדם הודיע שהוא רוצה סנגור אז שבית משפט יכול להורות על עצירתו ל-7 ימים כל פעם ובתקופה שלא תעלה על 30 ימים.

2) בקשת מעצר בהסכמה כדי שהסנגור יוכל ללמוד את חומר הראיות**ס'21(ד) לחוק המעצרים – מעצר לאחר הגשת כתב אישום (תיקון מס' 11) תשע"ה-2014**

21. (ד) על אף הוראות סעיף קטן (ב) רשאי בית המשפט, על פי בקשת הנאשם או סניגורו, לדחות את הדיון, כדי לאפשר לנאשם או לסניגורו לעיין בחומר החקירה ולצוות שהנאשם יהיה במעצר לתקופה שלא תעלה על 30 ימים.

בית משפט יכול לעצור אדם אם יש אודותיו ראיות לכאורה.

לאחר הגשת כתב אישום ההגנה מקבלת את כל החומרים של התביעה ויכולה לצלם אותם. במצב שבו לסנגור לא היה זמן לקרוא את חומר הראיות, הוא יכול לבקש מעצר עד הדיון כדי לקרוא את החומר – במצב כזה עדיף לו להסכים למעצר.

בית משפט יכול לתת עד 30 ימי מעצר עד שהסנגור ילמד את החומר – מבלי שבית המשפט יבחן את העילות והתשתית העובדתית.

אם לסנגור לא הספיקו 30 ימים ללמוד את החומר אז הוא יכול לבקש שינתנו לו רק ימים ספורים ויבדקו זאת לאור ניצוץ ראיתי בתיק, זאת משום שבית משפט מחויב לעצורים שלו.

זמנים למעצר עד תום ההליכים**ס'21(ה) לחוק המעצרים – מעצר לאחר הגשת כתב אישום (תיקון מס' 11) תשע"ה-2014**

21. (ה) צו מעצר לפי סעיף זה יעמוד בתוקפו עד למתן פסק הדין, אלא אם כן קבע בית המשפט אחרת; על צו מעצר לפי סעיף זה לא יחולו הוראות סעיף 20.

בגדול, מעצר עד תום ההליכים הוא מעצר עד תום ההליכים (כלומר, עד מתן פס"ד), זאת אלא אם כן בהמ"ש קובע אחרת בכפוף לעיון חוזר בבקשת המעצר. המשטרה לא יכולה לשחרר מיוזמתה.

עם זאת, תקופת המעצר אינה באמת חסרת מגבלות (לא באמת עד תום ההליכים):

1) שחרור באין משפט**ס'60 לחוק המעצרים – שחרור באין משפט (תיקון מס' 1) תשנ"ז-1997 (תיקון מס' 11) תשע"ה-2014**

60. נאשם, שלאחר הגשת כתב האישום נגדו היה נתון במעצר בשל אותו כתב אישום, תקופה המצטרפת כדי 30 ימים ולעניין מעצר בפיקוח אלקטרוני – כדי 60 ימים, ומשפטו לא החל, ישוחרר מן המעצר, בערובה או ללא ערובה; ואולם רשאי בית המשפט לדחות את מועד תחילת המשפט, בלא שישוחרר, ל-30 ימים נוספים, אם ביקש זאת הנאשם או סניגורו.

המשפט של נאשם שנמצא במעצר עד תום ההליכים צריך להתחיל (תחילת המשפט = הקראת כתב אישום) בתוך 30 ימים (במעצר רגיל) או בתוך 60 ימים (איזוק אלקטרוני). משום שכשאדם נמצא במעצר, צריך לזרז את המשפט.

אם לא עושים זאת ← צריך לשחרר אותו ממעצר.

ניתן להאריך את זה רק פעם אחת נוספת לבקשת הסנגור לעוד 30 יום.

למה שהסנגור ירצה לדחות הקראה? למשל אם הנאשם עוד לא החליט איך הוא רוצה להשיב לכתב האישום או שהוא בהליכים של הסדר טיעון ולא רוצה להשיב לאישום בצורה מסוימת.

2) שחרור באין הכרעת דין או גזר דין**ס'61 לחוק המעצרים – שחרור באין הכרעת דין או גזר דין (תיקון מס' 1) תשנ"ז-1997 (תיקון מס' 1) תשנ"ח-1997 (תיקון מס' 10) תשע"ד-2014 (תיקון מס' 11) תשע"ה-2014**

61. (א) נאשם, שלאחר הגשת כתב אישום נגדו, היה נתון במעצר בשל אותו כתב אישום תקופה המצטרפת כדי תשעה חודשים, ואם היה נתון המעצר בפיקוח אלקטרוני – תקופה המצטרפת כדי 18 חודשים, ומשפטו בערכאה הראשונה לא נגמר בהכרעת דין, ישוחרר מן המעצר, בערובה או ללא ערובה.

(תיקון מס' 1) (תיקון) תשנ"ח-1997

(ב) (בוטל).

(תיקון מס' 8) תשע"א-2011 (תיקון מס' 11) תשע"ה-2014

(ג) בלי לגרוע מהוראות סעיף 62, ניתן פסק דין מרשיע נגד נאשם לאחר שהיה נתון במעצר לתקופה המצטרפת כדי תשעה חודשים, ואם היה נתון במעצר בפיקוח אלקטרוני – תקופה המצטרפת כדי 18 חודשים, בשל אותו כתב אישום, רשאי בית המשפט שהרשיעו לצוות על הארכת מעצרו או על מעצרו מחדש עד למתן גזר דין, אם מצא כי יש עילה למעצרו; לא ניתן גזר דין בתוך 90 ימים, ולעניין מעצר בפיקוח אלקטרוני – בתוך 180 ימים, מיום שציווה בית המשפט כאמור, ישוחרר הנאשם מן המעצר.

הערכאה הדיונית רשאית להטיל מעצר עד תום ההליכים לתקופות של 9 חודשים (מעצר רגיל) או 18 חודשים (מעצר באיזוק אלקטרוני). את בקשת המעצר מגישים לבהמ"ש שדן באישום.

אם טרם התקבלה הכרעת דין בערכאה הדיונית בתקופה זו, הנאשם ישוחרר מן המעצר.

(3) הארכת מעצר או חידושו**ס'62 לחוק המעצרים – הארכת מעצר או חידושו (תיקון מס' 1) תשנ"ז-1997 (תיקון מס' 8) תשע"א-2011 (תיקון מס' 11) תשע"ה-2014**

62. (א) על אף הוראות סעיפים 59 עד 61, רשאי שופט של בית המשפט העליון לצוות על הארכת המעצר או על מעצר מחדש ובכלל זה על מעצר בפיקוח אלקטרוני, לתקופה שלא תעלה על 90 ימים, ולחזור ולצוות כך מעת לעת, וכן להורות על שחרורו של הנאשם, בערובה או ללא ערובה.

(תיקון מס' 8) תשע"א-2011 (תיקון מס' 10) תשע"ד-2014 (תיקון מס' 11) תשע"ה-2014

(ב) על אף האמור בסעיף קטן (א), סבר שופט בית המשפט העליון כי לא יהיה ניתן לסיים את הליכי המשפט בתוך התקופה של 90 ימים האמורה בסעיף קטן (א), בשל סוג העבירה, מורכבותו של התיק או ריבוי של נאשמים, עדים או אישומים, רשאי הוא לצוות על הארכת המעצר או על מעצר מחדש, ובכלל זה על מעצר בפיקוח אלקטרוני, לתקופה שלא תעלה על 150 ימים, ולחזור ולצוות כך מעת לעת, וכן להורות על שחרורו של הנאשם, בערובה או בלא ערובה.

מה קורה במשפטים ארוכים שנמשכים שנים רבות? אם בתוך 9 חודשים (מעצר רגיל) או 18 חודשים (איזוק אלקטרוני) לא התקבלה הכרעת דין, עוברים לס'62 לחוק המעצרים.

במקרה כזה, התביעה יכולה לפנות לבהמ"ש העליון בבקשה להארכת המעצר.

ס'62(א) – בהמ"ש העליון יכול להטיל 90 יום בכל פעם מחדש.

ס'62(ב) – לפני כמה שנים היה תיקון שמאפשר לבהמ"ש לתת מראש 150 ימים, אם, בשל מורכבות התיק, השופט צופה שהמשפט לא ייגמר בתוך 90 ימים אלו, אלא יימשך מעבר לכך. תיקון זה בא מאחר שיש משפטים שעורכים המון זמן, מסיבות אובייקטיביות (מוצדקות לכאורה). למשל: במקרים של ריבוי נאשמים כמו במשפחת פשע המשפט יכול להימשך הרבה מאוד זמן כי יש הרבה עדים, אז זה לא ריאלי שכל 90 יום מגיעים להאריך מעצר, לכן ביהמ"ש העליון יכול להאריך את המעצר לעוד 150 יום (ביהמ"ש העליון יכול להאריך כל פעם מחדש עד 150 יום- ללא הגבלה).

- **הערה:** בהמ"ש העליון אינו חותמת גומי, והוא כן מסתכל על הנסיבות של כל מקרה לגופו.
- **הערה:** במקרה של מעצר עד תום ההליכים, משפטים עורכים הרבה זמן, ולכן **לא נדירים המקרים** בהם נגיע לעליון, זאת בניגוד למעצר ימים שנדיר שיגיע לעליון.

פס"ד טחיימר

עלתה השאלה – מתי התביעה צריכה לפנות לעליון כדי להאריך את מעצרו במקרה בו אדם עבר ממעצר רגיל למעצר אלקטרוני? כלומר, החוק אומר שצריך 9 חודשי מעצר או 18 חודשי איזוק אלקטרוני בתומם פונים לעליון. מה קורה כשהיה חלק ככה וחלק ככה?

אין תשובה לכך בחוק, כמו גם הפסיקה ומורשת ישראל ← נפנה להיקש.

דעת הרוב: סעיפים אחרים בחוק המעצרים רואים כי בהמ"ש מתייחס לאיזוק אלקטרוני כאילו הוא חצי מעצר (מכפיל את הזמן). לכן, צריך להוסיף עוד 6 חודשי איזוק אלקטרוני כדי לפנות לעליון.

דעת מיעוט (מלצר): ההמרה צריכה להיות אחד לאחד.

לדוגמה: אדם ישב 6 חודשי מעצר, ולאחר מכן שוחרר לאיזוק אלקטרוני. כדי שהתביעה תוכל לבקש הארכת מעצר בעליון, הוא נדרש להשלים 3 חודשים * 2 (= 6 חודשי איזוק אלקטרוני).

הערר וסעיפי העיון חוזר

עיון חוזר

סעיף 52 לחוק המעצרים עוסק בעיון חוזר של בהמ"ש.

סעיף 52 לחוק המעצרים – עיון חוזר בהחלטת בית המשפט (תיקון מס' 1) תשנ"ז-1997

52. (א) עצור, משוחרר בערובה או תובע רשאי לפנות לבית המשפט בבקשה לעיון חוזר, בענין הנוגע למעצר, לשחרור או להפרת תנאי השחרור בערובה, לרבות בהחלטה לפי סעיף זה, אם נתגלו עובדות חדשות, נשתנו נסיבות או עבר זמן ניכר מעת מתן ההחלטה.

(ב) אדם המוחזק במעצר בשל אי יכולתו להמציא ערובה, רשאי לפנות בכל עת בבקשה לעיון חוזר.

(ג) הוטל פיקוח קצין מבחן לפי סעיף 48(א), רשאי קצין המבחן לפנות לבית משפט בבקשה ליתן צו המשנה את החלטתו; הבקשה תהיה בכתב ותלווה בתסקיר.

סיבות:

א. **חלוף זמן ניכר** – אדם ישב במעצר בית / רגיל לתקופה מסוימת והוא מבקש שיבדקו שוב אולי הקלה.

ב. **נסיבות חדשות** – ראייה נפלה במשפט (כמו בפס"ד מוגרבי בו עד מת).

ג. **אדם שלא הצליח להמציא את הערובות שניתנו לו** יכול לבקש עיון חוזר.

עיון חוזר מוגש לאותו בהמ"ש שנתן את ההחלטה (לא אותו שופט בתיק).

הרעיון הוא **שמעצר לעולם אינו הליך סופי** – תמיד התביעה / ערר / נאשם וכו' יכולים לבקש עיון חוזר.

ערר

ס' 53 לחוק המעצרים – ערר על החלטת בית המשפט (תיקון מס' 1) תשנ"ז-1997 (תיקון מס' 8) תשע"א-2011

53. (א) עצור, משוחרר בערובה ותובע רשאים לערר על החלטת בית משפט בענין הנוגע למעצר, לשחרור, להפרת תנאי ערובה או להחלטה בבקשה לעיון חוזר, וכן רשאי ערר לערר בענין ערבותו, בפני בית משפט שלערעור, שידון בערר בשופט יחיד.

(תיקון מס' 8) תשע"א-2011

(א1) (1) על החלטת בית המשפט המחוזי בערר לפי סעיף קטן (א) רשאי כל אחד מהמפורטים באותו סעיף קטן לפנות בבקשה למתן רשות לערר לפני בית המשפט העליון;

(2) בית המשפט העליון ידון בבקשה בשופט יחיד, ואולם רשאי בית המשפט העליון לדחות את הבקשה על הסף, בלא דיון בנוכחות הצדדים; ניתנה רשות לערר כאמור, ידון בו בית המשפט העליון בשופט יחיד ורשאי הוא לדון בבקשת רשות ערר כאילו היתה ערר.

(ב) השופט הדן בערר, רשאי להיזקק לחומר ראיות חדש, שניתוסף מאז הדיון בבית משפט קמא.

(תיקון מס' 7) תש"ע-2010 (תיקון מס' 8) תשע"א-2011

(ג) ערר כאמור בסעיף קטן (א) ובקשה למתן רשות לערר כאמור בסעיף קטן (א1), יוגשו בתוך 30 ימים מיום שניתנה

החלטת בית המשפט, ואולם בית המשפט רשאי להאריך את המועד האמור מטעמים שיירשמו.

כמו ערעור, אך משום שמדובר על החלטה זה 'ערר'.

הערר מתנהל על כל המעצרים, על פי הכללים הקובעים בחוק.

אם יש לי החלטת מעצר בשלום – יש לי ערר בזכות למחוזי ו**בבקשת רשות ערעור** לעליון.

ערר צריך להיות מוגש **תוך 30 ימים**.

בגלל שמעצר לעולם אינו סופי, יכול להיות ערר על עיון חוזר.

חלק ה': המשפט

הרצאות מתרגלת + חומר לימוד עצמי

שיעור 5 – 24/11/2019

מתרגלת – ורד זגורי

רוב התיקים הפליליים אינם מתחילים או כוללים בהם מעצרים – בעוד שזה מה שמלמדת המרצה. לכן, המתרגלת תעביר לפחות חלק מהחומר ללימוד עצמי. החומר של 2 השיעורים הקרובים אינו המשך ישיר של השיעורים עם המרצה.

טענות מקדמיות (ס' 149-151) (לימוד עצמי)

מבוא לטענות מקדמיות

לא כל הטענות המקדמיות מופיעות בסילבוס, מה שמחייב זה מה שמופיע. טענה לפגם או פסול בכתב אישום לא נמצאת בסילבוס משום שיש פסיקה – אנחנו כן נדרשים לדעת את הטענה הזו.

ס' 149 לחסד"פ [נוסח משולב] מונה 10 טענות מקדמיות:

ס' 149 לחסד"פ - טענות מקדמיות

149. לאחר תחילת המשפט רשאי הנאשם לטעון טענות מקדמיות, ובהן –

- (1) חוסר סמכות מקומית;
- (2) חוסר סמכות עניינית;
- (3) פגם או פסול בכתב האישום;
- (4) העובדות המתוארות בכתב האישום אינן מהוות עבירה;
- (5) זיכוי קודם או הרשעה קודמת בשל המעשה נושא כתב האישום;
- (6) משפט פלילי אחר תלוי ועומד נגד הנאשם בשל המעשה נושא כתב האישום;
- (7) חסינות;
- (8) התיישנות;
- (9) חנינה;
- (10) הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית.

כל מה שלא מצוין בסעיף, אינו מהווה טענה מקדמית ואין לקרוא לו כך – למשל: טענת אליבי מיד בתחילת המשפט נטענת בשלב מקדים, אך אינה טענה מקדמית, כך גם לגבי טענת פסלות שופט אותה יש לטעון מיד בתחילת המשפט או ברגע שהדבר התגלה.

הפסיקה קבעה כי הטענות המקדמיות אינן מוגבלות ל-10 הטענות בסעיף ואפשר לטעון טענות נוספות שראוי להן להתברר לאחר תחילת המשפט וראוי להן להיכנס לרשימה הזו, לכן הרשימה הזו אינה רשימה סגורה. עם זאת, **לצורך הלימוד בקורס הרשימה היא סגורה + טענת סיכון כפול** עליה נדבר בהמשך (בעוד בבהמ"ש נגלה טענות נוספות שהוגדרו בפסיקה).

מהן טענות מקדמיות?

הטענות המקדמיות למעשה מתמקדות בהיבטים הקשורים לניהול ההליך עצמו, כלומר הטענות נטענות כנגד ההליך עצמו ואין להן שום רלוונטיות לשאלת אשמתו של הנאשם, הן נבחנות במנותק מכך. הטענה המקדמית מבקשת בעצם מבהמ"ש לשים רגע בצד את עניין אשמת הנאשם. לכן, **טענות מקדמיות אינן טענות הגנה**.

אם כך הדבר, מה הסעד/תרופה שבהמ"ש לא יורה לאחר קבלת טענה מקדמית? **זיכוי הנאשם לעולם לא יתקבל כתוצאה מקבלת טענה מקדמית. הדבר הרדיקלי ביותר שיכול בהמ"ש לתת זה ביטול כתב אישום**, אשר אינו מונע הגשת כתב אישום חדש לאחר מכן כנגד אותו נאשם בגין אותם מעשים.

מתי יש לטעון טענה מקדמית?

את כל 10 הטענות מעלים לאחר מועד תחילת המשפט. מועד תחילת המשפט הוא מיד לאחר שלב הקראת כתב האישום ולפני המענה.

יש הקראת כתב האישום בו מבררים האם הנאשם מבין מה מייחסים לו (עניין פורמלי כי בדר"כ הנאשם כבר נפגש עם עוה"ד שלו) ולאחר ההקראה יש דיון מענה לכתב האישום. את הטענות המקדמיות יש לטעון בין שלב ההקראה לשלב המענה.

2 טענות מתוך ה-10 חייב לעשות במועד שלאחר הקראת כתב האישום ולפני המענה, אחרת, בכדי להעלות, יש לקבל את אישור בהמ"ש. את 8 הטענות האחרות ניתן להעלות בשלב מאוחר יותר וללא צורך באישור בהמ"ש – אפילו בשלב הערעור. הטענות:

- **ס'149(1)** חוסר סמכות מקומית.
- **ס'149(3)** פגם או פסול בכתב האישום.

הסיבה לכך שלא ניתן לחכות עם 2 טענות אלו: מדובר בטענות פורמליסטיות בעיקר שאי קבלתן מותנית בגרם עיוות דין.

הדיון בטענה עצמה

- **מי שמעלה את הטענה המקדמית הוא בדר"כ הנאשם ע"י בא כוחו, אך בהמ"ש יכול להעלות טענות מקדמיות גם מטעמו.** אכן, בהמ"ש אינו סגור ואינו צריך לעשות את עבודתו של הסגור, אך יש טענות שהן טענות מהותיות (התיישנות, חוסר סמכות עניינית וכו') ובהן בהמ"ש ישאר עם יד על הדופק. לכן, אם בהמ"ש סבור שאין לו סמכות לדון, הוא יעלה את הטענות האלה – כי חבל על הזמן. בהמ"ש לא יעלה כל טענה, אלא רק טענות מהותיות שהוא סבור לגביהן כי יש מקום להעלותן. אם בהמ"ש העלה טענה מקדמית והנאשם ויתר עליה – ממשיכים במשפט כרגיל מבלי לבחון את הטענה לגופה.
- **כנאשם מעלה טענה מקדמית, למשל: התיישנות, בהמ"ש חייב לתת זכות תגובה לתובע (ס'150 לחסד"פ).** זכות התגובה כוללת את הזכות להביא ראיות לעניין. יש כל מיני **אירועים מנתקים** המאפסים את ספירת מועד ההתיישנות ומהם מתחילה הספירה מהתחלה. אם לתובע יש הוכחה כי לא חלה התיישנות הוא יכול להביא ראיות מנתקות לאחר שהסגור טען טענת התיישנות. הדבר עשוי להתבטא בכך שבהמ"ש אפילו ייתן לתובע זמן בין הדיונים להבאת הראיות.
- **מנגד, אם למשל הנאשם אומר שהעבירה התיישנה (עבירת פשע) אחרי 6 שנים וההתיישנות היא אחרי 15 שנים בגלל שבלבתי פשע עם עוון (היינו – הסגור טעה). כשבהמ"ש יודע שזו טעות, אין לו מה לתת זכות תגובה לתובע. אם בהמ"ש רואה מההתחלה שהטענה היא שגויה ויש לדחות את הטענה, הוא ידחה אותה מבלי לתת זכות תגובה. גם שבהמ"ש טוען טענה מקדמית, הוא נותן זכות תגובה לשני הצדדים.**

נטל ההוכחה

- **אמנם בדר"כ "המוציא מחברו עליו הראייה", אך פה הנטל להוכיח שהטענה אינה מתקיימת הוא על התביעה** (זה נטל רדום – עד שלא תתעורר השאלה אין נטל על התביעה, וכשהועלתה השאלה הנטל מתעורר והנטל על התביעה להוכחה).
 - **חריג: לעניין ס'149(10) לחסד"פ (טענת הגנה מן הצדק) הנטל להוכחה מוטל על הנאשם.**
- אם בהמ"ש רואה שהסגור משתמש בטענת הגנה כאסטרטגיה למשוך זמן ולהתיש, הוא יפסול אוטומטית את הטענה (שכן הדבר שולח את התביעה להוכיח כי הטענה מוטעית).

החלטת בהמ"ש

- **המועד למתן החלטה: בהמ"ש יחליט לאלתר** (עכשיו), עם זאת – הוא רשאי להשהות את ההחלטה לשלב אחר במשפט אם הוא סבור כי ראוי לעשות כן (**ס'150 לחסד"פ**). יש מספר טענות שהוא לא יעבד כמו התיישנות, חוסר סמכות עניינית, חנינה וכו', אך בחלק הוא כן יחליט להשעות. למשל: בטענת הגנה מן הצדק- לעתים ביהמ"ש ירצה לדון בטענה הזו רק לאחר שלב ההוכחות כי הוא ירצה לשמוע את הצדדים.
- **אם ביהמ"ש החליט לקבל את הטענה המקדמית, יש כמה סעדים אפשריים מהם הוא יבחר:**
 - בהמ"ש יורה על תיקון כתב האישום (למשל כסעד לטענת פגם או פסול בכתב האישום).
 - ביטול כתב האישום (יש טענות שבהכרח יביאו לביטול כמו כסעד לטענת חנינה, התיישנות וכו'). **בהמ"ש תמיד מוסמך לבטל כתב אישום – לא משנה באיזו טענה!!!!!! אך הוא לא יטה לעשות את זה בכל מצב, אלא יטה תמיד לגישה השמרנית יותר.**
 - העברת התיק לערכאה בעלת סמכות (למשל כסעד לטענת חוסר סמכות עניינית או מקומית).
 - בטענת הגנה מן הצדק – בהמ"ש יכול לתת גם סעד של המתקת העונש, לבוא לקראת הנאשם בגזר הדין.

ברוב המקרים, לפי הטענה בהמ"ש יודע כבר מה הסעד שייתן, היה ותקבל.

ערעור

בהליך פלילי, בניגוד להליך אזרחי, אין ערעורי ביניים אלא אם כן החוק מציין בפירוש כי לעניין הזה אפשר לערער עכשיו. למשל: אם בניגוד לס'74 לחסד"פ – עיון בחומר חקירה, לא התירו עיון לסנגור, קבועה פרוצדורה בסעיף לערעור בעניין; כך גם בעניין פסלות שופט.

אם אין הליך ערעור ביניים הקובע בחוק – הערעור יהיה רק על ההליך כולו ובתומו בלבד! מכאן אנו למדים כי אם טענתי התיישנות למשל, ובהמ"ש לא קיבל את הטענה ואני סבורה ב-100% שהוא טעה, הערעור על החלטת בהמ"ש תבוא רק לאחר מתן פס"ד. ← כלומר, **לא ניתן לערער על טענות מקדמיות עד לאחר קבלת פס"ד**.

מנגד, אם התקבלה טענת התיישנות שטענה הסנגוריה, התובע יכול להגיש ערעור באופן מידי כי ההליך נגמר למעשה.

המבחן: האם הסנגור והתובע ממשיכים להיפגש תחת אותו ת"פ לאחר קבלת ההחלטה בטענה המקדמית?

אם כן – יש לחכות עם ערעור על ההחלטה עד למתן פס"ד וסיום ההליך.

אם לא – ניתן להגיש ערעור שכן ההליך נגמר בקבלת הטענה המקדמית (כתלות בסעד שנתן בהמ"ש – כלומר, אם משמעות קבלת הטענה היא אינה סיום ההליך, יש לחכות למתן פס"ד, כאמור, כדי להגיש את הערעור).

טענה מקדמית 1: חוסר סמכות מקומית ס'149(1) לחסד"פ

סמכות מקומית דנה בשאלה, באיזה מחוז שיפוט יידון כתב האישום. במדינת ישראל יש 6 מחוזות: ירושלים, ת"א, מרכז, חיפה, צפון ודרום. תחת כל מחוז יש מס' בהמ"ש שלום:

מחוזי ירושלים:

- שלום ירושלים.
- שלום בית שמש.

מחוזי ת"א:

- שלום ת"א.
- שלום הרצליה.

מחוזי מרכז-לוד:

- שלום נתניה.
- שלום פ"ת.
- שלום כפר סבא.
- שלום רמלה.
- שלום רחובות.
- שלום ראשל"צ.

טענת חוסר סמכות מקומית טוענת כי לשופט אין סמכות מקומית לדון כי במחוז שלו לא קרו 1 מ-2 (לא מצטבר):

1. הנאשם לא מתגורר במקום הזה.
2. העבירה לא נעברה במחוז הזה.

סמכות מקומית נרכשת ע"י אחד מתוך 2 (לא מצטבר):

1. שם מתגורר הנאשם מגורי קבע ולא מגורים ארעיים.
2. מקום ביצוע העבירה.

- המאשימה תעדיף להגיש את התביעה במקום ביצוע העבירה משום ששם בדר"כ יהיו העדים, והתביעה תרצה להקל עליהם – אך זה לא חובה וזה לא יהיה טעות להגיש את התביעה במקום המגורים.

במבחני לשכה שמים אופציה 3: המקום בו נתפס, אשר מופיעה בחוק – אך זו לא אופציה!!! **אך ורק אם מקום ביצוע העבירה ומקום המגורים אינם ידועים לבהמ"ש – רק אז תוגש התביעה במקום בו הוא נתפס.**

דוגמה: אם הנאשם ביצע עבירה בפ"ת והוא גם גר בפ"ת, אך הגישו את התביעה בנתניה לא ניתן להגיש טענת חוסר סמכות מקומית – בהמ"ש בנתניה עדיין מצוי באותו מחוז של פ"ת!!! מנגד, יש בקשה מיוחדת להעברת מקום הדיון, אך זה לא טענה מקדמית, אלא בקשה דרך נשיא בהמ"ש ויש לה פרוצדורה אחרת. לנתניה כן יש סמכות מקומית.

- יתרה מכך, אין אף קשר למרחק גיאוגרפי. אם העבירה נעברה בפ"ת או שהנאשם גר בפ"ת והתביעה הוגשה לנתניה, הוא לא יכול לטעון לחוסר סמכות מקומית כי זה רחוק לו והוא מעדיף פ"ת. כך גם אם העבירה נעברה בפ"ת והתיק הוגש לבהמ"ש השלום בת"א, למרות הקרבה הגיאוגרפית כן ניתן לטעון לחוסר סמכות שכן מדובר במחוזות שונים. כלומר, זה קשור רק למחוז.
- לכל אחד מבהמ"ש השלום במחוז בו בוצעה העבירה יש סמכות מקומית.

חריגי סמכות

- **אם יש כתב אישום עם צירוף אישומים ממחוזות שונים** – למשל: פורץ סדרתי שפרץ בכמה ערים בארץ ומאגדים את כל הפריצות לכתב אישום אחד – תהיה סמכות לכל אחד מהמחוזות שבהם בוצעה כל אחת מהפריצות.
- **אם יש כתב אישום של שני אנשים שגרים במחוזות שונים** – תהיה סמכות לכל אחד מהמחוזות הללו.
- **אם אין סמכות מקומית לאף מחוז (למשל עבירות אינטרנט, או כשאין מקום מגורים ידוע, אין מקום ביצוע עבירה ולא יודעים היכן נתפס/לא נתפס)** – התיק יידון בפני בית המשפט בירושלים.

מועד העלאת הטענה

אם הנאשם לא העלה את טענת חוסר סמכות לאחר תחילת המשפט → ניתן להעלות טענה זו רק בערעור!

העברת תיק לבהמ"ש אחר בשל טענת חוסר סמכות מקומית

לפי הסמכות שבס'79(א) לחוק בתי המשפט.

כאשר בהמ"ש מעביר את הדיון לבהמ"ש אחר, בעקבות טענת חוסר סמכות מקומית או עניינית, בהמ"ש החדש ממשיך לדון מאותה נקודה. אם בהמ"ש רוצה לחזור מס' צעדים אחורה, או לשמוע דברים בעצמו הוא יכול לעשות כן (בכל זאת מדובר בדיני נפשות).

אם רוצים להמשיך להעלות טענות מקדמיות – העניין יישמך כפי שהיה ממשיך בבהמ"ש הקודם (אם הטענה המקדמית אינה דורשת אישור בהמ"ש לטענה לאחר שעבר השלב לכך, ניתן לטעון אותן בכל שלב ללא צורך באישור בהמ"ש).

מה קורה במידה וחל הכלל "לא יעבירו עוד"?

עם זאת, אם בהמ"ש אליו העבירו את התיק (בהמ"ש הנעבר), טוען כי גם לו אין סמכות מקומית – לא ממשיכים להעביר את התיק לבהמ"ש אחר מתוקף "לא יעבירו עוד" לפי ס'79(ב) לחוק בתי המשפט.

טענה מקדמית 2: חוסר סמכות עניינית ס'149(2)

הסמכות העניינית של בהמ"ש קובעת באילו עבירות בהמ"ש מוסמך לדון.

דוגמה: ככלל:

- עבירות שעונשן עד 7 כולל שנות מאסר – הסמכות לבהמ"ש השלום.
- עבירות שעונשן מעל 7 שנות מאסר – סמכות העניינית היא לבהמ"ש המחוזי.

מועד העלאת הטענה

משמעות הטענה של חוסר סמכות עניינית היא **שלבהמ"ש אין סמכות עניינית לדון בעניין**. להבדיל מחוסר סמכות מקומית, הטענה של חוסר סמכות עניינית היא טענה מהותית והיא חורצת את סמכות בהמ"ש לדון בעניין **וכל ההחלטות שהוא יקבל, במידה והוחלט שאין לו סמכות, יבוטלו מדיעקרא**. מסיבה זו בהמ"ש יישאר עם יד על הדופק, וידון בעניין אף אם הטענה לא הועלתה מצד בעל הדין. לכן, בשל משמעות קבלת הטענה, **ניתן לטעון אותה בכל שלבי המשפט** גם בלי אישור.

התוצאות שנובעות מקבלת הטענה של חוסר סמכות עניינית

3 תוצאות אפשריות מקבלת טענה מקדמית:

1. **ביטול כתב האישום** – חשוב לזכור שביטול כתב אישום לא מונע הגשת כתב אישום חדש.

2. **להורות על תיקון כתב אישום** – אם טרם הוחל בשמיעת הראיות והתיקון לא יסב עיוות דין לנאשם – בהמ"ש יכול להורות על התביעה לתקן את כתב האישום. למשל: אם עבירת מעשים מגונים הוגשה לבהמ"ש המחוזי במקום לבהמ"ש השלום, בהמ"ש יכול להורות על התביעה לשנות את כתב האישום לעבירת אונס (שצריכה לידון בבהמ"ש המחוזי), במידה והראיות מתאימות לכך ולא נגרם עיוות דין לנאשם. כנ"ל גם להפך.
3. **העברת הדין לבהמ"ש שכן מוסמך לדון בעבירה.**

ההחלטה באיזו אופציה לבחור, תלויה לרוב בשלב הדיון בו אנו נמצאים. על בהמ"ש לבחור באפשרות המידתית ביותר. לכן ביטול כתב אישום יעשה רק בשלב מתקדם של בהמ"ש לאחר שמיעת הראיות, שכבר התקבלו החלטות שיניים שונות, ולכן זה לא מידתי להעביר את הדיון לבית משפט אחר ולכן יעדיפו לבטל את כתב האישום (מחשש לעיוות דין/קיפוח הגנה).

לסיכום:

- בתחילת המשפט – בדרכ בהמ"ש ייטה לתקן את כתב האישום שיכנס לגדרי הסמכות שלו או להעביר לבהמ"ש מוסמך.
- לאחר הכרעת הדין – בדרכ בהמ"ש הנטייה תהיה לבטל את כתב האישום.

העברת תיק לבהמ"ש אחר בשל טענת חוסר סמכות עניינית

כלל "לא יעבירו עוד" (עפ"י **ס'79(ב) לחוק בתי המשפט**) זהו כלל שחל גם על חוסר סמכות מקומית וגם על חוסר סמכות עניינית.

הכלל אומר שניתן להעביר דיון בתיק לבית משפט אחר רק פעם אחת, ואם רואים שיש שוב טעות בסמכות – לא ניתן להעביר את הדיון שוב!

אם יש צורך להעביר פעם שנייה את התיק לבית משפט אחר ← אי אפשר להעביר שוב ובהמ"ש שהתיק נמצא אצלו מקבל סמכות מתוקף החוק! (במקום להעביר את התיק פעמיים).

מה קורה במידה וחל הכלל "לא יעבירו עוד"?

בטענת חוסר סמכות עניינית – 2 מצבים:

- תיק שהוגש למחוזי, המחוזי חשב שאין לו סמכות והעביר את התיק לשלום, ואז מתברר שלשלום אין סמכות וצריך להעביר שוב למחוזי. במקרה כזה בהמ"ש השלום לא יכול לקבל סמכות לדון בתיקים של בהמ"ש המחוזי ולכן יש אופציה אחת ← ביטול כתב האישום!
 - תיק שהוגש לשלום, השלום חשב שאין לו סמכות והעביר את התיק למחוזי ואז מתברר שלמחוזי אין סמכות וצריך להעביר את התיק שוב לשלום. אמנם חוק בהמ"ש קובע סמכויות ייחודיות לבהמ"ש השלום, ואין מצב בו במצב רגיל יכול בהמ"ש המחוזי לדון בעניין שבסמכותו של בהמ"ש השלום בטענה של "גדול מכיל קטן", אך במקרה כזה נותן החוק סמכויות למחוזי.
- במקרה כזה המחוזי כן יכול לקבל סמכות לדון בתיקים של בהמ"ש השלום ולכן יש לו 2 אופציות ← **(1)** קבלת סמכות ודיון בתיק; **(2)** ביטול כתב האישום.

חלוקת הסמכויות בבהמ"ש

3 דרגות בבתי המשפט בישראל:

- א. **בהמ"ש המחוזי והשלום** – משמשים כערכאה ראשונה.
- ב. **בהמ"ש המחוזי** – משמש כערכאת ערעור על בהמ"ש השלום או כערכאה ראשונה.
- ג. **בהמ"ש עליון** – לעולם לא ישמש ערכאה ראשונה. תמיד ישמש ערכאת ערעור בזכות על פסקי דין של מחוזי כשהמחוזי יושב כערכאה ראשונה, וערכאת ערעור ברשות על פסקי דין של המחוזי כשהמחוזי יושב כערכאת ערעור על בהמ"ש השלום.

סמכות בהמ"ש השלום ס'51 לחוק בהמ"ש

ס'51 לחוק בהמ"ש – סמכות

51. (א) בית משפט שלום ידון באלה:

(תיקון מס' 16) תשנ"ב-1992 (תיקון מס' 18) תשנ"ד-1994 (תיקון מס' 34) תשס"ג-2003 (תיקון מס' 59) תש"ע-2010 (תיקון מס' 82) תשע"ו-2016 (תיקון מס' 98) תשע"ט-2019

(1) (א) עבירות שעונשן קנס בלבד או מאסר לתקופה שאינה עולה על שבע שנים; למעט עבירות שהן עניין כלכלי לפי סעיף 42ב(א)(8), למעט העבירות המנויות בחלק א' של התוספת השניה, שעונשן מאסר לתקופה של חמש שנים או יותר, אם החליט פרקליט מחוז להעמיד עליהן אדם לדין לפני בית משפט מחוזי, למעט עבירה לפי חוק התחרות הכלכלית, תשמ"ח-1988, למעט עבירה לפי פרק ב' או לפי סעיף 55 לחוק קידום התחרות בענף המזון, התשע"ד-2014 ולמעט עבירה לפי סעיף 3 לחוק מאבק בארגוני פשיעה, התשס"ג-2003;

(תיקון מס' 31) תשס"א-2001 (תיקון מס' 59) תש"ע-2010

(ב) עבירות המנויות בחלק ב' לתוספת השניה, שעונשן מאסר לתקופה העולה על שבע שנים, ועבירות שהן עניין כלכלי לפי סעיף 42ב(א)(8), אם החליט פרקליט המדינה או פרקליט מחוז להעמיד עליהן אדם לדין לפני בית משפט שלום, ובלבד שלא יוטל עונש מאסר לתקופה העולה על שבע שנים.

(תיקון מס' 1) תשמ"ה-1985 צו תשס"א-2001 (תיקון מס' 47) תשס"ח-2008

(2) תביעות אזרחיות – למעט תביעות הנוגעות למקרקעין – כשסכום התביעה או שווי הנושא אינו עולה על 2,500,000 שקלים חדשים ביום הגשת התובענה, והוא אף אם עלה הסכום או השווי לאחר מכן מחמת שערך, הצמדה, ריבית, הוצאות משפט ושכר טרחת עורך דין;

(3) תביעות בדבר חזקה או שימוש במקרקעין או בדבר חלוקתם או חלוקת השימוש בהם, לרבות תביעות הכרוכות בהן שענין חזקה או שימוש במיטלטלין, יהיה שוויו של נושא התביעה אשר יהיה; אך בית משפט שלום לא ידון בתביעות בדבר חכירה לדורות ובתביעות אחרות הנוגעות למקרקעין;

(תיקון מס' 21) תשנ"ה-1995

(א3) (נמחקה);

ת"ט תשמ"ה-1984 (תיקון מס' 59) תש"ע-2010

(4) תביעה-שכנגד לתביעה אזרחית שנושאן אחד או שהן נובעות מאותן הנסיבות, יהיה שוויו של נושא התביעה-שכנגד אשר יהיה; היתה התביעה שכנגד עניין כלכלי כמשמעותו בסעיף 42ב, רשאי בית המשפט להעביר את התביעות לבית המשפט שהיה מוסמך לדון בתביעה שכנגד אם ראה כי חלקו של העניין הכלכלי בתביעות משמעותי;

(תיקון מס' 21) תשנ"ה-1995

(5) בעניני משפחה כמשמעותם בחוק בית המשפט לעניני משפחה, תשנ"ה-1995, וזאת על אף האמור בפסקאות (2) ו-(3).

(תיקון מס' 59) תש"ע-2010 ת"ט תשע"א-2010

(1א) על אף הוראות סעיף קטן (א)(2) ו-(3), בית משפט שלום לא ידון בעניין כלכלי כמשמעותו בסעיף 42ב, אלא בתביעה שכנגד לפי הוראת סעיף קטן (א)(4) או אם הועבר אליו מבית המשפט המחוזי לפי הוראות סעיף 42ב(א)(6) או (7); ואולם, בית משפט שלום בשבתו כבית משפט לתביעות קטנות מוסמך לדון בעניין כלכלי כמשמעותו בסעיף 42ב(א)(1)(ג), אם אותו עניין מצוי בסמכותו לפי הוראות חוק זה.

(ב) שר המשפטים, בהתייעצות עם נשיא בית המשפט העליון ובאישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, רשאי בצו להגדיל את הסכום הנקוב בסעיף קטן (א)(2); בצו כאמור ניתן לקבוע, לכלל בתי המשפט או לבית משפט מסוים, כי ענין שהגדלת סמכות כאמור הוסיפה לבית משפט השלום ושהוגש לפני תחילתו של הצו לבית משפט מחוזי יידון בבית משפט השלום, ובלבד שטרם הוחל בו בשמיעת עדים.

(תיקון מס' 21) תשנ"ה-1995

(ג) בענינים המפורטים בפסקה (5) בסעיף קטן (א) ידון בית משפט שהוסמך כאמור בחוק בית המשפט לעניני משפחה, תשנ"ה-1995.

סמכותו של בהמ"ש השלום קבועה ב**ס' 51 לחוק בתי המשפט**. הסמכות היא כל עבירה שעונשה קנס בלבד או מאסר שאינו עולה על 7 שנים (כולל 7 שנים).

זאת אומרת שבהמ"ש השלום דן בכל סוגי העבירות – חטא עוון ופשע. (פשע – החמורה ביותר היא כל עבירה מעל ל-3 שנים).

למעט:

א. **אישום הכולל עבירה המוגדרת כעניין כלכלי שעונשן עד 7 שנים כולל** (למשל: עבירות בניירות ערך, עבירות לפי חוק הסדרת העיסוק וייעוץ השקעות וכו') **יידונו במחלקה הכלכלית של בהמ"ש המחוזי, אלא אם החליט פרקליט המדינה או המחוז להעמיד לדין בבהמ"ש השלום**. כלומר, ברירת המחדל בעבירות כלכליות אינה מסתכלת על הסנקציה/העונש.

- ב. **עבירות שוחד ועבירות צווארון לבן** (למשל: קבלת דבר במרמה, רישום כוזב במסמכי תאגיד וכו') שעונשן 5 שנים ומעלה, אם פרקליט מחוז (לא מדינה) החליט להגיש למחוזי. כלומר, ברירת המחדל במקרה זה היא שלום.
- ג. **עבירות לפי חוק ההגבלים העסקיים** יידונו במחוזי ירושלים (סמכות עניינית ומקומית כאחד), ללא תלות בסנקציה.
- ד. **עבירות במסגרת פעילות בארגון פשיעה לפי חוק מאבק בארגוני פשיעה** יידונו בבהמ"ש המחוזי, ללא תלות סנקציה ובתלות ב-2 **תנאים מצטברים**:

1. העבירה צריכה להיות במסגרת פעילות בארגון פשיעה.

2. כתב האישום צריך להיות מוגש לפי חוק מאבק בארגוני פשיעה ולא לפי חוק העונשין.

ה. **עבירות לפי פקודת הסמים המסוכנים, אם פרקליט המחוז/המדינה החליטו להעמיד לדין את הנאשם בבהמ"ש השלום, גם אם העונש האפשרי בעבירות אלו הוא מעל 7 שנים, ובלבד שהעונש שייתן בהמ"ש לא יעבור את ה-7 שנים.** עד משקל מסוים של סמים – העבירה עדיין תוגש לבהמ"ש שלום אפילו שהעונש הוא 15 שנות מאסר, כי לא רוצים שבהמ"ש המחוזי יתעסק עם כל עבירת סמים פשוטה (עומס על בהמ"ש). אך מכיוון שבהמ"ש שלום לא יכול לתת עונש יותר מ-7 שנים, המקסימום שבהמ"ש שלום יוכל לקצוב הוא עד 7 שנים.

באופן עקרוני הדבר תלוי באישור של פרקליט המחוז או פרקליט המדינה – רק אם הם החליטו שעבירות כאלו יוגשו לבהמ"ש שלום. בפועל יש הנחיות כאלה כיום ועבירות סמים מסוימות עד משקלים מסוימים כן מוגשות לשלום במקום למחוזי. אך ייתכן שבמקרה שנתפס כריש רציני בתחום עבירות הסמים פרקליט המדינה יחליט כי ההנחיות לא חלות לגביו ויורה כן להגיש נגדו כתב אישום בבית משפט המחוזי.

האם בבהמ"ש שלום יכול לשלוח נאשם ל-30 שנות מאסר? כן, כשזה מצטבר ועל כל עבירה הוא לא נתן יותר מ-7.

כאמור, סמכות בהמ"ש שלום היא סמכות ייחודית, ובהמ"ש המחוזי לא יכול ליטול אותה.

מוזב

ברירת המחדל: בבהמ"ש שלום יושב שופט אחד במוזב.

הרחבת המוזב:

ס'47 לחוק בהמ"ש – ההרכב

47. בית משפט שלום ידון בשופט אחד, ואולם רשאי נשיא בית משפט שלום, לבקשת השופט היושב לדין, לבקשת בעל דין ולאחר שנתן לבעלי הדין הזדמנות לטעון את טענותיהם לעניין זה, או ביוזמתו להורות שהדין בעניין פלוני יהיה לפני שלושה שופטים; נשיא בית משפט שלום יקבע את השופטים שמהם יורכב בית המשפט.

ס'47 לחוק בהמ"ש קובע סמכות לנשיא בהמ"ש לקבל החלטה כזו או לפי בקשת השופט היושב בדין. (בהמ"ש שלום אין סגן, אלא רק נשיא).

- **במצב של הרחבת מוזב לא ניתן לטעון לחוסר סמכות עניינית.**

סמכות בהמ"ש המחוזי

ס'40(1) לחוק בהמ"ש – הסמכות

בית משפט מחוזי ידון באלה:

(תיקון מס' 59) תש"ע-2010

(1) כל עניין אזרחי או פלילי שאיננו בסמכותו של בית משפט שלום; בתביעה שכנגד אזרחית מוסמך לדין בית משפט מחוזי אף אם אותו עניין או אותה תביעה הם בסמכותו של בית משפט שלום, ואם התביעה שכנגד היא באותו הנושא או נובעת מאותן נסיבות – אף אם העניין או התביעה הם בסמכות המחלקה הכלכלית לפי סעיף 42ה; ואולם –

לבהמ"ש המחוזי יש סמכות שירות. כל מה שלא בסמכותו של בהמ"ש שלום, מצוי בסמכות בהמ"ש המחוזי. בנוסף, לבהמ"ש המחוזי יש סמכות לדין בעבירות שבסמכות בהמ"ש שלום כאשר הן מצורפות בכתב האישום אישום אחד לעבירות שבסמכות בהמ"ש המחוזי.

בהמ"ש המחוזי משמש ערכאת ערעור על בהמ"ש שלום שבסמכות המקומית שלו.

החוק מונה מספר עבירות בהן ידון בהמ"ש המחוזי, למשל: כתב אישום שהוגש נגד שופט מכהן (לא בדימוס) או ראה"מ מכהן יתברר בהמ"ש מחוזי בירושלים ב-3 שופטים.

המוחב

ברירת מחדל: מותב של שופט יחיד.

3 שופטים

בהמ"ש המחוזי דן בהרכב של 3 שופטים כאשר:

- עבירות של מיתה או מאסר של 10 שנים ויותר, למעט עבירות שבהן ידון בשופט אחד למרות שהעונש עולה על 10 שנים.
- ערעור על פס"ד של בהמ"ש השלום.
- דיון במשפט חוזר.
- שפיטה פלילית של שופט מכהן או ראה"מ מכהן.

הרחבת המוחב: ע"י הנשיא או סגן נשיא בהמ"ש.

דן יחיד

- בכל עניין שהוא לא דן בהרכב.
- בעבירות המנויות בחלק א' של התוספת הראשונה בחוק בהמ"ש:
 - שוד.
 - גניבה בידי עובד ציבור.
 - חבלה בנסיבות מחמירות.
 - סחר בבני אדם לשם עיסוק בזנות (כל סחר אחר בבני אדם יהיה ב-3 שופטים).
 - עבירות לפי חוק הסמים המסוכנים.
 - חוק מאבק בארגוני פשיעה.
 - חוק איסור הלבנת הון.
 - חוק הבחירות לכנסת.
 - חוק על עבירות תעבורה מסוימות שאינן פשע.

חוק בהמ"ש – תוספת ראשונה

(סעיף 37)

(תיקון מס' 9) תש"ן-1989

חלק א'

(תיקון מס' 6ב) תשמ"ח-1988 (תיקון מס' 12) תשנ"א-1991 (תיקון מס' 19) תשנ"ה-1995 (תיקון מס' 48) תשס"ח-2008 (תיקון מס' 60) תש"ע-2010 (תיקון מס' 79) תשע"ה-2015 (תיקון מס' 94) תשע"ח-2018 (תיקון מס' 97) תשע"ט-2019

1. עבירות לפי הסעיפים הבאים של חוק העונשין, תשל"ז-1977:

100; 102; 106; 108; 111 למעט בנסיבות שבהן העונש הוא מאסר עולם; 112; 114; 115; 144; 144; 157; 165; 169; 203; 214(ב); 245 ו-246 בנסיבות המתוארות בסעיף 249א(1); 290; 301ב(ג); 302; 327; 329; 330 עד 332א; 333 בנסיבות המתוארות בסעיף 335; 336; 348(ב); 369 עד 375; 376; 377א(א); 390; 402 עד 404; 406 ו-407 בנסיבות המתוארות בסעיף 408; 413א; 448; 450; 454; 456.

(תיקון מס' 60) תש"ע-2010

2. עבירה לפי סעיף 117(א) לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], תשכ"ט-1969.

(תיקון מס' 60) תש"ע-2010

3. עבירה לפי סעיף 89 לחוק הדואר, התשמ"ו-1986.

4. עבירות לפי סעיף 209 לפקודת המכס.

(תיקון מס' 8) תשמ"ט-1989

5. עבירה לפי פקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973.

(תיקון מס' 34) תשס"ג-2003

6. עבירה לפי סעיף 3 לחוק מאבק בארגוני פשיעה, התשס"ג-2003.

(תיקון מס' 35) תשס"ג-2003 (תיקון מס' 60) תש"ע-2010
7. עבירה לפי סעיף 3 לחוק איסור הלבנת הון, התש"ס-2000.
(תיקון מס' 84) תשע"ו-2016
8. (נמחק).
(תיקון מס' 60) תש"ע-2010
9. עבירה לפי סעיף 4 לחוק מניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954, למעט בנסיבות שבהן העונש הוא מאסר עולם, ועבירה לפי סעיף 8 לחוק האמור.
(תיקון מס' 84) תשע"ו-2016
10. (נמחק).
(תיקון מס' 84) תשע"ו-2016
11. (נמחק).
(תיקון מס' 60) תש"ע-2010
12. עבירה לפי סעיף 113 לחוק הספנות (ימאים), התשל"ג-1973.
(תיקון מס' 66) תשע"ב-2011
13. עבירה לפי סעיף 64א(ג) לפקודת התעבורה.
(תיקון מס' 84) תשע"ו-2016 (תיקון מס' 94) תשע"ח-2018
14. עבירות לפי סעיפים 21, 30 ו-31 לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016 ועבירות לפי סעיפים 329 ו-448 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, שהן מעשה טרור, שחלות עליהן הוראות סעיף 37 לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016.
(תיקון מס' 94) תשע"ח-2018
15. עבירה לפי סעיף 52(ב)(3) לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971.

הטענה לחוסר סמכות עניינית יכולה להיטען כנגד המותב היושב בדיון, ולא רק ביחס לבהמ"ש אליו הוגשה התביעה. כלומר, אם המותב הוא 3 ומוסמך לדון לפי החוק זה רק שופט אחד ניתן לטעון לחוסר סמכות עניינית.

שיעור 6 – 02/12/2019

מתרגלת – ורד זגורי

טענה מקדמית 3: פגם או פסול בכתב אישום

למרות שהנושא הזה לא מצוין ב'רחל בתך הקטנה' בסילבוס, שכן אין ממש פסיקה בעניין, אך הוא עדיין מחייב לבחינה!

טענה זו מופיעה בס'149(3) לחסד"פ – טענות מקדמיות.

זהו נושא חשוב מאוד, מפני שאי התמצאות בטענה זו עלולה לעלות במחיר נפשו של אדם אחר.

טענה זו היא אחת מ-2 טענות שחייב להעלות מיד לאחר תחילת המשפט. ככל שלא הועלתה הטענה, בכדי להעלותה בהמשך ההליך יש צורך בקבלת אישור מבהמ"ש (הטענה השנייה היא טענת חוסר סמכות מקומית, כאמור לעיל).

- **הערה:** ככל שסטודנט יכתוב במבחן כי "יש לטעון לכתב או פסול בכתב אישום" יש צורך לפרט – האם מדובר בפגם או פסול! אי כתיבה מהווה אינדיקציה לחוסר הבנת החומר.

הבחנה בין פגם לפסול

פגם

הגדרה: פגם בכתב אישום מתבטא בדרך כלל בהשמטה של פרט ענייני מכתב האישום.

דוגמאות לפגמים:

- השמטה של יסוד מיסודות העבירה (אלו היסוד הנפשי והיסוד העובדתי).
- השמטה של פרט חיוני להצגה הולמת של התנהגות הנאשם ונסיבותיה. דוגמה: ילד שנולד למשפחה קשת יום, לו 7 אחים כאשר הוא הילד ה-3. האב אלוהוליסט והאם עובדת בכל שעות היום. אין מזון בבית. האב נפטר מהשתייה שפגעה לו בכבד והאם נותרה לבד עם הילדים. באחת הפעמים, ביום העצמאות, הילד הלך לבמות וביקש ממנה כסף. האמא הביאה

לו שקל אחד כי זה מה שהיה לה. כל חבריו קנו אוכל, אך הוא לא קנה כי לא היה לו כסף. הוא החזיר לאמא שלו את הכסף. החלום של הילד היה שיהיה לו אופניים. יום אחר הוא חזר הביתה, וראה אופניים חדשים בסלון ואישה שהוא לא מכיר. האישה אמרה לו שאם הוא רוצה את האופניים שיבוא איתה, וכך היה. לאחר שבוע הוא הבין שהוא הוכנס לפנימייה (בעודו בן 17). במהלך השהות בפנימייה אמא שלו לא הגיעה לאירועים, בעוד ההורים של הילדים האחרים לא באו. הילד לא הגיע לאירועים האלה מבושה, וגם לא חזר הביתה פעם בשבועיים כמו כולם כי לא היה לו אוכל בבית. הילד הבטיח לעצמו שבשיהיו לו ילדים יהיה להם הכל והם לא יחוו את שחוזה. בגיל 17 הוא נפצע בתאונת דרכים ובגלל הפציעה לא התגייס לצבא, למרות שהיה מיועד לקרבי. בהמשך הימים הוא הכיר בחורה מהשכונה, והתחתן איתה בגיל 21. הם עזבו את הבית, הביאו 4 ילדים שנה אחרי שנה. עם השנים הזוג התגרש, אך הוא נותר בקשר עם הילדים והמשיך להיות אב למופת. בכל זאת, מעולם לא נטש את חלום להיות אב. הוא פגש אישה חדשה, שלחצה עליו להתחתן מהר. האישה החדשה טענה שהיא נכנסה להריון ביום הכלולות שלה. זו התחילה להתלונן על בעלה מכל מיני סיבות, ואמרה לו לתת לה מרחב כי היא הרומנטית – לכן ישן בסלון וכו'. יום הלידה הגיע וכעבור חודשיים האישה אמרה לו שהבית רחוק לה מהעבודה ולחצה על בעלה לעבור לאימה. הבחור התנגד לכך, ולכן היא עברה אליה לבד. כעבור חודש היא ביקשה להתגרש ממנו. כחודש ממתן הגט, האישה התקשרה אליו ואמרה לו שהיא ואדם אחר (פלזוני) זוג – אותו אדם היה חברו הטוב בעולם, כמו אחיו. הוא נורא כעס, ובשלב מסוים סירב להגיע למסיבת יום ההולדת של בנם. לאחר תקופה הוגש נגדו כתב אישום בו נטען כי הנאשם על האישה בפגיעה שלא כדין בגופה ואמר לה כי "לא כדאי לך שאני אראה אותך ביחד, אם תעברו לגור במושב אני ארצח אותך, אני אאנס אותך, הילד שלי לא יגור במושב"; "אני אהפוך אותך לנכה, אני א*** אותך, וי*** וכו', אני אאנס אותך, גם את אמא שלך ה*** ואבא שלך, אם הוא יגור במושב אני ***". בבהמ"ש, בהמ"ש אמר כי עם כל הכבוד לנאשם, הדין הפלילי לא אוסר על בגידה והוא ילמד אותו כי על אימים הוא ייתן את הדין. הבחור נשלח לכלא ל-7.5 חודשים. בבוא הימים, כאשר הוא ביקש קיצור עונש, נאמר לו שהוא הורשע בפשעים חמורים כי איים על האישה – הוא ענה כי האיומים לא היו כלפיה, אלא כלפי בן זוגה. בבדיקת חומר החקירה התגלה כי בטרם הוא שלח את האיום, היא שלחה לו אימים משל עצמה – "תהנה מהימים האחרונים שלך כי הנה זה בא...". ברי כי היה מחדל במשפט – הרי המשטרה אוספת את חומר החקירה, אך התובע הוא שמנסח את כתב האישום והוא שברר בין האיומים לשם כתיבתו.

← על כן, **הרי שעלה פגם בכתב האישום!**

מה שקרה הוא שבהמ"ש באופן טבעי הגיב כפי שאנחנו הגבנו בעודנו לא ידענו שהיא זו שאימה עליו תחילה ופתחה שיש כזה. לאחר שהבחור סיים לרצות את עונשו בכלא הכי שמור בארץ, בו כלואים עבריינים כבדים, הוא יצא מצולק נפשית (והכל מבלי לדבר בכלל על כל שהפסיד ביחס לילדיו בכל העת הזו). הוא פנה לורד, המתרגלת, ואמר לה – "אני שילמתי את חובי לחברה, האישה לא" – לכן ביקש להגיש תלונה במשטרה. המשטרה חשבה שהוא בא לנקום באשתו, ולא שבאמת מטרתו היא להתלונן על עבירה שנעשתה כלפיו. לבסוף עדותו נגבתה וכעבור מספר חודשים התיק נסגר מחוסר אשמה (כלומר אין אפילו רישום פלילי לאישה). הבחור נמנע מלהגיש ערר בשל כל הטראומה שעברה עליו וניתק כל קשר עם הילד מהאישה הזו.

← זה תיק שלא היה אמור להסתיים בצורה כזו, מעבר למחדלי החקירה ומעבר לעניין של ההסדר טיעון אותו לא הקריאו לו, מעבר לעובדה שלא נטענה טענה לאכיפה סלקטיבית, אף לא נטענה טענה שיכולה להביא למצב של ביטול כתב האישום והיה עילה לביטול כתב האישום! **ההשמטה הזו עלתה בנפש של אדם, כאשר את הצלקות שלו איש לא יכול לרפא כעת.**

מסיבה זו יש לטעון את טענת פגם או פסול בכתב אישום מיד לאחר תחילת המשפט (אחרי ההקראה ולפני המענה לאישומים)! באותה נשימה יש לבקש לקבוע דיון להוכחות, כדי לחשוף את בהמ"ש לפגמים שעלו בתיק – אך זה לא מייתר את הצורך לטעון את הטענה.

השמטת הוראות חיקוק.

[פסול](#)

הגדרה: אי עמידה בדרישות החוק בנוגע לכשרות או תוקף כתב אישום. היינו, זה לא שהושמט דבר, אלא שאין עמידה בדרישות החוק.

דוגמאות לפסול:

הגשת כתב אישום ע"י גורם שאינו מסומן. לדוגמאות:

- מפק"ל משטרתי לא יכול להגיש כתב אישום ברצח ופרקליט לא יכול להגיש כתב אישום בגין גניבה (החוק קובע בדיוק מהן סמכויותיו של כל אחד).
- הכללה של עברו הפלילי של אדם בכתב האישום.
 - **בכלל** לא מציינים עבר פלילי של נאשם בכתב אישום.
 - **החריג:** אם העבר הפלילי אינהרנטי לכתב האישום, אז לא יהיה פסול בכתב אישום. לדוגמה:
 - עצור תוך כדי הליכים. הסנגור משכנע את בהמ"ש כי אפשר לאיין מסוכנות לשחרר ממעצר במהלך ביצוע ההליכים. העצור משוחרר, יוצא לחגוג יום הולדת של משפחה. עוצר אותו שוטר, תוהה למה העצור לא בביתו כפי שנקבע בבהמ"ש במעצר בית. מוגש נגד הנאשם כתב אישום בגין "הפרת הוראה חוקית" כי הרי הנאשם כבר היה בפוזיציה זו. היינו, כאן העבר הפלילי אינהרנטי לכתב האישום.
 - נהיגה בעת פסילה.

- **קיפוח זכות השימוע.** זכות השימוע קבועה ב**ס'60א לחסד"פ** לפיה, אם הגיע לרשות התובעת חומר חקירה שהיא יכולה להגיש בגינו כתב אישום בעבירת פשע (= 3 שנות מאסר ומעלה) עליה ליידע את החשוד על כך ולתת לו זכות שימוע אם הוא לא עצור. דוגמאות לעבירות כאלה הן עבירות צווארון לבן. **בשימוע ניתנת לחשוד הזכות לטעון טענות כנגד כתב האישום.** **בעבר,** לפני שחוקק **ס'60א** השימוע היה מיועד בעיקר לאנשי ציבור בשל הנזק העשוי להיגרם להם בהעמדה לדין והיה תחת סמכותו של היועמ"ש. **כיום** **זכות השימוע עומדת לכל חשוד שהוא.** ← **קיפוח זכות השימוע היא הנימוק לטענת הפסול, יש לשים לב בעת העלאת טענה מעין זו ולוודא כי טענו את הטענה המשפטית לפיה עלה פסול בכתב האישום ולהסביר כי זהו הנימוק.**

תוצאות של קבלת הטענה

אם בהמ"ש קובע שיש פגם או פסול בכתב אישום, עליו להפעיל את דוקטרינת הבטלות היחסית ולהבחין בין הפגם (הן אם מדובר בפגם והן אם מדובר בפסול) לבין תוצאות הפרתו.

מה יעשה בהמ"ש?

- **אם עלה פגם מהותי, שיורד לשורש העניין ושמקפח את הנאשם בהגנתו יביא (לרוב) לביטול כתב אישום.**

- **הערה:** יש לזכור כי גם אם נקבע ביטול כתב האישום, אין הדבר מונע להגיש כתב אישום חדש באותו עניין.
- השופט גרוניס בפס"ד פלוני** – מדבר על מצב שבו אם היה נדרש אישור יועמ"ש לממשלה להגשת כתב אישום בשל התיישנות והוא לא הוגש במועד אלא בדיעבד, וחלף זמן ניכר מאז הגשת כתב אישום ועד שהושג אישור היועמ"ש – ברי כי מדובר בפגם שאז בהכרח בהמ"ש יורה על ביטול כתב האישום. כלומר, בהמ"ש יורה על ביטול כתב אישום ב-2 תנאים:

1. אישור יועמ"ש להגשת כתב אישום הוגש לאחר המועד בדיעבד.
2. חלף זמן ניכר מאז הגשת כתב האישום ועד שהושג אישור היועמ"ש.

- **הערה: "זמן ניכר"** – בהמ"ש יחליט האם חלף זמן ניכר, ויבדוק האם נגרם עיוות דין לנאשם. בדרך כלל אחרי שלב ההוכחות בהמ"ש יקבע שחלף זמן ניכר.

- אם אפשר לתקן את כתב האישום, בהמ"ש יטה לנקוט בגישה השמרנית הזו.

טענה מקדמית 4: "כבר זוכיתי"/"כבר הורשעתי" (ס'149(5) לחסד"פ)

הטענה מוגדרת ב**ס'149(5) לחסד"פ**, אך בעניין טענה זו נפנה ל**ס'5 לחסד"פ**.

ס'149(5) לחסד"פ – טענות מקדמיות

149. לאחר תחילת המשפט רשאי הנאשם לטעון טענות מקדמיות, ובהן – (5) זיכוי קודם או הרשעה קודמת בשל המעשה נושא כתב האישום;

ס'5 לחסד"פ – אין דנים פעמיים בשל מעשה אחד

5. אין דנים אדם על מעשה שזוכה או הורשע קודם לכן בשל עבירה שבו; אולם אם גרם המעשה למותו של אדם, דנים אותו על כך אף אם הורשע קודם לכן בשל עבירה אחרת שבאותו מעשה; "הרשעה", לענין סעיף זה – לרבות העמדה למבחן ללא הרשעה תחילה.

הכלל: לא מעמידים לדין אדם פעמיים על אותו מעשה (לא על אותה עבירה)!

חריג: אלא אם המעשה גרם למותו של נפגע העבירה והוא הורשע בגין העבירה. כלומר, ניתן להגיש שוב כתב אישום על אותו מעשה בהתקיים **2 תנאים מצטברים:**

1. אם המעשה גרם למותו של נפגע העבירה. היינו – אם הנאשם זוכה, לא ניתן להעמידו לדין בגין מוות זה תחת אותו מעשה.
2. הנאשם הורשע בשל עבירה אחרת בגין אותו מעשה.

למשל: הרבצתי למישהו שעיצבן אותי בסופרמרקט. הבנאדם התמוטט ושוכב בבי"ח צמח כבר חודשיים. מעמידים אותי לדין על גרימת חבלה חמורה, אני נדונה לעונש מאסר של 5 שנים, אני מרצה את המאסר ומשתחררת לאחר 5 שנים. אחרי עשר שנים מספרים לי שהנפגע נפטר מפצעיו (**קשר סיבתי** – המוות קשור לחבלה החמורה). במקרה כזה ניתן להעמיד אותי לדין על הריגה. שכן מתקיימים 2 התנאים – הורשעתי בעבירה הראשונה, והנפגע מת. **חשוב – הנפגע חייב למות!** כלומר, בפועל, העבירה השנייה תמיד תהיה הריגה.

משמעות הטענה הזו היא שהנאשם כבר נשפט בעבר, ואין דנים אותו אדם פעמיים בשל אותו מעשה.

התנאי להעלאת הטענה

צריך להמציא את פסק הדין שבו האדם זוכה/הורשע בעבר.

- **אם אין פסק דין של זיכוי או הרשעה** – אין בסיס לטענה הזו (במקרה כזה ניתן לטעון טענה אחרת של **סיכון כפול** ← מתוך החומר ללימוד עצמי).
- אם **בהמ"ש מבטל כתב אישום** ← אין בסיס לטענה "כבר זוכיתי"/"כבר הורשעתי". זאת מכיוון שביטול כתב אישום לעולם לא מונע הגשתו בפעם השנייה.

מה קורה במצב של אי הרשעה?

- **הרשעה** – האדם אשם.
 - **זיכוי** – האדם לא אשם.
 - **אי-הרשעה** – זה לא זיכוי ולא הרשעה. מה זה?
- מדובר על מקרה בו אדם עומד למשפט והעבירה היא לא עבירה חמורה מאוד (למרות שהחוק לא מסייג עבירות), ובהמ"ש קובע כי לפי הראיות הבנאדם אכן ביצע את העבירה, אבל הוא נמנע מלהרשיע את הנאשם, בגלל שהוא לא רוצה "להכתיים" את הנאשם או לפגוע לו באופק התעסוקתי (למשל: עו"ד), אז הוא קובע גזר דין ללא הרשעה. למעשה לא נרשמת הרשעה בתיק הפלילי של הנאשם, וכך "דף היושר" של האדם נשאר נקי ללא הכתמה (זה כן כתוב ברישום אחר אבל לא בדף היושר). העונש שנותרים במקרה כזה הוא של"צ (שירות לתועלת הציבור – לא עבודות שירות).

במקרה של אי-הרשעה – האם ניתן לטעון "כבר זוכיתי"/"כבר הורשעתי"?

כלומר, האם אי-הרשעה נחשבת להרשעה לעניין העלאת טענת "כבר זוכיתי כבר הורשעתי"?

ס'5 קובע כי גם אי-הרשעה תיחשב כהרשעה לעניין "כבר זוכיתי"/"כבר הורשעתי".

מה קורה כאשר מגישים נגד אדם כתב אישום על כמה סעיפי עבירה?

כאשר אדם מגיע לטעון את טענת "כבר זוכיתי"/"כבר הורשעתי" – באותו רגע בתיק יש נגדו 2 כתבי אישום בגין אותו מעשה:

3. **כתב אישום אחד** – שבו כבר הייתה הרשעה/זיכוי.
4. **כתב אישום שני** – כתב האישום החדש שבו אני רוצה לטעון "כבר זוכיתי כבר הורשעתי".

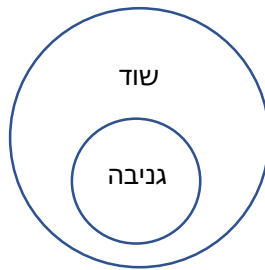
למשל: מקרה של אדם שאנס את חברה שלו ללא הסכמתה. הגישו נגדו כתב אישום על אונס, הוא הורשע ונתן את הדין. אחר כך רוצים להגיש נגדו כתב אישום נוסף על תקיפה ומעשה מגונה (כי אונס הוא גם תקיפה כי עצם זה שהוא נגע בה זה תקיפה. (שונה מעבירה של חבלה חמורה). האם ניתן להגיש נגדו כתב אישום זה? לא ← בגלל שהמעשה הוא אותו מעשה! ואמרנו שלא דנים אדם פעמיים על אותו מעשה.

אך, זה לא אומר כי בכתב אישום אחד, בכתב החיקוק, הנאשם לא יכול להיות חשוף למספר אישומים שונים – היינו, שבכתב האישום הראשון הוא הואשם הן באונס, הן בתקיפה, והן בהטרדה מינית.

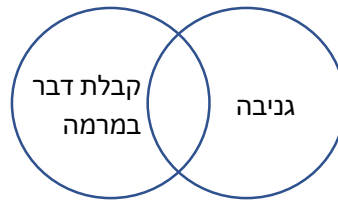
מה ייחשב לאותו מעשה? המבחנים:

כדי שהטענה תחול נדרשת זהות בין המעשה בגינו נשפט (בו זוכה/הורשע) לבין זה שיוחס לו בכתב האישום הנוסף.

- **מעשים ייחשבו זהים** אם כל רכיבי האחד, כלולים במשנהו. גם אם כלל אחד המעשים רכיבים נוספים על אלה של משנהו, עדיין המעשים זהים.



- **מעשים ייחשבו כאינם זהים** אם כל אחד מהמעשים כלל רכיבים נוספים על אלה שמהם מורכב משנהו, גם אם חלק מהרכיבים חוזר ב-2 המעשים.



לעניין הטענה המקדמית, המבחן לאותו מעשה הוא מבחן זהות רכיבי המעשה (עבירה אחת נבלעת בשנייה).

בעניין של אותו מעשה יש להבחין בין עבירה נמשכת לעבירה מתחדשת:

- **בעבירה נמשכת** – עבירה שהתגבשה והשולמה במועד נתון, אך ממשיכה להתקיים עד לסיומה (לדוגמה: כליאת שווא) ניתן להעמיד לדין רק פעם אחת ואין להעמיד לדין בגינה פעם נוספת בשל קטע נוסף של קיומה לאחר ההעמדה לדין הראשונה. היינו, **לא ניתן** להגיש כתב אישום נוסף וטענת "כבר זוכיתי"/"כבר הורשעתי" תתקבל.

○ **לדוגמה:** אדם כלא אדם אחר כליאת שווא ל-5 ימים. הנפגע יצא והגיש תלונה במשטרה על כליאת שווא למשך 3 ימים. אחרי שבהמ"ש קיבל פסק דין והרשיע את הנאשם, הנפגע מבין שזה היה 5 ימים ולא 3 ימים. **האם ניתן להגיש כאן כתב אישום חדש על כליאת שווא 5 ימים?** לא, מכיוון שזה אותו מעשה ולא ניתן להרשיע על אותו מעשה פעמיים, עומדת לנאשם טענת הגנה כבר זוכיתי כבר הורשעתי.

- **בעבירה מתחדשת** – עבירה החוזרת ומתגבשת מחדש מידי יום, עד להפסקת ביצועה (לדוגמה: אי קיום חובת התייצבות לפי חוק שירות ביטחון נחשב כל קטע כעבירה נפרדת ואין בהרשעה או זיכוי לגבי קטע אחר, כדי למנוע העמדה לדין בקטע נוסף). היינו, **ניתן** להגיש כתב אישום נוסף וטענת "כבר זוכיתי"/"כבר הורשעתי" לא תתקבל.

← **בשם עקרון החוקיות, על המחוקק להגדיר מתי נגמרת ומתחילה עבירה מחדש.**

מתי טוענים?

מיד לאחר תחילת המשפט!

האם ניתן להעלות אותה בהמשך המשפט? כן, ניתן להעלות אותה בכל שלבי המשפט גם בערעור ללא קבלת אישור בהמ"ש.

תוצאות קבלת הטענה

- אם בהמ"ש מקבל את הטענה – כתב האישום מבוטל!
- האם זה מונע הגשת כתב אישום פעם נוספת? לא, ביטול כתב אישום לא מונע הגשתו מחדש.

ענישה בגין אותו מעשה בכתב אישום הכולל מספר סעיפי עבירה**ס'186 לחסד"פ – הרשעה בעבירות אחדות**

186. בית המשפט רשאי להרשיע נאשם בשל כל אחת מן העבירות שאשמתו בהן נתגלתה מן העובדות שהוכחו לפניו, אך לא יענישו יותר מפעם אחת בשל אותו מעשה.

ס'186 לחסד"פ קובע כי בהמ"ש רשאי להרשיע נאשם בכל אחת מהעבירות שאשמתו בהן נתגלתה מהעובדות שהוכחו אך לא יענישו יותר מפעם אחת בשל אותו מעשה.

מתי טוענים?

בטיעונים לעונש, זה לא טענה מקדמית.

מה ייחשב לאותו מעשה?**בפס"ד ביטון נקבעו 2 מבחנים:**

1. **מבחן פיזי-צורני** – בוחן האם מדובר בפעולות נפרדות עוקבות שניתן לפצלן אף שבוצעו ברצף. מבחן זה **נוהג בעיקר בעבירות רכוש**.
2. **מבחן מהותי-מוסרי** – מתמקד באינטרס של קורבן העבירה, לפיו ריבוי נפגעים הוא אינדיקציה לריבוי עבירות הנובעות ממעשים נפרדים. מבחן זה **נוהג בעבירות גוף**.

דוגמאות:

- **מבחן פיזי-צורני – תיק שהיה למתרגלת:** עבירה של הונאה בכרטיסי חיוב על 61 שימושים בכרטיסי אשראי של אנשים שונים, חלקם היא הצליחה לקבל את המוצרים וחלקם לא (מוגדרים כניסיון), בנוסף הייתה גם התחזות. כשהיא עשתה את זה היא הייתה בת 19 עם 2 תינוקות, כלומר שעשתה זאת כדי שתוכל להתקיים. היום היא בת 23, נשואה, השתקמה וכו'. המתרגלת ניסתה לטעון את טענת "כבר זוכיתי"/"כבר הורשעתי", ובהמ"ש שקל זאת אך לבסוף בגלל שהיא לא לקחה אחריות לא קיבלו טענה זו. בפועל, לא היה פס"ד ולכן לא ניתן היה לטעון פה את הטענה הזו. בהרשעה יהיה כתוב כי היא הורשעה על 2 עבירות בגין אותו מעשה, תחת אותו כתב אישום. אבל את העונש יהיה רק פעם אחת כי מדובר באותו מעשה.

- **מבחן מהותי-מוסרי** – אדם שלחץ על ההדק פעם אחת אך הצליח להרוג בלחיצה זו 20 אנשים – מדובר על מעשה אחד שאי אפשר להפריד את הרצף שלו. אך במקרה כזה **נבחן את אינטרס הקורבנות** ובגלל ריבוי הנפגעים הדבר יוביל לריבוי עבירות, ולכן יהיה ניתן להרשיע וגם להעניש את הנאשם על 20 מקרים. במקרה כזה לא תישמע טענה "כבר זוכיתי"/"כבר הורשעתי".

○ **חריג: הבחנה בין המתה בגין קנטור (הריגה) לבין רצח בכוונה תחילה. פס"ד אזואלוס** בחור שראה את אשתו באוטו עם מאהב, האישה והמאהב קנטרו אותו והתנשקו והתגופפו לידו בכוונה והוא ירה בהם והרג את שניהם. בגלל הגנת הקנטור הוא הורשע בהריגה ולא ברצח. לפי חריג זה – בגלל טענת הקנטור **רצח של מס' קורבנות** ייחשב **בהריגה אחת לעניין העונש** (לעניין ההרשעה ניתן להרשיע כמספר הקורבנות, אבל עונש ייפסק על הריגה אחת בלבד).

שיעור 10 – 05/01/2020

מתרגלת – ורד זגורי**טענה מקדמית 5: טענת סיכון כפול**

אמנם טענה זו אינה מופיעה בטענות המופיעות ב**סעיף 149 לחסד"פ**, אך היא כן תידון בטענה מקדמית, שכן כאמור, הטענות המופיעות ב**ס'149** אינן מהוות רשימה סגורה.

טענה זו הוכרה בפסיקה כדוקטרינה אך נדחתה לגופה בכל פעם לגופו של עניין. כלומר, שניתן לטעון אותה לדוקטרינה זו, שכן היא מוכרת, אך מעולם לא התקבלה לגופה של עניין בכל תיק בה נטענה.

המצב הבסיסי

מדובר על מצב בו הוגש כבר כתב אישום והליכים הפליליים כבר החלו (הנאשם נמצא בסיכון להרשעה, הנאשם כבר נמצא בשלב הלבטים ועוגמת נפש לקראת העתיד בעניין מה יקרה איתו – חוסר שינה, לימודים, עבודה וכו'), אך ההליכים נפסקו בטרם הוכרעו בפס"ד מסיבות שאינן תלויות בנאשם.

במקרה כזה אם יוגש שוב כתב אישום, על אותו מעשה, לא יהיה מקום לטעון כבר זוכיתי/כבר הורשעתי, כי לא ניתן פס"ד, אלא ניתן יהיה לטעון לטענת סיכון כפול.

העיקרון אוסר על המדינה לבצע ניסיונות חוזרים ונשנים להרשיע אדם על עבירה שמיוחסת לו על רקע של תשתית עובדתית מסוימת.

הרקע מאחורי העיקרון הזה הוא למניעה של הוצאות כלכליות נוספות, חרדה וחוסר ביטחון לגבי עתידו. גם בטענה של סיכון כפול וגם בטענה של "כבר הורשעתי/כבר זוכיתי" העניין הוא מניעה להעמדה לדין פלילי פעמיים בגין אותו מעשה, היינו העמדה פעמיים בסיכון להרשעה.

שימוש בטענת סיכון כפול למול טענת "כבר זוכיתי/כבר הורשעתי":

- א. **בטענת "כבר זוכיתי/כבר הורשעתי"** נחפש קיומו של פס"ד להרשעה.
- ב. לא ניתן לטעון **טענת סיכון כפול** בכל המקרים בהם נגמר הדין אך נותר פתח להמשכו בשלב מאוחר יותר. כלומר, שבמצב כזה אם נחדש את הדיון זה לא יהיה בסיס לטענה של סיכון כפול. למשל:

1. בטענת התיישנות, בהמ"ש קיבל את הטענה וביטל את כתב האישום. עכשיו ביטול כתב אישום לא מונע הגשה מחדש של כתב אישום. כל ביטול כתב אישום, גם במקרה של חוסר סמכות עניינית למשל,
2. עיכוב הליכים: הנאשם ידע שיש פתח להגשת כתב אישום חדש או המשך ההליכים.
3. **פס"ד יפת**

השאלה המשפטית: האם בחינת שאלה על ידי ועדת חקירה ממלכתית, ואף הטלת סנקציות מכוחה מקימות טענה לסיכון כפול ברגע שהשאלה תובא בהליך פלילי?
נקבע: לא. הליך פלילי לחוד מהליכים אחרים כמו הליך מנהלי, אזרחי וכו'.

סיכון כפול הוא לא סייג לפליליות המעשה, אלא הוא פשוט מציג מחסום למימוש האחריות הפלילית. זאת בדומה לטענת התיישנות למשל, בגינה לא ניתן לממש את האחריות הפלילית. ההנחה היא שיש בסיס לאישום פלילי, אך מציבים מחסום בפני מימוש.

דוגמה: חג החנוכה. בבית הוריו של הבחור היה קיר משותף עם השכנים בקוטג' בו גרו. ההורים רצו להציב חנוכייה בחוץ בתוך מיכל זכוכית. האב התקין מדף, אך כמה ימים לפני החג הבן שלו ראה אותו נאבק בכוח רב לבנות ולציע לו עזרה. הבן לקח מאביו את המברג. בסמוך לכך, השכן יצא מביתו וביקש שלא יתקינו שם את החנוכייה כי זו גדר שלו. האבא רב איתו ושאל מדוע לא טען לכך קודם כי הוא כבר עובד על זה ימים רבים. הבן אמר לאביו להמשיך הלאה ולא להיכנס לעימות. תוך כדי זה שהבן מפרק את מה שנבנה, השכן המשיך להתגרות בו ולהציק לו. הבן התעצבן עליו ובעודו מחזיק את המברג ביד ואמר לו שיזוז. השכן צילם את המאורע והתלונן במשטרה בטענה שהבן איים עליו. בחקירה הבן סיפר את מה שהיה והציעו לו הסדר מותנה [הסדר מותנה הוא הליך במסגרתו הובטח לנאשם שלא יוגש נגדו כתב אישום, בתנאי שהוא יבצע פעולות אחרות (כמו תשלום קנס; ביצוע עבודות שירות; פיצוי לקורבן העבירה; ביצוע סדנה שם שירות המבחן וכו'). רק לאחר שיעמוד בהתחייבויותיו, לא יוגש כתב אישום וייסגר התיק ברישום משטרה (לא פלילי) במסגרת הסדר מותנה]. הוא קיבל מכתב הביתה לפיו מציעים לו הסדר מותנה. בו נאמר לו שאם הוא מעוניין שיבוא לתחנת המשטרה כדי לחתום. הבן החזיר למשטרה במייל שהוא מעוניין אך שהוא לא יוכל להגיע באותו יום כי הוא במילואים. לא החזירו לו תשובה מהמשטרה עם מועד חדש, והוא התקשר בניסיון לתאם אחד חדש. בהמשך הוא קיבל דואר עם אישור מסירה של הגשת כתב אישום. הבן חשב שזה טעות, אך התביעה אמרה לו שזה לא טעות. בבהמ"ש הבן טען להגנה מן הצדק, בהמ"ש קיבל את טענתו והורה על ביטול כתב אישום וציווה לסגור את התיק בהסדר. הגשה מחדש לא הייתה משנה כלום ולכן לא היה בזה טעם. השכן פנה לעו"ד ואמר שהוא רוצה להגיש קובלנה פלילית פרטית (יש עבירות מסוימות שאפשר להגיש בהן קובלנה כזו המופיעות בתוספת השנייה לחוק, ובכך לנהל הליך פלילי לבד המנוהל על ידי אדם פרטי ולא המדינה). אם הייתה מוגשת קובלנה פלילית פרטית הבן היה טוען לסיכון כפול – אי אפשר לעשות ניסיונות חוזרים ונשנים להעמיד אדם לדין בהליך פלילי. בעבירות הקבועות בחוק, יכול אדם למצות את הדין בקובלנה פלילית פרטית

מראש מבלי לגשת למשטרה ולנהל את ההליך בעצמו ולא ע"י המדינה, אך לא ניתן להגיש קובלנה כזו במקרה בו המדינה הגישה כבר כתב אישום וההליך לא צלח לטובתו של נפגע העבירה.

מנגד, כשבהמ"ש הורה על ביטול כתב אישום בהסכמת הצדדים, הנאשם ידע שיש פתח להגשת כתב אישום חדש באישור יועמ"ש מטעמים מיוחדים שיירשמו, אך במקרה הזה ההליך נסגר בהליך מותנה והנאשם לא יכול היה לצפות להגשת קובלנה פלילית פרטית בגין אותו מעשה. בכך, למעשה יש ניסיון חדש להרשעת הנאשם ע"י נפגע העבירה וזה לא אפשרי.

להשלמת הנושא: פס"ד יפת.

טענות מקדמיות 6-9 אינן מחייבות לבחינה ואין להשתמש בהן במבחן.

טענה מקדמית 8: התיישנות

סיכומים של שנים קודמות אינם רלוונטיים לעניין זה כי החוק שונה והדברים הפכו מסובכים יותר!!!

התיישנות יכולה להיות הן לגבי העבירה והן לגבי העונש.

התיישנות העבירה

ככל שמדובר בהתיישנות עבירה, וחלפה תקופת ההתיישנות לעבירה, לא ניתן להעמיד את הנאשם לדין עוד בגינה.

הסעד שיינתן

אם מתקבלת טענת ההתיישנות בהמ"ש ייתן סעד של ביטול כתב אישום.

מתי מעלים את הטענה?

טענה זו מעלים לאחר תחילת המשפט, לאחר ההקראה, אך ניתן להעלות אותה גם במהלכו המשפט ללא צורך באישור בהמ"ש, אפילו בערעור.

רציונל ההתיישנות

- א. **שכחה או מחילה** – ככל שהזמן חולף הולך ופג העניין הציבורי שבהעמדת העבריין לדין עד כדי כך שניהול ההליך הפלילי מתייתר.
- ב. **זכות העבריין לסיום מהיר של ההליך הפלילי** – מי שעבר עבירה שלא נחקרה והוא לא הועמד לדין בגינה בעת שבה הוא משתחרר הוא ממורא מיצוי הדין עמו. הזכות לסיום מהיר של ההליכים היא זכות מהותית במשפט הפלילי ובשיטות משפט שונות היא הוכרה אף כזכות יסוד חוקתית (אם כי לא בישראל, פה היא מוכרת רק כזכות מהותית).
- ג. **האינטרס בבירור האמת** – החשש הוא כי בחלוף הזמן יאבדו ראיות או שיעומעם זיכרונם של העדים.
- ד. **טענת ההתיישנות ממריצה את הרשויות לסיים במהירות ולא לדחות את הטיפול בעבירות.**

מקרה חריג – תקופת התיישנות ארוכה: בעבירות מין בתוך המשפחה עדיין יש התיישנות במדינת ישראל, אך היא תקופה ארוכה יותר מפני שלוקח זמן (naming, Blaming, claiming) בשל הקושי של האישה בהגשת התלונה. יתרה מכך, יש מדינות שביטלו לחלוטין את תקופת ההתיישנות. **המתרגלת** טוענת כי הדבר חוטא לאינטרס השמירה על הנפגעת ושכרה יצא בהפסדה, משום שעם הזמן נקודת מבטה מתעמעמת.

תקופות ההתיישנות

תקופות ההתיישנות לעבירות קבועות ב**סעיף 9 לחסד"פ**. בשנת תשע"ט החוק שונה ולכן סיכומים של שנים קודמות אינם רלוונטיים לעניין זה.

- א. **בעבירות שהעונש עליהן הוא מאסר עולם** – תקופת ההתיישנות היא 30 שנים.
- ב. **עבירות פשע שדינה 7 שנות מאסר ומעלה והיא עבירה המנויה בתוספת הראשונה ב' לחסד"פ** – תקופת ההתיישנות היא 15 שנים.
- ג. **בכל עבירת פשע אחר** – תקופת ההתיישנות היא 10 שנים.
- ד. **בעבירת עוון** – תקופת ההתיישנות היא 5 שנים.
- ה. **בעבירות חטא** – תקופת ההתיישנות היא 1 שנה.

מעבר לכך, יש כל מיני תנאים נוספים והדברים מנויים היום על יותר משני עמודים, לעומת חצי עמוד בעבר.

עבירות להן אין התיישנות

החוק לעשיית דין בנאצים ועוזריהם, החוק בדבר מניעתו וענישתו של פשע השמדת עם, עבירה של רצח או ניסיון רצח של ראש ממשלה מכהן וכו'.

חריג להתיישנות עבירות: התיישנות על עבירות שבוצעו בידי קטין

כלל: לא ניתן להעמיד לדין אדם בשל עבירה שביצע בהיותו קטין אם חלפה שנה מיום ביצוע העבירה.

חריג: היועמ"ש לממשלה יכול לאשר העמדה לדין לאחר תום תקופת ההתיישנות.

דוגמה: **פס"ד פלוני** **השופט גרוניס** (למדנו תחת פסול בכתב אישום פלילי).

התיישנות עונשים

ס'10 לחסד"פ מדבר על התיישנות עונשים (למשל: במקרה בו העבריין נמלט).

חל שינוי בחוק, אך לא לעניין תקופת ההתיישנות על העבירה, אלא לעניין תקופת ההתיישנות למימוש העונש:

- בעבירות פשע** – תקופת ההתיישנות היא 20 שנים.
- בעבירות עוון** – תקופת ההתיישנות היא 10 שנים.
- בעבירות חטא** – תקופת ההתיישנות היא 3 שנים.

לשים לב לס"ק ב+ג לחוק והניואנסים מצויים בו.

אירועים מנתקים לתקופת ההתיישנות העבירה

מדובר באירועים שמנתקים תקופת ההתיישנות של עבירות. כלומר, החל מנקודת האירוע המנתק מתאפסת ספירת תקופת ההתיישנות ומתחילים לספור מחדש.

- חקירה על פי חיקוק** – פעולת חיפוש ואיסוף חומר ע"י משטרה, או גוף מוסמך לערוך חקירה. אך, נדרש כי החקירה תהיה מיועדת לעניין הספציפי הזה. הליך החקירה צריך להיות רשמי ומהותי, לא סתם לבירור מידע ואיסופו ללא מטרה.
- פס"ד ברמי** – נקבע כי הגשת התלונה כשלעצמה לא תחשב חקירה, אלא החקירה מתחילה רק לאחר הגשת התלונה.
- הגשת כתב אישום** – ברגע שמוגש כתב אישום מתאפס מרוץ ההתיישנות ומתחיל מהתחלה.
- קיום הליך מטעם בהמ"ש באותה עבירה** – כל דיון בבהמ"ש מאפס את מרוץ ההתיישנות.
- בפס"ד התנועה לאיכות השלטון נ' היועמ"ש** נאמר כי כל הליך שמבוצע בפרקליטות לא מאפס את מרוץ ההתיישנות. כלומר, שאם הסתיימה החקירה והתיק הועבר לגוף התובע, והגוף התובע דן ומתייעץ בעניין התיק והדבר לוקח זמן עד לכדי תום תקופת ההתיישנות – אז היא חלפה ולא ניתן לתבוע עוד בגין העבירה.

להשלמת הנושא: פס"ד סאצי' ופס"ד התנועה לאיכות השלטון נ' היועמ"ש.

טענה 10: הגנה מן הצדק

עד שנת 2007 לא נמנתה הטענה של הגנה מן הצדק עם יתר הטעות המופיעות בחוק. הדוקטרינה הוכרה לראשונה בפסיקה הישראלית ב**פס"ד יפת** שניתן בשנת 1996.

בשנת 2007 נוספה הטענה **לחוק סדר הדין הפלילי בס'149(10)** – שם היא מופיעה בנוסח הבא: "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית".

מתי תחול ההגנה

בפס"ד יפת נדחתה הטענה ונקבע כי הטענה הזו תתקבל רק במקרים נדירים ביותר בהם התנהגות הרשות הציבורית שעוריינית שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם. מדובר במקרים בהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסלי נפגעת. זה מבחן צר מאוד.

נחזור ונדגיש כי טענות מקדמיות נטענות במנותק מטענת האשמה.

נגד מי טוענים את הטענה

- א. **המשטרה** – היא מנהלת החקירה בתיק הפלילי.
- ב. **התביעה** – היא מנהלת התיק הפלילי עצמו.
- ג. **בהמ"ש** – לכאורה בהמ"ש מנהל את ההליך וניתן לטעון את הטענה נגדו. אם כי ייתכן כי בהמ"ש יידחה את הטענה, ואז נגיש רשות ערעור.

משמעות הטענה

משמעות הטענה היא יצירת השתק פלילי.

הסעדים האפשריים

הסעדים שבהמ"ש יוכל לתת הם:

- א. **ביטול כתב אישום** – לטענת בהמ"ש מדובר במקרים מאוד חריגים שלרוב לא מתקיימים.
- או
- ב. **המתקת העונש** – בהמ"ש בא לקראת הנאשם ומקל את העונש. בהמ"ש אוהב לעשות זאת ויפנה לסעד זה ברוב המקרים בהן יקבל את הטענה.

החששות להן טענת הגנה זו נותנת מענה

- א. הנאשם לא יזכה להליך הוגן.
 - ב. המשפט יהיה הוגן אך קיומו של המשפט יהיה משום פגיעה בחוש הצדק.
- אנחנו רוצים שהרשויות ינהגו באופן ראוי ומבקשים לתת בלם לפעילות אכיפה שלוחת רסן המתכחשת לזכויות הנאשם ולערכים של שלטון החוק.
- כשבהמ"ש ישאל את עצמו האם להחיל את הדוקטרינה הזו במקרה ספציפי או לאו, עליו לאזן בין האינטרס הציבורי שבמיצוי הדין עם עבריינים והגעה לחקר האמת.**

המבחנים להחלת הטענה

בעבר, המבחן היה מבחן צר מאוד. ב**פס"ד יפת** בו ביקש בהמ"ש להיוותר פעור פה בגין אי הצדק שהתרחש כלפי הנאשם, מדובר במקרים בהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסלי נפגעת.

היום, המבחן הורחב:

בפס"ד בורוביץ קבע בהמ"ש מבחן תלת שלבי (מצטבר) להחלת טענת ההגנה מהצדק: א. זיהוי הפגמים בהליכים שננקטו וקביעת עוצמתם במנותק משאלת האשם. ב. בחינה אם בקיום ההליך חרף הפגמים יש פגיעה חריפה בתחושת הצדק – בהמ"ש יידרש לאזן בין האינטרסים תוך התחשבות בחומרת העבירה, במידת הפגיעה ביכולת הנאשם להתגונן ובמידת אשמתה של הרשות. ג. בחינה אם ניתן לרפא את הפגמים באמצעים מתונים ומידתיים יותר מביטול כתב אישום – לא נפנה מיד לביטול כתב אישום, אלא נתור אחר אמצעים מידתיים יותר כדוגמת המתקת העונש.

- **הערה:** תמיד כשיש עניין של הגנה מן הצדק נצטרך להחיל את המבחן התחת שלבי, וללא תלות בנגזרות הטענה. במבחן צריך הן למנות את המבחנים והן ליישם.

יישום המבחנים

דוגמה: עשו חיפוש כי היה מידע מודיעיני שאדם הוא סוחר סמים. השוטרים שתלו משקל אלקטרוני מיוחד "שיש רק לסוחרי סמים". הסנגור טען להגנה מן הצדק בשל מחדלי חקירה. ב**פס"ד בורוביץ** נקבע כאמור המבחן התלת שלבי (מצטבר):

א. **זיהוי הפגמים בהליכים שננקטו וקביעת עוצמתם במנותק משאלת האשם** – אמנם מצאו עוד ראיות, אך שתלו שם את המשקל.

1. הפגם: שתילת המשקל.

2. עוצמה: ייתכן כי העוצמה לא הייתה חזקה מאוד, אך הדבר תלוי בראיות האחרות שנאספו, לכן על פניו זה לא אומר כלום. עם זאת, משקל זה לא מה בכך במקרים כאלו ויש לזה חשיבות גדולה יותר, לכן ניתן לראיה זו עוצמה גבוהה, אך לא מלאה וגבוהה מאוד.

ב. **בחינה אם בקיום ההליך חרף הפגמים יש פגיעה חריפה בתחושת הצדק** – בהמ"ש יידרש לאזן בין האינטרסים תוך התחשבות בחומרת העבירה, במידת הפגיעה ביכולת הנאשם להתגונן ובמידת אשמתה של הרשות.

1. חומרת העבירה: עבירת סחר בסמים היא עבירה חמורה.

2. מידת הפגיעה ביכולת הנאשם להתגונן: פגיעה גבוהה. מאוד קשה להוכיח שהמשקל לא של הנאשם.

3. מידת אשמתה של הרשות: הרשות עשתה משהו שלא יעשה.

ג. **בחינה אם ניתן לרפא את הפגמים באמצעים מיתניים יותר מביטול כתב אישום** – לא נפנה מיד לביטול כתב אישום, אלא נתור אחר אמצעים מיתניים יותר כדוגמת המתקת העונש.

1. במקרה הזה היו עוד ראיות כאמור. **המתרגלת** הייתה טוענת שאמנם העוצמה גבוהה אך לא מאוד, היו עוד ראיות ולכן בהמ"ש היה מורה על המתקת העונש באופן משמעותי, אם כי לא בביטול כתב האישום, שכן ביטול כתב האישום יתקבל רק במקרים חריגים ביותר!

← אם לא עמדה בשלב הראשון לא עוברים לשני וכו'.

בכל מקרה בהמ"ש יבחן מבחן המשולב בכל מקרה לגופו.

נטל ההוכחה

הנטל להוכיח טענות מקדמיות הוא על כתפי התביעה, אם כי בטענת הגנה מן הצדק שם על הנאשם להוכיח את קיומה. עליו להוכיח קש"ס בין ההתנהגות הנפסדת לבין הפגיעה בזכויות.

נגזרות לטענת הגנה מן הצדק / טענות ספציפיות להגנה מן הצדק

נגזרת 1: הגנה מן הצדק בשל אכיפה בררנית/סלקטיבית

• **הערה**: אם נטען לאכיפה בררנית תחת הגנה מן הצדק לא נקבל זיכוי (אז יהיה יותר קל להוכיח אותה, ובמקסימום לקבל ביטוי), אך אם נטען אותה כדוקטרינה בפני עצמה נוכל לקבל זיכוי (כמו במקרה של **תורג'מן**).

מהי אכיפה בררנית?

אכיפה בררנית היא אכיפת דין נגד אדם אחר והימנעות מאכיפתו נגד אחרים כאשר מדובר במקרים דומים (**אפי נוה** טען לכך כשנתפס בגבול).

2 ביטויים לאכיפה בררנית

אכיפה בררנית יכולה לקבל 1 מ-2 ביטויים:

א. החלטה להעמיד לדין רק חלק מהמעורבים **באותה פרשה**.

ב. החלטה להעמיד לדין בשעה שבפרשות אחרות שעניינם דומה לא הוגש כתב אישום (**אפי נוה**).

היכן טמון הקושי באכיפה בררנית?

הקושי באכיפה בררנית נדון ב**פס"ד ברוביץ'** (על הפליה וחוסר שוויון).

א. אכיפה בררנית פוגעת באינטרס ההסתמכות של הפרט, שכן הפרט מסתמך ומכלכל את צעדיו לפי התנהגות גורמי האכיפה.

ב. ההליך הפלילי מבוסס על אמון הציבור ברשויות התביעה. הגשת אישומים בדרך מפלה פוגעת באמון זה ומערערת את ההנחה שהשלטונות אינם נוקטים איפה ואיפה ונפגע הכוח המרתיע של המשפט הפלילי.

נגזרת 2: שיהוי**מהו שיהוי?**

במקרים מסוימים ניתן להעלות טענה להגנה מן הצדק בשל הזמן הרב שחלף מביצוע העבירות ובמיוחד כשהשתהות אינה מוצדקת.

- **הערה:** נבהיר כי **לא מדובר בהתיישנות**, אין הכרח להתיישנות במקרים כאלה אלא רק שיהוי.
- **הערה:** עם זאת, הרציונאליים של התיישנות מתקיימים גם פה.

טענה של שיהוי ניכר בהגשת כתב אישום תתקבל במקרים יוצאי דופן ולרוב השיהוי בהגשת כתב אישום כשלעצמו לא יבסס טענה של הגנה מן הצדק, בפרט אם ההשתהות הייתה בתו"ל.

השתהות בהגשת כתב אישום בעבירות כלכליות

בעבירה כלכלית מורכבת הכורכה בפיענוח סוגיות סבוכות אפשר להשלים ביתר קלות עם חקירה ארוכה המשהה את הגשת כתב האישום ולהבין את השיהוי. בעברות שוחד למשל זה יותר מסובך וזה ייקח יותר זמן.

עם זאת, בעבירות כלכליות פשוטות כמו עבירות רכוש פשוטות שאין קושי לגלותן ולבסס לגביהן ראיות אין סיבה להשתהות.

מהו שיהוי ניכר?

פס"ד רוזי בן חיים נקבע כי שיהוי ניכר בהגשת כתב אישום יכול במקרים מסוימים, לא תמיד, להביא לביטול כתב אישום.

נגזרת 3: הגנה מן הצדק בשל התנהלות גורמי/גופי החקירה

היבטים מסוימים של התנהלות גופי החקירה עשויים אף הם להביא לביטול כתב אישום בשל הגנה מן הצדק.

למשל: דוגמת המשקל לעיל.

מקרים בהם התקבלה הטענה:

- לא בוצעה תרשומת של חקירות הנאשם בניגוד לדין, ובוצע מזכר.
- לא נבדקה טענת אליבי שהעלה החשוד במהלך חקירתו.
- עדי ראיה לא נחקרו.
- הסנגור לא נכח במסדר זיהוי.

בהמ"ש קבע כי מחדלי חקירה אלה הם חמורים ופוגעים ביכולת הנאשם להוכיח חפותו ולהגן על עצמו.

במקרים אחרים התקבלה טענה להגנה מן הצדק מחמת אובדן ראיה שהייתה חיונית להגנת הנאשם (כמו מקרה של צילום שאבד אך צולם באירוע התפרעויות בהר הבית).

נגזרת 4: סוכן מדיח של המשטרה

מדובר בסוכנים של המשטרה שמדיחים אדם לבצע עבירה כדוגמת מכירת משקאות משכרים לקטינים (שולחים סוכן של המשטרה להתחזות לקטין ולקנות משקה משכר). יש תנאים להפעלת הסוכנים. לא ניתן לשלוח אדם שנחזה למבוגר, צריך לשלוח סוכן שנראה קטין. אמנם מדובר בעבירות של אחריות קפידה, אך זה ייפסל כי ממש נעשה ניסיון להכשיל את המוכר.

הסדרי טיעון (לימוד עצמי)

הסדר טיעון הוא הסדר טיעון: עבר, הווה, עתיד / מיכל טמיר ויוני לבני – סיכום (לא אני סיכמתי)

הסדרי טיעון משמשים כיום כלי מרכזי לאכיפת החוק. **בשנים האחרונות ניתן לראות כי הביקורת הציבורית הולכת וגדלה בנוגע למוסד זה אלא מנגד היקף הביקורת השיפוטית עליו הולך וקטן.**

הפסיקה טרם הכריעה מהו מעמדו הנורמטיבי של הסדר זה. נעשו ניסיונות בפסיקה הכיצד לסווג מוסד זה: לאיזה מודל הסדר זה שייך? האם "מודל החוזי", "המודל השלטוני", "מודל חוזה רשות" – לא מצאו למודל זה "אכסניה" הולמת. **במאמר עולה**

טענה כי הסדר טיעון הינו הסדר משפטי הוא בבחינת מודל מיוחד לדעת הכותבים אשר חלה עליו נורמטיביות משולשת:

המשפט הפלילי המהותי, המשפט הציבורי והמשפט הפרטי. הניסיונות האחרים שניסו לסווג אותו בפסיקה הם מיותרים לדעת

כותבות המאמר. **לדעת כותבי המאמר רצוי לקבוע מבנה קוהרנטי, וסטנדרטים למוסד זה.** **לדעתן הצעת החוק משנת 2010**

מחטיאה את המטרה – מעגנת הלכות ספורדיות מהפסיקה, ללא משנה סדורה. בנוסף, **הם סוברים כי ישנה בעייתיות מול**

הסדרי הטיעון (לא עולים בקנה אחד מול תיקון 113 לח' העונשין, אשר קובע את עקרון ההלימה) – דבר זה רחוק מעקרונות הענישה שמציע הסדר הטיעון.

יש הערכות לפיהן כ-77% מהתיקים הפליליים בבית משפט השלום נסגרים בהסדרי טיעון. בבית המשפט המחוזיים שיעורם אף גבוה יותר. העליון ממעט בדחיית הסדר טיעון וקובע כי יש לקדם מוסד זה.

הכותבים טוענים כי הליך הטיעון [הסדר הטיעון?] מייתר באבחה אחת את ההליך הפלילי. תוצאותיו נגזרו לרוב מכוח המיקוח של הצדדים והוא אינו עולה עם מטרות ההליך הפלילי. אף אם הסדר טיעון לא נחתם באותו יום – אפשרות ההגעה אליו בכל אחד משלבי ההליך מרחפת על בעלי הדין ועל האינטרקציה שבין התביעה לסנגוריה.

הכותבים טוענים כי העדר הכרעה ברורה בנוגע למהות הסדר הטיעון לא מפתיחה והיא נובעת מהאופן שבו התפתח מוסד זה מבראשית – **מוסד זה לא התפתח כתוצאה של הליך חשיבתי מסודר אלא כפועל יוצא של קיצור הליכים והשגת תוצאות אפקטיביות מהירות.**

בתחילת מוסד זה יש לצוין כי מע' המשפט ראתה בו כמוסד השייך ל"חצר האחורית" וכמוסד שצריך "לבלוע את הגלולה לגביו" אך לא להתעמק בו.

אולם עם השימוש הגובר במוסד זה החלו מתעוררות בבתי המשפט שאלות שהכרעתן חייבה בחינה מהותית של מוסד זה – האם הסכם זה מחייב את בתי המשפט? האם ביתה משפט יכול לצוות על הסכם שכזה?

הש' ברק קבע כי היסוד ההסכמה חזק ועליו יש לשים את הדגש. קבע כי עסקת טיעון מחייבת את המדינה ואת התובע אך הם יכולים לסטות ממנה אם האינטרס הציבורי מחייב זאת ("אינטרס זה ייקבע עפ"י איזון בין האינטרסים השונים הנאבקים על הבכורה").

אולם הכותבים מציינים כי הגם שלאחר קביעתו של הש' ברק נשארו 3 שאלות פתוחות:

1. מה נעשה במצבים שבהם האופי החוזי וההסכמי של הסדר הטיעון "מושך" לכיוון אחד ואילו ההליך הפלילי "מושך" לכיוון אחר?

2. כיצד יש להתוות את ההסדר זה מלכתחילה? האם ניתן גישה מרחיבה לרצון הצדדים או שמא ניתן משקל לדרישות פורמליות?

3. איך נאזן את "האינטרסים השונים שנאבקים על הבכורה"? **האם האינטרס החוזי, ההסכמי ואינטרס אכיפת החוק שווים? נאזן אותם אפקטית, אנכית? מה האיזון שבי יעלות (הסדר טיעון) לאמון הציבור (הליך פלילי)? וכו'.**

אם כן נוכל לראות ששאלות אלה ודומות נשארו פתוחות גם בפס"ד ארביב וגם בפס"ד טורק אם ביהמ"ש העליון מחליט שלא להכריע בסוגיה. **הש' פוגלמן** ניסה סקר מס' מודלים לסיווג הסדר טיעון אך גם הוא כקודמיו לא הכריע.

כותבי המאמר תוהים מדוע ניסו השופטים לגדור את מודל זה לתוך מודלים קיימים ולא לפתח מודל חדש ועצמאי. יתר מכן, אי הצבתו של הסדר טיעון תחת מודל קיים אין משמעו שלא צריך לצקת תוכן שישקף את האופי שלו ואת הנחות הבסיס העומדות ביסודו. הם טוענים כי גידור הסדר הטיעון לתוך מודל קיים סופו שידכא מוסד זה.

בשנת 1989 פורסמה לראשונה הנחיית פרקליט המדינה בעניין הסדר טיעון – אולם שברי הנחיות אלה לא יכולות לשמש תחליף למהלך חקיקתי כולל. (בנוסף כותבי המאמר מעבירים ביקורת שכן הנחיות פרקליטות המדינה ממונעות רק לפרקליטי המדינה שהם צד אחד להסדר, הן הנחיות מנהלתיות בלבד שניתן לסטות מהם בהתקיים טעם סביר).

העדר מסגרת ברורה נורמטיבית להסדרי הטיעון הובילה את הכנסת לגיבוש **הצעת חוק סדר הדין הפלילי (הסדרי טיעון) 2010** אשר מגדירה את הסדר הטיעון כהסכם מחייב בכפוף להסתייגויות שונות, קובעת מע' עקרונות וכללים לפעולה. הכותבים טוענים כי הצעת חוק זה מותירה את המצב המשפטי עמום על כנו. בנוסף הכותבים **טוענים כי תיקון 113 לח' העונשין נעדר התייחסות להסדרי טיעון מתוך ציפייה ששאלת אופן יישומן של תכליות הענישה במסגרת חוק ספציפי – אך כאמור הצעת חוק הסדרי טיעון אינה מספקת מענה לציפייה זאת.**

יכולת הצדדים לחזור בהם מהסדר הטיעון:

- כל עוד הנאשם לא מילא את חלקו בהסדר טיעון ולא מסר בביהמ"ש הודאה (כחלק מהתחייבותו בהסדר הטיעון) ← הוא יכול לחזור בו מהסדר הטיעון ולעמוד על זכותו לקיים משפט – **המאמר של מיכל טמיר**.

- לאחר מסירת הודאה הנאשם** יוכל לחזור בו, בכל שלב של המשפט, רק לפי **ס' 153 לחסד"פ** – אם הרשה זאת ביהמ"ש בנימוקים מיוחדים שירשמו. **בפס"ד בחמוצקי** נקבעו 3 נימוקים שונים:
 - ההודאה לא נעשה מרצונו הטוב והחופשי של הנאשם.

- כאשר מדובר בהסדר טיעון של מספר נאשמים יחד התלוי בכך שכל הנאשמים יסכימו להסדר עלול לקום חשש בנוגע לרצון החופשי שבבסיס ההודאה של כל אחד מהם שיביא לפעמים למתן היתר חזרה מההודאה- **בן עמי**.
- ב. ההודאה נעשתה בטעות או למטרות זרות או חיצוניות.
- ג. הנאשם לא הבין את משמעות ההודאה.
- ביהמ"ש יתיר לנאשם לחזור בו מהסכם הטיעון אם הנאשם לא הוזהר מראש כי ביהמ"ש אינו קשור בהסדר- **בחמוצקי, שניידר**.
- ביהמ"ש ייטה להתיר לנאשם לחזור בו מהסכם הטיעון אם ההודאה ניתנה בהמלצת בא כוחו של הנאשם, שייעץ כך ממניעים זרים או תוך הפרת אמונים כלפיו (**פלוגי-המאמר של מיכל טמיר**).
- אם לא מדובר באקט תכסיסני בלבד בד"כ ירשו לנאשם לחזור בו מהודאתו. המבחן הוא מבחן מהותי ולא פרוצדורלי- **ג'וראן שניידר**.
- אם ביהמ"ש השתכנע שהחזרה מההודאה נובעת מרצון כן להוכיח את חפותו ← הוא ייטה לאפשר זאת- **סמחאת-המאמר של טמיר**.
- השאלה העיקרית היא **שאלת המניע**- אם לא מדובר בשימוש ככלי טקטי ביהמ"ש ייטה לאפשר זאת תוך מתן דגש האם מטרת הנאשם היא להוכיח חפותו- **אמסלם-המאמר של טמיר**.
- לאחר שניתן כבר גזר הדין או בשלבי הערעור ביהמ"ש פחות ייטה לאשר לנאשם לחזור בו מההודאה כי יש חשש שהנאשם ירצה לעשות כן רק כי הוא אינו מרוצה מהעונש שהוטל עליו. על נאשם כזה מוטל הנטל להוכיח כי בקשתו מוגשת בתו"ל. שני תנאים חלופיים- **שניידר**:
 1. להצביע על נתונים חדשים שלא הובאו בחשבון על ידי במועד המצדיקים הקלה בעונש.
 2. להראות שלא הבין את משמעות הודאתו בזמן אמת, לא הוזהר בנוגע למשמעות הסדר הטיעון או שנפל כשל בייצוגו.
- חזרה של התביעה מהסדר הטיעון- התנאים נוקשים יותר כי היא מיומנת יותר וכן נוכח פערי הכוחות. **בפס"ד ארביב** ברק אומר שיכולים להיות 3 מודלים אפשריים- מודל חוזי, מודל שלטוני (פעולה שלטונית חד צדדית של התובע), מודל חוזה מנהלי. ברק לא מכריע בין המודלים אלא קובע כי **המדינה רשאית להשתחרר מהסדר טיעון אם האינטרס הציבורי מחייב זאת**. לצורך כך יש לבחון את השיקולים הבאים שמטרתם לקבוע האם הרשות פעלה במתחם הסבירות:
 - שמירה על אמינות השלטון.
 - הגשמת מטרות ההליך הפלילי.
 - אינטרס הציפייה וההסתמכות של הנאשם.
- אם הנאשם מילא את חלקו בהסדר הטיעון ומבחינת התובע לא חל שינוי נסיבות ← בד"כ לא יאפשרו לתביעה לחזור בה (אין אינטרס ציבורי).
- אם הנאשם לא מילא את חלקו ויש שינוי נסיבות מבחינת התובע ← בד"כ יאפשר לחזור.
- חזרת התביעה מהסדר בטיעון בערעור- בד"כ טווח שיקול הדעת של התביעה לחזור בה מהסדר הטיעון יהיה קטן יותר ובד"כ היא תגן על הסדר טיעון בו היא נקשרה, גם אם יש בו פגם- **פרץ**. עם זאת התביעה רשאית, ולעיתים אף מחויבת, לקיים ביקורת עצמית מחודשת, תוך מתן דעתה לכך שביהמ"ש דחה את הסדר הטיעון (**שכן אחרת הם לא היו מגיעים לערעור**), ותוך בחינה האם ההסדר עדיין מגשים את האינטרס הציבורי.
 - על התביעה קיימת חובה להבהיר לנאשם כי התחייבותה במסגרת ההסדר אינה כוללת חובה להגן עליו גם בערעור. אם היא לא הזהירה זאת את הנאשם ← הדבר יהווה כשיקול התומך בהגנה על הסדר הטיעון, אך **לא יהיה בו לבדו כדי להכריע את הכף**.
 - גרוניס אומר בדעת יחיד כי יש לאפשר למערער לחזור בו מהודאתו אם התביעה תומכת בערעור בעונש החורג מהסדר הטיעון (בגלל פערי הכוחות בניהם).
- תנאים להשתכללות הסדר טיעון- הנחיות פרקליט המדינה קובעות כי יש להביא את הסדר הטיעון **לאישור ע"י הגורמים המוסמכים לכך** ויש לדרוש כי ההסכם יעשה **בכתב**. ביהמ"ש קבע כי המעמד הנורמטיבי של הנחיות אלה הוא כשל הנחיות מנהליות אשר אינן סוטות ממתחם הסבירות – **באשה**. ללא כתב או אישור הגורמים המוסמכים לכך אין העדה על גמירת דעת מטעם התביעה היוצרת הסתמכות או ציפייה לצד השני.

ב. הניסיונות לאפיין הסדר הטיעון בפסיקה: ביקורת

ניסיונות הסיווג של ביהמ"ש את מוסד הסדר הטיעון נעו בין תפיסה חוזית לבין תפיסה מנהלית. בתול כך ישנם מודלי ביניים. עם זאת, לא המודלים שבקצוות ולא מודלי הביניים מצליחים להקיף את מלוא היבטיו של הסדר הטיעון. לפיכך, אין פלא שביהמ"ש השאיר את מהותו של הסדר הטיעון בצריך עיון.

1. **מודל חוזי טהור** – בגרעינים של מרבית החוזים ניצב הסכם שיש בו יסוד של הדדיות. לפי יסוד זה בהסדר טיעון כל צד נותן דבר מה ומקבל דבר מה על יסוד מפגש רצונות אוטונומי. לצד היסוד ההסכמי מתאפיין החוזה באכיפות משפטיות, גם יסוד זה מתקיים בהסדרי טיעון, הפסיקה הכירה בתוקפו המשפטי המחייב של הסדר בכפוף להסתייגויות מועטות ועמדה עם מערכת הציפיות וההסתמכויות שהוא מייצר. לשם השתכללותה של גמ"ד ישנם דרישות צורניות לחוזה, ביטוי לעקרון זה נמצא גם הוא בהסדר טיעון החייב להיחתם ע"י הנאשם ובא כוחו ולהיערך בכתב. בארה"ב בדמיון בין הסדר טיעון לחוזה הביא לכך שדיני החוזים הוחלו על הסדרי טיעון.

• בעיות קשות במודל החוזי:

א. חוסר שוויון בסיסי בעמדת המיקוח החוזית – כהנחת המוצא הצדדים נתפשים כשווים לעניין חופש ההתקשרות והעיצוב וכשווים לעניין תוצאת החוזה. בניגוד לכך, בהסדר טיעון ישנם פערי כוחות כה משמעותיים החותרים תחת הגדרתו כחוזה. פערי הכוחות נובעים מכך שבכתב האישום ישנו פוטנציאל נזק בלתי הדדי, מכך שהמדינה מנסחת את ההסכם וקובעת את נק' המוצא ומכך שהנאשם נמצא במצב לחץ שהמדינה לא נמצאת בו. בפער כזה, קשה לדבר על רצון חופשי ובחירה אוטונומית. בנוסף, פער הכוחות נובע גם מכך שפעמים רבות אין הנאשם מודע למצב הראייתי נגדו, במצבים אלה ההודאה עלולה לנבוע מתוך לחץ ולא מתוך כוונה לקחת אחריות מ שמעלה את החשש כי תהיה הודאת שווא והאדם יענש על לא עוול בכפו. לבסוף, במרבית הסדרי הטיעון הקצאת הסיכונים בין הצדדים איננה מאוזנת והצד שנוטל את מירב הסיכונים הוא הנאשם, אם ידחה ההסכם הודאתו לא תמחק אך עונשו לא יופחת ולעומתו מבחינת התביעה מדובר במצב של ניצחון ודאי – במידה ויתקבל ההסדר וגם במידה ולא יתקבל.

ב. תלות החוזה באישור בימ"ש – בניגוד לחוזה רגיל הנתון המקים המחייב את שני הצדדים, הסדר טיעון כפוף לשיקול דעתו של ביהמ"ש. איך דבר זה משפיע על הסיווג של הסדר טיעון כחוזה?

- ראיית אישור ביהמ"ש כתנאי מתלה בחוזה.

◀ קושי: החזקה בדבר רצון הצדדים בחוזה הינה חזקה פיקטיבית ביחס לנאשם בשל כך שהיא כרוכה בויתורים רבים מצידו אשר מצמיחים ציפייה לעמידה בהסדר אשר לא תמיד מתקיימת.

- ראיית חיוב התביעה ככזה שאינו כולל השגת תוצאה אלה התחייבות לעשיית מאמץ בתום לב.

◀ קשיים: חיוב זה אינו קונקרטי ואינו תמיד ברור, התביעה אמורה למלא את האינטרס הציבורי ולכן עלולה להימצא בניגוד עניינים בינו לבין ההסכם, חובת התביעה היא לסייע לביהמ"ש בחקר האמת והסדר הטיעון מביא לידי הצגת תמונה פיקטיבית בפני ביהמ"ש, אין דרך להפעלת ביקורת שיפוטית על הסדרי הטיעון זולת בג"ץ.

- הכנסת ביהמ"ש כצד לחוזה, לפי גישה זו התביעה איננה צד חוזה אלא הוא נערך בין ביהמ"ש לנאשם. ◀ קשיים: לא מסתדר עם השיטה האדברסרית והדבר איננו מעשי נוכח פערי הידע בין התביעה וההגנה לבין ביהמ"ש.

ג. פער הנוגע לתכליות החוזה – הסדר טיעון הינו מעשה שילטוני המהווה חלק מן הדין הפלילי וככזה הוא כולל מימוש מטרות ציבוריות החורגות מן הנאשם עצמו. לא מדובר על חוזה המגשים את מטרות הצדדים אלא הוא קשור לאינטרס הציבורי, ככזה לא ניתן לראותו כחוזה בלבד היות והוא מכיל תכליות שאינן קשורות לצדדים הספציפיים.

ד. פער הנוגע לגורמים המנהלים את המו"מ – הנאשם לא מנהל את המו"מ אלא הסנגור שלו, לסנגור עלולים להיות אינטרסים אחרים מלנאשם. כמו כן, הסנגור והתביעה הם שחקנים חוזרים ואילו הנאשם הוא שחקן מזדמן, מה שמעודד שקילת אינטרסים שאינם דווקא לטובת הנאשם ע"י הסנגור. במקומות אחרים בהם קיימת בעיית נציג ישנם מנגנונים הפותרים אותה, לעומת הסדר טיעון בו מקובל לראות הנאשם ובסנגור אחד.

2. **המודל השלטוני הטהור** – הסדר טיעון הוא פעולה חד צדדית של התובע שנועדה להגשים תכליות ציבוריות. לפי מודל זה המרכיב ההסכמי הוא משני ומשמש אמצעי להגשמת הפונקציות השלטוניות והמטרות הציבוריות.

• קשיים:

א. הגדרה זו משמיטה את היסודות ההסכמיים וההדדיים שהם חלק אינטגרלי ממוסד ההסדר.

- ב. גם אם יסוד ההסכמה לא מכונן הוא מעצב, הוויתור של הנאשם על הפרוצדורה הפלילית הוא צעד קריטי בעיצוב הפעולה השלטונית. בנוסף, ליסוד ההסכמה השלכות לעניין אופי הפעלת ההסדר ותוצאותיו.
- ג. קיום מו"מ הוא המקור לתוצאה החשובה ביותר של ההסדר- הודית הנאשם.
- ניתן לטעון כי את יסוד ההסכמה צריכות להחליף חובות כלליות המוטלות על הרשות מכוח כללי המשפט המנהלי, כך תצמיח חובת הנאמנות של השלטון את מחויבותו לכבד את ההסכם. לדעת הכותבת, אין לראות בחובת ההגיונות תחליף להסכמה חוזית:
- א. לא ברור מהו היחס בין חובה זו לחובות המוכרות מדיני החוזים.
- ב. חובת ההגיונות היא חד צדדית ולכן אין היא יכולה להחליף את היסוד ההסכמי.
3. **מודל חוזה הרשות**- מודל המשלב בין היסוד השלטוני להסכמי, מדובר בחוזה שחותר גורם מנהלי הנוגע לפעולת סמכות שלטונית וככזה הוא כפוף לדואליות נורמטיבית אשר מחילה עליו היבטים של המשפט האזרחי בד בבד עם היבטים של המשפט הציבורי. זהו מודל של חוזה רשות. לדעת הכותבת, מודל זה לא מספק מענה שיטתי לשאלת היסוד בדבר מהותו של הסדר הטיעון:
- א. חוזה רשות הוא יותר כותרת מאחדת לחוזים שהרשות צד להם ופחות מודל שיטתי, כך שהכללים הנגזרים ממנו מוגבל וחלקי.
- ב. ראיית הסדר הטיעון כפונקציה חוזית שהמיוחד בה הוא היותה של הרשות צד לו חוטאת למשמעותו של הסדר הטיעון כתחליף להעמדה לדין.
- ג. הדואליות הנורמטיבית כוללת את המשפט המנהלי והאזרחי וספק אם היא ממצה את מארג הדינים סביב הסדר הטיעון אשר סביבתו הטבעית היא המשפט הפלילי.
- לפיכך, לטענת הכותבים יש במוסד הסדר הטיעון מצב של טריפליות נורמטיבית בו חלות באותו מרחב שלוש מערכות דינים המבקשות להתיישב אלו עם אלו.

4. **מסקנות ביניים**- הדין הקיים נעדר מודל המתאים באופן מלא להסדר הטיעון ולכן אין להתפלא על כך שביהמ"ש בשל בניסיונו לאתר מודל כזה. סיווג המסד לקטגוריות קיימות קשה משום שהוא מתעלם מהייחודיות של המוסד מחד גיסא וגורר תוצאות לא רציות מאידך גיסא. הסדר הטיעון צמח כמענה לצורך פרקטי והשתכלל בהתאם לשימוש בו, הוא לא נבע ממודלים משפטיים אשר קדמו לו, היצמדות לקטגוריה קיימת עלולה להוות נטל על הניתוח המשפטי ולא לשמש כלי להבהרת התמונה. ניסיון פסקתי לסווג את הסדר הטיעון לקטגוריה קיימת עלולה להוות נטל על הניתוח המשפטי ולא לשמש החוק בנושא המייתרת את השיוך היות והיא יוצרת מוסד עצמאי. עם זאת, נדרש שרטוט מודל שיטתי לאפיון הסדר הטיעון בחקיקה ע"י בצוע קטגוריזציה והסקת מסקנות ממנה. בשל חשיבות העניין על הסדר הטיעון להוות מודל ייחודי ועל הסדריו להיגזר מתכליתו הספציפית, כעת נבחן האם הצעת החוק עמדה במשימה.

תנאים להתערבות ביהמ"ש בהסדר טיעון:

- עסקת טיעון נערכת בין התביעה לנאשם והיא **אינה מחייבת את ביהמ"ש**. ביהמ"ש צריך להבהיר זאת לנאשם ולוודא כי הוא מבין שהעונש המוסכם אינו מחייב את ביהמ"ש. עם זאת, ביהמ"ש ייתן משקל לעסקת הטיעון ו**בד"כ יתחשב בה**, פרט למקרים בהם הוא מגיע למסקנה שהעונש המוסכם **חורג מענישה ההולמת** את נסיבות המקרה-**מרקוביץ**.
- בד"כ ביהמ"ש ממעט לדחות את הסדרי הטיעון הבאים לעיון לפניו- **אידלברג**.
 - **בג"צ גרינשפן** - **טיפול שגוי של הפרקליטות** ועונש קל מדי על הנאשם אינו עילה להתערבות של בג"ץ, שאינו ערכאת ערעור, בפסק דין חלוט ובגדר דין שכבר בוצע. פתיחה מחודשת של ההליך הפלילי פוגעת בעקרון **סופיות הדיון** ותעשה רק במקרים **חריגים במיוחד**.
 - ביהמ"ש קבע **בדעת רוב** כי ליקויים בהתנהגות התביעה לא פוגעים בחוקיות ובסבירות ההחלטה להתקשר בהסדר טיעון-**קצב**.
 - האמצעי של משפט חוזר מיועד לפעול לטובת הנאשם ולא לטובת המאשימה- **גרינשפן**.
- הגישה שנבחרה פסיקה (**פלוגי**): **גישת האזון** - על ביהמ"ש לבחון אם התקיים **אזון** בין טובת ההנאה שמעניק הסדר הטיעון לנאשם לבין התועלת שיש בעונש המוצע במסגרת ההסדר לאינטרס הציבורי. לא מסתפקים בבחינת סבירות החלטת התביעה אלא לבחון את השיקולים הבאים:
 - עצם החתימה על ההסכם.
 - הרצון לקדם את מוסד הסדרי הטיעון.
 - העונש הראוי לפי מדיניות הענישה.

- ציפיותיו של הנאשם בעקבות ההסדר והסתמכותו עליו.
- הקשיים הצפויים בניהול המשפט.
- האינטרס הציבורי שבהשגת הודאת הנאשם ובקבלת אחריותו למעשיו.
- חיסכון בזמן שיפוטי במשאבי תביעה כתוצאה מההסדר.
- הסדר הטיעון אינו מקים לנאשם אינטרס הסתמכות במשמעותו הרגילה אלא מקים **ציפייה הראויה להתחשבות** ע"י ביהמ"ש שיפחית מעונשו- **פלוג**.
- קרמיצר ושגב מראים כי למרות זאת בפועל ביהמ"ש בוחן זאת לפי אמות מידה של סבירות ודורשים **פגם או פסול מהותיים בשיקולי התביעה**. כך שביהמ"ש נוטה להתערב במקרים נדירים בלבד.
- גם בהסדרי טיעון **שנחתמו בשלב הערעור** ביהמ"ש ממעיט להתערב בשיקול דעת התביעה, אך ביהמ"ש הדגיש כי אין דין הסדר טיעון הנערך לפני הרשעה כדין הסדר טיעון שנערך אחריה (ייטו יותר להתערב) - **אידלברג**. ביהמ"ש יתערב בהחלטת התביעה להיקשר בהסדר טיעון רק במקרים חריגים ביותר.

הצעת החוק – ביקורת

ניתן לדלות מהצעת החוק את הלך החשיבה שלה – שהוא נתן בכורה להסכמות בין הצדדים, זאת אגב התייחסות לפערי הכוחות ביניהם, לאינטרסים של הנאשם ולחשיבות של מוסד הצדק הדיוני. עם זאת, להצעה חסרה התוויית סטנדרטים שתשקף את האני מאמין של המחוקק, וכן חסרים כללים אשר יגזרו מאותם סטנדרטים.

המלומד לואיס קפלאו עומד על ההבדל בין סטנדרט לכלל. **הסטנדרט** יותר מופשט, בעוד **שהכלל** יותר ספציפי. למחוקק עולה יותר לייצר סטנדרט מאשר כלל, בעוד שלבית המשפט עולה פחות לבצע פרשנות לכלל שמשאיר פחות מקום לדימיון. **מושג שסתום** הוא סוג של סטנדרט שמטרתו להעביר את מקל ההכרעה לפרשן. לדעת כותבי המאמר, ככל שמדובר בדין הפלילי, ראוי שהחוק ינסח כמה שיותר בדרך של כללים, ולכל היותר בדרך של סטנדרטים בעלי רזולוציה גבוהה, זאת בעיקר בשל עיקרון החוקיות שמרחף מעל המשפט הפלילי. עם זאת, את תכלית החוק ניתן לאפיין בעזרת סטנדרטים ברזולוציה נמוכה, וזאת בשביל לאפשר לפרשן להתאים את תכלית החוק בצורה טובה לסיטואציה.

גם המלומד רוברט אלקסי עמד על ההבדל. בעיניו, **סטנדרט** פירושו נורמה המבקשת להגשים ערך, וניתן להגשימו בדרגות מסוימות. **כלל**, לעומת זאת, הוא נורמה סגורה ובינארית אשר ניתן להגשים או לא להגשים, ללא חלוקה לעוצמות ודרגות. את הסטנדרטים יש להגשים בהתאם למגבלות הדין ולמבחן המשולש (מהמשפט החוקתי). עיקרון טוב הוא עיקרון שלא משאיר מרחב שק"ד אינסופי אלא קובע גבולות מסוימים.

בחזרה להצעת החוק. הצעת החוק חסרה עקרונות (סטנדרטים) וכללים. היעדר העקרונות בא לידי ביטוי שזו חסרת סעיף מטרה. אמנם סעיף מטרה הוא סה"כ כלי פרשני לאיתור התכלית הסובייקטיבית של המחוקק אך זה איננו סעיף מותרות. **בעניין פלוגי** עמד ביהמ"ש על היתרונות הרבים של מוסד הסדרי הטיעון, וכן **בפס"ד מרקוביץ**, עת אלו הזכירו כי הסדרי הטיעון חוסכים זמן שיפוטי; משפרים את אמון הציבור במערכת על ידי ענישה מהירה; מגדילים את מספר ההרשעות ועוד. עם זאת, יתרונות אלו לעיתים באים על חשבון דברים מסוימים אחרים. במקרים רבים נוצר עינוי דין וכן לפעמים אמון הציבור במערכת נפגם בשל העונשים אשר בעיניהם נמוכים. יתרה על כך – ניתן להגיד כי דבר זה פוגע בהרתעה, שכן עבריינים מסוימים יקחו את הסדרי הטיעון במסגרת שיקולי התועלת והנזק (דבר זה נדחה ע"י **קרמינצ'ר ולבנון**, שטענו כי זה לא גורם לפגיעה בהרתעה).

בנוסף, הצעת החוק לא מציעה התייחסות כלשהי ליחס שבין מטרות הענישה שבהסדר טיעון למטרות הענישה הכלליות שמקבלות ביטוי בתיקון 113. למעשה, אין הכרעה בין תכליות מוסד הסדרי הטיעון, אשר מושכות כל אחת לכיוון אחר. האם הגישה היא הרתעתית? האם אנו מקדשים יעילות? אולי אנו מחפשים בכלל גמול?

גם כשהצעת החוק כבר באה להציב **כללים** היא עושה את זה בשפה של **עקרונות** ויוצרת עמימות. למשל הסעיף הראשון לאחר סעיף ההגדרות קובע כי תנאי לעריכת הסדר טיעון הוא ש"הדבר עולה בקנה אחד עם טובת הציבור". ההצעה, מיותר לציין, לא טורחת להגדיר מהי טובת הציבור ומה האיזון המתאים במקרה שטובות ציבור שונות מתנגשות.

גם בנושא החזרה מהסדרי טיעון קיימת עמימות מסוימת, כאשר משפת המחוקק אפשר להבין כי הוא איננו מבחין בין הטעמים לאישור חזרה של תובע ובין הטעמים לאישור חזרה של נאשם. עם זאת, אין לדעת האם בשתיקתו ובחוסר רצונו לנמק ולהסביר, כיוון באמת המחוקק להשוואה בין השניים. המחוקק מחמיץ פה הזדמנות לתת לנו קצת מהשקפת עולמו.

לבסוף, גם כשהצעת החוק כבר נוגעת בשפה ברורה של **כללית**, היא מתחמקת מסוגיות הליבה, כמו למשל הסדרי טיעון שנחתמים לראשונה בשלב הערעור, כאשר ההצעה לא מתייחסת לנושא זה בצורה ברורה אלא משאירה שוב פתחים לפרשנות שונה. אם בנושא זה כוונת המחוקק לא ברורה, הרי שככל שהדבר נוגע לקבילותם של דברים שנאמרו במו"מ להסדר טיעון אשר בוטל (ובכלל זה הודאת נאשם), הרי שהשופט ממש מבקש שלא להכריע.

הקושי המעשי והמושגי שבמבנה המתואר (בגדול- הוא עמום ורחב מדי)

למבנה הרחב של הצעת החוק יתרונות: מורכבות המציאות מונעת הסדרת כלל המקרים מראש ובנוסף מאפשר שק"ד לביהמ"ש דבר המתיישב עם שיטתנו. המבנה המתואר מעלה קשיים: ראשית, שפה משפטית בסטנדרטים רחבים עושה ויותר על הכוונת התנהגות, ובנוסף הסדרים ראשוניים צריכים להיקבע ע"י הכנסת. שנית, כללים מפורטים מבטיחים אחידות ועקביות בפעילות הרשות המנהלית וזאת לצד כללים רחבים שמבטיחים את מימוש התכלית. שלישית, שימוש במושגים עמומים מעודד פרשנות והתווכחות על כל דבר קטן, כך יהפוך הליך הסדר הטיעון ללא יעיל וחלק ממטרתו היא יעילות דיונית וחסכון במשאבים. רביעית, חוסר כללים או קריטריונים ברורים מוביל לאי שוויון- מי שיש לו כסף לעו"ד שיטען עבורו יכופף את המערכת באמצעות התנהלות בלתי פורמאלית. חמישית והעיקר: לשון החוק מתנערת מבחירת אופיו הערכי של ההסדר. אכן ההצדקה העיקרית בהצעת החוק הוא גיבוש מודל מובנה להסדר טיעון. אין להפוך את מושגי השסתום כתחליף למאמץ החקיקתי.

מודל הסדר הטיעון : קווי מחשבה ראשוניים

כותבי המאמר רוצים להמחיש את החסר ואת החשיבות בגיבוש מודל ממצה להסדר טיעון.

1. מודל הסדר טיעון- היחס בין התכלית והסטנדרט המוצע

יש המתארים את הגידול בשימוש בהסדרי טיעון כמעבר בין מודל הליך הוגן ללחימה בפשיעה. בהתאם לכך השימוש הגובר בהסדרי טיעון מבטאים העדפת יעילות על פני זכויות הנאשם ובעצם מוסר תועלתני השם דגש על כמות הרשעות על פני מוסר גמולי הבוחן את מידת אשמתו של הנאשם ומבקש עונש הולם. "גישת הלחימה בפשיעה" שתקרא גם "גישת היעילות" רואה בתכלית מוסד הסדרי הטיעון כחיסכון משאבי התביעה. הגישה העומדת מנגד היא "גישת ההליך ההוגן" או "גישת ההליך הפלילי החלופי"- לפי גישה זו תכלית הסדר הטיעון הי מימוש מטרות ההליך הפלילי פשוט בדרך מקוצרת יותר. גישת היעילות וגישת ההליך ההוגן הם שתי תפיסות דיכוטומיות והפוכות בנוגע לתכלית מוסד הסדרי הטיעון. כתובי המאמר תומכים בגישה השנייה, כלומר יעילות דיונית אינה יכולה לגבור על מטרות אחרות של המשפט הפלילי. ראשית גישה זו תהפוך את ההליך הפלילי להליך שתכליתו "לנקות את השולחן", שנית ספק אם במערכת שמטרתה יעילות ימומשו ערכים נוספים מלבדה. כך למשל בסוגיה של קורבנות עברה, אחד הנימוקים להסדרי טיעון הוא הרצון להימנע מנזק נוסף לקורבן ע"י הבאתו כעד אך בפועל העונש הקל שנלווה להסדר טיעון פוגע בקורבן ומשפחתו פגיעה חמורה יותר. תכלית נוספת שספק אם מתממשת היא הרתעה, גזר דין מקל מהווה תמריץ לעברייני הרציונאלי. בנוסף ספק אם ערך היעילות בכלל מתממש: עידוד השימוש בהסדרי טיעון מעודד הגשת כתבי אישום שאולי לא היו מוגשים אם לא היה שימוש נרחב במוסד זה. השימוש הנרחב בהסדרי טיעון מנציח מצב של חוסר בשופטים ופרקליטים ומעניק "שקט" מדומה למערכת.

2. מודל הסדר הטיעון מספר כללים אפשריים

(א) שילוב הסדרי הטיעון במסגרת הבניית שיקול הדעת בענישה ותכליותיה

תיקון 113 העמיד את ההלימה בראש מדרג השיקולים בענישה. בנסיבות מסוימות יכול ביהמ"ש לחרוג ממתחם ההלימה משיקולי שיקום, הגנה או שלום הציבור- אך לא חריגה ניכרת באחרונים. הכותבים מציעים שהסדר טיעון יהווה שיקול מקל כמו למשל שלום הציבור בהבניית שק"ד של השופט בענישה.

(ב) הסדרי טיעון : רק על העונש

קיימים שני סוגים של הסדרים : הסדרים לעניין האישומים והסדרים לעניין העונש. הסדרי עונש נתונים לפיקוח ביהמ"ש לעומת הסדרי טיעונים שאינם נתונים לפיקוח ביהמ"ש. שינוי הטיעונים חוטא לערך גילוי האמת שהוא אחד מיסודות הדין הפלילי ובלעדיו לא תיווצר הלימה בין המעשה והתגובה העונשית. האישומים הם בינאריים באופיים. שינויים בטיעונים משנים את המהות שוללים את תפקידו החינוכי של ההליך הפלילי. כך למשל לפסיקותיו של ביהמ"ש בעבירות מין יש השפעה על מתלוננות

להגיש תלונה נגד תוקפיהן. בנוסף נוצרת פגיעה באמון הציבור כשמעלימים ממנו עובדות, לכן הצעת הכותבים היא לשמור את הסדרי הטיעון לעונשים בלבד (ולא לטיעונים).

הודאה בהסדר מקל במידה ניכרת: הודאה ככלי מחנך : כלל איסור התבטאות

הודאה עלולה לגרום להרשעת שווא של חפים משפּע, הכותבים מציעים לאסור הסדרים בהם יש הקלה גדולה במיוחד בעונש משו שאלה מעודדים הרשעות שווא. כלל זה יחייב את התביעה לנהל הליך מלא או לסגור תיק שאין בו די ראיות. שנית הודאות שניתנות מתוך אופורטוניזם ואז התנערות מהן בגזר הדין. פתרון לבעיה זו אומץ ברשות לניירות ערך- סעיף 7 אוסר על הצדדים להתכחש להסדר. סעיף כזה אינו נקי מבעיות כמו פגיעה בחופש הביטוי וזכות הציבור לדעת אבל עם זאת הוא יהווה פתרון ללקיחת אחריות אמיתית.

חתימה על הסדר טיעון: דרישת הכתב כיסוד מכונן

היקשרות בהסדר טיעון היא צעד מהותי עבור הנאשם והוא מוותר בכך על זכויות רבות, על כן עליו לקבל את ההחלטה ביישוב דעת- מתוך הבנה של הצעד שהוא לוקח. הכותבים מציעים להכפיף את הסדר הטיעון למסמך כתוב וחתום ע"י שני הצדדים. דרישת הכתב צריכה לחול על כל סוגי העבירות (בשונה מהצעת החוק).

ביקורת שיפוטית

נדרשת ביקורת שיפוטית הן ברמה הראייתית והן ברמה השיפוטית. התובע בהסדר הטיעון " מנהל את המשפט" מכאן שיש להרחיב את הפיקוח והביקורת השיפוטית.

סיכום

הניסיונות לאורך השנים בפסיקה להפוך את מוסד הסדר הטיעון לדומה למבנה משפטי אחר לא צלח ואף עלול לגרור תוצאות לא רצויות. חלפו השנים והמוסד גדל ללא ביקורת שיפוטית לעומת הביקורת הציבורית שגדלה. לחקיקה יתרון על פני הפסיקה ביציקת משמעות למוסד הסדר הטיעון. הצעת החוק הרלוונטית מפספסת את מטרתה ומשאירה וואקום נורמטיבי שיתמלא ע"י ביהמ"ש. "כל שהוא כביצה, ביצה טובה ממנו" הסדר טיעון אינו הסכם או מעשה שלטוני – הסדר טיעון הוא הסדר טיעון הציבור ובעיקר הנאשמים זכאים לדעת מה טיבו.

לגבי המבחן: יתואם שיעור הכנה לבחינה (שמתקיימת ב-3.2) + יפורסם מבחן לדוגמה.

חומר למבחן:

- מה שהספקנו בכיתה + החומר שנלמד בכיתה.

- אין חומר ללימוד עצמי למעט טענות מקדמיות והסדרי טיעון (לקרוא את המאמר של המרצה ושל יוני ליבני שמסכם את כל החומר). [המאמרים של המרצה לקריאה: דוקטרינת פסילת הראיות ונפגעי עבירה (ספר בייניש); חלופות מעצר (מסכם את כל מעצר עד תום ההליכים) (משפט וממשל); הסדרי טיעון (חוקים).

- טענות מקדמיות: מה שמופיע בסילבוס + פגם או פסול בכתב אישום. השאר לא מחייבות.