**שיעור 1 18.10.2015**

**מבוא**

**1. מהות ההליך הפלילי ומטרותיו**

**כלל מהותי ופרוצדורלי:**

* **כלל מהותי-** מגדיר זכויות וחובות.
* **כלל פרוצדורלי-** בא לממש את הכללים מהותיים.

**מבחינה פרקטית מה זה משנה אם זה כלל מהותי או פרוצ'?**

* רטרואקטיבי- כלל מהותי חל רק מכאן ולהבא, ודיוני חל גם רטרואקטיבית, בכפוף לס' 4 ו5 לחוק העונשין- שמחילים רטרואקטיבית גם שינויים מהותיים שהם לטובת הנאשם.
* יכולת הסטייה- כללים מהותיים לא ניתן לסטות מהם, גם אם יד חוסר צדק וכו', לא נשנה יסודות עבירה רק בשביל מקרה ספציפי עקב עוול שנגרם לדעתנו. לא נשנה גם יסודות עוולה בנזיקין וכו'. לעומת זאת כללים פרוצ' הם כללים שניתנים לסטייה לפעמים אם לא נגרם עיוות דין ואם הצדק מחייב זאת. אם ניתן לסטות. אולמרט- חריג עשו עסקת טיעון בזמן הסיכומים למרות שלא מקובל עמ"נ שהצדק יצא לאור.

*למה צריך כללים דיונים?*

1. שוויון.
2. מניעת שרירותיות.
3. יצירת אחידות.
4. מניעת רשלנות- אם כללים תמיד ניתנים לסטייה אנשים יתרשלו בהם ולא יקפידו על הכללים, ולכן צריך שיוצא הדופן לא יהפוך לכלל.
5. עלות ההידיינות- עלות גבוהה להידיין על כללי המשחק כל פעם.

**מאפייני סד"פ בישראל:**

**חקוק בחקיקה ראשית:** בניגוד לסד"א. מאחר שמדובר בזכויות אדם (בהליך הפלילי יש פוט' פגיעה עצום בזכויות האזרח, החקיקה צריכה להיות ראשית)- עקרון החוקיות ומאז מעידן החוקיות, מחווקי היסוד (אין פגיעה בזכויות שלא בחוק).

**הרבה חקיקה "חדשה:"** מאז חוקי היסוד. המהפכה החוקתית של 1992- השפיעה מאוד על סד"פ, גררה מהפכות. חלק מהמהפכות זה בחקיקה- הבנה שצריכה להיות חקיקה שמתאימה לעידן החוקתי. דג'- 1996- חוק מעצרים וחוק חיפוש בגוף. יצירת הסדר חדש שתואם את הדרישות החוקתיות, את חוק היסוד- גם שיהיה חוק (פרקטיקות בעבר היו ללא חוק) וגם חקיקה ראויה (מידתיות וכו').

**4 החוקים העיקריים בסד"פ:**

* **חוק סד"פ [נוסח משולב]- 1982:** נכנה אותו חסד"פ. עוסק בכל ההליך הפלילי- חקירה, העמדה לדין, משפט, פוסט משפט וכו'. חלק מהס' בוטלו- אלו שעסקו במעצרים, בוטלו כי היום יש חוק מעצרים אחד.
* **פקודת סד"פ (מעצר וחיפוש)- 1969:** נכנה פסד"פ. עוסקת בסמכויות המשטרה. חולשת על תקופת המשטרה, עוסקות חיפושים במקום, מחשבים, בבית (לא בגוף), בתפיסת חפצים- חילוטים וכו'. בעבר היו בפסד"פ סמכויות המעצר לפני הגשת כתב אישום, בוטל כי היום בחוק המעצרים.
* **חוק סד"פ (סמכויות אכיפה- מעצרים)- 1996:** נכנה חוק המעצרים (או חסד"פ המעצרים). לוקח את כל הנושא של המעצרים ומאחד לחוק אחד. יש מעצרים בחוקים אחרים, אבל זה העיקרי. עוסק בכל סוגי המעצרים, מותאם לדרישות העידן החוקתי, קובע אחידות (ברירת המחדל זה החוק הזה, כל עוד אין הוראות ספציפיות בחוקים אחרים נוגדות, חוק המעצרים יחול).
* **חוק סד"פ (סמכויות אכיפה- חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי)- 1996:** נכנה אותו חוק החיפוש בגוף. עוסק בכל הנושא של הסמכויות לחפש בגוף, כולל רנטגן, בדיקות דם, גניקולוגיות, אפילו לקיחת שערה. ונטילת אמצעי זיהוי- טביעות אצבע, די אן איי- מתוך מחשבה שזו פגיעה בסיסית בזכויות אדם ולכן צריך להיות קבוע בחקיקה ראשית עם תכליות ראויות ודרישות מידתיות. חוק מסובך ומפורט לפרטי פרטים**.**

**שלבי ההליך הפלילי- מבט על**

* **חקירה:** חולשת הרשות החוקרת- לאו דווקא משטרה, חוקים שמקנים סמכויות חקירה. העיקרי זה המשטרה ונדבר עליה אך היא לא היחידה.
* **העמדה לדין:** חולשת הרשות התובעת- העיקרי זה המשטרה והפרקליטות, אך יש נוספים.
* **משפט** (ביהמ"ש הדיוני, הערכאה הראשונה): ביהמ"ש, שלום או מחוזי, לפי הסמכויות הקבועות בחוק ביהמ"ש.
* **פוסט משפט:** שלושה הליכים אפשריים. ערעור, דיון נוסף ומשפט חוזר.

1. ערעור: חולש ביהמ"ש לערעורים (מחוזי או עליון. חולש לכל עניין, גם למשל לעניין מעצרים בתקופת הערעור).
2. דיון נוסף: פ"ד של העליון שמעורר סוגיה משפטית חדשה, מחדש הלכה- ניתן לבקש ד"נ בהרכב מורחב. מתאים להליך הפלילי רק בסוגיות משפטיות ולא עובדתיות.
3. משפט חוזר: ייחודי להליך הפלילי, מוגד לעקרון סופיות הדיון. במקרים מיוחדים שקבועים בחוק ביהמ"ש- נאשם יכול לבקש משפט חוזר (בד"כ ראיה חדשה שהתגלתה שיכולה לשנות את פני התמונה, שיכול להוכיח עיוות דין חמור).

על כל שלב חולש גורם עיקרי (רשות חוקרת וכדו').

**שלב ראשון- חקירה**

חסד"פ קובע- ס' 59 אם נודע למשטרה על עבירה היא תפתח בחקירה.

**נודע למשטרה**

| |

תלונה דרך אחרת

|

ערר

**איך נודע למשטרה?** תלונה או דרך אחרת (כל דרך- תצפיות, מידע מודיעיני, מעצרים שנעשו וכו'). לכאורה חפי החוק יש חובה לפתוח בחקירה כשיש ידיעה על עבירה. חריג- בעבירות שאינן פשע. שאז קצין שדרגת פקד ומעלה יכול להחליט לא לחקור- אין עניין לציבור או שיש רשות אחרת המוסמכת לחקור. למשל- עבירת עוון והסמכות של הרשות לני"ע.

כשיש תלונה- יש מנגנון על ערר. קבלת הודעה שהתיק נסגר והוחלט לא לחקור, יש מנגנון של ערר.

**תפקיד הרשות החוקרת:** לברר את העובדות ולאסוף ראיות. החקירה כוללת דרכי חקירה רבות (תשאול, האזנות סתר, מודיעין, מעקבים, עיכובים, תצפיות, חיפושים ועוד).

**מעצרים:** לכל שלב בהליך הפלילי יש סוגי מעצורים שמתאימים לו. לשלב החקירה יש שני סוגי מעצרים שמותאמים לו:

* מעצר ראשוני: מעצר ראשוני ע"י שוטר, יכול להיות בצו או שלא בצו. תוך 24 העצור חייב להיות מובא בפני שופט, יש חריגים.
* מעצר ימים: אם תוך 24 השעות הוא לא שוחרר והאדם הובא בפני שופט להארכת מעצר- אולי ביהמ"ש יחליט שהאדם צריך להישאר במעצר. לביהמ"ש מוקצבים ימים שהוא יכול לתת. בעקרון 15 כל פעם עד 30.

**שלב שני- העמדה לדין**

המשטרה סיימה לחקור, והיא מעבירה לתובע- בעיקר התובע המשטרתי או פרקליטות המדינה, כאשר התובע שמקבל את התיק צריך להחליט אם להעמיד לדין.

**שימוע:** ס' 60 א רבתי לחסד"פ- שימוע- רק בעבירות שהם עבירות פשע והאדם לא עצור. כשהרשות התובעת מקבל תיק עם חשדות לפשע (עבירה של 3 שנים ומעלה) והאדם לא במעצר (בד"כ תיקי עבירות צווארון לבן)- צריך לתת לאדם שימוע. לפני שהיה קיים הס' השימוע היה בעיקר לאנשי ציבור עפ"י הנחיות היועמ"ש, בגלל הנזק שיכול להיגרם להם מהעמדה לדין.

**טעמים לסגירת תיק:**

* חוסר אשמה: הטוב ביותר מבחינת החשוד, לא משאיר רישום פלילי- לא נעשה דבר, אין שום בסיס. התביעה לא אוהבת לסגור כך תיק, משיגים לרוב בעזרת ערר, מכתבי עו"ד וכדו'.
* חוסר ראיות: התובע חושב שאין מספיק ראיות שיוכלו להביא לאשמה.
* עילת חוסר עניין לציבור: התובע יכול לחשוב שיש ראיות, אך אין אינטרס ציבורי בהעמדה לדין. לאור פליליות יתר, יש המון עבירות שיכולות להיכנס לגדר הפלילי, ולא כל דבר שנכנס לגדר הפלילי מבחינה טכנית, חייב להתבטא בהגשת כתב אישום.

**מעצרים**

מעצר לפי הצהרת תובע: נניח אדם היה במעצר בתקופת החקירה, החקירה הסתיימה- לכאורה צריך לשחרר אותו. רוצים להגיש כתב אישום ורוצים שיישאר במעצר- התובע יכול לבקש- מעצר לפי הצהרת תובע. מצהיר שלכאורה הוא הולך להגיש כת"א ואז הוא יבקש מעצר, ביהמ"ש יכול לתת 5 ימים מעצר, בשביל שלתובע יהיה זמן לכתוב כת"א.

חקירה והעמדה לדין לא מוגבלים בזמן, מה שמגביל בזמן- זה המעצרים. אם אין מעצר, יכול להימשך הרבה זמן. מגבלות הזמן נובעות מהמעצרים.

**שלב שלישי- משפט**

ההגמוניה עוברת לביהמ"ש. החשוד הופך להיות מחשוד לנאשם, הוא צד להליך. עד עכשיו היה פסיבי, עכשיו הוא צד, שותף להחלטות וכדו'. עם הגשת כת"א ניתן לנאשם לראשונה כל חומר החקירה (עד עכשיו החומר היה בידי המשטרה והפרקליטות- ידע רק בכללי).

**תחילת המשפט:** "הקראה". הקראת כת"א. ביהמ"ש מקריא ומסביר. ביהמ"ש צריך להשתכנע שהנאשם מבין את כתב האישום. לפעמים יש מועדים שקשורים לפתיחת המשפט, מבחינתנו- שלב ההקראה.

**טענות מקדמיות:** לאחר מכן הנאשם יכול לעלות טענות מקדמיות שלא קשורות לאשמה עצמה, אלא- טענות שקשורות לעצם ניהול ההליך- 10 טענות מנויות בס' 149 לחסד"פ (חוסר סמכות עניינית או מקומית של ביהמ"ש, כבר נשפטתי, חסינות, חנינה, התיישנות- טענות מקדמיות). טענה שהוספה ב2007 (ס' 149 10)- טענה מן הצדק- מנוגד להגינות להגיש כת"א. למשל- אכיפה סלקטיבית. טענת פסלות שופט- מראש, או משהו שהתגלה בהמשך. אם הטענה ידועה מראש צריך לעלות אותה בשלב הזה- זה אחד משני המצבים היחידים שיש ערעור בתוך ההליך הפלילי- כל השאר זה ערעור אחד בסוף. ערעור לעליון שידון בשופט אחד. המצב השני- טענות על חומר החקירה. לנאשם ניתן חומר החקירה, והרבה פעמים הנאשם טוען שלא ניתן לו כל חומר החקירה, או דורש שהמדינה תשיג חומר שהוא חושב שחשוב. הוא פונה לביהמ"ש שאליו הוגש כת"א (לא דווקא השופט שדן בתיק)- ועל ההחלטה של אותו שופט ניתן להגיש ערר. נאשם שטוען שאין לו את כל חומר החקירה לא יכול לנהל משפט ולכן מטבע הדברים יש חריג של ערעור באמצע ההליך.

**הנאשם משיב לעובדות:** נניח שלא היו טענות מקדמיות או שהן נדחו- השלב הבא- הנאשם צריך להשיב לעובדות כת"א. מודה או כופר בעובדות. הנאשם יכול גם לשתוק- זה לא הודיה, זה יול להוות חיזוק לראיות נגדו, אך עדיין התביעה צריכה להוכיח מעל ספק סביר, והשתיקה לא הודאה היא רק יכולה לחזק. הנאשם לא צריך לגלות את ההגנה שלו, מעבר להשבה לעובדות.

היוצרות מתהפכות במשפט- התביעה נותנת את החומר לנאשם, הנאשם לא צריך לתת לתביעה חומר.

**אופציה לטענת אליבי:** לאחר מכן הנאשם צריך להוגיע אם יש לו טענת אליבי- במקום אחר הייתי. ואז ביהמ"ש מודיע לו שהוא חייב להגיד טענה כזו מראש (לא יתאפשר בהמשך המשפט, אם ביהמ"ש לא הזהיר אז יותר לנאשם לעלות בהמשך). זו בעצם הטענה היחידה שצריך לעלות בשלב הזה. הוכחתה תהיה בפרשת ההגנה.

**פרשת התביעה:** הפרשה צריכה להביא את העדים שלה, כל עד ייחקר בחקירה ראשית ע"י התובע, נגדית ע"י הסנגור, חוזרת אולי ע"י התובע.

**אופציה לטענת "אין להשיב אשמה":** לאחר מכן- יכול לכאורה הנאשם לטעון "אין להשיב אשמה"- בעוד בסוף המשפט המדינה צריכה להוכיח מעל לכל ספק סביר את האשמה, בשלב הזה כל התפקיד שלה זה להעביר את הנטל, להוכיח שיש משהו שגורם לנאשם לנהל הגנה. הנאשם יכול לטעון- לא הוכח דבר שיש בו בשביל שאני אצטרך לנהל הגנה. נדיר שטענה כזו תתקבל- הנזק לא גדול לנאשם אם הטענה לא תתקבל (הנזק העיקרי הוא בהגשת כת"א), ביהמ"ש הציב תנאים נוקשים- הרעיון- יש בסיס לרוב לכת"א.

**פרשת ההגנה:** אם הטענה לא התקבלה- הנאשם צריך לנהל פרשת הגנה. אם הנאשם לא בוחר לשתוק הוא העד הראשון, יכול להביא עוד עדים.

**אופציה לעדי הזמה:** הנאשם יודע הכל מראש (מי העדים מה החומר), והנאשם לא צריך לגלות כלום- לכן אולי הנאשם יפתיע את התביעה, ואז התביעה יכולה לבקש מביהמ"ש להביא עדי הזמה- שיפריכו מה שהוא אמר.

**ראיות מטעם ביהמ"ש:** ביהמ"ש מחליט שהוא מזמן עד שהעיד או אחר מטעמו.

**שלב הסיכומים:** קודם התביעה מסכמת, אח"כ ההגנה.

**ביהמ"ש נותן את הכרעת הדין:** פ"ד במשפט פלילי כולל את הכרעת הדין וגזר הדין. אם יש זיכוי מכל האישומים אז הכרעת הדין היא פ"ד. ואם יש הרשעה במשהו אז ממשיכים לגזר הדין- "מיני משפט", שלב הטיעונים לעונש.

**טיעונים לעונש:** ראיות התביעה לעניין העונש (בד"כ גיליון הרשעות קודמות, עבר פלילי, אם הקורבן רוצה להעיד- ראיות הקשורות לעונש). וראיות הנאשם לעונש ( בד"כ עדי אופי וכדו'), וראיות ביהמ"ש לעונש (בד"כ תזכיר של קצין מבחן- האם הנאשם מבין את מה שעשה, מגלה חרטה וכו'). גם כאן יש סיכומים- של התביעה ושל ההגנה. מיני משפט לעניין גזר הדין.

**שלב רביעי- פוסט משפט**

**ערעור:** במשפט פלילי זה ערעור על הכול, גם על גזר הדין, כולל על קביעות שהיו לשופט באמצע. למשל על אי קבלת טענת של פסילת ראיות. בשלב הזה ניתן לערער על הכול (חריגים למעלה).

ביהמ"ש יכול לקבל טענת ערעור אך לקבוע שלא נגרם עיוות דין ולכן לדחות את הערעור.

יש ערעור בזכות וערעור ברשות.

**פ"ד חלוט וחריגים:** לאחר שיש פ"ד של ערעור, פ"ד חלוט, סופי. עבר זמן הערעור ולא ערערו עליו, או שהוא עבר כבר את ערכאת הערעור. קרים נדירים יותר- ד"נ ומשפט חוזר.

**שיעור 3 01.11.2015**

**אמת עובדתית מול אמת משפטית:**

אמת עובדתית משקפת את ההתרחשות על פי מבט של מתבונן אובייקטיבי מהצד. לעומת זאת אמת משפטית משקפת את ההתרחשות דרך שחזור שופט מקצועי את המציאות על בסיס הראיות שהוצגו בפניו ובכפוף לסייגים ולפרוצדורה. אנחנו בעצם מוותרים על האמת לטובת הגנה על זכויות הנאשם וזהו מתח שמאוד חשוב להכיר. אמת משפטית זה מה שנוכיח לפי הראיות בכפוף לסייגים.

**מי מעוניין באמת העובדתית?** מי שיש לו עניין באמת העובדתית הוא מישהו ניטרלי שלא צד להליך וזה רק נפגעי עבירה כנראה, יש להם זכויות. **התביעה לא** מעוניינת באמת העובדתית- היא רק בודקת מה היא יכולה להוכיח (איפה יש סיכוי). **וכך גם הסניגור**- אומר לנאשם איך להגיב ולא מה באמת קרה. המעוניינים העיקריים באמת העובדתית זה נפגעי העבירה שאינם באמת צד להליך. המרצה מתייחסת לזה בכתיבה שלה- זה בעיה בשיטה האדוורסרית. **קרמניצר**- משווה בין שיטה אדוור' לאינקווי'- באדוור' האמת העובדתית לא מקבלת מספיק ביטוי.

|  |  |
| --- | --- |
| **אדוור'** | **אינקוו'** |
| עימות | חקירה |
| הצדדים אחראים להבאת ראיות | השופט חוקר |
| מגבלות ראייתיות (נגזר מהס' הקודם, כי הצדדים אחראיים). | פחות מגבלות ראייתיות |

בישראל ההליך הוא אדוורסרי. התביעה (ייצוג האינטרס הציבורי) מול הנאשם, זה עימות והש' סוג של בורר ניטרלי. לעומת אינקוו' שמבוסס יותר על חקירה.

אין שיטה מוחלטת. בישראל- יותר דומים לשיטה האנגלו אמריקאית, יותר שיטה אדוורסרית. אבל יש אלמנטים בישראל שהם פחות אדוור'. דג'- הש' יכול לזמן עדים. קרמניצר- השיטה שלנו לא מושלמת, יוצאת מנק' הנחה שהסניגורים עושים את עבודתם נאמנה, אך יש פער בין התביעה להגנה במציאות. בשיטה שלנו הכול נתון לצדדים, והוא מציע להכניס לשיטה אלמנטים של השיטה האינקוו'. **המרצה**- התביעה בשיטתנו- התביעה היא צד ופחות "עזרה לביהמ"ש להגיע לאמת". למה המדינה צריכה בהכרח לרצות לנצח? אולי היא צריכה רק לגלות את האמת?

**מושבעים מול שופט מקצועי:** בשיטות עם מושבעים- תפקיד המושבעים לקבוע עובדות. הרעיון מאחורי השיטה הזו- הש' הוא מומחה בעניינים משפטיים, אך בענייני קביעת עובדות אין יתרון לש' מקצועיים על פני הדיוטות. אז מה תפקיד הש'? לסנן את הראיות. הש' מסנן את החומר, מחליט מה קביל ומה יגיע למושבעים, ומנחה אותם מבחינה משפטית.

**יחס בין הקפדה על כללים לגילוי האמת:**

בקרימינולוגיה וס"ד מקובל לדבר על שני מודלים קיצוניים שאף שיטת משפט לא באמת נוקטת (תמיד יש סוג של איזון).

* **מודל ההליך הראוי.**
* **מודל מיגור הפשיעה**

בישראל מתן דגש על מיגור הפשיעה וגילוי האמת. אפשרות לסטייה מכללים אם אין חשש מעיוות דין.

ההליך הפלילי הוא לא שח מט בו מהלך אחד שגוי של הצדדים מכריע את המשחק.

**פ"ד סילבסטר** אדם שהואשם במסירת סודות בכוונה לפגוע במדינה. היו טענות פרוצ' על כתב האישום (החסיר כמה מילים וכו')- ביהמ"ש: פרוצ' טובה צריכה לתת לנאשם את מלוא ההגנה עמ"נ לתבוע עיוותי דין, אך הדין הפלילי לא יקבל "משחק שח מט" בו מהלך אחד לא נכון של אחד הצדדים קובע את גורל המשחק.

**פ"ד אפללו** מטרת המשפט להביא לזיכויו של החף מפשע והרשעת האשם, ההליך הפלילי לא תחרות, המשפט אינו משחק, מטרת הדיון הפלילי הוא לחשוף את האמת ולא להעניק יתרונות טקטיים לתובע או לנאשם. זה חוזר בפסיקה הישנה.

**סיכום המצב עד המהפכה החוקתית:**

**הנטייה לגילוי האמת, אפשר לסטות מכללים כשאין פגיעה בהגנת הנאשם.**

דג' לסטייה- **פרשת קניר**: נדונה סמכות ביהמ"ש לזמן ראיות מטעמו. **הס' הנוכחי בחסד"פ הוא 167** (בפ"ד הס' בחסד"פ הישן)-

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

המיקום הגיאומטרי של זימון ראיות ע"י ביהמ"ש אמור להיות אחרי פרשת התביעה ופרשת ההגנה. בפ"ד- האם ביהמ"ש יכול לזמן ראיות אחרי הסיכומים?

ההחלטה בפ"ד**- אכן לא ראוי בד"כ לסטות מהפרוצ'** (מטעמי אי שרירות, למנוע רשלנות וכדו'), **אבל לצד זה, יש להכיר בשק"ד ביהמ"ש לסטות מהכלל במקרה שהוא ימצא זאת לנכון.** אם רוצים להגיע לאמת לפעמים נסטה מהכללים (דג'- פרשת אולמרט).

**פרשת דמניוק** נדון **ס' 184 לחסד"פ** (בפ"ד מופיע הס' המקביל בחסד"פ הנוסח הישן).

**184.** בית המשפט רשאי להרשיע נאשם בעבירה שאשמתו בה נתגלתה מן העובדות שהוכחו לפניו, אף אם עובדות אלה לא נטענו בכתב האישום, ובלבד שניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן; אולם לא יוטל עליו בשל כך עונש חמור מזה שאפשר היה להטיל עליו אילו הוכחו העובדות כפי שנטענו בכתב האישום.

**הוגש כת"א באישומים מסוימים, הוכחה עבירה אחרת בעובדות- שהיא לא ס' האישום בכת"א. ביהמ"ש יכול להרשיע בעבירה האחרת הזו, בשני תנאים- תנאי אחד שלנאשם הייתה אפשרות להתגונן גם נגד האישום החדשה (לא פגע בעבירותו), והתנאי השני שלא יקבל עונש חמור יותר מהעונש שהוא יכל לקבל.** דמניוק הואשם שהוא היה איוון האיום מטרבלינקה, במהלך המשפט החלו להתקבל בקיעים בהוכחת זהותו כאיוון. ביהמ"ש התבקש להרשיע אותו בכך שהוא פושע נאצי אחר. ביהמ"ש לא הסכים- כי כל הדיון מראש התמקד בפרשת טרבלינקה ולא הייתה לנאשם אפשרות להתגונן מפני האישום החדש.

**התייחסות לקבילות ראיות:** אחד הביטויים לעובדה שמערכת המשפט שמה דגש על גילוי האמת, זה האופן שהתייחסו לקבילות ראיות. המשפט שלנו- הייתה דיכוטומיה בין הדין לתוצאות הפרתו. יש כללים, הפרתם לא בהכרח גוררת חוסר קבילות למעט המקרים המפורשים שם החוק אומר על אי קבילות-

* האזנת סתר לא חוקית לא קבילה (עם חריגים).
* דברים שהושגו בניגוד להגנת הפרטיות
* הודאה שאינה חופשית ומרצון לא קבילה כראייה- דורש משפט זוטא האם ההודאה לא חופשית ומרצון.

למעט המקרים האלו- השופטים יכולים לראות כל ראיה ומקסימום לתת משקל נמוך. למשל- כשלא אמרו לאדם על זכות השתיקה ועל עו"ד- אפשר לקבל ראיות אך המשקל יהיה שונה.

זה היה המצב עד **פרשת יששחרוב**- ביששחרוב מקרה של חייל שהואשם בהחזקה ושימוש בסמים קלים, החזקה לא הייתה מחלוקת- המחלוקת על השימוש. הוא הודה בשימוש כשהשוטר הצבאי בזדון לא אמר לו שזכותו להיוועץ בעו"ד. הוא הודה והורשע בשימוש. זה מגיע עד לעליון- הטם לפסול את ההודאה של יששחרוב, ואז הוא מזוכה מנושא השימוש. בייניש- המטרה של ההליך הפלילי זה גילוי האמת, אבל מטרה לא פחות חשובה זה הגנה על זכויות חשודים ונאשמים. צריך למצוא את האיזון בין המטרות, והיא יוצרת **כלל פסילה פסיקתית** (לא מקבלים את תורת העץ המורעל בצורה מוחלטת). כאשר ראיה הושגה בצורה לא חוקית, לביהמ"ש שק"ד לפסול אותה, והוא ייקח פרמטרים שונים- מידת אי החוקתיות בהתנהגות התביעה (זדון מול תו"ל), מהותה של הראייה ראיות מושפעות ועצמאיות. הודאה יכולה להיות מושפעת מכך שאין לי עו"ד, לעומת ראיות מדעיות שהן חד משמעתיות בכל מקרה- למשל די אן איי שגם אם הושג באופן לא חוקי יש לו תשובה ברורה. מידת חשיבות הראייה להכרעה (אם אפשר להגיע להכרעה בלעדיה אז נפסול).

יששחרוב נק' המפנה. הוא יצר כלל פסילה פסיקתית והרחיב את המקרים שייכנסו לגדר המקרים של הודאה שאינה חופשית וברצון (בעבר רק כשהיו אמצעים פיזיים פסולים שהופעלו על נחקר ומובילים מחשש על אמינות ההודאה, למשל מכות, ואילו היום גם אמצעים שגרמו באוטונומיה של הרצון, גם אם אין חשש לאמיתות ההודאה).

היום אפשר לומר שההליך הפלילי מנסה למצוא את האיזונים בין שני המודלים, לא ניתן לומר שההליך הפלילי שלנו נותן דגש רק על מיגור הפשיעה, ולפעמים הוא מתחיל להידמות למשחק שחמט- הפך להיות הרבה יותר מעניין ויצירתי. סדר דין פלילי זה המן טענות יצרתיות של עו"ד לגבי קבילות ראיות, טענות פסלות ועוד.

**2. סד"פ לאור המהפכה החוקתית**

יש השפעות מעשיות בשטח, לא רק נושא תאורטי. ההשפעה של המשפט החוקתי היא אולי הכי משמעותית בתחום סדר דין פלילי מכל תחומי המשפט. היא באה לעמוד על הדרישות- שיהיה חוק ראשי וגם תכליות ראיות (מעצרים מידתיים וכו'- תכליות ראיות למעצרים). פ"ד שיצרו הלכות חוקתיות חשובות ניתנו אגב סדר דין פלילי.

**השפעה טבעית:** חוקות בעולם באות להגן על האזרחים מפני השלטון. והכוח הכי חזק של השלטון הוא הכוח של ההליך הפלילי. באופן מסורתי חוקות עוסקות בזכויות חשודים ונאשמים.

**חו"י שלנו:** לא מופיע בשום מקום זכויות חשודים ונאשמים, אבל עניין נוסף הוא שהזכויות שיש בחו"י כבוד האדם לא כולל זכויות דיוניות, אלא זכויות מהותיות. זה נגזר מהזכויות המהותיות.

**מאמרים שונים בנושא:** המאמר של ברק- על הקונסטיטליזציה (מלשון חוקה באנגלית) של ההליך הפלילי הדיוני והמהותי. מאמרים שטענו שצריך לגזור את כל הזכויות הדיוניות שמקובלות בחוקות בעולם מחו"י כבוד האדם.

**הפסיקה** לאט לאט הכירה בכל הזכויות הדיוניות של חשודים ונאשמים כנגזרות מחו"י כבוד האדם: זכות לאי הפללה עצמית, להיות נוכח במשפט שלך ועוד.

**נפקות מהותית לכך שלא רשום במפורש על זכויות דיוניות לנאשמים וחשודים:** כשיש זכות ספציפית לאדם (נאשם\חשוד) יש לו עליונות. אך כאשר זכות מתוך כבוד האדם- כבודו של כל העולם- אז היא לא בהכרח רק של חשודים ונאשמים, גם לנפגעי העבירה יש זכויות מתוקף חו"י כבוד האדם.

1. **זכויות נפגעי העבירה:**

**פ"ד גנימת** הלכה חוקתית חשובה שפרשנות של חוק משוריין (שלא ניתן לפסול אותו לפי חו"י כבוד האדם כמו חסד"פ) תהיה גם היא ברוח חו"י (הלכה- חוק משוריין מתפרש ברוח חו"י). השאלה בפ"ד- האם העובדה שעבירה היא מכת מדינה- גניבת רכבים- מצדיקה מעצר עד תום ההליכים. זו עילת מעצר שלא מתייחסת ספציפית לאותו אדם. האם אפשר להשתמש באותו אדם ככלי להרתעת אחרים ולאמון הציבור. ביהמ"ש קבע שזה לא מהווה עילת מעצר.

התעורר וויכוח בין שמגר לדורנר בנוגע לנפגעי עבירה- שמגר בגנימת- צריך לאזן את זכויות הנאשמים, כולל הזכות לא להיות עצור, זכות החירות, עם זכויות הנפגעים. דורנר מתנגדת- זה בלבול בתורת זכויות האדם. מדובר על זכויות של אנשים מול המדינה, לא ניתן להפוך את אינטרס שלום הציבור לזכות. ברק מצדד בשמגר ברמה העקרונית- מוכן להכיר בכך שזכותם של נפגעי עבירה עלתה למעמד חוקתי, אך השאלה לא עולה פה- היא עולה כשיש חשש לשלומו של נפגע ספציפי, אם אין קורבן ספציפי ממול שיש חשש, אז אין את הבעיה.

**תפיסת המשפט הישראלי:** קיבל את זה שלנפגעי עבירה יש זכויות, בא לידי ביטוי **בחוק זכויות נפגעי עבירה- 2001**. דג'- בעבירות מין ואלימות במשפחה- צריך ליידע קורבנות כשרוצים להגיע להסדרי טיעון ואז ניתנת להם הזכות להישמע. ישנו חוק שמוכן לפגוע בזכות לאור הזכויות של נפגעי עבירה- **חוק מגבלות על החזרתו של עבריין מין לסביבת נפגע העבירה 2004.** ביהמ"ש יכול לומר שכשהאדם משתחרר הוא לא יגור או יעבוד בסביבת הקורבן. יש פה פגיעה בזכות הנדון- הוא עבר עבירה ולאחר שהוא משלם את חובו לחברה הוא עדיין מוגבל. אך מדובר על נדון, חזקת החפות לא חלה עליו. החקיקה מכירה בזכויות של נפגעי עבירה, סיוג- זה לא חוק שפוגעים בזכות של נאשם, אלא כרסום אפשרי בזכות של נדון לטובת זכות של נפגע עבירה. המהפכה החוקתית הציפה לא רק את נושא זכויות חשודים ונאשמים, אלא גם את נושא זכויות נפגעי העבירה.

1. **בעיות תקציביות\ נטל כספי:**

אם בעקבות המהפכה החוקתית אפשר לומר שעלויות כספיות זה מילה גסה, האם צריך לתת זכויות בלי לחשוב על העלות שלהם- או שמא כן תהיה לעלויות הכספיות נפקות. **בג"ץ צמח** נדון המעצר הראשוני ע"י שוטר צבאי. תיקון לחוק נתקף- החוק קיצר את המעצר ל96 שעות. התקיפה- זה פגיעה לא מידתית בעצורים. ההלכה- גם תיקון מיטיב כפוף לבחינה ע"י פסקת ההגבלה (מדובר על חוק משוריין שחו"י לא יכול לתקוף אותו, אבל התיקון פותח את החוק לבחינה חוקתית). מול טענת פגיעה לא מידתית בחירות, הייתה טענה של הצבא למשאבים, זמן, מס' השוטרים הצבאיים וכו'- יש נתונים של מס' של שוטרים צבאיים מול מס' עריקים בשנה. זמיר לא מנפנף את הטענה- הוא אומר "ההבדל בין הרצוי למצוי בגימטרייה הוא כסף". יש חירות- גם העלויות הכספיות נבחנות במסגרת פסקת ההגבלה. זמיר קובע שהטעמים לא מספיק חזקים לפגיעה בחירות, הזכות שנפגעת כאן היא אחת מהזכויות הבסיסיות ביותר והיא החירות. גם הטעמים הכספיים לא מצדיקים שיהיה פער כזה בין המעצר האזרחי (24 שעות) לצבאי. השעו את תורף פ"ד לחצי שנה והורו לתקן את החקיקה כך שהמעצר הראשוני יהיה 48 שעות.

צריך לקחת בחשבון- כשרוצים להגדיל זכויות ומול זה אין הגדלה של משאבים זה לא עובד. דג'- הורדת המעצר האזרחי מ-48 שעות ל24 שעות. ב-24 שעות הש' הפכו להיות חותמת גומי בהארכת המעצר הראשונית. המשטרה באה ב-24 שעות הראשונות והיא מבקשת מהש' הארכת מעצר. השופטים אם באמת יש בסיס כלשהו לחקירה אז נותנים הארכה, כי צריך לאפר למשטרה לחקור. דג' לסיטואציה שבא יש הסכמה שזה לא הגדיל זכויות- במקביל לאותה רפורמה של קיצור אורך המעצר, לא נערכה רפורמה של הגדלת מס' השופטים והשוטרים.

למשאבים יש השפעה גדולה על זכויות.

1. **עיכוב ביצוע עונש עד החלטה בערעור:**

חו"י הביא לשינוי משמעותי בהלכה. סיטואציה שאדם הורשע, הוא קיבל עונש אסר, הוא רוצה לערער והוא מבקש לעכב את ביצוע העונש שלו. עד פ"ד שוורץ שבא בעקבות המהפכה החוקתית, הגישה הייתה שעיכוב ביצוע זה דבר מאוד חריג- אין חזקת חפות, האדם הורשע- תתחיל לרצות את העונש ואז תבצע את המאסר. אחד השיקולים בלא לעכב- כשמערערים על גזר הדין, ואז חזקת החפות כבר לא קיימת- זה חלוט שאתה אשם. ב**פ"ד שוורץ** בייניש אומרת שעדיין יש איזושהי חזקת חפות- למרות שהיא כורסה כי האדם הורשע, אבל כל עוד יש איזשהו סיכוי וזה לא חלוט לגמרי, עדיין ניתן להעמיד זכותו את חזקת החפות שלו והחרות שלו מול שיקולים אחרים. הגישה לפיה העיכוב הוא חריג ויינתן רק בנסיבות יוצאות דופן כבר לא עומדת. עיכוב בהחלט יכול להינתן. האיזון שביהמ"ש יעשה- בין אינטרס הפרט בעיכוב לבין אינטרס הציבורי באכיפה מידתית, והנטל על המבקש את עיכוב העונש לשכנע את ביהמ"ש שבנסיבות העניין נסוג האינטרס הציבורי בביצוע המידי של העונש מפני אינטרסים אחרים.

שיקולים שביהמ"ש ייקח בחשבון כאן:

* חומרת העבירה ונסיבות העבירה ישפיעו האם ביהמ"ש ייתן עיכוב ביצוע.
* אורך המעצר- אם המעצר קצר אז ייתנו כי עד שיהיה ערעור האדם ישוחרר, ואם תקופת המאסר ארוכה- מעיד על חומרת הנאשם.
* טיב הערעור וסיכויי הצלחתו (סיכויים גדולים יהיה עיכוב ביצוע. עבר פלילי. האם הנאשם ישב במעצר בתקופה המשפט (מעיד שיש מסוכנות וזה נגד עיכוב)
* האם הערעור הוא רק על חומרת העונש- זה נגד עיכוב כי חזקת החפות לא קיימת.

קצב- קיבל 7 שנים, מעשה חמור, אונס. יש שיקולים לכאן ולכאן. מדברים על מעצר ממושך ועונש חמור. מצד שני הוא לא היה במעצר בתקופת המשפט, ויש החלטה של דנציגר על החלטה בעיכוב ביצוע- רואים שדנציגר ראה סיכוי לערעור (אמר שקצב ניהל הגנה נוראית, ולקראת הערעור שינה- היה אבל בהסכמה. ולכן קצב קיבל עיכוב.

אולמרט- לא יישב במעצר, יש הרבה ביקורת על ההרשעה.

1. **השפעה על סמכויות חיפוש בגוף:**

חוק חיפוש בגוף 1986. לאחר חו"י כבוד האדם היה **פ"ד גואטה** שנכתב ע"י השק' אילון. אדם שנערך בו חיפוש בהסכמה, תוך שהשוטרים לוקחים אותו לאחורי בית ומחפשים סמים בין ישבניו, בהסכמה. ביהמ"ש- גם כאשר ניתנת הסכמה לא הכל פרוץ ומותר, יש עניין של צנעת הפרט, שמירה על כבוד האדם ופרטיותו. וכבר אז הטיל מגבלות על חיפושים שנעשים בהסכמה.

כיום- חוק החיפוש בגוף עוסק בצורה מפורטת בנושא הזה, ההסכמות שנדרשות, מתי ניתן להשתמש בכוח כשאין הסכמה. החוק קובע שהוא חל על כל חיפוש אחר בחוקים אחרים אלא אם יש הוראה ספציפית אחרת. דג'- **פ"ד לאוניד לווין** נדונו בדיקות שיכרות שנעשות לפי תקנות התעבורה. פקודת התעבורה היא משוריינת, ביהמ"ש קבע שמאחר וחוק החיפוש בגוף הוא גובר כי הוא כללי- ולכן נדרשת הסכמה של אדם לבדיקת שכרות. זה א הדין כיום- אבל מראה כמה ביהמ"ש לקח רחוק את כלליות החוקים שתואמים את דרישות חו"י כבוד האדם וחירותו. תגובת המחוקק- חזקה שאדם שמסרב לבדיקת שכרות הוא שיכור. החזקה מהווה פגיעה לזכויות אך נדרשת בשביל לאכוף- תכלית ראויה, זו הדרך היחידה לאכוף את החוק.

1. **ביטול חוק שהתיר הארכת מאסר ללא נוכחות חשוד:**

דג' למצב שמגיעים לבטלות ס' חוק שפוגע על דעת ביהמ"ש בצורה לא מידתית בזכות של חשוד. **פ"ד פלוני** ובחוק שעסק באופן ספציפי לחשודים בעבירות ביטחון. חוק עם הוראות מיוחדות עקב ייחודיות עבירות ביטחון. היה ס' שאפשר באופן גורף הארכת מעצר, לאחר המעצר הראשוני, ללא נוכחות החשוד. ביהמ"ש קבע שנוכחות בהליך מעצר היא חלק מהזכות החוקתית להליך ראוי. שנית- ביהמ"ש דיבר על הפגיעה המצטברת יכולה להיות- הרבה פעמים מונעים מחשודים בעבירות ביטחון עו"ד ואז יכול להיות מצב- שהנאשם לא יהיה נוכח וגם לא יהיה עו"ד ייצג אותך. ביהמ"ש אמר- הץתכלית של החוק ראויה, יש ייחודיות לעבירות ביטחון, מאופיינות בפחות שת"פ של נחקרים, עבירות אידיאולוגיות, צורך בחקירות רצפות- תכלית ראויה של ייעול חקירה אבל זה לא מידתי שיהיה כ"כ גורף, באופן קטגורי יגיד שאפשר להאריך מעצר ללא נוכחות חשוד. בייניש מסתמכת על כך שהמדינה עצמה אומרת שמשתמשים בזה לעיתים נדירות- אם זה נדיר אז יש פתרונות, למה צריך כזה חוק גורף.

התוצאה- הס' הזה בוטל, התוצאה הייתה שהמחוקק חוקק את הס' בצורה יותר מידתית. בהחלט יכול להגיע לבטלות חוקים גם בנושא הרגיש של עבירות ביטחוניות.

1. **טענה- אין להרשיע בדעת רוב:**
2. **פ"ד סיבוני** לא ייתכן שאדם יורשע- הרשעה אמורה להיות מעל כל ספק סביר- בדעת רוב. אם אין הסכמה כוללת אז אין הרשעה מעל כל ספק סביר (של 98%). תגובת ביהמ"ש- חוק ביהמ"ש הוא משוריין, וזה הבסיס של שיטתנו המשפטית. בוודאי שביהמ"ש לא יכריז על בטלות חוק משוריין, ואם המחוקק רוצה לשנות משהו כ"כ בסיסי בשיטת המשפט שלנו, הוא היה עושה את זה בעצמו. ביהמ"ש לא ישנה משהו כ"כ בסיסי בשיטת המשפט, זה תפקיד המחוקק.
3. **הנושא העיקרי זה השפעת חו"י על קבילות ראיות:**

**יששחרוב:** עשה מהפכה בכלל פסילה פסיקתית ובס' 12 של פקודת ראיות.

יששחרוב חייל שהגיע לכלא 6 בעקבות עריקות, שהליך השגרתי שהוא צריך להתפשט בכניסה לכלא נופלים לו סמים. הוא נחקר ע"י שוטר צבאי שבמהלך החקירה יוצא החוצה לדבר עם המפקד שורה לו לעצור אותו. ואז לא מודיע ליששחרוב שהוא עצור ועל זכותו להיוועץ בעו"ד. הורשע על שימוש והחזקה. לא הייתה מחלוקת שהשוטר בזדון לא אמר ליששחרוב על זכותו להיוועץ בעו"ד, אחרי הרבה מקרים שביהמ"ש הזהיר שיבוא יום ולא נעבור בשקט עם זה שהמשטרה לא תמיד נותנת את הזכות להיוועץ בעו"ד, ואז ביהמ"ש הלך על זה ביששחרוב. ביהמ"ש אומר שההליך הפלילי לא בא רק לגלות את האמת אלא גם לשמור על זכותם של חשודים ונאשמים.

**מהפכה אחת- כלל פסילה חקיקתי:**

עד אז גם ראיה בעייתית הודאה ללא אזהרה וכו' השופט המקצועי היה נותן את המשקל הראוי. וכיום לביהמ"ש שק"ד לפסול. **כלל פסילה פסיקתי.**

* חומרת הפגם
* מהות הראייה
* ההוגנות של ההליך הפלילי במובן הרחב

במקור נכנס חומרת העבירה ביששחרוב, היום זה השתנה פ"ד אלוקה. עבירה קלה, באזרחות לא היו עושים הרבה. היה פה זדון של השוטר הצבאי. ההודאה זה ראיה מושפעת (ולא מדעית, היוועצות בעו"ד יכלה להשפיע על הודאה). זה היה מקרה טוב לפסילת הודאה.

**ייחודיות בכלל פסילה פסיקתי:**

* בניגוד לארה"ב שהוא מוחלט כפוף לחריגים- אצלנו זה כלל שנתון לשק"ד.
* רציונל ביהמ"ש- הרציונליים בעולם נותנים דגש לחינוך רשויות התביעה. ואילו ביהמ"ש לא עושה זאת מחינוך, אלא מדאגה לטוהר ההליך השיפוטי, שהוא לא יזדהם. אבל מציאות לחוד- יששחרוב בתכלס עשה חינוך ברשויות החקירה. אין נזקים גדולים מבחינת האינטרס החברתי (ביהמ"ש עוקף ומוצא פרצות) אבל היה חינוך גדול של המשטרה.

**מהפכה שניה- הודאה שאינה חופשית ומרצון**:

פרשנות **ס' 12-** **הודאה שאינה חופשית ומרצון**. עד יששחרוב הדגש של ס' 12 היה שהוא בא לשמור על אינטרס שלמות הגוף והנפש של נחקרים, ולכן מתי הודאה תפסל- כשיש אלימות פיזית, פגיעה נפשית בנחקרים, מתוך חשש לאמיתות ההודאה. ביהמ"ש- ס' 12 בא גם להגן על האוטונומיה של הרצון החופשי. גם כשביהמ"ש משתנע שנשללה יכולת הבחירה של האדם (נשללת ממנו הבחירה לחשוב בצורה רציונלית אם ברצונו למסור הודאה, גם אם אין חשש לאמיתות ההודאה). מבחינת היישום כאן ביהמ"ש לא פסל. חידוש פרשנות ס' 12 אבל ביהמ"ש לא פוסל את הודאת יששחרוב מתוקף ס' 12- הוא לא קבע שנשללה חירות יששחרוב להחליט אם להודות, וההודאה נפסלה עקב כלל הפסילה הפסיקתי ולא מכוח ס' 12.

**פ"ד אלזם** אדם שהורשע ברצח ובערעור בעליון הוא כבר מת, הורעל בכלא. מש' אלזם התעקשה על המשך הערעור עמ"נ לטהר את שמו. פ"ד ניתן כשאלזם כבר לא בין החיים. הכניסון לאלזם מדובבים לתא, והם השיגו את גבולם. הרעיון של מדובב זה שאחרי הרבה זמן שהאדם לבד מדובבים אותו, אבל לא לשלול ממנו זכויות. המדובב אמר לאלזם שעו"ד נטש אותו, ושלא ישמע בקול עו"ד ושלא ישמור על זכות השתיקה. נקבע שהמדובבים הסיגו את גבולם ופגעו בזכות השתיקה ובזכות ההיוועצות של עו"ד.

הודאת אלזם נפסלה הן ע"י כלל הפסילה הפסיקתי והן ע"י ס' 12.

* לפי כלל הפסילה- בהתייחסות לשק"ד של השופט ולפרמטרים אותם הוא בוחן במסגרת הכלל: חומרת הפגם זה ברור. הודאה היא דבר מושפע לגבי מהות הראייה. לגבי חומרת העבירה- כרסום בכך שחומרת העבירה צריכה להוות שק"ד לכלל הפסילה- פה הש' אמרה להיפך ואמרה דווקא כשהעונש חמור נרצה להגן על הזכויות (הערה- אנו מתייחסים לכך שחומרת הפשע הייתה פקטור בשק"ד לפי יששחרוב אך זה כבר לא כך זה השתנה בפסיקה).
* לפי ס' 12- נפגעה זכותו להחליט בצורה אוטונומית ומושכלת האם הוא רוצה להודות.

אלזה עשה שינוי עצום- המדובבים לא רואים את תיק החקירה, רק יודעים חשדות בסיסיים. בעבר ידעו, כיום המדובבים לא יודעים דבר על החקירה, רק חשדות בסיסיים. הצד הציני- זוכה רוצח שכבר מת (בואו נראה מתי ביהמ"ש ישחרר רוצח חי..). הצד הפרקטי-שינה את נוהל הדיבוב.

לקרוא פרכי ושמש.

**שיעור 4 08.11.2015**

**אסף שי** הורשע במחוזי בהריגה בכביש על בסיס הודאה שנן בחקירה במשטרה- הודאתו בוטלה לאור פגיעה בזכות ההיוועצות אגב חידושים. חוק המעצרים: ס' 32- מדבר על הסברת הזכויות- הודאה על זכות ההיוועצות. ס' 34 עוסק בהיוועצות עצמה- זכות ההיוועצות. 2 הס' האלו עוסקים בעצורים- לאנשים שנחקרים כשהם עצורים. מה קורה לאדם כמו שי שלא היה עצור רק זומן להיחקר? השאלה לא הוכרעה ביששחרוב כי היה מדובר בחוק השיפוט הצבאי. ביהמ"ש לא הכריע לגבי חובת היידוע אבל קבע שאילו הפגיעה הייתה רק בכך שלא הודיעו לו את הזכות להיוועץ הוא ביהמ"ש לא היה פוסל את ההודאה (אילו הפגם היחיד היה- לא אמרו לו שזכותו להיוועץ בעו"ד לא היו פוסלים (ס' 32). ביהמ"ש הרחיב את ס' 34 גם לנחקר שאינו עצור). **ביהמ"ש קבע כי ס'34 חל גם על נחקרים שאינם עצורים.** **עד לפ"ד הזה היה מקובל כאשר אדם מבקש להיפגש עם עו"ד לא צריך להפסיק את החקירה, ביהמ"ש קובע כי כאשר עורך הדין עתיד להגיע יש להפסיק את החקירה ויתרה מכך בחקירות שאינן דחופות יש לחכות גם אם הוא עדיין לא בדרך**. במקרה הזה היה ברור שלא מדובר בעניין דחוף שכן הוא נחקר חודשיים לאחר התאונה**. ביהמ"ש פוסל את ההודאה כי לא חיכו לעורך דינו. בהודאה שלו הוא אמר שהוא עיין במפת דרכים- זה הוכיח את היסוד הנפשי של פזיזות שנדרש בהריגה. ברגע שהודאתו בוטלה לא ניתן להוכיח את היסוד הנפשי של הריגה ולכן העבירה הומרה לגרם מוות ברשלנות** - פסילת ההודאה גרמה לכך שלא היה ניתן להוכיח את היסוד הנפשי של הריגה, בפזיזות, ולכן הוא הורשע בגרם מוות ברשלנות. **השופט רובינשטיין מזכיר את קורבנות העבירה ("דמו של הקורבן זועק מהקרקע") ומנחם את עצמו בכך שהוא אומר כי לא מדובר במקרה של זיכוי אלא הרשעה בעבירה פחותה יותר. י**ש לציין כי נפגעי עבירה מוגדרים גם כמשפחות של אנשים שנהרגו ולהם משמעותי אם האדם יורשע בהריגה או בגרם מוות כי מבחינתם זה בכלל רצח. לכן מקרה זה הוא "פחות נוח" מיששכרוב ומעלה מדרגה לשאלת מיקום קורבנות העבירה.

**פ"ד פרחי** הטענה על הפסלות הועלתה כבר בשלב של המעצר עד תום ההליכים אך היא נדחתה. במסגרת חקירת הרצח של ענת פינר בה הבחור שרצה לשדוד את ביתה דקר אותה למוות במשך זמן רב המשטרה הייתה במבוי סתום. היא התחילה לקחת DNA ממתנדבים על מנת להרחיב את המאגר תוך הבטחה כי לא יעשה בכך שימוש לרעתם. **ס'14א לחוק סדר הדין הפלילי**, חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי, מדבר על הגבלת השימוש במה שנתפס חיפש. הסעיף אומר כי לא תערך השוואה מנתונים שהופקו בחיפוש לבין נתוני זיהוי במאגר אלא לצורך העבירה הספציפית שלשמה נועד החיפוש (כשלא מדובר בחשוד לא עושים הצלבה). קצינת המשטרה עלתה על כך שהDNA של פרחי זהה לDNA של אנס סדרתי שחיפשו אותו במשך שנים. עצרו אותו, ביקשו ממנו דגימה והוא לא הסכים אז נתנו לו לעשן סיגריה ומשם קחו דגימה שתאמה לאנס. פרחי לא שיתף פעולה עם החוקרים והוא שמר על זכות השתיקה. איכון הטלפון הנייד שלו הראה זהות עם המקומות שבהם היו מעשי הפשע. פרחי הועמד לדין וכבר במעצר עד תום ההליכים נטען לפסלות הDNA בשל הלכת יששכרוב. ביהמ"ש המחוזי יישם את ההלכה אבל קבע שיישום השיקולים השונים מוביל לא לפסול את הדגימה. פרחי מורשע ומקבל 25 שנות מאסר. הוא מערער לעליון שם יש מהלך מעניין של השופט לוי שמרחיב את הלכת יששכרוב לראיות נגזרות.

התייחסות המחוזי: תו"ל של השוטרת- אין זדון. הראיה עצמה לא מושפעת (די אן איי הוא ראייה עצמאית). מבחינת ממאזן השיקולים בין הצורך באכיפת הדין לפגיעה בזכויות שלו- לדעת המחוזי הנטייה לטובת הרשעה ואי פסילת די אן איי. ולעניין ס' 14 א- זה ס' שקובע את הדין אך אינו ס' קבילות. אם החוק לא אומר שהתוצאה היא לא קבילה, הדרך היחידה לפסול זה דרך כלל הפסילה הפסיקתי- הלכת יששחרוב- כי זה לא ס' קבילות (בשונה מהאזנות סתר).

בערעור לעליון השופט לוי קובע **שהפגם הוא חמור שכן יש הפרה של הזכות להליך הוגן וכן של הזכות לפרטיות ולכן יש לפסול את הראיה שניתנה בהתנדבות** (הפגם חמור- פגיעה קשה בהליכות ההליך כי הפר הבטחה מפורשת. פגיעה בזכותו שלא להפליל את עצמו, מנוגד לחוק ולכן צריך לפסול את הדנ"א הראשון). מה לגבי הראיות האחרות, הנגזרות (שהגזרות מהדנ"א הראשון- איכון הטלפון, הדנ"א השני ועוד), האם נפסלות? לוי אומר כי צריך להחליט מהו המבחן המשפטי לפסילה של ראיות נגזרות, כאשר הסיבתיות העובדתית לא מספיקה שכן הראיות הנגזרות לא היו מתקבלות ללא הדגימה הראשונה. **לוי טוען כי המבחן לפסילת ראיה נגזרת הוא מבחן של סיבתיות משפטית כך ששיקול הדעת השיפוטי יביא להחלטה האם יש ניתוק מספיק של הקשר הסיבתי כך שנגיד שהראיה הנגזרת לא צריכה להיפסל.** **קשר סיבתי עובדתי חייב להתקיים (נגזרת לא הייתה מתקבלת ללא הראייה הראשית, כל הראיות אצל פרחי נגזרות מהראשונה), אבל צריך לחפש קשר סיבתי משפטי- טומנת שק"ד משפטי- מה הנסיבות התומכות בפסילת הנגזרות**. בעניין הזה הוא קובע שהDNA השני כל כך דומה לראשון כך שזאת כמעט ראיה זהה ולכן היא נפסלת. לעומת זאת, לגבי שאר הראיות הנגזרת כדוגמת שתיקתו של פרחי, הסירוב לתת דגימה נוספת, התנגדות לחקירה ועוד לא נפסלות ולכן עונש המאסר נשאר על כנו. הש'- אפשר להרשיע אותו עם 25 שנות מאסר על בסיס הראיות שנשארו (אין עוד מקרה כזה של הרשעה כבדה על בסיס איכון טלפון וחוסר שת"פ). **הלכת פרכי חשובה מההיבט של הרחבת יששחרוב על ראיות נגזרות- ניתן לפסול נגזרות**.

**השופט חיות לעומת זאת טענה כי השאלה אם לפסול ראיות נגזרות נבדקת לפי איך פסילת הראיות תשפיע על מלאכת הצדק. היא כוללת בפנים את זכויות הקורבנות ולכן מבחינתה אין טעם לעשות הבחנות בין הDNA השני לאיכון הטלפון- זו הפרדה מלאכותית- בסופו של דבר** **השאלה היא אם קבלת הראיה תהפוך את המשפט עצמו ללא הוגן,** מבחינתה במקרה הזה התשובה היא לא ולכן במקרה הזה אין לפסול את הראיות. פסק הדין שלה לדעת המרצה הוא מאוד חשוב כי היא מתייחסת לקורבנות במשוואה של איזון הפסילה וכן הוא יותר משכנע.

פסק הדין הוא חשוב מהסיבה שההלכה של ההלכות הנגזרות היא התפתחות מאוד חשובה שעד היום משפיעה על פסקי הדין. מעבר לכך פסק הדין הוא עוד אבן בדרך של הסרת חומרת העבירה.

**פרשת ולס:** **אדם חרדי שהורשע בהריגת ילדו בן ה3 חודשים. הוא טען כי החוקרת נגעה בו ולכן יש לפסול את ההודאה שלו מכוח ס'12 וכן מכוח הלכת יששכרוב. הטענה שלו לא התקבלה אך ביהמ"ש מקבל כי הייתה פה פגיעה בכבוד**. הטענה הייתה שחוקרת אישה, הוא חרדי (עבירת ייחוד)- והחוקרת נגעה בו ושהיא לא הייתה רגישה. לא היה חשש לאמיתות העובדה כי הודאתו תאמה לדברים שמצא בנתחיה לאחר המוות. ביהמ"ש אומר כי המשטרה צריכה לגלות רגישות למגוון האנושי ולכן חקירה על אדם חרדי להיעשות ככל האפשר על ידי גבר. השופט מלצר בדעת מיעוט חשב שיש להפחית מעונשו של החרדי.

**פס"ד שמש:** מקרה מעניין שמעלה את השאלה **האם אנו מרחיבים את הלכת יששחרוב גם לתקופה שהיא לפני הגשת כת"א, קודמת להליך המשפטי**. נעשה ניסיון להרחיב את הלכת יששכרוב להליכים שקודמים למשפט והניסיון לא הצליח. במקרה זה דובר על ועדת חקירה שנעשתה על ידי הרכבת בעקבות תאונות שקרו. המשטרה ביקשה מהרכבת את ההודאות שניתנו במהלך החקירה. יש לציין כי עובדי הרכבת העידו ללא הזהרה או זכות היוועצות ותוך מחשבה שהמידע לא יעבור למשטרה. המשטרה מבקשת את הנאמר על מנת לשקול אם להגיש כתבי אישום. **עורכי הדין של הרכבת טוענים כי יש להפעיל את דוקטרינת הפסילה באופן שתמנע את העברת הראיות למשטרה- כי נעשה במסגרת חקירה מוקדמת ולא אמרו להם על זכיותיהם והם היו בטוחים שזה לא יעבור למשטרה. הסעיף הרלוונטי שממנו מתבקשות הראיות הן ס'43 לפסד"פ שמכוחו המשטרה יכולה לבקש ראיות**. כאן בעצם אין עדיין משפט! **ברשות הערעור הטענה זוכה לאהדה מהשופט דנציגר שחושב שצריך להרחיב את הלכת יששכרוב להליכים הקודמים למשפט**. לטענתו הדבר יכול למנוע במקרים מתאימים את ההעמדה לדין ובכך לחסוך ניהול של הליך משפטי. בשביל שלא לדפוק את וועדות החקירה (אנשים יפחדו לדבר) מבחינת שיקולי מדיניות עדיף להרחיב. טענה נוספת היא שהמחוקק הכיר בצורך לבדוק את הגינות ההליך לפני הגשת כתב אישום וניתן לראות זאת במקרים כמו הגנה מן הצדק. הוא הביא כדוגמא את 149(10) שזה ההגנה מן הצדק. הנאשם יכול לטעון שעצם הגשת כתב האישום היא לא צודקת. הוא גם מדבר על האפקט המצנן, שאנשים לא ישתפו פעולה. מבחינת היישום דנציגר פוסל את ההודאות ואומר כי הן חסויות. לטענתו יש מספיק ראיות גם ללא ההודאות האלה.

**ביניש יוצאת נגד ההחלטה ואומרת כי המטרה היא למנוע פגיעה עתידית בערך מוגן כתוצאה מקבלה במשפט של ראיה שהושגה שלא כדין. אנחנו לא מדברים על סעד מתקן אלא על מניעה עתידית ולכן האיזון המורכב של כל השיקולים צריך להיעשות במשפט עצמו כאשר שם יש לשופט את כל התמונה העובדתית במקרה שנדון בפניו**. ביניש אומרת שבמקרה זה אין חיסיון על המסמכים וכן היא לא מקבלת את הטענה לפסול עוד בקדם המשפט- בידי המשטרה צריך להיות הכול, ראיות יפסלו רק במסגרת המשפט עצמו (יששכרוב בא להגן על המשפט ולא על זמן החקירה).

אולי יש פה קצת חזרה לתפיסת השופטים המקצועיים ורשויות החקירה המקצועיות שיראו הכול- לא נמנע מידע מראש.

**ההלכה הסופית- לא מרחיבה את יששכרוב לתקופה לפני המשפט.**

**פס"ד לין:** עובד זר שהורשע ברצח של חברתו תוך ביתור הגופה. הוא הודה ושיחזר את הרצח מספר פעמים. הייתה לו טענה שלא הודיעו לו על זכותו לסנגור ציבורי (אמרו לו על זכות היוועצות אך לא על הסנגור הציבורי) ובשל העובדה שלא היה לו כסף לסנגור רגיל הדבר הוביל לכך שהוא לא ביקש עו"ד. הטענה הייתה כי הודאתו צריכה להיפסל בשל כך. **השופט רובינשטיין אומר כי יידוע להיוועצות צריך להיות אפקטיבי כולל הודעה על סנגור ציבורי ושבמקרים מסוימים העיתוי של ההודאה יהיה משמעותי**. במקרה זה לין הודה מספר פעמים, גם לאחר שהיה לו סנגור ולכן לא הייתה משמעות לפגיעה מבחינת קבילות ההודאה**. רובינשטיין אומר כי במקרה אחר יתכן כי נפסול את ההודאה** (אמרת אגב של רובינשטיין). ייתכנו מקרים שלשאלת מועד ההודאה ותוכנה עשויה להיות משמעות מכרעת. מועד ההודאה- סיטואציה שהיה מודה לפני הסנגור ואחרי הסנגור היה חוזר בו- אולי ההודאה הייתה נפסלת.

**פ"ד אלסיד:** עסק בשאלה מה היחס בין הגנת הצורך שיש לחוקרי השב"כ, במקרים של חקירות מיוחדות, לבין הלכת יששכרוב. בפסק הדין דובר על המחבל שתכנן את הפיגוע במלון פארק ולכן עיקר החקירה לא נועד להשיג הודאה על מה שעשה, אלא האמצעים המיוחדים שמופעלים במקרה של "פצצה מתקתקת" הם כדי למנוע את הפיגוע הבא. עורך הדין ניסה לטעון שגם אם החקירה היא מוצדקת בשל אילוצי השעה (ואז אין להעמיד לדין את החוקרים לגבי האמצעים שבהם השתמשו בשל הגנת הצורך), אפשר להפעיל את הלכת יששכרוב לעניין פסלות ההודאה. **ביהמ"ש קבע שגם אם התנהגות חוקרי השב"כ ניתנת להצדקה, יכול להיות שניתן לבחון את ההודאה לאור הלכת יששכרוב. כלומר, התנהגות לחוד וקבילות לחוד** – יכול להיות שהתנהגות מוצדקת משפיעה על קבילות ההודאה. באותו עניין ההרשעה ע"י המחוזי ניתנה לפני הלכת יששכרוב ואפשר היה להרשיע את אלסיד גם ללא ההודאה שלו ולכן זה נשאר בצריך עיון. האמירה העקרונית- לא מנפנף את הטענה, יכולים להיות מקרים של התנהגות לחוד וקבילות לחוד.

**פס"ד בן חיים:** חיפושים בהסכמה ללא חשד סביר. הייחוד בפס"ד בן חיים הוא שבפעם הראשונה מדובר על פסילת ראיות חפציות עקב חיפוש לא חוקי, כאשר עד לפסק דין זה דובר בעיקר על פסילת הודאות. כדי שהמשטרה תבצע חיפוש יש צורך בצו חיפוש או שיתקיים חשד סביר (מכוח סעיפים מסוימים בחסד"פ). **בהלכת בן חיים בייניש אומרת שאת החשד הסביר יכולה להחליף הסכמה, בתנאי שהיא תהיה הסכמה מדעת כלומר שאומרים לאדם שיש לו את האפשרות לסרב**. בבן חיים אוחדו 3 מקרים:

* אדם הלך ברחוב ושוטר ביקש ממנו לראות מה יש לו בכיסים ונמצא אצלו סכין
* באו לביתו של חשוד וביקשו מהאם לערוך חיפוש ונמצאו שם סמים והחשוד הואשם.
* בעקבות מידע מודיעיני נכנסו לבית וערכו חיפוש ונמצאו שם סמים.

בשני המקרים הראשונים, בייניש אומרת שלא היה חשד סביר וההסכמה לא הייתה מדעת כי לא אמרו לאותו אדם שהוא יכול לסרב להוציא מה שיש לו בכיס וכן לא אמרו לאם שיכולה לסרב לחיפוש. **התוצאה של כך היא שהסכין והסמים שנתפסו לא קבילים ונפסלו כראיה**. במקרה השלישי, המידע המודיעיני כן הקים חשד סביר ולכן הראיות לא נפסלו.

**פ"ד אסרף אסור (7\2015):** ביהמ"ש דחה ערעור של נאשמים שהורשעו בעבירות שקשורות למימון וניהול פעולות של החמאס בירושלים. אגב זה, הש' הייתה צריכה לדון בקבילות ראיות על בסיס ס' 12 לפקודת הראיות וכלל הפסילה הפסיקתי- נמנע ממנו שינה ותנאי הכליאה שלו הו קשים ולכן הודאתו פסולה עפ"י ס' 12 (הודאה חופשית ומרצון) והן עפ"י דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. לעניין נושא הודאה חופשית ומרצון- **לעניין מניעת שינה לא תמיד צריך להאריך את החקירה אבל האופן שבו הודאתו התפתחה והסבריו מעידים על כך שהודאתו חופשית והיא לא נפסלת על בסיס ס' 12. לעניין הפסילה מכוח יששכרוב- גם כאן ביהמ"ש לא מוצא לפסול עפ"י ההלכה- הטענות יותר של תנאי כליאה וכו', והש' אומרת- בנסיבות העניין לא היה שום בסיס לטענות על תנאי כליאה קשים וכו'.** הרשויות צריכות להקפיד על תנאי כליאה אך החשוד לא יכול להוכיח בעצו על תנאי הכליאה ואם כן הוא צריך להוכיח תשתית ראייתית לכך והוא לא עשה כך. לגבי זכות היוועצות- חסד"פ מאפשר בעבירות ביטחוניות מניעת היוועצות.

פ"ד מעיד על האופן הרציני בו ביהמ"ש מתייחס לטענות האלו- מס' 51 ועד לס' 66 בפ"ד- מוקדש רק לנושא טענות פסילה של אחד המערערים מתוך ה-4, ולאופן בו מתייחסים היום לשני חלקי יששכרוב. טענת הודאה חופשית ומרצון לא רק במצב של התעללות פיזית, כאן למשל אין טענת מכות אלא חקירה רצופה ומניעת שינה. יישום של ההלכה שס' 12 בא להגן לא רק על שלמות הגוף והנפש אלא גם על האוטונומיה והרצון החופשי.

**החקירה המשטרתית וזכויות החשוד**

**1. תחילת ההליך פלילי: תלונה וחקירה משטרתית**

**כללי:**

הגוף העיקרי שחוקר- המשטרה. בנוסף- שב"כ, הגבלים עסקיים, רשות ני"ע ורשות המיסים. חקירה היא מכלול אמצעי החקירה- תשאול אדם זה אמצעי אחד.

**החקירה כוללת את כל אמצעי החקירה וביניהם מעצרים, עיכובים, מעקבים, חיפושים במקום או בגוף, תצפיות, האזנות סתר, מודיעין ועוד. בדרך כלל בטעות משתמשים במילה חקירה בצורה מצומצמת המתייחסת לתשאול, אך זהו רק אחד מאמצעי החקירה הקיימים.**

רשות וחובה של המשפטרה לפתוח בחקירה: **ס'59 לחסד"פ קובע כי אם נודע למשטרה על ביצוע עבירה, בין תלונה ובין בדרך אחרת, היא תפתח בחקירה. לפי ס'58 כל אדם רשאי להגיש תלונה למשטרה על עבירה שבוצעה. כלומר, לא רק הנפגע יכול להתלונן. "כל דרך אחרת" יכולה להיות החל משוטר שנקלע לזירת האירוע ועד לאדם שנתן מידע מודיעיני. מס'59 עולה כי חובת החקירה על המשטרה ובהמשך הסעיפים מופיעים חריגים: אם אין בדבר עניין לציבור או אם הייתה רשות אחרת מסומכת עפ"י דין לחקור. רק קצין משטרה בדרגת פקד ומעלה יכול להחליט שלא לחקור משני טעמים האמורים ורק כאשר לא מדובר בעבירה מסוג פשע.**

למרות האמור, גם בעבירת פשע במקרה של סרק יש שק"ד למשטרה: **מלשון הסעיף עולה, לכאורה, שהמשטרה חייבת לחקור כל עבירת פשע, אך זה לא מדויק.** בבג"צ צדוק **הייתה עתירה לחקור את רפי גינת בעקבות תחקיר בכלבוטק בנושא של הטרדות מיניות מצד ראש לשכת התעסוקה במקום מסוים. כלבוטק שלחו תחקירנית ובעקבות כך הוגש כתב אישום נגד ראש הלשכה והוא מצידו תבע את עורכי התכנית ואת רפי גינת בטענה שהם השיגו את החומרים שהיו להם במרמה. המשטרה החליטה לא לחקור וערר שהוגש לפרקליטות נדחה גם כן. במצב כזה, הדרך היחידה לתקוף היא בג"צ. בבג"צ נקבע שיש הרבה תלונות סרק ולכן לא בכל פעם שמישהו טוען שאחר ביצע פשע, המשטרה חייבת לפתוח בחקירה. כלומר, למשטרה יש בכל זאת שיקול דעת כאשר מדובר במשהו מפרך לחלוטין שאין אינדיקציה לאמיתותו.**

מה מתלונן יכול לעשות עם סגירת תיק חקירה? ערר ובג"ץ**: אם המשטרה מחליטה שלא לחקור, ס'64 לחדס"פ מאפשר למתלונן להגיש ערר. הסעיף קובע לאיזה גורם יש להגיש את הערר בכל סוג של החלטה. ס'65 קובע שהמועד להגשת הערר הוא תוך 30 יום לאחר שנמסרה למתלונן הודעה. מעבר לערר, הדרך היחידה של המתלונן היא פנייה לבג"צ. בג"צ מתערב לעיתים נדירות מאד בהחלטות של רשויות האכיפה (של הפרקליטות). הסיבה היא שכל הנושא של חקירות והעמדה לדין הוא נושא עם הרבה שיקול דעת מקצועי של רשות האכיפה.**

בג"צ שפטל נ' היועמ"ש לממשלה: **מקרה בו בג"ץ התערב בסגירת תיק- עו"ד שפטל, שייצג את דמאניוק, הגיש תלונה נגד עיתונאי, ניצול שואה, שבמהלך פרשת דמאניוק כתב סדרת כתבות בהן כתב שדמאניוק הוא איוון האיום. טענתו של עו"ד שפטל היה כי העיתונאי עבר על עבירת הסוביודיצה בשל ניסיונו להשפיע על ההליך השיפוטי. המשטרה החליטה שלא לחקור והערר שהגיש שפטל לפרקליטות נדחה, בנימוק שהעיתונאי הוא ניצול שואה.** בג"צ אמר שאין רלוונטיות לעניין שהעיתונאי הוא ניצול שואה ושכן היה צריך לחקור. התוצאה הייתה שבג"צ הורה ליועמ"ש שיורה למשטרה לחקור**. העבירה פה היא עבירה מאוד ברורה של פרסום רשימות עיתונאיות שיכולות להשפיע על מהלך המשפט- ולכן השיקול המרכזי של היותו ניצול שואה לא רלוונטי. דוגמא נדירה יחסית להתערבות בג"ץ.**

קשר בין הגוף החוקר לגוף התובע:

**לכאורה, החקירה מנותקת מההעמדה לדין שכן החקירה נעשית ע"י הגוף החוקר ואילו ההעמדה לדין ע"י התביעה (כשמדובר בתביעה המשטרתית ישר קשר זה אותו גוף למרות שיד הפרדה במשטרה בין החוקר לתובע), יחד עם זאת, בפועל התובעים מנחים את המשטרה בדברים רגישים ואפילו בהחלטה על פתיחת החקירה ודרכי ניהולה. עולה השאלה מכוח מה הסמכות של התביעה להנחות את המשטרה?! הסמכות לא מופיעה במפורש בחוק אבל ניתן ללמוד אותה ממקורות אחרים🡨**

1. הערר – **אם בתיק שנפתח בעקבות תלונה יש ערר לפרקליטות והיא יכולה לשנות את ההחלטה, אז אין סיבה שגם מראש היא לא תוכל להורות למשטרה לפתוח בחקירה.**
2. ס' 61 לחסד"פ השלמת חקירה **– גם אחרי שמועבר חומר חקירה מהרשות החוקרת לרשות התובעת, יש אפשרות לבקש השלמת חקירה. מכאן שאם התביעה יכולה לתת הוראות במועד מאוחר יותר, קל וחומר שתוכל לעשות זאת גם בשלב מוקדם יותר.**
3. הפסיקה – **הפסיקה בסדרה של החלטות חיזקה מאד לאורך השנים את מעמד היועמ"ש כמי שאחראי לכל רשויות האכיפה. באחד מפסקי הדין אף נקבע שהפצ"ר כפוף, מבחינת מדיניות, ליועמ"ש. לכן ברור שהיועמ"ש, שעומד בראש כל מערכת האכיפה, יכול לתת הוראות למשטרה.**

**לכאורה מדברים על שני שלבים נפרדים, ואכן הם כאלה, אבל- יש הרבה קשר. למשל בתיקים מורכבים מקובל שיש פרקליט מלווה חקירה. ולכן- יש אפשרות לכתוב כת"א בתקופה כ"כ קצרה (איך התובע כותב כת"א ביומיים שלושה? ברור שזה לא משהו חדש לו, התובע הזה כבר ליווה את החקירה והיה מעורה במה שקורה)**

בדיקה משטרתית / בדיקה פרקליטותית**🡨 מצבים בהם לפני החקירה מבצעים בדיקה האם בכלל לחקור, כאשר המטרה היא למנוע נזק לחשודים (למשל בנוגע לעניין של הש' דנציגר). ברגע שיש חקירה, נפתח תיק ויש חקירה רשמית של חשודים ואילו כאשר יש בדיקה מדובר בהליך לא פורמלי ועדיין אין תיקים או חשודים. הפסיקה נתנה לגיטימציה לעצם הליך הזה וכן לשיקול דעתו של היועמ"ש מתי לפתוח בבדיקות ומה תכלול הבדיקה.**

פס"ד התנועה לאיכות השלטון נגד היועמ"ש: **התנועה לאיכות השלטון הגישה בג"צ כנגד יו"ר הרשות לניירות ערך והפרקליטות החליטה לבצע בדיקה שבמסגרתה תשאלו אנשים ואספו מסמכים. בעקבות הבדיקה הוחלט שלא לפתוח בחקירה ולכן התנועה לאיכות השלטון טענה שהפרקליטות לא רשאית לבצע בדיקה שבה היא אוספת מסמכים ושומעת אנשים.** ביהמ"ש בהחלטתו נתן לגיטימציה למצב שבו היועמ"ש עורך בדיקה על מנת להכריע האם בכלל תיפתח חקירה- **למרות שהביטוי בדיקה משטרתית לא מופיע בחוק**.מעבר לזה, ביהמ"ש קבע שלא ניתן לקבוע קריטריונים שיקבעו מתי תיערך בדיקה (שק"ד רחב ליועמ"ש) **אבל הקו המנחה הוא שככל שמדובר בעבירות חמורות יותר ושיש אי וודאות רבה ביחס לבסיס העובדתי או המשפטי** מבחינת היקף הבדיקה, ככל שמדובר בעבירה חמורה יותר או בחוסר וודאות חזק יותר כך היקף הבדיקה צריך להיות מעמיק יותר**. למרות שההליך אינו ייחוד לאנשי ציבור, כאשר מדובר באנשים מפורסמים הנזק מעצם החקירה עלול להיות עצום ולכן שומעים על זה בעיקר בהקשר הזה. בעבר זכות הטיעון ניתנה רק לאנשי ציבור. עוד התפתחות- שמות חשודים- לא ניתן לפרסם ב48 השעות הראשונות או אם הובא לפני שופט (הראשון מבניהם) שם של חשוד.**

**ביהמ"ש מודע לקשר בין הפרקליטות לגוף החוקר וחושב שזה לגיטימי, וגם מקנה ליועמ"ש שק"ד רחב אם לקיים בדיקה ואם הוא מקיים מה היא כוללת.**

תשאול:

**מקור הסמכות של השוטר/ החוקר לשאול אדם שאלות נעוץ** בס' 2 לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות)- **נכנה אותה בקיצור פקודת עדות. זוהי פקודה מנדטורית ולכן הנטייה שלה היא לתת סמכות מאד רחבה לרשויות. הסעיף מקנה לקצין משטרה או לכל אדם ששר המשפטים הסמיך אותו לחקור, לשאול אדם שאלות. הפקודה מדברת על** officer**, כלומר על פקיד ולא קצין ולכן שר המשפטים יכול להסמיך גם שוטר שאינו קצין או אפילו מי שאינו שוטר. זהו מקור הסמכות של שוטרים לתשאל.**

בג"צ הועד נגד עינויים: **בג"צ שתקף את סמכות השב"כ. פסה"ד ניתן לפני חוק השב"כ, שנותן היום תשובה לסמכות של חוקרי השב"כ וכן מדבר על הסמכויות שלהם במסגרת אותה חקירה. הטענה של הועד נגד עינויים הייתה שחוקרי השב"כ פועלים ללא סמכות כאשר הם חוקרים ומעבר לכך, גם אם יש לשב"כ סמכות לחקור, בוודאי שאין להם סמכות להשתמש באמצעים קשים בחקירות.** ביהמ"ש קבע שחקירה היא הליך שפוגע בזכויות יסוד**, לא משנה מה החקירה כוללת. כלומר, בעצם העובדה שאדם נמצא בסיטואציה של חקירה ישנה פגיעה בזכויות ולכן חייב להיות מקור סמכות.** ביהמ"ש לא היה מוכן לקבל את הטענה שמקור הסמכות של השב"כ היא סמכות שיורית של הממשלה **מכיוון סמכויות שיוריות לא יכולות לכלול סמכויות שפוגעות בזכויות אדם (חוק-יסוד: הממשלה מסמיך אותה לעשות כל דבר שאינו מוקנה בדין לרשות האחרת, כמו יציאה למלחמה או חתימה על הסכם שלום).**

**אחד הסייגים שקבעה הפסיקה לסמכות השיורית הוא שאי אפשר לפגוע מכוחה בזכויות אדם. יחד עם זאת, ביהמ"ש היה מוכן לקבל את הטיעון שמדובר בהסמכה של שר המשפטים (לדעת המרצה מדובר בסמכות שנתנה בצורה רטרואקטיבית). כאמור, כיום לא קיימת הבעיה הזאת שכן ס'8 לחוק השב"כ מעניק את הסמכות לחקור. פסק הדין הינו חשוב מבחינה עקרונית כדי להראות שחקירה היא דבר פוגעני וחייבת להיות סמכות בחוק לחקור.** בעניין השאלה מה יכולה לכלול חקירה, ביהמ"ש אומר שבאופן ברור חקירה לא יכולה לפגוע בשלמות הגוף והנפש ולכן מה שמוגדר כעינויים אף פעם לא יהיה כשיר. לגבי אמצעים שאינם נחשבים עינויים אך הם לא נעימים (כיסוי עיניים, מניעת שינה וכו'), ביהמ"ש אומר שזה תלוי בצורכי החקירה**. בשום פנים ואופן אי אפשר להשתמש באמצעי החקירה רק על מנת להחליש את התנגדות הנחקר וצריכה להיות** תכלית ראויה **לשימוש באמצעי "לא נעים"- למשל לא מונעים שינה בשביל להחליש התנגדות אלא אם כן החקירה דחופה, לא קושרים שינה אלא אם כן יש חשש שהחשודים יצרו קשר עין וזה יהווה בעיה.**

**(בהקשר זה פ"ד אלסיד לעיל)**

חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים) **משנת 2000 עוסק בתיעוד החקירה, שפת החקירה ומיקום החקירה וקובע הוראות שונות לגבי חקירה. למשל, ישנה חובת תיעוד חזותי או קולי בעבירות מסוימות, ששפת החקירה תהיה שפה שהנחקר מבין, מיקום החקירה יהיה בחדר במשטרה ועוד.**

**לקרוא- פ"ד גלעד שרון (מס' 9 תחת זכות החשוד בסילבוס), ואת בש"פ פרץ (4 בסילבוס).**

שיעור 5 15.11.2015

**2. זכויות הנחקרים: זכות השתיקה וזכות ההיוועצות**

הזכות לאי הפללה עצמית**: הזכות הזו מופיעה בשלושה מקורות🡨**

1. ס' 2(2) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות**) – ס' 2(1) נותן סמכות לשוטר לתחקר. ס' 2(2) קובע שאדם חייב לענות לשאלות החוקר, חוץ משאלות שהתשובות עליהם יהיה בהן כדי להעמידו בסכנת הפללה עצמית. הס' הזה יוצר חובה להשיב, למעט שאלות שיש בהם בכדי להפלילו.**
2. ס' 28(א) לחוק המעצרים **– קובע כי כאשר קצין ממונה מחליט על מעצר/שחרור וכו', הוא צריך להזהיר את האדם שכל דבר שהוא אומר עלול להפלילו. הזכות לאי הפללה עצמית.**
3. ס' 47 לפקודת הראיות **– קובע כי אדם לא חייב למסור ראיות שיש בהן הפללה עצמית- זה אי הפללה עצמית בהיבט של מסמכים.**

**הזכות לאי הפללה עצמית עומדת לחשוד ולעדים.**

הזכות להפללה עצמית מול זכות השתיקה**🡨 הזכות להפללה עצמית קיימת לגבי עדים וכן חשודים אך לחשודים קיימת זכות רחבה יותר אשר נקראת** זכות השתיקה **והמקור שלה הוא בתקנות שהתפתחו באנגליה ואוגדו בראשית המאה ה-20 בתקנות השופטים. עפ"י תקנות אלו, כאשר נחקר חשוד צריך לומר לו שהוא זכאי שלא להפליל את עצמו, אלא שיש לו זכות לשתוק. יחד עם זאת, צריך להסביר לו שהבחירה שלו לשתוק עשויה לשמש כראיה נגדו. לחשודים יש זכות רחבה יותר מזכות אי הפללה עצמית- הזכות לשתוק. שתיקה של חשוד לא מהווה עבירה בפני עצמה, ואילו שתקה של עד כן.**

**את ההבדל בין זכויות החשוד לעד אפשר להבהיר באמצעות** פס"ד אלמליח**: בפס"ד דובר על אדם שהיה חשוד בזיוף מסמך והוזהר ולמרות זאת הוא בחר להשיב על חלק מהשאלות. כאשר נשאל על שמות של אנשים אחרים שמעורבים בתיק, הוא סרב למסור את השמות ולכן הועמד לדין על הפרת חובה חקוקה של** ס'2 לפקודת העדות**, שקובע את החובה להשיב על שאלות, וכן על שיבוש הליכי חקירה.** הוא זוכה כי אם הוא היה רק עד הייתה עומדת לו רק הזכות לאי הפללה עצמית אבל מאחר שהוא היה חשוד והוזהר כחשוד, עמדה לו זכות השתיקה **ולכן הוא היה יכול להשיב על שאלות שרצה ולא להשיב על שאלות אחרות. לחשוד זכות רחבה יותר מהזכות לאי הפללה עצמית- יש לו זכות לשתוק, וזה כולל שתיקה על דברים שמפלילים אחרים.**

פס"ד גלעד שרון:ס' 47 לפקודת הראיות **אומר שאין חובה למסור מסמך שעלול להפליל. גלעד שרון היה חשוד והמשטרה הוציאה צו למסירת מסמכים אך היא לא הייתה יכולה להוציא צו חיפוש שכן גלעד גר בחוות השקמים ולראש הממשלה יש חסינות. גלעד שרון אמר שבגלל שהוא חשוד עומדת לו זכות השתיקה ולכן הוא יכול שלא למסור אף מסמך (ולא רק את המסמכים המפלילים).**

ביהמ"ש קבע שישנם 3 רציונליים לזכות השתיקה ובדק האם הם מתקיימים בעניינו (בעניין מסירת מסמכים) –

1. דאגה לחשוד**: במהלך החקירה החשוד ניצב לבדו מול החוקרים ללא סיוע ולכן קיים חשש שהחוקרים ישתמשו בכוח מצוי בידיהם כדי לגבות ראיות. במקרה שלנו הרציונל לא מתקיים כי הוא כבר קיבל צו למסירת מסמכים והוא יכול להיוועץ בעו"ד שיכול לפעול על מנת לבטל את הצו.**
2. הגנה על שיטת המשפט מפני הודאות שווא של נאשמים: **חקירה היא סיטואציה מלחיצה ולכן החשוד יכול להודות בדברים שלא עשה. במקרה שלנו הרציונל לא מתקיים כי מדובר במסמכים ולא בהודאה.**
3. הימנעות מהטלת חובת עשה על החשוד: **מי שצריך לגייס את הראיות זו התביעה ולא הנאשם. במקרה שלנו הרציונל לא מתקיים כי לא צריך ליצור מסמכים אלא למסור מסמכים קיימים.**

על כן המסקנה היא שבכל הקשור למסמכים, קיימת לחשוד רק הזכות לחיסיון מפני אי הפללה עצמית ולא זכות השתיקה. **ביהמ"ש סירב להרחיב את זכות השתיקה לס' 47 לפקודת הראיות, בגלל שביהמ"ש לא רצה שבאמצעות זכות השתיקה אדם יצפצף על צווי ביהמ"ש.**

פס"ד מ"י נ' לגזיאל: **כשמוגש כת"א כל חומר החקירה ניתן לנאשם. הוגש כתב אישום נגד אדם והסנגור צילם מהפרקליטות את כלל החומרים. לאחר מכן הפרקליטות איבדה את החומרים וביקשה מהסנגור לצלם ממנו את החומר אך הוא סירב בנימוק של הזכות לאי הפללה עצמית.** ביהמ"ש השתמש בסמכות הטבועה להורות לסנגור לתת את התיק לעיון שכן לא מדובר בפגיעה בזכות להפללה עצמית אלא החזרת המצב לקדמותו.

מה מעמד האזהרה של אי הפללה עצמית וזכות השתיקה?

**עד לחקיקת חו"י הייתה חובה לתת אזהרה, אבל אם לא ניתנה ההודאה לא הייתה פסולה (בשונה ממירנדה האמריקאית). עם המפכה החוקתית, המעמד של הזכות לאי הפללה עצמית ושל זכות השתיקה עלה לזכות חוקתית.**

השאלה שעולה היא מה הדין כאשר לא ניתנות הזכויות הללו?הלכת מירנדה **האמריקאית קבעה כי מקום שלא ניתנה לחשוד אזהרה, הודאתו נפסלת. בארץ, במשך שנים התפיסה הייתה של דיכוטומיה בין הדין והפרתו לבין התוצאה, כלומר התוצאה לא תהיה בהכרח חוסר קבילות של הראיה. עם חקיקת חוקי היסוד ועליית המעמד של זכויות החשודים והנאשמים למדרגה חוקתית, התחילו להישמע אמירות שונות.**

פ"ד בלחניס- טענת הסנגור- זכות אי הפללה וזכות השתיקה עלו למדרגה חוקתית, ולכן אם האדם לא הוזהר הודאתו בטלה. בפ"ד הזה השופטים לא קיבלו את זה**. הש' קדמי- העובדה שיש את חו"י ואת ס' 28 לחוק המעצרים (ס' שנחקק בחוק המעצרים בעקבות חו"י) לא משנה את מעמד האזהרה, הייתה ונותרה שיקול אחד מקרב כל השיעורים. ביהמ"ש יכול להחליט שהוא נותן משקל נמוך יותר להודאה ללא אזהרה, אך הוא לא צריך לבטל אותה- כמו המצב שהיה לפני חקיקת חו"י.**

**למשל,** פס"ד סמירק **גרמני שהתאסלם, סייע לחיזבאללה, מואשם ברצח. הגיע לארץ ובשדה התעופה השב"כ עצר אותו ולא הזהיר. ובין היתר טענת הסנגור- לפסילת ההודאה. איתותים ראשונים של ביהמ"ש שאולי ביהמ"ש יפסול- אך פה לא פסלו. בייניש מעלה את השאלה האם אי אזהרה בדבר זכות השתיקה עולה כדי הפרת זכות חוקתית.** באותו מקרה ההודאה של סמירק לא נפסלה, אבל בייניש העלתה את האפשרות.

הלכת יששכרוב **אומנם ניתנה לגבי זכות היוועצות, אבל היא חלה ביתר שאת גם לגבי זכות השתיקה והזכות לאי הפללה עצמית בהיעדר אזהרה- זכות ההיוועצות נועדה עמ"נ לתת לאדם להבין את זכיותיו ולייעץ לו. ההלכה הזאת נותנת לבית המשפט שיקול דעת בשאלה עד כמה הפגם היה חמור, עד כמה היעדר האזהרה השפיע ואת כלל נסיבות המקרה. ככל שאפשר יהיה להרשיע אדם בלי להשתמש בהודאה שלו במצב שהוא לא הוזהר, אז יעשו את זה ויפסלו את ההודאה – זה הפתרון הקל. ביהמ"ש לא קבע ככלל גורף שכאשר אדם אינו מוזהר אז האוטונומיה שלו נפגמת, אבל מלומדים רבים בישראל חושבים שיש לומר שבכל פעם שאדם אינו מוזהר אין לו אוטונומיה של רצון עצמי. עם זאת, כן ניתן לטעון את הטענה הזו כי במצבים מסוימים היא תתקבל.**

כיום- המעמד של הזכויות האלו חוקתי- ותוצאת הפגם (אי נתינת אזהרה)- כפוף להלכת יששכרוב. לא כלל פסילה גורף, אלא כזה הנתון לשק"ד ביהמ"ש.

**זכות היוועצות:**

**לזכות היוועצות יש מספר טעמים (הוסברו בפרץ):**

* תורמת להבנה של הנחקר את זכויותיו במהלך החקירה. ההנחה היא שעורך הדין יסביר לו את הזכויות שלו. לכן רואים בזכות היוועצות היבט של זכות השתיקה שכן ללא היוועצות עם עורך דין, גם אם הנחקר יודע על זכויותיו הוא לא בהכרח יודע מתי כדאי ליישם את זה ומה עלול להפליל אותו. ולכן- פגיעה בזכות ההיוועצות יש בה פגיעה בזכות השתיקה.
* הסנגור נחשב גורם המסייע לתקינות החקירה במובן שהוא שומר על האמצעים המופעלים על החשוד (דואג לכך שהראיות יהיו אמינות).
* הסנגור יכול לסייע בהשגת ראיות לחפותו של החשוד ואפילו למנוע הודאות שווא מחשודים.

הזכות נמצאת **בס' 32-34 לחוק המעצרים**. **ס'32** מדבר על הסברת הזכויות לעצור, כלומר מדבר על ידוע בדבר היוועצות. כלומר יש חובה למתן הודעה על זכות היוועצות לעצור. **ס'34** מדבר על זכות היוועצות עצמה. הזכות כפי שאנחנו מבינים היא לא לעדים אלא רק לעצורים. **ס' 35-**בעבירות ביטחון יש אפשרות לעכב פגישה עם עו"ד בנסיבות מסוימות המפורטות בס'.

**פרץ, שי, יששכרוב-** הכירו בזכות ההיוועצות כחוקתית. אם היא נפגעת, כמו ביששכרוב- קיים כלל פסילה פסיקתי שמאפשר לביהמ"ש לפסול הודאה שניתנה לאחר פגיעה בזכות ההיוועצות.

**האם ניתן להרחיב את הזכות גם לחשודים?**

השאלה הושארה בצריך עיון **בפס"ד יששכרוב** משום שבפס"ד זה היה מדובר בחוק השיפוט הצבאי ולא בחוק המעצרים ועל פי הסעיף החובה חלה גם על חשודים שאינם עצורים ולכן השאלה לא נדרשה להכרעה. התשובה לשאלה הוכרעה **בפס"ד אסף שי**, בחור שגרם למוות על הכביש. הוא נחקר חודשיים לאחר התאונה. בחקירה לא הודיעו לו על זכותו לעורך דין וכשהוא ביקש עורך דין לא הפסיקו את החקירה. אסף שי לא היה עצור. ביהמ"ש קבע כי אם הפגם היה רק **ס'32** (אי הודעה על הזכות) הוא לא היה פוסל את ההודעה. **אפשר לומר שלעניין הרחבת ההודעה על חשוד(ס'32) השאלה עדיין בצריך עיון אך לעומת זאת נעשתה הרחבה באופן ברור לחשוד לעניין ס'34. הרחבת זכות היוועצות רק לגבי ס' 34 לגבי חשוד שאינו עצור.** במקרה זה הדבר לא הוביל לזיכויו אלא להפחתה מהריגה לגרם מוות ברשלנות.

**לפגיעה בזכות ההיוועצות נפקות גם בשלב המעצר ולא רק בשלב המשפט:**

**בפ"ד פרץ** השופטת ארבל הרחיבה את האפשרות לטעון לפגיעה בזכות היוועצות כבר בשלב של מעצר. כפי שנלמד בהמשך במעצר עד תום ההליכים יש צורך בראיות לכאורה ועילת מעצר. נשאלת השאלה האם הסנגור יכול לטעון שיש בעיה עם הראיות שכן ההודאה פסולה בשל שלא ניתנה זכות היוועצות. השאלה שמעלה השופטת ארבל בפס"ד היא – **האם לפגיעה בזכות היוועצות עם עורך דין תהיה נפקות גם בשלב המעצר או רק בשלב המשפט?! התשובה של השופטת ארבל היא חיובית**. היא אומרת כי גם המשך מעצר של עצור שנפל פגם משמעותי מאוד בזכויותיו עלולה לפגוע בלגיטימיות של הליך המעצר ולשמוט את הצידוק המוסרי מתחת להמשך המעצר. החידוש- פגמים שלא קשורים במעצר עצמו, אלא שבמידה מסוימת פוגעים בצידוק המוסרי למעצר.

חשוב להזכיר כי הרציונל של יששכרוב הוא לא של חינוך רשויות אלא של שמירה על טוהר ההליך השיפוטי ומוסריות ההליך. ארבל מדגישה את העובדה שאין מדובר בערך מוחלט ושבכל מקרה יהיה איזון בין עוצמת הפגיעה בזכויות לבין האינטרס הציבורי בהמשך המעצר. במקרה הזה הפגם לא היה מספיק בשביל לשחרר ממעצר.

**"ללא דיחוי":**

**ס'34** אומר כי עצור זכאי להיפגש עם עורך דין ולהיוועץ בו וברגע שהוא או אחר מבקשים להיפגש עם עורך דין על האחראי של החקירה לאפשר זאת ללא דיחוי. לסעיף זה קדם סעיף בחסד"פ שדיבר על "בהקדם האפשרי" בעוד שהסעיף בחוק המעצרים מדבר על "ללא דיחוי".

ההלכה לגבי "בהקדם האפשרי": הפרשנות של החסד"פ הייתה שגם כאשר חשוד מבקש להיפגש עם עורך דין עד שעורך הדין מגיע ניתן להמשיך עם החקירה. עם חקיקת חוק המעצרים נטען **בפרשת חסון** שהעובדה ש"בהקדם האפשרי" הפך ל"ללא דיחוי" מעידה על כך שצריך לשנות את הפרשנות ולומר שכאשר עצור מבקש במהלך חקירה להיפגש עם עורך דין צריך להפסיק את החקירה. בפרשת חסון העמדה לא התקבלה. ביהמ"ש אומר כי כל עוד החשוד הוזהר כמו שצריך לא צריך להפסיק את החקירה אבל כן ליצור קשר עם עורך דינו כמה שיותר מהר. הדבר הועלה שוב **בפס"ד אסף שי** שם בנוסף להרחבה שדיברנו עליה, ביהמ"ש משנה את הפירוש של "ללא דיחוי" ומבהיר **שכאשר חשוד מבקש לדבר עם עורך דין אז כל עוד עורך הדין אמור להגיע תוך זמן סביר יש להפסיק את החקירה ולהמתין לו. יתרה מזאת, כאשר החקירה אינה דחופה יש להמתין לעורך הדין גם אם הוא לא מגיע תוך זמן סביר**. מפסקי דין אלו אנחנו למדים ש**זכות היוועצות היא זכות חוקתית שפגיעה בה יכולה לפסול את ההודעה כאשר הדבר תלוי בשיקול דעתו של ביהמ"ש.**

חסון היה אחרי חוק המעצרים אבל לפני יששחרוב. יש התפתחות- בעקבות העובדה שהודאה יכולה להיפסל לאור פגיעה בזכות ההיוועצות ביששחרוב, יש שינוי בזכות עצמה ובפרשנות המונח "לא דיחוי".

**ניסיון הרחבת זכות ההיוועצות לשימוע מנהלי:** ניסיון הרחבה נוסף נעשה **בעניין קותלייר.** בפס"ד זה לא דובר בהליך פלילי אלא בשימוע מנהלי. נשאלה השאלה האם כאשר אדם מזומן לשימוע מנהלי יש להודיע לו על זכותו להיות מלווה על ידי עורך דין. אין מחלוקת כי אדם שרוצה להיות מיוצג על ידי עורך דין יכול. הדבר נובע מחוק לשכת עורכי הדין שאומר כי העורך דין יכול לייצג בפני בימ"ש או כל רשות שפועלת על פי דין. **ביהמ"ש לא הסכים להרחיב ורצה לתת ביטוי להבדל בין שימוע מנהלי לבין הליך פלילי.** ביהמ"ש קבע כי לא מוטלת על הרשות חובה ליידע את הנהג טרם השימוע בדבר זכות היוועצות הנתונה לו ואין גם חובה לדחות את מועד השימוע על מנת לאפשר לנהג למצות את הזכות הזו. ביהמ"ש לא מסתיר את העובדה שעקרונות של יעילות משמשים כאן. הרצון הוא שלא ייווצר מצב של קריסת מערכת. במשפט מנהלי יש מתח בין עקרון היעילות לעקרון ההגינות. שימועים מנהליים יש רבים ואם נתחיל לעכב אותם בגלל ידוע על זכויות נפגום ביעילות. הרציונליים של פסיקת ביהמ"ש: לא מרחיבים להליכים מנהליים לאור עקרון היעילות וגם כי הליך מנהלי לרוב פוגע פחות באדם.

**הזכות למינוי סנגור:**

נמצא בחומר ללימוד עצמי. בעיקר מדובר בסעיפי חוק. ס'15 לחוק סדר הדין הפלילי מדבר על מינוי סנגור מטעם ביהמ"ש. ס'19 לחוק הסנגוריה הציבורית מדבר על הודעה לעצור על האפשרות למנות סנגור ציבורי. **בפס"ד לין** שלמדנו במסגרת השפעת שמשפט החוקי של סדר הדין הפלילי השופט רובינשטיין אומר כי ניתן לפסול הודאה של נאשם בשל העובדה שלא יידעו אותו על זכותו לסנגור ציבורי.

**פרסום שמות של חשודים:**

איזונים בין זכות הציבור לדעת לזכות לשם טוב, הזכות לפרטיות.

בעבר לא הייתה מגבלה על פרסום שמות. היו על כך הרבה דיונים וביקורת משום שאין ספק שאפילו פרסום שמו של אד כחשוד הוא דבר שיכול לפגוע בשמו הטוב כשייתכן שיתברר כי הוא לא אשם.

הדברים מוסדרים ב**סעיפים 70-70ה לחוק בתי המשפט**. מבחינת ההסדרים המפורטים אין טעם להזכיר סעיפי חוק בשיעור.

**ס' 70(ד1)(1):** **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**. כמובן שלכל כלל יש חריגים – יתכן שתהיה בקשה לפרסום לפני הזמן או לחיסיון לאחר תום הזמן- כשיש איסור פרסום עיתונאים עדיין יכולים לבקש מביהמ"ש לאפשר (ואז עליהם לטעון), ואילו כשמותר לפרסם את השם החשוד יכול לבקש מביהמ"ש להורות על איסור פרסום (ואז עליו לטעון). למשל, **בסעיף 70(ה1)(1)** נאמר שביהמ"ש ראשי לאסור פרסום של שמו של חשוד כאשר הדבר יגרום לו נזק חמור גדול יותר מהעניין הציבורי שבפרסום מעבר לזמן שבכלל וזאת עד להגשת כתב אישום.

**פס"ד חברה פלונית נגד פלוני:** סיפור של מטפל שנעצר בחשד לביצוע מעשה מגונה בקטינה שהוא טיפל בה. היה צו האיסור כולל שהוטל על הפרשה. מצד אחד זכות הציבור לדעת ומהצד השני הזכות לשם טוב, לפרטיות, המחוקק יצר איזון- כלל של פומביות (למעט הזמן הקצר של ס' 70(ד1)(1). החריג כולל שני תנאים מצטברים- בעליון ביהמ"ש נדרש לנתח את סעיף 70(ה1)(1) וקבע כי הוא כולל שני תנאים מצטברים –

1. **על החשוד שדורש את איסור הפרסום (מעבר ל48 שעות) להראות שיגרם לו נזק חמור כתוצאה מהפרסום**: ביהמ"ש מדגיש **נזק חמור** כי כל אדם שמפורסם שהוא חשוד יש לו נזק. ביהמ"ש מתחשב בכלל הנסיבות כמו מצב פיזי, נפשי, רגשי, משפחתי, עבר פלילי, סוג העבירה, חומרת העבירה, משקל הראיות בתיק ועוד.
2. **צריך להראות שראוי שביהמ"ש יעדיף את מניעת הנזק החמור על פני העניין הציבורי שבפרסום**: לעניין זה יש שני רבדים, כללי ופרטיקולרי. הרובד בכללי מדבר על עקרונות של חופש ביטוי, פומביות, זכות הציבור לדעת ועוד. ברובד הפרטיקולרי עולה השאלה האם מדובר באיש ציבור, האם צריך להזהיר את הציבור ועוד. ביהמ"ש אומר כי שני התנאים קשורים אחד בשני, ככל שהיש עניין ציבורי בפרסום ככה החשוד יצטרך להראות שהנזק שלו חמור יותר.

במקרה הספציפי ביהמ"ש פסק כי הכף נוטה למניעת זיהוי האדם עצמו, המטפל, אבל לא לפרשה כולה. כלומר יהיה ניתן לפרסם את עצם הפרשה אך לא את המטפל (כי לא בטוח בכלל שיגישו נגדו כתב אישום, היה ספק לגבי כמות הראיות שיש נגדו). לעומת המטפל, פרסום הפרשה הוא חשוב על מנת שהציבור ידע להיזהר מדברים כאלו (להעמיד את הציבור על המשמר וגם לאפשר את העיתונות לפרסם ידיעות בזמן אמת).

**עיכוב, מעצר, תפיסה וחיפוש**

**1. עיכוב**

הנושא של עיכוב מצוי **בפרק ג' בחוק המעצרים (עיכוב).** חוק היסוד כבוד האדם וחירותו לא מזכיר את המונח עיכוב**. ס'5 לחוק היסוד** אומר כי אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת. **עולה השאלה האם ניתן להסיק כי עיכוב הוא דבר שלא נחשב פגיעה בזכות או חירות?** התשובה היא כי **אין ספק שעיכוב נחשב "כל דרך אחרת" ולכן הוא בוודאי צריך לעמוד בדרישת התכלית הראויה והמידתיות**. חוק המעצרים בחר לטפל בנושא בפרק שלם.

**רקע היסטורי:**

עד לחוק המעצרים לא היה הסדר חוקי לנושא העיכוב. כלומר מסדרה של הוראות יכולנו להבין שבנסיבות מסוימות יש לשוטר סמכות להגביל את חירותו של אדם, הגבלה שלא מגיעה לכדי מעצר או לבקש מאדם להתלוות אליו או להגיע לתחנת המשטרה להיחקר אך לא היה שום ברור מהנושא. חוק המעצרים שחוקק בעידן שבה כל הגבלת חירות דורשת חוק מסדיר את הסוגיה ומגדיר קודם כל מהו עיכוב. **כיום החוק מגדיר מהו עיכוב ומסדיר אותו לפרטי פרטים כיאה לפרקטיקה שפוגעת בזכויות יסוד.** **ההגדרה** נמצאת ב**ס'66** שקובע כי עיכוב הוא הגבלת חירותו של אדם לנוע באופן חופשי בשלל חשש שבוצעה עבירה או כדי למנוע ביצוע עבירה כאשר הגבלת החירות מסויגת מראש בזמן ובתכלית. אנחנו מבינים מהסעיף כי יש לנו הגבלת חירות שהיא פחותה ממעצר ושהסיבה לה היא חשד שנעברה עבירה או מניעת עבירה.

**מאפייני הסמכות**

**משך העיכוב:** קבוע **בס'73** ואומר כי לא יעוכב אדם או כלי רכב מעבר לזמן סביר הדרוש בנסיבות המקרה לביצוע הפעולה שלשמה הוקנתה סמכות העיכוב. סעיף קטן ב הוא יותר ספציפי וקובע זמן של שלוש שעות עיכוב של אדם או כלי רכב אך ניתן להאריך לזמן נוסף של שלוש שעות נוספות אם מדובר במספר רב של מעורבים (התקהלות, הפגנה וכדו'). העיכוב- לזמן סביר, מוגבל ל-3 אך הקצין יכול להאריך ל-6 שעות כשמעורבים הרבה אנשים.

**נוהל העיכוב:** **ס'72** מפנה ל**ס'24** שעוסק בנוהל מעצר (בשינויים המחייבים). **ס'24**- זיהוי+ הודעה על סיבה: מדבר על כך שמי שעוצר אדם צריך לזהות את עצמו (כללים- למשל יש מדים אז צריך תג, אין מדים אז צריך תעודה) וכן להודיע את סיבת המעצר כאשר אנחנו מדברים על סיבת מעצר אנחנו לא מדברים על סעיף בחוק אלא המעשה שעשה. יש לשים לב כי **ס'24(ג)** אומר מילוי החובות האמורות הוא תנאי לחוקיות המעצר. אם הסעיף מפנה לעיכוב מכאן שמילוי החובות בעיכוב הוא תנאי לחוקיות העיכוב. ללא התנאים האלו מדובר על עיכוב\ מעצר לא חוקיים.

**עיכוב חשוד- דרוש יסוד סביר לחשד: ס'67** מדבר על עיכוב חשוד במקום. אם היה לשוטר היה יסוד סביר לחשד כי אדם עבר עבירה או עומד לעבור עבירה הוא רשאי לעכבו על מנת לברר את זהותו ומענו או כדי לחקור אותו למסור לו מסמכים. השאלה שעולה היא מהו יסוד סביר לחשד?

**פס"ד דגני:** פ"ד שקדם לחוק המעצרים. לא עסק בחוק המעצרים אך פירש מה זה יסוד סביר לחשד. ביהמ"ש אומר כי השאלה היא אם מצטיירת תמונה שלאורה אדם בר עדת רגיל מגבש חשד. כלומר מדובר במבחן אובייקטיבי של השוטר הסביר. מצד אחד מדובר על משהו מאוד לא מדויק אלא חשד סובייקטיבי אך המבחן הוא אובייקטיבי כאשר מה שאנחנו בוחנים זה את הנסיבות באותו הרגע ולא את הידיעה בדיעבד. כלומר אם בסופו של דבר התברר שהאדם תמים לחלוטין לא אומר שבנסיבות שבאותו רגע הוא לא היה צריך לעכב.

יסוד סביר שבוצעה עבירה- מהי עבירה? מדובר בכל עבירה (אין הגבלה כאן), גם עבירה של חטא. אם עבירה בת מעצר היא עוון או פשע, עיכוב אפשר לבצע גם בחטא. יתרה מכך לא נאמר לנו מתי נעברה העבירה ומכאן שניתן לעכב גם בעבירה שנעברה לפני זמן רב- אין הגבלת זמן.

מטרת העיכוב: לברר את זהותו ומענו או כדי לחקור אותו למסור לו מסמכים (מדובר על עיכוב במקום).

על פניו ברירת המחדל זה חקירה במקום ודרישה לחקירה בתחנת המשטרה זה רק כשהזיהוי היעה בלתי מספיק.

חקירה בתחנת משטרה: סעיף קטן ב' מדבר על דרישה מאדם להתלוות איתו לתחנה משטרה וקובע שמדובר במקרים בהם:

* יש יסוד סביר לחשד שהוא עבר עבירה או עומד לעבור עבירה בהסתברות גבוהה וכן
* הזיהוי היה בלתי מספיק או לא ניתן לחקור אותו במקום הימצאו.

לכאורה אנחנו למדים כי העיכוב הרגיל הוא במקום והחריג (כשהזיהוי היה בלתי מספק) הוא חקירה בתחנת משטרה. בפועל המצב הוא לא כזה והפקודות של מפכ"ל המשטרה יחד עם חוק חקירת חשודים מעידים על כך שחקירה במצב רגיל (להבדיל מתשאול) צריכות להיעשות בתחנת משטרה. **ס'3 לחוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים**) אומר כי חקירת חשוד תתנהל בתחנת משטרה אלא בנסיבות חריגות. **פקודות המטה הארצי** אומרות כי חקירה של עד או חשוד בתחנת משטרה אינו נלקח בחשבון לצורך חישוב משך העיכוב. מצירוף ההוראות אנחנו מבינים כי בניגוד למה שאפשר להבין מהסעיף שנוגע לעיכוב, ההפך הוא הנכון וברירת המחדל היא בתחנת המשטרה ובמקרים כאלו אין הגבלה על שעות העיכוב. זה בעצם אומר שהחקירה לא מוגבלת ל-3 שעות- כי נאמר שהחקירה היא לא חלק מהעיכוב, והחקירה לרוב היא בתחנת המשטרה. ברגע שהאדם מובא להיחקר במשטרה הוא לא נתפס מעוכב וכך אין הגבלה של 3 שעות. יש פה לקונה. לפני חוק המעצרים לא היה מקור חוקי שנותן סמכות לשוטר לקחת את האדם למשטרה- על זה ענו מכוח דיני העיכוב.

דיני העיכוב- מצד אחד עולה שהנורמלי הוא תשאול במקום ושעיכוב הוא אלמנט מוגבל ל-3 שעות. מצד שני חקירה מכוח חוק חקירת חשודים אמורה לעשות בד"כ במשטרה אלא אם כן מדובר בתשאול מהיר, המצב הנורמלי- אנשים נחקרים בתחנת המשטרה. פקודות המטה הארצי- החקירה לא חלק מהעיכוב.

**פרשת חוטר ישי:** המקרה היחידי שהנושא הגיע לבחינה שיפוטית. עורך דין 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. מטעמי זהירות המשטרה לא עצרה אותו למרות שסירוב לעיכוב הוא עילת מעצר. המשטרה פנתה לביהמ"ש והעניין התגלגל לשופט התורן של העליון.

השופט זמיר החליט שהוא לא מכריע בתיק אך העלה את החובה לציית לזימון לחקירה. הוא קובע כי במהלך הדברים הרגיל כל אדם שמתבקש על ידי המשטרה להתייצב על מנת למסור עדות או להיחקר מן הראוי שיעשה כך בדרך המקובלת ובמקום המקובל גם ללא צו המחייב אותו להגיע למשטרה. המשטרה מבקשת שתבואו- מן הראוי שתבואו. זמיר הופך את ברירת המחדל-כאשר מוצא צו עיכוב לפי **ס'67** התכלית והתוצאה היא בד"כ שניתן יהיה לחקור את המעוכב אם אין מדובר בחקירה פשוטה וקצרה, במשרדי המשטרה. המעוכב אינו רשאי להכתיב למשטרה את מועד החקירה או את מקום החקירה אם יהיה זה בביתו או במשרדו או במקום אחר. **כלומר, למעשה גם השופט זמיר מחליף את ברירת המחדל של חוק המעצרים** (ולא את חוק חקירת חשודים שם ברירת המחדל זה במשטרה). **הוא אומר כי החובה היא קודם כל מוסרית. גם זמיר הופך את ברירת המחדל ואומר כי תוצאות של עיכוב הן בד"כ חקירה במשטרה**. במקרה של חקירות ראשוניות של אנשי ציבור החריג זה שבאים לבתיהם, אבל זה מכוח החריג- הרגיל זה שבאים למשטרה.

**עיכוב עד: ס'68** מדבר על עיכוב עד במקום וקובע שאם היה לשוטר יסוד סביר לחשד שנעברה עבירה, רשאי 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. שוב מדובר על כל עבירה כאשר עד הוא כל מי שיש לו מידע ולא בהכרח אדם שראה את המעשה. אם הזיהוי של העד לא מספיק, לפי סעיף קטן ב' ראשי השוטר לבקש מהעד להתלוות איתו לתחנת המשטרה לשם גביית העדות. **סמכות מרחיקת לכת לעיכוב עדים (לא חשודים).** לפי **פקודות המטה**, אם היא לא חקירה קצרה (תשאול קצר בשטח), ברירת המחדל היא המשטרה.

**עיכוב לצורך חיפוש: ס'69** מדבר על עיכוב לחיפוש ובדיקת מסמכים. אם יש סמכות לחפש, אז יש סמכות לעכב לצורך חיפוש אדם או רכב. עד לחוק המעצרים היו סמכויות חיפוש מכוח הפסד"פ אבל לא הייתה סמכות המחייבת אדם לעצור לצורך החיפוש. כלומר לא הייתה סמכות לעיכוב לצורך החיפוש. ס'69 אומר כי אם הוקנתה בחיקוק הסמכות לחפש במקום, בכליו או בגופו של אדם, או הסמכות לדרוש מאדם הצגת מסמכים, רשאי בעל הסמכות לעכב אדם או כלי רכב כדי לאשר את החיפוש או העיון במסמכים וכן רשאי הוא לדרוש מהאדם למסור את שמו ומענו. כלומר כשיש סמכות לחפש יש סמכות לעכב. עד חוק המעצרים היו סמכויות חיפוש מסוימות, אבל לא נאמר שהאדם שעליו אפשר לחפש, צריך להיות מעוכב (בתכלס האדם יכל פשוט להמשיך ללכת)- לקונה שתיקנו אותה.

**עיכוב כלי רכב: ס'71** מדבר על עיכוב כלי רכב לשם חיפוש. כאן מדובר בחשדות שנעברה עבירה בת מעצר או עומדת להתבצע עבירה ביטחונית או הסתברות גבוהה שעומדת להתבצע עבירה בת מעצר ואז ניתן לעכב את כלי הרכב ולעשות בו חיפוש. יש להבחין בין 69 ל71. חיפוש ברכב ניתן לבצע רק מכוח ס'71 ועצם העיכוב עצמו בס'69 לא אומר שניתן לחפש בו. העצירה של נהגים לבקש רישיונות זה מכוח חוק התעבורה. ס' 71 לא מדבר על עיכוב הרכב אלא על החיפוש ברכב וזה צריך להיות עקב חשד לעבירה בת מעצר (חשד או פשע). **פ"ד מנה נ' רשות המיסים** דובר על פרקטיקה של עיקול הרכב במקום אם האדם חייב מיסים - העצירה היא שגרתית של רישיונות, קופץ שהנהג חייב מיסים- עיקלו. ביהמ"ש פסל את זה- סמכויות הגבייה של רשות המיסים לא כוללת באיזון בין הזכויות גבייה ברשות הרבים. אפשר להגיע הביתה ולעקל את הטלוויזיה למשל. בפקודת המעצר אפשר לחפש מסמכים אבל אי אפשר לחפש ברכב, רק אם יש עבירה בת מעצר זה אפשרי.

**עיכוב על ידי אדם פרטי ס'75** מדבר על עיכוב על ידי אדם פרטי.

הסעיף קובע כי כל אדם רשאי לעכב אדם אחר עד לבואו של שוטר אם התקיים אחד מאלה:

1. האדם חשוד כי ביצע בפניו עבירת אלימות, פשע, גניבה או עבירה שגרמה נזק של ממש לרכושו.
2. אדם אחר הקורא לעזרה מצביע על אדם החשוד שביצע בפניו עבירה כאמור בפסקה (1)

* והכל אם יש חשש שהחשוד ימלט או שזהותו לא ידועה.

ס' קטן ב' אומר כי האדם המעוכב צריך להימסר לשוטר ללא דיחוי ועד שלוש שעות.

ס' קטן ג' אומר כי אדם כזה רשאי להשתמש בכוח סביר, אם החשוד סירב להיעתר לבקשת העיכוב, ובלבד שלא יהיה בשימוש בכוח בכדי לגרום לחשוד חבלה. מדוע במקרה של שוטר לא דובר על שימוש בכוח ואילו כאן כי מדובר בשימוש בכוח סביר? אם אדם מתנגד לעיכוב על ידי שוטר קמה לשוטר סמכות מעצר שמאפשרת לו שימוש בכוח סביר ועד שימוש בנשק קטלני. לעומת זאת לאדם פרטי אין סמכות מעצר, גם אם האדם בורח לו ולכן הוא יכול רק להשתמש בכוח סביר שלא גורם חבלה כדי להחזיק אדם במקום עד שיבוא שוטר.

**מעצר בהתנגדות לעיכוב**: **ס'23(ב) לחוק המעצרים** מקנה לשוטר את הסמכות למעצר כאשר יש התנגדות או הפרעה לעיכוב. בתוך הסעיף שעוסק בסמכות שוטר לעצור ללא צו ישנו סעיף 23(ב) שאומר כי שוטר מוסמך לעצור אדם ולהביאו לתחנת המשטרה לתכלית שלשמה ביקש לעכבו אם האדם אינו מציית להוראותיו שניתנו על פי סמכויות העיכוב המסורות לו בדין או אם הוא מפריע לו להשתמש בסמכויות העיכוב. הפסיקה מדגישה כי יש סמכות עיכוב לחוד וסמכות מעצר לחוד. אי אפשר כאשר אין סמכות עיכוב לקפוץ לסמכות מעצר ולהגיד כי ממילא אם האדם היה מתנגד היה ניתן לעצור. אם לשוטר יש סמכות לעכב הוא צריך להתחיל בסמכות הפחותה יותר ואם יש להתנגדות להמשיך למעצר. אם אין סמכות למעצר אלא רק לעיכוב, והשוטר ישר מנסה לעצור אז זה חוסר סמכות- אין לשוטר סמכות לעצור, מותר לו לעצור רק אם הייתה התנגדות או הפרעה לעיכוב.

**פרשת שמשי:** היה עם פרוצה ברכב. שוטר הגיע וביקש לעצור את הפרוצה בעבירת שוטטות. שמשי אחז בבחורה ולא נתן לה לרדת אז אנשי המשטרה הורידו את שניהם בכוח ועצרו את שמשי והוא הועמד בדין בעבירה של הכשלת שוטר במילוי תפקידו. הטענה של שמשי הייתה שהשוטר פעל בחוסר סמכות. הטענה התקבלה שכן לפי הדינים שהיו אז על עבירת שוטטות היה אפשר לעכב את הפרוצה אבל לא לעצור אותה**. כלומר השוטר יכל לדרוש מהאישה להתלוות אליו לתחנת המשטרה ולא יכל לעצור אותה. ברגע שהוא עצר אותה הוא השתמש בסמכות שלא הייתה לו ולכן ההתנגדות של שמשי לא הייתה הכשלה**. היום בחוק המעצרים יש עדיפות ברורה לעיכוב גם כאשר יש סמכות מעצר וזאת מכוח ס'23(ג).

דוגמה נוספת הממחישה את העיקרון בין סמכות למעצר היא **פס"ד אברג'יל**. אברג'יל הואשם בבריחה ממשמורת בכך שברח ממעצר. **את אברג'יל היה ניתן לעכב ולא לעצור ולמרות זאת עצרו אותו ישר ולכן המשמורת שלו לא הייתה חוקית ומכאן שהבריחה לא הייתה בריחה ממשמורת חוקית**. אם אין סמכות מעצר- בעצם זה שאברג'יל ברח הוא לא ברח ממעצר חוקי ולכן לא ביצע בריחה ממשמורת. ביהמ"ש מדגיש שלא ניתן בדיעבד להצדיק מעצר לא חוקי בכך שהייתה סמכות לעכב.

לקרוא בש"פ מורוזובה ופ"ד לנצברגר

**שיעור 6 22.11.2015**

**2. דיני המעצר- כללי**

**עקרונות חשובים:** **ס'1 לחוק המעצרים** מדבר על שלושה עקרונות🡨

1. **ס' 1(א) עקרון החוקיות –** אין מעצר ועיכוב אלא לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו (אין סמכות טבועה). חוק המעצרים מנסה לכסות על מצב ביניים וקובע כי לא יכול להיות אפילו מעצר של שעה ללא סמכות חוקית. במהלך השנים בכל פעם שהמציאות גילתה שחסר משהו היו מתקנים את החוק על מנת להוסיף סמכות מעצר- כי לא ייתכן מעצר ללא חוק. הנושא עלה **בפרשת מורוזובה**: מקרה ייחודי שלא הייתה לו תשובה בחוק. דובר על מצב שבו נוהל משפט בו האדם הורשע אך בערעור פס"ד הדין בוטל והתיק הוחזר לערכאה הדיונית להתחיל את המשפט מחדש. עלתה השאלה מי מוסמך לעצור את האדם? ביהמ"ש יכול לעצור אדם עד תשעה חודשים. האם בגלל שהתחיל ההליך מחדש מתחילים מחדש תשעת החודשים או שצריך אישור של העליון להארכה כי אין סמכות מחדש לערכאה הדיונית? השופט ביניש בפס"ד מפורט שבו היא אומרת שאין מעצר ללא סמכות, והיא מכריעה כי הסמכות היא לביהמ"ש העליון כי לא יתכן לומר כי תשעת החודשים נמחקים. פסק הדין חשוב לא רק לסיטואציה הספציפית הזו אלא גם לנושא של עקרון החוקיות ולהדגשה כי לכל מעצר צריכה להיות סמכות חוקית מאוד ברורה.
2. **ס' 1(ב) עקרון כבוד האדם, המידתיות –** היישום- תכליות המאסר ועקרון המידתיות. תכליות המעצר- תכליות אינדיבידואליות שקשורות לחשודים\ נאשמים עצמם. אין תכליות של אמון הציבור, הרתעה כללית, מכת מדינה (**גנימת**). מעצרו ועיכוב של אדם יהיו בדרך שתבטיח שמירה מירבית על כבוד האדם ועל זכויותיו. מעבר להצהרה הכללית על כבוד האדם יש בכל חוק המעצרים הוראות של מידתיות. צריך להעדיף מעצר בצו על פני מעצר שלא בצו, צריך להעדיף עיכוב על פני מעצר, צריך להעדיף חלופת מעצר כשאפשר על פני מעצר ועוד. האם ניתן להשיג את אותה תכלית לגיטימית של המעצר באמצעי שפוגע פחות- מידתיות וזה מופיע לאורך כל חוק המעצרים שבא לאחר חו"י כבוד האדם והוא מותאם לו.
3. **ס' 1(ג) עקרון התחולה הכללית –** הוראות חוק זה יחולו על מעצר ועל עיכוב לפי כל חוק, אלא אם כן נקבעו בחוק הוראות אחרות. החקיקה המאוחרת לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, המעצרים והחיפוש בגוף, היא מודרנית שמותאמת לדרישות חוק היסוד. היא חקיקה שחושבת על דרישות ראויות, מידתיות ועוד. שני החוקים קובעים עקרון תחולה כללית. כלומר הם אומרים שאם אין הוראה ספציפית בחוק אחר שהיא מנוגדת, הוראות החוק המעצרים חלות. הרציונל הראשון הוא אחידות בדיני מעצרים והרציונל השני הוא העובדה שהחוק מותאם לדרישות חוק היסוד- ורוצים להרחיב את החוקים המודרניים שמותאמים לחו"י כבוד האדם על חוקים ישנים. דג' ליישום אותו רציונל- **לאוניד לוין**- הרחבת תקנות החיפוש על פקודת התעבורה.

**סוגי מעצרים:** ישנם כמה סוגים של מעצרים🡨

1. **מעצר ראשוני על ידי שוטר** – בצו ושלא בצו. לא בצו- שוטר שנקרא לזירת אירוע- על זה חולש **ס' 23 לחוק המעצרים**. בצו- הולכים לביהמ"ש, מוציאים ומעצר מכוח **ס' 13 לחוק המעצרים**. בשני המקרים תוך 24 שעות צריך להביא את העצור להארכת מעצר לפני שופט.
2. **מעצר ימים** – החוק מכנה "מעצר לפני הגשת כתב אישום" מעצר על ידי שופט לפני הגשת כתב אישום, מכוח **ס' 13 לחוק המעצרים.** תקופת החקירה.
3. **מעצר לפי הצהרת תובע** – לפני כתיבת כתב האישום **ס' 7(3).** לאחר החקירה, לזמן שהתובע כותב את כתב האישום. ואז ביהמ"ש יכול לתת עד 5 ימי מעצר לכתיבת כתב האישום.
4. **מעצר עד תום ההליכים** – "מעצר לאחר הגשת כתב אישום". תקופת המשפט, עד 9 חודשים. לאחר מכן הארכות מעצר ע"י העליון. מכוח **ס' 21 לחוק המעצרים.**
5. **מעצר לצרכי כתיבת ערעור ומעצר בתקופת הערעור**- **ס' 22 וס' 63 לחוק המעצרים.**

כל סוג מעצר שנדבר עליו יהיה **במסלול עיקרי ומסלול משני**. **המסלול העיקרי** הוא המסלול שדורש את הדרישות של בסיס עובדתי (לעבירה שבוצעה- דרוש חשד סביר) למעצר, עילה למעצר (מסוכנות שיבוש) ובחינת חלופת מעצר. (קצין- סחרור בערובה) המסלול העיקרי הוא בעצם דרך המלך. **במסלול המשני** מדובר על מעצר בשל הפרת הוראה מוסמכת. כלומר, מעצר במסלול מקוצר שנובע מהפרה של הוראה חוקית קודמת שקשורה למעצר. למשל, אם אדם מתנגד לעיכוב.

**3. מעצר ראשוני ללא צו שופט**

**המסלול העיקרי:**

מדובר במעצר ראשני על ידי שוטר. **ס'4 לחוק המעצרים** אומר כי מעצר אדם יהיה בצו של שופט אלא אם כן הוענקה סמכות בחוק לעצור ללא צו. כלומר שוטר אמור להעדיף מעצר בצו אך יש מקרים שאין מנוס מלעצור ללא צו ואז צריך לבדוק האם יש לו סמכות.

**ס'23 לחוק המעצרים** הוא הסעיף שעוסק בסמכויות השוטר לעצור שלא בצו. הבסיס העובדתי הוא יסוד סביר לחשד שאדם עבר עבירה בת מעצר. עבירה בת מעצר היא עבירה מסוג עוון או פשע, בניגוד לעיכוב שניתן לעכב על חטא- בעיכוב אין הגבלה, אבל במעצר זה כל עבירה למעט חטא. ההגדרה של עבירה בת מעצר היא **בס'23(א)7.**

**עולה השאלה מהו יסוד סביר לחשד?**

**פס"ד דגני:** פס"ד קודם לחוק המעצרים אבל משתמשים בו על מנת לפרש את מטבע הלשון. ביהמ"ש אומר כי יסוד סביר לחשד הוא מבחן של אדם בר דעת רגיל. כלומר זהו מבחן אובייקטיבי, האם אדם בר דעת רגיל היה מגבש בנסיבות האלו חשד. המעצר יהיה חוקי גם אם החשד בסופו של דבר לא התממש- טעות עובדתית לא תהפוך את המעצר ללא חוקי, אך טעות משפטית כן תהפוך אותו ללא חוקי- אם הטעות היא בכך שהעבירה היא עבירת חטא המעצר יהיה בלתי חוקי.

**עילות מעצר🡨 העיקריות הן שיבוש ומסוכנות**

* **תחת שיבוש-** העלמת ראיות, הפחדת עדים, בריחה וכל דבר שיכול לשבש את המשפט. הנושא של שיבוש מופיע **בס'23(א)2** שמדבר על יסוד סביר לחשש שהחשוד לא יופיע להליכי חקרה. **ס'23(א)3** מדבר על יסוד סביר לחשש שהחשוד ישבש מהליכי חקירה בדרך של העלמת ראיות ועוד. **ס'23(א)6** מדבר על יסוד סביר להניח שימלט מהדין או יפר תנאי השחרור ועוד. בעקבות על אלו בהתקיים החשד הסביר ותנאי הסעיף השוטר יכול לעצור את החשוד גם בלי צו.
* **תחת מסוכנות-** הכותרת של סכנה, ביטחון המדינה ועוד. המסוכנות עצמה יכולה להופיע בדיני מעצרים בשתי צורות - מסוכנות אינדיבידואלית שנלמדת מהנסיבות של האדם עצמו, מהסיטואציה, או מסוכנות שנלמדת מהעבירה לגביה יש בסיס עובדתי לכך שהוא עבר אותה. יש כאן בעיה עם חזקת החפות.
* **ס'23(א)1** מדבר על מקרה בו האדם עובר בפני השוטר או עבר מקרוב עבירה בת מעצר והשוטר סבור בשל כך שהאדם עלול לסכן בטחון של אדם, ציבור או המדינה.

מה הכוונה בפניו או זה מקרוב? בפניו- נקלטה בחושיו של השוטר, לאו דווקא בחוש הראיה. זה מקרוב נמדד בשעות ולא בימים. **כהן נגד התובע הצבאי:** נהג צבאי שעבר עבירת תנועה והוא התבקש להתייצב למחרת בתחנת המשטרה. כשהוא הגיע עצרו אותו ללא פקודת מעצר (המקביל לצו מעצר בצבא). ביהמ"ש אמר כי לא ניתן לומר שהעבירה נעברה זה מקרוב. העבירה נעברה אתמול, יכלו להוציא צו מעצר.

* **ס'23(א)4** מדבר על חשש שהחשוד יסכן את בטחונו של אדם, ציבור או מדינה.

לדעת **המרצה** ההבדל בין הסעיפים הוא ההסתברות שצריכה להיות גבוהה יותר **בסעיף 23(א)4** שכן החשש בו הוא ללא שנעברה עבירה. כיסוי המקרים שזה לא לפניו ומקרוב, הדעת נותנת שבמקרה כזה ההסתברות לסיכון צריכה להיות גבוהה יותר, כי לא נעשה מלפניו או מקרוב.

* **ס'23(א)5** מדבר על מסוכנות שנלמדת מהעבירה- מהיסוד העובדתי שבה. זו רשימה של עבירות – עבירה שדינה מיתה או מאסר עולם, ביטחון, עבירה לפי פקודת הסמים המסוכנים למעט שימוש או אחזקה לשימוש עצמי, באלימות חמורה או שימוש בנשק חם וכן אלימות בתוך המשפחה. אם לשוטר יש חשד לעבירה שהיא אחת מהרשימה הנ"ל קמה עילת מסוכנות מעצם החשד.

**חלופת מעצר-** **ס'23(ג)** קובע כי לא ייעצר אדם לפי סעיף זה אם ניתן להסתפק בעיכוב. שנית, במעצר על ידי שוטר יש לנו גם גורם ביניים לפני שופט והוא הקצין הממונה**. ס'25** קובע כי השוטר חייב להביא את העצור ללא דיחוי לתחנת המשטרה ולהביא אותו לקצין הממונה. **ס'27** עוסק בקצין הממונה ואומר כי אם אדם נעצר ללא צו והובא לתחנת המשטרה על הקצין הממונה לבדוק האם מתקיימים התנאים של **ס'23** והמעצר הוא חוקי. אם הקצין הממונה רואה שלא מתקיימים תנאי **ס'23** עליו לשחרר אותו אלא אם כן מתקיימים התנאים של **ס'13** (מעצר בצו של שופט) שמדברים על עילות מעצר בפני שופט עד להבאה בפני שופט. אם הקצין הממונה מצא שיש עילת מעצר לפי **ס'13** הוא רשאי לעצור את החשוד או לשחררו בערובה. סוגי הערובות שיכול להטיל הקצין הממונה קבועים ב**ס'42**- רשימה ארוכה של חלופות\ ערובות שיכול להטיל הקצין הממונה. המקרה היחידי שהקצין לא יכול לשחרר בערובה הוא **בס'27(ה)** – אדם שיש יסוד סביר להניח שנמלט ממשמורת חוקית.

**המסלול המשני:**

קבוע **בס'23(ב)** ומדבר על **הפרעה בסמכויות עיכוב. כלומר אם אדם מפריע לשוטר לעצור אותו או אדם אחר לשוטר יש סמכות לעצור אותו**. לפי **פרשת שמשי ואברג'יל** יש להפריד בין עיכוב למעצר. אם העיכוב לא היה חוקי לא ניתן לעצור בטענה שאילו היה מתנגד לעיכוב היה ניתן לעצור. אם יש סמכות עיכוב יש קודם לעכב! סעיף נוסף הוא **ס'47** לחוק המדבר על מעצר בשל אי המצאת ערובה. גם כאן עצם הפרת ההוראה החוקית היא זו שיוצרת את עילת המעצר**. ס' 23(א)(6)-** אדם משוחרר בערובה ויש יסוד סביר להניח שהוא הפר את אחד מתנאי השחרור- זה מקנה לשוטר את הסמכות לעצור אותו. זה גם מסלול ראשי- נכנס לשיבוש, וגם נכנס למסלול המשני- כי הפר כבר.

שני היבטים- האם היה סמכות לעצור וגם בחינת ביצוע המעצר. כל ההוראות של מעצר על ידי שוטר נמצאות בסימן ד'. מי שנעצר לפי **ס'23** על ידי שוטר (השוטר צריך להביאו ללא דיחוי בפני קצין ממונה) או **ס'27** על ידי הקצין הממונה, על פי **ס'29** יש להביאו בהקדם האפשרי ולא יאוחר מ24 שעות בפני שופט. יש חריגים של חג, מצב בריאותי ועוד ויש גם אפשרות לקצין הממונה לפי **ס'30** להאריך ל48 שעות במקרים של חקירות דחופות.

**4. מעצר ראשני על פי צו שופט**

הצאת הצו היא מכוח **ס' 13.** סימן ג' עוסק במעצר בצו. **הסעיפים שנדבר עליהם עוסקים הן בצו הראשוני שמוציא שופט והן בהארכות מעצר.** יש לקרוא אותם בשינויים המחויבים. **ס' 12** אומר כי שופט רשאי לצוות בהחלטה המנומקת בכתב לצוות על מעצרו של אדם או על שחרורו בערובה או שלא בערובה בפניו או שלא בפניו. כמובן שפה מדובר על מקרה שלא בפני החשוד- בהעדרו מדובר על שוטרים שרוצים צו מעצר עמ"נ ללכת ולעצור חשוד.

**מדובר בהליך מורכב** **– השלב הראשון הוא הוצאת הצו על ידי בית המשפט והשלב השני הוא ביצוע המעצר.** לפי **ס'19(ב)** ביצוע המעצר יכול להיעשות תוך 180 יום אלא אם כן השופט מאריך בהחלטה מנומקת בכתב. כאשר המעצר כבר התבצע אפשר רק 24 שעות לעצור את החשוד. במעצר הראשוני בצו אין את ההליך ביניים של הקצין הממונה.

**ס'15** מדבר על איך מגישים את הבקשה. **ס'17(ג)** כי אם ציווה שופט על מעצר של אדם שלא בנוכחותו והחשוד לא שוחרר לפי **ס'20** יש להביאו בפני שופט תוך 24 שעות. **ס'20** מדבר על מקרה בו שופט בצו לא כתב כי האדם לא ישוחרר אלא אם כן יובא בפני שופט – במקרה כזה הקצין יכול לשחררו ולא יצטרך להביא אותו תוך 24 שעות.

**ס' 13** זה **המסלול העיקרי** ששופט צריך לעבור עמ"נ להוציא צו מעצר. **ס' 14** זה **המסלול המשני** והמקוצר- מספיק ששוטר מצהיר בכתב שדופט שאדם נמלט ממשמורת חלקית, והשופט יכול להוציא צו מעצר.

**5. אופן ביצוע הצו**

החוקיות מותנת בכך שהביצוע יהיה ביצוע כדין. **ס'24 לחוק המעצרים** עוסק באופן ביצוע המעצר. דיברנו על הסעיף הזה בעיכוב ועכשיו נדבר עליו בהקשר המקורי של הסעיף והוא ההקשר של מעצרים. **דרך הביצוע: השוטר צריך להזדהות** **(** ס' 5(א) שמסביר איך שוטר צריך לזהות עצמו בנסיבות שונות) **ולהסביר על סיבת המעצר** (באופן כללי, אם יש צו מוסרים לעצור. על פי **פס"ד קדושים** **הסבר סיבת המעצר צריכה להיעשות בלשון בני אדם**).

**ס' 24 (ב)** קובע את החריגים –

1. אם ברור בנסיבות העניין כי זהות השוטר וסיבת המעצר ידועים לעצור.
2. אם מילוין עלול לסכל את ביצוע המעצר.
3. אם מילוין עלול לגרום לפגיעה בביטחון מבצע המעצר בשעת ביצוע המעצר או להעלמת ראיה.

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

**ס'24(ג)** קובע כי מילוי החובות האמורות בס' קטנים (א) ו-(ב) הוא תנאי לחוקיות המעצר. אם החובות לא התמלאו המעצר לא חוקי.

**מתי מעצר יחשב לבלתי חוקי?**

1. **במידה והשוטר לא מזדהה** **או לא מודע על סיבת המעצר** שלא בהתאם **לס' 24 (ב).**
2. **טעות עובדתית לא פוגמת בחוקיות, טעות משפטית כן פוגמת בחוקיות:** טעות עובדתית של השוטר לא פוגעת בחוקיות המעצר. כלומר, העובדה שחשד התברר כמטעה לא פוגת בחוקיות המעצר. לעומת זאת, טעות בחוק פוגעת בחוקיות המעצר כלומר אם שוטר חשב שהעבירה שהאדם ביצע היא עוון ומתברר שהיא חטא, המעצר אינו חוקי.
3. **לעיתים השתהות בהבאת חשוד לתחנת משטרה תהפוך את המעצר ללא חוקי:** שוטר שעצר אדם ללא צו מעצר צריך להביא את החשוד ללא דיחוי לתחנת המשרה לפי **ס'25(א),** אלא אם התקיימו החריגים **בס'25(ב)**. מה קורה אם לא הביאו ללא דיחוי והחריגים לא התקיימו? לדעת **המרצה**- כנראה שהמעצר לא יהיה חוקי.
4. **במידה והמעצר נעשה ללא צו אבל היה ניתן להביא צו** והמעצר אינו חוקי עולה שאלת התקיימות תנאי **ס'4** או תנאי **ס'23**. פקודות המשטרה- תמיד תעדיפו הוצאת צווים אלא במקרים מסוימים. מה קורה אם יש סמכות לעצור ללא צו אך היה ניתן להביא צו? **המרצה**- כנראה שיהיה חוקי.
5. **ס'23(ג)** **קובע כי מעצר יהיה בלתי חוקי במידה והיה ניתן להסתפק בעיכוב.** במקרה זה מדובר בעצם במקרה בו לא היה שימוש בכלי המידתי יותר. קדמי בספרו- המעצר לא יהיה בטל במקרה כזה- פעלו באופן בלתי מידתי אבל הייתה סמכות ולא לא מתבטל.

**כיצד ניתן להפוך מעצר בלתי חוקי לחוקי?**

1. **הכשרת מעצר על ידי הקצין הממונה🡨** **ס'27 (ב)** קובע כי אם אדם נעצר על ידי שוטר ללא צו מעצר על השוטר להביא אותו אל הקצין הממונה (גם אם נעצר בצו). בשלב זה, במידה והקצין רואה כי התקיימו תנאי **ס'23** המדברים על מעצר ללא צו. במידה ותנאים אלו לא התקיימו הקצין עובר לבדוק את תנאי **ס'13.** במידה ותנאי **ס'13** התקיימו יכול הקצין להכשיר את המעצר הבלתי חוקי על בסיס הסעיף שמדבר על עילות מעצר של שופט.
2. **הכשרת מעצר על ידי בית המשפט🡨**

**מדינת ישראל נגד דרור ז'אנח**: אדם עוכב למעלה משלוש שעות ואז הוא נעצר. העיכוב כמובן הוא לא חוקי. לאחר המעצר הוא הובא בפני שופט שלום והמעצר הוארך. הסיפור התגלגל עד לעליון בטענה שהשלום לא יכול לבצע הארכת מעצר משום שבמקור העיכוב היה לא חוקי ולכן המעצר לא חוקי. נקבע שגם אם בשלב מסוים העיכוב היה פגום הרי שברגע שהוא הובא לביהמ"ש על ביהמ"ש לבחון אם יש מקום להשתמש בסמכותו לעצור. בפס"ד ז'אנח אמרו זאת בצורה קיצונית. כעיקרון כשלבית המשפט יש סמכות לעצור שום דבר לא שולל את סמכותו כולל פגמים של תביעה או משטרה. יתכן שביהמ"ש יתחשב באי החוקיות שנעשתה קודם לכן.

**בש"פ פרץ**- לפעמים פגמים יכולים לשלול את הבסיס המוסרי תחת המעצר. אבל- זה לא הכרחי! לביהמ"ש שק"ד והוא לא חייב לשחרר עקב פגמים קודמים, אך הוא יתחשב בפגמים.

**פס"ד אשרף**: לפי **ס'16(2)** הארכת מעצר צריכה להיות בנוכחות החשוד. במקרה זה אדון אשרף הובא להארכת מעצר ולא הסכים להיכנס ללא עורך דינו. ביהמ"ש עצר אותו ובערר עורך הדין שלו טען כי המעצר היה לא חוקי שכן הוא נעצר ללמעלה מ24 שעות. ביהמ"ש קבע כי המקרה לא חל על מצבים בהם החשוד עושה דין לעצמו ומסרב להתייצב להארכת מעצר. מעבר לכך, גם במקום בו נפל פגם בהליכי המעצר אין ביהמ"ש הדן בבקשה רשאי להתעלם מהחומר שלפניו ועליו לדון בבקשה ולהחליט בה. כלומר, גם כאשר נפל פגם מוטל על ביהמ"ש לדון ולראות מהו האינטרס הציבורי במעצר.

**נפקויות מעצר לא חוקי בידי שוטר (בין אם בצו ובין אם לא):**

1. **פסילת ראיות🡨** כאן חלה **הלכת יששכרוב**. יש לביהמ"ש שיקול דעת לפסול ראיות שהתקבלו על בסיס מאסר או עיכוב לא חוקי.
2. **תביעת השוטר🡨** **ס'44 לפסד"פ** מדבר על פטור של שוטר מאחריות אזרחית או פלילית בשל מאסר או עיכוב שלדעת ביהמ"ש בוצע בתום לב ולטובת הציבור. עם זאת, יתכן שניתן ללמוד מכלל הלאו הן- אם שוטר לא פעל בתום לב לחשוד תהיה אפשרות לתבוע את השוטר.
3. **פיצוי מהמדינה🡨** **ס'38(א)** לחוק המעצר קובע כי אם אדם נעצר ושוחרר בלא שהוגש נגדו כתב אישום, ומצא ביהמ"ש שלא היה יסוד למעצר, או שראה נסיבות אחרות המצדיקות פיצוי האדם, רשאי הוא לצוות כי אוצר המדינה ישלם לו פיצוי על מעצרו והוצאות הגנתו בסכום שקבע ביהמ"ש. את השכר המירבי קובע שר המשפטים והוא השכר הממוצע במשק. מעבר לכך יכול המתלונן לתבוע בנזיקין אך יהיה עליו להוכיח עוולה.
4. **פיצוי מהמתלונן🡨** **ס'38** לחוק המעצר קובע כי אם אדם נעצר ושוחרר, ומצא ביהמ"ש שהמעצר היה עקב תלונת סרק שהוגשה שלא בתום לב, רשאי ביהמ"ש לחייב את המתלונן, לאחר שנתן לו הזדמנות לטעון טענותיו לעניין זה, לשלם למי שנעצר פיצוי על מעצרו והוצאות הגנתו, בסכום שיקבע ביהמ"ש.
5. **התנגדות למעצר🡨** כאשר מעצר הוא לא חוקי האדם שבורח מבצע הגנה עצמית ואינו נחשב כמי שבורח ממשמורת חוקית.

**פס"ד שמשי:** העומד לדין על הפרעה לשוטר במילוי תפקידו בכך שהפריע לשוטר לעצור פרוצה שהייתה איתו ברכב. ביהמ"ש קבע כי מאחר שהשוטר היה מוסמך רק לעכב את הפרוצה ולא לעצור אותה הרי ששמשי לא הפריע לשוטר במילוי התפקיד שלו. יש לשים לב כי הבריחה ממעצר שאינו חוקי אינו בריחה ממשמורת.

**מתי נדע שאנחנו במעצר?** **בפס"ד קנוש** דובר על אדם שטען שלא ברח ממשמורת חוקית משום שכאשר עצרו אותו הקצין לא שם עליו יד. כלומר, הקצין אמר לו שהוא עצור אבל לא נגע בו או אזק אותו. ביהמ"ש קבע שכאשר עוצר נמצא בקרבת הנעצר והוא אומר לו באופן ברור שהוא עוצר אותו אין צורך בפעולה פיזית מצד העוצר שתמחיש הלכה למעשה את העובדה שהוטל פיקוח.

**פרשת סויסה:** סויסה הורשע בביהמ"ש המחוזי בבריחה ממשמורת חוקית משום שלא התייצב לריצוי עונש מאסר שהוטל עליו במשפט קודם ושהתחילה שלו נדחתה. הטיעון של סויסה היה כי הוא לא ברח אלא פשוט לא התייצב חזרה. ביהמ"ש אמר כי המשמורת הנורמטיבית יכולה להיווצר לאחר שהייתה קליטה ראשונית ומאחר שלא הייתה קליטה לתוך המשמורת לא מדובר בבריחה. **ס'184** מאפשר לביהמ"ש להרשיע אדם בעבירה אחרת שיסודותיה התגלו בכתב האישום. מכוח סעיף זה ביהמ"ש הרשיע אותו ב**סעיף 287 לחוק העונשין** הפרת הוראה חוקית (הוראת ביהמ"ש להגיע לבית הסוהר).

**שיעור 7 29.11.2015**

**6. סמכויות נלוות למעצר**

**מעצר ראשוני, בין אם נעשה בצו או שלא בצו, הוא מעצר שמבוצע ע"י שוטר.** ישנן סמכויות שנלוות למעצר ללא צו:

1. סמכות להפעיל כוח סביר🡨 **בסמכות עיכוב לשוטר אין סמכות להפעיל כוח בעוד שלאדם המעכב אדם אחר יש סמכות להפעיל כוח סביר שאינו גורם בלה. ההבדל נובע מהעובדה שכאשר מתנגדים לעיכוב קמה הסמכות לעצור, אשר גוררת את האפשרות להפעיל כוח לצורכי מעצר.** ס'19 לפסד"פ **קובע את האפשרות להשתמש בכל אמצעי סביר הדרוש למעצר, אם האדם מנסה להתנגד או להתחמק.** כוח סביר הוא עניין תלוי נסיבות**, כלומר יכול להיות מקרה שבו איזוק הוא דבר בלתי סביר בנסיבות- דרישת המידתיות חלה.**

פס"ד עובדיה נ' היועמ"ש לממשלה: **שוטרים שבאו לעצור דייג בגין החזקה אסורה של חומרי נפץ לצורכי דייג. הדייג לא התנגד למעצר אבל בשלב מסוים השוטרים ביקשו לאזוק אותו ולכן הוא התנגד ותקף שוטר. ביהמ"ש זיכה אותו מתקיפת שוטר משום שהוא לא התנגד למעצר ולא הוא שהיה צורך לאזוק אותו ומכאן שהיה שימוש בכוח לא סביר- השוטר לא פעל בסמכות.**

**בניגוד לפס"ד עובדיה** יתכנו מקרים שבהם אפילו כוח קטלני שיש בו פוטנציאל להמית יהיה בנסיבות מסוימות סביר**: פסקי הדין גולד ואנקונינה עוסקים בסוגיית הכוח הסביר וקובעים את ההלכה בנושא.**

פס"ד גולד: **עצור בתחנת משטרה ניסה להימלט בכך שבעט בגולד. גולד הזהיר אותו מילולית ולאחר שהמשיך ירה יריית אזהרה באוויר ואז ירה מתוך כוונה לפגוע ברגלו של העצור כדי למנוע את ההמלטות שלו אבל בטעות הרג אותו. השוטר זוכה.**

ביהמ"ש קבע ששימוש בכוח קטלני מותר ב3 תנאים –

1. **המעצר הבסיסי היה חוקי**
2. **המעצר הוא בעבירת פשע**
3. **הירי הוא האמצעי האחרון**

פס"ד אנקונינה: **שוטר מג"ב עמד במחסום שהוצב לאחר פיגוע ונוצרו תורים. רכב שראה את המחסום ניסה להסתובב לאחור. השוטר קרא לו בערבית לעצור ולאחר שלא עצר ירה 2 יריות באוויר ואז ירה לעבר גלגלי הרכב אבל בטעות הרג אותו.** ביהמ"ש מיישם את מבחני גולד אבל משכלל אותם, בדגש על המבחן השני והשלישי**. בעניין המבחן השני, לא מדובר על סתם עבירת פשע אלא על עבירת פשע שמסכנת חיי אדם. ברגע שהנהג ברכב ניסה להסתובב היה ניסיון לעצור אותו בחשד שהוא המחבל ולכן זאת כן עבירה שמסכנת חיי אדם. בעניין המבחן השלישי, חשוב שזה באמת יהיה האמצעי האחרון שניתן להשתמש בו, לאחר אזהרה בע"פ וירייה באוויר. כאמור, בשני המקרים הנאשמים זוכו.**

1. סמכות כניסה למקום🡨 **כאשר מדובר** בביצוע צו מעצר**,** ס'26 לחסד"פ **קובע כי מי שמבצע צו מעצר רשאי להיכנס לכל מקום שיש יסוד סביר לחשד שהעצור נמצא בו וגם להשתמש בכוח סביר לצורך הכניסה. לגבי** מצב שבו אין צו מעצר **ביד, אין סעיף ברור אבל** ס'45 לפסד"פ **קובע כי אדם שגר בבית או במקום שמותר להיכנס אליו, אם יש סמכות להיכנס לעצור או לחפש, המחזיק בבית חייב לאפשר את הכניסה הזאת ואם הוא מסרב ניתן לעשות זאת בכוח.**

פס"ד בירמן: **עלתה השאלה האם הסעיף מקנה סמכות עצמאית לכניסה או שהוא דורש סמכות מוקדמת, כמו צו מעצר. דובר על חייל שנמלט ממשמורת חוקית וכעבור מה זמן באו שוטרים צבאיים ונכנסו לבית שלו. הוא התנגד למעצר ולכן התעוררה השאלה** האם השוטרים היו רשאים להיכנס ללא צו מעצר**. כל השופטים הסכימו שהכניסה הייתה חוקית אבל המחלוקת הייתה לגבי ההנמקה.** דעת הרוב **השאירה בצריך עיון את האפשרות שס'45 מקנה סמכות עצמאית להיכנס לבית לביצוע מעצר משום שהסעיף אומר שכאשר יש סמכות מכוח הוראה אחרת אז מי שמחזיק בבית חייב לאפשר את הכניסה. יחד עם זאת, את מקור הסמכות במקרה הזה הם מצאו בס'25 לפסד"פ, אשר מדבר על תנאים בהם אפשר להיכנס לחפש בבית ללא צו חיפוש. סעיף קטן (4) קובע שניתן לעשות חיפוש כאשר שוטר רודף אחרי אדם המתחמק ממעצר או נמלט ממשומרת חוקית. לטענתם, הרדיפה לא חייבת להיות תכופה ולכן זהו מקור הסמכות.** השופט איילון, בניגוד לדעת הרוב**, 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. לדעת** המרצה **זה ויכוח אקדמי כי בכל מקרה תמיד נוכל לפנות לס' 25 אשר כולל את המקרים הטיפוסיים למצבים בהם אין לשוטר צו מעצר ונותן את הסמכות להיכנס ללא צו. אם כל החלופות לא מתקיימות יש מספיק זמן להוציא צו מעצר ואז תינתן הסמכות להיכנס לכל מקום.**

**7. הארכת מעצר – "מעצר ימים" (לפני הגשת כתב אישום- ע"י שופט)**

**מעצר ימים תמיד בביהמ"ש השלום, לא משנה על איזו עבירה. ואם הערער אפשר להגיע עד לעליון. סמכות של מעצר ימים נעשית מכוח אותם סעיפים שמכוחם שופט מוציא את הצווים הראשוניים. כלומר, יש כפילות בין** ס'12 ו-13 לחוק המעצרים **כי הם עוסקים בשני מצבים: הוצאת צו מעצר ראשוני והארכת מעצר ע"י שופט.** ס' 12 **לחוק המעצרים מאפשר לתת צו מעצר בין אם בנוכחות החשוד ובאם אם בהיעדרו. הסיטואציה של בהיעדרו מתייחסת להוצאת צו ראשוני ומאפשרת לעצור ל-24 שעות ואילו** הסיטואציה של בנוכחות היא במקרה של הארכת מעצר והיא נעשית בנוכחות של החשוד- הארכת מעצר חייבת להיות בנוכחות החשוד**.** ס' 13 **מונה את עילות המעצר במצב של הארכת מעצר, כאשר גם כאן יש לנו מסלול עיקרי ומשני.**

**המסלול העיקרי:**

1. הבסיס העובדתי🡨ס'13(א) לחוק המעצרים **קובע כי בשביל הארכת מעצר יש צורך בחשד סביר לביצוע עבירה שאיננה חטא. מהו חשד סביר של שופט? בסיטואציה של הארכת מעצר ישנה בעיה מעגלית. מצד אחד, המשטרה צריכה להראות לשופט קצה חוט כדי שייתן הארכת מעצר ומצד שני המשטרה מבקשת את המשך המעצר כדי להמשיך לחקור. לכן יש פה מקום להרבה אינטואיציה שיפוטית. המדינה רוצה הארכת מעצר בשביל להמשיך לחקור, אבל היא צריכה חלק מחומר החקירה עמ"נ להוכיח לביהמ"ש שיש יסוד סביר להארכת מעצר.**

פסק דין רוזנשטיין ופסק דין לנדסברגר**: ביהמ"ש אומר כי המושג חשד סביר יכול לכלול כל ראיה, כולל ראיות לא קבילות וחומר חסוי, אשר יכול לקשור את החשוד לעבירה. גם ס'15(ו) לחוק המעצרים מאפשר להשתמש לשופט להחליט על סמך ראיות שאינן קבילות במשפט. ההחלטה היא לפי אינטואיציה משפטית מושכלת. רק המשטרה מביאה חומר בפני ביהמ"ש, הסנגור יודע על חשדות כלליים והוא לא יודע על חומר הראיות ולא בהכרח יכול להגיב עליו.**

פס"ד שקרנה: **השופטת בייניש עומדת על הבעיה המעגלית הזאת, הצורך בהשלמת החקירה לשם ביסוס החשדות המיוחסים לחשוד למול זכותו של החשוד לחירות שבשלב שבו עדיין לאין למשטרה ראיות להגיש כתב אישום כנגדו.**

1. עילות מעצר🡨
2. ***שיבוש* –** ס'13(א)(1) לחוק המעצרים **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. שיבוש כולל בריחה, העלמת ראיות, הפחדת עדים ועוד. ישנה בעיה כאשר מדובר במעצרים באירועים המוניים, גם מבחינת התשתית העובדתית וגם מבחינת העילות.**

בש"פ סינהרשקו: **דובר על אירועים שאירעו 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 והשופטת בייניש קבעה כי באירוע המוני מבחינת התשתית העובדתית די בשלב הזה בזיקה ראייתית הבאה לביטוי בנוכחות במקום העבירה כדי לבסס חשד סביר נגד החשודים ולקשור אותם באופן ראשוני לעבירות שלכאורה בוצעו. מבחינת עילת המעצר, בייניש אומרת כי כאשר יש מעורבים רבים בעבירה ויש חשש שהייתה התארגנות מראש לביצוע העבירה, קיים חשש טבוע לאפשרות של שיבוש הליכים. צריך לזכור שמדובר בשופט דן יחיד ואולי התשובה היום תהיה שונה מסינהרשקו.**

1. ***מסוכנות* –** ס'13(א)(2) לחוק המעצרים **מאפשר להאריך מעצר אם קיים יסוד סביר לחשש שהנאשם יסכן את בטחונו של אדם, הציבור או המדינה.**
2. ***הליכי חקירה שלא ניתן לקיימם אלא במעצר* – עילה ייחודית ביותר להארכת מעצר שקבועה** בס'13(א)(3) לחוק המעצרים**. מדובר במצבים בהם האדם לא מסוכן וגם אין סכנה לשיבוש, אבל המשטרה אומרת לביהמ"ש שיש הליכי חקירה שהיא יכולה לקיים אותם רק במעצר, הדוגמא הקלאסית היא מדובב. במקרה של הארכת מעצר לשם קיום הליכי חקירה, על השופט לרשום נימוקים מיוחדים (המשטרה צריכה להציג נימוקים מיוחדים) להחלטתו להאריך את המעצר.**

פס"ד ברונסון: **חשין נדרש לשאלה מהם הליכי חקירה שלא ניתן לקיימם אלא במעצר: חשין אומר שמצד אחד הכבדה על חקירת המשטרה לא מספיקה כדי להיכנס לסעיף כי תמיד למשטרה נוח יותר לחקור במעצר, אך מצד שני המשטרה לא צריכה להראות שהחקירה תסוכל מכל וכל אם החשוד לא יהיה במעצר. מה שהמשטרה צריכה להראות היא פגיעה חמורה וקשה ביכול הניהול הסביר של החקירה- לא ניתן לנהל באופן סביר וראוי בדרכי החקירה הרגילות.**

**לעניין הנימוקים של השופט, חשין אומר שהשופט צריך לנמק ברמת הפשטה כזו שמצד אחד לא תמחק את מיוחדותם של הנימוקים ומצד שני לא תסכל את הליכי החקירה עצמה (להראות שיש נימוקים מיוחדים אך מבלי לסכל את החקירה). אחד הפתרונות לנושא הזה הוא שהשופט מפנה בהנמקה שלו לחומר חסוי. הדבר לא פותר את הבעיה של המידע לסנגור אבל פותר את יכולת הביקורת השיפוטית, שכן אם יוגש ערר השופט בערר כן יוכל לראות את הנימוקים בחומר החסוי.**

**ימי המעצר שהשופט מוסמך לתת מכוח עילה זו הם שונים. בעילות הרגילות שופט רשאי להאריך את המעצר עד 15 ימים בכל פעם (**ס'17(א) לחוק המעצרים**) וסך כל התקופות (כולל המעצר הראשוני של 24 שעות) לא יכול לעלות על 30 יום (**ס'17(ב) לחוק המעצרים**). אם מוגשת בקשה ע"י היועמ"ש לממשלה ניתן להאריך את המעצר עד 75 יום סה"כ ולאחר מכן יש לשחרר את העצור (**ס'59**), אלא אם יש בקשה שאושרה ע"י ביהמ"ש העליון שיכול להאריך ב3 חודשים בכל פעם (**ס'62**). לעומת זאת, במעצר לצורכי חקירה קובע** ס'13(א)(3) **כי ביהמ"ש יכול להאריך את המעצר עד 5 ימים ואם הוא עדיין סבור שלא לא קוימו כל הליכי החקירה הוא יכול להאריך בעוד 5 ימים, אבל סה"כ המעצר לא יעלה על 15 ימים- הרוב המוחלט לא מגיעים למעצר ימים עד להארכה של ביהמ"ש העליון לעומת מעצר עד תום ההליכים ששם כן מגיעים.**

בש"פ פלוני נ' מ"י: **עלתה השאלה** האם אפשר לעצור בשל העובדה שרוצים להעביר חשוד בדיקה פסיכיאטרית**. חשין אמר שניתן להאריך מעצר של חשוד אך ורק אם מוכחת אחת מעילות המעצר המנויות בס'13. כל עוד העצור הוא חשוד ולא הוגש כתב אישום, ביהמ"ש לא מוסמך להורות על בדיקה פסיכיאטרית בתנאי אשפוז אלא רק על בדיקה פסיכיאטרית שלא בתנאי אשפוז. כלומר, לאחר שהחשוד שנעצר הבדיקה היא חלק מהחקירה, אבל אם לא מתקיימת עילה כל מה שביהמ"ש יכול הוא להורות על בדיקה שלא בתנאי אשפוז.**

1. חלופת המעצר🡨ס'13(ב) לחוק המעצרים **קובע כי שופט לא יצווה על מעצר לפני שיבדוק אם מתקיימת חלופת מעצר. חשוב להדגיש שלא מגיעים לבדיקת החלופה אם אין תשתית עובדתית או עילת מעצר.**

המסלול המשני:

1. הפרת הוראה מוסמכת🡨ס'14 לחוק המעצרים **קובע כי מספיקה הצהרה של שוטר לפיה אדם נמלט ממשמורת חוקית כדי לאפשר לשופט להוציא צו מעצר. עצם העובדה שהייתה הימלטות היא עילת המעצר.**
2. הפרת תנאי שחרור בערובה**🡨** ס'51 לחוק המעצרים **קובע כי אם יש הפרה של תנאי שחרור ויש עילת מעצר אז אפשר לעצור.**

מ"י נ' פלוני: **השאלה המשפטית שעלתה היא** היכן מעוגנת סמכות ביהמ"ש השלום להאריך תוקפם של תנאי שחרור בערובה של חשוד במסגרת הליכי מעצר ימים**. השאלה התעוררה משום שב**ס'13 **יש סמכות הארכה של המעצר אבל ברגע שאדם משוחרר להארכת מעצר לא כתוב בשום מקום שיש סמכות להאריך את החלופה. השופט עמית אומר שמי שהוסמך לפעול על גבול השלם מוסמך גם לפעול בחלקים של אותו שלם- קל וחומר. כלומר, משניתנה לביהמ"ש סמכות להאריך מעצר, הסמכות כוללת גם הארכת חלופות מעצר- גם תנאי שחרור בערובה שפגיעתם בחירות פחותה. הסמכות לגבי חלופות המעצר נמשכת כל זמן שיש סמכות להאריך מעצרים, כלומר עד 30 יום ואם יש בקשת יועמ"ש עד 75 יום. מעבר לפרק הזמן הזה יש להגיש בקשה לפי** ס'58 לחוק המעצרים, **שקובע שהערובה ותנאי השחרור יבוטלו תוך 180 יום אם לא יוגש כתב אישום, אלא אם הוגשה בקשה בתוך אותה תקופה ואז ניתן להאריך את תנאי הערובה ב-180 ימים נוספים. הסעיף לא מבחין בין חלופות המעצר השונות, למשל ערובה כספית שונה ממעצר בית, ולכן חשוב שהשופט יבחין בין סוגי הערובות השונות כתחליף למעצר. אם ניתן להגיע ל-30 ימי מעצר אפשר להגיע ל-30ימי חלופת מעצר של מעצר בית. אבל חלופות אחרות לפי תנאי ס' 58.**

בש"פ מקסימוב נ' מ"י: **בתאריך 15.5.02 מקסימוב נעצר ברומניה בעקבות בקשת הסגרה של משטרת ישראל. הוא שהה במעצר ברומניה עד שהגיע לישראל ב-13.6.02 ונעצר באותו יום בנתב"ג. הוא הובא לביהמ"ש להארכת מעצר שהוציא מעצר שתוקפו עד ה-26.6.02. כלומר, ביהמ"ש הוציא מעצר שהוא פחות מ-15 ימים כפי שנדרש בחוק. הטענה של מקסימוב הייתה שלא ניתן לעצור אותו לכל כך הרבה הימים כי יש לספור גם את הימים בהם הוחזק כעצור ברומניה. ביהמ"ש העליון קבע כי** ימי מעצרו של אדם בחו"ל לצורכי הסגרתו אינם נכללים במניין התקופה שבה ניתן להחזיק חשוד במעצר**.**

הפרוצדורה**:** ס'15-16 **קובעים את סדרי הדין לעניין הארכת מעצר, ס'17 קובע את המועדים, ס'18 קובע מה צריך להיות בצו המעצר וס'19 קובע הוראות לעניין ביצוע צו המעצר. חשוב להדגיש כי אי חוקיות שקדמה להארכת המעצר לא שוללת את סמכות השופט. כלומר, יכול להיות שנעשו דברים לא חוקיים בשלב קודם, אבל כאשר אדם הגיע להארכת מעצר בפני שופט הוא יוכל לקחת את זה בחשבון אך זה לא שולל את סמכותו והוא יכול להגיע למסקנה שהאינטרס הציבורי במעצר כל כך חזק שהוא עוצר.**

**פס"ד מ"י נ' ג'נח: דובר על אדם שעוכב ע"י שוטר יותר מ3 שעות מבלי שהעיכוב הוארך ע"י הקצין הממונה. האדם הובא בפני שופט והסנגור ניסה לטעון שלשופט אין סמכות מכוח ס'13 משום העיכוב היה בלתי חוקי. ביהמ"ש אומר שגם אם ביהמ"ש סבור שהעיכוב היה לא כדין הוא לא פטור מלדון בבקשת המעצר לגופה.**

**פס"ד אשרף נ' מ"י: לפי ס'16(2) הארכות מעצר נעשות בנוכחות החשוד אלא אם מתקיימים החריגים שבסעיף. ס'17(ג) אומר שאם היה מעצר שלא בנוכחות החשוד הוא לא יעלה על 24 שעות. באותו מקרה אשרף נעצר והובא להארכת מעצר תוך 24 שעות, אבל הוא לא הסכים להיכנס כי עורך דינו לא הגיע ומעצרו הוארך. הסנגור, לאחר שהגיע, ניסה לטעון שלא ניתן להאריך את המעצר כי החשוד היה עצור מעל 24 שעות. ביהמ"ש אמר שהסעיף לא מתייחס לסיטואציה הזאת משום שהוא בחר שלא להיכנס לדיון. בנוסף, גם אם נפל פגם ביהמ"ש לא רשאי להתעלם מהחומר שבפניו משום שגם טענה לפגם צריכה להיבחן מול האינטרס הציבורי.**

מעצר לפי הצהרת תובע (לפני הגשת כתב האישום אך לאחר סיום החקירה)

**אין מעצר ללא סמכות בחוק. כאשר מסתיימת חקירה אדם אמור להיות משוחרר אבל לעיתים התביעה צריכה עוד כמה ימים לשם הגשת כתב אישום, או שהאדם מסוכן ואנו לא רוצים שיהיה בחוץ- מעצר ימים- בזמן החקירה. אח"כ מעצר עד תום ההליכים- בזמן המשפט. מה קורה לאחר החקירה, כשכותבים את כתב האישום ועדיין לא מגישים כתב אישום? יש מעצר לפי הצהרת תובע, שניתן לתת אותו עד 5 ימים.** מעצר אחרי החקירה אך לפני ההגשה של מעצר עד תום ההליכים שנלווה לכתב האישום. **לשם כך קובע** ס'17(ד) **כי אם הצהיר תובע שעומדים להגיש כתב אישום כנגד חשוד ניתן להאריך את מעצר החשוד ב5 ימים וכל זאת בכפוף לסעיף קטן (ב) שקובע כי סך ימי המעצר לא יעלה על 30 ימים (ז"א סה"כ הימים כולל מעצר ימים, לא יכלו להאריך את מעצר הימים עד ל-30 יום כי נגמרה החקירה). בדרך כלל ביהמ"ש נותן 2-3 ימים וזה מספיק כי תמיד יש קשר בין הרשות התובעת לחוקרת והתיק לא מגיע בהפתעה.**

פס"ד בדווי:נקבע כי די שהתובע יצהיר שלאחר עיון בחומר יש ראיות לכאורה להגיש כתב אישום ואין צורך בהצהרה חד משמעית. **הסנגורים ניסו לטעון כי התובע צריך להודיע שצריך להגיש כתב אישום בוודאות אבל זה לא התקבל. לא רוצים לאיין את שק"ד של התובעים, שלא יעגלו פינות וסתם יצהירו הצהרות.**

פס"ד אלטוויל: **ניסיון של הסנגורים לטעון שהתובע צריך לכתוב את סעיפי האישום שבהם הוא יגיש כתב אישום וגם זה נדחה.** ביהמ"ש אמר שלא צריך לכתוב את סעיפי האישום- לא צריך לציין את הסעיפים המפורטים.

**בעקבות פסקי הדין הללו הפרקליטות הוציאה נוסח אחיד להצהרת תובע: "אני מאשר/ת כי לאחר עיון בחומר הראיות שהוגש לי יש מקום לכאורה להגיש בתיק זה כתב אישום ולבקש מעצרו של הנאשם עד לתום ההליכים המשפטיים נגדו".**

פס"ד שימול: **עלתה השאלה מה קורה אם ניתן מעצר על בסיס הצהרת תובע, לכאורה המדינה צריכה להגיש כתב אישום, אבל אז התגלה חומר חקירה חדש והמשטרה מבקשת לחזור להארכת מעצר לפי** ס'13**, בהנחה שנמצאים בתוך מגבלת ה30 יום.** ביהמ"ש אומר שייתכנו מקרים חריגים שבהם יתאפשר להורות על מעצר לפי ס'13 לאחר שהמעצר כבר הוארך לפי ס'17(ד) אבל התביעה תצטרך להראות שיש התפתחות מהותית שמצדיקה זאת, אשר משליכה על תוכן כתב האישום**. כמו כן, ביהמ"ש הדגיש כי לא מדבר במקצה שיפורים לתביעה ולכן היא תצטרך להראות שלא ניתן היה בשקידה סבירה לבצע קודם את פעולות החקירה האלה. במקרה זה הראו לביהמ"ש דוחות סודיים שלא ניתן היה לצפות ולכן נדרשו פעולות חקירה נוספות.**

פס"ד פלוני נ' מ"י**: בימ"ש השלום הורה על שחרור קטין ממעצר והחזרתו למעון שהוא נמצא בו. המעון פחד שהקטין יחזור משום שזה יסכן את השוהים במקום ולכן הוגש ערר למחוזי. הערר התקבל וביהמ"ש הורה על המשך המעצר. הבעיה הייתה שנציג המשטרה אמר לפרוטוקול שהמשטרה סיימה את כל פעולות החקירה ולכן, בהיעדר הצהרת תובע, לא הייתה סמכות למשטרה לעצור ולכן התיק מגיע לעליון. השופט עמית אומר שבמקרה הזה הוא מותיר את המעצר עד למחרת בבוקר, קודם כל מהטעם המעשי שהתיק הגיע בשעות אחה"צ והדיון נקבע למחרת בבוקר ואז התביעה תגיש הצהרת תובע. מעבר לזה, הטעם המשפטי הוא שפרשנות תכליתית של** ס'17(ד) **מחייבת לבחון אם התקיימו עילות המעצר של מסוכנות ושיבוש גם אם נסתיימה החקירה. הוא בעצם אומר** שס'17(ד)כבר מכיל בתוכו את עילות השיבוש והמסוכנות, על אף שלא מציין זאת במפורש, שכן לא יעלה על הדעת שאם יש תקלה (המשטרה הצהירה שסיימה לחקור) ואין הצהרת תובע אדם מסוכן ישוחרר ממעצר**-** ולכן השופט עמית האריך את המעצר עד למחרת בו יוגש הצהרת תובע, לאור פרשנות תכליתית של ס' 17(ד).

**8. מעצר עד תום ההליכים (לאחר הגשת כתב אישום)**

מעצר עד תום ההליכים הוא כינוי שלא מופיע בחוק למעצר שקורה אחרי הגשת כתב אישום.

**ההבדלים בין מעצר עד תום ההליכים למעצרים עליהם דיברנו קודם:**

1. **סמכות🡨** לפי **ס'2 לחוק המעצרים** הסמכות לדון במעצרים שלפני הגשת כתב אישום נתונה לבית משפט השלום בלבד בעוד לאחר הגשת כתב האישום הסמכות היא לבית המשפט שאליו מוגש כתב האישום (בד"כ לא לאותו שופט). בשלב הזה החשוד הופך לנאשם- הוא כבר צד להליך.
2. **חומר החקירה🡨** חומר החקירה לפי **ס'74 לחסד"פ** ברגע שמוגש כתב אישום הנאשם מקבל את כל חומר החקירה. הגלגל מתהפך: כשהם חשודים הם לא יודעים מה החומר נגדם. אך יחד עם כתב האישום מוגש לנאשם כל חומר החקירה והסניגור יכול לצלם אותו. מכאן שבבקשה למעצר עד תום ההליכים העיניים של הנאשם כבר לא "קשורות" כמו שהיו קשורות בבקשות קודמות וההתמודדות שלו אל מול התשתית העובדתית כנגדו היא מושכלת יותר. יש רשימה של חומר הראיות ובה צריך להופיע קיומו של החומר החסוי (הבקשה להורדת החיסיון זה דרך פקודת הראיות).
3. **התקופה🡨** הרעיון מעצר לתקופת ההליך אבל הוא גם מוגבל. תקופות המעצרים עד כה היו מאוד קצרות בעוד שבמעצר עד תום ההליכים לפי **ס'61** לחוק המעצרים ביהמ"ש הדיוני יכול לתת עד 9 חודשים (מעצר באיזוק אלקטרוני עד 18 חודשים). הרבה פעמים זה לא מעשי לסיים את המשפט עד 9 חודשים, בניגוד למעצר ימים- מדברים על תקופת מעצר מאוד ארוכות.

סמכות להאריך מעבר- העליון: לפי **ס'62** הארכת המעצר מעבר לתשעה חודשים היא באישור ביהמ"ש העליון שמוסמך להאריך את המעצר בכל פעם ל-90 יום ובנסיבות מסוימות בשל ריבוי עבירות ל-150 יום.

מדוע 150 יום במקרה של ריבוי עבירות? בהתחלה לבית המשפט העליון הייתה אפשרות להאריך רק ב90 ימים מה שגרם להארכות רבות ולכן נתנו לביהמ"ש את האפשרות להאריך לתקופה ארוכה יותר. כאשר ביהמ"ש העליון שוקל האם להאריך את מעצרו של הנאשם הוא בוחן את סוג העבירה, מורכבות התיק או ריבוי אישומים ואשמים ושלא מדובר בסתם סחבת של אחד מהצדדים.

**ס' 60-** המשפט חייב להתחיל תוך 30 יום- "הקראה": ביהמ"ש עצר עד תום ההליכים- תחילת המשפט (הליך ה"הקראה"- ביהמ"ש מקריא לנאשם את האישומים) תוך 30 ימים (מעצר ע"י איזוק אלקטרוני זה 60 יום), אחרת צריך לשחרר אותו. הערה- כיום איזוק אלקטרוני זה סוג של מעצר (שנתפס כיותר "קל") ולא חלופת מעצר.

**ס' 21(ד)-** על אף ס' 2(ב) (צריך תשתית עובדתית למעצר עד תום ההליכים- "ראיות לכאורה")- הסנגור מקבל את חומר החקירה עם הגשת כתב אישום, לפעמים שווה לסנגור להסכים לעד 30 יום למעצר בלי שביהמ"ש ייבחן את הראיות- עמ"נ שיבוא לדיון בצורה מושכלת וינסה להוכיח שאין "ראיות לכאורה"- לדבר הזה נדרש הסכמת הסנגור. אם הסנגור צריך עוד זמן- נותנים קצת ובכל מקרה מעבר ל-30 יום זה רק כאשר ביהמ"ש נכנס קצת לראיות.

**שיעור 11 03.1.2016**

לגבי עבירות בטחון: מעצר מנהלי- מעצר מניעתי כשאין ראיות. מה שקורה היום- שב''כ ולא משטרה אבל מעצרים פליליים לכל דבר ועבירות בטחון ולכן יש את החוקים המותאמים.

**המסלול העיקרי** מורכב מ-4 חלקים🡨 תשתית עובדתית, עילת מעצר, העדר חלופה ותנאי מיוחד: ייצוג ע''י סניגור.

1. **תשתית עובדתית** – **ס'21(ב) לחוק המעצרים** קובע כי לא יינתן מעצר אלא אם הוכח שיש "ראיות לכאורה להוכחת האשמה". כלומר בעוד שעד כה דיברנו על חשד סביר, הרי שבהליך שאחרי הגשת כתב האישום כבר מדובר על "ראיות לכאורה". בניגוד להליכים הקודמים לכתב האישום בהם ניתן להשתמש בראיות לא קבילות וחומר חסוי (**ס'15(ו**) לחוק המעצרים) בשלב זה הדרישה היא שהראיות תהיינה קבילות. ראיות שעל בסיסן רוצים להרשיע אדם- צריכות להיות קבילות. יש כבר כתב אישום, שלגביו יש ראיות שצריכות להיות קבילות.

**בש"פ פרץ**: נקבע כי אם ברור שראיה לא קבילה (פוליגרף או האזנת סתר ללא אישור) אסור להשתמש בה לצורך ביסוס הראיות לכאורה**, אבל במצבים של ספק קבילות** (בהם הסנגור טוען לחוסר קבילות אך הנושא דורש דיון) **נקבל את השימוש בראיה כזו לצורך שלב זה אך העניין יתברר במשפט עצמו.** בעידן פוסט יששכרוב יש הרבה שאלות של קבילות שהן לא ברורות. לכן היום זה רלוונטי היום יותר. מה קורה אם יש הודאה- טענו שהיא לא חופשית ומרצון ובאמת במשפט באמת רואים שזה לא היה חופשי ומרצון אז יוכל הסנגור לבקש עיון חוזר (בקשה לעיון חוזר בגלל נסיבות חדשות) על המעצר לאור הנסיבות החדשות- שהוא לא ימשיך להיות במעצר מעכשיו. נניח שאדם נעצר על ראיות לכאורה כשאחת מהן התבררה במשפט כלא קבילה אז הסניגור יגיד שהיה כרסום. הליך המעצר הוא במקביל למשפט-הסניגור יכול להגיד במקרה כזה שאין ראיות לכאורה.

**פרשת מוגרבי:** הוגש כתב אישום על רצח נגד מוגרבי והוא נעצר עד תום ההליכים. למוגרבי היה שותף שהיה אמור להיות עד תביעה מרכזי בפרשה והשותף מת. מוגרבי פונה למחוזי ומבקש להשתחרר ממעצר עד תום ההליכים מחמת אובדן התשתית העובדתית של התביעה. המשטרה מתנגדת ואומרת שהיא מנסה להכשיר את הודעת השותף לפי **ס'10א לפקודת הראיות** , בעזרת ראיות חסויות. סע' זה מאפשר לתת הודעה בכתב מהעדות במשטרה במקום הודעה בע''פ (אדם צריך להעיד בע''פ כדי שהיא לא תהיה עדות שמיעה), כשמישהו מת בנסיבות מסתוריות זו סיבה לאשר בכתב מבלי שהוא יעיד. טענת הסנגור הייתה שלא ניתן להגיש חומר חסוי במעצר עד תום ההליכים. **ביהמ"ש קבע כי מותר להגיש חומר חסוי לעיונו הבלעדי של השופט כאשר מדובר במידע רלוונטי לעניין מעצרו של הנאשם ובתנאי שאינו קשור במישרין לעבירות המיוחסות לנאשם.** ביה''מ עשה הבחנה- החומר החסוי לא קשר לעבירה שהוא עשה אלא קשור למעצר, זו לא עדות ישירה על הרצח אלא המידע החסוי הוא על הכשרת עדות השותף. להגיש חומר שקשור למעצר אבל לא לעבירה עצמה. כלומר, במקרה הזה החומר החסוי לא בא להגיד שהנאשם רצח אלא בא להכשיר את עדות השותף ולכן הוא רלוונטי למעצר אבל לא קשור במישרין לעבירה ולכן ניתן לקבל אותו במקרה הזה.

חשוב בהקשר זה להבחין בין הוכחות לעילת המעצר ובין הוכחות לתשתית עובדתית לכך שבוצעה העבירה. **בהקשר של עילת המעצר יש מקום לראיות לא קבילות**. למשל, ההיסטוריה של הנאשם שמוכיחה שהוא מסוכן או עלול לשבש את החקירה או שהוא מסוכן לציבור. חשוב לזכור כי לרוב השופט שדן במעצר אינו השופט בתיק העיקרי ולכן אין חשש שהראיות שאינן קבילות ישפיעו על התיק העיקרי, למרות שזה אותו בית משפט.

**ראיות לכאורה:** ראיות לכאורה הן ראיות שעומדות במבחן זה – סיכוי סביר להרשעה או מבחן כור ההיתוך. בכמה פסקי דין קבעה השפט דורנר כי אם יש ספק סביר בשלב זה מכאן שאין ראיות לכאורה (הרימה את הרף הראייתי), היא הקדימה את השלב של ההרשעה למעצר (כל ספק קטן לא הייתה מאריכה). גישתה הייתה מאוד מקלה עם הנאשמים דבר שיצר הרבה בלגן- ערכאות נמוכות שלא ידעו כיצד לפסוק וגם כל הערערים הגישו אליה כי הבחינה מקלה יותר. אם יש סיכוי סביר להרשעה אז מאריכים את המעצר.

השאלה הגיעה לדיון מורחב של השופטים **בפרשת זאדה**: ברק בדעת הרוב קבע כיהמבחן **הוא מבחן של סיכוי סביר להרשעה**.כלומר, אנחנו מסתכלים על הראיות הגולמיות שניצבות מולנו כרגע ובודקים האם יש סיכוי סביר שהן יעברו את כור ההיתוך של המשפט ואת מבחני הקבילות והמשקל, ואם כן, האם הן יובילו להוכחת האשמה מעבר לכל ספק סביר. "ראיות לכאורה הן ראיות גולמיות אשר לגביהן קיים סיכוי סביר שעיבודן במהלך המשפט תוך בחינתן בחקירות ובקביעת אמינות ומשקל, יוביל לראיות רגילות אשר מבססות את אשמת הנאשם מעל לכל ספק סביר". לפני שיש משפט יש ראיות גולמיות- לא עבר את מבחן המהימנות ואין חקירות נגדיות וכו'. **מבחן הסיכוי הסביר אומר שביה''מ מסתכל עליהן ושואל את עצמו האם הראיות שבפנוי בהנחה שהם עוברים את כל המבחנים יש סיכוי סביר שיביאו להרשעה בסוף הדרך.**

השופטת דורנר בדעת מיעוט חזרה על תפיסתה לגבי "מבחן הספק הסביר המובנה". לטענתה, "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". כלומר אם יש ספק עכשיו בתחילת המשפט (מקדימה את הספק כבר להתחלה) אז אסור לעצור את הנאשם גם אם חומר הראיות מראה שיש מספיק להעברת נטל הראיה במשפט.

דרגת שכנוע- התביעה מעל לכל ספק סביר. נטלי הבאת ראיות עוברים במהלך המשפט- אחרי שהתביעה מביאה ראיות היא מעבירה את הנטל לנאשם שיטיל ספק.

למה הכוונה בהעברת הנטל? על מנת לנהל פרשת תביעה יש צורך בראיות לכאורה בלבד. נדרש מאד מעט מהתביעה כדי להעביר את הנטל לנאשם. לפי **ס'158 לחסד"פ** במידה ופרשת התביעה הסתיימה ולא הוכחה אשמתו של הנאשם, אפילו לא לכאורה, הנאשם יוכל לטעון "אין להשיב אשמה". כלומר לטעון כי אין צורך בפרשת הגנה. טענת "אין להשיב לאשמה" תתקבל רק במקרים מאוד נדירים.

**ישנו הבדל בין ס'158 לבין ראיות לכאורה הנדרשות במעצר** עד תום ההליכים. למרות שהמונח זהה, מוסכם בבית המשפט שראיות לכאורה לצורך המעצר דורשות יותר כי המשמעות שלהן היא פגיעה בחירות בעוד שבנוגע לס'158 אין הרבה פגיעה מעבר לזו שכבר קרתה כשהוגש כתב האישום. כל השופטים מסכימים על כך אבל דורנר לוקחת את ההבדל רחוק יותר ואומרת שאם יש ספק לגבי התשתית העובדתית לא עוצרים. ההלכה היא כברק ולכן המבחן הוא "מבחן הסיכוי הסביר להרשעה"/"מבחן כור ההיתוך".

אחת הראיות שנשאלות הן מה לגבי דיות- לפעמים לא די בראיה מסוימת אלא נדרשת לה תוספת ראייתית.

**תוספות ראייתיות:** המונחים המרכזיים בדיני ראיות הם קבילות, משקל ודיות (האם הראיות מספיקות). יש ראיות שנדרשות לתוספת ראייתית מסוג סיוע, חיזוק או דבר מה נוסף. **נניח שבתשתית העובדתית יש ראיה שזקוקה לתוספת ראייתית, האם כבר בשלב המעצר צריך לבדוק את קיומו של התוספת הראייתית?** **בפרשת אברג'יל** נקבע שברמה הלכאורית בית המשפט צריך לבחון כבר בשלב הזה את קיומה של התוספת הראייתית. נקבע ששקרים של הנאשם שהוכחו בראיות חיצוניות יכולים להוות סיוע לכאורה, לא נכנסים לעומק (היה מדובר על עד מדינה- סיוע).

**ראיות מוחלשות**: ביטוי שלא קיים בחוק, המציאו בפסיקה. החוק הוא בינארי- או שיש או שאין- אם יש עילת מעצר ותשתית עובדתית בודקים חלופה למעצר ואם לא אז לא. אבל בחיים אין שחור ולבן ולכן **בבש"פ חסיד** אומר השופט רובינשטיין כי "מסכת ראיות שיש סימני שאלה באשר לעוצמתה עשויה להצדיק חלופת מעצר" (זה חוזר בפסיקה שאחרי). לזה קורא רובינשטיין 'ראיות מוחלשות'. הבעיה היא **שישנם פעמים שיש ראיות שלא מצדיקות מעצר אך כן חלופת מעצר ולכן הומצא המונח "ראיות מוחלשות". כלומר במקרים אלו יעשה שימוש באמצעי המידתי יותר.** עילת המעצר בעצם הופכת לפתרון ביניים, קל יותר (למרות שהנאשם אמור להשתחרר).

הביקורת של **המרצה** היא שזה נוגד את החוק ולא שזה לא מוצדק- המרצה דווקא מבינה את זה שהשופטים מפחדים לקחת אחריות על שחרור נאשם.

1. **עילת מעצר –** 
   1. **שיבוש הליכי משפט:** **ס'21(א)(1)(א).** הדרישה היא ליסוד סביר להניח שאם לא נעצור הנאשם ישבש הליכי משפט (על ידי בריחה, השפעה על עדים, העלמת ראיות ועוד).
   2. **מסוכנות**: **ס'21(א)(1)(ב).** הדרישה היא ליסוד סביר לחשש שהנאשם יהווה סיכון לביטחון אדם, ציבור או מדינה (לא ברור אם פגיעה בעצמך נכנסת בגדר זה).
   3. **חומרת העבירה:** רשימת עבירות שיוצרת חזקת מסוכנת- קושרת בין התשתית העובדתי לעילה. בהתקיים ראיות לעבירות מסוימות אז קיימת גם חזקת מסוכנות. בעבר הייתה קיימת עילה של עבירת חומרת העבירה. כלומר העובדה שהנאשם הואשם בעבירה חמורה היא העילה, בשל שיקולים כגון אמון הציבור. כיום השיקול הזה לא קיים והגישה היא שאין לעצור אנשים בשל סיבה שאיננה אינדיבידואלית. במקום עילה זו, ס'21(א)(1)(ג) קובע רשימה עבירות שיוצרות חזקת מסוכנות, אך לא מדובר בחזקה חלוטה אלא בחזקה הניתנת להפרכה על ידי הנאשם.

**ההיסטוריה החקיקתית:** עד 1988 מעצר עד תום ההליכים הוסדר **בס'21 לחסד"פ** בעוד שהעילות התפתחו בפסיקה. הפסיקה קבעה מסוכנות ושיבוש, ודעת הרוב התייחסה גם לחומרת העבירה כעילת מעצר. כך למשל אפילו עבירות צווארון לבן חמורות, בשל חומרתן, יכלו להביא למעצר עד תום ההליכים. דעת המיעוט של השופט אלון באופן כללי בנושא הזה הייתה שחומרת עבירה איננה עילת מעצר. ב1988 תוקן החסד"פ והוספו לו **ס'21א ו-21ב.**

**ס'21א** קבע את עילות המסוכנות והשיבוש, ויצר גישת ביניים לפיה חומרת העבירה היא עילת מעצר ברשימה סגורה של עבירות, דוגמת סמים חמורים, אלימות. החוק הדגיש שזו רשימה סגורה. רוב השופטים פירשו את הסעיף הזה כפשוטו (עצם העובדה שהוא מואשם בתקיפה זו עילת מעצר) אך אלון פירש את הרשימה כרשימת מקרים בהם נוצרת חזקת מסוכנות הניתנת לסתירה על ידי הנאשם- לא ראה עילה מוחלטת. בנוסף, בעבר **ס'21ב** לחסד"פ קבע מעצר חובה בעבירות שעונשן מיתה ומאסר עולם.

ב1992 נחקק **חוק יסוד כבוד האדם וחירותו** ובעקבותיו עלו זכויות היסוד של חשודים ונאשמים למדרגה חוקתית. **פס"ד גנימאת:** אדם שגנב רכב בתקופה שבה גניבת רכבים הייתה מכת מדינה. עלתה השאלה האם העובדה שעבירה מסוימת היא מכת מדינה מהווה עילת מעצר. נקבע בדעת רוב שלאור עליית המעמד של זכויות הנאשמים לדרגה חוקתית יש לפרש את החסד"פ ברוח חוקי היסוד ולכן עילות מעצר חייבות להיות אינדיבידואליות, כלומר לא עוצרים בגלל מכת מדינה. לא משתמשים באדם כאמצעי- להרתיע אחרים וכו'. זה שזה מכת מדינה זה יכול להיות אינדיקציה לחזקת מסוכנות אבל לא אוטומטית.

השלב האחרון הגיע ב1996 עם חקיקת **חוק המעצרים**, שקיבל את הגישה של חזקת המסוכנות שניתנת להפרכה ברשימת עבירות סגורה. עם כניסת חוק המעצרים בוטלו הסעיפים אותם סקרנו (ס'21א,ב לחסד"פ למשל). לכאורה גם ברצח אפשר להפריך את חזקת המסוכנות. התוצאה היא שבכל עבירה, חמורה ככל שתהיה, אפשר להפריך את חזקת המסוכנות. דבר נוסף שלא כתוב בחוק הוא שהפרכת חזקת המסוכנות בפועל לא מובילה לרוב לשחרור מלא אלא להעדפה של חלופת מעצר. זו לא כוונת המחוקק אלא שחרור אבל צריך הרבה אומץ כדי לשחרר.

**פס''ד של עמית-** מנתח את העניין של תשתית לכאורה ועילת המסוכנות שרק אז מסתכלים על החלופה, לא כמו שקורה בפועל. אם יש חולשה בראיות אבל עילה למעצר חזקה וההפך, לא לפי לשון החוק אבל לגבי הפרקטיקה.

שינוי נוסף שהוכנס במסגרת **חוק המעצרים** הוא בנוגע לעילות המסוכנות. בעבר העילה דיברה על סיכון לשלום הציבור בעוד שבחוק המעצרים היא מדברת על ביטחון הציבור. סנגורים ניסו לטעון אחרי התיקון שסיכון לרכוש לא יכול להוות עילת מעצר שכן לכל היותר הוא פוגע בשלום הציבור ולא בביטחון הציבור. הטענה הזו נדחתה.

**פס"ד פרנקל:** השופטת בייניש קובעת כי מעשים שנועדו לפגוע ברכוש באופן שיטתי או בהיקף ניכר או תוך התארגנות של כמה עבריינים או תוך שימוש באמצעים מתוחכמים עלולות לסכן את בטחון האדם והציבור. פוגעים גם בזכויות בסיסיות של אנשים ובנסיבות מסוימות מסכנים גם את הביטחון (יש סיכון אינהרנטי שיתבצעו באלימות תוך סיכון חיי אדם).

**פס"ד מזרחי:** היו ראיות לכאורה נגד מזרחי בטענה שקשר קשר לזיוף דרכון, זה היה המקצוע שלו. בנסיבה כזו עבירת רכוש, מרמה וזיוף יכול להוות עילת מעצר, זה יכול להוות לסיכון כי זה יכול להיות גם לאומני. אם רישום פלילי של אדם מראה שיש כאן עניין סיסטמתי של זיוף דרכונים ברור שזה יכול לסכן את הציבור, למרות שלא מדובר בעבירת אלימות אלא בעבירת מרמה וזיוף הקשורה לרכוש. גם עבירת מרמה יכולה להקים חזקת מסוכנות.

1. **העדר חלופה** – **ס'21(ב)(1)** קובע שאם אפשרת להשתמש באמצעי שפגיעתו פחותה יש להעדיף אותו. לכאורה בחינת החלופה מגיעה אחרי שהוכחו תשתית עובדתית ועילת מעצר, ואז דנים בחלופות. עם זאת הצבענו על כך שבפועל לעיתים חלופות מעצר משמשות במצבים של חולשה באחד התנאים הקודמים, למשל במצב של ראיות מוחלשות, הפרכת חזקת מסוכנות ועוד.

**פס"ד עודה:** מקרה ראשון של הפרכת חזקת המסוכנות בסיטואציה של רצח. מדובר באישה בדואית שהוטרדה מינית על ידי בן דודה היא מספרת לבעלה ואביה והם מכריחים אותה לקבוע אתו בפרדס. היא עושה זאת והם רוצחים אותו והיא מואשמת בשותפות לרצח. בזמן המשפט היא בהריון והיא משוחררת למעצר בית. לא ראו סיבה לשים מישהי שמאד ברור שהיא לא מסוכנת במעצר, במיוחד שהיא בהריון. זה מראה שהמציאות עולה על כל דמיון- יכול להיות אדם שמואשם ברצח שיפריך את חזקת המסוכנות ויישלח למעצר בית (למרות שלפי החוק היא בכלל לא הייתה צריכה גם מעצר בית). זה מהפכני כי בעבר זה היה מחייב מעצר.

**הפרכת חזקת המסוכנות ושתיקת הנאשם**: **בפס"ד קורמן** מדובר על מקרה בו רכז הביטחון של הישוב הדר ביתר עודכן על זריקת אבנים. הוא רדף אחרי ילד שזרק אבנים, תפס אותו והיכה אותו למוות. אמנם הוא לא התכוון וניסה להחיות אותו, אך הוא הואשם בהריגה. בעניין המעצר עד תום ההליכים קורמן טען להפרכת חזקת המסוכנות. במהלך המשפט קורמן שתק והשופט זמיר קבע ששתיקתו עומדת לו לרועץ בניסיונו להפריך את חזקת המסוכנות ולכן קמה לו עילת מעצר. לדעת **המרצה** יש פה קושי רעיוני, כי שתיקת נאשם היא חיזוק או סיוע לתשתית העובדתית, אך כאן מדובר על עילת המעצר, לאחר סיום הדיון בתשתית העובדתית. השאלה עלתה מספר פעמים נוספות בפסיקה והקביעה של זמיר היא המקובלת כיום.

**לצורך שקילת חלופת מעצר השופט** בוחן פרטים שלא קשורים כלל לאישום, כמו מיהי המשפחה של האדם, מה מקום העבודה שלו, מי יכול לשמור עליו, מי יכול לקחת עליו אחריות, ועוד'. הכלי שנקבע לצורך זה הוא בקשת תסקיר משירות המבחן, כלי זה נקבע **בס'21א** שכותרתו 'תסקיר מעצר'. היום נעשה בכלי זה שימוש נפוץ. זה מאד הגיוני כי כששופט בוחן על חלופת מעצר אין לו מספיק מידע- התביעה מביאה על מסוכנות וכו' אבל השופט כך יכול לראות מה הסביבה שלו ומי ישמור עליו, איך אפשר לנטרל בעיות כלשהן.

1. **ייצוג ע"י סנגור** – **ס'21(ב)(2)** קובע כי לנאשם צריך להיות סנגור או שהוא צריך להודיע שהוא רוצה לא להיות מיוצג על ידי סנגור. זאת בניגוד למעצרים הקודמים עליהם דיברנו, שם אפשר לתת את המעצר גם בלי ייצוג או ויתור על הייצוג.

בהקשר זה החוק קובע מספר מעצרי ביניים כאשר לכל מעצר יש עיגון חוקי**. ס'21(ג) לחוק המעצרים** אומר שאם לא היה לנאשם סנגור והוא לא ויתר על הסנגור, ביהמ"ש ימנה לו סנגור. כל עוד לא התמנה לו סנגור רשאי בית המשפט לקבוע כל פעם עד 7 ימי מעצר, כשסך התקופות לא עולות על 30 יום ללא סנגור. היום עם הסנגוריה הציבורית הדבר פחות נפוץ. **סע' 61**- עד 9 חודשים מעצר עד תום ההליכים.

מעצר ביניים נוסף קבוע **בס'21(ד)** בו נקבע כי על אף הדרישה בס'21(ב) שדורש ראיות לכאורה לשם מעצר עד תום ההליכים, רשאי בית המשפט על פי בקשת הנאשם או סנגורו לדחות את הדיון במעצר עד תום ההליכים בכדי שלסנגור יהיה מספיק זמן ללמוד את התיק. בינתיים, עד הדיון, יינתן מעצר בהסכמה, לתקופה שלא עולה על 30 יום (אפשר כמה בקשות). הרי רק עם הגשת כת''א מקבל הסניגור את חומר החקירה ויכול להיות שמדובר בחומר רב והוא צריך להתמודד עם הראיות לכאורה. המעצר המבוקש כדי ללמוד בינתיים את חומר החקירה מבלי לבחון את הראיות לכאורה. האם ניתן להאריך זאת למעבר ל-30 יום? **בפס"ד כהן** (אחרי חוק המעצרים) שמפנה לפס"ד הררי (לפני חוק המעצרים) נקבע כי לשם כך צריך תשתית כלשהי לקיומן של ראיות לכאורה להוכחת אשמה, וגם אז ההארכה תהיה רק בנסיבות נדירות ולתקופה קצרה של ימים אחדים. מעבר ל-30 יום ביה''מ מחויב לבדוק תשתית כלשהי לראיות לכאורה- הוא לא ייכנס לעומק אבל לפחות יבחן תשתית כלשהיא, זה יהיה לימים ספורים ובמקרים נדירים.

**המסלול המשני:** כאשר כבר היה מעצר עד תום ההליכים במסלול העיקרי, אך הופרו תנאים. העילה למעצר היא בשל הפרת הוראה מוסמכת קודמת. הסעיף המסמיך לעניין זה הוא **ס'21(א)(2) לחוק המעצרים** שקובע שאם הופרו תנאים (לדוג' הופרו תנאי מעצר בית) זו עילה למעצר.

**מועדים של מעצר עד תום ההליכים-** **סע' 60**: אם אדם נעצר עד תום ההליכים תוך 30 יום צריך להתחיל את המשפט- הקראה (אם זה באזיק אלקטרוני זה 60 יום- זה סוג של מעצר לכל דבר אך יש הבדל בין מעצר בבית מעצר לבין אזיק אלקטרוני). **סע' 61:** אחרי תקופה של 9 חודשים (אזיק אלקטרוני 18 חודשים) ישוחרר מן המעצר. **הסמכות של הערכאה הדיונית-** לפי **סע' 62** רשאי שופט ביה''מ לצוות על עוד 9 חודשים (או 18 עם אזיק) ורשאית מעת לעת להאריך. מה שקרה זה שפנו לעליון גם 8 פעמים כי יש משפטים שלוקחים המון זמן- ארגוני פשיעה למשל. בגלל זה המחוקק קבע אופציה של 150 יום בבת אחת- ס''ק בנסיבות של ריבוי של אישומים, מורכבות התיק , ריבוי עדים ואישומים וכו'.

**דיני מעצרים וערך השוויון🡨** היום מתגברים על זה יותר טוב מכיוון שהשופט מעצרים הוא מתמחה- הוא מתמחה במעצר עד תום ההליכים. הערר מוגבל ל-30 ימים. עד לפני מספר שנים הגשת ערר על מעצר לא הייתה מוגבלת בזמן ואז היו מחכים שהיה שופט נוח להם. במובנים מסוימים מתגברים על זה יותר טוב היום אבל הרעיון הוא ששוויון הוא ערך חשוב אך לא מוחלט. העובדה שבמקרה דומה אדם שוחרר לא מחייבת את השופט לשחרר את החשוד, מכיוון שהאינטרס הציבורי יכול לגבור על השוויון. כלומר השוויון, כמו אי חוקיות, הוא שיקול חשוב, אך לא מכריע. אם השופט חושב שהנאשם צריך להיות במעצר זה לא משנה מה היה קודם, הוא ייקח את זה בחשבון אבל אם האינטרס הציבורי מראה שהוא צריך להיות במעצר הוא יאריך. **פרשת קייב ומירופלסקי:** גיסים שהואשמו יחד ברצח ונעצרו עד תום ההליכים. לגבי שניהם הגישו ערר לביה''מ העליון. הערר של מירופלסקי הגיע לדורנר והיא טענה שאין מספיק ראיות ושחררה אותו לחלופת מעצר. הערר השני הגיע לשופטת פרוקצה והיא על בסיס אותה מסכת ראיות אמרה שיש ראיות לכאורה ואז כמובן הסניגור שלו העלה את טענת ההפליה. פרוקציה אומרת **שעקרון השוויון חשוב אבל יש אינטרס ציבורי ואם הוא גובר**. **פרשת מזרחי**- שם דווקא כן היה גורם מבחין אבל ביה''מ חוזר על ההלכה ששוויון הוא לא מוחלט- שני שותפים לעבירה נעצרו עד תום ההליכים, אחד שוחרר לחלופת מעצר והשני לא אבל השני ביצע את העבירה כשהוא היה משוחרר בחלופת מעצר בעבירה אחרת- גורם מבחין. ביה''מ אמר שיש הבדל מהותי- אחד כבר הפר אמון והשני לא. אבל גם אז חוזר על ההלכה, שגם ערך השוויון לא מוחלט אלא צריך לאזן וגם בטחון הציבור.

**מעצר לצורכי הגשת ערעור-** יכולה להיות סיטואציה של זיכוי ואז הנאשם ישוחרר. שחרור הנאשם יהיה גם במצב שבו הנאשם הורשע אך לא קיבל עונש מאסר. יכול להיות מצב שאדם היה במעצר עד תום ההליכים, התביעה חושבת שהאדם מסוכן וצריך להיות מורשע ולהיות במאסר בפועל. אבל יכול להיות מקרה שהנאשם מזוכה או שהוא מורשע ולא מקבל מאסר ועדיין יכולים להיות מקרים קיצוניים שברור שאסור שהאדם יהיה בחוץ. **מה קורה אם הפרקליטות רוצה לערער?** **ס'22(א)** עוסק במקרה של הרשעה אך בלי עונש מאסר ומאפשר לבית המשפט שהרשיע להורות על 72 שעות מאסר אם יש חשש המלטות, ואם אין חשש להורות על שחרור בערובה. בשני המקרים הללו, מכיוון שהערעור עוד לא הוגש, הערכאה שדנה בנושא היא הערכאה שבה הנאשם הורשע או זוכה. **סע' 22(ב)** אומר כי בתקופת הערעור לביה''מ שבסמכותו הערעור הסמכות- כמו במעצר עד תום ההליכים.

**ס'63 לחוק המעצרים** קובע כי במקרים של זיכוי, אם התביעה הודיעה שהיא רוצה להגיש ערעור בית המשפט רשאי להורות על שחרור בערובה או על 72 שעות מעצר שבהם התביעה תגיש את הערעור (היא צריכה זמן להגיש את הערעור). בסיטואציה שבה הוגש ערעור לאחר שהערכאה הקודמת הכריעה שהנאשם מורשע אך העונש הוא בלי מאסר, **ס'22(ב**) קובע שערכאת הערעור תוכל לקבל את הסמכויות של **ס'21**, כלומר תוכל לתת מעצר עד תום ההליכים. לגבי ערעור אחרי זיכוי יש לאקונה כי אין סעיף חוק שעוסק בכך מפורשות:

**פס"ד עפיף:** קובע שפרשנות של **ס'63** מחייבת שיש סמכות למעצר במקרים של ערעור לאחר זיכוי אחרת לא היו נותנים מראש את 72 השעות. אין הגיון שאי אפשר יהיה לעצור אותו אחרי הגשת הערעור, אם בערעור אין סמכות לעצור אז נשחרר אותו עכשיו, אין הגיון שאח''כ בערעור אין סמכות. בנוסף **ס'2(3) לחוק המעצרים** אומר שסמכות המעצר בערעור נתונה לבית המשפט של הערעור. נקבע כי השילוב בין שני סעיפים אלה מחייב את המסקנה שגם נאשם זוכה והוגש ערעור בענייננו יש לביהמ"ש סמכות לעצור אותו לתקופת הערעור, בהתאם להוראות **ס'21 לחוק המעצרים.**

טבלה לסיכום הנושא:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| תוצאת המשפט הראשון: | זיכוי | הרשעה אך בלי עונש מאסר |
| עד להגשת הערעור | **ס' 63**: הערכאה שזיכתה יכולה לתת עד 72 שעות מעצר. | **ס' 22(א):** הערכאה שהרשיעה יכולה לתת עד 72 שעות מעצר אם יש חשש הימלטות. |
| אחרי הגשת הערעור | **פס"ד עפיף** ע"ב **ס' 63+ ס' 2(3)**: ערכאת הערעור מקבלת את סמכויות ס' 21 לגבי מעצר עד תום ההליכים. | **ס' 22(ב):** ערכאת הערעור תקבל את סמכויות ס' 21 לגבי מעצר עד תום ההליכים. |

**שיעור 12 10.01.2016**

**ערר ועיון חוזר**

נורא חשוב להבחין בין עיון חוזר לערר. על כל החלטת מעצר יש אפשרות של עיון חוזר ויש אפשרות של ערר שהם שני דברים שונים. עיון חוזר זו סיטואציה של שינוי נסיבות או חלוף זמן שפונים לאותו בית משפט שנתן את המעצר ומבקשים עיון חוזר בהחלטה. לעומת זאת ערר הוא ערעור לבית המשפט שלמעלה. ערר נועד לפתוח את ההחלטה ולא קשור לשינוי נסיבות או חלוף זמן. ערר יכול להיות על גזר דין או פסק דין וכן על ערובות ובעצם כל החלטה שקשורה במעצר.

עיון חוזר: ס'52 לחוק המעצרים קובע כי אדם (עצור, משוחרר בערובה או תובע) יכול לפנות בבקשה לעיון חוזר במצבים של (1)עובדות חדשות שהתגלו, שינוי נסיבות או (2) זמן שעבר (בעיקר במעצר עד תום ההליכים) **באותו ביה''מ.** הסעיף קובע – "לרבות בהחלטה לפי סעיף זה" כלומר שניתן אף לבקש עיון חוזר על עיון חוזר. ס' קטן (ב) אומר כי אדם שמוחזק במעצר בשל שאינו יכול לשלם ערובה יכול לפנות בכל עת לבקשה לעיון חוזר (3). מעצר זה אף פעם לא החלטה סופית- על ראיות לכאורה אבל היה כרסום בראיות במשפט עצמו ולכן הגיש עיון חוזר- ראוי לשקול שוב את המעצר. זמן שעבר- מינימום 3 חודשים. נניח אדם יושב במעצר בית ועברו 3 חודשים והסניגור מבקש שהוא ייצא לעבוד (שיטת הסלמי- לצאת לעבודה ואח''כ לעוד מקום).

בג"צ רביזדה: אדם ששוחרר ממעצר בתנאים ובהם הפקדת ערובה. הוא לא יכול היה להפקיד את הערובה ולכן נשאר במעצר. הוא הגיש בקשה לעיון חוזר בטענה להעדר יכולת להפקיד את הערובה. המחוזי דחה את הערובה בטענה שהבקשה הוגשה טרם הזמן (רק חודשיים). הוא ערער לעליון שקבע כי לפי ס'52 צריך שיעבור זמן ויהיה שינוי נסיבות או שיעבור זמן ניכר אבל ס' קטן (ב) קובע הסדר שונה. כלומר, כאשר הבקשה היא בגלל חוסר יכולת להמציא ערובה הבקשה לעיון חוזר לא מותנת בחלוף זמן. גם על בקשה לעיון חוזר יש ערר.

ערר: ס'53 לחוק המעצרים. על החלטה שקשורה במעצר (עצור, משוחרר בערובה, תובע או ערב) יכולים לערור לבית המשפט של הערעור שידון בערר בשופט יחיד. ההלכה אומרת כי ביהמ"ש בערר יכול להיזקק לחומרים שהתווספו מאז ההחלטה הקודמת. עולה השאלה – האם ניתן להגיע לעליון מהשלום?! בעבר הלא רחוק (עד לפני 4 שנים) היו שני עררים בזכות. כלומר לא היה צורך לבקש רשות בערעור לעליון- חריג לשיטה שלנו שצריך לבקש רשות בערעור שני. מעבר לכך לא הייתה מגבלת זמן להגשת הערר. הדבר גרם לבעיות קשות מבחינת "פורום שופינג" – אנשים חיכו לשופט שיותר נוח להם איתו. מעבר לכך כמובן הייתה הצפה.

נעשו שני תיקונים🡨

1. ס'53(א1)(1) – על החלטת המחוזי שהגיעה לאחר ערעור למחוזי יש צורך לבקש רשות לערעור בפני ביהמ"ש העליון.
2. ס53(ג) – הגבלת זמן הערער ל30 ימים.

הייתה עתירה בטענה שהתיקונים לא חוקתיים ויש פגיעה בזכויות. העתירה נדחתה. ביהמ"ש אמר כי השיטה המשפטית שלנו היא שיטה של ערר אחד בזכות ואחד ברשות.

הדבר העלה את השאלה באילו נסיבות ביהמ"ש יתן את רשות הערעור?! בפס"ד ג'ריס השופטת ארבל אימצה את הלכת חניוני חיפה. ההלכה היא לא פלילית אלא עוסקת בשאלה מתי נותנים רשות ערעור. ההלכה קובעת כי רשות ערעור תינתן במצבים שלהכרעה יש חשיבות מעבר לצדדים הקונקרטיים. כלומר, חשיבות ציבורית כמו שאלות בעלות חשיבות חוקתית, נושאים בהם יש החלטות סותרות של ערכאות נמוכות או מקרים בהם יש בעיה משפטית. ארבל מסייגת ואמרת כי במקום שבו בית המשפט סבור שיש נסיבות מיוחדות אפשר לחרוג מהלכה חניוני חיפה. המרצה טוענת שההלכה הזו העלתה ספקות מהסיבה שדיני מעצרים זה דיני נפשות, אולם בשל הסייג שהכניסה ארבל היא מקבלת את ההלכה.

פס"ד ברטלר: השופט דנציגר אומר כי הנסיבות החריגות לא חייבות להיות נדירות. אם ביהמ"ש מרגיש כי יש נסיבות יוצאות דופן הוא יכול לחרוג מההלכה. מאחר שמדובר בדיני נפשות- אם ההחלטה פוגעת בזכויות הנאשם או שההחלטה בלתי מידתית או בלתי סבירה הוא ייתן רשות.

ס'53(א1)(2) קובע כי ניתן לדון בבקשת הרשות לערר כערר, כלומר לגוף העניין. ס'54 קובע את הסמכויות של ביהמ"ש בערר ובעיון חוזר. ביהמ"ש רשאי לקיים / לבטל / לשנות / לתת החלטה אחרת במקום. ס'56 מדבר על אופן הגשת הבקשות. ס'57 מדבר על נוכחות בעלי הדין בדיונים.

**שחרור בערובה**

ערובה מוגדרת בס'41 לחוק המעצרים כערבון כספי או ערבות עצמית של חשוד או נאשם בין לבדם ובין בצירוף ערבות מכל סוג שהוא, ערבות או ערבון כספי של ערבים, הכל כפי שיורה ביהמ"ש או הקצין הממונה לפי העניין. בכל סוג של מעצר יש הוראה לבחון חלופת מעצר. במעצר ראשוני מי שבוחן את האפשרות הוא הקצין הממונה ובשאר המקרים בית המשפט הוא שבוחן את החלופה. הדעת נותנת שחלופות שיכול קצין ממונה להטיל לא דומות לאלו שביהמ"ש יכול לתת. ס'42 קובע אילו תנאים רשאי קצין ממונה לקבוע למשוחרר בערובה וס'48 קובע אילו תנאים ביהמ"ש רשאי להציב למשוחרר בערובה. תנאי שחרור בערובה- זה לא דווקא כסף- גם מעצר בית יכול להיות תנאי שחרור, עיכוב יציאה מהארץ, הפקדת דרכון וכו'.

בש"פ פלוני: מסכם את כל הנושא של שטר ערבות. ההלכה המרכזית היא שמשוחרר בערובה מחוייב רק בתנאים שכתובים במפורש בכתב הערובה שהוא חתם עליו. מדובר באדם שהיה עצור עד תום ההליכים וכתחליף התחייב בכתב הערובה להתייצב למשפט בכל מועד שיקבע כדין. המשפט הסתיים, הוא הורשע ללא מאסר וביקש שתוחזר לו הערובה. המדינה התנגדה ואמרה כי ההליכים לא הסתיימו כי הם מתכוונים להגיש ערעור על גזר הדין. ביהמ"ש אמר כי המשמעות של משפט (אלא אם כן נאמר אחרת) היא למשפט הדיוני ולא לערעור ולכן יש להחזיר לו את הערובה. אם היה מדובר גם על ערעור היה צריך לציין שזה כל ההליכים הדיוניים- היה צריך להחזיר לו את הערובה מאחר שאדם לא מחוייב בתנאים שלא נרשמו.

יש ערובה שהיא חלופת מעצר- במקום המעצר תנאי ערובה (לגבי כל סוג של מעצר ביה''מ מחוייב לשקול חלופת מעצר) אבל יש ערובות שהן לא חלופה למעצר. יש מקרים בהם אין עילה למעצר או ראיות לכאורה ועדיין מטילים ערובות לצורך התייצבות למשפט (ס'44(ב) לחוק המעצרים). פס"ד הורביץ: עלתה שאלה אילו ערובות ניתן לתת לפי 44(ב)?! ניתן צו עיכוב יציאה מהארץ. ביהמ"ש אמר כי התכלית של הסעיף היא להבטיח התייצבות של הנאשם למשפט ולא מדובר על תחליף מעצר ולכן עצם הגשת כתב האישום והעובדה שיש משפט לא מספיקות בשביל להטיל צו עיכוב יציאה מהארץ כי אין נגדו עילת מעצר. אם אפשר להבטיח התייצבות באמצעות המצאת ערובה זה מספיק, זה מידתי יותר- נגיד לבקש אישור לצאת מהארץ (להפקיד את הדרכון). פס"ד אדז'יאשוילי: דובר על מעצר בית מכוח ס'44(ב). ביהמ"ש קבע כי אדם שאין לגביו עילת מעצר הוא בהכרח אדם שאין ראיות לכאורה לאשמתו או שאין עילה למעצרו ולכן אי אפשר לעצור אותו. הערבות שניתן לתת לו הן לא כתחליף מעצר אלא לצורך התייצבות ולכן מעצר בית לא מתיישב עם ערובה כזו. תאורטית, כל מי שמוגש נגדו כתב אישום יכול להיות חשוף לסע' 44(ב).

בש"פ רבינוביץ': ס'58 לחוק המעצרים עוסק בתוקף ערובה. הסעיף קובע כי כל ערובה ותנאי שחרור בערובת יתבטלו אם לא הוגש כתב אישום נגד החשוד תוך 180 ימים (זה רק במקרה שטרם הוגש כתב אישום) אך ביהמ"ש רשאי בתוך תקופת הערובה להאריך אותה ואת תנאיה לתקופה נוספת שלא תעלה על 180 אם הוגשה בקשה באישור תובע. ברבינוביץ' החקירה הייתה מסועפת ועברו 180 יום. הוא ביקש לבטל את תנאי הערובה כי לא הוגש נגדו כתב אישום. המדינה, לאחר מספר ימים, הגישה בקשה להארכת תוקף הערבות. ביהמ"ש קבע כי לשון ס'58 ברורה והסמכות היא להאריך את הערובה אך ורק בתוך התקופה ולאחר שזו נגמרת לא ניתן לחדש אותה.

פס''ד של השופט עמית- עד 30 יום מעצר ימים אבל איך מאריכים חלופות מעצר? אפשר להאריך את חלופות המעצר כמו שאפשר להאריך מעצר, מה אם זה מעבר ל-30 יום? זה מכוח סע' 58. אבל ההגבלה הוא 180 ימים ואם רוצים מעבר הבקשה צריכה להיות מוגשת תוך כדי ה-180.

**חיפוש בגוף האדם**

חוק החיפוש בגוף הוא אחד החוקים שנחקקו לאחר חוק יסוד כבוד האדם וחירותו והוא חוק מפורט בנוגע לחיפוש בגוף, הבינו שזה אחד הדברים הפוגעניים ולכן היה צורך שכל פגיעה כזו תעשה בחוק. עד חוק החיפוש בגוף לא הייתה הגדרה של חיפושים שונים אלא היו כל מיני סעיפים בחוקים שונים שהשתמשו במינוח של חיפוש על גוף האדם. למשל, ס'22 לפסד"פ בנוסח הקודם שלו דיבר על חיפוש על גוף אגב מעצר של שוטר.

ביהמ"ש פירש את החוק ועשה שתי הבחנות🡨

1. הבחנה בין ניתוק דברים מהגוף כמו דגימת עור לבין הסרה שאינה ניתוק (למשל חומר מתחת לציפורניים). **ניתוק מהגוף דורש הסכמה בעוד שהסרה אינה דורשת הסכמה.** סמכויות החיפוש כללו את היכולת להסיר דברים אך לא לנתק.
2. הבחנה בין חודרני ללא חודרני. **מה שחודרני דורש הסכמה**. פרשת קטלן: דובר בחוקן בנעשה לאסירים מכוח הסמכות של שירות בתי הסוהר בשגרה כדי לבדוק שהוא לא מסתיר סמים. ביהמ"ש קבע כי הדבר לא אפשרי ללא הסכמה. מאז תוקנה גם פקודת בתי הסוהר.

בשנת 1996 נחקק חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה, חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי). החוק הוא מאוד מפורט ולא משאיר פינות לא סגורות.

סוגי החיפושים: עם חקיקת החוק נוצרו שלושה סוגי חיפושים. החוק בס'1 מגדיר חיפוש חיצוני וחיפוש פנימי. ההגדרות הן באמצעות רשימה של חיפוש פנימי (6) ורשימה של חיפוש חיצוני (12) ולכן לא לנחש במבחן!!!!!!. החיפוש השלישי הוא חיפוש על הגוף לפי ס'22 לפסד"פ שקובע כי כללים בנוגע לחיפוש על פני גופו של אדם, בבגדיו או בכליו שאינו חיפוש חיצוני או פנימי כהגדרתם בחוק סדר הדין הפלילי, חיפוש בגוף. מדובר בעצם בחיפוש שטחי ביותר שאינו פנימי או חיצוני. יש הגדרה שיורית- החיפוש הכי שטחי בבגדים שהוא לא חיצוני ולא פנימי לפי חוק החיפוש בגוף.

חיפוש על גוף🡨

1. מתי קמה סמכות לערוך את החיפוש?! – לפי ס'22 לפסד''פ הסמכות קמה אגב על מעצר וכל מקרה בו בעל סמכות מקבל לידיו עצור. בס'29 לפסדפ נקבע כי כאשר אדם נמצא במקרקעין בהם מחפשים כדין ויש יסוד סביר לחשוד שאדם מסתיר אצלו חפץ שמחפשים ניתן לערוך חיפוש על גופו. מעבר לכך יש שורה של הוראות נוספות אשר נמצאות בחיקוקים שונים כאשר המינוח הוא "חיפוש על" כמו ס'28 לפקודת הסמים המסוכנים. לא צריך הסכמה!!
2. מה התוצאות של סירוב לערוך חיפוש?! –
3. האם קיימת סמכות לערוך חיפוש בכוח?!: בפסד"פ אין הוראה מפורשת שמסמיכה שוטר להפעיל כוח לביצוע חיפוש אך ניתן ללמוד זאת מהשלכה על סעיפים אחרים כמו הפעלת כוח סביר בזמן מעצר או הסמכות לעכב בזמן חיפוש והתנגדות לעיכוב יכולה להוביל למעצר שמוביל לאפשרות להפעיל כוח סביר. יש שתי אופציות: דרך מעצר- סע' 19 לפסד''פ. או דרך סמכות חיפוש- אפשר לעכב- סע' 69 לחוק המעצרים- סע' 23(2) לחוק המעצרים- סע' 19 לפסד''פ- הפעלת כוח.
4. האם יש השלכות ראייתיות לסירוב?!: הלכה שקודמת לחוק החיפוש- לפי הלכת חורי כאשר אדם מסרב שיעשו לו חיפוש על הגוף כדין עשוי הסירוב לשמש כחיזוק הראיות נגדו, אם עקב הסירוב החיפוש לא נערך. מדובר באדם שסירב לטבול את ידו בתמיסה כימית שמזהה שאריות סם. החיפוש לפי הדין הקודם (ההבחנה של ניתוק והסרה, חודרני ולא חודרני) היה מותר כי לא מדובר בחדירה או ניתוק מהגוף. למרות זאת השוטרים החליטו שלא להפעיל כוח לצורך הטבילה- יש להם סמכות להשתמש בכוח, לא חייבים להשתמש בה. ביהמ"ש ראה בסירובו חיזוק לראיות התביעה. הסירוב לא יכול להוביל להרשעה כשאין דבר נוסף אלא הוא משמש כחיזוק.

חיפוש חיצוני🡨

1. מתי קמה סמכות לערוך את החיפוש?! – ס'3 לחוק החיפוש עוסק בחיפוש חיצוני. **כמו בחיפוש פנימי מדובר על מצב של יסוד סביר לחשוד שבגופו של חשוד נמצאת ראיה.** מותר לצורך חיפוש חיצוני כל ראיה בכל עבירה-עוון או פשע. חיפוש חיצוני או פנימי דורש הסכמה של החשוד. מה קורה אם אין הסכמה?! צריך להביא את החשוד בפני קצין משטרה שיסביר לו את חובתו להסכים לחיפוש ואת השלכות סירובו. רק אחרי ההסבר קמה הסמכות לחפש- החיפוש הופך להיות חוקי.
2. מה התוצאות של סירוב לערוך חיפוש?! –
3. האם קיימת סמכות לערוך חיפוש בכוח?!: כאשר יש סירוב לחיפוש חיצוני וקצין המשטרה לא עוזר יש להבחין בין חיפוש חיצוני שאפשר לבצע בכוח לבין כאלו שלא ניתן. ס'3(ב) קובע את המקרים בהם ניתן לערוך חיפוש חיצוני בכוח סביר, את שאר החיפושים לא ניתן לבצע למרות שיש סמכות. אבל צריך לדעת אילו חיפושים אלה- פס' 1-3: בחינה חזותית של גוף ערום למשל, לקיחת חומר מתחת לציפורניים אפשר. גזירת ציפורניים אסור לעשות בכוח.
4. האם יש השלכות ראייתיות לסירוב?!: ס'11 לחוק החיפוש מעגן את הלכת חורי ואומר כי אם החשוד סירב שיערך חיפוש בגופו והחיפוש לא נערך בשל סירובו, הסירוב יכול לשמש כחיזוק לראיות התביעה. סירוב יכול לשמש כחיזוק גם אם יש סמכות להשתמש בכוח והמשטרה בחרה שלא. או שמדובר בסוג של חיפוש שאסור להשתמש בכוח.

חיפוש פנימי🡨

1. מתי קמה סמכות לערוך את החיפוש?! – ס'4 לחוק החיפוש עוסק בחיפוש פנימי. מדובר על מצב של יסוד סביר לחשוד שבגופו של חשוד נמצאת ראיה. **מותר לצורך חיפוש ראיה לביצוע פשע בלבד.** חריג הוא דגימת דם שאותה ניתן לקחת גם לצורך חקירת עבירה שהיא עוון. חיפוש חיצוני או פנימי דורש הסכמה של החשוד. מה קורה אם אין הסכמה?! אם אדם מסרב לא מספיק הסבר בפני קצין משטרה אלא אם הוא מסרב צריך לקבל היתר של ביהמ"ש לעריכת החיפוש. חריגו הוא אם הקצין שוכנע שהשהייה הכרוכה בקבלת ההיתר עלולה לפגוע בראיה. בנוגע לבדיקה גניקולוגית – גם אם יש הסכמה חייבים היתר של ביהמ"ש.
2. מה התוצאות של סירוב לערוך חיפוש?! –
3. האם קיימת סמכות לערוך חיפוש בכוח?!: אסור לבצע בכל מקרה בכוח גם אם בית המשפט נתן היתר. **אין חריגים**. חוץ מחיפושים חיצוניים מסויימים גם חיפושים פנימיים אי אפשר בכוח. הולכים לביה''מ כדי שתקום סמכות, זה לא מתיר את הכוח. יכולות להיות לאי הסכמה השלכות אחרות אבל לא שימוש בכוח.
4. האם יש השלכות ראייתיות לסירוב?!: ס'11 לחוק החיפוש מעגן את הלכת חורי ואומר כי אם החשוד סירב שיערך חיפוש בגופו והחיפוש לא נערך בשל סירובו, הסירוב יכול לשמש כחיזוק לראיות התביעה. סירוב יכול לשמש כחיזוק גם אם יש סמכות להשתמש בכוח והמשטרה בחרה שלא.

ענישה: תוצאה נוספת של סירוב. ס'12 לחוק החיפוש הוא סעיף מאוד ספציפי וקובע כי אם חשוד בעבירת רצח, עבירה על פקודת הסמים המסוכנים או עבירות ביטחון (שדינן 10 שנות מאסר או יותר) סירב שיערכו בו חיפוש חיצוני שלא ניתן להשתמש בכוח או שהעדיפו לא להשתמש בכוח או חיפוש פנימי שביה''מ נתן היתר לו, עובר עבירה פלילית ויוכל לקבל עונש מאסר של עד שנתיים.

התערבות רפואית שאינה לצורך השגת הראיה אלא לצורך הצלת חיים:

פס"ד קורטאם: פס"ד מלפני חוק החיפוש. אדם שבלע סמים. נעשה לו ניתוח בצו שיפוטי שלא בהסכמתו על מנת שהשקית לא תתפוצץ בקיבה שלו ותגרום למותו. ביהמ"ש קיבל את הראיה ואמר שהחיפוש אינו בלתי חוקי כי ישנו צו שיפוטי והדבר נועד לצורך הצלת חיים. המרצה מציינת כי לא מדובר בחריג להשגת ראיה שכן מדובר בהצלת חיים ולא לצורך השגת הראיה. היה אפשר להשתמש בזה כראיה, כי לא היה יששכרוב, היום זו שאלה בעקב' יששכרוב אם ראיה שהושגה בדרך שלא כדין תיחשב כראיה (ניתוח בהחלט נחשב חיפוש פנימי בכוח).

עקרונות בחיפוש: ס'2 לחוק החיפוש קובע הוראות כלליות. הדבר נכון לכל חוק החיפוש, ככל שאין הסדר ספציפי שונה חוק החיפוש חל. סע' ב- סע' התכולה הכללית (בדיקות שכרות וכו'). ככל שניתן, בגלל שהחוק הזה הוא המודרני ותואם את כבוד האדם יחול החוק הזה אלא אם יש הסדר ספציפי נוגד.

2(ג) מדבר על הסכמה – אין עורכים חיפוש בגוף של חשוד אלא לאחר שנתבקשה הסכמתו. ס'2(ד) קובע כי חיפוש בגוף של חשוד יערך בדרך ובמקום שיבטיחו שמירה על כבוד האדם, פרטיותו ובריאות ותוך פגיעה מועטה ככל האפשר ומניעת אי נוחות וכאב. פס"ד גואטה: אדם שנעצר ואגב המעצר חיפשו בישבנו סמים. לקחו אותו לצד מאחורי בית. הדבר נעשה בהסכמה וכן היה מותר לפי הדינים שקדמו כי מדובר בהסרה ולא בניתוק, זה היה מותר. השופט אלון אמר כי אפילו משהו שהוא בסמכות והסכמה (הסרה לא צריך הסכמה- היום כן) צריך להיות בצורה שמכבדת את האדם, במקום מוצנע ובמקום שלא פוגע בכבודו. הסעיף אומר את הדברים בצורה מאוד מפורשת. היום יש הסכמה אז על אחת כמה וכמה.

ס'2(ה) קובע כי חיפוש בחשוד יעשה על ידי בן אותו מינו של החשוד למעט שלושה חריגים. יש הבדל לגבי חיפוש על הגוף שלגביו ההוראה בס'46 לפסד"פ היא שאצל אישה חייב חיפוש על ידי אישה. כלומר הפסד"פ לא מדבר על גבר- אישה יכולה לעשות על גבר אבל לא ההפך. בשאר החיפושים- הגבלה של המין. ישנם חריגים כמו טביעת אצבע.

הוראות נוספות: חוק החיפוש בגוף קובע גם הוראות ספציפיות. למשל, ס'5 קובע סוגי חיפוש שנדרש שיבוצעו על ידי גורם מומחה כמו טביעת שיניים או מנשך שיניים, לקיחת שיער ממקום מוצנע בגוף, רנטגן ועוד. אם זו רופאה לגבר זה אפשרי אלא אם כן הוא ביקש שזה יהיה רופא ואם זה לא בלתי אפשרי יש לכבד את הבקשה.

ראיות שהושגו שלא כדין: מה קורה אם ראיה הושגה שלא כדין?! לפני פס"ד יששכרוב היו רק שני סעיפים שקבעו חוסר קבילות של ראיות (ס'13 לחוק האזנות סתר וס'32 לחוק הגנת הפרטיות). מעבר לכך היה את ס'12 שדיבר על הודאה. בעצם לא היה סעיף שמדבר על ראיות שהושגו בחיפוש לא חוקי. לא הייתה את תורת העץ המורעל.

פס"ד ועקנין: קודם ליששכרוב ולחוק החיפוש. לעורך הדין הייתה טענה יצירתית. הוא טען שיש לפסול את הראיה כי אינה קבילה מכוח פגיעה בפרטיות. מדובר בחייל שהיה כלוא בכלא צבאי ובלע שלוש שקיות של סם. הסוהרים חשדו בו וביקשו ממנו לשתות מי מלח שגורמים להקאה. בשלב הראשון הוא הסכים והקיא את השקית הראשונה ואז סירב. החוקרים השקו אותו בכוח וכך הוא פלט את שתי השקיות האחרות. שלושת השקיות הובאו כראיה נגדו והוא הורשע בעבירה של החזקת סם. השאלה הראשונה שעלתה (לפי הדין הקודם) היא האם החיפוש היה חוקי. התשובה הייתה לא כי מדובר בחיפוש חודרני. הוא טען כי הראיה לא קבילה מכוח חוק הגנת הפרטיות. הוא טוען כי מדובר ב"הטרדה אחרת" מכוח סעיף קטן 1 לסעיף ההגדרות לחוק הגנת הפרטיות. בערעור הטענה התקבלה אך בדיון הנוסף הטענה נדחתה. ביהמ"ש אמר כי הטרדה אחרת בחוק הגנת הפרטיות מתייחסת לדברים דומים לרישא של הסעיף, בילוש, התחקות ועוד.

אם כך בדין שקדם ליששכרוב לא הייתה דרך לפסול ראיות שהושגו בחיפוש לא חוקי. לאור יששכרוב התשובה היא שלבית המשפט יש שיקול דעת בפסילת הראיות.

ס'14א לחוק החיפוש בגוף נמצא תחת פרק שעוסק בלקיחת אמצעי זיהוי מאנשים שאינם חשודים. הסעיף קובע כי כשמדובר באדם שאינו חשוד אין לעשות השוואה בין אמצעי הזיהוי לעבירות אחרות אלא רק לצורך העבירה שלשמה לקחנו את אמצעי הזיהוי- זה לא סע' של קבילות (לא כמו הגנה הפרטיות או האזנות סתר). אין סעיפים בחוק הקבילות שהם סעיפי קבילות אבל הפרתם יכולה להוביל להפעלת הלכת יששכרוב. פס"ד פרחי: דיבר על נטילת אמצעי זיהוי ממתנדבים. פרחי נתן DNA לצורך עבירת רצח והשוטרת זיהתה כי הדגימה שלו זהה לזה של אנס. הייתה פה הפרה של הבטחה וכן של ס'14(א). בסופו של דבר הDNA נפסל לא מכוח ס'14(א) שכן הוא לא סעיף של חוסר קבילות אלא מכוח הלכת יששכרוב. בעצם ס'14(א) לא הופך ראיה להיות לא קבילה אלא קובע כי החיפוש הוא לא כדין (הרי לפני יששכרוב חיפוש לא כדין לא פסל את הראיה). את הפסלות בשל אי הקבילות נקבע מכוח הלכת יששכרוב.

**עיון בחומר חקירה:**

נושא שמאד במחלקות בפרקטיקה- כאשר מוגש נגד אדם כ''א זה הזן שבו הוא מקבל לידיו את חומר החקירה. סע' 74 לחסד''פ- הוגש כ''א בפשע או בעוון (בחטא לא מקבלים) רשאים הנאשם וסנגרורו וכן אדם שהסניגור הסמיכו לכך או שהנאשם הסמיכו לעיין בחומר החקירה שנוגע לנאשם ולהעתיקו. הרעיון הוא כזה שכאשר מוגש כתב אישום מתהפכים היוצרות- אם עד עכשיו לא היה כלום לנאשם וכל החומר היה בידי המשטרה הנאשם מקבל את חומר החקירה.

אפשר לחשוב על שני מקרים קודמים להגשת כ''א שנאשם ירצה לקבל חומר החקירה: 1. מעצר ימים- ירצה להתנגד ולכן ירצה לקבל את החומר- סע' 15(ו) המעצר ימים אפשר להגיש גם חומר חסוי וכו'- לא מקבלים את החומר. 2. שימוע- סע' 60א: כאשר הגיעה לתביעה חומר חקירה בפשע והיא רוצה להגיש כתב אישום כנגד נאשם שהוא לא עצור צריכה לתת לו שימוע. ס''ט ו- לא נותנים לצורך שימוע את כל חומר החקירה- לא מקדימים את סע' 74 (נתינת חומר החקירה). הנחיות היועמ''ש אומרת שככל הניתן יש לתת לאדם לצורך שימוע לפחות לקווים כלליים- גם אם לא נותנים לו את כל התמונה הכוללת שתיתנתן כמו שמוגש כ''א צריך לתת בקווים כלליים (החוק לא מחייב). בעניין קצב הייתה לגבי זה חקירה- קצב דרש לעיין בכל חומר החקירה כשהיה בשימוע. ביה''מ אישר את ההנחיות של היועמ''ש ואמר שבאמת אפשר לתת את החומר בקווים כלליים, לא חייב את הכל. ספציפית לגבי קצב נמסר חומר רב היקף ומה שלא נמסר זה בשוליים ולא במרכז. זה לא מנע שימוע הוגן. לשם החלטה מהו חומר חקירה יש 2 מבחנים: מבחן הרלוונטיות ומבחן השליטה.

**רלוונטיות-** שני המבחנים מפורשים בצורה מאד רחבה: **פרשת צוברי**- כל ראיה העשויה להיות רלוונטית לשאלות העומדות להכרעה במשפט במישרין או בעקיפין, בין שהיא תומכת בגרסת התביעה ובין שהיא לכאורה עומדת בסתירה לה. ובין שהיא נראית נטרליית לגבי השאלות השנויות במחלוקות, חייבת להיכלל בחומר החקירה העומד לעיון הסניגוריה. ז''א- מבחן רחב: גם אם הדברים נמצאים יותר בפריפריה של האישום והם רלוונטים לאישום יינתן כמובן שבמגבלות. למשל- **פס''ד התובע הצבאי הראשי נ' ביה''ד הצבאי לערעורים**: ביה''מ אמר שמתיר שוליים רחבים לגבי רלוונטיות אבל באותו עניין היה מדובר על תרשומות פוליגרף שהפצ''ר עשה למתלוננת אבל זה לא היה לגבי האישום אלא למטרות שקשורות לטכניקה של הבדיקה ולא לאישום עצמו. ביה''מ- מצד אחד הרלוונטיות לנושא האישום לא נראית לעין ומצד שני צריך לתת משקל הולם לזכות של המתלוננת לפרטיות ולכן נקבע שזה לא חומר חקירה**. פרשת הלזייל-** מב''ד (ממתין לבירור דין). היה עד מדינה ואח''כ נפתחו לו עוד תיקים והנאשם מבקש לקבל תיקים תלויים ועומדים של העד. גם כאן ביה''מ אומר שראיות שהרלוונטיות שלהם רחוקה ושולית אינן חומר חקירה. במקרה הזה מדובר בתיקים אחרים ולא תיקים שנוגעים לאישום.

**פס''ד אבו חטאב-** הנאשם שערר לגבי חומר חקירה ביקש לעיין בחומרי משטרה (יומן חקירה, סיכומי חקירה) ובנוסף בכל המידע שיש בידי המשטרה בנוגע למעורבים אחרים בפרשה. ביה''מ הבחין בין סוגי מידעים. באופן כללי תרשומות של המשטרה הם לא חומר חקירה אבל מידע בדבר פעולות חקירה שבוצעו בתיק מסויים הם כן חומר חקירה שלנאשם באותו תיק יש זכות לעיין בו. לעומת זאת, באותו מקרה בכל הנוגע לנסיבות שבגללן המשטרה והפרקליטות החליטו לסגור תיקים של אחרים נקבע שזה לא חומר חקירה. זה משהו שהיום מאד שנוי במחלוקת ונדבר עליו בשיעור הבא- כאשר אדם טוען לאכיפה סלקטיבית האם אדם יכול לקבל את זה כחומר חקירה (על תיקים אחרים)- זה רלוונטי להגנה מן הצדק ולא רלוונטי לאישום הספציפי. יש פסיקה סותרת, אין הכרעה של העליון לגבי כתבי אישום שהועמדו באותן עבירות וכו' הן חומר חקירה מסע' 74- זה לא האישום עצמו אבל רלוונטי לטענת הגנה מן הצדק.

**מבחן השליטה:** הסיפא של 74- הנוגע לאישום (רלוונטיות) שבידי התובע- מבחן השליטה: עבר הרחבה- ישנם מצבים שחומר לא יהיה ממש בידיים של התביעה אבל בגלל שלתביעה יש את הכלים להשיג אותו ביה''מ יכול להורות לה להשיג אותו. **בג''ץ היומנים-** בג''ץ נ' ביה''מ השלום: התביעה הגישה בג''ץ נ' ביה''מ השלום באופן חריג. ביה''מ השלום הורה למדינה להשיג יומן אישי של המתלוננת. ביה''מ העליון אמר שייתכנו מקרים שביה''מ יימצא שחומר מסויים על פניו מהווה חומר חקירה על אף שאינו מצוי בידי התביעה ובלבד שיש בסיס לקבוע ע''פ אופיו של החומר שזיקתו לחקירה מצדיקה את תפיסתו בידי התביעה או בידי רשויות החקירה. כלומר, ביה''מ אומר שצריך לעשות איזון בין הזכות של הנאשם להליך הוגן לבין הזכות של המתלוננת לפרטיות- הפרדה למשל: ביה''מ יקבל את היומנים ויתן לנאשם רק חלקים שרלוונטים לאישום כדי לא לפגוע בפרטיות ועם זאת לא לפגוע בנאשם.

סע' 74- שני מבחנים. מה קורה בפרקטיקה? הנאשם מקבל את חומר החקירה ולפעמים יש לו טענות- יש משהו שהוא לא קיבל, מהו שמהווה חומר חקירה והתביעה אומרת שלא. סע' 74(ב)- יכול לבקש לאפשר לעיין. בקשה זו תידון לפני שופט אחד ובמידת האפשר לא אותו שופט שדן בכ''א. זה במידת האפשר- **בעניין דרעי** החליט ההרכב של השופטים שהם דנים בבקשה ודרעי עתר נגד זה וביה''מ קבע שראשית מה שנתון לדן יחיד יכול להיות נתון להרכב בוודאי. ''במידת האפשר''- אם ההרכב החליט, אפילו אם מטעמי יעילות אז רשאים לדון בבקשה. ס''ק ד- כאשר דנים בזה התובע נותן לביה''מ את החומר לעיון. ס''ק ה- זה אחד משני המקרים הבודדים שיש ערר בתוך ההליך הפלילי. בדר''כ דנים הכל יחיד בערעור הגדול אבל בחומר חקירה אין הגיון כי הנאשם לא יכול לנהל את ההגנה שלו אם אין חומר חקירה ולכן יכול לערער מיידית אם ביה''מ שפנה אליו לא קיבל את עמדתו או התביעה יכולה לערער אם ביה''מ הורה לה לתת חומר שהיא חושבת שהיא לא צריכה לתת- תוך 30 יום לביה''מ שמעל.

הנוכחות- הנאשם לא צריך לגלות את ההגנה שלו מעבר לאליבי בתחילת המשפט. יכול נאשם להגיד בזמן הבקשה יכול לטעון שבהכרח מגלה את ההגנה- אם אני מבקש חומר חקירה מסויים אני בהכרח מגלה את ההגנה שלי ולכן מבקש שזה יהיה במעמד צד אחד ללא התביעה. ביה''מ לא מקבל את זה- הנוכחות היא של שני הצדדים. **פס''ד אופנר:** כאשר הנאשם מבקש את הבקשה הזו אין מנוס להגיד שזה רלוונטי וכמה מילים למה והתביעה תהיה נוכחת כי היא צריכה להביע את עמדתה למה זה לא חומר חקירה וגם לה יש זכות ערר לגבי חומר החקירה. אם יש מקרה מאד מיוחד שמצדיק דיון במעמד צד אחד אז נסטה מהכלל הזה.

סע' 74 אומר שאפשר לעיין ברשימת כל החומר שנאסף- התביעה צריכה להמציא רשימה של החומר והיא צריכה לכלול חומר חסוי- אם יש לתביעה חומר שיש תעודת חיסיון צריך שיהיה רשום למרות שזה חסוי- פשוט לכתוב שיש חיסיון. הסרת חיסיון הוא הליך נפרד לפי פק' הראיות, לא קשור לגילוי חומר החקירה. התביעה לא יכולה להתעלם ולא להגיד שיש חומר חסוי. זה צריך להופיע ברשימה וכדי שהנאשם יוכל לדעת שהוא יכול לפנות ולבקש להסיר את החיסיון.

כעקרון הזכות הוא לעיון ולהעתקה- ביה''מ: עיון זו הזכות המרכזית וההעתקה היא הזכות המשנית. הסניגור רצה להעתיק את הקלטות שיש לתביעה- הנאשם צילם בחור שהיה איתה. בגלל הפרטיות יכול לבדוק אבל העתקה זה נוחות והוא לא יעשה כדי לא לפגוע בפרטיות. אישר לראות את הקלטות אבל לא להעתיק.

אופציה נוספת להשגת חומר לא לפי סע' 74- סע' 108 לחסד''פ: יש הרבה פעמים מחלוקות לגבי חומר החקירה. לנאשם תמיד יהיה יותר טוב לקבל חומר לפי סע' 74. התביעה תמיד תכוון לסע' 108. גם אופציה להמצאת מסמכים שביה''מ יורה עלייה. סע' 74 לחסד''פ- הנאשם מקבל מראש עם תחילת המשפט, הוא יכול לא לעשות בחומר זה שימוש אם זה פועל נגדו. אבל לפי סע' 108 מקבל במהלך המשפט ולכן לא מתכונן מראש. לפי סע' 74 חובה למסור חומר חקירה וסע' 108- לפי שק''ד של ביה''מ. סע' 74 מאפשר ערר מיידי- הנאשם טוען שזה חומר חקירה וביה''מ מתנגד יכול לערור מיידתית. סע' 108 זה רק דרך הערעור הכולל- ביה''מ מסרב לבקשת הנאשם הוא יכול לערער רק אחרי ההחלטה. סע' 74 זה שופט אחר ו-108 זה שופט הדן בתיק. מכל הסיבות האלה נאשמים תמיד ירצו לפי סע' 74 והתביעה-108. בג''ץ היומנים- התביעה עתרה נ' ביה''מ השלום כי היא רצתה להוציא החלטה עקרונית שבכל מה שקשור לצנעת הפרט כמו יומנים תמיד הבקשה תהיה לפי סע' 108. זה לא צלח- ביה''מ לא היה מוכן להגיד את זה בצורה גורפת, האיזון ייעשה בכל מקרה קונק'- ככל הרלוונטיות רחוקה צנעת הפרט תגבר ואם זה כאמור בשליטת התביעה. האם זה מקרה שצריך להורות לרשויות התביעה והחקירה לתפוס את החומר וזה יהיה קשה לתביעה צענת הפרט תגבר. לדעת המרצה כשיש ראשית ראיה של אכיפה סלקטיבית צריך לתת את חומר החקירה דרך 74 בתחילת המשפט (הרי טענת ההגנה מן הצדק היא מקדמית).

**שיעור 13 17.01.2016**

**אכיפה סלקטיבית**

**מדובר באחד הנושאים שנכללים בגדר הגנה מן הצדק**- **ס' 149(10) לחסד"פ**- המרצה טוענת שזה יכול להיטען בנפרד, לבדה בבג"ץ.

**מה זה אכיפה סלקטיבית?** אכיפה חלקית פסולה שיסודה בהפעלה שלא כדין בשיקול דעת המביא להבחנה לא ראויה בין מקרים דומים. הנחת המוצא היא שאכיפה תמיד תהיה חלקית, שכן אין מצב שחוק ייאכף תמיד כלפי כולם, והסיבה לכך היא מחסור במשאבים (ממון, כוח אדם וזמן). לפי הניתוח הכלכלי, אכיפה תהיה עד לנקודה בה העלות השולית עולה על התועלת השולית. יצוין כי הפסיקה מכנה זאת "אכיפה בררנית", אך **המרצה** לא אוהבת את הכינוי הזה- במילה "בררנית" יש גם היבטים חיוביים אותם ואנו מנסים להדגיש את ההיבטים השליליים. כמו כן, זו לא אכיפה "מפלה", שכן האכיפה הסלקטיבית יכולה שלא להיות כתוצאה מאפליה, אלא כתוצאה מפגמים אחרים בשיקול הדעת.

**סוגי אכיפה סלקטיבית:**

* **אכיפה אקראית/רנדומאלית**- מדובר בסוג אכיפה שיכול להיות תקין, כגון- שוטר שעוצר מכוניות- יכול להחליט שהוא עוצר רק- כל מכונית שלישית. היא יכולה להפוך לשרירותית ולפסולה אם תיעשה רק כלפי סוג מסוים של אנשים (כגון, עוצרים נהגים שחורים בלבד).
* **אכיפה מדגמית**- לקיחת תופעה מסוימת והגשת כתב אישום כנגדה, כדי לראות את תגובת ביהמ"ש- ביהמ"ש נתן לזה לגיטימציה **בפס"ד ערוץ 7:** ביהמ"ש השלום טען שזו אכיפה סלקטיבית וביהמ"ש המחוזי אמר שהוא רוצה לראות איך מתקבלים כתבי אישום כאלו והסכים לקבל את התביעה. גם במקרה זה מדובר בקווים מאוד מטושטשים- אם היו לוקחים את הערוץ הכי קטן זה היה מוזר ובעייתי- יש גם פה תחום אפור.
* **אי אכיפה סלקטיבית-** אי אכיפת החוק כלפי קבוצה מסוימת או במקומות מסוימים (כגון, אי אכיפת חוקי תכנון ובניה במזרח ירושלים).
* **בחירה סלקטיבית**- בחירת אנשים מסוימים מתוך קבוצה, מכוונה או שרירות.

**השוויון כזכות עצמאית:** כדי לקבל טענת אכיפה סלקטיבית כלגיטימית, יש לקבל את טענה שהשוויון הינה זכות עצמאית. יש הטוענים כי שוויון הוא בעצם ריק מתוכן, משום שמחפשים משהו בבסיס השוויון, למשל- שוויון בחופש הביטוי, שוויון בקבלת הקצבה וכו'. כי- אין לי זכות לעבור עבירות ולכן צריך לחפש בסיס. אך בישראל אין ספק כי השוויון הוא זכות עצמאית.

**בפס"ד חוקה לישראל** נקבע כי גם כאשר אין זכות שבדין, במידה והמדינה נותנת אותה לאחד, עליה לתת אותה לכולם. כלומר, **ניתן לבוא בטענה להיעדר שוויוניות באכיפה, כי הטענה היא שלמרות שישנה עבירה- האכיפה היא לא שוויונית**.

**בפס"ד הנגבי** שעסק במינויים פוליטיים, הש' רומנוב זיכה בגין אכיפה סלקטיבית. הוא הביע את העמדה לפיה המקרה אסור, אך **הזיכוי נובע מכך שיש לנאשם זכות ליחס שוויוני באכיפה**. וזו בדיוק הבעיה, שכן דבר זה יוצר סטנדרטיזציה חדשה, שהרי הנורמה יותר חזקה מהחוק. יש שילוב של נסיבות- אין עבירת מינויים פוליטיים (הכניסו להפרת אמונים) ושנים לא העמידו לדין על מינוי פוליטי- אז איך יכלו הנאשמים לדעת שזה אסור? התייחסות נכונה לאכיפה סלקטיבית, אך מעכשיו כשבפ"ד אמרו בירור שזה אסור לא ניתן לטעון זאת.

**פס"ד לסקוב** הוא **פס"ד יחיד מביהמ"ש העליון שמזכה בשל אכיפה סלקטיבית**. מדובר בתושב מבשרת ציון שבא לבילוי בת"א וחנה על המדרכה. בלילה גררו את רכבו ושל שאר תושבי ת"א לא. הוא טען כי אם מטרת החוק היא בטיחות התושבים אז לא משנה מי חונה על המדרכה, שכן זה לא בטוח. הרשות לא יכולה לבחור לאכוף זאת סלקטיבית. נקבע שהרשות יישמה מדיניות אכיפה בניגוד למטרה המרכזית של הנורמה שנאכפה, והוא מזוכה. העירייה לא התייחסה לעבירה כעבירה שבאה להגן על הבטיחות, אלא על דבר שנועד להטיב על התושבים- וזו לא התכלית הנכונה.

**בפס"ד ייק וו מארה"ב משנת 1886**, היה צו המורה על שמכבסות יהיו בבתי לבנים (אבן או לבנה) למעט היתרים מסוימים (מי שהמכבסה בבית עץ צריך לקבל היתר). רק סינים לא קיבלו היתרים אדם נעצר וטען לאכיפה סלקטיבית לעניין ההיתרים. ביהמ"ש הכיר לראשונה בכך שייתכן שחוק הוא ניטראלי על פניו אך האכיפה שלו תהיה סלקטיבית, דבר שאף פוגע בחוקה. **פ"ד היחידי שביהמ"ש העליון הפדרלי בארה"ב הכיר באכיפה הסלקטיבית.**

**ביהמ"ש האמריקאי קבע דרישה משולשת על מנת להוכיח אכיפה סלקטיבית וכך הפך את האכיפה הסלקטיבית לאות מתה (עילה יפה אך קשה לעמוד בה):**

* קבוצת ביקורת: קיימת קבוצת אנשים דומים למצב שלא הועמדו לדין.
* מניע או כוונה להפלות.
* בסיס חוקתי: הפליה על בסיס לא חוקתי (דת, גזע, מין וכו').

**הגישה של המשפט האמריקאי לא מתאימה למשפט הישראלי מכמה סיבות:** בישראל, רשויות האכיפה הינן מנהליות וכפופות למשפט המנהלי, בשונה מהאמריקאים ששם אלו נבחרות /ממונות פוליטית ולכן אינן כפופות למשפט המנהלי. בישראל טענות אפליה נבחנות במבחן התוצאה במנותק משאלות מניע או כוונה. השוויון הוא זכות עצמאית ואין על זה שאלה. גם בקשר לבטלות היחסית קיים שוני, כיוון שבישראל יש יותר איזונים וקיימת בטלות יחסית, ואילו בדיכוטומיה כמו בארה"ב (ולכן קבלת טענת אכיפה סלקטיבית תבטל כליל את כתב האישום בשונה מישראל שניתן לקבל את טענת האכיפה הסלקטיבית אך להחיל את דוקטרינת הבטלות היחסית). לדוגמא, פרשת יששכרוב לעומת תורת העץ המורעל. בישראל זה לא חד-משמעי.

**בפס"ד תורג'מן** אישה שניהלה בית בושת בת"א נבחרה מבין מאות מנהלי בתי בושת לעמוד לדין. הייתה מדיניות לא לאכוף זאת, אלא אם שכנים מתלוננים. שכנים התלוננו עליה והיא קיבלה מאסר בפועל וטענה לאכיפה סלקטיבית. לא טענה חוקתית כי אין אפליה על בסיס מין וכדו', ואין שיקולים זרים (כי תלונה מחייבת את המשטרה לחקור). אלון קבע כי אכיפה תהיה חלקית תמיד ולא רואה בזה בעיה. אין באזלת ידה של המשטרה להביא לאזלת ידה של הרשות השופטת. אולם, חשין (מיעוט) טען כי מדיניות המשטרה הפכה לחלק מהדין (ז"א עבירת מטרד). הוא עדיין מרשיע אך משית מאסר של יום אחד (כי אנשים לא יושבים בכלא על עבירת מטרד). **הבעיה במקרה לפי חשין שהמשטרה הפכה את העבירה לעבירת מטרד- עבירות של שידול לזנות נועדו להגן על נשים- וכאן לקחו את העבירה והפכו אותה למטרד** (דעת הרוב לא קיבלה את דעת חשין).

**בפס"ד זקין** מדובר היה בעבירה ע"פ חוק עזר עירוני על תליית שלטים בעת תקופת בחירות. בבחירות העירייה הורידה שלטים כנגד ראש העיר. זמיר הגדיר **אכיפה סלקטיבית בצורה רחבה ואמר כי אכיפה פוגעת בשוויון במובן זה שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה או על יסוד שיקול זר או על יסוד שרירות גרידא**. בעצם נקבע שההגדרה לאכיפה סלקטיבית היא מאוד רחבה, ויכולה להיות שרירותית או שיקול זר (אם הייתם באים לפני שהעירייה הסירה, הייתי מורה לה לא להסיר). עד היום העילה הזו לא מספיק מגובשת.

**בפס"ד מוטיל** היה נהוג לדווח ולהחתים כרטיס על נוכחות בעבודה בין השעות 8-13. הוגשה תלונה על דיווח כוזב כלפי מוטיל בלבד, למרות שהייתה נורמה שכולם פעלו על פיה וההנהלה הייתה מודעת לכך. **זמיר טען כי זה ברור שזה היה בידיעת ההנהלה, אולם יהיה המניע אשר יהיה ההנהלה ביצעה את תפקידה ואין לבוא כלפיה בטרוניה על כך- זה גרם לו רק להפחית את העונש במקצת.**

הבחנות בין זקין למוטיל- בין חופש הביטוי לדיווח כוזב ובין תקיפה עקיפה לישירה. אבל תחושה מוזרה- מנפנפים את טענת מוטיל "ויהיה המניע אשר יהיה".

**מקור הרתיעה מהעילה:**

* **מסורת אנגלו-אמריקאית:** אין רצון להתערב בשיקול הדעת הקיים לרשויות האכיפה. בארה"ב זה נובע מכך שהרשויות הינן פוליטיות ונבחרות, באנגליה זה נובע מהשק"ד של "הכתר" ואילו בארץ זה נובע מעצמאות שק"ד של היועמ"ש.
* **תאוריית ההגנה מן הצדק:** אכיפה סלקטיבית התפתחה עם דרישות קשות במסגרת הגנה מן הצדק, וזו התפתחה בארה"ב, לפיה כאשר יש התנהגות שערורייתית של הרשות אז יש מבחינה חוקית למנוע את העמדה לדין (פס"ד יפת). מחפשים מקרה מאוד קיצוני, "שערות ראשו של ביהמ"ש סומרות" (פ"ד הר שפי). כיום המבחן רוכך:

**בפס"ד בורוביץ** מדובר היה בעבירה לפי הגבלים עסקיים ועלתה טענה של אכיפה סלקטיבית. הטענה נדחתה ביהמ"ש מקבל את האפשרות (שמטבעה תהיה נדירה) שלא רק שערורייה של הרשות תגרום לאכיפה סלקטיבית, אלא גם רשלנות. אגב כך **בייניש מרככת את המבחן ונותנת מבחן משולש:**

* **זיהוי הפגמים** בהליך ועצמתם, במנותק משאלת האשמה.אם כן נעבור לאיזון-
* **איזון** בין הפגיעה בנאשם לבין האינטרס הציבורי והצורך בקיום ההליך הפלילי. אם כן נעבור לבחינה-
* **בחינה האם ניתן לרפא את הפגמים באמצעים מידתיים** יותר מאשר מחיקת כתב האישום.

**בין מבחן ההתנהגות השערורייתית (הפסיקה) למבחן הסתירה המהותית (חקיקה):**

בשנת 2007 ישנו **תיקון בחסד"פ** והגנה מן הצדק מעוגנת **בס' 149(10) לחסד"פ**. המבחן- סתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות- ולא התנהגות שערורייתית (נוסח מרוכך יותר). בפועל, פרשנות ביהמ"ש לא עקבי- אמנם ביהמ"ש לא משנה את המבחן (פרשת נדיה מטר, פס"ד מד"י נ' לימור, פס"ד פלוני), אך ישנה גם גישה שונה המעדיפה את מבחן הסתירה המהותית על פני המבחן ההתנהגות השערורייתית (פס"ד טגר).

**תכנית ההתנתקות כביטוי לכאוס באכיפה הסלקטיבית:** באופן סיסטמתי פ"ד שלום שאומרים דבר אחד ומחוזי שאוכפים אותם.

**בפס"ד נדיה** מטר אישה הואשמה בכך שהעליבה עובד ציבור וטענה לאכיפה סלקטיבית. היא טענה שיש להתחשב בכך שיש מצב של ויכוח אידיאולוגי נוקב וביהמ"ש השלום קיבל את טענותיה וביטל את כתב האישום. אולם, **ביהמ"ש המחוזי טען כי אין זו אכיפה בררנית הרסנית. כלומר, הוא חוזר למבחן ההתנהגות השערורייתית**. ביהמ"ש בעצם דבק עם ההלכות של ביהמ"ש ולא לפי נוסח החוק.

**בפס"ד הבית הלאומי** אנשים הואשמו בהמרדה. ביהמ"ש השלום טען כי גם אם התנהגות הרשויות הייתה בתו"ל עדיין נפגעו אינטרסים של הנאשמים עקב התחושה שרשויות השלטון פועלים לפי "איפה ואיפה". **ביהמ"ש המחוזי ברגרסיה חוזר לדרישת המניע הפסול שנדרש לאכיפה סלקטיבית (מבחן ההתנהגות השערורייתית)-** הרשיע וטען כי בשל העובדה שהרשויות פעלו בתו"ל לא היה זדון, אין אכיפה סלקטיבית פסולה אלא אכיפה חלקית מותרת.

**בפס"ד אליצור סגל** שעסק בהעלבת עובד ציבור, סגל לפי חוק חופש מידע מעלה דרישה שהמדינה תחשוף 7 שנים אחורה כלפי מי הוגשו כתבי אישום בגין עבירות כאלו. המחוזי פוסק שיש להעביר את כל החומר 7 שנים אחורה. בסופו של דבר, בפסה"ד של ביהמ"ש העליון הורידו את זה לשלוש שנים אחורה- מדובר במעין איזון- מכניס חריגים לחוק חופש הדעה כמו הכבדה על רשות. למרות שנדיר שבעבירה הזו מעומדים לדין (ז"א לכאורה יש סלקטיביות) סגל הורשע עקב חומרת התבטאויותיו. אמרת גרוניס- יש לקבוע כללים דומים של היקף גילוי לגבי נאשם במסגרת ההליך הפלילי (ס' 74- עיון).

בעניין **חוק הפסקת ההליכים ומחיקת רישומים** (מחיקת תיקים לנאשמים בהתנתקות) נטען כי יש אכיפה סלקטיבית- החוק פוגע בשוויון כי הוא מעניק לקבוצה מסוימת חנינה, אך ביהמ"ש קבע שיש תכלית ראויה (מניעת קרע בעם) וגם מידתית- החוק בעיקר הצהרתי (העבירות החמורות טופלו). מיעוט- פוסל לאור מידתיות במובן הצר- הפגיעה בשוויון עולה על התועלת.

**סוגיות שעדיין לא הוכרעו בנושא:**

**סוגיית מידת ההוכחה:** **ע"פ פרץ** הסדר כובל על רקע תיאום מכרזים. יש מישור של מה שצריך להראות עמ"נ להעביר לרשות את הנטל- הש' גפוגלמן לדרוש מעט מהאזרח כי אין לו הרבה מידע, הש' ג'ובראן- אם אין לו גישה אז כן אבל בשאר המקרים לא. גרוניס מדבר בכלל על מישור אחר- אין מוכיחים בזוף, מה הנאשם צריך להראות בסוף. לא הייתה הכרעה לגבי נטל ההוכחה כי הרשות הראתה שהמקרה שלא העמידו לדין הוא שונה- עמדה בנטל. היא סוגיה שאין עליה עדיין הההרעה

**המסגרת הנורמטיבית לקבל המידע: איך הוא יקבל את המידע?**

* סגל- לפי חוק חופש המידע.
* זכות העיון הלכתית לצד "הנוגע בדבר" (שפירא)
* ס' 74 לחסד"פ זכות עיון בחומר בחקירה (עמית פריאל- אך נהפך עכשיו והש' הנדל בג'ליאני)
* ס' 108 לבקש מהשופט במהלך המשפט להורות על העברת מידע.

ג'ואליני נעשה הבחנה ע"י דפנה ברק ארז:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **ס' 74** | **חוק חופש המידע** |
| **נקודת המוצא** | התביעה חייבת לגלות רק את "חומר החקירה" | חומר החקירה דווקא מחוץ לגדר החוק- ס' 14(א)(9) |
| **אינטרס** | הנאשם צריך להראות פוטנציאל לסיוע בהגנה | אין צורך להראות שהאדם זקוק למידע (אבל ככל שלאדם יש יותר אינטרס ככה זה יותר יילקח בחשבון) |
| **בית המשפט** | ביהמ"ש הדן בתיק (ככל הניתן שופט שלא דן באישום) | ביהמ"ש המחוזי כשבתו כביהמ"ש לעניינים מנהליים |

אין הכרעה בפ"ד (דפנה ברק ארז- הנאשם צמצם את הבקשה שלו ולכן זה לא חומר החקירה ואז זה יכול להיכנס בגדר חוק חופש המידע והורתה על מסירת המידע. הש' הנדל מראה ראשית ראייה של אכיפה סלקטיבית יש לקבל לפי ס' 74. הכרעת ביה"ד הארצי לעבודה: לפי ס' 108 לחוק חופש המידע.

**נפקויות האכיפה הסלקטיבית- בטלות יחסית עפ"י סלכגי**

**מסקירת הפסיקה ניתן לראות תוצאות שונות ומגוונות:**

* **אי הרשעה בעבירות הדורשות יסוד נפשי-** אלו באו בעיקר לידי ביטוי בפס"ד שעסקו במיסים- פס"ד זיידל, פס"ד מלכה.
* **השפעה על ענישה-** פס"ד מוטיל, פס"ד תורג'מן.
* **זיכוי-** פס"ד לסקוב.
* **שחרור ממעצר-** בעיקר במקרים של מאסר של שב"חים אך לא של המעבידים- חוק הכניסה לישראל, העסקת תושבי שטחים.
* **צו עיכוב ביצוע-** פס"ד קולנוע דקל (כל שאר בתי הקולנוע באזור היו פתוחים בשבת).
* **הכרה עקרונית בטענת הגנה כנגד צו סגירה-** אמרת אגב בפס"ד ילין (רצו לסגור לול ולא נתנו צו סגירה אבל הכירו בכך עקרונית).
* **צו המורה לרשות לאכוף את החוק** (אלוני- לאכוף את התקן הישראלי גם על מרצפות שבאות מהשטחים)
* **מניעת אכיפה בררנית-** (פס"ד זקין אם הייתם באים בזנן הייתי מורה לא לאכוף כי זה בררני)
* **פיצויים בנזיקין**- פס"ד שפילמן (הוכיח אכיפה סלקטיבית במתן רישיון לחניון וביהמ"ש הלביש זאת על רשלנות והוא קיבל פיצויים- לרשות חובת אחריות מושגית וקונקרטית כלפי מי שמבקש ממנה רישיון ולכן הלביש רשלנות, זה המקרה היחיד אבל ובמחוזי.
* **המרת האישום- פ"ד אגברייה**: פ"ד חדש- רוצח ראשי היה עד מדינה לא עמד בהסכם עד המדינה אך נתן מידע מפלילי לגבי אחר- לא ביטלו את ההסכם למרות שעד המדינה לא עמד בהסכם (לא הראה איפה הגופה). עצם העובדה שהמדינה יכלה לבטל את ההסכם והיא לא עשתה את זה- אכיפה סלקטיבית פסולה- האשם העיקרי משוחרר והאחר לא יישב בכלא. דעת הרוב- יש בעיה אך לא נתערב בשק"ד הפרקליטות, הכרח מגונה, והשאירו בצ"ע האם בכלל אכיפה סלקטיבית יכולה להביא להורדת את דרגת הענישה- הם כנראה השאירו בצ"ע בגלל שזה עבירה כ"כ חמורה של רצח. דפנה ברק ארז מיעוט- התנהגות רשויות האכיפה מתחת לכל ביקורת כי הם לא ביטלו את הסכם עד המדינה למרות שהם יכלו- היו צריכים להוריד את הענישה מרצח להריגה (מיישמת מה שבדעת רוב השאירו בצ"ע). **המרצה-** מסכימה עם דפנה ארז ברק בתיאוריה אך לא בטוח ביישום- מתחברת עם היכולת שלה למצוא צדק עם הרוצחים אך אולי עם רוצחים לא צריך להיות פשרה- ז"א התיאוריה נכונה (ולא להשאיר בצ"ע כמו דעת הרוב) אך לא ללכת רחוק כמו ברק ארז שגם יישמה את התיאוריה במקרה של רוצחים.

**לאן מועדות פנינו?**

* חשוב להבין שהגנה מן הצדק היא **המסגרת הדיונית** אך לא המהותית.
* אכיפה סלקטיבית היא **עילה קיימת** ויתכן מצב של **תקיפה ישירה** בבג"ץ (כמו פרשת זקין). **ניר עם כהן**- עתירה לבג"צ לפיה כת"א שהוגש כנגד העותר נגוע באכיפה בררנית אמורה להידחות על בסיס סעד חלופי.
* צריך להטמיע שאכיפה סלקטיבית יכולה להיות **גם אם הרשויות פעלו בתו"ל**.
* **בין כוונה לרשלנות:** את נושא הרשלנות יש לבדוק בזהירות. סוגית ההוכחה היא סוגיה לא סגורה. כנראה צריך רשלנות מאוד קשה.
* **טענות סרק:** טענות סרק הפכו להיות משהו שיש לגביו קצת זילות. ולא רק לגבי זה, אלא לגבי כל דבר שיש בו קצת פתח. ברק (**והמרצה**) טען כי אמנם יש זילות בנושא של טענות חוקתיות, אך כשהמשפט יתעצב בהקשר זה ידעו מתי לטעון אותה וכנראה שכך גם לעניין עילת האכיפה הסלקטיבית.
* **יש עדיין שאלות פתוחות בעליון:** בשאלות נטל ההוכחה וסוג ההליך לקבלת המידע- לפי ס' 74 לחסד"פ כשמוגש כתב אישום מגיע לנאשם לקבל את חומר החקירה אך כמובן שיש עם כך המון בעיות ושאלות לגבי היקף החובה.

**המבחן:**

חומר פתוח, צריך להתמצא בחקיקה (ללמוד יחד עם קריאת החוק)- לקרוא את הסעיפים שמופיעים בסילבוס גם אם לא למדנו עליהם. חלק א'- קייס. חלק ב'- שאלות מחשבה או אחרות.

**שיעור 2** **25.10.2015**

**שיעורי תרגול**

**כתב אישום**

**העברת חומר החקירה מהגוף החוקר לתביעה (ס' 60א לחסד"פ)**

**חקירה במשטרה:** אתה נחקר תחת אזהרה- אתה חשוד. לנחקר חשוד "תחת אזהרה"- עומדת לו זכות השתיקה וגם זכות לאי הפללה עצמית. למתושאל שהוא עד- זכות לאי הפללה עצמית- אתה חייב לדבר פרט למה שיפליל אותך בעבירה פלילית. אם לא תדבר אתה עלול להפר הוראה חוקית.

למשטרה נצבר חומר חקירה. אולי החשוד עצור- אין לו אפשרות לעיין בחומר שנאסף נגדו. הדבר היחיד שהסנגור יכול ללמוד ממנו- רק משאלות שהוא שואל את החשוד.

**מחשוד לנאשם:** רק כשמוגש כתב אישום- הוא הופך מחשוד לנאשם- ואז כל הדברים החסויים נחשפים (חוץ מחריגים כמו תעודת חיסיון וכדו').

**ס' 60א**- טרם הוגש כתב אישום (כחומר החקירה עדיין חסוי) אבל מדובר בעבירת פשע. במקרים כאלה ברגע שהרשות החוקרת סיימה את החקירה, היא מודיעה לחשוד- סיימתי לחקור אתה חשוד בעבירת פשע, והעברתי את החומר לתביעות, והתביעה אומרת- בגלל החשד בפשע יש לך את הזכות לבוא ולשכנע אותי למה לא כדאי או לא צריך וכו' להגיש נגדך כתב אישום (שימוע בהליך פלילי).

**ס' 60א- רלוונטי רק לעבירת פשע!** (חטא- עד 3 חודשי מאסר כולל. עוון- עד 3 שנות מאסר כולל. פשע- מעל 3 שנות מאסר) לפי **הנחיות היועמ"ש, כשמדובר בעבירת חטא או עוון** והתביעה כן רוצה להעניק שימוע, אז אפשר (נתון לשק"ד של התביעה)- אבל **אין חובה** לפי החוק.

* בתום החקירה **מעביר הגוף החוקר את חומר הראיות לתביעה**, לרוב **בצירוף המלצה** אם יש בחומר בכדי להצדיק כתב אישום נגד מי מהנאשמים. ההמלצות אינן מחייבות את התביעה.
* עם **העברת חומר החקירה בעבירת פשע**, חובה על התביעה, בכפוף לסייגים מסוימים **לשלוח לחשוד הודעה** על כך, זאת מכוח ס' 60א לחסד"פ.
* החשוד רשאי בתוך 30 יום מקבלת ההודעה, לפנות לתביעה בבקשה מנומקת, להימנע מהגשת כתב אישום. פנייה זו, המכונה "**שימוע",** נגזרת מכללי הצדק הטבעי, והיא יכולה להיעשות בכתב או בע"פ, לפי שיקול דעת התביעה. ניתן לכתוב כל דבר שעשוי לשכנע את התביעה לא להגיש נגדי כת"א.

דג'-

1. נסיבות אישיות: מבוגרת, חולת סרטן, אם חד הורית, מטופלת בשתי ילדות חולות נפש וכו'.
2. עניינים משפטים: אבל איך? לא ראיתי בכלל את חומר החקירה!

הנחיות היועמ"ש- קובעת שכדי שיתקיים שימוע ענייני התביעה לפני השימוע תעביר את עיקרי חומר החקירה כדי שהסנגור יוכל להבין במה מדובר, לטעון טענות משפטיות וכדי שהסנגור לא יצטרך לגשש באפלה. שק"ד של התביעה מה בדיוק להביא. התביעה מביאה את עיקרי חומר החקירה שלדעתם הכרחי עמ"נ לקיים שימוע יעיל. חומר החקירה נחשף רק לאחר הגשת כת"א, אבל עיקרי החקירה יכולים להיחשף במקרה של שימוע בעבירת פשע (ס' 60א הוא חריג לסק' 70 שמורה על חשיפה רק בהגשת כת"א).

שימוע הוא בד"כ בכתב, הנאשם מעלה את טענותיו על הכתב ומעביר לתביעה. הרבה פעמים שהחשוד מיוצג, הסנגור מבקש שימוע בע"פ- ואז הסנגור (ללא החשוד) נפגש במשרדי התביעה ומקיימים שימוע בע"פ.

הבעיה- התביעה בהגשת כת"א חושפת הכל- הסנגור יודע הכל והתביעה לא יודעת כלום. אבל בשימוע- הסנגור חושף את טענותיו המשפטיות והתביעה יכולה להתכונן (למשל להמשיך לחקור וכו')- ולכן הסנגור יכול שלא להעדיף שימוע בע"פ ועוד.

* כדי שהשימוע יהיה אפקטיבי, הוא **ייערך לרוב לפני הגשת כתב האישום.**
* על הגורם המחליט **להעניק לחשוד הזדמנות הוגנת** להשמיע את דבריו, ועליה להאזין בנפש חפצה, ומתוך נכונות להשתכנע שבדברים יש ממש.
* לפי הדין חלה על התביעה **חובה להעביר לנאשם את מלוא חומר החקירה בעניינו רק עם הגשת כת"א.** עם זאת, כדי שהליך השימוע יהיה אפקטיבי, נקבע בפסיקה כי על התביעה להעביר לנאשם, עובר להליך את **ליבת חומר החקירה בעניינו.**
* בצד זה יש לזכור כי **השימוע הוא הליך מקדמי להליך הפלילי- קצר ותכליתי**- הוא אינו תחליף למשפט ולא נועד לעסוק בניתוח פרטני של הראיות.
* פרקליט המחוז רשאי **מטעמים מיוחדים שיירשמו להגיש כת"א גם קודם לחלוף 30 הימים ולקיום השימוע**- הרבה פעמים בעבירות אלימות במשפחה בגלל החשש שהגבר יהרוג את האישה אם הוא ישמע את זה (לתת לאישה זמן ללכת למעון לנשים מוכות וכדו'- לאיש לא יהיה שימוע וכו'). למה מטעמם מיוחדים שיירשמו? בכדי שהסנגור יוכל לתקוף את זה.
* **אי קיום שימוע עלול להביא במקרים מסוימים לביטול כת"א**. עם זאת לעיתים ניתן "לרפא" את הפגם באמצעות **עריכת שימוע בדיעבד**. אי קיום שימוע- עדיף לסנגור לעלות את הטענה כמה שיותר מוקדם וכך ביהמ"ש יתייחס לזה יותר ברצינות (אבל אין חובה לטעון בהזדמנות הראשונה).
* **ס' 60 א ז:** הוראות ס' קטן א לא יחולו על מי שבעת חומר החקירה היה נתון במעצר והוגש נגדו כת"א בעת מעצרו"- **שני תנאים מצטברים:**

1. היה במעצר בעת העברת חומר החקירה.
2. הוגש נגדו כת"א בעודו במעצר

**אם שני התנאים המצטברים מתקיימים- לא זכאי לשימוע.**

למה? הוא במעצר, היו דיוני מעצרים, החשוד יודע שעומד להיות מוגש נגדו כת"א, ולכן הוא לא זכאי לשימוע. חשוב למקרים שם החשוב לא עצור- למשל גניבה מידי מעביד- 7 שנות מאסר- לא עוצרים את העובד אם אין לו עבר פלילי. אחרי 4, 5 חודשים מקבלים כתב אישום על עבירת פשע. זה מהותי- עונש גדול בצדם, חשוב לתת את ההזדמנות. אבל אם היה עבר והחשוד מסוכן והוא במעצר- אז תוך כדי המעצר החשוד מבין שמתנהלת החקירה וכו'.

* **לביהמ"ש שתי אפשרויות במקרה שלא נערך שימוע אך הוגש כבר כת"א**:

1. לבטל את כת"א: זהו צעד קיצוני. ביטול כת"א לא מונע הגשה פעם שנייה (ביטול כת"א זה לא זכאות- זכאות זה מעשה בית דין).
2. שימוע בדיעבד: ביהמ"ש יקבע דיון עוד כמה זמן, ובמהלך אותו הזמן ייערך שימוע. חסרון- התביעה כבר התכוננה, שכנע את עצמה להגיש כת"א, הכל מוכן. וגם מבחינת הנאשם- מנסה לשכנע בסטטוס של נאשם, פסיכולוגית זה לא נוח, המעמד של הנאשם הוא כבר לא חשוד. 2 פרמטרים- סטטוס הנאשם\חשוד והפסיכולוגיה של התביעה.

ביהמ"ש מחליט האם לבטל או שימוע בדיעבד. שימוע בדיעבד יותר נפוץ.

**פסלות שופט**

**חשש ממשי למשוא פנים**

**ס' רלוונטיים לנושא- ס' 146-148.**

שופט אמור לשפוט בצורה אובייקטיבית- "לב פתוח ונפש חפצה". שפיטה אובייקטיבית.

**כללי**

* שופט לא יישב בדין אם מצא מיוזמתו או לבקשת בעל דין כי קיימות נסיבות שיש בהן כדי ליצור **חשש ממשי למשוא פנים** בניהול המשפט (**ס' 77א לחוק בתי המשפט**).
* כללי פסלות שופט **נגזרים מכללי הצדק הטבעי** ובראשם **הכלל בדבר היעדר משוא פנים**. הם נועדו להבטיח שההליך השיפוטי ינוהל ע"י אדם שאין לו עניין אישי בהתדיינות ואין לו דעה קדומה כלפי בעלי הדין. הם מבקשים לוודא שבניהול המשפט יגלה השופט יושרה, הגינות, אובייקטיביות, וכושר מקצועי ואישי, שליבו יהיה פתוח ושיפעל מתוך עצמאות ואי תלות.
* כפי שצוין שאחת הפרשות **"שופט היושב בדין צריך להיות מודע לכך שאותה עת הוא עצמו וכל מערכת המשפט עומדים לדין".**
* **מבחינים בין דעה קדומה לדעה קודמת**. דעה קודמת יש לכל אחד- בפרט שופט בעניין משפטי. דעה קודמת ניתן להטות אותה- אפשר לשכנע אחרת. הבעיה היא עם דעה קדומה- הסיכוי לשכנע הוא כמעט אפסי. ולכן מה שמעניין זה שהשופט לא יישב וישפוט אם יש לו דעה קדומה.

**עילת הפסלות**

* הכלל לעניין פסלות שופט דורש חשש ממשי למשוא פנים. נדרש **"חשש ממשי"** ואין די בחשד סתם ואפילו לא בחשד סביר.
* "משוא פנים" נוגע למצב שבו **דעתו של השופט "ננעלת" ו"סופית"** מלכתחילה בנוגע לתוצאות ההליך כך שאין עוד טעם להמשיך בדיון.
* **לא כל דעה רופפת שיש לשופט** בעניין הנדון תביא לפסלות. לשופט, כמו לכל אדם, דעות בעניינים שונים, בוודאי בשאלות משפטיות. **רק כשמדובר** בדעה נחרצת וסופית, ללא אפשרות סבירה של שכנוע ושינוי, מדובר בדעה קדומה שיש בה אפשרות ממשית של משוא פנים המצדיקה פסלות.
* הפסיקה קבעה **מבחן אובייקטיבי לשם זיהוי משוא פנים**, להבדיל ממבחן סובייקטיבי של תחושת בעל הדין.
* **אין די בפגיעה במראית פני הצדק** כדי להצדיק פסלות שופט, שאחרת ייתן משקל יתר לתחושה הסובייקטיבית של בעל הדין וייפתח פתח לפסילה גורפת של שופטים גם באין חשש ממשי למשוא פנים.
* **פ"ד ידיד** נקבע שנדרש חשש ממשי ולא חשש סתם או סביר- חשש ממשי שאותו שופט לא יוכל לשפוט באופן אובייקטיבי.
* הפסיקה קבעה בעניינים טכניים ביהמ"ש רואה לנכון- ביהמ"ש עושה זאת לפי הבנתו ובכדי למלא את תפקידו ביעילות וכפי שהוא רואה לנכון לעשות.

**יישום קונקרטי של הכלל בדבר איסור על משוא פנים:**

(א) עילות שבחוק (משוא פנים אשר נובע מעניין אישי):

סעיף ההגדרות מי זה בן משפחה ומי זה בן משפחה מדרגה ראשונה- לשים לב.

* שופט לא ישב בדין אם צד להליך, בו כוחו או בעל דין הוא בן משפחה שלו או שיש ביניהם קרבה ממשית אחרת (ס' 77א לחוק ביהמ"ש). קרבה ממשית אחרת- לא מוגדר, טוענים.
* שופט לא ישב בדין אם יש לו עניין כספי ממשי או עניין אישי ממשי בהליך או בתוצאותיו, בצד להליך, כבא כוחו או בעד מרכזי, או שלבן משפח מדרגה ראשונה של השופט יש עניין כאמור.
* שופט לא יישב בדין אם בטרם התמנה לשופט היה מעורב בעניין הנדון כבא כוח, בורר, מגשר, עד, יועץ מקצועי, מומחה או בדרך דומה אחרת.
* **סייגים לכללים שלעיל:** אם מפאת דחיפות לא ניתן לקיים את ההליך לפני שופט אחר ועלול להיגרם נזק חמור או עיוות דין אם לא ידון בעניין, או אם העברת הדיון לשופט אחר לא תשנה את עילת הפסלות.
* עו"ד לא יקבל על עצמו ייצוד צד אם יש לו יסוד להניח כי קבלת הייצוג תביא לפסלות השופט בשל עילות הקשורות בעו"ד עצמו (למשל עו"ד לא יקבל תיק אם הוא רואה שהשופט זה אבא שלו). מצא ביהמ"ש כי הנזק שייגרם מאי הייצוג ע"י אותו עו"ד עולה על זה שבהחלפת השופט- יותר הייצוג והשופט לא יישב בדין באותו תיק (למשל עו"ד מלווה לקוח בשלום, עולים לערעור ושם זה אבא של עו"ד- פה אולי בגלל שעו"ד כבר ביחד עם הלקוח יש קו הגנה וכו', יוחלף השופט).
* לעניין קשר אישי או היכרות קודמים- שופט אינו חייב לפסול את עצמו רק משום שהוא מכיר את עו"ד או את מי בעלי הדין. אפילו ייצג השופט את אחד מבעלי הדין בעבר לא יביא הדבר לפסלות אוטומטית, למשל אם חלף זמן רב מאז שייצג אותו.
* לגבי עניין כספי או עניין אישי- אין מדובר בפסול אוטומטי, אלא ראוי להחיל את המבחן הכללי של האפשרות הממשית. השאלה צריכה להיות אם הנגיעה הכספית או החפצית יצרה אפשרות ממשית למשוא פנים. עם זאת, נדרשת הקפדה וזהירות מיוחדת במקרה של נגיעה כספית או חפצית.
* עניין אישי של שופט יוצר חזקה למשוא פנים, אלא אם מתברר שבנסיבות המקרה העניין האישי קטן עד כדי כך שאין עמו אפשרות ממשית של משוא פנים (**פ"ד דני בראון).**

הפסיקה הרלוונטית לפסלות שופט- פ"ד בראון, פ"ד דיאמימון, פ"ד הורביץ.

**עילות נוספות (עילות שאינן נובעות מעניין אישי של השופט):**

* ניהול משפט עשוי להצמיח טענת פסול נגד שופט, למשל:

1. כששופט מתבטא כלפי בעל דין באופן המעורר חשש שאינו אובייקטיבי.
2. כשההתנהגות השופט במשפט מקימה רושם בעיני בעל דין כי הוא נוטה לצד זה או אחר (למשל פגישה בלשכתו של בא כוח התביעה ללא הסנגור- פ"ד ביאמימון).
3. כשהחלטות של השופט מקימות אצל בעל הדין חשש שעמדתו מוטה.

* לרוב אין די בהתבטאות מעליבה כלפי בעל דין (הסיכוי לתביעה נמוך), כדי לפסול את השופט. צריך שההתבטאות תלמד כי השופט גיבש עמדה סופית כךפי הנאשם....
* ...... (להשלים)
* ביהמ"ש אינו נוטה לפסול שופט בשל משוא פנים על יסוד ...
* ..השלם..

**העלאת הטענה ע" בעל דין**

* בעל דין רשאי לבקש משופט- והיה זה שופט בערכאה ראשונה או של ערעור- לפסול את עצמו מלשבת בדין באותו משפט התקיים נסיבות שיש בהן כדי ליצור חשש ממשי למשוא פנים בניהול המשפט.
* אחרי שהסנגור מעלה את טענת הפסלות- עוצרים את המשפט וצריכה להתקבל החלטה. אם יש קרבה קודמת ידועה וכו'- ציך כבר בהקראה לטעון ולא לחכות. אבל אם מדובר במשהו לא ידוע או בהתבטאות- מיד כשנודע עילת הפסלות- אם לא טענו מיד עם תחילת המשפט, צריך להוכיח שבשקידה סבירה לא יכולתי לדעת את זה.
* עקרונית את הטענה לפסלות רשאים להעלות רק בעלי הדין- הנאשם או התביעה. ואולם במקרים נדירים ייתן שיותר גם לאדם מן הציבור להעלות את הטענה ...
* .. חסר..
* על הטענה להיות מועלית לפני כל טענה אחרת, ואם נודע עילת הפסילה..
* ...
* אם השופט דוחה את טענת הפסלות, והסנגור לא מסכים עם זה- הסנגור מודיע לביהמ"ש שבכוונתו להגיש ערעור- ולעולם הערעור הזה יוגש לעליון- **ערעור על פסלות שופט לעולם יוגש לביהמ"ש העליון.** מי שידון בו יהיה נשיא ביהמ"ש העליון- אלא אם הנשיא קבע שאחר ידון (אבל ברירת המחדל זה הנשיא, או מי שהחליט הנשיא).
* את הערעור מגישים 5 ימים (באזרחי 10 ימים) מהיום שבו נודע לסנגור שהשופט לא פוסל את עצמו. בינתיים ברירת המחדל- המשפט נפסק עד להכרעה (באזרחי ברירת המחדל זה שהמשפט נמשך)- אלא אם השופט מחליט מטעמים מיוחדים שירשמו שהוא ממשיך בדיון מתוך הבנה שאולי העליון יקבע שהוא נפסל.

**ערעור על החלטת שופט בטענת פסלות**

להשלים...

**לסיכום,** "חשש ממשי"- אח"כ עילות- משפחתי, כספי, התבטאות. ועילות נוספות בפסיקה.

פ"ד בראון נקבע- לעיתים בשל עבירה עכורה שנוצרה זו תהיה עילת פסלות.

**למבחן-** תמיד כשיש שאלה על פסלות שופט צריך לרשום את כל הפרוצדורה!

**הערה- להשלים את המצגות וממחברת של שנה שעברה**

**שיעור 9 20.12.2015**

**טענות מקדמיות – כללי**

מופיעות **בס'149 לחסד"פ**. הסעיפים הרלוונטיים לנושא הם 149-151. אין לפסוח על בדיקה של אף אחד מהסעיפים כאשר בודקים מקרה של טענה מקדמית. יש להבחין בין טענות מקדמיות לבן טענות מוקדמות כמו פסלות שופט, אליבי ועוד. טענה מקדמית היא אחת מתוך 10 הטענות המופיעות בסעיף. יש לציין כי לפי הפסיקה הרשימה היא לא רשימה סגורה- אבל אנחנו נתייחס רק ל10 הטענות.

**הטענות המקדמיות**

לאחר תחילת המשפט (לאחר ההקראה) רשאי הנאשם (הוא היוזם של הטענה ולא ביהמ"ש או התביעה) לטעון את הטענות המקדמיות הבאות:

1. חוסר סמכות מקומית.
2. חוסר סמכות עניינית.
3. פגם או פסול בכתב האישום.
4. העובדות המתוארות בכתב האישום אינן מהוות עבירה. זו לא טענה של אין להשיב לאשמה אלא שכתב האישום אינו מהווה עבירה. אין להשיב לאשמה היא לא טענה מקדמית!
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. הגנה מן הצדק (הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית).

קבלת הטענה המקדמית לא תוביל לעולם לזיכוי אלא מה שיקרה הוא אחד מתוך השלושה הבאים – כתב האישום יתוקן, התיק יועבר לבית המשפט המוסמך או במקרים קיצוניים – כתב האישום יבוטל. ביטול זה לא מעשה ביה"ד- ולרוב יהיה ניתן להגיש שנית.

**לא רשימה סגורה אבל למבחן כן:** הטענות המקדמיות אינן מוגבלת לעשר המפורטות **בסעיף 149 לחסד"פ**. תיתכנה טענות נוספות שמקומן להתברר לפני בירור האישום עצמו שכן לפי טיבן קבלתן כרוכה בתיקון כתב האישום, בביטולו או בהעברת הדיון לבית-משפט אחר ומשכך מן הראוי שיועלו מוקדם ככל הניתן. מעצם טיבן כטענות מקדמיות, מתמקדות טענות אלה בהיבטים הקשורים לניהול ההליך ולא באשמה המיוחסת לנאשם- הטענות נבדקות במנותק מהאשמה המיוחסת לנאשם.

**מועד העלאת הטענות**

טענה מקדמית תועלה **לאחר תחילת המשפט** או **בכל שלב במהלך המשפט**, לרבות בשלב **הערעור**.

**החריגים**: לכלל זה שני חריגים ב**ס'151** – טענה ל**חוסר סמכות מקומית** וטענה ל**פגם או פסול בכתב האישום**, שאם לא הועלו לאחר תחילת המשפט ניתן יהיה להעלותן מאוחר יותר אך ורק **ברשות בית המשפט**. שתי טענות אלה הן פורמליסטיות באופיין, שקבלתן מותנית בדרך כלל בגרם עיוות דין (בשונה מהטענות האחרות שיכולות להוות ממש עיוות דין- למשל חוסר סמכות עניינית שבמקום שמחוזי ידון דנים בשלום. שונה מחוסר סמכות מקומית- מה זה משנה שבמקום שלום ת"א דנים בשלום פ"ת? ולכן יהיה ניתן לעלותה רק לאחר תחילת המשפט ובמועד אחר רק באישור ביהמ"ש). משכך אם לא נטענו לפני הפתיחה בדיון, ראוי שהצגתן בשלב מאוחר יותר תהיה נתונה לפיקוח ביהמ"ש.

**הדיון בטענה המקדמית** (**ס'150 לחסד"פ)**

**זכות תגובה לתובע**: נטענה טענה מקדמית, חייב ביהמ"ש לאפשר לתובע להגיב לה עם העלאת הטענה וכן להביא ראיות התומכות בכך שאין לקבל את הטענה של הנאשם. בית המשפט רשאי לדחות את הטענה אף ללא תשובה של התובע (מה אכפת לתובע- מבחינתו התוצאה הרצויה זה דחיית הטענה, ולכן אם ביהמ"ש דוחה לא צריך את תשובת התובע). הזכות להשיב לטענה כוללת גם את **הזכות להביא ראיות**.

**בית המשפט רשאי להעלות טענה מקדמית אף מיוזמתו:** במקרה שכזה נדרש להעניק לצדדים הזדמנות להתייחס אליה. במקרים שביהמ"ש רואה יש חוסר סמכות עניינית, ביהמ"ש יודע שזה לא בסמכותו לדון בעבירה של גניבה בידי עובד ציבור כי זה 10 שנות מאסר, בגלל שלא העלו את זה כי נוח להם אז אני אדון ואבזבז זמן שיפוטי שיהיה בטל מעיקרא. אבל כשיעלה מיוזמתו חייב לתת לשני הצדדים להגיב. בד''כ גם לגבי סמכות מקומית הוא יעלה מיוזמתו (פחות נפוץ).

**נטל ההוכחה:** לגבי טענות מקדמיות הנטל מוטל על התביעה שזה לא התקיים (החסינות, ההתיישנות וכו'). מדובר בנטל "רדום" כל עוד לא מתעוררת שאלה, אך משזו התעוררה – התביעה נושאת בנטל בין היתר היעדר חנינה, קיומה של סמכות, היעדר זיכוי קודם ועוד.

**המועד למתן ההחלטה:** ביהמ"ש יחליט **לאלתר**, אלא אם הוא סבור שיש להשהות את ההחלטה לשלב אחר במשפט (לרוב כדי שלא לעכבו). ברור כי אם נטעת טענת התיישנות אין מה לחכות אבל במקרה של טענה הגנה מן הצדק למשל לרוב ביהמ"ש יחליט בה לקראת סוף ההליך. מדוע?! ראשית הוא ירצה לשמוע את הצדדים וכן ניתן לבוא לקראתו בגזירת העונש.

**ההחלטה: בימ"ש שקיבל טענה מקדמית רשאי להורות על🡨**

1. תיקון כתב האישום: אם למשל מצוין העבר הפלילי של הנאשם אז זה יגיע לשופט אחר.
2. ביטול האישום: ביטול אינו מונע הגשה מחדש (בדר''כ בהתיישנות יבטלו כי אין לביה''מ ברירה אחרת).
3. לגבי חוסר סמכות מקומית או עניינית - להעביר את הדיון לביהמ"ש המוסמך ע"פ סעיף 79 לחוק בתי המשפט.

**הבחירה בסוג הסעד בגין קבלת טענה מקדמית תלויה בסוג הטענה המועלית:**

* ישנן טענות שתבאנה בהכרח לביטול כתב האישום (אך לא לזיכוי) כדוגמת טענה להתיישנות, היות שאין בנמצא דרך לרפא את הפגם באמצעות תיקון כתב האישום.
* ישנן טענות שעשויות להביא לתיקון כתב האישום, לדוגמא טענה לפסול בכתב האישום.
* טענה לחוסר סמכות מקומית או לחוסר סמכות עניינית עשויה בצד זה להביא להעברת כתב האישום לדיון בפני בית משפט מוסמך.

**ערעור על החלטה בנגוע לטענה מקדמית:**

ההגנה רוצה לערער שלא קיבלו את הטענה או שהתביעה רוצה לערער שקיבלו את הטענה- אין ערעור על החלטות ביניים חוץ ממה החוק קובע. הערעור היחיד שאפשר לעשות זה אחרי שמקבלים החלטה- על פסק הדין עצמו.

* מקום שתוצאת ההחלטה בטענה המקדמית היא המשך הדיון – דין ההחלטה ככל החלטת ביניים בהליך פלילי, וזו נעדרת ערעור אלא במסגרת הערעור על כל פסק הדין.
* מקום שתוצאת ההחלטה בטענה המקדמית היא קבלת הטענה לגבי חלק מכתב האישום – לא ניתן לערער על ההחלטה אלא בסיום המשפט כולו. אם בגלל טענה אחת שהתקבלה הדיון ממשיך אי אפשר לערער עכשיו (גם אם טענה אחת נדחתה ואחת התקבלה). גם אם קיבלו חוסר סמכות עניינית עדיין הדיון ימשיך במקום אחר ולכן אי אפשר לערער באותו רגע. אם דחו את ההתיישנות הדיון ממשיך ולכן אי אפשר לערער באותו רגע.
* מקום שתוצאת ההחלטה בטענה המקדמית היא ביטול האישום – דינה כדין פסק דין וניתן לערער עליה כשם שמערערים על כל פסק-דין אחר- הדיון נגמר.

**חוסר סמכות מקומית**

**כללי:** סמכות מקומית דנה בשאלה באיזה מחוז שיפוט יידון כתב האישום. בסה"כ קיימים 6 מחוזות: ירושלים, ת"א, מרכז, חיפה, צפון ודרום. בכל מחוז מספר בתי משפט שלום. כך למשל, מחוז ת"א כולל את בתי המשפט של ת"א והרצליה, ומחוז ירושלים – של ירושלים ובית שמש. אזור השיפוט של בית משפט שלום מסוים **כולל את כל המחוז שבו הוא נמצא**, גם אם מצויים באותו מחוז בתי משפט שלום נוספים. לפיכך, ניתן להגיש את כתב האישום **בכל בית משפט שלום באותו מחוז**. אי אפשר לטעון לחוסר סמכות מקומית כאשר זה באותו מחוז. אם היו מגישים את זה לת''א אפשר לטעון לחוסר סמכות מקומית כי זה מחוז אחר, בלי קשר למרחק הגאו'. אם זה בנתניה אפשר לבקש להעביר את הדיון לביהמ"ש אחר- אטען שכל העדים והעבירה בוצעה בפ''ת ולכן יותר קל ונוח אבל זו בהחלט לא תהיה טענה של חוסר סמכות מקומית.

**ביהמ"ש המוסמך הוא זה שבאזור השיפוט שלו מתקיים אחד משניים, לפי סדר חשיבות** (יש סדר חשיבות אבל אם הוגש לפי אופציה 2 למרות שהיה ניתן באופציה 1, הנאשם לא יכול לטעון לחוסר סמכות מקומית):

1. נעברה העבירה (כי שם העדים גרים כנראה..)
2. נמצא מקום מגורי הנאשם – מקום מגורי הנאשם הוא מקום מגוריו הקבוע, ולא מקום זמני או ארעי.

* אם הושלמה העבירה במקום אחר מזה שבו הוחל בביצועה יהיה מקומה, הן במקום שבו הוחל בביצוע, הן בזה שבו הביצוע הסתיים.
* אם מקום העבירה או מגורי הנאשם אינם ידועים, או שהעבירה נעברה בחו"ל, יידון הנאשם בבימ"ש שבאזור שיפוטו נתפס (הנאשם יוכל לטעון- המקום שנעברה העבירה או מגורי הנאשם ידועים ולכן לא הייתם צריכים לבחור באזור שנתפסתי ולכן יש חוסר סמכות מקומית).
* באין סמכות מקומית לבית משפט כלשהו – יידון כתב האישום בפני ביהמ"ש בירושלים.
* בעת צירוף מספר אישומים או נאשמים, הסמכות נתונה לכל בימ"ש שלו סמכות לדון באחת העבירות או באחד הנאשמים (**סעיף 7 לחסד"פ).**

כאמור, בשונה מטענות מקדמיות אחרות, נאשם שלא העלה טענה לחוסר סמכות מקומית בתחילת המשפט, יוכל לטעון אותה מאוחר יותר רק ברשות ביהמ"ש.

**העלאת הטענה והחלטה לגביה**: משמעות טענה לחוסר סמכות מקומית היא שכתב האישום הוגש בפני בית המשפט נעדר סמכות מקומית לדון בו בהתאם לכללים.

בית המשפט שמצא, אם מיוזמתו או בעקבות טענה של בעל דין, כי העניין שבפניו אינו מצוי בסמכותו המקומית, רשאי להורות על אחד מאלה🡨 לבטל את כתב האישום (ואז אין מניעה להגיש כתב אישום חדש) או להעביר את הדיון לביהמ"ש המוסמך לפי חוק (בפרקטיקה היות שהיעדר סמכות מקומית אינו נחשב לפגם הכרוך בעיוות דין, הנטייה היא להורות על העברת הדיון ולא על ביטול כתב האישום).

**ביהמ"ש שאליו הועבר- יכול לדון מהנקודה שהוא רוצה** (להתחיל מההתחלה או מאיפה שהפסיקו): ביהמ"ש שאליו הועבר הדיון רשאי לדון בו כאילו הובא כתב האישום בפניו מלכתחילה ולהמשיך בדיון מהשלב שאליו הגיע בית המשפט שקדם לו, או לשמוע מחדש את הראיות מראשיתן. ביהמ"ש שאליו הועבר עניין בשל חוסר סמכות מקומית אינו מוסמך להעבירו בשנית (ז"א צפון העביר לדרום, דרום חזר לצפון- צפון לא יכול להעביר עוד- העברה פעם שלישית אסורה), גם אם לא שגה בית המשפט שהעביר את הדיון אליו.

**חוסר סמכות עניינית**

**כללי**: שני היבטים- איזו ערכאה והרכב (כמות) השופטים. הסמכות העניינית של ביהמ"ש קובעת באיזה עבירות מוסמך בימה"ש לדון. למשל, לבימ"ש השלום סמכות עניינית לדון בעבירות שעונשן עד 7 שנות מאסר כולל. עבירה שעונשה מעל 7 שנות מאסר אינה בסמכותו העניינית- מעל 7 זה מחוזי. היבט אחר של סמכות עניינית נוגע למס' השופטים היושב במותב מסוים (ברצח צריך 3 שופטים, בדיון יושב 1- טוענים לחוסר סמכות עניינית. ולחילופין הריגה נדונה במחוזי, המוטב הוא דן יחיד שלא כמו ברצח- ובדיון בהריגה יושבים 3 שופטים, ולא הייתה הרחבת מוטב- טענה לחוסר סמכות עניינית).

**משמעות הטענה**: העבירות שבכתב האישום או חלקן אינן מצויות בסמכותו העניינית של ביהמ"ש. להבדיל מטענה של חוסר סמכות מקומית, טענה לחוסר סמכות עניינית היא טענה מהותית, היורדת לשורש העניין, שכן הדיון בה חורץ את כוחו השיפוטי של ביהמ"ש לדון בכתב האישום ולהכריע בו.

ביהמ"ש מוסמך לבחון את סמכותו לדון בעניין שבפניו אף בלי שהועלתה טענה מצד בעלי הדין, במטרה לאפשר לו לעמוד על המשמר ולברר אם העניין המוגש לפניו מצוי בסמכותו (כי חבל על הזמן השיפוטי כי הכול בטל דמעיקרא).

**מועד העלאת הטענה:** נוכח אופייה המהותי של הטענה לחוסר סמכות עניינית ניתן להעלותה בכל שלב משלבי הדיון לרבות בשלב הערעור.

**מה בין סמכות לעניין הכרעת הדין להיעדר סמכות לעניין העונש?**

* כאשר הכרעת הדין מצויה בסמכותו של בית המשפט (כי העבירה היא עד 7 שנות מאסר) אך העונש שהטיל אינו כזה שהיה בסמכותו (נתן 7 שנים וחודשיים) – הכרעת הדין עומדת, ואילו גזר הדין בטל ומבוטל.
* כאשר העונש שהוטל כולל כמה עניינים, חלקם בסמכות בית המשפט וחלקם אינם בסמכותו, הדין הוא שהמרכיב העונשי שמצוי בגדר הסמכות עשוי להמשיך ולעמוד, ובלבד שיש לו ייחוד משלו, באופן שניתן להפריד בינו לבין החלק הבטל (למשל גניבה בידי עובד- בסמכותו, בידי עובד ציבור לא בסמכותו). לעומת זאת, כשהעונש שהוטל מקים יחידה עונשית אחת, שחלק ממנה חורג מהסמכות וחלק אחר מצוי בסמכותו של בית המשפט, אין לפצל יחידה זו, וכל העונש בטל (**פס"ד מדז'ינסקי נ' בית הדין הצבאי לערעורים**).

היום כשבימ"ש צריך לקבוע מתחם לעונש על כל עבירה כמעט ולא רואים בעיה מבחינת העונש כי החלקים כולם מפורטים ומנומקים. מה שמצוי בגדר הסמכות עומד בעינו ומה שלא בטל ומבוטל (גזר 8 שנים ו50,000 ₪ קנס- הקנס עומד בעינו והמאסר בטל).

**התוצאות הנובעות מקבלתה של טענת חוסר סמכות עניינית:**

1. **ביטול** כתב האישום (בכפוף לדוקטרינה של בטלות יחסית- **יששכרוב**). במצב זה ניתן יהיה להגישו מחדש.
2. **תיקון** כתב האישום אם טרם הוחל בשמיעת הראיות והתיקון לא יסב עיוות דין לנאשם- למשל תיקון העבירה בשביל שתתאים לביהמ"ש שאליו הוגש.
3. **העברת הדיון** לבית המשפט המוסמך לדון בו על-פי **סעיף 79 לחוק בתי המשפט**.

**ההחלטה באיזו אופציה לבחור תלויה לרוב בשלב הדיון** – אם הטענה הועלתה בתחילת המשפט הנטייה היא לתקן את האישום כדי להביא את האישום בגדר סמכותו העניינית או לבטלו כדי שיוגש מחדש לביהמ"ש המוסמך; אם הועלתה מאוחר יותר ובטרם הוכרע הדין הנטייה תהיה להעביר את הדיון; לאחר הכרעת הדין הנטייה היא לבטל את האישום. בית המשפט שאליו הועבר עניין בשל חוסר סמכות עניינית, לא יעבירנו עוד (מחוזי העביר לשלום, שלום לא יכול להעביר הלאה- אבל זה לא מקנה לשלום לדון בעבירה מעל 7 שנים וכו').

**חלוקת הסמכויות בין בתי המשפט:** במערכת 3 דרגות – בתי המשפט המחוזי והשלום משמשים ערכאה ראשונה, כשבד בבד משמש המחוזי ערכאת ערעור על פסקי דין של השלום. ביהמ"ש העליון משמש ערכאת ערעור (בזכות) על פסקי דין של המחוזי בשבתו כערכאה ראשון, וערכאת ערעור (ברשות) על פסקי דין של המחוזי בשבתו כערכאת ערעור.

**סמכותו העניינית של בית משפט השלום (סעיף 51 לחוק בתי המשפט):**

* כל עבירה שעונשה קנס בלבד או מאסר שאינו עולה על 7 שנים כולל, למעט –
* אישום הכולל עבירה המוגדרת *כ"עניין כלכלי"* (למשל עבירות ניירות ערך, עבירות לפי חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות וכו') שיידונו *במחלקה הכלכלית של ביהמ"ש המחוזי אלא אם החליט פרקליט המדינה או פרקליט המחוז* להעמיד לדין לפני בית משפט שלום. ברירת המחדל: למחוזי למחלקה כלכלית, אלא אם כן פרקליט המדינה או המחוז החליט להגיש לשלום (טעמי יעילות).
* *עבירות שוחד ועבירות "צווארון לבן"* (כדוגמת גניבה בידי מנהל, קבלת דבר במרמה, רישום כוזב במסמכי תאגיד וכו') *שעונשן 5 שנים או יותר, אם פרקליט מחוז, החליט להגישן למחוזי*. ברירת המחדל: לשלום, אלא אם כן פרקליט המחוז החליט להגיש למחוזי (תקשורתי, מסובך ועוד טעמים).
* עבירות לפי *חוק ההגבלים העסקיים*.
* עבירות *במסגרת פעילות בארגון פשיעה* לפי חוק מאבק בארגוני פשיעה (אדם עשה עבירה במסגרת פעילותו בארגון פשיעה, גם אם זה למשל איומים שהעונש עד 3 שנות מאסר- זה עדיין יידון במחוזי).
* עבירות לפי פקודת הסמים המסוכנים אם פרקליט המחוז או פרקליט המדינה החליט להעמיד את הנאשם לדין לפני השלום, גם אם עונש המאסר לגביהן עולה על 7 שנים, ובלבד שלא יוטל בגינן מאסר העולה על 7 שנים (למשל אדם החזיק 5 גרם הרואין, זה עד 20 שנה בכלא אבל עדיין שלחו לשלום בגלל שהמשפט לרוב בעבירות סמים הוא פשוט). ברירת המחדל: למחוזי, פרקליט המדינה או המחוז יכול להגיש לשלום אבל לא יוכלו לגזור יותר מ-7 שנים.

השלום יכול לשלוח לכלא גם ליותר מ-7 שנים- אם זה צירוף עבירות שכל אחת לא חורגת מ-7 שנים**:** כשבימ"ש השלום מרשיע נאשם במספר עבירות שכל אחת מהן מצויה תחת סמכותו, רשאי הוא להטיל את העונש המרבי בגין כל אחת מהן, אף אם צירוף תקופות המאסר עולה על 7 שנים, וכן עונש מאסר כולל של מעל 7 שנות מאסר, מבלי לפרט את העונש המדויק שנפסק בגין כל עבירה. היום לאחר **תיקון** 113 יש צורך לפרט כמה ניתן על כל עבירה.

סמכותו העניינית של ביהמ"ש השלום היא סמכות ייחודית ביחס לסמכות העניינית של המחוזי, משמע מקום שיוגש למחוזי כתב אישום שבסמכות השלום – תהיה בכך חריגה מסמכות. אבל אם הוגש מראש על אונס, אבל לא מצליחים להרשיע על זה המחוזי יכול להרשיע על מעשה מגונה. אבל להיפך, מוגש לשלום מעשה מגונה והוא מגלה שיש אונס- לא יוכל לדון באונס, יוכל להעביר למחוזי.

***המותב בשלום****:* בית משפט השלום דן בשופט אחד אלא אם השופט היושב בדין מבקש מנשיא השלום או שנשיא בית משפט השלום החליט מיוזמתו כי הדיון יתקיים בפני הרכב של שלושה שופטים (**סעיף 47 לחוק בתי המשפט**)- דג' התיק של ליברמן. אבל ברירת המחדל זה שופט אחד וכך זה לרוב.

**סמכותו העניינית של בית המשפט המחוזי** (**סעיף 40(1) לחוק בתי המשפט**):

למחוזי סמכות שיורית, כל מה שאינו בסמכות השלום, מצוי בסמכותו. בצד זה מוסמך בית המשפט המחוזי לדון בעבירות שבתחום סמכותו של בית משפט השלום, כשהן מצורפות בכתב אישום אחד לעבירות שרק ביהמ"ש המחוזי מוסמך לדון בהן (עבירה קטנה עם עבירה גדולה שתיהן הולכות למחוזי). כלומר, יש לביהמ"ש **המחוזי** סמכות לדון בצירוף אישומים כאשר אחד מהם הוא בסמכות מחוזי והשני בסמכות שלום. במקביל לכך משמש בית המשפט המחוזי ערכאת ערעור על פסקי דין והחלטות אחרות של בתי משפט השלום שבתחום סמכותו המקומית.

*בתחום סמכותו כלולות גם מספר עבירות הקבועות בדברי חקיקה ספציפיים*, למשל: כתב אישום שהוגש נגד שופט או כתב אישום שהוגש נגד ראש הממשלה (שיתברר בבימ"ש המחוזי בירושלים)- ראש ממשלה מכהן ושופט, גם אם הם גנבו מסטיק, יידון במחוזי.

***המותב במחוזי:***

1. ביהמ"ש המחוזי דן בהרכב של שלושה שופטים באלה:

* עבירות שדינן מוות או מאסר עשר שנים ויותר, למעט עבירות שבהן ידון בשופט אחד על אף שעונשן עולה על עשר שנות מאסר.
* ערעורים על פסקי-דין של השלום.
* דיון במשפט חוזר.
* שפיטה פלילית של שופט ושל ראש הממשלה – מחוזי ירושלים.
* כל עניין שהנשיא או סגן הנשיא הורה כך (מקרים מסובכים, תקשורתיים).

1. ביהמ"ש המחוזי דן במותב של דן יחיד באלה:

* בכל עניין שהוא לא דן בהרכב.
* בעבירות המנויות **בחלק א' של התוספת הראשונה לחוק בתי המשפט** (ביניהם- *הריגה, חבלה בנסיבות מחמירות, גניבה בידי עובד ציבור, שוד, סחר בבני אדם לעיסוק בזנות*).
* עבירות***לפי פקודת הסמים****,* ***חוק מאבק בארגוני פשיעה, חוק איסור הלבנת הון*** *ו****חוק הבחירות לכנסת***.
* *ערעור על עבירות תעבורה מסוימות* שאינן פשע.

**פגם או פסול בכתב האישום**

**פגם בכתב האישום**: השמטת "פרט ענייני" מכתב האישום הנוגע ליסוד מיסודות העבירה או פרט חיוני הנוגע להצגה הולמת של התנהגות הנאשם ונסיבות העבירה או השמטה של הוראת חיקוק (למשל השמטה של יסוד נפשי או של יסוד עובדתי).

**פסול בכתב האישום:** אי-עמידה בדרישות החוק באשר ל"כשרותו" ול"תקפותו" של כתב האישום, לדוג' הגשת כתב אישום על-ידי גורם שאינו מוסמך או ללא אישור של גורם מוסמך או הכללה של פרטים בנוגע לעברו הפלילי של הנאשם (למעט מקרים מסוימים שאין ברירה- למשל אדם היה במעצר בית והוא הפר את מעצר הבית- הוגש נגדו כת"א בגין "הפרת הוראה חוקית"- בכת"א חושפים את זה שהאדם נכנס למעצר בית בעקבות נסיבות מסוימות בכתב האישום).

**המבחן המרכזי:** המבחן המרכזי לטענה זו הוא אם קופחה הגנת הנאשם. לכן, פגם טכני או פורמאלי, קרי כזה שלא קיפח את הגנת הנאשם או גרם לעיוות דין, לא יביא לרוב לביטול כתב האישום או לפסילת הדיון שקוים לפיו (אפשר מקסימום לתקן אם זה בשלב מוקדם והנאשם יתאים את ההגנה) ניצול לרעה של העלאת הטענה מצד הנאשם- ביהמ"ש יידחה את הטענה. רק פגם או פסול מהותיים, היורדים לשורש העניין, או כאלה המקפחים את הנאשם בהגנתו- עשויים להצדיק במקרים מסוימים את ביטול כתב האישום.

**המועד להעלאת הטענה:** מקומה של הטענה מיד לאחר הקראת כתב האישום. בכל שלב אחר (לרבות בערעור) תידרש רשות בית המשפט.

**סעד ביהמ"ש:** אם החליט בית המשפט להיעתר לטענה לפגם או פסול בכתב האישום – רשאי בית המשפט לתקן את כתב האישום או לבטלו - אם קופחה הגנת הנאשם. הנטייה בפרקטיקה היא לנסות לתקן את כתב האישום ולא לבטלו**,** כך בפרט שעה שהפגם מתגלה בשלב מוקדם של ההליך.

הבחנה בין פגם לפסול: **טענת פגם או פסול בכתב האישום זו טענה שיש להעלות מיד לאחרי תחילת המשפט, שכן אחרת יידרש אישור מבית המשפט לטעון אותה בשלב מאוחר יותר. יש להבדל בין פגם לבין פסול. פגם הוא השמטה של פרט חשוב, ענייני, בכתב האישום. לדוגמא, השמטה של יסוד מיסודות העבירה, השמטה של פרט חיוני אחר הנוגע להצגה הולמת של התנהגות הנאשם ונסיבות העבירה או השמטה של הוראת חיקוק. לעומת זאת, פסול הוא אי עמידה בדרישות החוק בנוגע לכשרות או תוקף כתב האישום. לדוגמא, בסוף כתב האישום יש חתימה של התובע שהגיש אותו. אם בטעות כתב האישום הוגש עם חתימה של מתמחה, זה פסול. דוגמא נוספת, עברו הפלילי של הנאשם אמור להיחשף רק בשלב הטיעונים לעונש (בשונה מהארכות מעצר, שבהן העבר הפלילי יכול להעיד על המסוכנות של החשוד/הנאשם). אם העבר הפלילי נחשף בכתב האישום, זה פסול.**

**לצורך ההבחנה, פגם הוא לרוב דבר שחסר בכתב האישום (כמו אישור יועמ"ש, נדבר תכף) ואילו פסול הוא לרוב תוספת לכתב האישום. התוצאה של פגם או פסול בכתב אישום היא בהתאם לכלל "הבטלות היחסית". פגם טכני, פורמאלי, שלא קיפח את הגנת הנאשם, לרוב לא יביא לביטול אלא לתיקון כתב אישום.**

פס"ד פלוני נ' מ"י **השופט גרוניס קבע כי פגם שהתבטא בהגשת כתב אישום ללא אישור היועמ"ש (אם נדרש אישור כזה- למשל אם יש התיישנות) עשוי להצדיק ביטול כתב אישום אפילו אם הוא התקבל בדיעבד. פלוני עבירות בידי תקין- קטין שמבצע עבירה העבירה מתיישנת תוך שנה. אך ניתן באישור היועמ"ש להאריך. יש מקרים בהם נדרש אישור היועמ"ש עמ"נ להגיש כת"א בגלל ההתיישנות. הגישו נגד פלוני, למרות שהוא קטין לאחר שנה, כת"א ללא אישור היועמ"ש. הביאו את אישור היועמ"ש בדיעבד, בינתיים חלף זמן רב מהגשת כת"א עד אישור היועמ"ש. גרוניס-** במקרה שלא הצטיידתם מראש באישור היועמ"ש שדרוש בשל ההתיישנות, וחלף זמן רב כבר מהגשת כת"א- אני מבטל את כת"א**.**

שיעור 10 27.12.2015

**כבר זוכיתי – כבר הורשעתי** סעיף 149(5).

מועד העלאת הטענה: ס' 150 לחסד"פ **קובע שגם את הטענה הזו אפשר להעלות בכל שלב במשפט ללא צורך באישור בית משפט, אפילו בערעור, ולא רק לאחר תחילת המשפט. כלל עדיף להעלות מיד בתחילת המשפט כי אם לא ביהמ"ש ינזוף על בזבוז הזמן השיפוטי.**

הכלל: ס'5 לחסד"פ **"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', לעניין סעיף זה – לרבות העמדה למבחן ללא הרשעה תחילה". הרישא- אין מעמידים אדם פעמיים על אותו מעשה (למשל אדם הורשע על גניבה ואח"כ רוצים לתקן את העבירה על אותו מעשה ל"גניבה בידי עובד"- אסור). הסיפא-** חריג לכלל: **כאשר מדובר בעבירות המתה – אי אפשר יהיה לטעון כבר הורשעתי. כך למשל, אם א' הורשע אחרי שגרם חבלה מחמירה לב' וריצה את עונשו, ואחר כך ב' נפטר, אפשר יהיה להעמיד את א' לדין שוב- רק אם האדם** הורשע **בסבב הראשון. טענת כבר זוכיתי אפשר לטעון גם במקרה של מוות מאוחר.**

עמ"נ לטעון טענת כבר זוכיתי/כבר הורשעתי דרוש פסק דין של זיכוי/הרשעה: **אם בוטל כתב אישום, אי אפשר לטעון כבר זוכיתי-כבר הורשעתי. בנוסף, אם אדם הורשע בעבירה שבוטלה, גם אם ניתן במסגרת ההליך פסק דין (זיכוי או הרשעה), הוא לא ייחשב פסק דין לצורך הטענה הזו. דוגמא: היום מבטלים את עבירת האיומים מחוק העונשין. מחר מגישים כתב אישום נגד אדם בגין איומים. הוא קיבל פסק דין של זיכוי/הרשעה. עוד שנה מחזירים את העבירה. אותו אדם לא יוכל לטעון שהוא כבר הורשע/כבר זוכה.**

ניתן לכלול בכתב אישום אחד כמה הוראות חיקוק לגבי אותו מעשה: ס'5 **מדבר על כתבי אישום שונים, אבל באותו כתב אישום אפשר לטעון לכמה עבירות בגין אותו מעשה. העונש יהיה עונש אחד.** ס' 186 לחסד"פ **אך ביהמ"ש לא ירשיע פעמיים על אותו מעשה (למשל כת"א בגין אונס, אבל התביעה מעדיפה לכתוב גם מעשה מגונה למקרה שלא יוכח אונס).**

הודאה ללא הרשעה**: ישנם מצבים שבהם מגישים כתבי אישום נגד צעירים (לא קטינים) או לחלופין נגד אנשים שרישום פלילי נגדם יהיה גרוע לפרנסתם. בית המשפט יכול לקבוע שהמעשה אכן התבצע אבל לגזור עבודות למען הציבור בלי להרשיע. אי הרשעה כאמור לצורך כבר זוכיתי - כבר הורשעתי נחשבת כהרשעה- לאחר הודאה ללא הרשעה ניתן לטעון כבר זוכיתי כבר הורשעתי.**

אם תתקבל הטענה התרופה תהיה בהכרח ביטול כת"א: **תיאורטית ניתן להגיש עוד פעם, אבל לא יגישו כי הוא ייטען שוב. טענה מקדמית אף פעם לא תביא לזיכוי, הכי הרבה תביא לביטול.**

עבירה נמשכת מול עבירה מתמשכת: **עבירה נמשכת היא עבירה שהתגבשה והושלמה במועד נתון, אבל היא ממשיכה להתקיים עד סופה. דוגמא: כליאת שווא. אם אני כולא את האדם למשך חודש, אי אפשר להגיש נגדי כתב אישום בגין כליאת שוואX30. זו עבירה אחת של כליאת שווא. עבירה מתמשכת, לעומת זאת, חוזרות ומתחדשת בכל יום. דוגמא: עריקות. בעבירות מתמשכות ניתן להגיש כתב אישום בגין כל יום (שלא התייצבתי לשירות, למשל). לגבי עבירות נמשכות, אפשר לטעון כבר זוכיתי-כבר הורשעתי, ואילו לגבי עבירות מתמשכות – אי אפשר.**

אותו מעשה: **לעניין טענת כבר זוכיתי כבר הורשעתי, צריך שתהיה זהות בין המעשה שבגינו אדם הורשע או זוכה לבין זה שמיוחס לו בכתב האישום. המעשים ייחשבו זהים אם כל רכיבי האחד כלולים בשני, גם אם אחד מהם כולל רכיבים נוספים. דוגמא: אדם גנב והורשע בגניבה. בהמשך הוכח שהוא גנב סכום גבוה יותר, המאפשר להאשים בגניבה בידי עובד. אי אפשר יהיה להאשימו מחדש כי יסודות העבירה (נטילה ונשיאה של דבר וללא הסכמת הבעלים) מתקיימים בשתי העבירות. זה שבעבירה של גניבה ממעביד יש יסוד נוסף (נכס ממעביד), לא אומר שאפשר להגיש כתב אישום חדש. לעומת זאת, אם רק חלק מיסודות העבירה הראשונה כלולים גם בעבירה השנייה וחלקם האחר לא, אפשר יהיה להגיש כתב אישום חדש. הרעיון- בשביל שזה לא יהיה אותו המעשה, צריך לפחות רכיב ייחודי אחד בכל אחת מהעבירות.**

פס"ד יוסף ביטון נ' מדינת ישראל **(חשוב לקרוא!) פסק הדין נותן שני מבחנים בשאלה מה ייחשב ל"אותו מעשה":**

* מבחן פיזי צורני**- האם הפעולות נפרדות ועוקבות כך שניתן לפצלן אף שבוצעו ברצף. מחילים *בעבירות רכוש*.**
* מבחן מהותי מוסרי**- האינטרס של קרבן העבירה ואשר לפיו ריבוי נפגעים הוא אינדיקציה לריבוי עבירות, הנובעות ממעשים נפרדים. מחילים *בעבירות גוף* (אדם נכנס לכיתה ורוצח חמישה תלמידים, יואשם בחמש עבירות רצח, גם אם רצח אותם בלחיצה אחת על ההדק של רובה עוזי שיורה צרור יריות). החריג לכלל הזה הוא המתה בהשפעת קנטור משותף (**פס"ד אזואלוס**) ואז המעשה ייחשב למעשה אחד.**

סיכון כפול: **אם הוגש כתב אישום, ההליכים הפליליים החלו והנאשם עמד בסיכון של הרשעה, אך** מסיבה שאינה תלויה בו**, ההליכים נפסקו בטרם הוכרעו בפסק דין, הוא לא יכול לטעון כבר זוכיתי כבר הורשעתי, אך הוא עשוי לטעון לסיכון כפול. עיקרון זה אוסר על המדינה לבצע ניסיונות חוזרים ונשנים להרשיע אדם בעבירה המיוחסת לו על רקע תשתית עובדתית מסוימת. הרעיון הוא למנוע העמדה לדין פלילי פעמיים באותה עבירה. הרעיון שעומד מאחורי זה הוא מניעה של חשיפת הנאשם להוצאות כלכליות נוספות, למבוכה, לתחושה מתמשכת של חרדה, חוסר ביטחון ובקיצור עוגמת נפש. בשיטות משפט אחרות זה עובד, אבל בישראל זה עדיין לא התקבל בפסיקה והפסיקה היא כל פעם לגופו של עניין. מוכרת בפסיקה אבל לא השתמשו בזה בפועל- לא נטענה.**

**מקום שבו הופסק הדיון, אך נותר פתח להמשכו בשלב מאוחר יותר, חידוש הדיון אינו מקים בסיס לטענה של סיכון כפול. כך למשל, הפסקת הדיון מחמת חוסר סמכות אינה מקימה טענת סיכון כפול עם חידוש הדיון בביהמ"ש המוסמך. גם עיכוב הליכים אינו מקים בסיס לטענה זו, בשל הפתח שנותר להמשך הדיון מאוחר יותר.**

פס"ד יפת**: נקבע כי בחינת שאלה על ידי ועדת חקירה ממלכתית ואף הטלת סנקציה מכוחה אינן מקימות טענה לסיכון כפול במקרה של הבאת השאלה להליך הפלילי. סיכון כפול הוא אינו סייג לפליליות המעשה, כמו שטענות מקדמיות אינן סייג כזה – הוא רק מציב מחסום למימוש האחריות הפלילית. המעשה שנעשה היה עבירה לפני ההליך הראשון והוא נשאר כזה גם לאחריו.**

אדם הורשע בהריגה ואח"כ התקבלו ראיות נוספות לרצח: **פס"ד ג'ועיה ובפס"ד רבר: חלק מהשופטים אומרים שניתן יהיה לקרוא אותי לדין ולהרשיע אותי בפעם השנייה על רצח – אפילו שהמוות קרה כבר בהליך הראשון.**

תיקון כתב האישום: **אם כתב האישום תוקן במהלך הדיון, והנאשם הורשע או זוכה בפסק הדין בקשר לעבירה שונה מזו שהואשם בה במקור, תחול הטענה על העבירה שבה זוכה או הורשע בפועל ולא על זו שיוחסה לו בכתב האישום המקורי.**

**התיישנות**

מועד העלאת הטענה: **טענה זו אפשר לטעון בכל שלב, גם לאחר תחילת המשפט, ואף בערעור. הסעד: ביטול כת"א, ניתן להגיש שוב כת"א אבל זה חסר טעם כי הנאשם שוב ייטען להתיישנות ושוב יבטלו. התיישנות יכולה להיות גם לגבי העבירה וגם לגבי העונש (מרגע שקיבלתי את גזר הדין, נספרת התיישנות לעניין העונש). בחלוף תקופת התיישנות, לא ניתן עוד להעמיד את הנאשם לדין בעבירה או לחלופין לא ניתן לבקש ממנו לרצות את עונשו.**

תקופת ההתיישנות לעניין העונש **(פסקו לי מאסר ולא הופעתי, או שברחתי באמצע תקופת המאסר- אם לא התחלתי לבצע מתחילים לספור מיום שפ''ד הפך לחלוט. ואם הביצוע החל סופרים מהיום שבו הופסק ביצוע פ''ד- מיום הבריחה)**:

**פשע🡨 20 שנה.**

**עוון🡨 10 שנים.**

**חטא🡨 שלוש שנים.**

תקופת ההתיישנות לעניין העבירה:

**פשע שהעונש בצדו הוא מאסר עולם או מיתה🡨 20 שנה**

**פשע שהעונש בצדו הוא לא מאסר או מיתה🡨 10 שנים.**

**עוון🡨 חמש שנים.**

**חטא🡨 שנה.**

הרציונליים להתיישנות**:**

1. **שכחה ומחילה: בחלוף הזמן, הולך ופג עניין הציבור בהעמדת העבריין לדין עד שניהול ההליך הפלילי מתייתר.**
2. **זכות העבריין לסיום מהיר של ההליך: מי שעובר עבירה, אך זו לא נחקרה, והוא לא הועמד לדין בגינה, באה עת שבה הוא משתחרר ממורא מיצוי הדין עמו. הזכות לסיום מהיר של ההליכים היא זכות מהותית במשפט הפלילי, ובשיטות משפט אחרות הוכרה כזכות חוקתית.**
3. **האינטרס בבירור האמת: החשש הוא כי בחלוף הזמן תאבדנה ראיות או שיעומעם זיכרונם של העדים.**
4. **יעילות: ההתיישנות ממריצה את הרשויות לסיים במהירות ולא לדחות את הטיפול בעבירות.**

פס"ד פלוני נ' בית הדין הצבאי המיוחד ואח' + בג"צ סצ'י**: ה אם טענת ההתיישנות היא טענה דיונית או טענה מהותית? הדעה הרווחת בפסיקה היא שההתיישנות בפלילים היא טענה דיונית ולכן הנאשם יכול לוותר על הטענה הזו.**

**בעבירות לפי** החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהםובחוק בדבר מניעתו וענישתו של הפשע השמדת עם**,** ובעבירות רצח **או** ניסיון רצח של ראש ממשלה מכהן**, אין התיישנות.**

**תקופת ההתיישנות לעבירות שבוצעו בידי קטין היא שנה. עם זאת, אפשר להגיש את כתב האישום באישור היועמ"ש גם לאחר אותה שנה. לעניין פגם בהגשת כתב אישום, אם לא יהיה אישור היועמ"ש בדיעבד, יבוטל כתב האישום.**

תקופת ההתיישנות בעבירות מין בקטין (ולא על ידי קטין): **אם העבירות נעברו על ידי בן משפחה או אחראי על הקטין, תחל ביום שמלאו לקטין 28 שנים. אם חלפו מעל 10 שנים מהעבירה, יוגש כתב האישום רק באישור היועמ"ש. דוגמא: בוצע בילדה אונס בגיל 13. בגיל 29 היא מתלוננת. משום שחלפו עשר שנים מיום האונס, נדרש אישור היועמ"ש להגשת כתב האישום.**

**תקופת ההתיישנות בעבירות מין בקטין שבוצעו שלא על ידי בן משפחה או אחראי, ולקטין מלאו 15 שנים**: יחל מניין תקופת ההתיישנות מגיל 18. אנחנו נותנים לקטין יותר קרדיט כשמדובר בבן משפחה, כי במצב כזה הקטין יותר תלוי בתוקף – עד שהוא יהיה עצמאי ויוכל לצאת מהבית, ייקח זמן. אם לקטין לא מלאו 15 שנים, תקופת ההתיישנות תחל מהרגע שבוצעה העבירה (אבסורד, אבל זה המצב).

אירוע מנתק**: אירוע שבגינו מתחילים את ספירת ההתיישנות מחדש. דוגמא: אדם לא התייצב למאסר. התקשרו אליו ואשתו אמרה שהוא לא נמצא – זה אירוע מנתק. הספירה מתחילה מחדש ולא מהרגע שהפסקנו לספור. בעבירות מסוג חטא אין אירוע מנתק. אירוע מנתק הוא אחד מאלה:**

1. חקירה על פי חיקוק – המשטרה ממשיכה בחיפוש ואיסוף ראיות, ובלבד שהכול נועד להכין את התביעה הפלילית באותה עבירה. החקירה חייבת להיות הליך רשמי ומהותי, ולא סתם בירור או איסוף מידע שאין בהם הכנה ממשית של התביעה הפלילית.

**פס"ד ברמי:** נקבע כי הגשת התלונה כשלעצמה, אינה נחשבת חקירה, כי החקירה נפתחת לאחר התלונה.

חשוב לציין כי אין מדובר בהכרח בחקירת עד או חשוד מסוים ודי שהפרשה עצמה החלה להיחקר ונאספו ראיות שישמשו חומר רקע לחקירת החשוד. אם למשל הוגשה תלונה בתחנת אילת והוחלט להעביר את התיק ליחידה חוקרת בפתח תקווה, רק כאשר הקצין הממונה על החקירה בפתח תקווה מתחיל לחקור, מתרחש אירוע מנתק.

**פס"ד התנועה לאיכות השלטון:** נקבע שפעולות שמתבצעות לאחר השלמת חקירת המשטרה כדי להחליט אם להגיש כתב אישום, כמו התייעצויות למיניהן, אינן בגדר חקירה. כל מה שמתבצע במשרדי התביעה לא נחשב חקירה ולכן לא נחשב אירוע מנתק (גם אם התביעה מבקשת השלמת חקירה מהמשטרה).

ח"כ שאקי נחשד בביצוע מעשים פליליים שהיו בגדר עוון (התיישנות של חמש שנים). המעשים הושלמו בתחילת 1990. ב1991 העבירה המשטרה את התיק לפרקליטות. לאחר שלוש שנים החליט היועמ"ש שלא להעמידו לדין כי אין עניין לציבור. נגד ההחלטה הוגשה עתירה, ובפסק הדין שניתן בה ע"י בג"צ (בחלוף למעלה מחמש שנים מהעברת התיק לפרקליטות), נקבע כי החלטת היועמ"ש בטלה, וכי התיק יוחזר אליו כדי שיעיין בחומר הראיות מחדש. לאחר קביעת בג"צ החליט היועמ"ש שההתיישנות חלפה עוד לפני פסק הדין. בעתירה נטען שכל מעשה של הפרקליטות, לרבות היועמ"ש, עד להגשת כתב אישום הוא חלק מהחקירה, ועוצר את מרוץ ההתיישנות וכי האבחנה בין רשויות החקירה לתביעה היא מלאכותית. לכן, מאחר שהליך החקירה בעניינו של שאקי התבצע בשנת 94' כשהוחלט על אי העמדתו לדין, טרם חלפה תקופת ההתיישנות. מנגד טען היועמ"ש כי מרוץ ההתיישנות מתחיל כשסיים הגוף החוקר את החקירה והתיק הועבר לפרקליטות, דהיינו ב-91'. בחינת החומר ע"י התובע אינה חקירה המנתקת את מרוץ ההתיישנות.

המחלוקת בין הצדדים התמקדה בשאלה האם הליך הנערך בפרקליטות המדינה, בהקשר לתיק החקירה, נכנס לגדר "חקירה על פי חיקוק" ולכן קוטע את מרוץ ההתיישנות, או שמא מיום שנסתיימה החקירה ע"י הרשות החוקרת לא נקטע מרוץ ההתיישנות אלא כאשר מוגש כתב האישום?! במילים אחרות – האם המונח "חקירה" מבטא רק פעולה של חיפוש ואיסוף ראיות או מכוון גם לשקילת הראיות ועיבודן?! ביהמ"ש פסק כי נוכח תכליות ההתיישנות יש לקבוע כי פעולות התביעה בתיק לאחר שהושלמה החקירה אינן קוטעות את מרוץ ההתיישנות. מרוץ ההתיישנות ייקטע בהתקיים הצדקה עניינית לכך. הצדקה כזו קיימת כשלצורך בירור האמת במשפט נדרשת חקירה, כשהעבריין ביוזמתו חותר תחת בירור האמת או כשיש מניעה חוקית להעמדה לדין. ההצדקה אינה קיימת כשלפני התביעה מונח כל חומר החקירה, וכל שנותר לה הוא להפעיל בזריזות את שיקול דעתה ולקבוע האם יש בחומר כדי להגיש כתב אישום. פרשנות זו מתיישבת עם זכות החשוד להליך מהיר ואין היא כופה על התביעה גזירה שאינה יכולה לעמוד בה. פרשנות אחרת משמעה עינוי הדין והארכת תקופת המתח והסבל של החשוד ומשפחתו.

1. הגשת כתב אישום – ברגע שמגישים כתב אישום, מתנתק מרוץ ההתיישנות.
2. קיום הליך מטעם בית המשפט באותה עבירה – כל הליך, לרבות הדיונים, מטעם בית המשפט, בעניין התיק הנדון, מהווה אירוע מנתק.

אין אירועים מנתקים על עבירת חטא- אחרי שנה מתיישן ועל העונש אחרי 3 שנים מתיישן.

טענת הגנה מן הצדק

עד שנת 2007, לא נמנתה ההגנה מן הצדק בין הטענות המקדמיות המנויות בחוק סדר הדין הפלילי. הדוקטרינה הוכרה לראשונה בפסיקה הישראלית **בפס"ד יפת** (חשוב לקרוא) שניתן בשנת 1996, אך בד בבד נקבע שהיא תתקבל רק במקרים נדירים ביותר **שבהם התנהגות הרשות הציבורית "שערורייתית שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם.** מדובר במקרים בהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסלי נפגעת".

בשנת 2007 נוספה ההגנה לחוק סדר הדין הפלילי כטענה מקדמית עשירית (**ס'149(10**)) אשר חלה "כשהגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית". מדובר בקביעה יותר מתונה ממה שנפסק ביפת. חשוב לציין כי הטענה נבחנת במנותק משאלת האשמה. דוגמא: המשטרה שתלה בביתו של חשוד בסמים כמות גדולה של סמים. גם אם הוא יודה שחלק קטן מהסמים שלו, אבל יתברר שהמשטרה אחראית לחלק גדול מהכמות, עומדת לו הגנה מן הצדק.

**את הטענה ניתן לטעון גם נגד בית המשפט** ("ניהול ההליך הפלילי" – מתוך הסעיף) אך בפועל עד כה היא עדיין לא התקבלה: מקרה בו לנאשם שלה הייתה תאונת דרכים קשה תוך כדי ניהול התיק. תחילה הדיונים נדחו אך כשהוא השתחרר, רצו להמשיך עם ההליך הפלילי. הוא התייצב בבית המשפט לדיון בהוכחות אך בגלל שמדובר בדיון ארוך מאד, הוא ביקש מבית המשפט לפתור אותו מהדיונים כי הוא לא יכול היה לשבת הרבה. בית המשפט לא אפשר לו ואף אמר שהוא יכול לשכב באולם בית המשפט (כדי שיהיה לו יותר נכון). הוא הורשע וקיבל עונש. בערעור למחוזי אפשר היה לטעון להגנה מן הצדק (כי זו טענה מקדמית שהיא לא (1) או (3)). הטענה אכן נטענה אבל בית המשפט לא אהב לשמוע טענת הגנה מן הצדק שנטענת נגד בית משפט. השופטים לא אמרו שזה בלתי אפשרי לטעון את הטענה הזו נגד בית המשפט, אבל הם גם לא דנו בטענה לגופו של עניין והתחמקו ממנה.

**משמעות הטענה**: משמעות הדוקטרינה של הגנה מן הצדק היא יצירת השתק פלילי, בין אם בדרך של עיכוב הליכים שיפוטי או של ביטול כתב האישום. ברוב המקרים תחול ההגנה בדרך של הפחתה בענישה. מכוחה של הדוקטרינה מוצדק להימנע מקיומו של משפט כדי לתת מענה לשני סוגי חששות – החשש הראשון הוא שהנאשם לא יזכה למשפט הוגן והשני הוא שהמשפט יהיה הוגן אבל בקיומו יהיה משום פגיעה בחוש הצדק ובעקרונות הצדק.

ההצדקה המרכזית להשתמש בסמכות זו היא הרצון להבטיח שרשויות החוק ינהגו באופן ראוי. הדוקטרינה נועדה לשמש בלם לפעילות אכיפה שלוחת רסן המתכחשת לזכויות הנאשם ולערכים של שלטון החוק.

ההחלטה אם להחיל את הדוקטרינה הוא תוצאה של איזון בין האינטרס הציבורי להעמיד לדין עבריינים ולהגיע לחקר האמת לבין הצורך להקפיד על זכויות הנאשם ולהציב גבולות לאמצעי האכיפה. בשל הפגיעה האפשרית באינטרסים שונים של הציבור עם קבלת הטענה, מוגבל השימוש בה למקרים חריגים ויוצאי דופן.

**מבחני ההגנה מן הצדק:** בהתחלה המבחן הקובע היה מבחן ההתנהגות הבלתי נסבלת של הרשות. כלומר, התנהגות שערורייתית שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם. מדובר במקרים שבהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסלית נפגעת, דבר שבית המשפט עומד פעור פה מולו ואין הדעת יכולה לסבלו. בהמשך, בבורוביץ, הורחבה ההגנה למצבים שבהם לא בהכרח יש התנהגות שערורייתית של הרשות אלא גם כאשר קיום ההליך יפגע בתחושת הצדק. למשל מקרה שבו הרשות רק התרשלה או אף מקרה שבו לא היה אשם לה כלל, אך לא ניתן להבטיח משפט הוגן או שקיום ההליך יפגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות.

**פס"ד בורוביץ** (חשוב לקרוא!): ביהמ"ש קבע מבחן תחת שלבי להחלת הגנה מן הצדק. בפסק הדין דובר על הגנה מן הצדק בעניין של "אכיפה בררנית", אבל המבחן תקף גם לשאר "ראשי הנזק" של הגנה מן הצדק.

**המבחן שנקבע בבורוביץ':**

1. זיהוי הפגמים בהליכים שננקטו וקביעת עוצמתם, במנותק משאלת האשם.
2. בחינה האם בקיום ההליך חרף הפגמים יש פגיעה חריפה בתחושת הצדק: על ביהמ"ש לאזן בין האינטרסים תוך התחשבות בחומרת העבירה, מידת הפגיעה ביכולת הנאשם להתגונן, ומידת אשמתה של הרשות.
3. בחינה האם ניתן לרפא את הפגמים באמצעים מתונים ומידתיים יותר: למשל הקלה בעונש.

כפי שניתן לראות, הפרספקטיבה שדרכה נבחנת ההגנה מן הצדק (פס"ד בורוביץ') רחבה (ז"א יותר מקבלים את הטענות האלו) מזו של התנהגות שערורייתית שנהגה בעבר (פס"ד יפת). תחת זאת, נערכת בחינה תכליתית-מהותית של כלל הנסיבות המתמקדת במצבים שבהם קיומו של ההליך הפלילי פוגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות כפי שזו נתפשת בעיני בית המשפט.

**מועד העלאת טענת ההגנה מן הצדק**: כטענה מקדמית יש להעלותה בסמוך לאחר תחילת המשפט. כלומר בשלב שלאחר ההקראה ולפני שלב התשובה לאישום. עם זאת, ניתן להעלותה גם בכל שלב אחר של המשפט ואף בשלב הערעור. יש לעשות מאמץ להעלותה מוקדם ככל הניתן. לרוב, בית המשפט לא יחליט בטענה הזו באותו הרגע, אלא ידחה את ההכרעה לשלב מאוחר יותר.

**עד לפה עברנו עם המתרגלת**

**נטל ההוכחה:** נטל ההוכחה לביסוס טענה להגנה מן הצדק מוטל על הנאשם. בגדר כך, על הנאשם להוכיח כי קיים קשר סיבתי בין התנהגותה הנפסדת של הרשות לבין הפגיעה בזכויותיו.

**"ראשי הנזק" של הגנה מן הצדק (לא רשימה סגורה):**

1. אכיפה בררנית: אכיפת הדין נגד אדם אחד והימנעות מאכיפתו נגד אחרים, כאשר מדובר במקרים דומים שאין ביניהם שוני רלוונטי. אכיפה בררנית יכולה לקבל אחד משני ביטויים: הראשון הוא החלטה להעמיד לדין רק חלק מהמעורבים בפרשה והשני הוא החלטה להעמיד לדין בשעה שבפרשות אחרות שעניינן דומה לא הוגשו כתבי אישום. *זאת הטענה המקדמית היחידה שביהמ"ש יכול לתת בה זיכוי.*

מהו הקושי באכיפה בררנית? בפס"ד בורוביץ' נקבע ש"אין גורם הרסני יותר לחברה מתחושת בניה ובנותיה כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם". מעבר לזה, אכיפה בררנית גם פוגעת באינטרס ההסתמכות של הפרט על התנהלות גורמי האכיפה. במציאות חיינו, האזרח מכלכל את צעדיו לפי ציפיותיו הלגיטימיות, המתבססות באופן סביר על מנהגי האכיפה של הרשות. כמו כן, ההליך הפלילי מבוסס על אמון הציבור ברשויות התביעה. הגשת אישומים בדרך מפלה פוגעת באמון זה, מערערת את ההנחה שהשלטונות אינם נוקטים איפה ואיפה, ופוגעת בכוח המרתיע של המשפט הפלילי.

בד"כ בקבלת טענה מקדמית, כולל טענת הגנה מן הצדק, לא יהיה אף פעם זיכוי. החריג לכך הוא אכיפה סלקטיבית. אם מתקבלת הטענה ניתן לקבל זיכוי ולא רק ביטול של פסק הדין. הסעד הניתן לנאשם בגין אכיפה בררנית תואם את חומרת הפגם שנפל בהתנהלות הרשות המנהלית ואת המידה שבה הסלקטיביות שבאכיפה פגעה בנאשם הקונקרטי.

מבלי לקבוע "רשימה סגורה", בבוחנו את הטענה של אכיפה בררנית, יביא בית המשפט בחשבון את השיקולים הבאים: מידת הפגיעה בשוויון שנגרמה כתוצאה מהעמדתו לדין של הנאש, תום ליבה של הרשות בקבלת ההחלטה על ההעמדה לדי, היקף ההסתמכות של הנאשם, אם בכלל, על מנהגי האכיפה של התביעה ועוד.

בחלק מן המקרים אף שנפל פגם במעשה הרשות, הפגיעה בנאשם מצויה ברף הנמוך ובשולי האינטרסים המוגנים על ידי טענת האכיפה הבררנית. במצב כזה ייתכן שלא יהיה מקום להורות על ביטול כתב האישום. הסעד שאותו ניתן לשקול להושיט לנאשם – אם בכלל – יתבטא בהקלה מסוימת בעונש.

לשם העלאת טענת "הגנה מן הצדק", הנשענת על אכיפה בררנית, יש להראות שמדובר בהבחנה בין מי שהדמיון ביניהם רלוונטי לעניין, במובן זה שהוא מצדיק התייחסות דומה בשאלת הגשתו של כתב אישום. לעניין זה, לא די במקרה זהה אחד ויחיד בו פעלו הרשויות המנהליות בעבר בדרך שונה ולא הגישו כתב אישום, כדי להוביל בהכרח לביטול כתב אישום במקרה דומה אחר. על הנאשם להראות שלאורך זמן ובאופן שיטתי קיבלו הרשויות המנהליות במקרים דומים החלטות שונות מאלה שבעניינו.

בשלב השני יש להראות כי בבסיס ההבחנה ניצב שיקול פסול– ויהיה זה שיקול שרירותי, שיקול שלא ממין העניין או שיקול שאינו ראוי. מטבע הדברים שלובים השלבים זה בזה, ולגבי שניהם נהנית הפרקליטות, ככל רשות מנהלית, מהחזקה כי פעולותיה נעשות כדין. לאחרונה ציין ביהמ"ש כי אפשר שהטענה תתקבל גם באין שיקול זר, הפליה מכוונת וזדונית או חוסר תום לב מצד הרשות, ורק מחמת חוסר שוויון בלתי סביר בין נאשמים. לכאורה, זה מייתר את השלב השני.

1. שיהוי בהגשת כתב אישום: במקרים מסוימים ניתן להעלות טענה להגנה מן הצדק בשל הזמן הרב שחלף מביצוע העבירות. כך, בייחוד כשההשתהות אינה מוצדקת.

פס"ד רוזי בן חיים: נקבע כי שיהוי ניכר בהגשת כתב האישום יכול להביא לביטולו. עם זאת, טענה זו תתקבל במקרים יוצאי דופן ולרוב שיהוי בהגשת כתב האישום כשלעצמו לא יבסס הגנה מן הצדק. כך, בפרט כשכתב האישום הוגש באיחור בשל רשלנות של המאשימה, אך בתום לב ולא בזדון.

לעניין חלוף הזמן בעבירות כלכליות, נאמר בפסיקה כי "אין הרי עבירה כלכלית מורכבת הכרוכה בפענוחן של סוגיות סבוכות, כעבירת רכוש פשוטה שאין כל קושי לגלותה ולבסס לגביה ראיות. בעבירות כלכליות ניתן להשלים ביתר קלות עם חקירה ארוכה המשהה את הגשת כתב אישום".

אכן, המציאות, המוכתבת מבעיות של כוח אדם, ריבוי התיקים וכיו"ב, מביאה לכך שהרצוי, בדרך כלל, אינו המצוי, וטחנות הצדק טוחנות לאט. לרוב יישקל חלוף הזמן במסגרת הטיעונים לעונש, והוא אף מוזכר כאחד השיקולים להקלה בעונש במסגרת הרפורמה בענישה (במסגרת תיקון 113).

**העובדות המתוארות בכתב האישום אינן מהוות עבירה**

אלה הן נסיבות שבהן אף אם יודה הנאשם בכל עובדות כתב האישום, לא יהיה בכך בסיס נאות להרשעתו בעבירה שמיוחסת לו, או בעבירה אחרת מאותו סוג. במצב שכזה, אין טעם להמשיך בדיון לפי אותו כתב האישום, שכן התביעה "מוגבלת" להוכחת העובדות שבכתב האישום בלבד.

בשונה מהטענה ל"פגם או פסול בכתב האישום" הפגם המאפיין טענה זו נוגע לחסר של רכיב משמעותי וחיוני להרשעה, שאינו נובע משכחה או בלבול, אלא מאי-מתן הדעת לצורך בהוכחתו. הנחת המוצא בטענה זו נקודת שלתביעה אין די ראיות להוכחת קיומו של אותו רכיב חיוני חסר.

המועד להעלאת הטענה: בכל שלב משלבי הדיון (כולל בערעור). עם זאת, ככל שהנאשם מאחר בהעלאת הטענה כך יטה בית המשפט לדחותה ובלבד שלא נגרם בגינה עוול לנאשם והוא לא קופח בהגנתו.

אם נעתר בית המשפט לטענה, רשאי לתקן את כתב האישום או לבטלו, אם קופחה הגנת הנאשם. לרוב נוטה הפסיקה לתקן את כתב האישום ולתקנו, ולא לבטלו.