**מחברת קורס סדר דין פלילי- תשע"ח**

[חלק א': מבוא 2](#_Toc504732308)

[1.1 הבחנה בין המשפט המהותי למשפט הדיוני 2](#_Toc504732309)

[1.2 מושגי יסוד 2](#_Toc504732310)

[1.3 המאפיינים של סדר הדין הפלילי 3](#_Toc504732311)

[1.4 תמונת-על של ההליך הפלילי 4](#_Toc504732312)

[1.4.1 שלב החקירה 5](#_Toc504732313)

[1.4.2 שלב ההעמדה לדין 6](#_Toc504732314)

[1.4.3 שלב המשפט 7](#_Toc504732315)

[1.4.4 שלב פוסט המשפט 9](#_Toc504732316)

[1.5 היחס שבין ההקפדה על הכללים לבין גילוי האמת 9](#_Toc504732317)

[2. סדר הדין הפלילי בראי המהפכה החוקתית 10](#_Toc504732318)

[2.1 סדר הדין הפלילי לפני המהפכה החוקתית 10](#_Toc504732319)

[2.2 סדר הדין הפלילי לאחר המהפכה החוקתית 12](#_Toc504732320)

[3. החקירה המשטרתית וזכויות החשוד (חלק ב' בסילבוס) 23](#_Toc504732321)

[3.1 פתיחת ההליך הפלילי: תלונה וחקירה משטרתית 23](#_Toc504732322)

[3.2 זכויות החשוד: הזכות לאי הפללה עצמית וזכות ההיוועצות 26](#_Toc504732323)

[3.2.1 הזכות לאי הפללה עצמית [זכות רלוונטית לכל נחקר!] 26](#_Toc504732324)

[3.2.2 זכות ההיוועצות [ס' 32 ו-34 לחוק המעצרים] 28](#_Toc504732325)

[3.2.3 הזכות למינוי סנגור ציבורי (לימוד עצמי) 🡨 בתוך חלק ה' פרק 3- זכות ייצוג לנאשם. 30](#_Toc504732326)

[3.2.4 הזכות לפרסום שמות של חשודים 30](#_Toc504732327)

[4. עיכוב (חלק ג' בסילבוס) 32](#_Toc504732328)

[4.1 רקע היסטורי 32](#_Toc504732329)

[4.2 מאפייני סמכות העיכוב – הוראות כלליות 32](#_Toc504732330)

[4.3 עיכוב חשוד 32](#_Toc504732331)

[4.4 עיכוב עד 34](#_Toc504732332)

[4.5 עיכוב לצורך חיפוש ובדיקת מסמכים 34](#_Toc504732333)

[4.6 עיכוב כלי רכב 34](#_Toc504732334)

[4.7 עיכוב ע"י אדם פרטי 34](#_Toc504732335)

[4.8 מעצר בהתנגדות לעיכוב 35](#_Toc504732336)

[5. מעצרים 36](#_Toc504732337)

[5.1 דיני מעצרים - כללי 36](#_Toc504732338)

[5.2 שישה סוגי מעצרים עיקרים: 37](#_Toc504732339)

[5.2.1 מעצר ראשוני ע"י שוטר ללא צו שופט – מעצר שטח [ס' 23] 38](#_Toc504732340)

[5.2.2 מעצר ראשוני ע"י שוטר בצו שופט 40](#_Toc504732341)

[5.2.3 הוראות כלליות בדבר מעצר ראשוני ע"י שוטר (בצו ושלא בצו) 41](#_Toc504732342)

[5.2.4 הארכת מעצר – "מעצר ימים" (לפני הגשת כתב האישום) 46](#_Toc504732343)

[5.2.5 מעצר לפי הצהרת תובע (לפני הגשת כתב האישום) 49](#_Toc504732344)

[5.2.6 מעצר עד תום ההליכים (מעצר לאחר הגשת כתב אישום) 51](#_Toc504732345)

[5.2.7 מעצר לצרכי כתיבת ערעור (מטעם התביעה) 60](#_Toc504732346)

[הרצאות מתרגלת- חומר לימוד עצמי 64](#_Toc504732347)

[טענת פסלות שופט 64](#_Toc504732348)

[טענות מקדמיות [ס' 149-151] 67](#_Toc504732349)

[טענה 1: חוסר סמכות מקומית [ס' 149(1)] 68](#_Toc504732350)

[טענה 2: חוסר סמכות עניינית 69](#_Toc504732351)

[טענה 3: פגם או פסול בכתב אישום [ס' 149(3) לחסד"פ] 72](#_Toc504732352)

[טענה 4: טענת "כבר זוכיתי/כבר הורשעתי" [ס' 149(5)] 73](#_Toc504732353)

הרצאה 1 – 22.10.17

נוכחות חובה- בדיקת נוכחות מדגמית כל שיעור.

100% ב חינה בחומר פתוח.

יש חומר שמועבר בכיתה + חומר לימוד עצמי מלווה במצגות שיועלו למודל (חלקו יועבר ע"י המתרגלת).

מייל מרצה: tammichal@gmail.com ; מייל מתרגלת: ורד זגורי veredleon@walla.com

**כל מה שבכתב כחול 🡨 לא נלמד השנה!!**

# חלק א': מבוא

## 1.1 הבחנה בין המשפט המהותי למשפט הדיוני

נבחין בין 2 סוגי כללים:

**כלליים מהותיים** – מגדיר מה אסור ומה מותר? חובות וזכויות כמו בדיני העונשין.

**כללים דיוניים** – קובעים איך ממשים את הכללים המהותים, הדרך שבה מממשים אותן.

מדוע חשוב להבחין מהו כלל מהותי ומהו כלל דיוני? השלכות פרקטיות:

* **כלל דיוני חל רטרואקטיבית בעוד שכלל מהותי לא**- כך למשל, ס' 4 לחוק העונשין (חלק מתיקון 39) קובע כי אם בוטלה עבירה והחלו כבר הליכים כנגד אדם – הם יבוטלו.
* **היכולת לסטות מהכללים**- מכללים מהותיים אי אפשר לסטות, גם לא לשם עשיית צדק. לא ניתן לשנות יסודות של עבירה לצורך אדם ספציפי או מקרה ספציפי. לעומת זאת, מכללים דיוניים החוק מאפשר לסטות, בד"כ כדי למנוע עיוות דין ולצורך עשיית צדק.

מדוע צריך כללים דיוניים אם ניתן לסטות מהם?

* **יצירת וודאות**.
* **בל ייתפס ההליך כרשלני**- אי הקפדה על כללי דיון הופכת את ההליך המשפטי לרשלני. הסטייה צריכה להיות החריג וזה יהיה רק במקרים נדירים הראויים לכך.
* **מניעת שרירותיות**- נרצה לשמור על זכויות החשודים ועל טובת הציבור.
* **עלות ההתדיינות**- עבודה בכללים קבועים היא חיסכון הליכים מצרפי. הכללים הפרצדוראלים הם אחידים ושוויוניים.

מסקנה: הכללים מאוד חשובים למרות שניתן לסטות מהם במקרים מסוימים. יש כללים והסטייה מהם היא החריג

המטרה של **דיני העונשין** היא להגן על אינטרסים ציבוריים שונים (כמו שלמות הגוף).

המטרה של **סדר הדין הפלילי** היא לממש את המטרות של דיני העונשין.

## 1.2 מושגי יסוד

* **אמת עובדתית מול אמת משפטית:**

**אמת עובדתית**- משקפת את ההתרחשות ע"פ מבט של מתבונן אובייקטיבי מהצד. אדם שמסתכל מלמעלה ויכול לראות את תמונת הדברים המדויקת כפי שהיא קרתה.

**אמת משפטית**- משקפת את ההתרחשות דרך שחזור של שופט מקצועי את המציאות, על בסיס הראיות שהוצגו בפניו ובכפוף לסייגים ולפרוצדורה. כלומר, מה שהוכח במשפט בכפוף לכללים פרוצדורליים (מגבלות סדרי הדין ומגבלות דיני הראיות).

השאיפה היא שהאמת המשפטית תיהיה כמה שיותר קרובה לאמת העובדתית. ואנחנו משלימים עם הפער הזה.

אנחנו בעצם מוותרים על האמת לטובת הגנה על זכויות הנאשם וזהו מתח שמאוד חשוב להכיר. האמת המשפטית אינה בהכרח האמת העובדתית, אלא היא מה שכן הצליחו להוכיח במשפט.

לא תמיד האמת המשפטית משקפת את האמת העובדתית. עצם העובדה שבמשפט פלילי נדרש להוכיח רף של מעל ספק סביר- אם יש ספק קל, זה לא אומר שהאדם לא פשע באמת, אלא זה רק אומר שיש ספק לגבי ההוכחה ולכן הוא יצא זכאי.

נדגים: במשפט הפלילי של אוג'יי סימפסון הוא זוכה אבל במשפט האזרחי שבוצע לאחר מכן נקבע שהוא היה אשם ברצח ומשפחת אלמנתו זכתה. **זוהי עדות לפער מאוד בולט**.

דוג' נוספת: במקרה של רצח ארלוזרוב היו שני נאשמים שזוכו. זו אמת משפטית. עם זאת, כן פתחו ועדת חקירה שמטרתה היתה למצוא את הרוצח האמיתי – האמת העובדתית. בעתירה לבג"צ ענה ביהמ"ש: ועדת חקירה בודקת את האמת העובדתית ובתי המשפט בודקים את האמת המשפטית.

דוג' נוספת: פס"ד אולמרט: במחוזי: השופט רוזן האמין באמת העובדתית שקרתה ע"מ להרשיע את אולמרט. השופטים בעליון: לא אומרים שמבחינה עובדית הוא לא קיבל שוחד, אבל באמת המשפטית הדבר לא הוכח מעבר לספק סביר כי יש עוד תרחישים אפשריים.

* **השיטה האדברסרית מול השיטה האינקוויזיטורית:**

השיטה שלנו היא שיטה אדברסרית בהתאם למסורת המשפט המקובל.

**השיטה האדברסרית**- מושתתת על **עימות** בין הצדדים המנוגדים. הצדדים הם המדינה (המייצגת את האינטרס הציבורי) והנאשם. תפקיד השופט להכריע בניהם. בשיטה זו ישנן מגבלות ראייתיות. מזוהה עם **ישראל, ארה"ב וקנדה**.

**השיטה האינקוויזיטורית**- מושתתת על **חקירה**. השופט חוקר את הצדדים ולכן יש פחות מגבלות מבחינה ראייתית.מזוהה עם **המשפט האירופי.**

* **בשיטה האדברסרית**- הצדדים מביאים את הראיות. **בשיטה האינקוויזיטורית** השופטים יכולים לחקור בעצמם.
* בשיטה שלנו יש נאשם מול תביעה המגנה על האינטרס הציבורי ובתווך ישנו שופט עצמאי שבורר בין הצדדים היריבים. אך יש לכך כמה חריגים כמו ראיות מטעם ביהמ"ש, חריגה מענישה, הסדרי טיעון ועוד.
* סנגור לא מתעניין באמת העובדתית, אלא מה שמעניין אותו הוא איך הוא יגיב לכתב האישום.
* התביעה לא מעוניינת באמת העובדתית אלא במה שהיא יכולה ומסוגלת להוכיח כדי להרשיע.
* המעוניינים העיקריים באמת העובדתית הם נפגעי העבירה שאינם צד להליך.

במאמר של **קרמניצר** הוא מדבר על מקרים בהם יש לחרוג מהשיטה האדברסרית. לטענתו, **השיטה האדברסרית מקריבה את האמת העובדתית ומוותרת עליה כי השופט לא שואל מה היה אלא הוא שואל מה אפשר להוכיח**. הוא מציע לאמץ מאפיינים מסוימים מהשיטה **האינקוויזטורית** לישראל.

* לדעת **המרצה**, התביעה רק רוצה לנצח כי היא צד למשפט ולא פועלת כמו בשיטות משפט אחרות בהן התביעה היא Officer of the court שמחפש את האמת. כשההליך בנוי כך והתובע רוצה לנצח בתיק (ואולי גם קידום) אנו מצויים בבעיה.

בשיטה שלנו, כאשר אדם הוא צד למשפט וכל מטרתו היא לנצח השאיפה שלו היא לא גילוי האמת- מה שבאמת חשוב לדעת המרצה.

* **שיטת מושבעים מול שיטת שופט מקצועי:**

הרציונל של חבר המושבעים: ההנחה של שיטה זו היא שהמומחיות של שופטים היא עשיית משפט אך אין להם יתרון בקביעת עובדות והם כמו כל אדם אחר- ובגלל זה יש מושבעים.

בשיטה שבה קיימים מושבעים תפקיד השופט הוא לסנן את החומר שמגיע ולא מגיע אל המושבעים, להחליט מה קביל משפטית ומה לא ולהנחות אותם מבחינה משפטית מה לעשות עם החומר שמוצג לפניהם - לקבוע כללים לפסיקתם.

הרעיון הוא **שהקביעות המשפטיות הן של השופט בעוד שהקביעות העובדתיות הן של המושבעים**. הרציונל הוא שלשופטים מקצועיים אין יתרון על הדיוטות בקביעת עובדות אלא רק בעניינים המשפטיים.

* אצלנו אין מושבעים והדבר משפיע כמובן על ההתפתחות של סדר הדין הפלילי.

## 1.3 המאפיינים של סדר הדין הפלילי

1. **הפרוצדורה הפלילית קבועה בחקיקה ראשית**- עקב העיסוק בדיני נפשות וכיוון שמדובר בעניינים שפוגעים בזכויות אדם, חל עקרון החוקיות הבסיסי, לפיו לא מענישים אדם (ולא פוגעים בזכויותיו) אלא בחוק (ואף לא בתקנות כמו בסד"א), ז"א בחקיקה ראשית. אפילו שלב החקירה של האדם מהווה פגיעה בדיני נפשות.
2. **הרבה מהחקיקה היא חדשה (=לאחר 1992)**- המשפט החוקתי השפיע רבות על סדה"פ ושינה אותו. כך למשל, חוקים חדשים כמו חוק המעצרים וחוק חיפוש הגוף משנות ה-90 המאוחרות ביטלו חוקים קודמים והסדירו עניינים בהלימה לדרישות חוה"י.

**ארבעת החוקים העיקריים הרלוונטיים לסדר הדין הפלילי:**

1. **חוק סדר הדין הפלילי** [נוסח משולב] 1982 (**החסד"פ**)- חוק רחב שעוסק בכל סדה"פ **ובכל** **שלביו של ההליך הפלילי** - מתחילתו ועד סופו [חקירה, העמדה לדין, משפט, פוסט משפט (=ערעור) ועוד].

בעבר החסד"פ עסק גם במעצרים שלאחר הגשת כתב אישום (=מעצר עד תום ההליכים) אך הסעיפים הללו בוטלו כי כיום הם מוסדרים בחוק המעצרים החדש.

1. **פקודת סדר הדין הפלילי** (מעצר וחיפוש) 1969 (**הפסד"פ**)- פקודה מנדטורית שעוסקת בכל הנושא של **סמכויות המשטרה**, בין היתר חיפושים במקומות ובמחשבים, תפיסת חפצים, חילוטים ועוד. כל דבר שקשור לתקופת החקירה.

בעבר היא עסקה במעצרים שלפני הגשת כתב אישום (=מעצר ע"י שוטר) אך בעקבות חוק המעצרים החדש שמאחד את כל נושא סמכויות המעצר סעיפים רבים בה בוטלו. עדיין, החקיקה חשובה כי היא **נוגעת לסמכויות המשטרה בשלב החקירה**.

1. **חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים)** 1996 (**חוק המעצרים**)- נחקק לאחר חו"י כבוה"א וביטל את הסעיפים בפסד"פ ובחסד"פ שעסקו במעצרים כדי לאחד את כל הפרטים בנושא זה. החוק כולל **הוראת אחידות** (=גובר על חוקים אחרים שאין בהם הוראה ספציפית אחרת) ויחול כ-Default. הוא מודרני יותר ומותאם לדרישות העידן החוקתי. עוסק בכל המעצרים לכל אורך ההליך הפלילי: ממעצר ראשוני ע"י שוטר ועד מעצר בערעור.
2. **חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי)** 1996 (**חוק החיפוש בגוף**)- חוק שביטל סעיפים מסוימים מהפסד"פ ויצר חוק מאוד מפורט שעוסק בכל הנושא של חיפוש בגוף ובדיקות שונות לאמצעי זיהוי כמו טביעות אצבע, לקיחת דגימות שונות (DNA), בדיקות גניקולוגיות ועוד. החוק מ-1996 ונחקק לאור חוקי היסוד. **הוא קובע לפרטי פרטים את כל מערכת ההסכמות שנדרשת עקב הפגיעה בזכויות אדם בשל הפרוצדורות**. מי הגורמים שמוסמכים לדרוש את החיפוש? מתי מותר להשתמש בכוח? מתי צריך אישור של ביהמ"ש?

## 1.4 תמונת-על של ההליך הפלילי

**ניתן לחלק את ההליך הפלילי ל-4 שלבים עיקריים:**

[בכל שלב יש גורם דומיננטי (רשות עיקרית) שחולש עליו]

1. **שלב החקירה**- **הרשות החוקרת**: משטרה. ישנן גם רשויות נוספות עם סמכויות חקירה: השב"כ, הרשות לניירות ערך. אנחנו נדבר בעיקר על המשטרה.
2. **שלב ההעמדה לדין**- **הרשות התובעת:** התביעה.לא מדובר רק על הפרקליטות- 85% מהתיקים הם בתביעה המשטרתית): מדובר בתביעה משטרתית, בפרקליטות וברשויות אחרות (אנו נתעסק בעיקר עם משטרה ופרקליטות).
3. **שלב המשפט- שלום או מחוזי**: חוק בתי המשפט קובע למי הסמכות לפי סוג העבירה.
4. **שלב פוסט משפט**- 3 הליכים: ערעור, משפט חוזר ודיון נוסף.
5. ערעור: ערעור ראשון הוא בזכות והשני הוא ברשות. הגורם הדומיננטי בשלב הערעור הוא כמובן ביהמ"ש לערעורים- **המחוזי או העליון**.
6. דיון נוסף: נעשה בעניינים שבהם ביהמ"ש פסק במותב 3 וניתן לבקש דיון ב-5.

הכוונה היא למצבים של הלכה עקרונית, סוגיה משפטית חדשה או שינוי של הלכה. לא מדובר במקרים של טעות עובדתית למשל, אלא דיונים בסוגיות משפטיות מיוחדות.

דיון נוסף הוא לא הליך ייחודי למשפט פלילי, נועד למצב של הלכה חדש בעליון או מחלוקת מאוד גדולה בין שופטים, מיועד רק לשאלות משפטיות ולא נועד לשאלות עובדתיות.

**נדגים ד"נ**: פרשת שבס (שאלת הפרת אמונים)- מדובר בפרשנות עבירת מסגרת של הפרת אמונים - סוגיה משפטית - ולכן היא מתאימה למסגרת של דיון נוסף.

1. משפט חוזר: מנגנון מובהק וייחודי למשפט פלילי- זו סיטואציה המנוגדת לעיקרון סופיות הדיון, ובה במקרים מאוד מיוחדים הקבועים בחוק בתי המשפט נאשם יכול לבקש משפט חוזר - בדרך כלל כשמתגלה ראיה שיכולה למנוע עיוות דין רציני ומצריכה משפט חוזר. ביהמ"ש העליון הוא שמוסמך להחליט על כך.

ייתכנו קשרים בין הגופים שחולשים על ההליך אך לכל הליך יש גוף ספציפי שאחראי עליו כדרך קבע. בין ההליכים, ישנו שלב שבו ההגמוניה עוברת מגוף אחד למשנהו.

###### טבלה מסכמת- שלבי ההליך ושלבי המעצר המקביל

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **מס'** | **השלב בהליך** | **הרשות** | **שלבי המעצר במקביל להליכים** | **ביחס לכתב האישום?** |
| 1 | **החקירה** | הרשות החוקרת |  | לפני ההגשה |
| 2 | **ההעמדה לדין** | הרשות התובעת | מעצר לפי הצהרת תובע | לפני ההגשה |
| 3 | **המשפט** | שלום/מחוזי | מעצר עד תום ההליכים | אחרי ההגשה |
| 4 | **פוסט המשפט** | ערעור, ד"נ, משפט חוזר | מעצר בערעור | אחרי ההגשה |

### 1.4.1 שלב החקירה

* **מתי תיפתח חקירה?**

ס' 59 לחסד"פ- **חקירה משטרתית נפתחת כשנודע למשטרה על ביצוע עבירה** בתלונה או בדרך אחרת (כתבה בעיתון, תחקיר עיתונאי, מידע מודיעיני, שוטר בשטח, תצפיות, מעקבים, חיפושים, מעצרים ועוד).

לכאורה יש למשטרה **חובה לחקור** אך יש **חריג**- עבירות שאינן פשע.

**חטא** – עד שלושה חודשי מאסר; **עוון** – עד שלוש שנים; **פשע** – שלוש שנים ומעלה.

**בעבירות של חטא ועוון** יכול קצין משטרה בדרגת פקד ומעלה להורות שלא לחקור משתי סיבות חלופיות:

1. חוסר עניין לציבור- כולל המון אינטרסים ציבורים- משאבים וכו'.
2. ישנה רשות אחרת שמוסמכת לחקור (למשל: הרשות לניירות ערך).

## על ההחלטה שלא לחקור קיימים מנגנוני ערר לגורם בפרקליטות שניתן להפעיל.

* **אמצעי החקירה**:

התפקיד של הרשות החוקרת (המשטרה) הוא **לברר עובדות** **ולאסוף ראיות,** כאשר החקירה כוללת דרכי חקירה רבות:

* **תשאול** **החשוד או העד**- אמצעי חקירה מובהק. הסמכות של המשטרה היא לשאול שאלות והחובה של האדם היא לענות (**עד**= השופט שואל אותו שאלות. **חשוד**= נחקר תחת אזהרה).
* כאשר מתשאלים חשוד, להבדיל מעד, חייבים להזהיר אותו ולומר לו את הזכויות שלו.
* **דוגמאות שונות**- תצפיות, מעצרים, מעקבים, האזנות סתר, חיפושים (במחשבים ובמקומות) ועוד.

מטרת החקירה היא לבחון האם יש בסיס להעמדה לדין או לא ולהעביר את הממצאים לרשות התובעת בעניין.

* **מעצרים מותאמים להליך**:

אדם הוא בחזקת חף מפשע כל עוד לא הורשע, אך ישנם מצבים שבהם יש צורך בעצירת האדם (סכנה לציבור וכהנה) ואז משתמשים במעצר.

**מאסר**- עונש שניתן לאחר הליך משפטי. **מעצר**- אמצעי מניעתי.

לכל שלב בהליך יש את המעצר שמקביל לו (שיכול להינתן באותו שלב).

ישנם שני מעצרים המקבילים לשלב החקירה:

1. **מעצר ראשוני**- מעצר שנעשה על ידי שוטר, בצו או שלא בצו. יש מצבים שבהם המשטרה דורשת צו מעצר לנאשם שלא בנוכחותו ואז השוטר הולך פיזית ומבצע את הצו (יש לה 180 יום לעשות את זה). סיטואציה אחרת היא ששוטר מפעיל את סמכותו לעצור בשטח ללא החזקת צו.
* המשותף לשניהם הוא **שמרגע ביצוע המעצר יש להביא את החשוד תוך 24 שעות בפני שופט**. כמובן שלכל כלל יש חריגים- שבת וחג, עבירות בטחוניות ועוד.
1. **מעצר ימים (=מעצר לפני הגשת כתב אישום/הארכת מעצר)**- אלה מצבים שבהם המשטרה רוצה להמשיך את החקירה כאשר האדם מסיבות שונות צריך להישאר במעצר (חשש מסוכנות, חשש שיבוש הליכי משפט, אמצעי חקירה שמחייבים שהאדם יהיה במעצר ועוד).

המעצר הוא למס' ימים בלבד ומדובר בתקופות קצובות. **לא יותר מ-15 ימים כל פעם** ובסה"כ **מניין הימים לא יכול להגיע ליותר מ-30 ימי מעצר**.

### 1.4.2 שלב ההעמדה לדין

בשלב זה הרשות החוקרת סיימה את החקירה ומעבירה את החומר לרשות התובעת שתחליט האם להעמיד לדין (=האם להגיש כתב אישום).

בשלב זה הדמות הדומיננטית אינה החוקרים אלא **התובע**. במרבית העבירות התובע הוא **תובע משטרתי** ובמקרים חמורים יותר (לפי חוק בתי המשפט) התובע הוא **פרקליט מהפרקליטות**.

* התובע מקבל את החומר לידיו ומחליט האם להגיש כתב אישום.
* **זכות השימוע [ס' 60א לחסד"פ]**

ס' 60א קובע שאם הגיע לרשות התובעת חומר חקירה שהיא יכולה להגיש בגינו כתב אישום **בעבירת פשע** (=3 שנות מאסר ומעלה) עליה ליידע את החשוד על כך ולתת לו זכות שימוע אם הוא לא עצור. דוגמאות לעבירות כאלה הן עבירות צווארון לבן. בשימוע ניתנת לחשוד הזכות לטעון טענות כנגד כתב האישום.

* בעבר, לפני שחוקק ס' 06א השימוע היה מיועד בעיקר לאנשי ציבור בשל הנזק העשוי להיגרם להם בהעמדה לדין והיה תחת סמכותו של היועמ"ש. כיום זכות השימוע עומדת לכל חשוד שהוא.
* **סגירת תיק (אי העמדה לדין)**

**תובע** יכול להחליט שהוא לא מעמיד לדין את הנאשם מ-3 טיעונים:

1. **חוסר אשמה**- הסגירה הכי טובה מבחינת החשוד. הדבר אומר שהוא לא ביצע כלל את העבירה. במקרה זה **אין שום רישום פלילי**. התביעה מאוד לא אוהבת את זה.
2. **חוסר ראיות**- מצב שבו זה לא משנה אם הנאשם אשם או לא - התובע סבור שאין מספיק ראיות להעמדה לדין. המבחן לכך הוא **סיכוי סביר** **להרשעה** (ולא משנה מה התובע חושב).
3. **חוסר עניין לציבור**- האינטרס הציבורי אינו מספיק חזק כדי להעמיד לדין, גם אם קיימות ראיות נגד הנאשם. כיום זה כמעט לא תופס.
* על כל החלטה של התובע שלא להגיש כתב אישום **המתלונן יכול להגיש ערר**. לאחר הערר ניתן ללכת לבג"ץ. ההתערבות היא מאוד נדירה.
* **המעצר הרלוונטי להליך 🡨 מעצר לפי הצהרת תובע**:

אם נגמרה החקירה, הנאשם כבר היה במעצר ימים, עומד להשתחרר ועדיין סוברים שהוא מסוכן - התובע שקיבל את החומר יבוא לביהמ"ש ע"מ להצהיר שכנראה הוא כתובע יגיש כתב אישום ושעם הגשת כתב האישום הוא יגיש בקשה **למעצר עד תום ההליכים** [ס' 17(ד) לחוק המעצרים]. במקרה זה יש לביהמ"ש סמכות לתת עד 5 ימי מעצר לצורך כתיבת כתב האישום, אך בדרך כלל נותנים פחות (2-3). מדובר במעצר גישור בין שלב החקירה לבין שלב המשפט.

* לחקירה ולההעמדה לדין **אין הגבלת זמן**. במשפט הישראלי אין הגבלות זמנים על שלבי החקירה. כל עוד אדם לא נמצא במעצר - אין לנו בעיה של זמנים. החקירה יכולה להימשך לנצח וכנ"ל לגבי זמן כתיבת כתב האישום.

מאיפה נובעות הגבלות הזמנים? **מגבלות הזמן הן רק על מעצרים**.

אם החשוד נמצא במעצר בשלב שבו התביעה צריכה להגיש כתב אישום- יש למעצר זמן קצוב ובזמן הזה התביעה צריכה להספיק להגיש כתב אישום.

### 1.4.3 שלב המשפט

רק אם הוחלט להגיש כתב אישום (כ"א) נעבור לשלב זה, המעבר משלב ההעמדה לדין לשלב המשפט הוא שלב מאוד קריטי.

למעבר יש מספר השלכות חשובות:

* **הגורם** **שהאחראי** על ההליך מעתה אינו התובע אלא **ביהמ"ש**. הדבר משפיע על ניהול ההליך.
* **שינוי מעמד החשוד מחשוד לנאשם**- פתאום קולו של החשוד נשמע ומעתה הוא צד להליך.
* **הנאשם מקבל את כל חומר החקירה**- התביעה מעבירה לנאשם את כל חומרי החקירה שכנגדו. טרם להגשה, החשוד נמצא בערפל ולא יודע מהן הראיות שיש נגדו. המשטרה יכולה להגיש לשופט המעצרים חומר חסוי ולא קביל והחשוד מתמודד עם המצב בעיניים קשורות. כעת הגלגל מתהפך והוא אף לא חייב לגלות את ההגנה שלו.
* מכאן והלאה הנאשם מנהל את ההליך בצורה יותר מושכלת- הוא יכול להתמודד עם הדברים כאשר חשופים בפניו כל חומרי הראיות.
* **מעצרים רלוונטיים להליך**:

כאן הנאשם **עשוי** להיות **במעצר עד תום ההליכים** (בלשון החוק- מעצר שלאחר הגשת כתב אישום). כלומר, **אפשר** שעם הגשת כתב האישום תוגש גם בקשה למעצר. מדובר בשני הליכים מקבילים שונים שינוהלו בנפרד בפני שופטים שונים.

* מעצר זה הוא **עד 9 חודשים כשלאחר מכן צריך להגיש בקשה להארכה לעליון**.
* הליך המעצר והליך המשפט הם שני מהלכים נפרדים!

**שלבי התנהלות המשפט**

1. **הקראה**- לאחר הגשת כתב אישום הצדדים מוזמנים להקראה בה **השופט מקריא את כתב האישום** ומסביר אותו לנאשם (אלא אם כן הוא מיוצג והסנגור מסביר).
* זו נקודה חשובה - ההתחלה הפורמאלית של המשפט.
1. **טענות מקדמיות**- לאחר ההקראה הנאשם יכול להעלות טענות מקדמיות. **אלה הן טענות שלא קשורות לאשמה עצמה, אלא תוקפות את עצם ניהול ההליך (את עצם הגשת כתב האישום)**. מדובר בעשר טענות המנויות בס' 149 לחסד"פ כמו: כבר זוכיתי, כבר נשפטתי, כבר הורשעתי, חוסר סמכות עניינית או מקומית של ביהמ"ש, חנינה, חסינות, התיישנות, הגנה מן הצדק ועוד. בשנת 2007 הוספה טענת הגנה של הגנה מן הצדק: ס' 149 (10): הנאשמים טוענים לאכיפה בררנית. חלק מהטענות הללו לא ניתן יהיה להעלות לאחר מכן במהלך המשפט.
2. **טענת פסלות שופט**: אם נודע לנאשם כי ישנה סיבה לפסלות שופט עליו לטעון אותה כעת, בתחילת המשפט. כעיקרון הכלל הוא שאם יש עילה שיודעים עליה זה השלב אבל כמובן שיש חריגים. הדבר מתבקש שכן לא ראוי לנהל משפט ואז לאחר מכן "להיזכר" בפסלות.
* יש לציין כי בניגוד לסד"א, במשפט הפלילי אין ערעורים על החלטות ביניים והכל מתנהל בערעור אחד בלבד על פסק הדין הסופי (=יש לחכות לסיום ההליך באופן טוטאלי ולערער לערכאה שמעל), **וזאת** **מלבד האפשרות לערער על שני דברים: (1) פסלות שופט-** אם אדם ביקש פסלות שופט והשופט לא פוסל את עצמו- לכן יש ערעור מיידי לביהמ"ש העליון והוא דן בזה בדן יחיד. **(2) חומר חקירה חסר/שלא קיבל הנאשם**- דנים בזה באותו בית משפט (לא עם אותו שופט) ועל זה יש אפשרות ערעור [ס' 74(ה) לחסד"פ].
* הערעור על פסלות שופט יהיה **לעליון**, לא משנה באיזו ערכאה ההליך החל.

אלו שני המקרים היחידים בהם יש ערעור בתוך ההליך הפלילי (חוץ מעניין המעצר שם אף פעם אין הליך סופי ושם יש אפשרויות ערעור).

1. **תשובה לאשמה**: **על הנאשם להשיב לעובדות כתב האישום: לכפור/להודות בהן**. ההודאה/הכפירה אינה בסעיפי האישום (=אינו מודה שנעבר ס' X בחוק העונשין) אלא בעובדות.
* אם הנאשם לא משיב לאשמה כלל, זה נחשב לשתיקה שיכולה לחזק את הראיות כנגדו אך לא יכולה להוות הודיה (שתיקה אינה כהודיה).
* הנאשם **יכול להסתיר את הגנתו ולא לספק עוד פרטים** מעבר להודאה/כפירה בעובדות. הוא לא צריך לתת כתב הגנה או לפרוס את טענותיו. הוא לא חייב להגיד דבר.
* **החריג** היחידי הוא **טענת אליבי**- ביהמ"ש מחויב להזהיר את הנאשם שאם יש לו טענה של "במקום אחר הייתי" **עליו לומר אותה עכשיו אחרת הוא לא יוכל לטעון אותה**. אם ביהמ"ש לא הזהיר אותו הנאשם יכול לטעון טענה זו גם אחר כך.
* **אם בשלב הזה יש מצב של הודאה באשמה** (לדוגמא: במסגרת **הסדר טיעון**)- תהיה הרשעה ועוברים מיד לשלב הטיעונים לעונש. אם אין הודאה- עוברים להמשך המשפט- שלב ההוכחות.
1. **שלב ההוכחות**:
2. **פרשת התביעה**- בשלב זה התביעה מציגה את הראיות שלה ומביאה את העדים שלה (רשימת העדים מתפרסמת מראש בכתב התביעה). כל עד נחקר בכמה חקירות:
	* חקירה ראשית.
	* חקירה נגדית.
	* חקירה חוזרת.
* **במעבר בין שלב פרשת התביעה לפרשת ההגנה** ייתכן שלב שקרוי "**אין להשיב אשמה** – No case to answer". במצב זה התביעה לא הצליחה להעביר את הנטל על הנאשם – לא הצליחה להוכיח את המינימום. זה כמעט ולא מתקבל בכל אופן. במקרה זה, התביעה לא הצליחה אפילו להעביר את נטל הבאת הראיות כלפי הנאשם.
1. **פרשת ההגנה**- אם הטענה לא התקבלה/לא נטענה עוברים לניהול פרשת ההגנה. כאן, אם הנאשם בוחר להעיד, הוא יהיה העד הראשון ואחריו יבואו עדים אחרים. הנאשם לא חייב להעיד אלא יכול לשמור על זכות השתיקה אך הדבר יכול לשמש כסיוע/חיזוק ראייתי כנגדו.
2. **שלב העדויות/ראיות הזמה**- לאחר פרשת ההגנה, התביעה יכולה לבקש להביא **עדויות/ראיות הזמה** – עדויות המפריכות את העדויות של ההגנה שהפתיעו אותה.
3. **ראיות מטעם ביהמ"ש**- ביהמ"ש עשוי להחליט לזמן שוב עד שהעיד או כל עד אחר חדש ולחקור אותו במשפט.
* בכל שלב זה נטל ההוכחה על התביעה הוא לא מעבר לכל ספק סביר אלא פחות.
1. **סיכומים**- ראשית סיכומי התביעה ולאחר מכן סיכומי ההגנה.
2. **הכרעת דין**: אם יש זיכוי מכל האישומים פה ההליך נעצר אך אם יש הרשעה אפילו באישום אחד עוברים לשלב הטיעונים לעונש.
3. **טיעונים לעונש**: מורכבים מ-3 שלבים:
	* 1. ראיות **התביעה** לעניין העונש (הרשעות קודמות וכו').
		2. ראיות **ההגנה** לעניין העונש (כמו עדי אופי).
		3. ראיות **ביהמ"ש** לעניין העונש (כמו תזכיר של שירות המבחן).
* הראיות לא חייבות להיות קבילות (מיני משפט לגזר הדין).
1. **סיכומים**: ראשית סיכומי התביעה ולאחר מכן סיכומי ההגנה לעניין העונש.
2. **גזר דין**: הכרעת הדין + גזר הדין.

**עיכוב הליכים**: בכל שלב שלאחר הגשת כתב אישום היועמ"ש יכול להודיע על עיכוב הליכים ולקבוע מתי יחודש הדיון. הדבר יכול להיות לבקשת נאשם (חולה במחלה סופנית) או לבקשת התביעה (עד שנמלט). יש כללים מאוד ברורים מתי מותר לחדש את ההליכים- זה לא עיכוב לעד!

לקרוא לשיעור הבא:

פס"ד קניר + סעיפים מתוך פס"ד יששכרוב (ממליצה לקרוא את כולו, חשוב לנושא המבוא ולנושא הבא).

הרצאה 2 – 29.10.17

### 1.4.4 שלב פוסט המשפט

הדבר המרכזי הוא **הערעור**, אך יש גם **דיון נוסף** **ומשפט חוזר**.

* **ערעור**:

יש לנו ערעור אחד **בזכות** וערעור שני **ברשות**.

**ערעור במשפט פלילי הוא על כל פסק הדין יחד**. כלומר, אנחנו מערערים הן על הכרעת הדין והן על גזר הדין בבת אחת.

אי אפשר לערער על החלטות ביניים. שני חריגים:

1. **עיון בחומר החקירה**- לנאשם מגיע לקבל את כל חומר החקירה וכשזה לא קרה הוא יכול לפנות לביהמ"ש העליון ועל כך יש זכות ערעור מיידית [ס' 74(ה) לחסד"פ].
2. **פסילת שופט**- אם ביקשו וסרבו, הערעור הוא לביהמ"ש העליון בדן יחיד והוא מיידי (הליך נפרד).
* יש אפשרות לביהמ"ש לדחות את הערעור אם הוא החליט שלא נגרם עיוות דין.

לאחר שיש בידינו פס"ד של ערעור (או אם עבר זמן הערעור ולא ערערו), פסק הדין הוא פסק דין חלוט. האפשרות לפתוח פסק דין חלוט היא רק דרך **דיון נוסף** ו/או **משפט חוזר**.

* חשוב להבדיל: **על הליכי מעצר אפשר לערער** והם מתנהלים במקביל מול שופט אחר. מעצר הוא הליך שונה והוא לעולם לא סופי ולעולם לא בלתי-ניתן-לערעור.

## 1.5 היחס שבין ההקפדה על הכללים לבין גילוי האמת

**המודלים של פקר: מודל מיגור הפשיעה מול מודל ההליך הראוי/ההוגן**

אלה מודלים קיצוניים אך נוחים להבנה. כל שיטת משפט בכל סוגיה מנסה למצוא את עצמה בין המודלים הללו. שיטת המשפט הישראלית וסדה"פ נוצרו תוך שימת דגש משמעותי על מיגור הפשיעה וגילוי האמת, גם ע"ח סטייה מכללים דיוניים מסוימים. הרטוריקה של ביהמ"ש הייתה שהמטרה של ההליך הפלילי היא **לגלות את האמת**. לאור מטרה זו - ההליך הפלילי הוא לא משחק שח-מט ולא יתכן שמהלך אחד לא נכון של צד יביא להכרעה. הכללים חשובים, אך לא כל חריגה מכלל מסוים או פגם מהותי כלשהו יביא להכרעת המשחק. יש אפשרות לסטות מהכללים. המטרה שלנו היא להביא לגילוי האמת!

ישראל שמה דגש על מיגור הפשיעה וגילוי האמת ולעיתים אף מאפשרת סטייה מכללים עקב מטרות אלה. לכן, אם יש פגם דיוני, לא נאפשר לו להכריע את המשפט.

פס"ד סילבסטר- נגד סילבסטר הוגש כתב אישום בעבירות בגידה וגילוי סודות מדינה בכוונה לפגוע בביטחון המדינה. הסנגור טען טענה פרוצדוראלית של פגם בכתב האישום - שחסרות בו מספר מילים. ביהמ"ש לא היה מוכן לבטל את כתב האישום רק בגלל הטענה הזו ואמר כי פרוצדורה פלילית טובה אכן צריכה לתת לנאשם את מלוא ההגנה כדי למנוע עיוות דין, אך הדיון הפלילי לא צריך לקבל צורה של משחק שח-מט שבו מהלך אחד שגוי קובע את גורל המשפט. אם נפל פגם טכני זה לא יכריע את הגורל של המשפט.

פס"ד אפללו- מטרת ההליך הפלילי היא להביא לזיכוי החף מפשע ולהרשעת האשם. המשפט הוא לא משחק. המטרה היא לחשוף את האמת ולא להעניק יתרונות טקטיים לצדדים.

פס"ד קניר נ' מ"י- **ברק** מאשרר את סילבסטר. קניר הורשע בשלום בעבירות החזקת מט"ח ללא היתר וזאת רק בגלל **שבימ"ש התיר לתביעה להגיש ראיה נוספת** (תעודת עובד ציבור שמוכיחה שהוא תושב מ"י) **בתום סיכומי הצדדים** (=לאחר פרשת ההוכחות וסיכומים).

קניר טען בשלב הסיכומים שאינו תושב מ"י ולכן שהעבירה לא חלה עליו. לכן, המדינה ביקשה להגיש ראיה נוספת – התעודה – שתוכיח שהוא כן. זה אושר והוא הורשע. **מכאן הערעור**.

הס' הרלוונטי היום הוא ס' 167 לחסד"פ. **ברק** מדגיש שוב **שלכלל** לפיו יש להביא ראיות בזמן הרגיל והמקובל **יש חריג -** לביהמ"ש יש שק"ד לסטות מהכלל אם הוא רואה זאת לנכון (זוהי גם ההלכה שעלתה בפרשה של אולמרט-בעסקת הטיעון של שולה זקן). הרעיון הכללי הוא שיש כללים והם חשובים אך אם בסוגיה מסוימת אנחנו רוצים להגיע לגילוי האמת ולא נגרם עיוות דין אז ניתן לסטות מהכללים.

ביהמ"ש פוסק שבד"כ אסור לו לחרוג מהפרוצדורה הרגילה, אולם אם מדובר במקרה חריג, ניתן לסטות מסעיפי החוק הפרוצדורליים.

* **המסקנה מפסה"ד**- כל עוד לא נוצר עיוות דין ניתן לסטות מהכללים.

דוגמה למקרה בו ביהמ"ש סירב לסטות מהכללים בשל עיוות דין:

פרשת דמיאניוק- ס' 184 לחסד"פ **מאפשר להרשיע אדם אם עובדות עבירה מסוימת הוכחו במשפט, גם אם סעיף האישום עצמו לא נכתב בכתב האישום**. הסייג הוא שלנאשם הייתה הזדמנות להתגונן מפני העבירה האחרת ושלא יינתן עונש חמור יותר מהעונש שניתן היה לתת בעבירה שכן נכתבה בכתב האישום. הדוג' הכי מובהקת כאן היא רצח והריגה;

דמיאניוק נחשד שהוא פושע המלחמה שכונה 'איוואן האיום' ממחנה ההשמדה טרבלינקה. הוא הורשע ונידון למוות במחוזי בשנת 88', אך בערעור לעליון הוא זוכה, לאחר שנמצאו ראיות המצביעות על אדם אחר. היות והתביעה לא הצליחה להוכיח מעל לכל ספק סביר את זהותו, היא טענה שצריך להרשיע אותו לפחות בכך שהיה פושע נאצי. ביהמ"ש קבע כי אין אפשרות לעשות זאת כי לא הייתה לו אפשרות להתגונן כלפי טענות אחרות.

ביהמ"ש סירב לעשות שימוש בסעיף 184 כדי למנוע עיוות דין.

* **מסקנה – גם כשלביהמ"ש יש אפשרות מעשית לסטות, אם זה מעוות את הדין הוא לא יסטה!**

# 2. סדר הדין הפלילי בראי המהפכה החוקתית

## 2.1 סדר הדין הפלילי לפני המהפכה החוקתית

עם המהפכה החוקתית המשפט שלנו מתקדם גם לכיוון **מודל ההליך הראוי** (Due Process) ולא רק **למודל של הליך מיגור הפשיעה** (Crime Control Model). אחד הביטויים שאפיינו את התקופה שקדמה למהפכה החוקתית היה שביהמ"ש **סירב לקבל** את דוקטרינת פירות העץ המורעל- ע"פ דוקטרינה זו, כשראיה הושגה שלא כדין, הראיה פסולה וגם כל דבר שהושג כתוצאה ממנה.

עד לפס"ד יששכרוב הדגש בישראל היה על **גילוי האמת**. הכלל במשפט הישראלי היה **דיכוטומיה בין הדין לבין תוצאות הפרתו**- יכול להיות שהייתה הפרת דין למשל לא ניתנה אזהרה/זכות היוועצות לחשוד, אך העובדה שהייתה הפרת דין לא אומרת שהראיה לא קבילה בגלל הדגש על גילוי האמת וההערכה שלנו את מקצועיות השופטים.

במשך שנים **המשפט הישראלי סירב לקבל את הדוקטרינה ולפסול ראיות** שהושגו שלא כדין, חוץ מ-3 חריגים הקבועים במפורש בחקיקה- כשהחוק קובע כי ראייה מסוימת אינה קבילה:

* 1. ס' 13 לחוק האזנות סתר- האזנת סתר.
	2. ס' 32 לחוק הגנת הפרטיות- ראיה שהתקבלה תוך כדי פגיעה בהגנת הפרטיות.
	3. ס' 12 לפק' הראיות- ראיות שהושגו שלא מרצון ומהסכמה חופשיים.

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

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

כשנחקק חו"י כבוה"א מלומדים החלו לכתוב שצריך לשנות את המצב בגלל עליית זכויות החשודים והנאשמים למדרגה חוקתית. הדבר החל "לחלחל" בבתי משפט ושופטים החלו להגיד שייתכן שצריך לתת לביהמ"ש שיקול דעת לפסול ראיות. **נקודת המפנה** **המרכזית** היתה פרשת יששכרוב.

פס"ד יששכרוב- רפאל יששכרוב הוא חייל שנכנס לכלא 6 בגין נפקדות. הוא התבקש להתפשט בצורה שגרתית ונפלה לו שקית גראס מהתחתונים. הוא נחקר והודה בשימוש בסמים. הוא נחקר על ידי שוטר צבאי (רב"ט אופיר) והודה בשימוש עצמי. במהלך החקירה השוטר יצא לדבר עם המפקד שלו שהורה לו לעצור את יששכרוב אך **אופיר לא הודיע ליששכרוב שהוא עצור (בכוונה) ולא אמר לו שיש לו זכות להיוועץ בעו"ד או לשתוק**. יששכרוב הורשע בביה"ד בסעיף אחד בגין החזקת סמים (אך זוכה משלושה סעיפים של שימוש). בערעור הוא הורשע בכל ארבעת הסעיפים, **מכאן הערעור**.

**פסלות הודאתו**: **בייניש** טענה כי יש שתי מטרות (סותרות) להליך הפלילי: (1) גילוי האמת- חשיפת האמת העובדתית. (2) הגנה/שמירה על זכויות החשודים והנאשמים. האיזון שלה הוא **כלל הפסילה הפסיקתית** שאומר כי לשופט יש סמכות להפעיל שק"ד ולפסול ראיה שהושגה תוך פגיעה בדין. בייניש קובעת שישנם מצבים מסוימים בהם יש הפרה של זכויות חשודים ונאשמים ולכן לביהמ"ש יש את האפשרות לפסול את הראיה.

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

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

על השופט לשקול 3 קבוצות שיקולים במסגרת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית היחסית:

1. **חומרת הפגם -מידת חומרת הפרת הדין והפגיעה**: כאן ייבחן תו"ל מול זדון של רשויות האכיפה. עד כמה היית פגיעה בזכות חשובה ובאיזו מידה?
2. **מהות הראיה שהוגשה אגב הפגיעה**: ישנן ראיות שמושפעות מחוקיות כמו הודאה שמנוגדת לזכות השתיקה (לא אמרו לי שיש לי את הזכות לשתוק ולכן דיברתי).

עם זאת, ישנן ראיות בעלות ערך עצמאי כמו ראיות פורנזיות (DNA לא ישתנה).

1. **מכלול האינטרסים- מאבק בין הצורך לאכוף את הדין לבין הפגיעה בזכויות**: אכיפה ומיצוי הדין למול האינטרס של ההגנה על זכויות הנאשם.
* ביששכרוב עצמו בתוך קבוצת השיקולים השלישית נכנס לאיזון עניין חומרת העבירה אך במקרים מאוחרים יותר הוציאו את החומרה מהמאזן שכן היא מושכת לשני הצדדים.

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

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

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

הסעיף עוסק בהודאה שצריכה להיות חופשית ומרצון. בעבר שמו דגש על הגנה של שלמות הגוף והנפש שיכולה להשפיע על אמיתות ההודאה (בעיקר בהוצאת הודאה בעקבות אלימות פיזית או נפשית). **בייניש** מרחיבה ואומרת כי לא מדובר רק על אמיתות ההודאות אלא **כיום אנו מחויבים להגן על האוטונומיה של הרצון העצמי**. לטענתה, כשנפגעה היכולת החופשית להודות מתוך הבנה והגנה (ע"י עו"ד למשל) - ההודאה לא תהיה קבילה.

* ספציפית ביששכרוב- ההודאה לא נפסלה מכוח ס' 12 וחוקי היסוד, אלא רק מכוח כלל הפסילה הפסיקתית, אך ההלכה יושמה לאחר מכן בפסקי דין מאוחרים יותר.
* **במאמר של המרצה** הוצע להוסיף אינטרס נוסף של הנפגע הקונקרטי בעבירה.

## 2.2 סדר הדין הפלילי לאחר המהפכה החוקתית

ההליך הפלילי הוא מקור הכוח הכי חזק של השלטון והחוקות מגנות על הפרט מפני השלטון וגם על חשודים ונאשמים ועוסקות בזכויותיהם. אין תחום במשפט הישראלי ששינה את פניו יותר (חקיקתית ופסיקתית) לאור המהפכה החוקתית מאשר תחום סדה"פ. ההשפעה היא השפעה עצומה וטבעית.

למה היא השפעה טבעית? מכיוון שזו למעשה המטרה של חוקות בעולם- להגן על הפרט מפני השלטון- והכוח הכי חזק של השלטון הוא בהליך הפללי.

ההשפעה הממשית בסדר הדין הפלילי:

* **בחקיקה**- על החקיקה בסד"פ להיות **חקיקה ראשית** שכן היא עוסקת בפגיעה בזכויות. ההלכה בדבר דרישת החוק נקבעה עוד לפני 1992 (בג"ץ בז'ראנו), אלא שהמהפכה החוקתית הדגישה **שלא מספיק שמדובר בחוק**, אלא שהפגיעה צריכה להיות לתכלית ראויה, מידתית ובאופן שלא עולה על הנדרש. כעת, יש לנו חוקים חדשים שצריכים לעמוד בדרישות אלה – חוק המעצרים, חוק החיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי ועוד שנחקקו לאור הלך רוח זה.
* **בפסיקה**- העליון, בעקבות מאמרים שונים (בין היתר), פסק אט אט כי הזכויות הדיוניות מעוגנות אצלנו כזכות נגזרת מכוח חו"י כבוה"א ובסופו של דבר המשפט מגן על זכויות דיוניות.

**קיימים הבדלים בין חוקות העולם לבין חוקי היסוד שלנו במדינת ישראל-**

* **כבוד האדם באשר הוא אדם**- בחוקות בעולם שנותנות זכויות לחשוד/נאשם. חוקי היסוד שלנו, לא מזכיר חשוד/נאשם. הם מזכירים אדם באשר הוא אדם. אין אצלנו התייחסות ספסציפית לחשודים או נאשמים.
* **זכויות דיוניות**- בחוקי היסוד אין התייחסות לזכויות דיוניות אלא קיימות זכויות מהותיות.

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

נדגים אוסף נקודות ספציפיות בהן השפיעו חוקי היסוד והמהפכה החוקתית:

* 1. **זכויות נפגעי עבירה**:

האם גם זכויות הקורבנות עלו למדרגה חוקתית? כשחוקה מסויימת נותנת לחשוד זכות, היא נגזרת מתוך זכות מהותית של כבוד האדם ואז ניתן לטעון שכך גם הזכויות של **קורבן העבירה** צריכות להיגזר ולכן לא תמיד יש להעדיף את זכותו של הנאשם על פני זו של קורבן העבירה. לדברים האלה יכולה להיות נפקות מעשית.

הוויכוח החל בפרשת גאנימת:פסה"ד נדון בתקופה שבין 1992 לחקיקת חוק המעצרים. עד אז מעצרים בוצעו לפי החסד"פ שחוקק בשנת 1982. למה זה חשוב? **ההלכה הכללית** שנקבעה בפסה"ד לגבי חוקים שקדמו לחוק היסוד היא: גם אם יש חוק שנחקק לפני חוקי היסוד ויש בו סעיף שמירת דינים – אמנם אי אפשר לבטל אותו אבל הוא **יפורש ברוח חוק היסוד**. ז"א, גם פרשנות של חוקים משוריינים (כמו החסד"פ שמשוריין בשמירת דינים) תבוצע ברוח הוראות חוה"י. [היום הלכה זו לא רלוונטית לגבי המעצרים כי הסעיף בוטל וכיום יש את חוק המעצרים]

במקרה זה דובר על גנב רכבים בתקופה שבה גניבת רכבים הייתה מכת מדינה. תושב שטחים נתפס על גניבת שני רכבים. בפסה"ד נשאל **האם העובדה שעבירה היא מכת מדינה יכולה להוות עילה בפני עצמה למעצר עד תום ההליכים?** לאור הפרשנות ברוח הוראות חוה"י נקבע שעילת מעצר צריכה להיות אינדיבידואלית וספציפית לאותו הנאשם שמולנו ולא כלי להרגעת הציבור מסכנה. ביהמ"ש קבע כי מכת מדינה איננה מהווה עילה למעצר כשלעצמה, **אלא מהווה אינדיקציה למסוכנות של אדם**.

בנושא איזון הזכויות התעורר ויכוח בין שמגר לדורנר:

* **שמגר**:בפירוש עילות המעצר עלינו לזכור שכבוד האדם הוא גם כבוד הנפגעים- גם הזכויותת שלהם עלו למעלה חוקתית. שמגר בעצם המיר אינטרס לזכות 🡨 לקח את שלום הציבור (=קורבנות פוטנציאליים) וקבע שיש להם זכות.
* **דורנר**:שמגר מפרש את הוראת זכויות האדם לא נכון. היא טוענת כי הקניית מעמד של זכות יסוד למכלול האינטרסים הפרטיים המעוגנים בערך הכללי של שלום הציבור עשויה להביא לשלילת המשמעות של זכויות היסוד של הפרטים האינדיבידואלים. עניינה של תורת זכויות היסוד של האדם ועניינו של חו"י כבוה"א הוא באיזון בין הצרכים הספציפיים של הפרט לבין האינטרסים של הציבור. אם אין סכנה לנפגע ספציפי, עניין זכות-מול-זכות לא צריך לעלות.
* **ברק** עונה- ההתנגשות לא קיימת בכלל כשאין סכנה לקורבן. ברק מסכים ברמה העקרונית עם שמגר שגם הזכויות של הקורבנות מוגן על ידי חוק היסוד, אבל סובר כי אין לנו פה התנגשות! אין כאן סכנה קונקרטית בין הקורבן לנאשם מסוים ולכן השאלה פה לא עולה לגבי זכות מסוימת.

פס"ד גנימאת- **ברמה העקרונית** גם לנפגעי עבירה יש זכויות, וזכויות אלה עלו למעמד חוקתי.

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

* **חוק זכויות נפגעי עבירה (2001)**- מטרת החוק היא להגן על כבודו של אדם מבלי לפגוע בזכויות של נאשמים וחשודים. למשל: זכות טיעון מול התביעה בהסדרי טיעון, בעבירות מסוימות, התביעה צריכה לבוא וליידע את משפחת נפגעי העבירה בהסדר הטיעון ולשמוע את דעתם עליו, אין למשפחה זכות וטו אבל בכל זאת יש להם את הזכות לשמוע מה הולך לקרות.
* **חוק מגבלות על חזרתו של עבריין מין לסביבת נפגע העבירה (2004)**- ביהמ"ש רשאי להטיל מגבלות על עבריין מין גם לאחר השחרור (לאחר שסיים לרצות את עונשו), כמו איסור לגור באזור בו גרה נפגעת העבירה. החוק מגן על נפגע העבירה גם אם הדבר יפגע בעבריין המין שכבר נידון (אך במידה שלא עולה על הנדרש). זה לא ברור מאליו כי זו פגיעה מסוימת במי שכבר שילם את חובו לחברה.
* **חוק ההגנה על הציבור מפני עברייני מין (2006)**- יש בשב"ס יחידה שנקראת יחידת צור: יחידה שעוקבת אחרי פדופילים אחרי שהם משתחררים כבר ממעצר. כל תפקיד היחידה הוא מעקב אחרי פדופילים משוחררים. פה יש איזון בין החירות של האדם שריצה כבר את עונשו לבין האינטרס הציבורי- שלמות הציבור.
	1. **פגיעה בזכויות ועלויות כספיות:**

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

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

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

השאלה עלתה בבג"ץ צמח- דובר על מעצר ראשוני ע"י שוטר צבאי. בעבר ניתן היה לעצור חייל למשך 105 שעות לפני הבאתו בפני שופט צבאי. תיקון לחוק קיצר זאת ל-96 שעות. באותה תקופה וכמעט במקביל מעצר ראשוני באזרחות קוצר מ-48 שעות ל-24 שעות. העתירה טענה כי מעצר ל-96 שעות היא פגיעה לא מידתית בחירותו של אדם.

עלתה השאלה האם ניתן לתקוף תיקון שהוא בכ"ז מיטיב ודבר נוסף זה האם אפשר לתקוף חוק משוריין. בפס"ד המזרחי למדנו כי תיקון לחוק משוריין כפוף לבחינה חוקתית. **ההלכה שעולה מצמח היא שגם תיקון שמיטיב עם הנאשם כפוף לבחינה במבחני פסקת ההגבלה**.

הצבא העלה נימוקים מתחום המשאבים- יש אילוצים של משאבים שקיימים בצבא ולא קיימים באזרחות, למשל: כמות העצורים, אילוצים כספיים, המרחק הגיאוגרפי וכו'.

**השו' זמיר** לעניין המשאבים- זמיר טוען שההבדל בין המצוי לרצוי בגימטריה הוא "כסף". כשמולנו יש חירות מחד, זכות בסיסית ביותר ומנגד יש את אילוצי המשאבים, הזמן והכסף- לטענת זמיר האילוצים הללו צריכים להילקח בחשבון אך הם לא מספיק חזקים לפגיעה בחירות, שזכות אדם בסיסית ביותר.

תוצאת פסק הדין: כן התחשבו במידה מסוימת באילוצי הצבא ולכן הורו לתקן את החקיקה כך שהמעצר הראשוני יהיה 48 שעות (ולא 24). [לאחרונה, היה תיקון שהשווה את תקופת המעצר הראשוני ל-24 שעות גם בצבא וגם באזרחות].

**פעמים רבות, כשאנו רוצים להגדיל זכויות ובמקביל אין הגדלת משאבים אז הרפורמה בעצם לא עוזרת**. כך למשל, קיצור המעצר הראשוני באזרחות ל-24 שעות (במקום 48 שעות) עד הבאה בפני שופט בפועל פגע בעצורים עצמם. הרעיון הוא כמובן אצילי אבל בפועל כיום ההתעסקות היא במי השופט שישפוט, איזה שוטר ילווה את החשוד לבית המעצר ובהגשת הבקשה מהר ככל האפשר. השו' עצמו, ברוב המקרים, משמש כחותמת גומי להארכת מעצר ע"מ לאפשר למשטרה להמשיך לחקור. מחקרים מראים שהרפורמה לא הפחיתה מעצרים: כאשר יש כל כך מעט זמן מתעסקים בפרוצדורה של הארכת תקופת המעצר במקום לחקור בפעול את החשוד. והשופטים נותנים בד"כ יום יומים הארכה.

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

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

עד למהפכה החוקתית ההלכה הייתה שעיכוב ביצוע במצב כזה הוא חריג וינתן אך ורק במקרים יוצאי דופן כי חזקת החפות הופרכה כי האדם הורשע ואז מגיע דיון בפס"ד שוורץ:

ע"פ 99/117 שוורץ- כשאדם הורשע וקיבל עונש מאסר, **הכלל הרגיל** שהיה לפני חו"י כבוה"א היה שלא מעכבים את העונש משום שחזקת החפות כבר הופרכה. עיכוב ביצוע היה **החריג**.

**בפס"ד שוורץ שונה הכלל**. עדיין יש סיכוי שבערעור הדברים ישתנו ולכן יש לתת משקל לחירות האדם ולחזקת החפות. ביהמ"ש (**בייניש**) אמר כי אומנם חזקת החפות כורסמה כי האדם הורשע אך עדיין ישנו סיכוי שהאדם יצליח להפוך את הקערה על פיה בערעור וההרשעה אינה חלוטה. לכן **הכלל** מעתה הוא שהגשת ערעור כשלעצמה לא מעכבת את ביצוע עונש המאסר וזה נתון לשיקול ביהמ"ש, אבל כעת נעכב לא רק במקרים נדירים. **הנטל יהיה על המבקש** להראות לביהמ"ש של הערעור **שמאזן השיקולים** שפועלים לטובתו (=עיכוב ביצוע) גובר על אינטרס אכיפת העונש המיידית.

השיקולים כוללים:

* **מסוכנות**- האם האדם היה עצור בשל מסוכנות והוא הורשע בכך?
* **כלל הנסיבות**- עבר פלילי וכו'.
* **סיכויי הערעור**- ככל שסיכוי הערעור גדול יש יותר סיכוי שהעונש יעוכב וההאדם ישחורר. אם הייתה דעת מיעוט יש סיכוי שהיא תתהפך, אם הייתה סוגייה משפטית מיוחדת שיש סיכוי שביהמ"ש של הערעור ישנה אותה.
* **אורך תקופת המאסר שהאדם קיבל**- תקופה ארוכה מעידה על אפשרות לברוח ולכן אין לשחרר.
* **האם הערעור הוא על גזר הדין (העונש) או גם על הכרעת הדין (הרשעה)**- אם האדם לא מערער על הכרעת הדין, אלא רק על חומרת העונש, ההכרעה היא חלוטה (כי אין כלל חזקת חפות) ויש פחות סיכוי לעיכוב ביצוע העונש.

מקרים מפורסמים בהם הלכת שוורץ הופעלה:

מקרה קצב מהווה דוגמא לשימוש בעיכוב ביצוע. הוא הורשע במחוזי וקיבל מאסר ארוך. מצד אחד, הוא קיבל שנות מאסר רבות ולכן לא הייתה סיבה לגיטימית לעיכוב ביצוע. אולם מצד שני, מדובר באדם חזק שלא ישב לפני כן במעצר. קצב טען במשך שנים כי לא היה דבר אך בערעור הוא כן טען שהיה רומן, אך בהסכמה. השופט דנציגר ראה סיכוי בטענה הזו, אולי יש סיכוי מכיוון שהוא שינה את ההגנה שלו בערעור, ולכן עיכב את הביצוע- לפעמים כשאדם מנהל הגנה רעה תפקידו של ביהמ"ש לעזור לו.

אדם נוסף שקיבל עיכוב ביצוע הוא אולמרט- מצד אחד, הייתה הרשעה במחוזי על עונש מאסר ממושך, אבל מצד שני אולמרט לא היה במעצר ואין סכנה שהוא יברח ממעצר. כאן ניתן עיכוב ביצוע מכיוון שהערעור היה על טענות מהותיות לגבי פסה"ד המחוזי (טען שפסה"ד התבסס על ראיות נסיבתיות שהשופםט העריך את השוחד שאולמרט קיבל מתוך הראיה על כך שאחיו קיבל שוחד "אם אחיו קיבלף לא הגיוני שאולמרט לא קיבל בעצמו").

* 1. **סמכויות חיפוש בגוף- ביטול חוק העוסק בחיפוש בגוף**

עוד לפני חקיקת חוק החיפוש בגוף ב-96' (חוק חדש שהותאם לדינים המודרניים ולדרישות של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו) כבוד האדם כבר השפיע על הפסיקה.

פרשת גואטה **(השו' אלון)**- החשוד נעצר ובהסכמה עם השוטרים חיפשו בין פלחי ישבנו סמים, בסימטה חשוכה. החיפוש נעשה לפי הדינים שקדמו לחוק החיפוש בגוף- זה היה חיפוש חוקי. אבל הבעיה הייתה שהחיפוש נעשה ברחוב! **השו' אלון הדגיש את כבוה"א ואמר כי גם אם יש הסכמה זה לא אומר שהכל פרוץ ומותר**. העובדה שמדובר בפגיעה בכבודו של אדם ובצנעת הפרט יש בה כדי לחייב שמירה על מידה סבירה של הגינות **גם כאשר החיפוש נעשה בהסכמה** כדי שלא לפגוע בזכויותיו ובפרטיותו של החשוד.

* היום חוק החיפוש בגוף מגדיר ברחל בתך הקטנה אילו חיפושים מותרים ואיזה הסכמות נדרשות בכל מקרה. במקרים מסויימים הוא גם קובע את הפרוצדורה שצריכה להיעשות במסגרת החיפוש. ככל שאין הוראות ספציפיות סותרות בכללים אחרים הוראותיו גוברות.

פס"ד לאוניד לווין: עוסק בבדיקות שכרות. בדיקות אלו נעשות מכוח העילות לבדיקת שכרות המופיעות בפקודת התעבורה אך הוראות הבדיקות עצמן מופיעות בתקנות התעבורה (חקיקת משנה).

ביהמ"ש קבע **שיש להחיל עליהן את המתווה של חוק החיפוש בגוף לפיו ההוראה היא ולדרוש הסכמה של החשוד לביצוע בדיקה** (למרות שזה קבוע בתקנות ולא בחוק). אעפ"כ, בפועל הדין **כיום** הוא שאי הסכמה מהווה חזקת שכרות. זה דבר שפוגע בזכויות אך הוא מתחייב לצורכי אכיפה (אחרת כולם היו מסרבים להיבדק ולא הייתה אכיפה).

* פס"ד זה מראה את החשיבות שביהמ"ש מייחס לכללים המודרניים שנקבעו ע"ב תכלית ראויה וכו' בחוה"י (ביהמ"ש מחיל את הדרישה לקבלת הסכמה גם על תקנות התעבורה-למרות שהן לא חקיקה).
	1. **ביטול סעיף חוק בשל פגיעה בזכות להיות נוכח (ביטול חוק שפוגע בזכויות באופן לא חוקתי)**

מדובר על מעצרים שהם ביטחונים שיש להם רגישות רבה ולכן הם דורשים הנחיות מיוחדות.

בש"פ 07/8823 פלוני נ' מ"י (עצור החשוד בעבירת ביטחון)- דובר על חוק שעסק בעבירות בטחון והסעיפים בו מיוחדים להן כמו היכולת למנוע היוועצות עם עו"ד לתקופה מסוימת. **ס' 5 לחוק איפשר להאריך מעצר של חשוד בעבירות ביטחון ללא נוכחותו של החשוד**. ביהמ"ש קבע כי נוכחות של חשוד בהליך מעצר היא חלק מהזכות החוקתית שלו להליך הוגן ולגכן הסעיף הנ"ל פוגע בזכות חוקתית שלו. ביהמ"ש דיבר גם על הפגיעה המצטברת עקב מניעת ייצוג של עורך דין מהחשוד וכך לא הוא ולא עורך הדין נוכחים בהליך.

משקבענו שיש פגיעה, נפנה ונבדוק האם היא מותרת (ע"פ פסקת ההגבלה)- ביהמ"ש חשב כי התכלית היא ראויה שכן עבירות ביטחון מדברות על סיטואציות מיוחדות שמצדיקות פחות מעורבות של נאשמים. אולם, ביהמ"ש סבר כי **זה לא מידתי** שניתן להאריך את המעצר ללא נוכחותו של העצור באופן קטגורי וגורף ז"א, ההוראה לא מידתית מכיוון שהיא גורפת וללא הגבלות. **בייניש**- התביעה אמרה שממעטים (זה נדיר) להשתמש בסעיף הזה. לכן, לדעתה לא צריך להיות חוק על כך. בהמשך בוטל הס' ונחקק ס' מתון יותר- הסעיף הזה נחקק בצורה מידתית יותר בשל פסלותו ע"י ביהמ"ש בגלגולו הקודם.

* מכאן נבין שהחקיקה החדשה כפופה לבחינה חוקתית ועשויה להתבטל.
* **דעת המיעוט** טענה להשהיית הבטלות עד שהמחוקק ימצא הסדר מידתי יותר.
	1. **טענה שאין להרשיע בדעת רוב**

בפס"ד סיבוני נטען שכיום לאור המהפכה החוקתית, זה לא חוקתי ולא ראוי להרשיע אדם בדעת רוב, שכן אם יש דעת מיעוט כנראה שיש ספק סביר- והרי ניתן להרשיע רק מעל לכל לספק סביר. הטענה נדחתה, ביהמ"ש קבע כי ס' 80 לחוק בתי המשפט (שקובע את הדרך שבה מכריעים במשפט) הוא **סעיף משוריין (חוק שקדם לחו"י כבה"א) שחל עליו שמירת הדינים**. המחוקק יכול לשנות זאת אם ירצה בצורה מפורשת אך ביהמ"ש לא יכול לשנות את הבסיס לשיטה המשפטית בישראל.

* כאן, בחוק משוריין, אין לנו את היכולת לפרש את הסעיף לאור חו"י כבוה"א.

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

לקרוא לשיעור הבא: פס"ד יששכרוב, פס"ד פרחי, פס"ד אלזם

הרצאה 3 – 05.11.17

* 1. **קבילות ראיות**

התפיסה במ"י לאורך שנים היתה דיכוטומיה בין הדין לתוצאות הפרתו: אם היה פגם מסוים בהסגת ראיה זה לא אומר שהראיה אינה קבילה. השופטים שלנו הם אנשים מקצועים, אבל אין פה איזשהו חשש (כמו אצל המושבעים) שהשופטים לא יתנו לראיה כזו את המשקל המתאים לה.

הפרת הדין לא בהכרח הובילה לחוסר קבילות ראיות. כלומר, **למעט** ס' קבילות ספציפיים כמו ס' 13 לחוק האזנות סתר, ס' 2 לחוק הגנת הפרטיות וס' 12 לפקודת הראיות- הודעה שאינה חופשית ומרצון, **כאשר תהיה הפרה של הדין, התוצאה לא תהיה חוסר קבילות**. נניח שלא הודיעו לחשוד על זכותו לשתוק או על זכותו לעו"ד או שהתבצע חיפוש בלתי חוקי - הכלל היה שהשופטים יתנו לכל דבר את המשקל בהתאם אבל זה לא פסל ראיות בצורה חד משמעית.

עם חקיקת חו"י כבוה"א והעליה של זכויות נאשמים וחשודים למדרגה חוקתית החלו להעלות שוב את הטענות לגבי פסלות ראיות שהושגו כתוצאה מהפרת הדין.

**2 חידושים גדולים שעלו מפס"ד יששכרוב**

1. **כלל פסילה פסיקתי-יחסי**:

עד היום נתנו דגש במשפט הפלילי בחיפוש אחר האמת. אבל לסדר הדין הפלילי יש גם מטרה אחרת והיא הגנה על זכויות חשודים ונאשמים. לכן כל כלל שאנחנו יוצרים צריך לאזן בין השניים הללו. ואת האיזון הזה יש למצוא באמצעות כלל פסילה- יחסי ולא מוחלט- לבית המשפט יש **שיקול דעת** האם לפסול את הראיה או שלא.

**ישנן 3 קבוצות של שיקולים שילקחו בחשבון במסגרת שיקול הדעת הזה:**

1. **אופי אי החוקיות וקבלת הראיה**- אופיה וחומרתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה- כמה באמת הייתה פה אי חוקיות, כמה אי החוקיות נעשתה בזדון. עד כמה ההתנהגות של הרשויות הייתה פסולה? האם יש נסיבות מקלות שמורידות מהחומרה וכו'. אין תנאי של זדון, אך זה משפיע על ההחלטה.

ביששכרוב: בזדון השוטר הצבאי לא אומר ליששכרוב את זכוויתיו והזכות שנפגעת היא קשה, הזכות להליך הוגן.

1. **מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה**- יש ראיות שהן ראיות עצמאיות- לא משנה איזה פסול נעשה בהשגת הראיה, הראיה עצמה לא תשתנה, למשל: בדיקת DNA. ראיה מושפעת- ראיה שמושפעת מאופן השגתה, למשל: הודאה- הראיה מושפעת כי אם לא נתנו לי להיוועץ עם עו"ד אז יכול להיות שאני אודה בדבר מסוים.

ביששכרוב- הייתה השפעה גדולה- הראייה היא ראיה מושפעת. אם הייתי יודע שיש לי זכות לשתוק לא הייתי אומר זאת.

1. **הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בקבלת הראייה**- איזונים בין כמה יש צורך באכיפת הדין לבין הנזק שנגרם לחשוד/לנאשם בכך שנפגעו זכויותיו. האינטרסים של הציבור אל מול הזכויות של החשוד או הנאשם.

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

**חומרת העבירה**-

* בפס"ד יששכרוב- חומרת העבירה הייתה חלק ממאזן השיקולים במסגרת הקבוצה השלישית- ככל שהעבירה חמורה יותר כך הנטייה תהיה יותר לאכוף את הדין.
* עם התקדמות המקרים הבינו שחומרת העבירה פועלת לשני כיוונים- אכן ככל שהעבירה חמורה יותר כך צריך לאכוף את הדין יותר, אך מן הצד השני ככל שהעבירה חמורה יותר כך צריך להקפיד יותר על זכויות של חשודים ונאשמים. למשל: אדם שמורשע ברצח- הרי איתו הכי צריך להקפיד על זכויות!! כי אם לא, יכול להיווצר מצב בו אנו נאשים אדם חף מפשע ברצח ונכניס אותו לכלא למאסר עולם.
* ההלכה: פס"ד אלעוקה (10 שנים אחרי יששכרוב)- ביהמ"ש מוציא את חומרת העבירה מהמשוואה. היום, כשביהמ"ש עושה את מאזן השיקולים הוא לא אמור להתייחס לחומרת העבירה!

מאמר של המרצה בנושא- מהרגע שהורידו את חומרת העבירה מהמשוואה בעצם הורידו את נפגעי העבירה מהמשוואה. במקרים של עבירות עם נפגעי עבירה- לכאורה איפשהו הם היו נכנסים בתוך חומרת העבירה, היום כשהוציאו את חומרת העבירה מהמשוואה, לכאורה הוצאנו את נפגעי העבירה מהשמוואה.

המרצה מציעה במאמר שכתבה להכניס פרמרטר נוסף- האם מדובר בעבירת נפגעים או שלא, וזאת ללא קשר לחומרת העבירה. לדעת המרצה- רשויות התביעה חונכו גם מבלי שביהמ"ש התכוון לכך.

בעולם, הרציונלים לפסילת ראיות הם:

1. חינוך המשטרה.
2. הגנה על זכויות הנחקר.
3. הטעם המוסרי- הלגיטמיות של שמירת הדין.

ביששכרוב- ביהמ"ש קובע שהוא לא קובע את הכללים שלו לשם חינוך המשטרה אלא ע"מ **למנוע זיהומו של ההליך המשפטי**.

בפרטיקה, ההשפעה העיקרית של יששכרוב היא חינוך הרשויות. שונו הנהלים. עיקר ההשפעה היא בעצם חינוך הרשויות.

1. **הרחבת פרשנות ס' 12 לפקודת הראיות- הודאה שאינה חופשית ומרצון היא אינה קבילה**

**עד ליששכרוב** הדגש במשפט היה אמת- פרשנות שבאה להגן על אמיתות הודאות.

מתי היו קובעים שהודאות אינן מרצון? כאשר הייתה פגיעה בשלמות נפשו או גופו של נחקר (כאשר אדם קיבל מכות).

**בייניש** ביששכרוב- התכלית היא לא רק הגנה על אמת אלא גם על האוטונומיה של הרצון החופשי. לכן, אם ננקטו אמצעים שהביאו לפגיעה ברצון החופשי של האדם (גם אם הם לא פגיעה בגוף או בנפש)- זו גם עילה לפסילת הודאה עפ"י ס' 12 אפילו אם אין לנו חשש לאמיתות ההודאה. האדם מאבד את היכולת שלו להחליט אם הוא רוצה להודות או לא רוצה להודות. ביששכרוב הראיה לא נפסלה בשל ס' 12, מכיוון שליששכרוב הייתה יכולת בחירה.

* אין פסילה אוטומטית מכוח ס' 12- הבדיקה צריכה להיות לגופו של עניין.

פס"ד סמירק (קודם ליששכרוב)- אדם התאסלם ועבר לחיזבאללה, השבכ עצר אותו ולא הזהיר אותו שהוא יכול לשתוק- המטרות של חקירות השבכ הם יותר להרתיע לעתיד ופחות מה שהיה בעבר. **בייניש** מאותתת על השינויים של ההלכה: יש לבחון מחדש את האיזון בין החופש של הנאשם לבין שלמות הציבור. היא חוזרת על ההלכה הקודמת, אבל היעדר אזהרה לא פוסל את ההודעה. היא מעותת על זה שבעקבות עליית חוקי היסוד ההלכה כנראה תשונה.

פס"ד יששכרוב- מקרה פשוט של שימוש קל בסמים אך הפגם היה חמור כי הראיה הייתה מושפעת (=יתכן שיששכרוב לא היה מודה אם הוא היה מדבר עם עו"ד) השוטר לא הודיע לו שהוא עצור ושהוא יכול לשתוק או להיוועץ עם עו"ד ויששכרוב מודה בחקריתו שהוא עשה שימוש בסמים. למען האמת, הפגיעה באינטרס החברתי אם הראיה תיפסל הוא לא גדול. לכן- זה מקרה בוחן מעולה.

ביהמ"ש העליון פסק שיש לפסול את הראיה אך **לא מתוך רצון לחנך את רשויות התביעה אלא מתוך הדאגה לטוהר ההליך השיפוטי, שישאר הוגן וישר**.

פס"ד אלזם-אדם הורשע במחוזי על רצח ונרצח בעצמו עת ישב בכלא (שמו לו ציאניד במלח). משפחתו המשיכה את הערעור על מנת לזכות את השם שלו. לאלזם הכניסו מדובבים לכלא. ביהמ"ש קבע כי המדובבים עברו את הגבול בכך שאמרו לו שלא ישמור על זכות השתיקה, שלא ישמע בעצת עורך דינו כי הוא עזב אותו והשחירו את שמו. ביהמ"ש קבע שנפגעו זכות ההיוועצות וזכות השתיקה של אלזם וכי במעשיהם הם גרמו לו להודות. **השו' חיות** קבעה כי הייתה השגת גבול אסורה למתחם מוגן שאליו אסור למדובבים להיכנס.

**ביהמ"ש מיישם את שתי ההלכות** מיששכרוב ואלזם מזוכה-

(1) המדובבים הביאו את אלזם לא להיות בעל יכולת בחירה לפי ס' 12 לחוק הראיות- המעשים שעשו המדובבים שללו את האוטונומיה שלו ואת זכות הבחירה שלו.

(2) יושם כלל הפסילה החוקתי- נקבעה אי חוקיות חמורה בהשגת ההודאה, פגעו בזכות השתיקה שלו בחיסיון בפני העמדה עצמאית.

באלזם רואים את הצעדים של ביהמ"ש לבטל את שיקול חומרת העבירה:

**השו' חיות** אומרת כי בשל העובדה שמדובר בעבירה חמורה (רצח) צריך להקפיד הקפדה יתרה בזכות להליך הוגן. כמובן שהעובדה שאלזם כבר מת השפיעה על הפסיקה אך פסה"ד שולח סיגנל חמור למשטרה בנוגע למה שמותר ומה שאסור להם לעשות ומה התוצאה הצפויה במקרה של מעשים פסולים. **לדעת המרצה גם למשמעות ההצהרתית יש השלכות**.

* בעקבות פס"ד שונו ההנחיות לגמרי לגבי מדובבים וכיום הם לא יודעים **כלום** לפני שהם נכנסים לתאו של המדובב.

פס"ד מ"י נ' פרחי- במסגרת חקירת רצח של עו"ד ענת פלינר, ששודד דפק בדלת ביתה, נבהל ודקר אותה למוות. המשטרה נקלעה למבוי סתום במהשלך שנים בחקירת הרצח הזה. לכן, היא התחילה לאסוף DNA ממתנדבים ע"מ להרחיב את המאגר תוך הבטחה כי לא ייעשה בכך שימוש לרעתם מעבר לחקירת הרצח. יצוין גם שס' 14א לחוק סדר הדין הפלילי (חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי) [חוק מאוד מפורט היות והוא עוסק בפגיעה בזכויות]- מדבר על הגבלת השימוש במה שאדם שאינו חשוד נתן וקובע כי לא תיערך השוואה מנתונים שהופקו בחיפוש לבין נתוני זיהוי במאגר (לא עושים הצלבה עם המידע הזה) **אלא לצורך העבירה (המטרה) הספציפית שלשמה נועד החיפוש**.

אגב החקירה, קצינת המשטרה עלתה על כך שה-DNA של פרחי (שלא נחשד בתור הרוצח) זהה ל-DNA של אנס סדרתי שחיפשו במשך שנים. לכן, עצרו אותו, ביקשו ממנו דגימת DNA והוא סירב, אז נתנו לו לעשן סיגריה ומשם לקחו דגימה של DNA שגם תאמה לאותו אנס סדרתי ומבצע מעשים מגונים רבים (התחבולה עם הסיגריה היא כן חוקית כשלעצמה).

פרחי לא שיתף פעולה עם החוקרים ושמר על זכות השתיקה אך איכון הטלפון הנייד שלו תאם את המקומות שבהם היו מעשי הפשע. לכן, פרחי הועמד לדין במחוזי וכבר בשלב המעצר עד תום ההליכים הוא טען לפסלות ה-DNA בשל הלכת יששכרוב, בגלל שזוהי ראיה שהתקבלה שלא כדין.

האם יש לפסול את ה-DNA השני (מהסיגריה)-הראיה הנגזרת?

ביהמ"ש צריך להחליט לפי כלל הפסילה החוקתי של הלכת יששכרוב האם ניתן להשתמש בראיה או לא.

ביהמ"ש המחוזי הסכים ליישם את ההלכה **אבל קבע ששיקולים שונים דווקא מובילים שלא לפסול את הדגימה**. מהם השיקולים? הקצינה פעלה בתו"ל ולא בזדון, DNA נחשב לראיה עצמאית ובמאזן השיקולים בין הצורך באכיפת הדין לבין פגיעה בזכויות שלו- ההרשעה גוברת (בגלל חומרת העבירה).

לגבי ס' 14א- נקבע שהוא לא עוסק בקבילות ראיה אלא קובע מהו הדין. אם החוק לא אומר שהראיה לא קבילה הדרך היחידה לפוסלה היא הלכת יששכרוב ולא סעיף החוק.

לכן, פרחי מורשע במחוזי ומקבל 25 שנות מאסר.

פרחי מערער לעליון ושם יש מהלך מעניין של **השופט לוי** שמרחיב את הלכת יששכרוב גם לראיות נגזרות.

**ראיות נגזרות**- ראיות שהגיעו מפירות העץ המורעל- יש לנו את העץ עצמו ואת הפרי המורעל: הדנ"א הראשון, אבל מהפרי הזה יש לנו ראיות נגזרות: חוסר שת"פ, איכון טלפון והדנ"א השני.

לדעת **השו' לוי**: הפגם חמור עקב הפרת הזכות להליך הוגן והזכות לפרטיות ולכן יש לפסול את הראיה שניתנה בהתנדבות. לגבי הראיות האחרות, הנגזרות, הוא אומר כי צריך להחליט **מהו המבחן המשפטי** לפסילתן כי הן לא היו נולדות ללא הדגימה הראשונה.

קש"ס עובדתי מתקיים- זולת ההסכמה למסור את דגימת הרוק הוא לא היה נחשד בביצוע עבירות המין. מבחן האלמלא.

לוי טוען כי המבחן הוא **מבחן של סיבתיות משפטית** (קש"ס משפטי)- האם השופט סבור שיש מספיק בסיס לראיה בפני עצמה? כך ששיקול הדעת השיפוטי הוא שיקבע האם יש ניתוק מספיק של הקשר הסיבתי בין שתי הראיות – המקורית והנגזרת – עד כדי שנגיד שהראיה הנגזרת לא צריכה להיפסל כי היא עומדת בפני עצמה: האם הקשר הסיבתי המשפטי הוא הדוק ותומך בפסילת הראיה הנגזרת או שהוא נותק?

**השו' לוי** בפסה"ד:

"כדי שראיה נגזרת תפסל מלשמש במשפט, על המערער הנטל להוכיח כי בדומה לראיה הראשית שנפסלה, קבלת הראיה הנגזרת תוביל לפגיעה מהותית שאיננה מידתית בזכותו להליך הוגן. **אמות המבחן** לכך יהיו אותם שיקולים המשמשים את הראיה הראשית בשינויים המתאימים. בתוך כך יש להביא בחשבון את אופייה הייחודי של הראיה הנגזרת, הבא לידי ביטוי בזיקה המתחייבת בינה ובין הראיה הראשית."

כאן לוי קובע שה-DNA השני כל כך דומה לראשון כך שזו כמעט ראיה זהה ולכן היא נפסלת. לעומת זאת, **שאר הראיות הנגזרות** כדוגמת שתיקתו של פרחי, הסירוב לתת דגימה נוספת, ההתנגדות לחקירה, איכון הטלפון ועוד **לא נפסלות ולכן עונש המאסר נשאר על כנו**. לכן, בדעת רוב הוא אומנם פוסל את ה-DNA אך הוא משאיר את גזר הדין של המחוזי בתוקף.

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

המלומד בועז סנג'רו- כתב על דברי **השופט לוי**: "החור השחור בפס"ד": נפסק שאפשר לאשרר את ההרשעה גם ללא ה-DNA על בסיס חוסר שת"פ ואיכון הטלפון. לא מרשיעים במקרי אונס רק על בסיס ראיות נסיבתיות. השופט יודע שזה הוא בוודאות והעובדה שיש ראיה פורנזית כזו מקלה את ההרשעה רק שזה לא נקי לגמרי מבעיות.

לדעתו, זה פס"ד חשוב מבחינת **הרחבת הלכת יששכרוב לראיות נגזרות**- **אפשר לפסול דברים שנגזרו מהראיה הראשונה**. עם זאת, התוצאה הסופית בכ"ז קצת מוזרה.

* סנג'רו אומר במפורש- עד שלא יזוכה רוצח או אנס בשל פגם בהליך, ההלכות לא יועילו.

**השו' חיות** בפסה"ד מסכימה להרחבת הלכת יששכרוב לראיות נגזרות אבל קשה לה עם ההבחנה בין הראיות הרגילות לנגזרות, הרי כל הראיות הגיעו כתוצאה מהראיה הפסולה: היא טענה כי **פסילת ראיה נגזרת תיבדק לפי איך שהיא תשפיע על מלאכת הצדק**- יש לבחון האם המשפט הוא הוגן? היא כוללת בפנים את זכויות הקורבנות ולכן מבחינתה דווקא אין טעם לעשות הבחנות בין ה-DNA השני לאיכון הטלפון (גישת לוי) ואין לפסול אף אחת מהראיות. לכן חיות מרשיעה על בסיס על הראיות הנגזרות ולכן הוא נראה יותר משכנע.

* לדעת המרצה, פסה"ד של **השו' חיות** מאוד חשוב כי היא מתייחסת לקורבנות במשוואה של איזון הפסילה וכי הוא יותר משכנע. ההרשעה שלה מתבססת גם על ה-DNA השני באמירה מפורשת. זה "משחק מלוכלך" אבל קבלת הראיה הנגזרת הזו לא הופכת את המשפט ללא הוגן, all things considered, ולכן נקבל.

**הרחבות נוספות לפסילת ראייה:**

פס"ד אסף שי- **פסילת ההודאה הובילה להמרת עבירה עקב אי יכולת להוכיח יס"נ**.

בחור היה מעורב בתאונת דרכים והרג אדם. הוא זומן לחקירה חודשיים לאחר האירוע שם לא הודיעו לו על זכותו להיוועץ בעו"ד וגם לאחר שהוא ביקש עו"ד לא הפסיקו את החקירה ע"מ לאפשרו לו זאת. אסף שי טען ל**פגיעה בזכות ההיוועצות** שלו. היה צורך לקבוע האם הייתה הפרה של זכות יסוד. בעניין יששכרוב החוק הרלוונטי היה חוק השיפוט הצבאי, בחוק של אסף שי היה צריך לדון בחוק המעצרים- שני סעיפים:

ס' 32 לחוק המעצרים מדבר על מתן הודעה על הזכות להיוועץ, החובה ליידע על הזכות להיוועץ והוא מתייחס רק לעצור.

ס' 34 לחוק המעצרים מדבר על החובה לתת זכות להיוועץ ללא דיחוי שכן הוא מדבר רק על עצורים.

האם סעיפים אלו חלים גם על נחקר שלא עצור? הסעיפים בחוק המעצרים מדברים רק על עצורים ואסף שי לא היה עצור אלא רק נחקר. **האם זכות ההיוועצות חלה על נחקר חשוד לא עצור?** ביששכרוב זה לא הוכרע כי החוק הרלוונטי היה החש"צ שמחיל את הסעיף גם על נחקר שאינו עצור ולכן בייניש השאירה זאת בצ"ע. כאן, מנגד, כבר היה צריך להכריע בזה.

ביהמ"ש לא הכריע לגבי חובת היידוע לנחקר שאינו עצור (ס' 32) אבל קבע כי ס' 34 (הזכות להיוועץ ללא דיחוי) חל גם על נחקרים שאינם עצורים. היינו, זו **הרחבה** של סעיף החוק לגבי נחקר שאינו עצור.

**הרחבה נוספת**: עד פס"ד זה היה מקובל שכאשר אדם מבקש להיוועץ עם עו"ד אפשר להמשיך את החקירה עד שעו"ד היה מגיע. בפס"ד זה ביהמ"ש קובע כי כאשר עוה"ד עתיד להגיע בתוך זמן סביר יש להפסיק את החקירה. יתרה מכך, בחקירות שאינן דחופות יש לחכות גם אם אין מדובר בזמן סביר כדי לאפשר היוועצות עם עו"ד (גם אם עו"ד אפילו לא בדרך).

במקרה הזה היה ברור שלא מדובר בעניין דחוף שכן הוא נחקר רק חודשיים לאחר התאונה. ולפי כלל הפסיקה החוקתי ביהמ"ש צריך לפסול את ההודאה.

לכן, ביהמ"ש פוסל את ההודאה. **פסילת ההודאה גרמה לכך שלא היה ניתן להוכיח את היסוד הנפשי של הריגה בפזיזות, ולכן הוא הורשע בגרם מוות ברשלנות**. לשיטת ביהמ"ש הייתה פה פגיעה מאוד קשה בזכות ההיוועצות של הנחקר.

* בפסקי הדין הקודמים התוצאה הייתה זיכוי ופה זה לא ככה.

שאלת נפגעי העבירה: למרצה קשה מאוד עם העניין של יששכרוב ונפגעי עבירה- שלא מתחשבים בהם בשיקולים.

בפס"ד אסף שי **השו' רובינשטיין** כן מזכיר את קורבנות העבירה ואומר כי לא מדובר בזיכוי אלא בהרשעה בעבירה פחותה יותר, אולם, נפגעי עבירה מוגדרים גם כמשפחות של אנשים שנהרגו ולהם מאוד משמעותי אם האדם יורשע בהריגה או בגרימת מוות ברשלנות כי מבחינתם זה בכלל רצח. אך הוא אומר שהוא מתנחם בכך שהוא לא מזכה את אסף שי, אלא ממיר את ההרשעה שלו מהריגה לגרם מוות.

לא נלמד ב2016:

פס"ד אסרף עשור מיולי 2015: פס"ד חדש של ברק ארז, השתתפות בארגון טרור.

העליון דחה ערעור של נאשמים שהורשעו בעבירות של ניהול ומימון זרוע החמאס במזרח ירושלים. אגב כך, **השופטת ברק ארז** נדרשה לדון בטענות שקשורות במניעת היוועצות ובקבילות הודאה של אחד המערערים על בסיס ס' 12 לפקודת הראיות ועל בסיס דוק' הפסילה הפסיקתית, בטענה שנמנעה ממנו שינה ושתנאי הכליאה היו קשים ולכן ההודאה פסולה.

* הודאה חופשית ומרצון: השופטת רמזה אולי על העניין של מניעת השינה אך לדידה ההודאה הייתה חופשית ולכן היא **לא פוסלת אותה מכוח ס' 12**.

**גם מכוח כלל הפסילה הפסיקתית זה לא נפסל** - בנסיבות העניין לא הוכח בסיס לתנאי כליאה קשים ואומנם עצור לא יכול להוכיח בעצמו אבל אם הוא טוען כך, עליו ליזום הבאת עדויות שיתנו תשתית ראשונית לכך. במקרה הזה לא היה שום בסיס לגבי תנאי הכליאה.

* מניעת ההיוועצות: ס' 35 לחסד"פ מאפשר בעבירות בטחוניות למנוע היוועצות עם עורך דין.

פסה"ד מראה את האופן הרציני שבו ביהמ"ש מתייחס לטענות האלה. השו' מקדישה פסקאות רבות לנושא של טענות פסילה. יש פה ניתוח של ההלכה ביששכרוב מתוך הנחה שס' 12 לא מגן רק על שלמות הגוף והנפש אלא גם על האוטונומיה ובמקרה אחר בעתיד ההודאה עשויה להיפסל.

**הרחבת הלכת יששכרוב גם לראיות נגזרות**

פס"ד שבו לא נפסלה הראיה הנגזרת, אך השופטים מאותתים למשטרה לגבי התנהגות ראויה:

פרשת ולס- חרדי הורשע בביהמ"ש המחוזי בהריגת ילדו בן ה-3 חודשים על בסיס הודאות שהוא נתן. הוא טען בטענה המרכזית כי החוקרת השפיעה עליו- עצם חקירה ע"י אישה והימצאות עם אישה בחדר אחד סגור, ושהיא נגעה לו בכתף ולכן יש לפסול את ההודאה מכוח ס' 12 לפקודת הראיות וכן מכוח הלכת יששכרוב כי החקירה היתה פסולה ונגעה בנפשו ובאוטונומיה שלו (הרי היא שוטרת ממין נקבה) וכן הוא טען שלא נתנו לו להיוועץ עם עו"ד.

הטענה לא התקבלה: ביהמ"ש כן מקבל כי הייתה פה פגיעה בכבוד ויש לתת רגישות לנחקרים (החוקרת פעלה בתו"ל) ולכבד אוכלוסיות מיוחדות, אך לא רואה זאת כפגם בראיה- אין פה פגיעה ביכולת של האדם לתת הודאה. ביהמ"ש אומר כי המשטרה צריכה לגלות רגישות למגוון האנושי ולכן חקירה של אדם חרדי צריכה להיעשות ככל האפשר ע"י גבר. אולם, הניתוח שלאחר מות התינוק אימת את הדברים שהוא אמר בהודאה ולא היה חשש לאמיתות ההודאה- זה תאם ולכן ההודאה לא נפסלה. **השו' מלצר בדעת מיעוט** חשב שיש להפחית מעונשו שנה מאסר בגלל הפגיעה בזכות ההיוועצות שלו.

**למבחן**: אם תהיה ראיה אובייקטיבית חוץ מהראיה הנגזרת (שיש בה פגם), תמיד יפסלו את הנגזרת, אבל כשאי אפשר להרשיע בלעדיה - פה נכנס שיקול ההליך ההוגן וזה תלוי כמה ביהמ"ש רוצה להרשיע. לא דין מקרה של סמים קלים למקרה של אונס למשל.

לקרוא לשיעור הבא: ד"נ שמש, פס"ד בן חיים

הרצאה 4 – 12.11.17

**הרחבה מסוימת של הלכת יששכרוב באמרת אגב- זכות היידוע על הזכות לסנגור ציבורי**

פס"ד לין- מה קורה כאשר הודיעו לאדם שזכותו להיוועץ בעו"ד, אך לא הודיעו לו שזכותו לקבל סנגור ציבורי? (לא לכולם יש זכות לקבל סנגור ציבורי) מדובר על מקרה של עובד זר שהורשע ברצח של חברתו וביתור הגופה. הוא הודה ושיחזר את הרצח מספר פעמים. הייתה לו טענה שלא הודיעו לו על זכותו לסנגור ציבורי אלא הודיעו לו על הזכות להיוועץ בעו"ד באופן כללי וטען שרק בגלל העובדה שלא היה לו כסף לסנגור רגיל הוא לא ביקש עו"ד. לכן, לדידו הודאתו צריכה להיפסל בשל כך.

**השו' רובינשטיין מקבל את הטענה הזו**- אומר באמרת אגב כי כדי שיידוע על זכות ההיוועצות יהיה אפקטיבי, עליו לכלול הודעה על הזכות לסנגור ציבורי ושבמקרים מסוימים העיתוי של ההודאה יהיה משמעותי. אולם, במקרה זה לין הודה מס' פעמים, גם לאחר שהיה לו סנגור ולכן לא הייתה משמעות מבחינת קבילות ההודאה. היה גם חומר חקירה נוסף חוץ ההודאה שלו ללא סנגור. **רובינשטיין** אומר כי במקרה אחר יתכן כי נפסול את ההודאה. כך למשל, אם הוא היה מודה לפני הסנגור, אך אחרי ייצוג הוא היה חוזר בו, אולי ההודאה הייתה כן נפסלת.

* תיאורטית ההרחבה תיתכן אך היא לא התקבלה במקרה הקונקרטי.

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

פס"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 בנתניה ולכן הוא לא נחקר ע"מ להשיג הודאה על מה שעשה, אלא כדי למנוע את הפיגוע הבא וזאת מכיוון שתפסו את החוליה המסוימת והיה מודיעין לגבי כך שהיא מתכננת פיגועים נוספים (בחקירה השתמשו באמצעי לחץ מיוחדים כמו מניעת שינה וכו'. אלו אמצעי חקירה שאסורים בחקירה רגילה אך מותרים בחקירה ע"פ נוהל של "פצצה מתקתקת"). טענת עורך הדין- הגנת הצורך של חוקרי השב"כ לחוד והלכת יששכרוב לחוד- ז"א, הוא ניסה לטעון שגם אם החקירה מוצדקת בשל אילוצי השעה (ואז אין להעניש את החוקרים לגבי האמצעים שבהם השתמשו בשל הגנת הצורך), עדיין אפשר להפעיל את הלכת יששכרוב רק לעניין ההודאה (שתיפסל).

הבנאדם הורשע ברצח בעקבות הודאה שניתנה בעקבות אמצעים פסולים שקרו.

ביהמ"ש קובע באופן עקרוני שזה אפשרי- יש להבדיל בין החקירות של השב"כ לבין הלכת יששכרוב. יש אפשרות לבצע הבחנה בין הלכת יששכרוב לבין הגנת הצורך שיש לחוקרי השבכ.

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

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

הרחבה נוספת של הלכת יששכרוב - חיפוש ראיות חפציות ופסילתן

פס"ד בן חיים- מדובר על פס"ד של קבילות ראיות חפציות שנעשו בחיפושים:

עד עכשיו דיברנו על נושאים הודאות וכו', וכאן בפעם 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 במקרה ששאין צו חיפוש צריך שיתקיים חשד סביר- מכוח ס' 25 ו-29 בפסד"פ:

חיפוש שלא על פי צו חיפוש

25. "שוטר רשאי, בלא צו חיפוש, להיכנס ולחפש בכל בית או מקום אם –

(1) יש לשוטר יסוד להניח שמבצעים שם פשע, או שפשע בוצע שם זה מקרוב;"

חיפוש באדם

29. "נמצא אדם בבית או במקום שמחפשים בו או בקרבתו, ויש יסוד סביר לחשוד שהוא מסתיר אצלו חפץ שמחפשים, או שרשאים לחפש אחריו – מותר לחפש על גופו..."

פס"ד זה הוא איחוד של שלושה מקרים:

1. אדם הלך ברחוב, שוטרים בסיור ביקשו ממנו לראות מה יש לו בכיסים ללא חשד ומצאו אצלו סכין, ואז הוא הועמד לדין על החזקת סכין.
2. באו לבית החשוד, ביקשו מאמו לערוך חיפוש ללא צו כשהחשוד לא היה בבית והיא הסכימה ומצאו סמים. הוא הואשם בהחזקת סמים.
3. בעקבות מידע מודיעיני נכנסו לבית של מישהו וערכו חיפוש ונמצאו שם סמים. החיפוש נעשה ללא צו שיפוטי אך לאחר מידע מודיעיני.

השאלה המשפטית: האם הסכמה יכולה להחליף לחשד סביר?

בייניש- הסכמה לחיפוש יכולה להחליף את הצורך בחשד הסביר לחיפוש, רק בתנאי שהיא תהיה הסכמה מדעת, כלומר, רק כשאומרים לאדם שיש לו את האפשרות לסרב ושהסירוב לא ישמש נגדו.

בשני המקרים הראשונים- בייניש אומרת שלא היה חשד סביר ושההסכמה לא הייתה מדעת כי לא אמרו לאותו אדם שהוא יכול לסרב להוציא מה שיש לו בכיס ולא אמרו לאם שהיא יכולה לסרב לחיפוש. התוצאה- הסכין והסמים שנתפסו לא קבילים ונפסלו כראיה כתוצאה מהלכת יששכרוב.

במקרה השלישי של המידע המודיעיני נקבע כי המידע המודיעיני כן מקיים את החשד הסביר ולכן הראיות לא נפסלו.

* בעקבות פס"ד, יש שינוי לחלוטין בכל הנושא של חיפושים במשטרה, **היום הנוהל במשטרה הוא שאין חיפושים בהסכמה- צריך צו חיפוש או חשד סביר** ורק כשמדובר במקרים מאוד מיוחדים - שאין להם תשובה בחקיקה, לדוגמא: נגיד שמעכבים אדם, וכשאני מעכב אותו אני לוקח אותו להיחקר- אין הוראה בחקיקה של חיפוש אגב עיכוב- לפי נוהל המשטרה כרגע, אפשר לבקש את הסכמתו לחיפוש. אבל הדיפולט הוא לא לעשות חיפושים בהסכמה כתוצאה מפס"ד הזה, אלא במקרים מאוד מיוחדים בהם אין חקיקה.

**ניסיון כושל להרחיב את הלכת יששכרוב להליכים שלפני הגשת כתב אישום**

פס"ד מ"י נ' שמש- מדובר ברשות ערעור פלילי, השאלה המשפטית: **האם ראוי להפעיל את דוקטרנית הפסילה החוקתית (הלכת יששכרוב) גם בשלב של לפני הגשת כתב האישום?**

רכבת ישראל ביצעה ועדת חקירה פנימית בעקבות תאונות. עובדי הרכבת העידו ללא אזהרה או זכות היוועצות ומתוך מחשבה שהמידע לא יעבור למשטרה. בהמשך המשטרה ביקשה מהרכבת את ההודאות מהחקירה וזאת ע"מ לשקול אם להגיש כתבי אישום.

עוה"ד של הרכבת טענו כי **יש להפעיל את דוקטרינת הפסילה באופן שתמנע את העברת הראיות למשטרה**. הסעיף הרלוונטי הוא ס' 43 לפסד"פ שמכוחו המשטרה יכולה לבקש ראיות- לבקש מבית המשפט להורות למישהו להביא ראייה.

עובדי הרכבת טענו שאין לתת את העדויות האלה שניתנו במסגרת של חקירה פנימית בלי אזהרה- ז"א שלא אמרו שהם חשודים ולא אמרו שזה ישמש נגדם בהמשך בפוטנציאל. בנוסף כשהם העידו לא ניתנה להם זכות היוועצות וכו' הם בסה"כ העידו בתוך ועדה פנימית, הם לא היו מודעים לכך שזה יכול להתגלגל כנגדן!

השאלה המשפטית: **האם אפשר להקדים את הלכת הפסלות של יששכרוב לשלבים מוקדמים יותר** (קבלה של ראיה שהושגה מראש לצורך חקירה פנימית)?

* בהליך הקודם וגם בדעת מיעוט בהליך זה הטענה זוכה לאהדה **מהשו' דנציגר**- הוא חושב שיש טעמים טובים שצריך להרחיב את הלכת יששכרוב להליכים הקודמים למשפט משיקולי יעילות ("הזכות להליך הוגן, כזכות חוקתית, חלה בכל שלבי ההליך הפלילי, כולל שלב החקירה המשטרתית"). הוא טוען שזה יכול למנוע העמדה לדין כשאין די ראיות ובכך לחסוך ניהול של הליך משפטי. לטענתו, הכרעה בשלב המקדמי יכולה למנוע את הגשת כתב האישום.

בנוסף, המחוקק הכיר בצורך לבדוק את הגינות ההליך לפני הגשת כ"א, כך למשל בטענה המקדמית של "בהגנה מן הצדק" [ס' 149(10) לחסד"פ] למחוקק חשובה ההגינות גם לפני ההליך הפלילי. הנאשם יכול לטעון שעצם הגשת כתב האישום היא לא צודקת. הוא גם מדבר על האפקט המצנן, שאנשים לא ישתפו פעולה- שיתוף הפעולה בועדות פנימיות יפגע. **ביישום הקונקרטי דנציגר פוסל את ההודאות ואומר כי הן חסויות**.לטענתו יש מספיק ראיות גם ללא ההודאות האלה.

* **רובינשטיין** הצטרף לתוצאה בנימוק אחר – נמנע העברת המסמכים מכוח חובת ההגינות.

מתקיים ד"נ בעליון: בייניש הופכת את ההחלטה של דנציגר: לטענתה, השופט שיושב בהליך צריך לראות את התמונה בכללותה. צריך לתת לכל הראיות להגיע להליך עצמו. כשבהליך עצמו יטענו הטענות שברוח יששכרוב.

* **בייניש** מתנגדת להרחבה ואומרת כי נכון שיעברו ההודאותכדי למנוע פגיעה עתידית בערך מוגן (טוהר ההליך השיפוטי כולו)– הרי טרם הוחלט אם המשטרה תשתמש בראיות או לא, אין עדיין הליך פלילי וצריך וראוי שהכל יהיה בידי המשטרה. אם וכאשר יוגש כ"א ויהיה הליך - יהיה אפשר לטעון לפסילה של הראיות ולעשות את האיזון במסגרת המשפט עצמו. כ"כ למה? **כי רק שם יש לש' את כל התמונה העובדתית ואל לנו למנוע מראש את המידע ממנו**.
* זהו פסק דין שמדגים התנגדות להרחבת ההלכה לתקופה שקודמת להליך הפלילי עצמו.

# 3. החקירה המשטרתית וזכויות החשוד (חלק ב' בסילבוס)

## 3.1 פתיחת ההליך הפלילי: תלונה וחקירה משטרתית

החקירה- השלב הראשון בהליך הפלילי הוא החקירה. הגוף החוקר אמור לברר את העובדות ולאסוף ראיות. הגוף החוקר העיקרי במ"י הוא המשטרה ובו אנחנו נתמקד (מכוח ס' 3 לפק' המשטרה), אבל קיימים גופי חקירה נוספים כמו: השב"כ, פקחי מיסים, פקחי משרד הפנים ועוד.

אחד האמצעים הנפוץ ביותר הוא: התשאול, אולם חקירה כוללת את כל אמצעי החקירה וביניהם עיכובים, מעצרים, מעקבים, חיפושים במקום או בגוף, תצפיות, האזנות סתר, מודיעין ועוד. לרוב (ובטעות) משתמשים במילה חקירה בצורה מצומצמת המתייחסת לתשאול, אך זהו רק אחד מאמצעי החקירה הקיימים.

פתיחת חקירה

**פתיחת חקירה- ס' 59 לחסד"פ**

נודע למשטרה

בתלונה **או**

בדרך אחרת

חקירת המשטרה

59. נודע למשטרה על ביצוע עבירה, אם על פי תלונה ואם בכל דרך אחרת, תפתח בחקירה; 🡨הסעיף קובע כי אם נודע למשטרה על ביצוע עבירה, בין בתלונה ובין בדרך אחרת, היא תפתח בחקירה.

תלונה- לפי ס' 58: כל אדם רשאי להגיש תלונה על עבירה שבוצעה. כלומר, לא רק הנפגע יכול להתלונן.

שיטה נוספת: "כל דרך אחרת"- יכולה להיות שוטר שנקלע לזירת האירוע, אדם שנתן מידע מודיעיני ועוד, תחקיר עיתונאי, כתבה בעיתון וכו'.

מס' 59 עולה כי חובת החקירה היא על המשטרה ובהמשך הסעיפים מופיעים חריגים: רק עבירה שאינה פשע, אם:

(1) אין עניין לציבור, או;

(2) הייתה רשות אחרת מוסמכת ע"פ דין לחקור,

🡨 קצין משטרה בדרגת פקד ומעלה יכול לסרב לחקור משני הטעמים ורק בעבירות מסוג חטא/עוון.

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

מלשון הסעיף עולה, לכאורה, שהמשטרה חייבת לחקור כל עבירת פשע, אך זה לא מדויק.

בג"ץ 1113/07 ניסים צדוק נ' ראש אחם- רצו לחקור את רפי גינת בעקבות תחקיר בכלבוטק בנושא של הטרדות מיניות כלפי נשים מצד ראש לשכת התעסוקה במקום מסוים. כלבוטק שלחו תחקירנית שגם אותה הוא הטריד ובעקבות כך נפתחה חקירה פלילית והוגש כתב אישום נגד ראש הלשכה והוא מצידו הגיש תלונה במשטרה כנגד עורכי התכנית ואת רפי גינת בטענה שהם משבשים הליכי חקירה כי סירבו לתת לו את הקלטות הרלוונטיות שצילמו אותו בתחקיר כחלק מההליך הפלילי שמתנהל נגדו, ושיבוש הליכים זוהי עבירת פשע. בנוסף, התלונן על התחקירנית שלצורך התחקיר שיקרה במשרד הפנים כדי לשנות את כתובת מגוריה לעיר שבה הוא עבד, שזוהי גם עבירת פשע. הוא בעצם התלונן תלונות שהמהות שלהם פשע. למרות תלונתו, המשטרה החליטה לא לחקור. ערר שהוגש לפרקליטות נדחה גם כן. במצב כזה, הדרך היחידה לתקוף היא בג"ץ.

הוא עתר לבג"צ, שם נקבע שיש הרבה תלונות סרק ולכן לא בכל פעם שמישהו טוען שאחר ביצע פשע על המשטרה לפתוח בחקירה. אם משהו מופרך לחלוטין אזי המשטרה לא חייבת לחקור. כלומר, למשטרה יש בכל זאת שיקול דעת כאשר מדובר במשהו מופרך לחלוטין שאין אינדיקציה לאמיתותו.

סגירת תיק חקירה

הודעה על החלטה שלא לחקור או להעמיד לדין

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

**תיק חקירה נסגר?**

ערר

(ס' 64 לחסד"פ)

עתירה

לבג"ץ

מה מתלונן יכול לעשות עם סגירת תיק חקירה?

* ערר- אם המשטרה מחליטה שלא לחקור, ס' 64 לחסד"פ מאפשר למתלונן להגיש ערר וקובע לאיזה גורם יש להגיש את הערר בכל סוג של החלטה. ס' 65 קובע שהמועד להגשת הערר הוא תוך 30 יום לאחר שנמסרה למתלונן הודעה.
* בג"ץ- מעבר לערר, הדרך היחידה של המתלונן היא פנייה לבג"ץ שמתערב רק לעיתים נדירות מאוד בהחלטות של רשויות האכיפה (=הפרקליטות). הסיבה היא שכל הנושא של חקירות והעמדה לדין הוא נושא עם הרבה שק"ד מקצועי של רשות האכיפה.

בג"ץ שפטל נ' היועמ"ש- מקרה בו בג"ץ התערב. עו"ד שפטל, שייצג את דמיאניוק, הגיש תלונה נגד העיתונאי נוח קליגר שהיה ניצול שואה, שבמהלך פרשת דימאניוק כתב סדרת כתבות בעיתון בהן כתב שדמיאניוק הוא איוון האיום. שפטל הגיש תלונה למשטרה טענתו של שפטל היתה כי העיתונאי עבר על עבירת הסוביודיצה בניסיונו להשפיע על ההליך השיפוטי.

סוביודיצה (מלטינית: sub judice)- מדובר בעבירה המופיעה בס' 71 לחוק בתי המשפט:

עבירת הסוביודיצה- מניעת פגיעה בהליך פלילי

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

🡨 מדובר על מקרים של תיק שנמצא בדיון בביהמ"ש, בטרם קבעו השופטים את פסה"ד. ע"פ עיקרון הסוביודיצה, אסור לכלי תקשורת לחוות דעה או לדווח על הליך משפטי תלוי ועומד לפני שנפסק הדין.

המשטרה סגרה את התיק והחליטה שהיא לא חוקרת, כאשר השיקול הוא שהעיתונאי הוא ניצול שואה ולכן רצו להתחשב בו. גם ערר ליועמ"ש נדחה בנימוק זה. שפטל פונה לבג"ץ, בג"ץ כן מתערב, ואומר שאין רלוונטיות לכך שהוא ניצול שואה ושכן היה צריך לחקור- בג"צ קבע כי השיקול ששקלו רשויות האכיפה על כך שהעיתונאי הוא ניצול שואה הוא שיקול לא ענייני ולכן ביהמ"ש הורה ליועמ"ש להורות למשטרה לערוך חקירה.

מעורבות התביעה בחקירה- הקשר שבין הגוף החוקר לגוף התובע

יש פרקטיקות נהוגות רבות במהלך החקירה שאינן קבועות בחוק אלא התפתחו עם השנים.

אחת הפרקטיקות היא- שיתוף התביעה בחקירה.

לכאורה, החקירה שנעשית ע"י הגוף החוקר מנותקת מההעמדה לדין (ע"י התביעה), וזה נראה כאילו מדובר בשני שלבים שונים שאין קשר בניהם, אך בפועל יש ביניהם קשר:

* הרבה תיקים נידונים בתביעה המשטרתית ואז למעשה מדובר באותו גוף. התביעה והחקירה הן מחלקות נפרדות במשטרה, אך עדיין זה אותו גוף ויכול להיות קשר בין השתיים.
* גם כאשר מדובר על הפרקליטות- התובעים מנחים את המשטרה בדברים רגישים ואף בהחלטה לפתוח חקירה ובניהולה.

מה מקור הסמכות של התביעה להנחות את המשטרה?

הסמכות לא מופיעה במפורש בחוק אבל ניתן להקיש אותה ממקורות אחרים- מסעיפים אחרים בחוק:

1. הערר (ס' 64 לחסד"פ)- אם על סגירת חקירה במשטרה המתלונן יכול לערור לפרקטיות (שיפתחו שוב את החקירה), והפרקליטות יכולה לשנות את ההחלטה, אז אין סיבה שגם מראש היא לא תוכל להורות למשטרה לפתוח בחקירה.
2. השלמת חקירה (ס' 61 לחסד"פ)- גם אחרי שמועבר חומר חקירה מהרשות החוקרת לרשות התובעת, לפרקליטות יש אפשרות לבקש השלמת חקירה. מכאן, אם התביעה יכולה לתת הוראות במועד מאוחר יותר, קל וחומר שתוכל לעשות זאת גם בשלב מוקדם יותר.
3. מעמד היועמ"ש (מהפסיקה)- בסדרת החלטות של ביהמ"ש, התחזק לאורך השנים מעמד היועמ"ש כמי שאחראי על כל רשויות האכיפה- הוא ראש וראשון לכל גורמי האכיפה בישראל. באחד מפסה"ד אף נקבע שהפצ"ר כפוף מבחינת מדיניות עקרונית ליועמ"ש. לכן ברור שהיועמ"ש, ראש כל מערכת האכיפה, יכול לתת הוראות למשטרה.

מוסד "הבדיקה המקדימה"

זוהי "חקירת ביניים" שלא כתובה בחוק אלא פרקטיקה שהתפתחה- בדיקה משטרתית/בדיקה פרקליטותית.

על פי הנחיית היועמ"ש- מדובר במצבים בהם היועמ"ש מורה שלא לפתוח בתיק חקירה, אלא לפני החקירה מבצעים בדיקה מקדימה האם בכלל לחקור, כאשר המטרה היא למנוע נזק לחשודים. משנפתחת חקירה נפתח תיק פלילי ואילו בדיקה מקדימה היא הליך לא פורמאלי כאשר עדיין אין תיקים או חשודים. הפסיקה נתנה לגיטימציה לעצם הליך כזה וכן לשיקול דעתו של היועמ"ש מתי לפתוח בבדיקות ומה תכלול הבדיקה.

הכלי הזה אותגר פעם בבג"צ:

בג"ץ 3993/01 התנועה לאיכות השלטון נגד היועמ"ש- התנועה לאיכות השלטון הגישה תלונה נגד יו"ר הרשות לניירות ערך והיועמ"ש החליט שהוא פותח בבדיקה מקדימה שבמסגרתה תשאלו אנשים ואספו מסמכים ברשות. בעקבות הבדיקה הוחלט שלא לפתוח בחקירה ואז התנועה לאיכות השלטון כעסה וטענה שלפרקליטות אין סמכות לבצע כאלה פעולות שהן כעין ביצוע חקירה- לאסוף מסמכים ולשמוע אנשים- מה זה הדבר הזה? כל ההליך הזה מתאים להליך של חקירת משטרה! ולא של בדיקה!!

ביהמ"ש נתן לגיטימציה לכלי כזה שבו היועמ"ש עורך בדיקה מקדימה על מנת להכריע האם בכלל תיפתח חקירה. מעבר לזה, ביהמ"ש קבע שלא ניתן לקבוע קריטריונים שיקבעו מתי תיערך בדיקה אבל הקו המנחה הוא שככל שמדובר בעבירות חמורות יותר ושיש אי ודאות רבה ביחס לבסיס העובדתי או המשפטי אז צריך לקיים בדיקה מחשש לתלונות סרק.

לדעת ביהמ"ש, הבדיקה לא צריכה להיות לפי מיהות הנילון (את מי אנחנו בודקים, על מי התלוננו), אלא על פי מהות העניין- ככל שיש אי ודאות גדולה יותר לגבי הבסיס העובדתי של הנושא- ככל שאנחנו מדברים על עבירות מורכבות ומצד שני על אי ודאות- כך אנחנו ניטה יותר לעשות בדיקה.

מבחינת היקף הבדיקה- ככל שמדובר בעבירה חמורה יותר או בחוסר וודאות חזק יותר כך היקף הבדיקה צריך להיות מעמיק יותר. אם הדבר "לא מחזיק מים" הבדיקה צריכה להיות עמוקה יותר.

* עושים שימוש בכלי זה אצל אנשי ציבור, למרות שההליך אינו ייחודי להם, אך הנזק מעצם החקירה עלול להיות עצום אצלם. לכן שומעים על זה בעיקר בהקשר הזה.
* פתיחת חקירה לאחר בדיקה מקדימה- כדי לפתוח בחקירה יש צורך בחשד- לכן אמנם אין קריטריונים למער בין בדיקה מקדימה לחקריה, אך בדר"כ כאשר לאחר הבדיקה יש חשד- אז היועמ"ש יורה על פתיחת חקירה.

התשאול (חקירה במובן הכי צר):

מקור הסמכות של השוטר/החוקר לשאול אדם שאלות נעוץ בס' 2(1) לפק' הפרוצדורה הפלילית (עדות) [זוהי פקודה מנדטורית ולכן הנטייה שלה היא לתת סמכות מאד רחבה לרשויות].

חקירת עדים ע"י קצין משטרה וכו'

2. (1) קצין משטרה בדרגת מפקח ומעלה, או כל קצין אחר או סוג אחר של קצינים המורשים בכתב, בדרך כלל או במיוחד, על ידי שר המשפטים, לערוך חקירות על ביצוע עבירות, רשאי לחקור בעל-פה כל אדם המכיר, לפי הסברה, את עובדותיה ונסיבותיה של כל עבירה, שעליה חוקר אותו קצין משטרה או אותו קצין מורשה אחר כנ"ל ורשאי הוא לרשום בכתב כל הודעה, שמוסרה אדם הנחקר כך.

הס' מקנה סמכות לקצין משטרה או לכל אדם ששר המשפטים הסמיך לחקור לשאול אדם שאלות. הפקודה מדברת על officer- כלומר פקיד/עובד ציבור ולא רק קצין ולכן שר המשפטים יכול להסמיך גם כל שוטר שאינו קצין או אפילו מי שאינו שוטר אלא עובד ציבור כלשהו. כל קצין משטרה מדרגת מפקח ומעלה- כל שוטר או כל עובד ציבור שהוסמך ע"י שר המשפטים יכול לשאול שאלות אנשים. זה בעצם המקור לתשאל עדים ולתשאל חשודים.

מה כוללת סמכות החקירה של תשאול?

בג"ץ הוועד הציבורי נגד עינויים נ' מ"י- זהו בג"ץ שתקף את סמכות השב"כ לחקור. פסה"ד ניתן לפני חוק השב"כ (משנת 2012) שמסדיר את סמכות חוקרי השב"כ בשוטף ובמסגרת החקירה- כיצד הוא רשאי לבצע את החקירות עצמן? עם כל העינויים שהוא מעביר את החשודים. הטענה של הוועד הייתה שחוקרי השב"כ פועלים ללא סמכות בחקירתם ומעבר לכך, גם אם יש לשב"כ סמכות לחקור, בוודאי שאין להם סמכות להשתמש באמצעים קשים בחקירות.

האם יש לשב"כ סמכות לחקור?

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

לדעת המרצה: מדובר בהרשאות וסמכות שניתנה לשב"כ בצורה רטרואקטיבית.

* כיום: לא קיימת הבעיה הזו כי ס' 8 לחוק השב"כ מעניק את הסמכות לחקור. פסק הדין חשוב מבחינה עקרונית כדי להראות שחקירה היא דבר פוגעני ושחייבת להיות סמכות בחוק לחקור.

מה כוללת סמכות החקירה?

ביהמ"ש מדגיש שחקירה לא יכולה לפגוע בשלמות הגוף והנפש ולכן מה שמוגדר כאמצעים ברוטאליים ועינויים אף פעם לא יהיה כשיר.

לגבי אמצעים שאינם עינויים אך הם לא נעימים (כיסוי עיניים, מניעת שינה וכולי)- ביהמ"ש אומר שזה תלוי ומותר רק לצורך חקירתי אינהרנטי. בשום פנים ואופן אי אפשר להשתמש באמצעי החקירה רק על מנת להחליש את התנגדות הנחקר וצריכה להיות תכלית ראויה לשימוש באמצעי "לא נעים". לא קושרים עיינים של אדם רק כדי שלא יהיה לו לא נעים- אלא רק כדי שלא יהיה לו קשר עין עם אדם אחר למשל; לא מונעים שינה מאדם ככה סתם אלא צריכה להיות סיבה- למשל שחייבים לחקור אותו מפאת זמן (חשש לביצוע פיגוע נוסף וכדו').

* חוק שירות הביטחון הכללי- נחקק בשנת 2002 ובו הסמכה לחקירות השב"כ וכן קריטריונים מדוייקים לחקירות השב"כ.

סמכויות כלליות של השירות

8. "(א) לצורך מילוי תפקידיו מוסמך השירות, באמצעות עובדיו -...

(3) לחקור חשודים וחשדות בקשר לביצוע עבירות או לערוך חקירות לשם מניעת עבירות..."

חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), תשס"ב-2002

נחקק בשנת 2000 ועוסק בהוראות שונות לגבי חקירה בנושאים: תיעוד החקירה, מקום החקירה, שפת החקירה.

כך למשל, ישנה חובת תיעוד חזותי או קולי בעבירות מסוימות, ישנה חובה ששפת החקירה תהיה שפה שהנחקר מבין, נדרש שמיקום החקירה יהיה בחדר במשטרה ועוד.

## 3.2 זכויות החשוד: הזכות לאי הפללה עצמית וזכות ההיוועצות

### 3.2.1 הזכות לאי הפללה עצמית [זכות רלוונטית לכל נחקר!]

זכות זו מופיעה בשלושה מקורות:

1. ס' 2(2) לפק' הפרוצדורה הפלילית (עדות)- כל אדם (לא משנה האם הוא עד או שהוא חשוד) שנחקר ע"י שוטר או אחר שמוסך לחקור אדם חייב לענות לכל שאלות החוקר, למעט שאלות שיש בתשובות להן כדי להעמידו בסכנת הפללה עצמית. בשיטה האדברסרית אדם לא חייב לספק לתביעה את הנתונים להפללתו וזה אחד מהרציונאלים לסעיף.
2. ס' 28(א) לחוק המעצרים- כשקצין ממונה מחליט על מעצר או על שחרור, הוא חייב להזהיר את החשוד שכל דבר שהוא אומר עלול להפלילו, הוא חייב להזהיר אותו שכל דבר שהוא אומר יכול לשמש ראיה כנגדו ולומר לו שהוא לא חייב לומר דבר שעשוי להפלילו (המקבילה לאזהרת מירנדה). הסעיף מתייחס לעצור.
3. ס' 47 לפקודת הראיות- כל אדם (לאו דווקא חשודים) לא חייב למסור ראיות ומסמכים שיש בהם הפללה עצמית.

זכות השתיקה [זכות רלוונטית לחשודים בלבד!]

הזכות לאי הפללה עצמית קיימת לגבי עדים וחשודים אך לחשודים קיימת גם זכות רחבה יותר שנקראת זכות השתיקה והמקור שלה הוא בתקנות שהתפתחו באנגליה ואוגדו בראשית המאה ה-20 בתקנות השופטים, שהתקבלו אצלנו בדבר המלך במועצתו. עפ"י התקנות הללו, כשנחקר חשוד- צריך לומר לו שיש לו זכות לשתוק אך צריך גם להסביר לו שהבחירה שלו לשתוק עשויה לשמש כראיה נגדו, השתיקה עשויה לחזק את הראיות נגדן.

הזכות לאי הפללה עצמית מול זכות השתיקה (=רחבה יותר)

את ההבדל בין זכויות החשוד לזכויות של עד אפשר להבהיר באמצעות רע"פ אלמליח- אדם נחשד בזיוף מסמך, הוא הוזהר לגבי אי הפללה עצמית ולמרות זאת בחר להשיב על חלק מהשאלות. כשנשאל על שמות של אנשים אחרים שמעורבים בתיק, הוא סרב למסור אותם ולכן הועמד לדין על הפרת חובה חקוקה מכוח ס' 2(2) לפקודת העדות שקובע את החובה להשיב על שאלות ומדבר על שיבוש הליכי חקירה. אולם, אלמליח זוכה בעליון מהפח"ח כי אם הוא היה עד הייתה עומדת לו רק הזכות לאי הפללה עצמית אבל מאחר שהוא היה חשוד והוזהר כחשוד, עמדה לו זכות השתיקה (שהיא רחבה יותר) ולכן הוא היה יכול להשיב על שאלות שרצה ולא להשיב על שאלות אחרות. הוא יכל היה לבחור בזכות לשתיקה ולא להגיד שמות של מעורבים אחרים.

היחס שבין הזכות להפללה עצמית לבין הזכות לשתיקה עלה בפס"ד נוסף:

רע"פ 8600/03 מ"י נ' גלעד שרון- הרציונאלים של זכות השתיקה. כאמור לעיל, ס' 47 לפק' הראיות אומר שאין חובה על אדם למסור מסמך שעלול להפליל אותו. גלעד שרון בנו של אריאל שרון נחשד בעבירות. המשטרה לא הייתה יכולה להוציא צו חיפוש כי גלעד גר בחוות השקמים (בית ראש הממשלה) ולאביו ראש הממשלה יש חסינות. לכן, המשטרה הוציאה צו מביהמ"ש למסירת מסמכים. בתגובה לצו, גלעד שרון טען שבגלל שהוא חשוד (ולא עד) עומדת לו זכות השתיקה ולכן הוא יכול שלא למסור אף מסמך (ולא רק את המסמך המפליל). למעשה, גלעד שרון מבקש להשתמש במסגרת זכות השתיקה גם בס' 47 לפקודת הראיות וטוען כי חלק מזכות השתיקה זה גם לא להביא אף מסמך למשטרה (רחב יותר מס' 47 בפני עצמו שקובע כי אדם לא צריך למסור רק מסמך שמפליל אותו). כנגד הבאת מסמכים יש את ס' 47 שאומר שאדם (כל אדם) לא חייב למסור ראייה שמפלילה אותו- ולכן אני יכול שלא למסור שום מסמך או ראייה מכיוון שיש לי זכות שתיקה מעצם היותי חשוד- שהיא יותר רחבה להגנה שנותן הסעיף לכל אדם.

ביהמ"ש קבע שישנם 3 רציונאלים לזכות השתיקה ובדק האם הם מתקיימים בענייננו:

1. דאגה לחשוד- אדם נמצא בחקירה, הוא לבד, עוה"ד לא יושב איתו בחקירה ויש חשש שחוקרי המשטרה ישתמשו לרעה בכוח שלהם. במהלך החקירה החשוד ניצב לבדו מול החוקרים ללא סיוע וקיים חשש שהחוקרים ישתמשו בכוח שבידיהם כדי לגבות ראיות. במקרה שלנו, הרציונל לא מתקיים כי הוא כבר קיבל צו למסירת מסמכים והוא יכול להיוועץ בעו"ד שיכול לפעול ע"מ לבטל את הצו. הוא לא בסיטואציה של "אני לבד מול החוקרים".
2. מניעת הודאות שווא של נאשמים- אנחנו לא רוצים לקבל הודאות שווא כי זה פוגע לנו בשיטת המשפט. חקירה זו סיטואציה מלחיצה והחשוד יכול להודות בדברים שלא עשה. במקרה שלנו, הרציונל לא מתקיים כי מדובר במסמכים ולא בהודאה. אין חשש שמדובר בהודאות שווא.
3. הימנעות מהטלת חובת עשה על החשוד- לפי השיטה האדברסרית מי שצריך לגייס ולפסק את הראיות זו התביעה ולא הנאשם ולכן לא נטיל חובות עשה על החשוד. במקרה שלנו, הרציונל לא מתקיים כי לא צריך ליצור מסמכים אלא למסור מסמכים קיימים. לא מטילים פה חובת עשה על החשוד, הוא צריך בעצם רק למסור דברים קיימים.

השורה הסופית של פס"ד: בכל הנוגע למסמכים, לחשוד יש רק את הזכות לחיסיון מפני אי הפללה עצמית.

* ההלכה: בכל הקשור למסמכים, קיימת לחשוד רק הזכות לחיסיון מפני אי הפללה עצמית ולא זכות השתיקה. ביהמ"ש לא רצה שבאמצעות זכות השתיקה הוא יוכל להתחמק מקיום הצו ולכן נפסק שהוא מחויב למסור את המסמכים.
* אמנם יש הרבה ביקורת על פס"ד הזה, אבל לדעת המרצה אם היו מקבלים את הטענה של גלעד שרון, האדם היה יכול לצפצף על צו של בית משפט. וביהמ"ש לא היה מוכן לקבל דבר כזה.

לא נלמד בתשע"ח (אבל נמצא בסילבוס):

אנקדוטה - פס"ד מ"י נ' לגזיאל: הוגש כ"א נגד אדם וכל חומר החקירה נגדו ניתן לסנגור הנאשם שצילם מהפרקליטות את כלל החומרים. לאחר מכן הפרקליטות עברה מקום והיא איבדה את החומרים וביקשה מהסנגור לצלם ממנו את החומר אך הוא סירב בנימוק של הזכות לאי הפללה עצמית. ביהמ"ש הורה לסנגוריה לתת את התיק לתביעה לעיון כי לא מדובר בפגיעה בזכות להפללה עצמית אלא בהחזרת המצב לקדמותו ולהורות על החזרת החומר לתביעה. זה חומר שהיה שייך מראש לתביעה, לא מדובר בחיוב דבר עשה שמחייבים את הנאשם להביא.

מהו מעמד האזהרה לאי הפללה?

עם המהפכה החוקתית מעמד הזכות לאי הפללה עצמית וזכות השתיקה עלה לזכות חוקתית.

מה הדין כאשר לא ניתנות הזכויות הללו לחשוד?

לפני הלכת יששכרוב חלה הלכת מירנדה האמריקאית קבעה כי מקום שלא ניתנה לחשוד אזהרה, הודאתו נפסלת. במ"י, עד לחקיקת חוה"י התפיסה הייתה דיכוטומיה בין הדין והפרתו לבין התוצאה – כלומר, התוצאה לא תהיה בהכרח חוסר קבילות של הראיה.

חוה"י ועליית מעמד זכויות החשודים והנאשמים למדרגה חוקתית הולידו שינוי:

פס"ד בלחניס (המצב הקודם): נטען שהזכות לאי הפללה עצמית וזכות השתיקה עלו לדרגה חוקתית ולכן כאשר אדם לא מוזהר מראש - הודאתו בטלה. השופטים לא קיבלו את הטענה. קדמי אמר שעובדת קיומו של חוק היסוד וחוק המעצרים לא משנים את מעמד האזהרה אלא זהו שיקול מבין שאר השיקולים שביהמ"ש ישקול כדי לאמוד את משקל ההודאה.

* לדידו, זה המצב שגם היה קודם לחוק היסוד, וימשיך כהנחייה לשיקול דעת.

פס"ד סמירק (איתות לשינוי): עוה"ד טען לפסילת ההודאה כי השב"כ לא הזהיר אותו בטרם נחקר. כאן רואים איתותים ראשונים של ביהמ"ש לפסול הודאה, אך זה לא היה מקרה המבחן המתאים מבחינה עובדתית ליישום רעיונות אלה. בייניש באוביטר אומרת שתיתכן פסילת הודאה בהיעדר אזהרה מוקדמת על הזכות לאי הפללה, אך פה ספציפית נקבע שלא.

הלכת יששכרוב (שינוי): אומנם הלכה זו ניתנה לגבי זכות ההיוועצות אך היא חלה ביתר שאת גם לגבי זכות השתיקה והזכות לאי הפללה עצמית בהיעדר אזהרה. ההלכה נותנת לביהמ"ש שק"ד בשאלה עד כמה הפגם היה חמור ועד כמה היעדר האזהרה השפיע. מתקיים כלל הפסילה הפסיקתית של הלכת יששכרוב – ביהמ"ש מפעיל את שק"ד בכל מקרה לגופו לאור המבחנים שקבע.

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. אולם, כן רצוי לטעון את הטענה הזו כי במצבים מסוימים היא תתקבל.

לסיכום: הזכות לאי הפללה עצמית הוגדרה כזכות חוקתית מאז המהפכה החוקתית. תוצאת הפגם כפופה להלכת יששכרוב: לא כלל פסילה גורף אלא כזה שנתון לשיקול דעת של ביהמ"ש.

הרצאה 5 – 19.11.17

### 3.2.2 זכות ההיוועצות [ס' 32 ו-34 לחוק המעצרים]

**השו' ארבל** בבש"פ פרץ- לזכות ההיוועצות יש מספר רציונאלים:

* + - 1. הזכות תורמת להבנת הנחקר את זכויותיו במהלך החקירה- ההנחה: עוה"ד יבוא ויסביר לו את זכויותיו. לכן, זכות ההיוועצות היא היבט של זכות השתיקה כי ללא היוועצות עם עו"ד, גם אם הנחקר יודע על זכויותיו הוא לא בהכרח יודע מתי כדאי ליישמן ומה עלול להפליל אותו. עו"ד יסביר את הזכות לשתיקה ואת הזכות לאי הפללה עצמית וכו'
			2. הסנגור נחשב גורם המסייע לתקינות החקירה- עו"ד שומר על האמצעים המופעלים על החשוד. עוד הוא עשוי לתרום להבטחת אמינות הראיות המושגות בחקירה אגב הדרישה להקפיד על כללים שנקבעו לשם כך (כך למשל נדרשת נוכחות סנגור במסדר זיהוי).
			3. הסנגור יכול לסייע בהשגת ראיות לחפותו של החשוד ולמנוע הודאות שווא של חשודים- המטרה של שיטת המשפט הוא להגיע אל האמת.
* ס' 2 + 3 הם דאגה לשיטת המשפט עצמה ולתקינותה ולא רק לזכותו של החשוד.

הזכות מופיעה בס' 32 ו-34 לחוק המעצרים:

* **ס' 32**: חובת הסברת הזכויות לעצור, היינו, הזכות ליידוע בדבר זכותו להיוועצות עם עו"ד וכו' (ומתוך כך החובה ליידע).
* **ס' 34**: זכות ההיוועצות עצמה- לא לעדים אלא רק לעצורים.

**זכות העצור להיפגש עם עורך דין**

**34**. (א) עצור זכאי להיפגש עם עורך דין ולהיוועץ בו.

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

* **ס' 35**- **חריג**: בעבירות ביטחון יש אפשרות במצבים מסוימים לעכב פגישה עם עורך דין. הנושא עלה בנושא הטרור היהודי - השב"כ מנע אפשרות של חשודים יהודים להיוועץ עם עו"ד.

פס"ד פרץ, שי, יששכרוב- הכרה בזכות ההיוועצות **כזכות חוקתית**. כשהזכות נפגעת קיים כלל פסילה פסיקתי שמאפשר לביהמ"ש לפסול את ההודאה שהתקבלה לאחר פגיעה בזכות ההיוועצות.

ס' 32 וס' 34 **עוסקים בזכויות עצורים**-

**האם ניתן להרחיב את ס' 32 גם לנחקר שאינו עצור** (**דוגמת אריה דרעי בימים אלה**)**?**

השאלה הושארה בצ"ע בפס"ד יששכרוב משום שבפס"ד זה עסקו בחש"צ ולא בחוק המעצרים. התשובה לשאלה זו הוכרעה בפס"ד אסף שי שנחקר חודשיים לאחר התאונה אך **לא היה עצור**. בחקירה לא הודיעו לו על זכותו לעו"ד וכשהוא ביקש לא חדלו את החקירה. ביהמ"ש קבע כי אם הפגם היה **רק ס' 32** (=אי הודעה על הזכות) הוא לא היה פוסל את ההודאה (אך זה לא היה הפגם היחיד).

* בפס"ד אסף שי ביהמ"ש הרחיב את הזכות עצמה **גם לנחקר שאינו עצור**.
* נכון לומר ששאלת הרחבת חובת ההודעה לחשוד שאינו עצור (ס' 32) עודנה בצ"ע. לעומת זאת, כן נעשתה הרחבה לחשוד שאינו עצור לענייןס' 34 (זכות ההיוועצות עצמה).

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

בבש"פ פרץ- **השו' ארבל** הרחיבה את היכולת לטעון לפגיעה בזכות ההיוועצות כבר בשלב המעצר. לשיטתה, פגם משמעותי מאוד כמו פגיעה בזכות העצור להיוועצות **עלול** לפגוע בלגיטימיות של ההליך ולשמוט את הצידוק המוסרי להמשך המעצר. אדם שלא קיבל את האפשרות להיוועץ יכול לטעון על כך כבר בשלב המעצר.

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

**היוועצות ללא דיחוי**:

לפי ס' 34- ברגע שהאדם או קרוב אליו מבקשים שייפגש עם עו"ד, על מנהל החקירה לאפשר זאת **ללא דיחוי**. לסעיף זה קדם סעיף בחסד"פ שאמר "**בהקדם האפשרי**".

* ההלכה לגבי "בהקדם האפשרי": בעבר פרשנות החסד"פ הייתה שגם כשחשוד מבקש להיפגש עם עורך דין, עד שעוה"ד מגיע ניתן להמשיך עם החקירה.
* פס"ד חסון-עם חקיקת חוק המעצרים נטען ב-98'כי השינוי במינוח בחוק המעצרים ("ללא דיחוי") מחייב למעשה לשנות את ההלכה ולומר שכבר אי אפשר להמשיך בחקירה. ביהמ"ש סירב לקבל את הטענה, ואיפשר להמשיך בחקירה. ביהמ"ש אומר כי כל עוד החשוד הוזהר כדבעי (כראוי) לא צריך להפסיק חקירה, אבל כן חובה ליצור קשר עם עוה"ד כמה שיותר מהר.
* **הרחבה**- פס"ד אסף שי- ביהמ"ש מרחיב את הפירוש של "ללא דיחוי" ומבהיר שכאשר חשוד מבקש לדבר עם עורך דין אז כל עוד עורך הדין מודיע כי יגיע תוך זמן סביר **יש להפסיק את החקירה ולהמתין להגעתו של הסנגור**. יתרה מכך, כאשר החקירה אינה דחופה יש אפשרות לטעון שיש להמתין לעורך הדין גם אם הוא לא מגיע תוך זמן סביר ובינתיים לעכב את החקירה.

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

**ניסיון הרחבה לזכות היוועצות בשימוע מנהלי:**

פס"ד קוטלאייר- כאן לא דובר בהליך פלילי אלא בשימוע מנהלי. האם כשאדם מוזמן לשימוע מנהלי יש להודיע לו על זכותו לייצוג? לדוגמה, אדם שנהג בשוכרות ונתפס, כעת הוא מוזמן לשימוע מנהלי. האם קיימת חובה ליידע אותו על זכותו לייצוג ע"י עו"ד?

אין מחלוקת כי אדם שרוצה להיות מיוצג ע"י עו"ד יכול. הדבר נובע מחוק לשכת עורכי הדין שאומר כי עוה"ד יכול לייצג בפני בימ"ש או כל רשות שפועלת ע"פ דין. **ביהמ"ש לא הסכים להרחיב את חובת היידוע ורצה לתת ביטוי להבדל בין שימוע מנהלי לבין הליך פלילי**. ביהמ"ש לא מרחיב את החובה ליידע שזכותו להגיע עם עו"ד ואם הוא לא מגיע עם עו"ד לא ידחו את השימוע כדי שהוא יזמן עו"ד. הרעיון הוא להשאיר את השוני שבין ההליכים האלו: בין ההליך המנהלי לבין ההליך הפלילי.

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

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

פס"ד ע' 24/15 **(פס"ד חדש של בית הדין הצבאי לערעורים)**- גם כאשר אדם מסכים לחפש בפלאפון, זה לא הסכמה של חיטוט במעבדה. כלומר, עשו הבחנה בין חיפוש רגיל לחיפוש במעבדה. הכירו בדוקטרינת הסכמה אך אמרו כי הסכמה תקפה לגבי חיפוש במקרה חירום ולא במעבדה שאז יש זמן לבקש צו חיפוש מביהמ"ש.

### 3.2.3 הזכות למינוי סנגור ציבורי (לימוד עצמי) 🡨 בתוך חלק ה' פרק 3- זכות ייצוג לנאשם.

נושא ללימוד עצמי- מתי חשוד זכאי למנות לעצמו סנגור ציבורי.

ס' 15 לחוק סדה"פ מדבר על מינוי סנגור מטעם ביהמ"ש.

ס' 19 לחוק הסנגוריה הציבורית מדבר על הודעה לעצור על האפשרות למנות סנגור ציבורי.

בפס"ד לין (למדנו במסגרת השפעת המשפט החוקתי)- **השו' רובינשטיין** אומר כי ניתן לפסול הודאה של נאשם בשל העובדה שלא יידעו אותו על זכותו לסנגור ציבורי.

### 3.2.4 הזכות לפרסום שמות של חשודים

**זהו איזון בין זכות הציבור לדעת לזכות לפרטיות, לשם טוב ולחזקת החפות**.

בעבר לא הייתה מגבלה על פרסום שמות והיתה על כך ביקורת משום שאפילו פרסום שמו של אדם כחשוד יכול לפגוע בשמו הטוב כשייתכן שיתברר בהמשך כי הוא כלל לא אשם. לכן המחוקק יצר איזשהו איזון לכך בחוק בתי המשפט.

סימן ו' לחוק בתי המשפט[ס' 70-70ה] **העוסק בפומביות הדיון** קובע איזשהו איזון:

ס' 70- מדבר על איסור פרסומים.

ס' 70(ד1)(1)- **הכלל**: שם של חשוד לא יפורסם עד תום 48 שעות מהמועד שבו הוא התייצב לחקירה או עד סיום של דיון ראשון של שופט בעניינו, לפי המוקדם מביניהם.

**החריגים**: ייתכן שתהיה בקשה לפרסום לפני הזמן או לחיסיון לאחר תום הזמן. למשל:

ס' 70(ה1)(1)- ביהמ"ש רשאי לאסור פרסום שם של חשוד כאשר הדבר יגרום לו נזק חמור גדול יותר מהעניין הציבורי שבפרסום וזאת עד להגשת כתב אישום.

פס"ד חברה פלונית נגד פלונית- מטפל שנעצר בחשד לביצוע מעשה מגונה בקטינה שהוא טיפל בה. נשאלה השאלה של איסור הפרסום, המטפל דרש ששמו לא יפורסם והיה צו איסור כולל שהוטל על הפרשה. בעליון ביהמ"ש נדרש לנתח את ס' 70(ה1)(1) וקבע כי ה' כולל **שני תנאים מצטברים שצריכים להתקיים כדי ביהמ"ש לא יפרסם שם של חשוד לאחר שמותר לפרסם:**

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

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

* היום קצת מוזר לדבר על הנושא הזה לאור האינטרנט וההתפתחות הטכנולוגית, ובכל זאת אנחנו צריך להיות מודעים לאינטרסים הנוגדים בדבר.

**עניין דומה- פרסום תיעודי חקירה**

חוק חקירת חשודים- חוק נוסף העוסק בחקירות, בנושאים: תיעוד החקירה, שפת החקירה ומיקום החקירה.

ס' 13 לחוק- כדי לפרסם תיעוד חזותי או קולי של חקירה, צריך **אישור של ביהמ"ש**.

פס"ד תורג'מן- אדם הועמד לדין וביהמ"ש דחה את הבקשה לפרסם את תיעוד החקירה שהוא מסר למרות שהוא תמך בבקשה הזו, וזאת משום שהאותו אדם טען שההודאות שהוא נתן ניתנו שלא כדין, לא מרצון חופשי לפי ס' 12 לפק' הראיות. ז"א, הוא כבר היה נאשם והועמד לדין, ובין היתר טען במשפט שלפי ס' 12 לפק' הראיות ההודאה שלו לא כדין. הוא דווקא היה מעוניין בפרסום. ביהמ"ש מסכם את כל הנושא הזה של תיעוד חקירות ופרסומן: האיסור הפלילי מכוח חוק חקירת חשודים משתרע על כל סוג חקירה, כל סוגי נחקרים, ולא מוגבל לחשודים או לנאשמים בלבד. האיסור לא מוגבל בזמן ולא מותנה בקיום משפט פלילי. במקרה זה אין לנו איסור מותנה בזמן. בנוסף, כדי לפרסם תיעוד חקירה צריך אישור של ביהמ"ש.

מה השיקולים שביהמ"ש ייקח בחשבון כאשר הוא שוקל האם לתת אישור לתיעוד חקירה?

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

בפס"ד תורג'מן- השלב שבו פסה"ד מגיע לעליון הוא לאחר הכרעת הדין ולפני גזר הדין. העליון אומר שהכף נוטה לפרסום, כי אין חשש לפגיעה ממשית בהליך השיפוטי, המשפט עצמו כבר לא מתנהל, זה רק לפני גזר הדין. כשהמשפט מתנהל, עדים פוטנציאליים יכולים לראות את הקלטת בטלוויזיה והדבר יכול לפגוע בעדותם, אך פה עברו כבר את השלב הזה, ולכן העליון נטה לפרסם בגלל העניין הציבורי, בכפוף איסור על גילוי כל פרט מזהה של כל קטין המעורב באופן ישיר או עקיף בפרשה.

### 4. עיכוב (חלק ג' בסילבוס)

עד לחוק המעצרים לא הייתה הגדרה של "עיכוב" בחוק. ניתן היה ללמוד מסעיפים שונים בחוק על כך שלשוטר יש סמכות לבקש מאדם להתלוות אליו לתחנת המשטרה וכו', אך לא בצורה ברורה. עם חקיקת חוקי היסוד קמה לה ההבנה שכל הגבלת חירות של הפרט צריכה להיות מעוגנת בחוק ולכן נוצר פרק ג' בחוק המעצרים המוקדש לנושא זה.

הנושא מצוי בפרק ג' בחוק המעצרים (עיכוב).

ס' 5 לחו"י כבוה"א- "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת". החוק לא מזכיר את המונח עיכוב, אבל ברור שעיכוב נכנס תחת ההגדרה של בכל דרך אחרת.

עולה השאלה האם ניתן להסיק כי עיכוב הוא דבר שלא נחשב לפגיעה בזכות או בחירות? התשובה היא לא כי אין ספק שעיכוב נחשב "כל דרך אחרת" ולכן הוא בוודאי צריך לעמוד בדרישת התכלית הראויה והמידתיות. חוק המעצרים אף בחר לטפל בנושא בפרק שלם.

## 4.1 רקע היסטורי

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

## 4.2 מאפייני סמכות העיכוב – הוראות כלליות

**הגדרת העיכוב**:

**ס' 66**- "הגבלת חירותו של אדם לנוע באופן חופשי בשל חשש שבוצעה עבירה או כדי למנוע ביצוע עבירה כשהגבלת החירות מסוייגת מראש בזמן ובתכלית" 🡨 כלומר, עיכוב הוא הגבלת חירות שהיא פחותה ממעצר ושהסיבה לו היא חשד שנעברה עבירה או מניעת עבירה עתידית.

**כמה הגבלות שיש בעיכוב:**

**משך העיכוב**: ס' 73 לחוק המעצרים- "לא יעוכב אדם או כלי רכב מעבר לזמן סביר הדרוש בנסיבות המקרה לביצוע הפעולה שלשמה הוקנתה סמכות העיכוב". הסעיף קובע שעיכוב חייב להיות לזמן סביר.

ס"ק ב' יותר ספציפי וקובע זמן סביר המוגבל ל-3 שעות עיכוב אך ניתן להאריך ב-3 שעות נוספות אם מדובר במס' רב של מעורבים. העיכוב הוא עד שלוש שעות, אבל יש חריג שמאפשר עוד 3 שעות נוספות של עיכוב במקרים מיוחדים.

**הנוהל בעיכוב- הביצוע**: ס' 72 מפנה לס' 24 לחוק המעצרים **שעוסק בנוהל מעצר** ואומר כי הוא יחול בשינויים המחייבים.

ס' 24 דורש שמי שעוצר (/מעכב) אדם יעשה שלושה דברים:

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

## 4.3 עיכוב חשוד

ס' 67 לחוק המעצרים מדבר על עיכוב חשוד במקום. אם לשוטר היה **יסוד סביר** **לחשוד** כי אדם **עבר** **עבירה** או עומד לעבור עבירה הוא **רשאי לעכבו** על מנת לברר את זהותו ומענו או כדי לחקור אותו ולמסור לו מסמכים.

**מהו יסוד סביר לחשד**?

מונח זה פורש בפס"ד ישן:

פס"ד דגני- השאלה היא אם מצטיירת תמונה שלאורה אדם רגיל בר דעת היה מגבש חשד. כלומר, **מבחן אובייקטיבי**. האם שוטר סביר בנסיבות העניין ובאופן אובייקטיבי היה חושד באדם. זה לא יכול להיות חשד סובייקטיבי של שוטר שאין לו בעצם איזשהו עיגון בנושא.

קושי: מדובר על משהו מאוד לא מדויק - חשד סובייקטיבי של שוטר - אך המבחן הוא אובייקטיבי **שבוחן את הנסיבות** **באותו הרגע**, ולא משנה אם החשד היה נכון או לא נכון בסופו של דבר. לכן, אם בסופו של דבר התברר שהאדם תמים לחלוטין זה לא אומר שבנסיבות שבאותו הרגע לא היה צריך לעכב אותו, כי היה חשד סביר.

דוגמא: אדם יצא בלילה לשפוך זבל והדלת נטרקה וננעל בחוץ, יצא בלי מפתח ותעודת זהות. מנסים לטפס מהמרפסת – לשוטר יש חשד שמנסים לפרוץ, לא יהיה לו דרך לזהות עצמו, זה מצב של יסוד סביר לשחד – הטעות בסוף תתברר; זו טעות עובדתית אך היא לא הופכת את זה ללא חוקי כי לשוטר היה יסוד סביר לחשד.

**מהי עבירה**? עבירה בת מעצר היא רק עוון או פשע, אך **ניתן לעכב גם בחטא, כולמר ניתן לעכב בכל עבירה**. יתרה מכך - לא נאמר לנו מתי נעברה העבירה ומכאן שניתן לעכב גם בעבירה שנעברה לפני זמן רב.

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

או להגיע ב-2 תנאים:1. חזרה על התנאים הקודמים. 2. הזיהוי היה לא מספיק או לא ניתן לחקור אותו במקום הימצאו.

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

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

(1) יש יסוד סביר לחשוד שהוא עבר עבירה או כשיש הסתברות גבוהה שהאדם עומד לעבור עבירה (כמו בסעיף קטן א).

(2) הזיהוי היה בלתי מספיק או לא ניתן לחקור אותו במקום הימצאו.

לכאורה, אנחנו למדים כי המקרה הרגיל הוא עיכוב במקום והחריג הוא חקירה בתחנת משטרה.

בפועל המצב הוא לא כזה. פקודות מפכ"ל המשטרה יחד עם חוק חקירת חשודים מעידים על כך שחקירות (להבדיל מתשאול) צריכות להיעשות בתחנת משטרה במצב הרגיל ולא במקום.

* ס' 3 לחוק סדה"פ (חקירת חשודים) אומר כי חקירת חשוד תתנהל בתחנת משטרה אלא בנסיבות חריגות שמצדיקות את חקירתו מחוץ לתחנה. כלומר, ברירת המחדל הינה שחקירה תתנהל במשטרה.
* פקודות המטה הארצי אומרות כי חקירה של עד או חשוד בתחנת משטרה אינה נלקחת בחשבון לצורך חישוב משך העיכוב.
* מצירוף ההוראות אנו מבינים כי בניגוד לפרשנות הסעיף שנוגעת לעיכוב, חקירות דווקא לרוב יהיו בתחנת המשטרה ואף במקרים כאלו **אין הגבלה על שעות העיכוב** (כי הוא מצוי בזמן זה בסטאטוס של נחקר כחשוד ולא בסטאטוס של מעוכב).
* מהחקיקה הזו אנחנו בעצם לומדים שאפשר לעשות חקירות בצורה בלתי מוגבלת!

פרשת דרור חוטר ישי- זהו המקרה היחיד שבו הנושא הגיע לבחינה שיפוטית. עו"ד דרור חוטר ישי שהיה ראש לשכת עורכי הדין הוזמן לחקירה בתחנת משטרה. היה חשוד נוסף והמשטרה רצתה לחקור אותם במקביל. חוטר ישי סירב לבוא לתחנת המשטרה וכאשר נשלחו אליו שוטרים הוא סירב להתלוות אליהם. המשטרה פנתה לבית משפט שלום כדי להוציא לו צו שיגיע. 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 עצמו אך דן **בחובה לציית לזימון לחקירה**: הוא קובע כי במהלך הדברים הרגיל כל אדם שמתבקש ע"י המשטרה להתייצב ע"מ למסור עדות או להיחקר, מן הראוי שיעשה כך בדרך המקובלת ובמקום המקובל גם ללא צו המחייב אותו להגיע למשטרה. כאשר מוצא צו עיכוב לפי ס' 67 לחוק המעצרים, התכלית והתוצאה היא בד"כ שניתן יהיה לחקור את המעוכב אם אין מדובר בחקירה פשוטה וקצרה, במשרדי המשטרה.

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

* עינינו רואות כי גם **השו' זמיר** מחליף את ברירת המחדל. הוא אומר כי החובה היא קודם כל מוסרית ואומר כי תוצאות של עיכוב הן בד"כ חקירה בתחנת המשטרה. גם זמיר הופף את הכלל ואומר שברירת המחדל היא חקירה בתחנת המשטרה. השופט זמיר נותן גיבוי לפרקטיקה שנקבעה ע"י המשטרה.

## 4.4 עיכוב עד

עד הוא לא חשוד בביצוע עבירה ובכל זאת ניתן לעכב אותו.

ס' 68 לחוק המעצרים- אם היה לשוטר יסוד סביר לחשוד שנעברה עבירה, רשאי הוא לעכב כל אדם שיכול למסור לו מידע הנוגע לאותה עבירה, כדי לברר את זהותו ומענו וכדי לחקור אותו במקום הימצאו, וכן רשאי הוא לזמן אותו לתחנה קרובה במועד סביר אחר שהוא ייקבע, לצורך ביצוע אותן פעולות.

**עד- כל מי שיש לו מידע בנוגע לעבירה ולא בהכרח אדם שראה את המעשה**.

אם הזיהוי של העד לא מספיק או אם קיים חשש כי העד לא יתייצב לחקירה במועד, לפי ס"ק (ב) רשאי השוטר לבקש מהעד להתלוות איתו לתחנת המשטרה לשם גביית העדות.

* לסיכום, אם לא מדובר בתשאול פשוט אזי החקירה של העד תעשה בתחנת המשטרה. בנוסף, עד הוא לא עד ראיה דווקא, אלא מי שיכול למסור פרטים על עבירה.

## 4.5 עיכוב לצורך חיפוש ובדיקת מסמכים

ס' 69 לחוק המעצרים מדבר על **עיכוב לצורך חיפוש ובדיקת מסמכים**. עד לחוק המעצרים היו סמכויות חיפוש מכוח הפסד"פ אבל לא הייתה סמכות לבצע עיכוב לצורך החיפוש. לא ייתכן שיהיו סמכויות חיפוש ללא סמכויות עיכוב (אחרת האדם לא מחויב להישאר במקום) ולכן חוק המעצרים השלים את החור הזה.

ס' 69 אומר כי מקום שבו 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.

הסעיף מדבר על סיטואציה של מקור חיצוני על סמכות לחפש או לבקש מסמכים ואם יש מקור חיצוני כזה, יש גם סמכות לעכב לצורך אותו חיפוש. מכוח הסכמות שיש למשטרה לבקש מסמכים או לערוך חיפוש הם יכולים לעכב את הרכב או את האדם. זה מקור הסמכות לכך.

* כלומר, **מהסמכות לחפש אנו גוזרים סמכות לעכב**!

## 4.6 עיכוב כלי רכב

ס' 71 לחוק המעצרים מדבר על עיכוב כלי רכב לשם חיפוש ברכב. כאן מדובר בחשדות שנעברה עבירה בת מעצר (=עוון/פשע) או שיש חשש שעומדת להתבצע עבירה ביטחונית או שישנה הסתברות גבוהה שעומדת להתבצע עבירה בת מעצר ואז ניתן לעכב את כלי הרכב ולעשות בו חיפוש.

* **נדגיש**: חיפוש ברכב ניתן לבצע רק מכוח ס' 71 ועצם העיכוב עצמו בס' 69 לא אומר שניתן לחפש בו.

**לא נלמד בתשע"ח:**

מאנה נ' רשות המיסים: נניח שאדם נבדק בבדיקה שגרתית לחיפוש מסמכים ומחסומי דרכים. אם קפץ במחשב שהוא חייב מיסים - היו מעקלים את רכבו במקום. כאן, ביהמ"ש שלל את הפרקטיקה הזו בטענה שסמכויות הגבייה של רשות המיסים לא מאפשרות גבייה ברשות הרבים. אפשר לבוא הביתה ולעקל את הטלוויזיה אך לא כך. בפקודת התעבורה אפשר לחפש מסמכים אבל אי אפשר לחפש ברכב ורק אם יש עבירה בת מעצר זה אפשרי.

## 4.7 עיכוב ע"י אדם פרטי

זוהי סמכות מיוחדת. לפני חוק המעצרים היתה סמכות מעצר בידי כל אדם פרטי, אבל היום כבר אין סמכות מעצר לאדם פרטי אבל יש סמכות עיכוב ע"י אדם פרטי.

**ס' 75(א) לחוק המעצרים-** **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 (לדוגמה, אנחנו ראינו מישהו מנפץ חלון רכב או חלון ראווה של חנות). **או**:
2. אדם אחר הקורא לעזרה מצביע על אדם החשוד שביצע בפניו עבירה כאמור בפסקה (1).
* **והכל רק אם יש חשש שהחשוד ימלט או שזהותו לא ידועה.**

מה חל על מקרה כזה?

ס' 75(ב)- האדם המעוכב צריך: (1) **להימסר לשוטר** **ללא דיחוי** ו(2) **עד שלוש שעות**. גם עיכוב כזה הוא מוגבל עד לשלוש שעות.

ס' 75(ג)- אדם המבצע עיכוב כזה **רשאי להשתמש בכוח סביר** אם החשוד סירב להיעתר לבקשת העיכוב, ובלבד שלא יהיה בשימוש בכוח בכדי לגרום לחשוד חבלה.

אם אנחנו מעכבים מישהו כאדם פרטי, זכותנו להשתמש בכוח סביר שלא יגרום לחבלה.

אם כך מדוע שוטר שמעכב לא יכול לעשות שימוש בכוח ואילו אדם פרטי כן?

לפי ס' 23(ב) לחוק המעצרים- אם אדם מתנגד לעיכוב על ידי שוטר קמה לשוטר **סמכות מעצר**, סמכות זו מאפשרת לשוטר שימוש בכוח סביר עד שימוש בנשק קטלני.

לעומת זאת, לאדם פרטי אין סמכות מעצר גם אם האדם בורח ולכן הוא יכול רק להשתמש בכוח סביר שלא גורם חבלה כדי להחזיק אדם במקום עד שיבוא שוטר.

לשוטר אין סמכות נלווית להשתמש בכוח כאשר הוא מעכב אדם, אבל ברגע שאדם מתנגד למעכב, השוטר יכול לעצור אדם ובתוך כך הוא יכול להשתמש בכוח.

## 4.8 מעצר בהתנגדות לעיכוב

ס' 23 לחוק המעצרים מקנה לשוטר את הסמכות **לעצור** אדם כאשר יש **התנגדות** **לעיכוב**.

ס' 23(ב)- שוטר מוסמך לעצור אדם ולהביאו לתחנת המשטרה לתכלית שלשמה ביקש לעכבו אם האדם אינו מציית להוראותיו שניתנו ע"פ סמכויות העיכוב המסורות לו בדין או אם הוא מפריע לו להשתמש בסמכויות העיכוב.

הפסיקה מדגישה כי סמכות עיכוב לחוד וסמכות מעצר לחוד.

אם **אין סמכות עיכוב**- לא ניתן 'לקפוץ' לסמכות מעצר ולהגיד כי ממילא אם האדם היה מתנגד היה ניתן לעצור. אם לשוטר יש סמכות לעכב עליו להתחיל בסמכות הפחותה יותר ורק אם יש התנגדות הוא ימשיך למעצר.

2 דוגמאות הממחישות את ההבדל בין סמכות עיכוב לסמכות מעצר:

פרשת שמשי- שמשי היה עם פרוצה ברכב. שוטר הגיע וביקש לעצור את הפרוצה בעבירת שוטטות (עבירה שבאותה תקופה הייתה מאפשרת רק עיכוב). שמשי אחז בבחורה והפריע לשוטר להוציא אותה מהרכב אז אנשי המשטרה הורידו את שניהם בכוח, עצרו את שמשי והוא הואשם בעבירת הפרעה לשוטר במילוי תפקידו. הטענה של שמשי הייתה שהשוטר פעל בחוסר סמכות (כי הוא היה יכול רק לעכב אבל לא לעצור אותה).

טענתו התקבלה כי ברגע שהשוטר עצר אותה הוא השתמש בסמכות שלא הייתה לו ולכן ההתנגדות של שמשי לא הייתה הפרעה למילוי תפקידו. בגלל שהשוטר היה יכול מראש רק לעכב הוא היה צריך להתחיל עם העיכוב שמהווה סמכות פחותה יותר ורק במידה והיא תתנגד לעיכוב, רק אז היה יכול לעצור אותה.

* היום בחוק המעצרים יש עדיפות ברורה לעיכוב גם כשיש סמכות מעצר מכוח ס' 23(ג).

פס"ד אברג'יל-אברג'יל הואשם בבריחה ממשמורת חוקית עקב בריחה ממעצר. אולם, היה ניתן רק לעכבו ולא לעצרו ולכן המשמורת שלו לא הייתה חוקית. **מכאן, הבריחה לא הייתה בריחה ממשמורת חוקית**. ביהמ"ש מדגיש שוב שלא ניתן להצדיק בדיעבד מעצר לא חוקי בכך שהייתה סמכות לעכב. היה צריך להתחיל עם הליך העיכוב, לא ניתן להבנות את הסמכות שלך בדיעבד לעצור.

# 5. מעצרים

## 5.1 דיני מעצרים - כללי

**עקרונות כלליים לדיני המעצרים:**

ס' 1 לחוק המעצרים מדבר על שלושה עקרונות כלליים חשובים:

**עיקרון החוקיות [ס' 1(א)]**- **אין מעצר ועיכוב אלא בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו**.

חוק המעצרים מנסה לכסות על מצב ביניים וקובע כי לא ייתכן אפילו מעצר של שעה ללא סמכות חוקית. במהלך השנים בכל פעם שהמציאות גילתה שחסר משהו (=היה צורך בסמכות מעצר שלא צפו) היו מתקנים את החוק על מנת להוסיף סמכות (=סמכויות עזר). החריג לסמכויות עזר הוא שסמכויות אלה לא יכולות לפגוע בזכויות אדם.

כשנכנס לדיני המעצרים נראה שהמחוקק חשב גם על סמכויות לביצוע מעצרי ביניים קטנים, כדי שלא תהיה לאקונה. בפועל נראה שלעתים יש לאקונות, אבל בגדול לא יהיה מצב שנוצרה סיטואציה של מעצר וזה לא מופיע בחוק. דוגמא:

פס"ד ילנה מורזובה נ' מ"י: היה פס"ד של ביהמ"ש המחוזי, היה ערעור על פס"ד ובערעור נקבע שיש לבטל את פס"ד של ביהמ"ש המחוזי. במחוזי- הואשמה ברצח אך במסגרת הסדר טיעון היא הורשעה בהריגה ונגזרו עליה 11 שנות מאסר.

בעליון- בערעור על הרשעתה החליט העליון להתיר לה לחזור מהסדר הטיעון ומהודאתה. זה קרה לאחר שהיא כבר ריצתה למעלה מ-3 שנות מאסר.

בדיון מחדש במחוזי- התביעה ביקשה מהמחוזי לאשר מעצר עד לתום ההליכים. ביהמ"ש שדן בתיק מסוים יכול לאשר מעצר עד תום ההליכים (מעצר בתקופת המשפט) עד לתקופה של 9 חודשים (ובאיזוק אלקטרוני עד ל-18 חודשים). מעצר לתקופה של מעל ל-9 חודשים- רק באישור של ביהמ"ש העליון (ס' 62). הנאשמת טענה כי המחוזי לא מוסמך לדון בבקשה של התביעה למעצר עד תום ההליכים כי חלפו למעלה מ-3 שנים מאז שהיא נעצרה. לטענתה, יש להביא בחשבון לעניין התקופה המצטברת שבה שהתה במעצר את תקופת המאסר שריצתה ולכן הסמכות להארכת המעצר היא בידי העליון, בהתאם להוראת ס' 62 לחוק המעצרים.

ביהמ"ש המחוזי דחה את טענת הנאשמת ואישר מעצר עד תום ההליכים. **מכאן הערעור**.

**זהו מקרה ייחודי שלא הייתה לו תשובה בחוק**. נוהל משפט, האדם הורשע אך בערעור פסה"ד בוטל והתיק הוחזר לערכאה הדיונית כדי שתתחיל את המשפט מחדש.

השאלה המשפטית: **איזו ערכאה מוסמכת לדון במעצרו של מי שפס"ד מרשיע הוטל בערעור ודיונו הוחזר לדיון מחדש בערכה הדיונית?** [איזה בית משפט מוסמך לעוצרה (עליון או מחוזי)]?

ס' 61 לחוק המעצרים אומר שביהמ"ש יכול לעצור אדם עד 9 חודשים (ובאיזוק אלקטרוני עד 18 חודשים). האם בגלל שהתחיל ההליך מחדש סופרים שוב 9 חודשים או שצריך אישור מהעליון להארכה?

**השו' בייניש**- אומרת שאין מעצר ללא סמכות ומכריעה כי הסמכות היא **לעליון** כי לא ייתכן שהיא תהיה למחוזי ואז תשעת החודשים הקודמים שהיא ריצתה פשוט "יימחקו".

הגורם היחידי בחוק שיש לו סמכות למעצר אחרי שעוברים 9 חודשים הוא בית המשפט העליון בלבד. מדובר בעקרון החוקיות.

* זהו פסה"ד חשוב לא רק לסיטואציה הספציפית הזו אלא גם לנושא של עיקרון החוקיות ולהדגשה כי **לכל מעצר צריכה להיות סמכות חוקית מאוד ברורה ומוגדרת**.

**עיקרון כבוד האדם וחירותו, עיקרון המידתיות [ס' 1(ב)]**- **מעצר ועיכוב של אדם יהיו בדרך שתבטיח שמירה מירבית על כבוד האדם ועל זכויותיו**.

המחוקק לא מסתפק בהצהרה כללית על כבוד האדם אלא **בכל חוק המעצרים** יש הוראות ספציפיות של מידתיות שמטרתן לשמור על כבוד האדם.

* **מידתיות- נעדיף את האמצעי שפגיעתו פחותה**- תמיד יש להעדיף חלופה שמשיגה את אותה מטרה, אבל פוגעת פחות בזכויות אדם. לדוגמא: יש להעדיף מעצר בצו על פני מעצר שלא בצו, עיכוב על פני מעצר, חלופת מעצר על פני מעצר ועוד.
* **תכלית ראויה**- מעצר הוא לא עונש אלא אמצעי מניעתי כלשהו, ולכן יש תכליות מאוד ברורות – "עילות מעצר" – שרק בגינן ניתן לעצור אדם. תכליות המעצר חייבות להיות תכליות אינדיבידואליות הקשורות בחשודים עצמם ולא במטרות כלליות חיצוניות שלא קשורות לחשודים (דוגמת מכת מדינה כמו פס"ד גנימאת, אמון הציבור וכו').

**עיקרון התחולה הכללית [ס' 1(ג)]**- **ככל שאין הוראה סותרת נלך לפי חוק המעצרים**.

הוראות חוק זה יחולו על מעצר ועל עיכוב לפי כל חוק, גם על מעצרים שלא מכוח חוק המעצרים, וזאת אא"כ נקבעו בחוק הוראות אחרות.

הרציונל: (1) אחידות; (2) העובדה שהחוק מודרני ונחקק אחרי חקיקת חו"י כבוד האדם וחירותו ולכן הוא מותאם לדרישות חו"י כבוה"א.

**הסמכות לדון המעצרים**

ס' 2 לחוק המעצרים- הסמכות העניינית לדון במעצרים:

* **לפני שהוגש כתב אישום**- בית משפט השלום.
* **לאחר הגשת כתב האישום**- ביהמ"ש שאליו הוגש כתב האישום (לא אותם שופטים).
* **בערעור**- ביהמ"ש שדן בערעור.

**עילות מעצר – שתיים כלליות ואחת ספציפית**

**שתי העילות הכלליות:**

1. **שיבוש הליכי משפט**-כל דבר שיכול להפריע לתהליך החקירה – בריחה מהארץ, הפחדת עדים העלמת ראיות ועוד.
2. **מסוכנות** (לבטחון המדינה וכו')- יכולה להופיע בשתי צורות:
* מסוכנות ספציפית- אינדיבידואלית שנלמדת פשוט מהאדם עצמו (עבר פלילי וכדומה).
* מסוכנות שנלמדת מהתשתית העובדתית של עבירה מסוימת (מעצם זה שיש בסיס עובדתי לרצח ברור שהאדם מסוכן). יש קשר בין עילת המעצר לבין הבסיס העובדתי.

**העילה הספציפית:**

1. **עילה "לצורכי חקירה מיוחדים"** [ס' 13(ג) לחוק המעצרים]- קיים רק בתקופת החקירה עצמה (באם נפתחה כזו בכלל) ולא לפני כן. כאן האדם לא מסוכן ואנחנו רק רוצים להחזיק אותו במעצר כדי שנוכל להפעיל אמצעי חקירה מיוחדים (מדובב בתאו, עיתון פיקטיבי ועוד).

## שישה סוגי מעצרים עיקרים:

**מעצר ראשוני ע"י שוטר**- יכול להיות בשתי דרכים:

* **בצו**-המשטרה הוציאה צו מעצר מביהמ"ש ואז שוטר הולך ומבצע את הצו (הוצאת הצו-ס' 13 לחוק המעצרים, ביצוע הצו- ס' 19).
* **שלא בצו** – **בשטח** (ס' 23 לחוק המעצרים). מעצר זה הוא מעצר של עד 24 שעות.
1. **הארכת מעצר-** נקרא גם **"מעצר ימים"/מעצר לפני הגשת כתב אישום**: למעשה- **הארכת מעצר או מעצר על ידי שופט**. מעצר זה מתבצע לפני הגשת כתב אישום (ס' 13 לחוק המעצרים).
2. **מעצר לפי הצהרת תובע**- לאחר שהסתיימה החקירה המשטרתית, מגיש התובע בקשה למעצר למספר ימי מעצר בודדים לצורך **ימי כתיבת כתב האישום**. מעצר זה מוגבל ל-5 ימים. הצו מבוקש במצב בו מאמינים שעדיף לא לשחרר את העצור (ס' 17(ד) לחוק המעצרים).
3. **מעצר עד תום ההליכים**- נקרא בחוק "**מעצר שלאחר הגשת כתב אישום**". זהו מעצר לתקופת המשפט, עד 9 חודשים (באיזוק אלקטרוני עד 18 חודשים), לאחר מכן הארכות מעצר יתאפשרו רק ע"י העליון (ס' 21 לחוק המעצרים).
4. **מעצר לצרכי כתיבת ערעור**- מהשהסתיים המשפט, אם האדם זוכה או הורשע ולא קיבל מאסר והמדינה רוצה לערער היא מבקשת מעצר לצורך כתיבת הערעור. מעצר של עד 72 שעות (ס' 22 וס' 63 לחוק המעצרים).
5. **מעצר בתקופת הערעור**-מעצר לצורך הזמן שבו מתנהל הערעור. סמכות המעצר היא מתוקף ס' 21 (של מעצר עד תום ההליכים) ולכן המעצר מוגבל לעד 9 חודשים (באיזוק אלקטרוני עד 18 חודשים) (ס' 22 וס' 63 לחוק המעצרים).

רק מכוח **ס' 13** יתבצעו מעצרים שלפני הגשת כתב אישום (מעצר ימים ומעצר ראשוני ע"י שופט).

* **סיטואציה מוזרה**: אם האדם הורשע וקיבל מאסר קצר מאוד שבפועל הוא כבר היה במעצר זמן רב יותר מהמאסר אז עושים קיזוז (כי זה מה שעושים תמיד) והוא פשוט יוצא.

**הדרך בה נלמד על כל המעצרים:**

כל סוג מעצר שנדבר עליו יהיה **במסלול עיקרי ובמסלול משני**:

* **המסלול העיקרי**- דורש את שלושת התנאים (**דרך המלך**):
1. תשתית עובדתית-ראייתית לעבירה שבוצעה (דרוש חשד סביר לעבירה).
2. עילה למעצר (מסוכנות או שיבוש).
3. בחינת חלופת מעצר (כמו שחרור בתנאי ערבות).
* **המסלול המשני**- מדובר על **מעצר בשל הפרת הוראה חוקית קודמת**.

כלומר, מעצר במסלול מקוצר שנובע מהפרה של הוראה חוקית קודמת שקשורה למעצר- הפרת ההוראה היא זו שמכוננת את עילת המעצר. אין צורך לבחון את הפרמטרים שמציגים במסלול העיקרי. למשל: התנגדות לעיכוב.

* כאשר נדבר על מעצר ע"י שוטר אנחנו גם נדבר על חוקיות ביצוע המעצר.

הרצאה 6 – 26.11.17

**כעת נדון בכל אחד מסוגי המעצרים לפי הסדר.**

מעצרים המבוצעים ע"י שוטרים- נדון בשאלה מתי הם יכולים לבצוע אותם ולאחר מכן בשאלות של "איך".

בכל שאר המעצרים- כששופט מורה על מעצר, האדם יוצא מאולם המשפט לבית המעצר.

אך במעצרים המבוצעים ע"י שוטרים, מעבר לשאלת הסמכות ועילות המעצר, מתעוררות שאלות נלוות כמו איך השוטר אמור לבצע את המעצר, האם יכול להשתמש בכח, מה הסמכות הנלווית וכו'.

### 5.2.1 מעצר ראשוני ע"י שוטר ללא צו שופט – מעצר שטח [ס' 23]

* **המסלול העיקרי:**

ס' 4 לחוק המעצרים- מעצר אדם יהיה בצו של שופט, אא"כ הוענקה סמכות בחוק לעצור בלא צו. כלומר, שוטר אמור להעדיף מעצר בצו אך יש מקרים אחרים.

ס' 23(א) לחוק המעצרים- עוסק בסמכויות של שוטר לעצור אדם שלא על פי צו.

**במסלול העיקרי נבחן 3 תנאים:**

**הבסיס העובדתי**:

ס' 23- נדרש **יסוד סביר לחשד שאדם עבר עבירה בת מעצר**. עבירה בת מעצר היא עבירה **מסוג עוון או פשע** [ס' 23(א)7].

מהו יסוד סביר לחשד של שוטר?

בג"ץ יצחק דגני נ' שר המשטרה- העותר נעצר בשל חשד לסיוע לאחר בהסתרת קטין. בשל החשדות המתוארים נמסרה לעותר בביתו בטבריה הזמנה מטעם משטרת ישראל, בה נתבקש להופיע לחקירה במשטרת ר"ג, המופקדת על חקירת המקרה. משלא הופיע כנדרש, נמסרה לו הזמנה נוספת, הוא נעצר ולכן הוגשה העתירה. המעשה שיוחס לעותר בוצע כשמונה ימים לפני ההחלטה בדבר מעצרו. לכן, **בג"ץ ציווה על שחרורו ממעצר**.

בג"ץ זה ישן יחסית והוא 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, נדרש **מבחן אובייקטיבי של שוטר סביר**- האם אדם בר דעת רגיל היה מגבש בנסיבות האלה חשד (אפילו אם החשד התברר בסוף כשגוי).

* **טעות עובדתית** לא שוללת את חוקיות המעצר. לדוגמא: אדם שיצא הביתה לשפוך זבל והדלת נטרקה והוא מנסה לטפס מהמרפסת, שוטר סביר מגבש חשד, והטעות העובדתית – העובדה שזה היה אדם תמים, לא שוללת את חוקיות פעולת המעצר.
* **טעות משפטית** בהחלט שוללת את חוקיות המעצר. לדוגמא: אם שוטר יעצור על עבירת חטא, זה מעצר לא חוקי כי זו טעות משפטית, הוא אמור לדעת מה מוגדר כחטא ומה כעוון.
* **אמונה סבירה** באשמת פלוני היא סיבה מספקת להפעלת סמכויותיו של השוטר ( **השו' שמגר**).

**עילות המעצר**

קיימות עילות מעצר משני סוגים: **שיבוש ומסוכנות**. עילת המעצר מתווספת על הבסיס העובדתי של חשד סביר לעבירה.

* 1. **עילת השיבוש**- קיימות 3 הגדרות לשיבוש שבגינן נרצה לבקש מעצר חשוד:

ס' 23(א)(2)- **חשש מאי הופעה להליכי חקירה**- יסוד סביר לחשש (של השוטר) שהחשוד לא יופיע להליכי חקירה.

ס' 23(א)(3)- **חשש מפגיעה בעדויות/ראיות**- יסוד סביר לחשש שהחשוד ישבש הליכי חקירה בהעלמת ראיות.

ס' 23(א)(6)- **חשש מהימלטות**- יסוד סביר להניח שהחשוד ימלט מהדין או יפר את תנאי השחרור ועוד.

* בהתקיים החשד הסביר ותנאי הסעיף 🡨 השוטר יכול לעצור את החשוד גם ללא צו מעצר.
* **סוג נוסף של מעצר- איזוק אלקטרוני**: נושא שהוסדר בשנים האחרונות בחקיקה. **איזוק אלקטרוני נתפס כמעצר ולא כחלופת מעצר**, האדם נמצא בפיקוח אלקטרוני שנעשה ע"י איזוק אלקטרוני. החוק הותאם לדין שקיים היום. עד לפני שנה פיקוח אלקטורני היה נחשב בתור חלופת מעצר ואז הייתה רפורמה שהגדירה את האיזוק האלקטרוני כסוג מסוים של מעצר ואז היה צריך לעשות התאמה של החוק לדבר כזה. לדוגמה במשך תקופת המעצר: עד 18 חודשים במהלך איזוק אלקטרוני.
	1. **עילת המסוכנות**- 2 סוגי מסוכנות: (1) מסוכנות אינדיווידואלית. (2) מסוכנות הנלמדת מחומרת העבירה.

**מסוכנות אינדיבידואלית-**

* ס' 23(א)(1)- מקרה בו האדם עובר **בפני השוטר** או **זה מקרוב** (=בשעות האחרונות) עבירה בת מעצר והשוטר סבור בשל כך שהאדם עלול לסכן ביטחון של אדם, ציבור או המדינה. **אדם עובר בפני השוטר עבירה בת מעצר וכתוצאה מכך נוצר אצל השוטר יסוד המסוכנות.**

מה הכוונה בפניו או זה מקרוב?

* **בפניו**- העבירה נקלטה בחושיו של השוטר. לאו דווקא בחוש הראיה, אלא הוא קולט את זה באחד מחושיו.
* **זה מקרוב**- נמדד בשעות ולא בימים! בע"פ כהן נ' התובע הצבאי- נהג צבאי עבר עבירת תנועה והתבקש להתייצב למחרת בתחנת המשטרה. כשהוא הגיע למחרת לתחנת המשטרה עצרו אותו ללא פקודת מעצר (המקבילה לצו מעצר באזרחות). ביהמ"ש אמר כי לא ניתן לומר שהעבירה נעברה "זה מקרוב" עד כדי צידוק של מעצר ללא צו, כי היא נעשתה יום לפני ובמהלך זמן זה היו יכולים להוציא צו מעצר. כלומר, מדובר בשעות ולא בימים.
* ס' 23(א)(4)- חשש שהחשוד יסכן את בטחונו של אדם, ציבור או מדינה. כאן **החשש לא נובע מכך שאדם עובר את העבירה בפניו או זה מקרוב**, זה חשש שנובע מסיבות אחרות, אך עדיין מדובר בחשש איניבידואלי.

לדעת המרצה, לכאורה הסעיפים הם מאוד קרובים, אך ההבדל בין הסעיפים הוא ההסתברות שצריכה להיות גבוהה יותר בס' 23(א)4 שכן החשש בו הוא ללא שנעברה עבירה בפני השוטר או זה מקרוב. מבחינה עיונית המרצה מניחה שהמחוקק רצה לתת את האפשרות שיש לשוטר חשש אע"פ שהיא לא נעשתה בפניו.

**מסוכנות שנלמדת מסוג העבירה**-

ס' 23(א)(5)- יש רשימה של עבירות שעצם החשד לגביהן יוצר מסוכנות. ז"א, עצם העובדה שיש לנו את הבסיס העובדתי מהווה בסיס למסוכנות. מדובר על רשימה מוגדרת של עבירות- עבירות שדינן מיתה או מאסר עולם, עבירות רצח, ביטחון, עבירות לפי פקודת הסמים המסוכנים (למעט שימוש או החזקה לשימוש עצמי), עבירות אלימות חמורה, שימוש בנשק חם, שוד, אלימות בתוך המשפחה.

* אם לשוטר יש חשד שהעבירה היא אחת מרשימה זו 🡨 קמה עילת מסוכנות רק מעצם החשד.

עד כאן דרשנו בסיס עובדתי + עילה וזה מה שמבסס לנו את ההצדקה למעצר.

**בחינת חלופת המעצר**

ס' 23(ג)- "לא יעצר אדם לפי סעיף זה אם ניתן להסתפק בעיכוב".

ספציפית **במעצר ע"י שוטר** ללא צו- יש לנו גם גורם ביניים לפני השופט והוא **הקצין הממונה**.

ס' 25-אם השוטר מחליט שלא לשחרר את החשוד במקום- הוא חייב **להביא את העצור ללא דיחוי לתחנת המשטרה** בפני הקצין הממונה.

ס' 27- **על הקצין הממונה לערוך בירור** האם מתקיימים התנאים של ס'23והאם המעצר הוא חוקי.

אם לא מתקיימים תנאי ס' 23- על הקצין הממונה לשחרר אותו, אא"כ מתקיימים התנאים של ס' 13 שמדברים על עילות לצו מעצר מטעם שופט, עד להבאה בפני שופט מעצרים. יש פה מעין סוג של הצדקת מעצר.

* אם הקצין הממונה מצא שיש עילת מעצר לפי ס' 13- הוא רשאי לעצור את החשוד או לשחררו בערובה (שחרור בערובה זו חלופת מעצר).
* המקרה היחידי שהקצין הממונה לא יכול לשחרר בערובה הוא בס' 27(ה)- אדם שיש יסוד סביר להניח **שנמלט ממשמורת חוקית** יעצר ללא אפשרות של שחרור בערובה. הקצין הממונה חייב להביאו לידי שופט.

ס' 42-קובע את סוגי הערובות שיכול להטיל הקצין הממונה.

ס' 29(א)- "מי שנעצר בידי הקצין הממונה לפי סעיף 27 יובא בהקדם האפשרי, ולא יאוחר מ-24 שעות, בפני שופט"- אם הקצין הממונה לא בוחר בחלופת מעצר אלא מחליט לעצור, הוא צריך להביא את החשוד בפני שופט. זו חלופת המעצר שמצויה במקרה הזה.

**## חלופת המעצר כאן מתבצעת ע"י הקצין הממונה.**

* **המסלול המשני:**

המסלול המשני זה המסלול שבו בגלל הפרת הוראה קודמת ניתן לעצור אדם, ואז לא בוחנים את כל 3 התנאים לעיל (שבמסלול העיקרי), אלא ניתן לעצור מכוח הפרת הוראה קודמת. מצבים לשימוש במסלול המשני:

1. **התנגדות או הפרעה בסמכויות עיכוב** [ס' 23(ב)]- **אם אדם מפריע לשוטר לעכב אותו או לעכב אדם אחר, לשוטר יש סמכות לעצור אותו**. פרשיות 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!
2. **מעצר בשל אי המצאת ערובה** [ס' 47]-גם כאן (כמו בהתנגדות לעיכוב) עצם הפרת ההוראה החוקית היא זו שיוצרת את עילת המעצר. לדוגמא: נניח שוחרר אדם בתנאי שהוא צריך להמציא ערובה, אבל הוא לא המציא אותה, אפשר מעצם זה לעצור אותו עכשיו ולהביאו בפני שופט.
3. **הפרת הוראות קודמות** [ס' 23(א)(6)]- (סעיף זה הוא תחת עילת שיבוש כי הוא חשש להימלטות אך הוא שייך גם לכאן). במצב של אדם שנמלט ממשמורת אין לקצין הממונה אפשרות לשחרר, אין לו סמכות של חלופת המעצר לשחרר בערובה אלא הוא מחויב להביאו בפני שופט [ס' 27(ה)].

לא נלמד בתשע"ח:

יש לקרוא את שאר סעיפים העוסקים בנושא:

ס' 24 לחוק המעצרים – עוסק בביצוע המעצר: אדם שעוצר צריך לזהות את עצמו ולהבהיר את סיבת המצער.

ס' 25: עצור צריך להיות מובא ללא דיחוי לתחנת המשטרה, אלא אם כן חלו נסיבות מיוחדות.

ס' 26: דוח מעצר ע"י שוטר.

ס' 27 : עוסק בתפקיד הקצין הממונה.

ס' 28 : זכות השימוע שיש לחשוד בפני הקצין הממונה.

### 5.2.2 מעצר ראשוני ע"י שוטר בצו שופט

מדובר על מעצר ב-2 שלבים: (1) קודם כל מוצא צו מעצר. (2) לאחר מכן המעצר מתבצע ע"י השוטר.

* **המסלול העיקרי [ס' 13]**:

הוצאת הצו היא מכוח **ס' 13**. **הסעיפים שנדבר עליהם עוסקים הן בצו הראשוני שמוציא שופט והן בהארכות מעצר** ויש לקרוא אותם בשינויים המחייבים.

ס' 13 עוסק בכל צווי המעצר שמוציא השופט לפני הגשת כתב אישום:

1. כאשר המשטרה מבקשת מהשופט להוציא צו מעצר שלא בנוכחות האדם.
2. הארכות המעצר/מעצר ימים.

ס' 15- מפרט את סדר הדין- איך מגישים את הבקשה למעצר (לקרוא לבד).

ס' 18- מפרט איך נראה צו מעצר (לקרוא לבד).

**ס' 12- סמכות שופט**

12. הוגשה בקשה לעצור אדם, רשאי שופט, לאחר שעיין בחומר שעליו מתבססת הבקשה, לצוות בהחלטה מנומקת בכתב, על מעצרו של אותו אדם, ובכלל זה על מעצרו בפיקוח אלקטרוני לפי הוראות סימן ג'1, או על שחרורו בערובה או ללא ערובה או בתנאים שימצא לנכון; צו מעצר יכול שיינתן בין בנוכחותו של החשוד ובין בהעדרו.

סמכות שופט- שופט רשאי לצוות בהחלטה המנומקת בכתב על מעצרו של אדם או על שחרורו בערובה או שלא בערובה בפניו או **שלא בפניו**. כמובן שפה מדובר על מקרה שלא בפני החשוד, ורק בעניין מעצר ראשוני, שהרי בדיון הארכת מעצר יש צורך בנוכחות החשוד.

**זהו הליך המורכב משני שלבים:**

1. **הוצאת הצו** על ידי ביהמ"ש.
2. **ביצוע המעצר** ע"י שוטר.

ס' 19(ב)- ביצוע המעצר מוגבל ל-180 יום- מרגע שיש צו מעצר של שופט **יש למשטרה 180 ימים לבצע את הצו**. אא"כ השופט מאריך זאת בהחלטה מנומקת בכתב.

ס' 17(ג)- יש להביא את העצור **תוך 24 שעות בפני שופט**. ההבדל היחיד ממעצר שהוא לא בצו זה שלא צריך לעבור את הקצין הממונה, אבל גם אדם שנעצר בצו שלא בנוכחותו (כמו אדם שנעצר ללא צו), צריך להיות מובא בפני שופט, וזאת תוך 24 שעות.

ס' 20- **תוקף הדרישה להביא בפני שופט בשחרור ממעצר**- כדי שעצור ישוחרר ממעצר רק במידה ויובא בפני שופט, על השופט שנותן את הצו הראשוני לציין זאת בכתב בצו עצמו ("האדם לא ישוחרר אא"כ הוא יובא בפני שופט"). במקרה בו שופט לא כתב זאת בצו הראשוני- קצין המשטרה יכול לשחררו לאחר המעצר גם ללא ערובה ולא יצטרך להביא אותו בפני שופט.

מדוע יש את האופציה הזו של ס' 20?

לעתים גם כשהמעצר נעשה במקור בצו, המשטרה מבינה מאוחר יותר שהיא לא באמת חייבת את האדם הזה במעצר (ייתכן שהייתה טעות בזיהוי, וייתכן שזו אומנם לא טעות אך אין חובה שהחקירה תיעשה במעצר). לכן לפי ס' 20 אם בצו המקורי השופט לא אמר משפט מסוג המשפט לעיל יש את האפשרויות האחרות. אומנם יש לנו העדפה של מעצר בצו על פני מעצר שלא בצו (צמצום הפגיעה בחירות הפרט), אך העובדה שהוציאו צו מעצר לא אומרת שהמשטרה לא טעתה, יכול להיות שהיא פיתחה קונספט מוטעה, ואח"כ היא הבינה שהיא לא צריכה את האדם עצור, אז ניתן לשחרר אותו. המטרה של הבאה בפני שופט היא הארכת מעצר- אך אם לא רוצים להאריך את המעצר אז למה שנצטרך להביא את האדם בפני שופט?

* **המסלול המשני** [ס' 14]:

**ס' 14- מעצר של נמלט ממשמורת חוקית**. לפיו, מספיק ששוטר מביא לשופט הצהרה בכתב שאדם נמלט ממשמורת חוקית כדי שהשופט יוציא צו מעצר.

### 5.2.3 הוראות כלליות בדבר מעצר ראשוני ע"י שוטר (בצו ושלא בצו)

**5.2.3.1 אופן ביצוע צו המעצר**

**ביצוע המעצר**: כל הוראות הביצוע נמצאות בסימן ד'. מי שנעצר ע"י שוטר (ס' 23/ס' 27) או ע"י הקצין הממונה (ס' 29) יש להביאו בהקדם האפשרי ולא יאוחר מ-24 שעות בפני שופט.

ס' 29- **חריגים** שבהתקיימם לא יהיו חייבים להביא את החשוד לתחנה ללא דיחוי, למשל: חג.

ס' 30- יש גם אפשרות לקצין הממונה להאריך ל-48 שעות בחקירות דחופות.

**ביצוע המעצר**

**24**. (א) העוצר אדם **(1) יזהה את עצמו** תחילה בפני החשוד, בציון שמו או כינויו הרשמי והיותו שוטר או עובד ציבור, **(2) יודיע לו מיד שהוא עצור** ו**(3) יבהיר לו את סיבת המעצר** בהקדם האפשרי במהלך ביצוע המעצר... היה המעצר על פי צו שופט, ימסור מבצע המעצר לעצור עותק מהצו.

(ב) הוראות ס"ק (א), למעט **(2)** החובה להודיע לחשוד על המעצר ולמסור לו עותק, לא יחולו –

(1) אם ברור בנסיבות הענין, כי זהות השוטר וסיבת המעצר ידועים לעצור;

(2) אם מילוין עלול לסכל את ביצוע המעצר;

(3) אם מילוין יגרום לפגיעה בבטחון מבצע המעצר בשעת ביצועו או להעלמת ראיה;

חלפו הנסיבות שמנעו מילוי הוראות ס"ק (א), יקיימן מבצע המעצר בהקדם האפשרי.

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

**הבאת עצור לתחנת משטרה**

**25**. (א) שוטר שעצר אדם ללא צו מעצר, יביאו, ללא דיחוי, לתחנת משטרה, ויעבירו לקצין הממונה על החקירות בתחנה, בהעדרו – למפקד התחנה, ובהעדרם – לקצין הממונה על התחנה, אא"כ מצא, לאחר המעצר, שניתן לשחררו.

**ס' 24(א)-** **עוסק באופן ביצוע המעצר**. דיברנו קצת על הסעיף הזה בעיכוב ועכשיו נדבר עליו בהקשר המקורי של מעצרים.

**השוטר צריך:**

(1) **להזדהות**- השוטר צריך להזדהות.

(2) **להודיע** על דבר המעצר- להודיע על סטטוס המעצר. 🡨תמיד חובה!

(3) **להסביר** את סיבת המעצר.

פס"ד קדושים- יש להסביר את סיבת המעצר **בלשון בני אדם** ברורה ולא טכנית ולא מובנת.

**ס' 24(ב)-** **החריגים**- **מתי לא חלה חובה על שוטר להזדהות+להסביר את סיבת המעצר?**

1. אם ברור בנסיבות העניין כי זהות השוטר וסיבת המעצר ידועים לעצור.
2. אם מילוי החובה עלול לסכל את ביצוע המעצר.
3. אם מילוי החובה עלול לגרום לפגיעה בביטחון מבצע המעצר בשעת ביצועו או להעלמת ראיה.
* אם חלפו הנסיבות שמנעו מילוי הוראות ס"ק (א), יקיים מבצע המעצר את ההוראות האמורות (=יזדהה ויסביר) מוקדם ככל האפשר.

**תמיד חובה**: הודעה על דבר המעצר + מסירת צו המעצר (אם המעצר בצו שופט).

**ס' 24(ג)-** קובע כי מילוי החובות האמורות בס' קטנים (א) ו-(ב) הוא תנאי לחוקיות המעצר. חוקיות המעצר מותנית בכך שהביצוע יהיה כדין. **אם השוטר לא מילא אחד מהתנאים 🡨 המעצר לא חוקי!**

מתי נדע שאנחנו במעצר?

בפס"ד קנוש היה אדם שטען שלא ברח ממשמורת חוקית משום שכאשר עצרו אותו הקצין לא שם עליו יד- לא אזק אותו. כלומר, הקצין אמר לו שהוא עצור אבל לא נגע בו ולא אזק אותו. ביהמ"ש קבע שכאשר עוצר נמצא בקרבת הנעצר ואומר לו באופן ברור שהוא עוצר אותו **אין צורך בפעולה פיזית מצד העוצר** שתמחיש את הפיקוח שהוטל הלכה למעשה. **מספיק שהשוטר מזהה ומודיע על סיבת המעצר**. לא צריכה להיות איזושהי פעולה פיזית: לא צריך לגעת באדם או לאזוק אותו, אלא להיפך אין סיבה לעשות זאת אם האדם הוא לא מסוכן.

**5.2.3.2 מתי מעצר יחשב לבלתי חוקי?**

**בוודאות** הופך את המעצר ללא חוקי:

1. **אם השוטר לא מזדהה, מודיע על דבר המעצר או על סיבתו** שלא בהתאם לס' 24(ג).
2. **טעות משפטית בסיווג העבירה**- למשל: אם שוטר חשב שהעבירה היא עוון ומתברר שהיא חטא.

**#** טעות עובדתית של שוטר לא הופכת את המעצר ללא-חוקי, כל עוד היה חשד סביר לשוטר שאדם עברה עבירה (גם אם בסופו של דבר החשד הזה לא אומת, המעצר לא הופך להיות בלתי חוקי).

**אולי** הופך את המעצר ללא חוקי (אין הכרעה ודאית):

1. **השתהות בהבאת חשוד לתחנת המשטרה**- לפי ס' 25, שוטר שעוצר אדם ללא צו, צריך להביא אותו לתחנת המשטרה ללא דיחוי. לדעת המרצה- ההשתהות יכולה להפוך את המעצר ללא חוקי, אבל זה עניין של מידה. למשל: אם שמו עצור בניידת במשך 6 שעות (ולא התקיימו החריגים של ס' 25) ואז הוא ברח, ייתכן שהמעצר ייחשב לא חוקי ואז לא יוכלו להאשימו בבריחה ממשמורת חוקית.
2. **אם המעצר נעשה ללא צו אבל היה ניתן להביא צו**- לפי ס' 4 יש עדיפות מוחלטת למעצר בצו, וגם הוראות המשטרה נותנות עדיפות למעצר בצו. במקרה בו היה ניתן להוציא צו, והייתה סמכות גם למעצר ללא צו ולבסוף עצרו ללא צו- אין תשובה מוחלטת אם המעצר הופך ללא חוקי (למרות שלא ניתן צו, חשוב לשים לב אם המעצר בוצע בסמכות או לא).
3. ס' 23(ג)- **אם בוצע מעצר (בסמכות) כשהיה ניתן להסתפק בעיכוב**- אם יש סמכות הן לעצור והן לעכב והשוטר עוצר, במקרה זה למרות שהיתה סמכות, לא היה שימוש בכלי המידתי יותר (עיכוב).

**5.2.3.3 הכשרה- כיצד ניתן להפוך מעצר בלתי חוקי לחוקי?**

1. **הכשרת מעצר על ידי הקצין הממונה**- ס' 27 קובע כי אם אדם נעצר ע"י שוטר ללא צו מעצר על השוטר להביא אותו אל הקצין הממונה. גם אם הקצין הממונה סבור שהשוטר טעה הוא יכול לעצור – זה "הכשרה" של מעצר לא חוקי:

אם הקצין רואה כי התקיימו תנאי ס' 23 המדברים על מעצר ללא צו 🡨 המעצר תקף ותקין.

אם תנאים אלו לא התקיימו הקצין עובר לבדוק את תנאי ס' 13. אם תנאים אלה התקיימו 🡨 יכול הקצין להכשיר את המעצר הבלתי חוקי ע"ב הסעיף שמדבר על עילות מעצר של שופט.

1. **הכשרת מעצר על ידי ביהמ"ש**- שופט המעצרים יכול לבוא לקראת החשוד בדברים שנעשו קודם לכן. כך, הוא יכול למשל לשחררו בערובה בגלל הדברים הלא תקינים שנעשו עימו. אולם, ביהמ"ש יכול להכשיר גם **דברים לא חוקיים** שקרו כי יש לו את הסמכות לעצור. בסופו של דבר, שופט שעומד בפניו אדם שהוא חושב שהאינטרס הציבורי שהוא יהיה במעצר, זה יכול לגבור על כל דבר. אם לשופט יש סמכות, דברים לא נכונים שנעשו קודם לכן יכולים להשפיע על שיקול דעתו, אבל זה לא שולל את סמכותו.

מ"י נגד דרור ג'אנח- אדם עוכב למעלה מ-3 שעות (**עיכוב לא חוקי**) ואז נעצר. 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.

**בעליון נקבע שגם אם בשלב מסוים העיכוב היה פגום,** **הרי שברגע שהאדם הובא לביהמ"ש הוא זה שייבחן אם יש מקום להשתמש בסמכותו ולעצור, על אף הפגם**.

* כעיקרון, כשלביהמ"ש יש סמכות לעצור שום דבר לא שולל את סמכותו כולל פגמים של תביעה או משטרה. יתכן שביהמ"ש יתחשב באי החוקיות שנעשתה קודם לכן ויתכן שלא.

**לא נלמד בתשע"ח:**

פס"ד אשרף- לפיס' 16(2) **הארכת מעצר צריכה להיות בנוכחות החשוד**.

במקרה זה 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 ליותר מ-24 שעות. ביהמ"ש קבע כי הסעיף 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 לאור כל הנסיבות**. כלומר, גם כאשר נפל פגם, מוטל על ביהמ"ש לדון ולראות מהו האינטרס הציבורי במעצר. ביהמ"ש יכול להתייחס לפגמים מסוימים אבל אין דבר שיכול למנוע מביהמ"ש לעצור אדם.

**5.2.3.4 הסעדים בגין מעצר לא חוקי**

1. **פסילת ראיות**- הלכת יששכרוב- שק"ד לבית המשפט להחליט האם לפסול ראיות שהתקבלו ע"ב מעצר או עיכוב לא חוקי. מעצר לא חוקי יכול לגרום לפסילת כל מה שקרה בעקבותיו אם מדובר בהודאה שנתן אדם או חפץ שנמצא. מדובר בדוקטרינה של שק"ד היא לא מוחלטת, אבל אנחנו חייבים להיות מודעים לה.
2. **תביעת השוטר (אחריות שוטר)**- ס' 44 לפסד"פמדבר על פטור לשוטר מאחריות אזרחית או פלילית בשל מעצר או עיכוב שלדעת ביהמ"ש בוצע בתום לב ולטובת הציבור.

עם זאת, אם שוטר ביצע פעולה שלא בתום לב או לא לטובת הציבור אלא לטובתו האישית אז הפטור לא יחול וניתן לתבוע אותו אישית. בנוסף, השוטר יכול לעמוד **לדין משמעתי** במשטרה.

1. **פיצוי מהמדינה**- ס' 38(א) לחוק המעצרים קובע כי אם אדם נעצר ושוחרר בלא שהוגש נגדו כתב אישום וביהמ"ש מצא שלא היה יסוד למעצר (או שראה נסיבות אחרות המצדיקות פיצוי), רשאי הוא לצוות כי **אוצר המדינה** ישלם לו פיצוי על מעצרו והוצאות הגנתו בסכום שיקבע ביהמ"ש. את השכר המירבי קובע שר המשפטים והוא השכר הממוצע במשק על כל יום מעצר. מעבר לכך יכול המתלונן לתבוע בנזיקין אך יהיה עליו להוכיח עוולה.
2. **פיצוי ממתלונן**- ס' 38(ב) לחוק המעצרים קובע כי אם אדם נעצר ושוחרר ומצא ביהמ"ש שהמעצר היה עקב תלונת סרק שהוגשה שלא בתום לב, רשאי ביהמ"ש **לחייב את המתלונן** לשלם לנעצר בגלל תלונת הסרק בפיצוי על מעצרו והוצאות הגנתו, בסכום שיקבע ביהמ"ש.
3. **התנגדות למעצר**- כאשר מעצר הוא לא חוקי **האדם שבורח מבצע הגנה עצמית** ואינו נחשב למי שבורח ממשמורת חוקית או מפריע לשוטר במילוי תפקידו.

הרצאה 7 – 31.12.17

**5.2.3.5 סמכויות נלוות למעצר**

מעצר ראשוני (בצו או שלא בצו) הוא מעצר שמבוצע ע"י שוטר ולו יש סמכויות נלוות לסמכות המעצר.

1. סמכות להפעיל כוח סביר:

כזכור, בסמכות עיכוב לשוטר אין סמכות להפעיל כוח בעוד שלאדם המעכב אדם אחר יש סמכות להפעיל כוח סביר. ההבדל נובע מהעובדה שכאשר מתנגדים לעיכוב קמה הסמכות לעצור, אשר גוררת את האפשרות להפעיל כוח לצורכי מעצר.

ס' 19 לפסד"פ עוסק במקרה של מעצר ללא צו- הוא המקור להיתר לשימוש בכל אמצעי סביר הדרוש למעצר אם האדם מתנגד. כוח סביר הוא תלוי נסיבות. ייתכן מקרה שבו גם איזוק הוא דבר בלתי סביר בנסיבות.

כאשר מדובר במעצר שהוא בצו הסמכות היא מכוח ס' 26(2) לחסד"פ.

פס"ד עובדיה נ' היועמ"ש- שוטרים באו לעצור דייג בגין החזקה אסורה של חומרי נפץ לצורך דייג. הדייג לא התנגד למעצר ובכ"ז בשלב מסוים השוטרים אזקו אותו ולכן הוא התנגד ותקף שוטר. ביהמ"ש זיכה אותו מתקיפת שוטר משום שהוא לא התנגד למעצר ולא היה צורך לאזוק אותו ומכאן שהיה שימוש בכוח לא סביר. כוח סביר הוא בהקשר הנסיבות ודרישת המידתיות חלה גם כאן. ביהמ"ש זיכה אותו מתקיפת שוטר כי לא היה צורך לאזוק אותו.

בניגוד לפס"ד עובדיה יתכנו מקרים שבהם אפילו כוח קטלני שיש בו פוטנציאל להמית יהיה כוח סביר בנסיבות מסוימות. נפנה לפסקי הדין שהתוו את ההלכה בנושא- פס"ד גולד ופס"ד אנקונינה.

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

ביהמ"ש קבע כי שימוש בכוח קטלני אגב מעצר הוא מותר, בהתקיימות 3 תנאים מצטברים:

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

התנאים הללו עוד שוכללו והוקשחו- ביהמ"ש חזר על התנאים בפס"ד אנקונינה חידד אותם והקשיח אותם:

פס"ד אנקונינה- שוטר מג"ב עמד במחסום שהוצב לאחר פיגוע ברצועת עזה ונוצרו תורים. רכב שראה את המחסום ניסה להסתובב לאחור ולחזור אחר עקבותיו. השוטר קרא לו בערבית לעצור ולאחר שלא עצר ירה 2 יריות באוויר והרכב המשיך להסתובב ואז ירה לעבר גלגלי הרכב אבל בטעות הרג את הנהג.

ביהמ"ש יישם את מבחני גולד (מעצר חוקי, עבירת פשע, אמצעי אחרון) אבל שיכלל/חידד אותם, בדגש על המבחן השני (וקצת השלישי):

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

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

אמצעי מידתי יותר מנשק חם- רובה טייזר

היום יש לשוטרים רובה שנקרא רובה טייזר- רובה הטייזר יורה שוק חשמלי והמטרה שלו היא מאוד להכאיב לנעצר, אבל לא להרוג. יש כאן איזשהו ניסיון שהוא מידתי יותר במצבים של התנגדות למעצר כאשר לא רוצים לבצע שימוש בכוח קטלני. היום הטייזר הוא אמצעי שמשתמשים בו במשטרה. השימוש בכלי זה הוא מאוד כואב וצריך להיזהר כאשר משתמשים בו.

זוהי דוגמא לכלי שהוא מצד אחד פגיעה בכבוד האדם אך מצד שני אם משווים אותו לנשק- הוא לחלוטין אמצעי מידתי יותר.

המרצה לא מכירה פסיקה בנושא הזה.

1. סמכות כניסה למקומות

ס' 26 לחסד"פ קובע כי מי שמבצע צו מעצר רשאי להיכנס לכל מקום שיש יסוד סביר להניח שהחשוד/שהעצור נמצא בו וגם להשתמש בכוח סביר לצורך הכניסה.

מה קורה כאשר המעצר הוא ללא צו?

לגבי מצב שבו אין צו מעצר ביד, אין ס' ברור ומקביל באופן מלא, אבל ס' 45 לפסד"פ קובע כי אם יש סמכות להיכנס לעצור או לחפש- האדם שגר בבית או במקום שמותר להיכנס אליו חייב לאפשר את הכניסה הזו ואם הוא מסרב ניתן לעשות זאת (להיכנס) בכוח. כאשר יש לשוטר סמכות להיכנס למקום, האדם צריך לתת לשוטר להיכנס אליו.

השאלה שעולה היא- האם ס' 45 נותן סמכות עצמאית להיכנס או שהוא סעיף שצריך להלביש אותו על סעיף אחר שמאפשר כניסה? לכאורה, אני צריך קודם את הרשות לעצור או לחפש ונשאלת השאלה האם כאשר אין לשוטר סמכות מעצר או לו צו מעצר האם הוא רשאי להיכנס? האם הסעיף חל על האדם כאשר אין לשוטר צו?

נשאל - האם ס' 45 מקנה סמכות עצמאית לכניסה לכל מקום או דורש סמכות מוקדמת, כמו צו מעצר?

פס"ד בירמן- חייל נמלט ממשמורת חוקית וכעבור זמן מה באו מ"צ ונכנסו לביתו ע"מ לחפש את העריק. הוא התנגד לכניסה לבית בטענה שהשוטרים לא היו רשאים ומוסמכים להיכנס ללא צו מעצר.

לא הייתה מחלוקת לכך שהמעצר הוא חוקי ויש להם סמכות לעצור אותו, השאלה הייתה: האם יש להם סמכות להיכנס?

כל השופטים הסכימו שהכניסה הייתה חוקית אבל המחלוקת הייתה לגבי ההנמקה.

דעת הרוב- השאירה בצ"ע את האפשרות שס' 45 מקנה סמכות להיכנס לבית לביצוע מעצר גם ללא צו. דעת הרוב הייתה שס' 45 לא מקנה סמכות עצמאית. על סעיף זה הם הלבישו סעיף אחר שיקנה את סמכות המעצר:

יחד עם זאת, את מקור הסמכות הם מצאו בס' 25 לפסד"פ שמגדיר מתי אפשר להיכנס לחפש בבית ללא צו חיפוש. ס"ק (4) מתייחס למצב ששוטר רודף אחרי אדם המתחמק ממעצר או נמלט ממשומרת חוקית. לטענתם, הרדיפה לא חייבת להיות תכופה ולכן זהו מקור הסמכות. השופטים אמרו שהרדיפה כאן היא לאו דווקא רדיפה דחופה וגם שוטרים שבאים לתפוס עריק הם גם באים לקיים את תנאי הסעיף ולכן ניתן להלביש את הסעיף הזה על ס' 45.

השו' אלון בדעת מיעוט- סבר כי ס' 25(4) מדבר רק על רדיפה תכופה. הוא ביסס את הסמכות על ס' 45 שכן אם יש לשוטר סמכות מעצר אז מניה וביה מתקיים ס' 45. ס' 45 מקנה סמכות עצמאית לשוטרים לעשות זאת.

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

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

### 5.2.4 הארכת מעצר – "מעצר ימים" (לפני הגשת כתב האישום)

מעצר ימים יהיה תמיד בסמכות ביהמ"ש השלום לפי ס' 2 ולא משנה מה סוג החשדות או העבירה.

מקור הסמכות למעצר ימים באותם סעיפים שמכוחם שופט מוציא צווים ראשוניים למעצר ע"י שוטר.

יש כפילות בין ס' 12 ו-13 לחוק המעצרים כי הם עוסקים בשני מצבים: (1) הוצאת צו מעצר ראשוני ו(2) הארכת מעצר ע"י שופט; ס' 12 מאפשר לתת צו מעצר בנוכחות החשוד וגם בהיעדרו. הסיטואציה של בהיעדרו מתייחסת להוצאת הצו הראשוני שמאפשר לעצור ל-24 שעות ואילו הסיטואציה של בנוכחותו עוסקת בהארכת מעצר ודורשת את נוכחותו.

* ס' 13 מונה את עילות המעצר בהארכת מעצר, כאשר גם כאן יש לנו מסלול עיקרי ומשני.
* **המסלול העיקרי: (צריך את 3 הרכיבים: תשתית עובדתית+ עילות מעצר+ בדיקת חלופת מעצר)**
1. תשתית עובדתית:

ס' 13(א) לחוק המעצרים קובע כי בשביל הארכת מעצר יש צורך בחשד סביר לביצוע עבירה שאיננה חטא.

יש פה בעיה מעגלית: מחד, המשטרה צריכה להראות לשופט קצה חוט כדי שייתן הארכת מעצר ומאידך הרי היא מבקשת את המשך המעצר כדי להמשיך לחקור. לכן יש פה מקום להרבה אינטואיציה שיפוטית מושכלת (פס"ד רוזנשטיין).

למשטרה אין רצון לעצור אנשים סתם, אך אם יש סיכוי שיש פה עניין עליה לחקור. בשלב זה הסניגור יודע על חשדות כלליים אך לא מכיר את חומר הראיות כדי להגיב עליהם.

שופט יכול להיזקק לכל חומר קיים כדי לבחון את הדבר: פסיקה- השופט צריך להפעיל את חוש המומחיות שלו ולבחון האם באמת יש פה חשד סביר.

בש"פ שקארנה- השופטת בייניש קוראת לזה "בעיה מעגלית". היא אומרת כי הצורך להשלמת חקירה לשם איסוף חשדות חייב להיבחן מול זכויות החשוד, שלא רק שהוא בחזקת חף מפשע, אלא שזהו שלב שהחשדות נגדו מאוד התחלתיים. יש פה בעצם בעיה מעגלית: הצורך בהשלמת החקירה חייב להיבחן אל מול זכותו של החשוד לחירות. המשטרה מבקשת להאריך את המצער ע"מ לאסוף ראיות ובינתיים צריך להציג לשוטר ראיות כדי שהוא יוכל להמשיך להאריך את המעצר.

פס"ד זאב רוזנשטיין ופס"ד לנדסברגר- נקבע כי בשלב הזה של בקשה למעצר ימים, המושג 'חשד סביר' יכול לכלול כל ראיה שמוצגת בפני השופט, כולל ראיה לא קבילה וחומר חסוי, שיכולה לקשור את החשוד לעבירה. כל מידע שמצוי בידי המשטרה שיכול לעורר חשד סביר.

הדבר קבוע בחוק בס' 15(ו) לחוק המעצרים- אישור השימוש בראיות שאינן קבילות, חומר חסוי וכו' לצורף החלטת שופט בבבקשה למעצר ימים.

מהי התשתית העובדתית הנדרשת כשיש אירוע המוני?

בש"פ סינהרשקו: מקרה שקרה במהלך פינוי כפר דרום. בעת הפינוי היו אנשים שהתבצרו מעל גג של בית כנסת. נעשו מעשים פליליים אבל בגלל שהיו הרבה אנשים לא ניתן היה לדעת מי עשה מה. נעצרו הרבה אנשים והשו' בייניש קבעה כי מבחינת התשתית העובדתית באירוע המוני די בשלב הזה בזיקה ראייתית הבאה לכדי ביטוי בנוכחות במקום העבירה כדי לבסס חשד סביר נגד החשודים ולקשור אותם באופן ראשוני לעבירות שלכאורה בוצעו. עצם הנוכחות יוצרת זיקה ראייתית לאירוע.

1. עילות מעצר: [שיבוש, מסוכנות, צרכי חקירה]
2. עילת השיבוש- 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.

באירוע המוני- בש"פ סינהרשקו- בייניש אומרת כי כשיש מעורבים רבים בעבירה ויש חשש שהייתה התארגנות מראש לביצוע העבירה, קיים חשש אינהרנטי לאפשרות של שיבוש הליכים.

* מקרה בעייתי- זו החלטת יחיד ויתכן שהדעה של בייניש אז לא היתה תופסת היום.
1. עילת המסוכנות- ס' 13(א)(2) לחוק המעצרים מאפשר להאריך מעצר אם קיים יסוד סביר לחשש שהנאשם יסכן את בטחונו של אדם, הציבור או המדינה.

עד כמה ימים ניתן לקבל הארכות מעצר מתוקף עילות שיבוש או מסוכנות?

ס' 17(א)- בשיבוש ובמסוכנות אפשר לעצור למעצר ימים עד 15 יום בכל פעם ולא יותר מ-30 יום ברצף.

ס' 17(ב)- חריג: ניתן לעצור ליותר מ-15 ימים אם הוגשה בקשה להארכת מעצר באישור היועמ"ש. הדבר קורה במקרים מיוחדים בלבד (המרצה זוכרת רק מקרה מסוים של עבירת סייבר מתוחכמת).

ס' 59- גם הארכת מעצר באישור היועמ"ש יכולה להגיע רק עד 75 ימים (כולל כל הימים)- ואז יש לשחרר את העצור.

ס' 62(א)- ניתן להאריך מעבר ל-75 ימים באישור של ביהמ"ש העליון (יכול להאריך ב-3 חודשים בכל פעם).

* תיאורטית, אפשר להגיע להארכות אלו אולם זה נדיר (מעצרים אלו כשמם כן הם - נמשכים ימים ספורים).
1. צרכי חקירה שלא ניתן לקיימם אלא במעצר- עילה ייחודית ביותר המיועדת למעצר ימים בלבד. עילה זו קבועה בס' 13(א)(3)- הארכת מעצר לצורך הליכי חקירה שלא ניתן לקיים אלא במעצר בלבד. אלה מצבים בהם האדם לא מסוכן וגם אין סכנה לשיבוש, אבל המשטרה אומרת שיש הליכי חקירה שהיא יכולה לקיים רק במעצר. הדוג' הקלאסית: מדובב. יש לנו הליך חקירתי שאפשר לקיים אותו רק במעצר. המחוקק נותן את האפשרות הזו אך היא מאוד מיוחדת.
* במקרה כזה על השופט לרשום נימוקים מיוחדים להחלטתו להאריך את המעצר.

פס"ד ברונסון- מהם הנימוקים המיוחדים ומהם הליכי חקירה יחודיים שמחייבים מעצר?

השו' 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.

נפסק שעל המשטרה להראות פוטנציאל פגיעה חמורה וקשה ביכולת הניהול הסביר של החקירה. על המשטרה להראות שלא ניתן יהיה לנהל את החקירה בדרכי החקירה הרגילות בצורה סבירה וראויה. לא סיכול החקירה ולא הכבדה. פגיעה חמורה. לצורך חקירה סבירה נדרש כאן מעצר.

איך ביהמ"ש יכול לרשום נימוקים מיוחדים כאשר הוא מאריך את המצער (מבלי שהדבר יגלה לחשוד את דרכי החקירה המיוחדות)?

השו' חשין- אומר שהשופט צריך לנמק ברמת הפשטה כזו שמצד אחד לא תמחק את מיוחדותם של הנימוקים ומצד שני לא תסכל את הליכי החקירה עצמה. הפתרון בפועל: אחד הפתרונות הוא שהשופט מפנה בהנמקה שלו לחומר חסוי – זה לא פותר את הבעיה מבחינת זכות הציבור לדעת או מכוח זכות הסנגור לדעת, אבל זה סוגר את הדברים מבחינת הביקורת השיפוטית על המעצר- כי ערכאת הערעור תוכל לקרוא את חומר החקירה (ביהמ"ש המחוזי יכול לבחון את הדברים אם יהיה ערעור על המעצר).

* הדבר אומנם לא פותר את הבעיה של המידע לסנגור (שעדיין לא יודע בדיוק מהי העילה למרות ההנמקה) אבל כן מאפשר ביקורת שיפוטית, שכן אם יוגש ערר השופט בערר כן יוכל לראות את הנימוקים בחומר החסוי.

עד כמה ימים ניתן להאריך מעצר ימים בעילה זו?

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

בש"פ פלוני נ' מ"י- האם אפשר לעצור כי רוצים 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 כ"א, ביהמ"ש לא מוסמך להורות על בדיקה פסיכיאטרית בתנאי אשפוז אלא רק על בדיקה פסיכיאטרית שלא בתנאי אשפוז.

1. חלופות מעצר:

ס' 13(ב) קובע כי שופט לא יצווה על מעצר לפי סעיף קטן א' לפני שיבדוק אם מתקיימת חלופת מעצר. כמובן שלא נגיע בכלל לבדיקת החלופה אם אין תשתית עובדתית או עילת מעצר. יש דרישה מושפטים לבחון תמיד את חלופת המעצר: שהיא מידתית יותר שאמורה להשיג את אותה תכלית. נניח שהתכלית שלי היא מניעת שיבוש, אנחנו שואלים את עצמנו האם באמצעות אמצעי אחר אנחנו יכולים לנטרל את השיבוש.

כעיקרון חלופות מעצר ששופטים יכולים לתת נמצאים בסעיף 48 לחוק המעצרים- שחרור בתנאי ערובה. רשימה מאוד ארוכה של דברים שניתן לתת אותם: חלק מהם, כולם, כל מיני דברים. הרשימה של הדברים מצויה בסעיף 48.

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

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

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

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

* **המסלול המשני: (מעצר בשל הפרת הוראה קודמת)**
1. הימלטות ממשמורת חוקית: ס' 14 לחוק המעצרים קובע כי מספיקה הצהרת שוטר בכתב לפיה אדם נמלט ממשמורת חוקית כדי לאפשר לשופט להוציא צו מעצר. ההימלטות היא העילה. אם שוטר נותן הצהרה בכתב שאדם נמלט ממשמומרת חוקית, לשופט יש סמכות לעצור אותו.

לא נלמד בתשע"ח:

1. הפרת תנאי שחרור בערובה: ס' 51 לחוק המעצרים קובע כי אם יש הפרה של תנאי שחרור בערובה אז אפשר לעצור. עצם ההפרה מהווה עילת מעצר חדשה כשלעצמה.

לא נלמד בתשע"ח:

מעצר ימים – פרוצדורות ומועדים

הפרוצדורה:

ס' 16-15 קובעים את סדרי הדין לעניין הארכת מעצר, ס' 17 קובע את המועדים, ס' 18 קובע מה צריך להירשם בצו המעצר ס' 19(ג) קובע הוראות לביצוע הצו.

יודגש כי אי חוקיות שקדמה להארכת המעצר לא שוללת את סמכות השופט. ייתכן שנעשו דברים לא חוקיים בשלב קודם, אבל זה רק יילקח בחשבון אך לא שולל את סמכות השופט לעצור.

היכן מעוגנת סמכות ביהמ"ש להאריך את התוקף של חלופות המעצר במסגרת הליכי מעצר ימים?

בש"פ 5536/13 פלוני- השאלה התעוררה משום שבס' 13(א) יש סמכות להארכת מעצר אבל ברגע שאדם משוחרר בערובה (חלופת מעצר) לא כתוב בשום מקום שיש סמכות להאריכה. זו לאקונה.

השו' עמית אומר שמי שהוסמך לפעול על גבול השלם מוסמך לפעול גם בחלקיו. כלומר, משניתנה לביהמ"ש סמכות להאריך מעצר (מכוח ס' 16 לחוק המעצרים), היא כוללת גם הארכת תנאי שחרור בערובה שפגיעתם בחירות החשוד פחותה יותר. הסמכות לגבי חלופות המעצר נמשכת כל זמן שיש סמכות להאריך מעצרים, כלומר עד 30 יום ואם יש בקשת יועמ"ש אז עד 75 יום.

מעבר לפרק הזמן הזה (=תקופות המעצר המותרות) יש להגיש בקשה לפי ס' 58 לחוק המעצרים שעוסק בתוקף ערובות (יש תנאי שחרור שאינם חלופת מעצר אלא תנאי שחרור שבאים להבטיח שהחשוד יגיע לדיון). הס' קובע שהערובה ותנאי השחרור בערובה יבוטלו תוך 180 יום אם לא הוגש כתב אישום, אא"כ הוגשה בקשה בתוך אותה תקופה, אז ניתן להאריך את תנאי הערובה ב-180 ימים נוספים. הס' לא מבחין בין חלופות המעצר השונות. כך למשל ערובה כספית שונה ממעצר בית, ולכן חשוב שהשו' יבחין בין סוגי הערובות השונות כתחליף למעצר.

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

סיכום הארכת חלופות מעצר:

* ערובות שהן חלופה למעצר (אמצעי מידתי יותר למעצר)- אז הגיוני שאפשר להאריך אותן עד לתקופה שהיה ניתן להאריך מעצר (כי זו סנקציה פחותה יותר).
* ערובות שמטרתן להבטיח את ההתייצבות למשפט מכוח ס' 58- כמו ערובות כספיות וכו'. התוקף שלהם הוא עד 180 יום אא"כ תוך כדי 180 יום התובע בקש הארכה.

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

כובע אחד עוסק בסמכות של שופט לעצור בנאדם שלא בנוכחתו.

וכובע אחר עוסק בנושא של הארכות מעצר זה גם מכוח ס' 13.

* חשוב לזכור: נוכחות חשודים בהאכת מעצר היא זכות חוקתית, הנוכחות בהארכת מעצר היא זכות חוקתית, המופיעה בסעיף 16 (2) לחוק המעצרים. מדובר בזכות חוקתית היא קבועה בס' 16 (2) אבל אנחנו יודעים מפרשת פלונית שביהמ"ש ראה בזה זכות חוקתית להליך הוגן.

### 5.2.5 מעצר לפי הצהרת תובע (לפני הגשת כתב האישום)

כשמסתיימת חקירה אדם אמור להיות משוחרר. אין יותר מעצר לצורכי חקירה אולם, לעיתים התביעה צריכה עוד כמה ימים כדי להגיש כתב אישום ויכול להיות שמדובר באדם מאוד מסוכן שאנחנו רוצים שהאדם יהיה במעצר עד שיכתב ויוגש כתב האישום.

לשם כך קובע ס' 17(ד) כי אם הצהיר תובע בפני ביהמ"ש שהוא עומד להגיש כתב אישום ניתן להאריך את מעצר החשוד ב-5 ימים וכל זאת בכפוף לס"ק (ב) שקובע כי סך ימי המעצר (במצטבר) לא יעלה על 30 ימים. בד"כ ביהמ"ש נותן 2-3 ימים וזה מספיק.

הסעיף מעורר מספר שאלות:

האם הפרקליט צריך להצהיר ולהתחייב בוודאות שהוא הולך להגיש כתב אישום?

פס"ד בדווי- צמצום חובת התובע: הסנגורים ניסו לטעון כי על התובע להתחייב שיגיש כתב אישום בוודאות, אבל זה לא התקבל. די שהתובע יצהיר שלאחר עיון בחומר יש ראיות לכאורה להגשת כתב אישום ואין צורך בהצהרה חד משמעית שאומרת שהוא מתחייב להגיש. אין צורך בהצרה חד משמעית. מספיק שהתובע יאמר שלכאורה ממה שהוא קיבל ועבר עליו עד כה הוא יגיש כתב אישום. זאת כדי שהתובע לא יכבול את שיקול דעתו. אשר מתקבל חומר החקירה מהמשטרה, התביעה צריכה להפעיל שיקול דעת בהחלטה האם להגיש כתב אישום, לכן אסור לכבול את התביעה לכך שהיא מתחייבת להגיש כתב אישום.

בנוסף, עדיף שהתובעים לא יצהירו הצהרות שיש להם בסיס.

שכלול הגישה הגיע בפס"ד הבא:

פס"ד אלטוויל- ניסיון של הסנגורים לטעון שהתובע צריך לכתוב את סעיפי האישום שלפיהם הוא יגיש כתב אישום וגם זה נדחה. ביהמ"ש לא קיבל את עמדת הסנגוריה ואמר שלא צריך לכתוב את הסעיפים המפורטים. התובע צריך להפעיל שיקול דעת בעניין. דוגמא קלאסית: התובע קורא את החומר והוא התחרט מאשמת רצח ועבר לאשמת הריגה.

בעקבות פסה"ד יצא פורמט אחיד להצהרת תובע: "אני מאשר/ת כי לאחר העיון בחומר הראיות שהוגש לי יש מקום לכאורה להגיש בתיק זה כתב אישום ולבקש מעצרו של הנאשם עד לתום ההליכים המשפטיים נגדו".

\*\* התובע מצהיר גם על כך שהוא יגיש כתב אישום, וגם על כך שהוא הולך לבקש מעצר עד תום ההליכים (כי אם הוא לא מתכוון להגיש בקשה למעצר עד תום ההליכים- מה החשיבות של הבקשה למעצר הנוכחי לפי הצהרת תובע?)

שאלה נוספת: אחרי שהוגשה הצהרת תובע, האם אפשר לחזור ולבקש מעצר לצורכי חקירה (בתוך 30 הימים)?

בש"פ שימול- הפרקליטות הגישה הצהרת תובע וקיבלה 3 ימים, אבל במהלך הזמן הגיע מידע לחוקרים שגורם להם להמשיך לרצות לחקור. במקום להגיש כתב אישום, הגישה התביעה בקשה למעצר ל-7 ימים לפי ס' 13.

מה קורה כשניתן מעצר ע"ב הצהרת תובע ואז התגלה חומר חקירה חדש והמשטרה מבקשת להאריך שוב מעצר לפי ס' 13 (בהנחה שעדיין לא חלפו 30 הימים)?

החלטת ביהמ"ש: ברמה העקרונית זה אפשרי- ייתכנו מקרים חריגים שבהם זה יתאפשר לאחר שהמעצר כבר הוארך לפי ס' 17(ד), אך התביעה תצטרך להראות שחלה התפתחות מהותית שמשליכה באופן ממשי על תוכן כתב האישום.

* ביהמ"ש הדגיש כי לא מדובר במקצה שיפורים לתביעה ולכן על התביעה להראות שלא ניתן היה בשקידה סבירה לבצע קודם את פעולות החקירה האלה. במקרה זה הראו לביהמ"ש דו"חות סודיים שלא ניתן היה לצפות קודם לכן ולכן נדרשו פעולות חקירה נוספות. צריך להראות שמדובר על התפתחות חדשה שלא ניתן היה לדעת אותה קודם.
* במקרה הזה של שימול באמת הצליחו להוכיח את התנאים שחלה תפנית בחקירה שלא ניתן היה לצפותה קודם ובעקבותה היו צריך לעשות פעולות חקירה נוספות.
* האינטרס הציבורי והחקירה גוברים על זכותו של החשוד לחירות.

פס"ד 14/4829 פלוני נ' מ"י- Hard cases make bad law. השלום הורה על שחרור קטין ממעצר והחזרתו למעון שהוא נמצא בו. המעון פחד שהקטין יחזור לשם משום שזה יסכן את השוהים במקום (הצוות והקטינים האחרים) ולכן הגיש ערר למחוזי. הערר התקבל וביהמ"ש המחוזי הורה על המשך המעצר של הקטין- האריך את המעצר עד למחרת בבוקר (עוד לילה) בכפוף לכך שתוגש הצהרת תובע.

הבעיה: בביהמ"ש השלום נציג המשטרה אמר לפרוטוקול שהמשטרה סיימה את פעולות החקירה וטרם הייתה הצהרת תובע ולכן, בהיעדר הצהרת תובע, לא הייתה סמכות למשטרה לעצור ולכן ביהמ"ש הורה לשחרר. מכאן התיק מגיע לעליון. ס' 13 מאפשר לשופטים לתת מעצר בתקופת חקירה. אם הסתיימה החקירה- צריך לשחרר את העצור. אא"כ הוגשה הצהרה תובע שמאריכה את המעצר. אך אם לא הוגשה הצהרת תובע- אין סמכות חוקית להאריך את המעצר וחייבים לשחרר. העובדות הן אלו: משטרה בשלום אומרת שהיא סיימה את החקירה, אין הצהרת תובע, הבנאדם מסוכן.

השופט עמית דוחה את בקשת הקטין ומתיר את המעצר עד למחרת בבוקר מ-2 טעמים:

1. הטעם המעשי- התיק הגיע בשעות אחה"צ והדיון נקבע למחרת בבוקר שאז התביעה תגיש הצהרת תובע. השופט עמית אומר כי הוא לא מקל ראש במעצר ללילה אחד, אך הקטין כבר היה עצור שבועיים ומפני שיש רק כמה שעות עד הצהרת התובע הוא מתי רהארכת מעצר לעוד לילה אחד. כמובן שזה נוגד את כבוד האדם אך המעצר כאן הוא מידתי ולתכלית ראויה.
2. 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 שהסיפא ס' 17(ד) כבר מכיל בתוכו את העילות של מסוכנות ושיבוש, על אף שזה לא מצוין במפורש, כי לא יעלה על הדעת שאם יש תקלה/פאשלה של המשטרה ואין הצהרת תובע אדם מסוכן ישוחרר ממעצר. ס' 17 (ד) כולל באופן אינהטרני את עילות המסוכנות והשיבוש.

פס"ד מטאייב- גם כאשר חקירה הסתיימה וגם כאשר אין הצהרת תובע ביהמ"ש יכול לשחרר בערובה. בנוסף, כשיש הצהרת תובע ביהמ"ש יכול לשחרר למעצר בית. [במאמר מוסגר: איזוק נתפס כמעצר ולא כמעצר בית].

נשאלה השאלה: האם כמות הארכת המעצר לתקופה שלא תעלה על 5 ימים בהתאם לס' 15(ד) לצורך גישור בין תום החקירה לבין הגשת כתב האישום תחול גם על מעצר בית?

ז"א, כאשר ביהמ"ש בוחר לתת מעצר בית (ולא מעצר רגיל)- האם גם אז השופט מוגבל רק ל-5 ימים או מעבר?

המחלוקת הייתה בשאלה: האם השחרור בערובה מוגבל לחמישה ימים? האם כאשר ביהמ"ש משחרר הערובה הוא מוגבל לחמישה ימים?

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

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

ההגבלה הפורמלית של שחרור בערובה היא 180 יום, אבל ההגבלה המעשית היא פחות וזאת כי התביעה הצהירה שהיא מגיעה להגיש כתב אישום. המחוזי נתן 60 ימים וביהמ"ש העליון קבע שזה דבר לא ראוי.

ז"א, לכאורה חל סעיף 58 שמגביל עד ל-180 יום אבל בפועל צריך להגביל את זה לפרק זמן קצר וסביר יותר. אומנם לא חמישה ימים אבל צריך שזה יהיה מוגבל וסביר.

הרצאה 8 – 14.01.17

### 5.2.6 מעצר עד תום ההליכים (מעצר לאחר הגשת כתב אישום)

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

(\*יש **מאמר של המרצה** בנושא והוא יחליף את הצורך בקריאת פסיקה).

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

1. **סמכות** **עניינית**- לפי ס' 2(2) לחוק המעצרים הסמכות לדון במעצרים שלפני הגשת כתב אישום נתונה לבית משפט השלום בלבד בעוד שלאחר הגשת כתב האישום הסמכות היא לביהמ"ש שאליו מוגש כתב האישום (לרוב השו' שידון יהיה שונה מש' המעצרים). מדובר בשני הליכים נפרדים.
2. **החשוד הופך לנאשם**- הוא הופך לצד אקטיבי להליך, מה שלא היה עד כה. הנאשם הוא צד למשפט ויש לו חלק בהליך. לעומת זאת, החשוד הוא לא צד אלא מישהו שהמשטרה חוקרת לגביו באופן חד צדדי.
3. **הנאשם מקבל את כל חומר החקירה**- במהלך המעצר- החשוד לא יודע כלום (אין לו חומר חקירה ולא חייבים לספק לו), לא יודע מה החשדות נגדו, מה הראיות וכו'. בשלב זה החשוד מתמודד עם החקירה בצורה פחות מושכלת. לפי ס' 74 לחסד"פ ברגע שהוגש כתב אישום- הנאשם זכאי לקבל את כל חומר החקירה. מכאן שבבקשה למעצר עד תום ההליכים עיניו של הנאשם כבר לא "קשורות" כמו בעבר והתמודדותו עם התשתית העובדתית כנגדו היא מושכלת יותר זה לא חשדות בעלמה אלא ראיות. הסנגור מקבל את כל חומרי החקירה וכעת הנאשם הופך להיות יותר מושכל.
4. **אורך המעצר**- תקופות המעצרים עד כה היו מאוד קצרות בעוד שכאן לפי ס' 61 לחוק המעצרים ביהמ"ש הדיוני יכול לתת עד 9 חודשים (ובאיזוק אלקטרוני- עד 18 חודשים), כלומר **הוא** **מוגבל**. לפי ס' 62(א)הארכת המעצר מעבר לזמן זה היא **באישור ביהמ"ש העליון** שמוסמך להאריך בכל פעם ל-90 יום, ובנסיבות מסוימות כמו ריבוי עבירות ל-150 [ס"ק (ב)].

מדוע 150 יום במקרה של ריבוי עבירות? בשל נסיבות אובייקטיביות. הס' מדבר על מצב שבו לא יהיה ניתן לסיים את הליכי המשפט בתוך תקופה של 90 ימים בשל "סוג העבירה, מורכבותו של התיק או ריבוי של נאשמים, עדים או אישומים".

בהתחלה לעליון הייתה אפשרות להאריך רק ב-90 ימים מה שהזמין הארכות רבות ולכן נתנו לביהמ"ש את האפשרות להאריך לתקופה ארוכה יותר. כאשר העליון שוקל האם להאריך את מעצרו של הנאשם עליו לבדוק שלא מדובר בסתם סחבת של אחד מהצדדים.

**שחרור באין משפט**- ס' 60 לחוק המעצרים- משאושרה בקשה למעצר עד תום ההליכים, על המשפט להתחיל תוך 30 יום (=הקראה) ואם לא צריך לשחרר את הנאשם.

בפס"ד פלוני אדם הועמד לדין באשמת תקיפת בת זוגתו. פלוני היה עצור 38 ימים עד ההקראה ולכן המעצר אינו חוקי. ביהמ"ש העליון קבע שמעצר בלתי חוקי הוא אכן אחד מהשיקולים שיש לשקול לעניין חלופת המעצר אך בעניין זה מדובר על מעשים חמורים מאוד ובהרשעה חוזרת ולכן אפילו המעצר הבלתי חוקי לא מטה את הכף לטובתו.

אולם, **לעיתים יהיה זה האינטרס של הסנגור לבקש את דחיית המשפט** (נניח מטעמי רצון לעיין בחומר החקירה) והוא עושה זאת מכוח ס' 21(ד). לכן, יש לביהמ"ש סמכות לדחות את תחילת המשפט ב-30 ימים נוספים, או אז הנאשם לא ישוחרר.

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.

* **המסלול העיקרי: [ס'21 לחוק המעצרים]**

**המסלול העיקרי מורכב מארבעה חלקים: (תשתית עובדתית, עילת מעצר, חלופת מעצר, חובת ייצוג ע"י סנגור)**

1. **תשתית עובדתית**-

ס' 21(ב) לחוק המעצרים- יש צורך בהוכחה שיש "ראיות לכאורה להוכחת האשמה".

בעוד שעד כה דיברנו על חשד סביר- לאחר הגשת כתב האישום כבר נדרשות **"ראיות לכאורה"**.

באיזה חומר חקירה אפשר להשתמש?

כעקרון ראיות לכאורה צריכות להיות **ראיות קבילות**. למה? כי על בסיס אותן ראיות התביעה מבקשת להרשיע את הנאשם. ס' 15(ו)

בניגוד להליכים הקודמים (מעצרים קודמים) לכתב האישום **בהם ניתן היה להשתמש בכל הראיות כולל לא קבילות ובחומר חסוי** (ס' 15(ו) לחוק המעצרים) כעת דורשים שהראיות תהיינה קבילות כי כבר הוגש כתב אישום – אלו הראיות שבאמצעותן התביעה רוצה לטעון שניתן להרשיע מישהו ולכן הראיות צריכות להיות ראיות קבילות.

**מה קורה כשיש ספק קבילות?**

יש ראיות שברור שהם לא קבילים כמו- עדות שמיעה, פוליגרף, האזנת סתר לא חוקית וכו'.

אך יש ראיות שרק במהלך המשפט תתברר קבילותן, למשל: הודאה שהנאשם טוען שהיא לא חופשית ומרצון?

מה קורה עם ראיות שלא ברור לגביהן האם הן קבילות או לא?

בש"פ פרץ- **כשיש ספק קבילות (טיעון שהסנגור יעלה כמובן) מותר להשתמש/להתחשב בראייה לצורך המעצר עד תום ההליכים ושאלת הקבילות תוכרע בעת הבירור המשפטי במשפט עצמו**.

אם הראיה תתברר כלא קבילה במהלך המעצר יוכל הסנגור לבקש **עיון חוזר** בנושא המעצר לאור הנסיבות החדשות. ההליך של המעצר הוא הליך נפרד למשפט והוא הליך שהוא אף פעם לא סופי – תמיד ניתן לבקש עיון חוזר בנסיבות חדשות. לכן סיטואציה בה ראיה נופלת במהלך המשפט סנגור יכול לבקש עיון חוזר ולכן אין כבר ראיות לכאורה למעצר.

* חשוב בהקשר זה להבחין בין הוכחות לעילת המעצר ובין הוכחות לתשתית עובדתית לכך שבוצעה העבירה (החלק שנרצה להוכיח בהמשך עם הראיה שקבילותה בספק בשלב זה). **בהקשר של עילת המעצר יש מקום לראיות לא קבילות**. כך למשל, ההיסטוריה של הנאשם שמוכיחה שהוא מסוכן או עלול לשבש את החקירה או שהוא מסוכן לציבור. ברור שכאשר אנחנו טוענים שהאדם הוא מסוכן אנחנו יכולים להגיש את העבר הפלילי שלו.
* לרוב, השופט שדן במעצר אינו השופט בתיק העיקרי ולכן אין חשש שהראיות שאינן קבילות ישפיעו על התיק העיקרי.

פס"ד מוגרבי- נגד מוגרבי הוגש כתב אישום על רצח והוא נעצר עד תום ההליכים. למוגרבי היה שותף שהיה אמור להיות עד תביעה מרכזי בפרשה והשותף מת מוות מסתורי (לא ידוע למה). או אז, מוגרבי פנה למחוזי וביקש לשחררו ממעצר בערובות מחמת אובדן תשתית עובדתית של התביעה, למעשה אין כבר ראיה לכאורה. המשטרה התנגדה ואמרה שהיא מנסה לנהל חקירה להכשיר את עדות השותף לפי ס' 10א(ב) לפק' הראיות בעזרת ראיות חסויות- כעיקרון עדות שמיעה אינה קבילה, גם אם מישהו נתן עדות במשטרה העדות הזו לא תוכל להתקבל בבית המשפט, אלא עליו להגיע לבית המשפט בעצמו ולהעיד גם בבית המשפט. אך ס' 10א לפקודת הראיות קובע- המחוקק לא היה עיוור לכך שיכולים גם להעלים עדים או להרוג אותם, ולכן הסעיף נותן סמכות לביהמ"ש להכשיר עדות משטרה להגשה בבית משפט אם ביהמ"ש שוכנע כי אמצעי פסול שימש להניא או למנוע מהעד לתת את העדות. לכן המשטרה אמרה שהיא מנהלת חקירה סמויה לגבי סיבת מותו של השותף כדי להשתמש בעדות שלו וע"כ היא מבקשת להגיש חומר חסוי לעיונו הבלעדי של השופט לצורך הכשרת העדות של השותף.

הסנגור מנגד טען שלא ניתן להגיש חומר חסוי במעצר עד תום ההליכים.

החלטת ביהמ"ש: קבע כי **מותר** להגיש חומר חסוי לעיונו הבלעדי של השו' כשמדובר במידע הרלוונטי לעניין מעצרו של הנאשם ובתנאי שאינו קשור במישרין לעבירות המיוחסות לנאשם.

במקרה דנן, החומר החסוי רלוונטי למעצר אבל הוא לא עוסק בעבירה הספיציפית, החומר החסוי שנועד להכשיר את העדות של השותף. החומר החסוי לא ישירות להראות ראיות לכך שמוגרבי רצח, אלא החומר החסוי מתייחס להכשרת העדות של השותף ולא ישירות לעבירה של הנאשם. מדובר בראיות לצורך הכשרת משהו שישמש לצורך תשתית עובדתית.

* **ביהמ"ש עשה הבחנה**- החומר החסוי לא קשור לעבירה שהוא עשה אלא קשור למעצר. זו לא עדות ישירה על הרצח אלא המידע החסוי הוא על הכשרת עדות השותף. המטרה היא להגיש חומר שקשור למעצר אבל לא להוכחת העבירה עצמה.

**מהי אמת המידה עבור ראיות לכאורה?**

היסטורית, ראיות לכאורה הן ראיות שעומדות במבחן הסיכוי הסביר להרשעה- יש סיכוי סביר שבסוף המשפט הן יובילו להרשעה מעבר לספק סביר.

החלטת רחאל- **השו' דורנר** **העלתה את הרף הראייתי** וקבעה כי אם יש ספק סביר בראיות כבר בתחילת המשפט לגבי סיכוי הראיות להרשיע אז אין תשתית עובדתית למעצר- אי אפשר לעצור את הנאשם, אין לא מספיקות כדי להביא למעצר עד תום ההליכים.

גישתה של דורנר הקלה מאוד עם נאשמים ויצרה כאוס- ערכאות נמוכות התלבטו איך לפסוק וגם כל הערעורים הוגשו אליה כי הבחינה מקלה יותר.

**הלכת זאדה (אחת ההלכות החשובות בסד"פ)**

לכן ביהמ"ש העליון בפרשת זאדה ישב בהרכב של 9 שופטים וקבע את הרף הראייתי הנדרש לצורך ראיות לכאורה:

השאלה הגיעה לדיון מורחב בפרשת זאדה: **ברק** **בדעת הרוב** קבע כיהמבחן הוא מבחן של סיכוי סביר להרשעה (מבחן כור ההיתוך).ברק אומר כי ראיות לכאורה הן ראיות גולמיות שעיבודן במהלך המשפט תוך בחינתן בחקירות בקביעת אמינות ומשקל יוביל לראיות רגילות אשר מבססות את אשמת הנאשם מעל לכל ספק סביר.

**מבחן כור ההיתוך**- נסתכל על הראיות הגולמיות שניצבות כרגע ונבדוק:

בהנחה שהראיות הגולמיות יעברו את כור ההיתוך של המשפט ואת מבחני הקבילות והמשקל, האם הן יובילו להוכחת האשמה מעבר לכל ספק סביר ולהרשעה?

נסביר- לפני שיש משפט יש ראיות גולמיות: הן עדיין לא עברו את מבחן המהימנות, אין חקירות נגדיות וכו'.

לפי **מבחן הסיכוי הסביר**- ביהמ"ש מסתכל עליהן **כרגע, כמו שהן** ושואל את עצמו האם הן עוברות את כל המבחנים ויש סיכוי סביר שהן יביאו להרשעה בסוף הדרך.

**מנגד, השו' 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 חומר להעברת נטל הראיה במשפט מהתביעה אל הנאשם**. **אם משהו מעורר אצלה ספק אז לדעתה אין ראיות לכאורה.**

**דורנר** למעשה משווה את זה לס' 158 לחסד"פ שאומר שאין להשיב אשמה. [לאחר פרשת התביעה, אם התביעה הצליחה להוכיח אשמה לכאורה (שזה קל יחסית, מוכיחים אשמה לכאורה מתוך חומר הראיות שיש לה) אז נטל הבאת הראיות מתהפך על הנאשם ואז מתחילה פרשת ההגנה. אם לאחר פרשת התביעה התביעה לא הצליחה להוכיח אשמה לכאורה, הנאשם יוכל לטעון טענת "אין להשיב אשמה" וביהמ"ש יכול לזכות אותו ולא נצטרך לעבור לפרשת ההגנה.]

**למרות הדעה של דורנר, ישנו הבדל בין** ס' 158 לחסד"פ **לבין ראיות לכאורה הנדרשות במעצר עד תום ההליכים**- מוסכם בביהמ"ש שראיות לכאורה לצורך המעצר דורשות יותר כי המשמעות שלהן היא פגיעה בחירות בעוד שבס' 158 אין הרבה פגיעה מעבר לזו שכבר קרתה כשהוגש כתב האישום (זה רק אומר שעוברים לפרשת ההגנה).

* ההלכה היא עמדת **ברק** והמבחן הוא "**מבחן הסיכוי הסביר להרשעה"/"מבחן כור ההיתוך**"! אבל חשוב להכיר את ההיסטוריה ואת ההתפתחות שאיך שהגענו עד להלכה.

**שאלת דיות הראיות**

דיות הראייה- הכוונה היא האם הראיות מספיקות? לפעמים לא די בראיה מסויימת אלא נדרשת לה תוספת ראייתית.

**תוספות ראייתיות**- המונחים המרכזיים בדיני ראיות הם קבילות, משקל ודיות (=האם הראיות מספיקות). יש ראיות שצריכות תוספת ראייתית- כמו סיוע, חיזוק או דבר מה נוסף. אם יש רק עדות ואין בה שום פוטנציאל ראייתי- אין בה שום תוספת ואי אפשר להתבסס עליה.

נניח שבתשתית העובדתית יש ראיה שזקוקה לתוספת ראייתית. האם **כבר בשלב המעצר** צריך לבדוק את קיומה של התוספת הראייתית?

**יש החלטות סותרות של בית המשפט**-יש פסיקה שקובעת שאין צורך בסיוע או חיזוק ויש שופטים שקובעים שכן (אבל לא צריך לרדת לפרטים לגמרי).

למשל: פרשת אברג'יל- ביהמ"ש קבע **שברמה הלכאורית** על ביהמ"ש לבחון כבר בשלב הזה של מעצר עד תום ההליכים את קיומה של התוספת הראייתית. באברג'יל הייתה עדות עד מדינה וביהמ"ש קבע שהשקרים של הנאשם שהוכחו בראיות חיצוניות יכולים להוות סיוע.

**ראיות מוחלשות**

לכאורה לפי ס' 21, אנחנו חייבים **תשתית עובדתית+עילת מעצר** לפני שאנחנו מגיעים לשלב של בדיקת חלופת מעצר.

החוק הוא בינארי- או שיש ראיות או שאין. אולם, בחיים אין שחור ולבן ולכן השופטים יצרו להם הלכה שאין לה עיגון בחוק. **"ראיות מוחלשות" הוא ביטוי שלא קיים בחוק, אלא יציר הפסיקה** **בבש"פ חסיד**.

בש"פ חסיד- **השו' רובינשטיין** אומר כי "מסכת ראיות שיש סימני שאלה באשר לעוצמתה עשויה להצדיק חלופת מעצר" (זה חוזר בפסיקה שלאחר מכן). כלומר, אם יש לי חולשה במעצר, זה לא יצדיק מעצר אבל זה כן יצדיק חלופת מעצר. לכאורה זה לא תואם את לשון החוק, אבל נוצר מצב שבעצם שחולפות מעצר לא משמשות רק כאמצעי מידתי למצב בו מתקיימת עילת מעצר, אבל בעצם חלופות מעצר הופכות להיות בעצם פתרון ביינים לבתי המשפט. כאשר יש התלבטות אצל השופט וקשה נורא לקבל החלטה השופט קופץ ישר לחלופות מעצר. קל יותר לשופטים לקפוץ לנושא של חלופה.

**לזה קורא רובינשטיין 'ראיות מוחלשות'**- במקרים אלו ייעשה שימוש באמצעי המידתי יותר (חלופת מעצר, מעצר בית למשל). כך, חלופת המעצר בעצם הופכת לפתרון ביניים קל יותר (למרות שהנאשם אמור להשתחרר). זו **הלכה** ומשתמשים בזה הרבה בפסיקה.

* **הביקורת של המרצה**- זה נוגד את החוק. על סמך מה שולחים אנשים למעצר בית?? אם יש חולשה במעצר שישחררו את האדם לחופשי! זה לא שזה לא מוצדק- המרצה דווקא מבינה את זה שהשופטים מפחדים לקחת אחריות על שחרור נאשם. לכן, אולי הפיתרון הראוי הוא לתקן דווקא את לשון החוק ולהתאים אותו למציאות. אפשרות אחרת היא ליצור הבניית שיקול דעת- מעין מדרגים בחלופות מעצר.המרצה טוענת שהשימוש ב'ראיות מוחלשות' וקביעת חלופות מעצר הפך להיות פתרון קל יותר כאשר לשופטים יש חולשה בתשתית העובדתית. המרצה מבקרת את פסה"ד, היא לא אומרת שזה רע אלא שזה בעייתי וצריך להגדיר זאת בחוק.

הביקורת היא שחלופת מעצר אמורה להיקבע כאשר יש מספיק ראיות למעצר. באין ראיות למעצר=האדם צריך להשתחרר לחופשי. כאן השופטים לא בוחנים את האפשרות של מעצר מול האפשרות של שחרור לחופשי (כמו שאמור להיות)- שבבחירה בין שני אלה ברור שהיו בוחרים בשחרור לחופשי מכיוון שאין ראיות לכאורה למעצר. אלא, השופטים בוחנים מלכתחילה בין מעצר למעצר בית ולכן בוחרים במעצר בית שזה כביכול מידתית יותר. אך זו לא הבחינה שהייתה אמורה להיות.

* **המרצה אומרת שהיא לא בהכרח מבקרת את הגישה הזו כי ייתכן שהיא הכרח בל יגונה**.
* **המאמר של המרצה עוסק בנושא זה**.
1. **עילת מעצר**

עילות המעצר נמצאות בס' 21(א) לחוק המעצרים:

1. **שיבוש הליכי משפט** [ס' 21(א)(1)(א)]- נדרש יסוד סביר להניח שאם לא נעצור את הנאשם הוא ישבש הליכי משפט (בריחה/ השפעה על עדים/ העלמת ראיות/ הפחדת עדים).
2. **המסוכנות האינדיבידואלית** [ס'21(א)(1)(ב)]- הדרישה היא ליסוד סביר לחשש שהנאשם יהווה סיכון לבטחון אדם, ציבור או מדינה (לא ברור אם פגיעה בעצמך נכנסת בגדר זה).

בש"פ פרנקל- חוק המעצרים הביא לשינוי מהחסד"פ בנוגע לעילות המסוכנות. בעבר העילה בחסד"פ דיברה על סיכון לשלום הציבור בעוד שבחוק המעצרים היא מדברת על ביטחון הציבור. אחרי התיקון סנגורים ניסו לטעון שסיכון לרכוש לא יכול להוות עילת מעצר שכן לכל היותר הוא פוגע בשלום הציבור, אך לא בביטחון הציבור. **הטענה הזו נדחתה**.

**השו' בייניש**- קובעת כי מעשים שנועדו לפגוע ברכוש באופן שיטתי או בהיקף ניכר או תוך התארגנות של כמה עבריינים או תוך שימוש באמצעים מתוחכמים עלולים לסכן את בטחון האדם והציבור/החברה (יש סיכון אינהרנטי שיתבצעו באלימות תוך סיכון חיי אדם). לכן עבירות רכוש שהתקיימו בהיקף ניכר או תוך שימוש באמצעים מיוחדים ומסוכנים עשוים להביא לפגיעת הציבור.

בש"פ מזרחי- היו ראיות לכאורה נגד מזרחי בטענה שקשר קשר לזיוף דרכונים, זה היה המקצוע שלו. זוהי עבירת מרמה. ביהמ"ש קבע כי בנסיבות מיוחדות עבירות רכוש, מרמה וזיוף יכולות להוות עילת מעצר כי זה יכול להיות גם **לפגיעה לאומנית**. אם רישום פלילי של אדם מראה שהוא עסק בזה בעבר ושיש כאן עניין סיסטמטי של זיוף דרכונים ברור שזה יכול לסכן את הציבור, כי הוא יכול לעשות זאת שוב, למרות שלא מדובר בעבירת אלימות אלא בעבירת מרמה וזיוף הקשורה לרכוש. לכן, גם עבירת מרמה יכולה להקים חזקת מסוכנות. ביהמ"ש לא קיבל את דעתם של הסנגורים שלא ניתן לטעון לעילת מעצר במקרה של עבירות רכוש מכיוון שאין בכך פגיעה בציבור.

1. **חזקת מסוכנות** [ס' 21 (א)(1)(ג)]- מסוכנות שנלמדת בעצם אופי העבירה שיש לגביה תשתית עובדתית: עבירת ביטחון, עבירה שנעשתה באלימות חמורה. אם יש ראיות לכאורה לאחת מהעבירות שיוצרות חזקת מסוכנות אז בעצם נוצרת חזקת מסוכנות, חזקה שאדם מסוכן ועליו הנטל להפריך את החזקה. גם כאן חשוב לדבר קצת על ההיסטוריה כי בעבר דובר על עילת חומרות העבירה.

**חזקת מסוכנות עקב חומרת העבירה**: ס' 21(א)(1)(ג) קובע רשימת עבירות שיוצרות חזקת מסוכנות- **סוג העבירה קושר בין התשתית העובדתית לעילת המעצר**.

* לא מדובר בחזקה חלוטה אלא בחזקה הניתנת להפרכה על ידי הנאשם.

**נלמד על היסטורית התפתחות העילה מכיוון שהיא משפיעה על ההבנה של מה שקורה היום ומשפיעה על ההבנה של פסיקה ישנה-**

עד 1988 מעצר עד תום ההליכים הוסדר בס' 21 לחסד"פ בלי לפרט עילות מעצר.

עילות המעצר הוכרו **בפסיקה בלבד** (שיבוש ומסוכנות), והייתה עילה שהייתה מחלוקת לגביה- **עילת חומרת המעצר**- רוב השופטים חשבו שעצם חומרת המעצר שאדם חשוד לגביה ויש ראיות לכאורה שהוא ביצע היא עילה למעצר (כך למשל, אפילו עבירות צווארון לבן חמורות, עקב חומרתן, הביאו למעצר עד תום ההליכים). **השו' אלון** בדעת יחיד חשב שחומרת המעצר איננה עילת מעצר כשלעצמה.

בשנת 1988 הוסיפו את ס' 21א ו-21ב לחסד"פ:

ס' 21א- קבע את עילות המסוכנות והשיבוש ויצר גישת ביניים לפיה חומרת העבירה היא עילת מעצר ברשימה סגורה של עבירות, דוגמת סמים חמורים ואלימות. **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 – היינו, הוא לא ראה בזה עילה מוחלטת בפני עצמה. נוצרה גישת ביינים שיש רשימה סגורה של עבירות שבהן חומרת העבירה מהווה עילת מעצר. נוצר אז ויכוח חדש בין השופטים: אילון אמר השופטים האלו יוצרים רק חזקת מסוכנות שהנאשם יכול להפריך את החזקה הם פשוט מעבירות את הנטל, ושאר השופטים התנגדו לו.

ס' 21ב- קבע חובת מעצר בעבירות שהענישה שלהם מיתה או מאסר עולם. זה רלוונטי לעניינו רק למקרה של מאסר עולם (מקרי רצח) שם הייתה חובת מעצר.

פעימה נוספת- חוה"י בשנת 92' שהעלו את זכויות היסוד של החשודים והנאשמים למדרגה חוקתית.

ד"נ גנימאת- נקבע בדעת רוב שלאור עליית המעמד של זכויות הנאשמים יש לפרש את החסד"פ ברוח חוקי היסוד ולכן עילות מעצר חייבות להיות **אינדיבידואליות**, כלומר לא עוצרים בגלל מכת מדינה, לא משתמשים באדם כאמצעי להרתעת אחרים ועוד. בשל העובדה שחו"י כבוד האדם וחירותו העלה את כבודם של נאשמים לרמה חוקתית לא יתכן לעצור אדם בעילה שאינה **אינדיבידואלית**. לא יתכן שאדם יעצר בגלל מה שיגיד הציבור, **עילת מעצר חייבת להיות מניעתית ולא הרתעתית.**

השלב האחרון- שנת 96'- **חקיקת חוק המעצרים** (של היום), חוק המעצרים מקבל את הגישה של חומרת המסוכנות שפנה לרשימת עבירות סגורה שיוצרות חזקת מסוכנות שניתנת להפרכה. עם כניסת החוק בוטלו הסעיפים אותם סקרנו (ס'21א/ב לחסד"פ). לכאורה, גם ברצח אפשר להפריך את חזקת המסוכנות. אין לנו אף עילה שמחייבת מעצר, גם ברצח אפשר להפריך את חזקת המסוכנות.

חשוב להבין מה שזה אומר: הפרכת של עילת המסוכנות אומרת שאדם איננו מסוכן ולכאורה אין לגביו עילת מעצר ואין לו חלופה מעצר אלא צריך לשחרר אותו לחופשי. **בפועל-** **החזקה הזו גרמה ליותר חלופות מעצר**. זה מקל על השופטים ומביא אותם לשלוח לחלופת מעצר. התוצא של אותה חזקת מסוכנות הביאה את השופטים לשחרר לחלופות מעצר, במקום לשחחר אדם לחופשי.

פס"ד עודה- **המקרה הראשון של הפרכת חזקת המסוכנות בסיטואציה של רצח**- משנת 1997. אישה בדואית הוטרדה מינית- בוצעו בה מעשי אונס ע"י בן דודה. באיזשהו שלב היא מספרת לבעלה ולאביה והם מכריחים אותה לקבוע איתו בפרדס. היא עושה זאת והם רוצחים אותו והיא מואשמת כשותפה לרצח. בזמן המשפט היא בהריון והיא משוחררת למעצר בית כי לא ראו סיבה לשים מישהי כמוה במעצר שהרי שמאוד ברור שהיא לא מסוכנת, במיוחד שהיא בהריון. זה מהפכני כי בעבר זה היה מחייב מעצר. בייניש שלחה אותה לחלופת מעצר- למעצר בית. היה ברור שהיא לא רצתה במות המת: היה ברור שאיימו עליה כדי שתספר ותביא את הנרצח לפרדס.

* למעשה ניתן לראות שלמרות שלשון החוק לא תומכת בכך, בפועל בפסיקה חלופות מעצר משמשות היום שופטים כאמצעי מידתי יותר. למשל: כאשר יש פגם בראיות לכאורה וכו'.

הרצאה 9 – 21.01.17

**הודעות כלליות:**

חומר לבחינה- תוציא הודעה עם חומר מחייב לבחינה. חומר הרצאות- רק מה שהספיקה ללמד בכיתה. לימוד עצמי- כל החומר שמוגדר ללימוד עצמי.

בשיעור תגבור של המתרגלת יילמד חומר ללימוד עצמי (לא תוסיף חומר הרצאות).

המבחן עם חומר פתוח

המתרגלת תפרט את מתכונת הבחינה.

1. **העדר חלופת מעצר:**

ס' 21(ב)(1) לחוק המעצרים- קובע שאם ניתן להשתמש באמצעי שפגיעתו פחותה- יש להעדיפו.

חלופות מעצר משמשות הרבה פעמים כפתרון למצבים בהם יש חולשה באחת הדרישות הקודמות כמו מצב של ראיות מוחלשות או בעילת מעצר- כאשר הופרכה למשל חזקת המסוכנות.

על אף שלשון החוק דורשת את שני המרכיבים של ראיות לכאורה ועילת מעצר ע"מ לעצור חשוד, בפועל המצב מורכב יותר- אם יש ראיות לכאורה חלשות- יסתפקו בעילת מעצר חזקה יותר, ולהפך- אם יש עילת מעצר חלשה יותר ידרשו ראיות לכאורה חזקות יותר.

ס' 60 לחוק המעצרים- נאשם שנמצא במעצר עד תום ההליכים יש עד 30 יום עד שמתחיל המשפט או שהאו במעצר באיזוק תוך 60 יום המשפט צריך להתחיל: ההקראה של כתב האישום. ההקראה חייבת להיות תוך 30 יום אחרת או 60 יום במקרה של מעצר אלקטורני, צריך לשחרר אותו.

בהתקיים התשתית העובדתית לעילת מעצר, צריך לבדוק האם יש חלופת מעצר.

ראיות מאוד חזקות יכולות לכפר על עילה מאוד חלשה, יש קשר בין הראיות לביו העילה. זו לא משהו שקיים בחוק, אבל זה בהחלט קיים בפרקטיקה. עוצרים אדם מה הדרישות: לכאורה כל עילה נבחנת לחוד אבל בפועל בוחנים אותם ביחד.

**הפרכת חזקת המסוכנות ושתיקת הנאשם**.

בש"פ קורמן נ' מדינת ישראל- קורמן היה רכז הבטחון של הישוב אדר בית"ר, עודכן על זריקת אבנים, הוא רדף אחרי ילד פלשתינאי בשם חמי שושה 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- הוא טען שהוא אדם נורמטיבי ושהוא לא מסוכן למרות שמדובר על עבירת ההריגה. אולם, במשפט הוא שתק- קורמן שמר על זכות השתיקה **והשו' זמיר** קבע ששתיקתו עומדת לו לרועץ בנסיונו להפריך את חזקת המסוכנות, מה שהקים את עילת המעצר. זה שנאשם שותק זה לא עוזר לו להפריך את עילת המסוכנות ולכן קמה לו עילת מעצר.בדר"כ שתיקה מחזקת את הראיות לכאורה (כי הוא לא מפריך).

**לדעת השו' זמיר: אם שתקת > חיזקת את הראיות לכאורה > הראיות לכאורה מעידות על ביצוע עבירה חמורה > ביצוע עבירה חמורה הוא בעצמו מקים את עילת המסוכנות > לכן שמירה על זכות השתיקה מחזקת גם היא את עילת המסוכנות.**

**לדעת המרצה** יש פה קושי רעיוני/לוגי, כי שתיקת נאשם היא חיזוק לתשתית העובדתית, **אך כאן מדובר על בחינת עילת המעצר, לאחר סיום הדיון בתשתית העובדתית**. לכאורה יש פה ערבוב בין העילה העובדתית לבין עילות המעצר. השאלה עלתה מספר פעמים נוספות בפסיקה והקביעה של **זמיר** היא המקובלת כיום.

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.

ס' 21א לחוק המעצרים- מדבר על **תסקיר מעצר** שבו בית המשפט יכול לפנות אל שירות המבחן ולבקש תסקיר מעצר. זה נובע מכך שהחלטה על חלופות מעצר זאת החלטה מאוד קשה עבור שופטים ואין להם עובדות לגבי הנאשם. השופטים לא יודעים דבר לגבי הנאשם דבר, כששוכלים חלופה, לא שוקלים חלופה לפני ששירות המבחן מביא המלצה האם אפשר בכלל לשחרר למעצר בית ומביא אנשים שמוכנים לקחת אחריות על הנאשם. שירותי המבחן מציגים בפני השופטים מידע שהם לא יכולים לקבל אותו.

בש"פ אבדולייב נ' מ"י- בדיקת חלופת מעצר נעשית בשני שלבים:

1. **בחינת השאלה אם יש מקום לחלופת מעצר**.

2. **בחינת החלופה עצמה**.

חלופת מעצר אמורה להשיג את מטרת המעצר. לכן, אם היתה עילת מעצר (כבעבר) של חומרת העבירה (שמטרתה היא הרתעה ושמירה על אמון הציבור) כמעט לא תימצא חלופה הולמת. לעומת זאת, **כשמדובר רק בחזקה ראייתית כחלק מהעילות הקלאסיות של שיבוש או מסוּכנּות (המצב כיום), אז יש מקום לעיתים לשימוש בחלופה**, ובלבד שהיא תבטיח כי הנאשם המסוים לא יסכן את בטחון הציבור ולא ישבש הליכי משפט.

לפיכך, הכרעתו של חוק המעצרים בעד הגישה הרואה בחומרת העברה רק חזקה ראייתית (הניתנת לסתירה) לקיום עילת מעצר משמעותה **נכונּות לבחון קיומן של חלופות מעצר**.

**לדעת המרצה (במאמרה)**- בהיעדר ראיות לכאורה או עילת מעצר, אי אפשר (ואין כלל צורך) להגיע לבחינת חלופת מעצר. לא רק שאי אפשר לצוות על מעצר הנאשם, אלא גם שאי אפשר לצוות על שחרורו בתנאים. הדבר עולה במפורש מנוסח ס' 21(ב) ומן ההבדל הברור בינו לבין ס' 44, שמאפשר שחרור בערובה – אף אם לא התקיימו התנאים של ס' 21- לצורך התייצבות למשפט.

לכאורה, קודם מוכיחים תשתית עובדתית ועילת מעצר ואז דנים בחלופות. עם זאת, אמרנו שבפועל **לעיתים משתמשים בחלופות מעצר במצבים של חולשה באחד התנאים הקודמים**, כמו בראיות מוחלשות ובהפרכת חזקת מסוכנות.

**תסקיר מעצר** [ס' 21א]:

כאשר שופט רוצה לשחרר אדם לחלופת מעצר הוא צריך לבקש תסקיר מבחן. 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 מאוד הגיוני כי כששופט בוחן חלופת מעצר אין לו מספיק מידע. התביעה מביאה מידע על מסוכנות וכולי אבל זה לא מספיק.

1. **חובת ייצוג ע"י סנגור:**

ס' 21(ב)(2) לחוק המעצרים- קובע כי לנאשם צריך להיות סנגור **או** שהוא צריך להודיע שהוא רוצה לא להיות מיוצג על ידי סנגור. זה תנאי הכרחי, זאת בניגוד למעצרים הקודמים עליהם דיברנו, שבהם ניתן לבצע מעצר גם בלי ייצוג או ויתור על הייצוג.

ס' 21(ג) לחוק המעצרים- קובע שאם לא היה לנאשם סנגור והוא לא הודיע על כך שהוא מוותר על הסנגור, **ביהמ"ש ימנה לו כזה**. **כל עוד לא התמנה סנגור** רשאי ביהמ"ש לקבוע כל פעם **עד 7 ימי מעצר** **ביניים**, כשסך התקופות **לא עולה על 30 יום** ללא סנגור. # היום עם הסנגוריה הציבורית הדבר פחות נפוץ.

**לשופט אסור לעצור אדם אם אין ראיות לכאורה**. חריג לכך:

מעצר ביניים לפי ס' 21(ד)- לעתים יש הרבה חומרי חקירה שמגיעים מהמשטרה. אם הסנגור צריך זמן כדי ללמוד את חומרי החקירה (כדי שיוכל לקיים דיון מושכל בראיות לכאורה)- הס' קובע ש**מותר לסנגור להסכים לעד 30 יום מעצר ללא שהיה דיון**, כדי שבזמן הזה הסנגור יוכל **ללמוד את חומר החקירה**.

אם הסנגור מבקש מעבר ל-30 יום 🡨 בפסיקה נקבע שלא ניתן לעצור ליותר מ-30 יום.

אם הסנגור מבקש יותר מ-30 ימים, ביהמ"ש, לעיתים נדירות ובמקרים חריגים יאריך את המעצר וגם אז **רק** תחת תשתית כלשהי לקיומן של ראיות לכאורה. במעצר עד תום ההליכים יש לסנגור את חומר החקירה המלא, לפעמים מדובר בארגזים מלאים של חומרי חקירה. החוק מאפשר לסנגור להסכים לעד 30 ימים של מעצר ובמשך תקופה זו הוא חייב ללמוד את כל חומרי החקירה. לפי ההלכה מעבר ל-30 בית המשפט לא רשאי להאריך את תקופת המעצר, וביהמ"ש צריך לפחות בדיקה לכאורית של חומר הראיות. מעבר ל-30 יום בית המשפט חייב לבחון לפחות בדיקה כלשהי של חומר הראיות אחרת מדובר במעצר שלא כדין.

* כך נקבע בפס"ד כהן (אחרי חוק המעצרים) שמפנה לפס"ד הררי (לפני חוק המעצרים).
* הימים שחשוד יהיה במעצר לפי ס' 21(ד) 🡨 נספרים בסך כל ימי המעצר עד תום ההליכים שמותר לביהמ"ש לאשר (עד 9 חודשים במעצר או 18 חודשים באיזוק אלקטרוני).

ס' 21(ה)- בעקרון מעצר עד תום ההליכים הוא עד מתן פסק הדין אא"כ ביהמ"ש קובע אחרת **בכפוף לעיון חוזר** בבקשת המעצר.

ס' 61- תוך 9 חודשים (או 18 חודשים באיזוק אלקטרוני) צריכה להתקבל הכרעת דין. אחרי תקופה של 9 חודשים (ובאיזוק אלקטרוני 18 חודשים) הנאשם **ישוחרר מן המעצר** אם טרם הוכרע דינו בערכאה הדיונית.

מה קורה במשפטים ארוכים שנמשכים שנים רבות?

ס' 62(א)- אם בתום 9 (או 18) חודשים לא התקבלה הכרעת דין 🡨 רק ביהמ"ש העליון מוסמך להאריך מעצר מעבר לכך. בית המשפט העליון יכול להאריך את תקופת המעצר ב-90 יום בכל פעם ופעם (כל פעם מחדש).

ס' 62(ב)- מאפשר לשופט ביהמ"ש העליון להאריך את המעצר **עד לתקופה של 150 ימים**, וזאת רק בגלל מורכבות התיק, שהשופט רואה שלא ניתן לסיים את התיק ב-90 יום. למשל: במקרים של ריבוי נאשמים כמו במשפחת פשע המשפט יכול להימשך הרבה מאוד זמן כי יש הרבה עדים, אז זה לא ריאלי שכל 90 יום מגיעים להאריך מעצר, לכן ביהמ"ש העליון יכול להאריך את המעצר לעוד 150 יום (ביהמ"ש העליון יכול להאריך **כל פעם מחדש עד 150 יום- ללא הגבלה**).

**סיכום הארכות מעצר "עד תום ההליכים" ע"י ביהמ"ש:**

**בית משפט דיוני**- יכול להאריך מעצר עד 9 חודשים / 18 חודשים באיזוק אלקטרוני.

**בית משפט עליון**- יכול להאריך מעצר עד 90 יום / 150 יום במקרים מורכבים בהם השופט יודע שזו תהיה פיקציה להאריך רק ב-90 יום 🡨 וניתן להאריך שוב ושוב.

**ס' 60**- כשאדם נמצא במעצר עד תום ההליכים, **תום 30 יום** צריך להתחיל המשפט (תחילת המשפט= הקראת כתב אישום), ואם הוא באיזוק אלקטרוני- **תוך 60 יום**. אם לא עושים זאת 🡨 צריך לשחרר אותו ממעצר. **ניתן להאריך את זה רק פעם אחת נוספת לבקשת הסנגור לעוד 30 יום**.

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

* **המסלול המשני [ס' 21(א)(2)]**:

**העילה למעצר** היא הפרת הוראה מוסמכת קודמת.

ס' 21(א)(2) לחוק המעצרים- אם הופר תנאי מתנאי הערובה שקבע ביהמ"ש- זוהי עילה למעצר. ז"א- הפרת תנאי המעצר שנקבעו (לדוג' הופרו תנאי מעצר בית) היא עילה למעצר.

יתקיים כשכבר אושר מעצר עד תום ההליכים במסלול העיקרי והופרו תנאיו. היה כבר הליך של מעצר עד תום ההליכים ש**הנאשם הפר בו את התנאים שנתנו לו במסגרת חלופות המעצר** 🡨 אז ניתן לעצור אותו על בסיס המסלול העיקרי.

**בש"פ 4206/16 מדינת ישראל נ' מוחסן טחימר (שילוב של מעצר רגיל ומעצר באיזוק אלקטרוני)**

מה קורה כאשר הנאשם היה **חלק במעצר רגיל וחלק באיזוק אלקטרוני**? איך מחשבים את זה לצורך ההחלטה מתי ההחלטה לגבי ההארכה צריכה לעבור לבית משפט עליון?

דעת הרוב אמרה שבגלל שיש לאקונה עושים היקש מחוק המעצרים.

**פרשנות על דרך של היקש**- בית המשפט קבע שבגלל שיש לאקונה עושים היקש משאר הסעיפים של חוק המעצרים וימי מעצר באיזוק אלקטרוני נחשבים לחצי מימי מעצר רגילים.

**השו' מלצר (דעת מיעוט)**- חשב שצריך לחשב את האיזוק האלקטרוני כעוד מעצר (לדעת המרצה- דעה לא סבירה).

לדוגמא: אדם היה 3 חודשים במעצר רגיל ואז הוא היה בשאר הזמן במעצר אלקטורני? מתי יעבור הזמן שניתן לעצור אותו ונצטרך את הסמכות של בית משפט עליון כדי להאריך את מעצרו – מתי יעברו 9 החודשים הבסיסים? עוד 12 חודשים באלקטרוני. אין לזה תשובה בחוק. אז הולכים לעקרון של היקש שמעצר אלקרטוני הוא חצי ממעצר רגיל, דעת המיעוט (**מלצר**) התנגדה לכך וראתה במעצר אלקרטוני זהה למעצר רגיל. אולם המרצה מסכימה עם דעת הרוב כי בשאר החקיקה רואים במעצר אלקטרוני כחצי ממעצר רגיל. ולכן 6 חודשים של מעצר רגיל שווי ערך ל-12 חודשים של איזוק אלקטרוני.

**דיני מעצרים וערך השוויון**

הערר על מעצר עד תום ההליכים מוגבל ל-30 ימים. עד לפני מספר שנים הגשת ערר על מעצר לא הייתה מוגבלת בזמן ואז היו מחכים לשופט "נוח". זו כמובן פגיעה בערך השוויון.

האם חייבים שוויון כאן? העמדה הרווחת היא **ששוויון הוא ערך חשוב אך לא ערך 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 באמת משנה מה היה קודם. הוא ייקח זאת בחשבון אבל אם האינטרס הציבורי מראה שהוא צריך להיות במעצר הוא ידחה את הערר.

* **כיום**- שופטי המעצרים מתמחים במעצר עד תום ההליכים ולכן אי-השוויון מתאזן, וכמו כן הערר מוגבל ל-30 יום בלבד.

פרשת קייב ומירופולסקי- גיסים שהואשמו יחד בביצוע רצח ונעצרו עד תום ההליכים. שניהם הגישו ערר לעליון. הערר של מירופולסקי הגיע **לדורנר** שכידוע המבחנים שלה לראיות הם מקילים יותר והיא טענה שאין מספיק ראיות ושיחררה אותו לחלופת מעצר. הערר של קייב הגיע **לפרוקצ'יה** והיא על בסיס אותה מסכת ראיות בדיוק אמרה שיש ראיות לכאורה לרצח. או אז, כמובן שהסניגור שלו העלה את טענת האפליה- השותף שלי יצא למעצר בית.

**השו' פרוקצ'יה**- ערה לקושי שעלול להיווצר, אולם אומרת שעקרון השוויון חשוב אבל יש אינטרס ציבורי ושהוא גובר. שוויון הוא עיקרון יחסי ולא מוחלט. אם שופט חושב שאדם מסוכן והוא צריך להיות במעצר, יש סמכות לעצור אותו למרות הפגיעה בשוויון.

* לדעת המרצה- כששופט חושב שבסופו של יום יש הצדקה לכך שאדם יישב במעצר, **כל מה שנעשה לפני הוא שיקול אבל הוא לא מכריע**. כך גם ערך השוויון.

### 5.2.7 מעצר לצרכי כתיבת ערעור (מטעם התביעה)

נשאלת השאלה מה קורה במקרים בהם הנאשם **זוכה או הורשע ולא קיבל מעצר?** (בשני המקרים האדם לא במאסר)

ישנם שני מצבים שניתן עליהם את הדעת: תיתכן סיטואציה של **זיכוי** ואז הנאשם ישוחרר. אולם שחרור הנאשם יהיה גם במצב שבו הנאשם **הורשע אך לא קיבל עונש מאסר**.

במצבים אלו יש 2 אפיקי מעצר-

1. מעצר לצורך הגשת ערעור
2. מעצר בתקופת הערעור

**מה קורה אם הפרקליטות רוצה לערער**? אם התביעה רוצה לערער על הפסק הדין וחושבת שהאדם מסוכן וצריך להיות בינתיים במעצר- מה היא יכולה לעשות?

* **במקרה של הרשעה ללא עונש מאסר**- ס' 22(א) מאפשר לביהמ"ש שהרשיע להורות על **72 שעות מעצר** תחת חשש הימלטות. אם אין חשש, עליו להורות על **שחרור בערובה**. בשתי האופציות האלה, מכיוון שהערעור טרם הוגש- הערכאה שדנה במעצר היא הערכאה שבה הנאשם הורשע.

ומרגע שהוגש הערעור? ס' 22(ב)- בתקופת הערעור הסמכות תהא **לביהמ"ש של הערעור**- **כמו במעצר עד תום ההליכים**. זה גוזר את הסמכויות של ס' 21.

* **במקרה של זיכוי**- ס' 63 לחוק המעצרים קובע שאם התביעה הודיעה שהיא רוצה להגיש ערעור, **ביהמ"ש שזיכה** רשאי להורות על **שחרור בערובה או על 72 שעות מעצר** שבמסגרתן התביעה תגיש את הערעור (היא צריכה זמן להגיש את הערעור).

לגבי **ערעור שהוגש אחרי זיכוי** יש לאקונה כי אין סעיף שקובע למי הסמכות לעצור לאחר הגשת הערעור:

ס' 2(3) לחוק המעצרים- סמכות המעצר בערעור נתונה לביהמ"ש של הערעור.

פס"ד עפיף- **קושר בין שני ס' חוק- 63 ו-2(3)**. פסה"ד קובע שפרשנות של ס' 63 מחייבת שיש סמכות לעצור במקרים של ערעור לאחר זיכוי אחרת לא היו נותנים מראש את 72 השעות מעצר לצורך הגשת ערעור. אין היגיון בכך שאי אפשר יהיה לעצור אחרי הגשת הערעור, אחרת נשחרר אותו כבר עכשיו.

ס' 2(3) לחוק המעצרים אומר שבערעור סמכות עניינית היא של בית המשפט לערעור. ס' 63 קובע שיש לתת 72 שעות. החיבור בין הסעיפים קובעת כמו ס' 22(ב) הסמכות היא של בית משפט לערעור.

* מצירוף ס' 2(3) עלינו להסיק שמשהוגש ערעור על נאשם שזוכה- **לביהמ"ש** **של הערעור** יש את הסמכות לעצור אותו לתקופת הערעור, בהתאם להוראות ס' 21 לחוק המעצרים.

טבלה לסיכום הנושא:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **תוצאת המשפט הראשון:** | **נאשם שזוכה** | **הרשעה אך בלי עונש מאסר** |
| **עד להגשת הערעור**- מעצר לכתיבת הערעור | ס' 63- הערכאה שזיכתה יכולה לתת עד 72 שעות מעצר לצורך הגשת הערעור. | ס' 22(א)- הערכאה שהרשיעה יכולה לתת עד 72 שעות מעצר אם יש חשש הימלטות. |
| **אחרי הגשת הערעור**- מעצר בתקופת הערעור | יש לקונה בחוק: פס"ד עפיף על בסיס ס' 63+ס' 2(3)- ערכאת הערעור תקבל את סמכויות כמו הכללים של ס' 21 לגבי מעצר עד תום ההליכים. | ס' 22(ב)- ערכאת הערעור תקבל את סמכויות ס' 21 לגבי מעצר עד תום ההליכים. |

* **בכל מקרה אין מעצר שלא מכוח חוק – אנחנו חייבים את החוק תמיד!**

נזכור – תמיד אפשר גם להפעיל חלופות מעצר, אא"כ החוק אסר על כך במפורש.

**הבחנה בין ערר לעיון חוזר**

חשוב מאוד **להבחין** **בין עיון חוזר לערר**. מעצרים הם אף פעם לא דבר סופי. על כל **החלטת מעצר** יש אפשרות של עיון חוזר ויש אפשרות של ערר - שני דברים שונים.

* **עיון חוזר** זו סיטואציה של שינוי נסיבות או חלוף זמן שבגינה פונים **לאותו בימ"ש** שנתן את ההחלטה על המעצר ומבקשים עיון חוזר בהחלטה.
* **ערר** פותח את ההחלטה בפני **ביהמ"ש שלמעלה** ולא קשור לשינוי נסיבות או חלוף זמן. ערר יכול להיות על גזר דין או פס"ד וכן על ערובות ובעצם- כל החלטה שקשורה במעצר.
* **עיון חוזר** [ס' 52 לחוק המעצרים]

**עיון חוזר**- מיועד לנסיבות חדשות או לחלוף זמן שבגינן פונים לאותו בית משפט שנתן את המעצר ומבקשים עיון חוזר בהחלטה.

**לפי ס' 52(א)**- אדם (עצור, משוחרר בערובה או תובע) יכול לפנות בבקשה לעיון חוזר בעצם המעצר בשני מצבים:

1. **התגלו עובדות חדשות שהתגלו או שינוי נסיבות** (לדוגמה, הסנגור טוען כי ראיה מרכזית כורסמה מאוד במהלך המשפט ואין כבר ראיות לכאורה או תובע לעומת זאת יכול להגיד שיש שינוי נסיבות דווקא להחמיר עם תנאי המעצר).
2. **חלף זמן ניכר**- חלף מספיק זמן מעת מתן ההחלטה (יקרה בעיקר במעצר עד תום ההליכים), הסנגור יכול להגיד שהבחור כבר במעצר בית כבר כמה חודשים: הוא מתנהג יפה למה שלא תקלו עליו? תקלו עם תנאי מעצר הבית. לפי הפסיקה "חלוף זמן"- לפחות חודשיים.
* השופטים קוראים לזה שיטת הסלאמי- לאט לאט אתה מוריד עוד ועוד תנאי מעצר.
* הפנייה תהיה **לאותו ביהמ"ש שבו ניתנה ההחלטה לעצור**.

# הסעיף קובע "לרבות בהחלטה לפי ס' זה"- היינו שניתן אף לבקש עיון חוזר על עיון חוזר.

**מצב נוסף לפי ס' 52(ב)**-

1. **אדם שמוחזק במעצר בשל אי יכולתו לשלם ערובה** יכול לפנות **בכל עת** לבקשה לעיון חוזר.

בג"ץ רביזדה- רביזדה הואשם עם נאשמים נוספים בשורת עבירות כולל קשירת קשר, הלבנת הון, זיוף מסמכים ועוד. ביהמ"ש קבע כי אין עילה למעצרו, אולם שמדובר בעבירות חמורות ביותר המקימות חשש רציני להימלטות. על כן, הורה ביהמ"ש לשחררו אך בתנאים שיבטיחו את התייצבותו למשפט ויימנעו את בריחתו – תנאי אחד היה ערבות בנקאית של 10 מיליון ₪. עד אז הוא יישאר במעצר. הוא לא הפקיד את הערובה, בקשות לעיון חוזר שהוא הגיש כדי להפחית את הסכום נדחו, **מכאן הערר שהתקבל**.

השאלה המשפטית: מה הדין כשנאשם טוען שאין ביכולתו להמציא ערובה לשחרור ממעצר?

העליון (**השו' טירקל**) פסק כי לפי ס' 52(ב) לחוק המעצרים, אדם המוחזק במעצר בשל אי יכולתו להמציא ערובה רשאי **בכל עת לבקש עיון חוזר**. המשמעות- לא תיקבע ערובה לשחרור שלא יהיה בכוחו של הנאשם לעמוד בה כך שזה ייגרום להישארותו במעצר שדינו להשתחרר ממנו. גם תחושת הצדק וגם עקרון המידתיות שבחו"י כבוה"א מביאים לכך.

מה שצריך לעשות זה "**חקירת יכולת**" (בדומה לחוק ההוצאה לפועל). אם לא עשו זאת בשלב הדיון בבקשה למעצר או לשחרור בערובה, יש לעשות זאת בעיון החוזר.

* כאן רביזדה מוחזק במעצר כרבע שנה למרות שהמחוזי קבע כי אין עילה למעצרו והורה על שחרור בערובה. מדובר בשימוש בכסף כדי לעצור אותו וזה לא תקין.
* ביהמ"ש קבע שס"ק (ב) קובע הסדר שונה מס"ק (א): כאשר הבקשה היא בגלל חוסר יכולת להמציא ערובה הבקשה לעיון חוזר לא מותנית בחלוף זמן.

**לא נלמד בתשע"ח:**

בש"פ ועקנין: המדינה ביקשה עיון חוזר של נאשם ששוחרר בערובה אשר הואשם בהתפרצות.

אותו נאשם הושאר בערובה בתנאים מסוימים ובניהם שהוא לא יצא מביתו בלילה. ביום מסוים תפסו אותו באחת עשרה וחצי בלילה כשהוא ישב באיזשהו מזנון מחוץ לביתו והוגשה נגדו תלונה על כך שהוא מפר תנאי המעצר ע"י שוטרת ועקנין בתוגבה קילל ואיים על השוטרת. כתוצאה מכך הפריקליטות ביקשה לבטל את צו השחרור בערובה ולהביאו למעצר.

השאלה הייתה האם בעיון חוזר בעניין שחרור בערובה מותר לשופט להביא בחשבון שיקולים פלילים/התנהגות פלילית שאין לה קשר עם העבירה המקורית?

בעיון חוזר שאושר ע"י בית המשפט העליון החולט לעצרו עד תום הליכים וזאת בעקבות הבקשה לעיון חוזר שהגישה המדינה. כלומר מתור להביא שיקולים פלילים בעיון החוזר – מותר לקחת בחשבון התנהגות פלילית שאין לה קשר עם העבירה.

**ההבדל בין עיון חוזר לערר**: עיון חוזר זו פנייה לאותו בית משפט לעיון חוזר בהחלטה שנוגעת למעצר. זה לא ערעור על המעצר עצמו.

* **ערר** [ס' 53 לחוק המעצרים]

ס' 53(א)- על כל החלטה שקשורה במעצר, עצור, משוחרר בערובה, תובע או ערב **יכולים לערור לביהמ"ש של הערעור שידון בערר בדן יחיד**.

ס' 53(ב)- ביהמ"ש בערר יכול להיזקק לחומרים שהתווספו מאז ההחלטה הקודמת.

האם ניתן להגיע לעליון מהשלום? עד לפני 4 שנים היו שני עררים בזכות. כלומר לא היה צורך לבקש ר"ע (רשות ערעור) לעליון (בשונה מסד"א שם צריך לבקש ר"ע בערעור שני). מעבר לכך, גם לא הייתה מגבלת זמן להגשת הערר. הדבר גרם לצרות כי אנשים חיכו לשופט שיותר נוח להם איתו.

לכן, נעשו שני תיקונים לחוק:

1. ס' 53(א1)(1)- על החלטת מחוזי שהגיעה לאחר ערעור למחוזי יש צורך ברשות ערעור לעליון. אם המחוזי הוא כבר בערעור הערעור בעליון הינו בקשת ערעור ואין לך ערעור אוטומטי לעליון.
2. ס' 53(ג)- אולטימטום- מגבילים את האפשרות לערעור ל-30 ימים, ערר וכן בקשה לרשות ערר מוגבל ל-30 יום.

על תיקונים אלה הייתה עתירה (שנדחתה) בטענה שהם לא חוקתיים ופוגעים בזכויות. ביהמ"ש אמר כי השיטה המשפטית שלנו היא שיטה של ערר אחד בזכות ואחד ברשות.

השאלה המתבקשת היא: **באילו נסיבות מיוחדות ביהמ"ש יתן את רשות הערעור בערר?**

החלטה בשם ג'ריס- **השו' ארבל** אימצה את הלכת חניון חיפה מסד"א.הלכה זו אינה פלילית אלא **בוחנת את השאלה מתי נותנים רשות ערעור**. קובעת כי רשות ערעור תינתן כשלהכרעה יש חשיבות מעבר לצדדים הקונקרטיים- יש חשיבות ציבורית:

1. נושאים בהם יש החלטות סותרות של ערכאות נמוכות.
2. מקרים הם יש בעיה משפטית.
3. שאלות בעלות חשיבות חוקתית.

הכלל הוא: **שעקרון סופיות הדיון גובר** והמשותף לכל המקרים המיוחדים הם **מקרים בעלי חשיבות ציבורית**.

**ארבל** מאמצת את ההלכה הזו לנושא של רשות ערעור.

* **השו' ארבל**- מסייגת ואומרת כי במקרה שביהמ"ש סבור שיש נסיבות מיוחדות וחריגות אפשר לסטות מהלכת חניון חיפה (ואז **כן ייתנו** רשות ערעור **למרות** שאין סוגייה עקרונית מהותית).
* **המרצה**- טוענת שההלכה הזו העלתה ספקות מהסיבה שדיני מעצרים זה דיני נפשות, אולם בשל הסייג שהכניסה ארבל היא מקבלת אותה.

הלכה זו שוכללה בפס"ד הבא:

פס"ד ברטלר- **השו' דנציגר מרחיב את החריג של ארבל**. הוא אומר כי הנסיבות החריגות לא חייבות להיות נדירות משום שמדובר בדיני נפשות. אם ביהמ"ש מרגיש כי יש נסיבות יוצאות דופן הוא יכול לחרוג מההלכה ולתת רשות ערעור, גם אם אין בהכרח חשיבות ציבורית. מאחר שמדובר בדיני נפשות- **אם ההחלטה פוגעת בזכויות הנאשם או שההחלטה בלתי מידתית או בלתי סבירה הוא ייתן רשות**. אפשר לקחת נסיבות מיוחדות אבל לא חייב שהן יהיו נדירות- בכך דנציגר מרחיב את החריג של הערער. למשל: אם ביהמ"ש העליון חושב שהחלטת ביהמ"ש המחוזי בלתי ראויה או בלתי מידתית ופוגעת בזכויות יסוד בצורה לא ראויה- למרות שזה לא בעלת חשיבות ציבורית- עדיין יכול להיות שאלו נסיבות בהן תינתן רשות ערעור.

# גם בג'ריס וגם בברטלר ביהמ"ש בסוף לא נתן רשות ערר.

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 בדיון.

* בערעורים כל הזמן דברים משתנים ולכן **ניתן להסתכל על חומר ראיות חדש בערר**.

בש"פ שפיגל- נשאלה השאלה האם המדינה יכולה לערר על ההחלטה שלא לצוות על חילוט של ערבות כי לכאורה זה לא כתוב בס' 53? (לחלט ערבות= לקחת את הערבות לתמיד, למשל בגלל הפרת תנאי הערובה). בית המשפט אומר שבקשה להורות על תשלום ערבות היא בקשה להוציא מן הכוח אל הפועל את אחד מהמרכיבים של החלטת שחרור ולכן זה עניין הנוגע לשחרור והמדינה יכולה להגיש על זה ערער. ביהמ"ש אומר שהביטוי בס' 53(א): "**עניין הנוגע לשחרור**"- כולל גם החלטה לחלט ערבות או לא לחלט ערבות ולכן המדינה יכולה לערור עליהם. **הרעיון הוא שניתן לערור על כל דבר הקשור לשחרור**. אלו שני צדדים של אותה אפשרות- אם הסעיף אומר שמותר למדינה לערור על החלטה שלא לשחרר, המדינה יכולה גם לערור על החלטה לא לצוות על חילוט ערבות.

**סוף הקורס- סוף הרצאות המרצה**

# הרצאות מתרגלת- חומר לימוד עצמי

הרצאת מתרגלת 1- 05.11.17

## טענת פסלות שופט

בהליך הפלילי אין ערעורים על החלטות ביניים. יוצא מן הכלל זוהי טענת פסלות שופט.

טענה זו רלוונטית גם להליך הפלילי וגם להליך האזרחי (יש כמה עניינים שונים בין הליך אזרחי להליך פלילי).

**הכלל**: שופט לא ישב בדין אם הוא מצא מיוזמתו או לבקשת בעל דין כי קיימות נסיבות שיש בהן כדי ליצור **חשש ממשי למשוא** **פנים** בניהול המשפט.

ב"ש 48/75 ידיד נ' מד"י- השופטים ניתחו את התיבה של "אפשרות ממשית למשוא פנים". התביעה הגישה כת"א כנגד נהג רכב שהתנגש באוטובוס. השופט שדן בתיק החליט לזכות אותו ובקביעתו ציין כי התוצאה המזיקה שקרתה לא קרתה באשמת נהג הרכב הפרטי אלא באשמת נהג האוטובוס. התביעה הגישה כת"א כנגד נהג האוטובוס. אך הדיון בעניינו של נהג האוטובוס נקבע גם הוא בפני אותו שופט. הסנגור של נהג האוטובסו טען לפסלות שופט (בגלל שהכריע כבר את דינו של נהג האוטובוס במשפט הקודם ללא שמיעת ראיות והוכחות), אך השופט לא הסכים לפסול את עצמו. הסנגור ערער על כך לעליון וביהמ"ש העליון קבע כי קיימת אפשרות של נגיעה ממשית של השופט ולכן הכרחי לומר שקיימת אפשרות מאוד מצטברת שנבצר ממנו לדון במקרה. הערעור התקבל והתיק הועבר לשופט אחר.

**השו' אגרנט**- הבחין בין חשד סביר למשוא פנים לבין אפשרות ממשית. מה ההבדלים ביניהם?

**החשד הסביר**- נקודת מבט של אדם סביר שנוצר בליבו החשד שהשופט לא אובייקטיבי.

**אפשרות ממשית**- מבחן צר הרבה יותר: צריך להיכנס לקו מחשבתו של השופט ולהראות שקיימת אפשרות מאוד מסתברת שנמנעת מהשופט האובייקטיביות לדון במקרה.

השופט עצמו לא יאמר לעצמו שיפסול את עצמו אחרת "מה יגידו הציבור" אלא צריך לשאול האם הוא באמת מבחינה אובייקטיבית מסוגל לדון בתיק ולעשות משפט צדק. ז"א- לא מעניין אותנו מה האדם הסביר היה חושב, אלא האם השופםט עצמו חושב שנשללת ממנו באיזשהו אופן האובייקטיביות לדון במקרה.

ההלכה: **חשש ממשי למשוא פנים**.

**הסעיף הרלוונטי הוא ס' 77(א) לחוק בתי המשפט-**

**עילות פסלות**

77א. (א) שופט לא ישב בדין אם מצא, מיזמתו או לבקשת בעל דין, כי קיימות נסיבות שיש בהן כדי ליצור חשש ממשי למשוא פנים בניהול המשפט.

כללי הפסלות נגזרים מכללי הצדק הטבעי ובראשם הכלל בדבר היעדר משוא פנים. המטרה היא שההליך ינוהל ע"י אדם שאין לו עניין אישי בהתדיינות, ללא דעה קדומה כלפי בעלי הדין, כדי שיעשה צדק.

יש להבחין בין דעה קדומה לדעת קודמת-

**דעה קודמת**- יש לכל אחד ואחת, בפרט לשופטים כשהם באים לדון בתיק שמובא לפניהם בעניים משפטיים. זוהי דעה לא החלטית נחרצת, וניתן יהיה לשנות אותה ע"י הסברים והצגת טענות הפוכות.

**דעה קדומה**- משהו שטבוע בדנ"א של האדם. הסיכוי לשכנע אדם במשהו שיש לו עליו דעה קדומה הוא שואף לאפס.

* דעה קודמת היא בסדר וניתן להתמודד איתה, דעה קדומה היא בעייתית ומעלה אפשרות ממשית למשוא פנים.

אנו רוצים שהשופט ישפוט ביושר, שליבו של השופט יהיה פתוח, שהוא ישמע מחפץ ליבו ויפעל מתוך עצמאות ואי תלות. שופט שיושב בדין צריך להיות מודע לכך שאותה עת הוא עצמו וכל מערכת המשפט עומדים לדין. כל הפנים נשואות אליו והוא צריך לעשות משפט צדק.

**עילת העל**: **חשש ממשי למשוא פנים**.

מתוך עילה זו יש עילות פסלות נגזרות. נבחין בים 2 סוגי עילות:

1. עילות פסלות הקבועות בחוק.
2. עילות פסלות שהוכרו בפסיקה.
3. **העילות שבחוק- נובעות מעניין אישי [ס' 77א(א1) לחוק בתי המשפט]:**
* משוא פנים אשר נובעשו מעניין אישי- אם צדק להליך בא כוחו או עד מרכזי הוא בן משפחה שלו או שיש ביניהם קרבה ממשית אחרת. בן משפחה- לפי סעיף ההגדרות.
* שופט לא יש בדין אם יש לו עניין כספי ממשי או עניין אישי ממשי בהליך או בתוצאותיו, בצד להליך, בא כוחו, עד מרכזי.
* שופט לא ישב בדין אם בטרם התמנה לשופט היה מעורב בעניים הנדון כבא כוח, בורר, מגשר, יועץ מקצועי, מנחה או בדרך אחרת (כאיש מקצוע).

חריגים לעילות אלו:

* אם מפאת דחיפות העניין לא ניתן לקיים את ההליך לפני שופט אחר ועלול להיגרם נזק חמור או עיוות דין אם לא ידון בעניין, או למשל: אם לאדם יש דיון בהארכת מעצר, והשופט בתיק עונה על אחד הסעיפים לעיל- יש פה עילת פסלות בגלל עניין אישי של השופט, אך בגלל שמדובר בהארכת מעצר וקיימת דחיפות בדיון כי חייבים להאריך את מעצרו, והשופט הוא השופט התורן היחידי- אז השופט ידון בתיק למרות העניין האישי.
* אם העברת הדיון לשופט אחר לא תשנה את עילת הפסלות. למשל: אדם מפתח תקווה שאמא שלו היא שופטת מוכרת ובכירה בביהמ"ש בפתח תקווה, והוא הועמד לדין בבית משפט זה- גם אם אמא שלו לא תשפוט בתיק, עדיין שאר השופטים מכירים אותה ולכן העברת הדיון לשופט אחר לא תשנה את עילת הפסלות.

למה מאפשרים דיון בפני שופט בעל עניין אישי במקרים כאלו? מכיוון שיש תמיד אפיק ערעור- כך שגם אם צד לדין יחשוב שביהמ"ש שגה בניתוח המשפטי שלו, תמיד ניתן יהיה לערער על פסק הדין והלצביע על השגיאה ועל משוא הפנים.

**מניעת עו"ד לייצג בתיק מפאת עניין אישי של השופט איתו:**

לפי ס' 146 לחסד"פ ודיני האתיקה אסור לעו"ד לקבל ייצוג אם יש יסוד להניח כי קבלת הייצוג תגרור עילה לפסלות שופט בגלל עילות הקשורות בו.

חריגים:

* אם הנזק שייגרם מאי הייצוג ע"י אותו עו"ד עולה על הנזק שבהחלפת השופט- עוה"ד יוכל להמשיך לייצג והשופט יוחלף. למשל: אם עו"ד קיבל תיק וראה שהשופט אינו קשור אליו, ועבד על התיק וקיבל תשלום וכו' ואז ברגע האחרון העבירו את התיק לשופט שיש לו עניין אישי עם אותו עו"ד- מותר לעוה"ד להמשיך לייצג בתיק, והשופט יוחלף.

הערות נוספות:

* **קשר או היכרות קודמת**- אנו במדינה קטנה וכולם מכירים את כולם, ובדר"כ שופטים מכירים את התובעים שמייצגים מולם שוב ושוב, ולכן היכרות קודמת לא מקימה עילה לפסות שופט.
* **במקרה שהשופט ייצג את אותו אדם בעבר**- אם עבר זמן רב הדבר לא יוביל לפסלות אוטומטית, הפסיקה קבעה שאם חלפו 5 שנים ומעלה- אין עילה. אבל זה עניין אישי של השופט- גם אם חלף זמן רב אבל הוא מרגיש שאינו יכול לשפוט בתיק- עליו לפסול את עצמו.

הרצאת מתרגלת 2- 03.12.17

1. **העילות שבפסיקה- אינן נובעות מעניין אישי:**

**טענת פסלות שופט-**

שופט לא ימשיך לשבת בדין משום **חשש ממשי למשוא פנים** אם:

* **השופט מתבטא בצורה שאינה אובייקטיבית** (שאינה קשורה למשוא פנים). למשל: הערה גזענית, אם ה"תמחק את החיוך מהפרצוף שלך, אנסת בחורה, מה כ"כ מצחיק?"- אסור לשופט להתבטא כך, אסור לו "לקבוע" שהנאשם כבר אנס בטרם ההרשעה.
* לא מספיק שישנה ההתבטאות מעליבה כלפי בעל דין כדי לפסול את השופט, אלא **צריך שההתבטאות תלמד כי השופט גיבש עמדה סופית לגבי הנאשם או אשמתו השוללת אפשרות סבירה של ניהול המשפט באופן אובייקטיבי**.
* **סופיות העמדה נגזרת מהאופן שבו היא הובעה**- אין דין התבטאות כללית כדין התבטאות קפטנית, אין דין התבטאות שלא במסגרת הדיון כדין התבטאות בדיון, אין דין התבטאות ביניים כדין התבטאות נחרצת בסיום ההליך.
* **קיים חשש שעמדתו של השופט מוטה**- כאשר התנהגות השופט מלמדת שהוא נוטה לצד אחד. פס"ד דיאה מימון- פגישה של השופט עם צד אחד מהצדדים. בפסה"ד השופט והתובע עשו נסיעה משותפת ברכב ללא הצד השני.

**מי מחליט על פסילת בשופט?** השופט עצמו בלבד שנגדו טענו את טענת הפסלות! זאת מכיוון שרק השופט עצמו יודע מה הוא חושב והאם הוא יכול לשפוט בדין הספציפי. אם מדובר בהרכב- מבקשים רק מהשופט הספציפי שנגדו טענו את הטענה.

**מי רשאי להעלות טענת פסלות?** רק בעלי הדין או גם צדדים שלישיים.

פס"ד אליהו הורוביץ- מנכ"ל טבע שהועמד לדין בגין עבירות מס והורשע בביהמ"ש המחוזי. הוא הגיש ערעור לביהמ"ש העליון ובערעור היה הרכב של 3 שופטים. אחד מהם היה השופט אור שלפי הנטען היו לו קשרי ידידות עם הסנגור של הורוביץ. העיתונאי יואב יצחק הגיש בקשה לפסלות שופט- ביקש שיפסלו את השופט אור וטען לחוסר אובייקטיביות.

השופט אור ביקש את תגובת המדינה והסנגוריה. שני הצדדים אמרו שאין להם בעיה שהשופט ימשיך לשפוט.

נשארה השאלה: האם לצד ג' יש זכות לטעון לפסלות שופט? הדיון הספציפי לגופו של עניין נדחה בגלל שיהוי (הגיש את הטענה מאוחר מידי). ביהמ"ש קבע כי טענת פסלות שופט נתונה רק לבעלי הדין בהליך, אך מכאן אי אפשר להסיק שלציבור לעתים לא יכול להיות עניין לגיטימי בתקניות ההליכים המשפטיים, אך יש להגביל זאת למקרים חריגים ונדירים בעם לבעלי הדין אין עניין להעלות את הטענה.

**הלכה**: לצד ג' אין זכות לטעון אלא רק לבעלי הדין. **חריג**: במקרים נדירים יהיה עניין לציבור בתקינות ההליכים המשפטיים כאשר בעלי הדין לא העלו את הטענה בעצמם.

**המועד להעלאת הטענה:**

מיד לאחר תחילת המשפט (לאחר הקראת כתב אישום).

**חריג**: אא"כ עילת הפסלות לא נודעה במועד זה, ואז יש לטעון את הטענה מיד לאחר שנודעה עילת הפסלות. במקרה כזה יש להוכיח שבשקידה סבירה לא ניתן היה לדעת את הטענה לפני כן.

אם טענה לא נטענת במועד שבו היא הייתה אמורה להיטען 🡨 הטענה תידחה אפילו אם יש בה ממש.

* לפי הפסיקה- ניתן לטעון לפסלות שופט עוד בטרם הוגש כתב אישום גם בשלב הגשת בקשה למעצר ימים.
* ס' 148 לחסד"פ- טענת פסלות שופט **לא תישמע כנימוק לערעור**.

**ברגע הגשת טענה לפסלות שופט**- השופט צריך להחליט בטענה הזו **לאלתר ולפני כל טענה אחרת**.

**מכיוון שמדובר בטענה אישית - רק השופט יכול להחליט על עצמו:**

* אם השופט פוסל את עצמו 🡨 הדיון עובר לשופט אחר.

השופט הנעבר (שהתיק עבר אליו) רשאי לדון בתיק מהשלב שאליו הגיע השופט הקודם או מכל שלב שנראה לו בנסיבות העניין (כדי שייעשה משפט צדק).

* אם השופט לא פוסל את עצמו (כי הוא סבור שהוא אובייקטיבי) 🡨 הצדדים לא חייבים להסכים לזה.

מרגע הודעת השופט שלא לפסול את עצמו, יש לצד שהגיש את הטענה 5 ימים בפלילי (10 ימים באזרחי). להגיש ערעור לעליון (גם אם השופט בשלום או במחוזי- הערעור תמיד לעליון).

מי שידון בערעור הוא נשיא ביהמ"ש העליון. **חריג**: הנשיא יכול לקבוע שלא הוא ישב אלא מוטב אחר של שופטי ביהמ"ש העליון/שופט אחר של ביהמ"ש העליון.

יש להודיע לשופט שמגישים נגד החלטתו ערעור:

בפלילי- ברירת המחדל היא שברגע הגשת הערעור השופט מפסיק בדיון בתיק עד לאחר ההכרעה בערעור. אא"כ הוא החליט להמשיך בדיוק מטעמים מיוחדים שהוא מנמק, ובמצב כזה ביהמ"ש העליון יכול להורות עליו להפסיק את הדיון.

באזרחי- ברירת המחדל היא שהשופט ממשיך בדיון בתיק אא"כ הוא החליט להפסיק מטעמים מיוחדים שהוא מנמק, ובמצב כזה ביהמ"ש העליון יכול להורות עליו שכן להמשיך.

**טענות מקדמיות [ס' 149-151]**

**מבוא לטענות מקדמיות**

טענות מקדמיות הן רק הטענות בקבועות בס' 149 לחסד"פ.

בסעיף זה מנויות 10 טענות מקדמיות שהפסיקה אומרת שהן לא רשימה סגורה- **לצורך המבחן זו כן רשימה סגורה!!**

טענת פסלות שופט אמנם תריכה להיטען מיד לאחר תחילת המשפט, אך היא לא טענה מקדמית. למה? כי היא לא מנויה בסעיף! אותו דבר לגבי טענת אליבי "במקום אחר הייתי"- צריך לטעון אותה בתחילת המשפט- אך היא לא טענה מקדמית כי אינה מנויה בסעיף! חשוב: לא לקרוא לטענות אלה במשפט טענות מקדמיות!

לאחר תחילת המשפט (לאחר הקראת כתב האישום)רשאי הנאשם לטעון את הטענות המקדמיות הבאות:

הטענות המקדמיות ייבחנו במנותק מאשמת הנאשם. גם אם הנאשם הודה באשמה, הטענות הללו עדיין ייבחנו במנותק מאשמת הנאשם. מדוע? **טענות מקדמיות הן טענות כנגד ההליך עצמו ולא נגד אשמת הנאשם**.

למשל:

**טענת התיישנות**- למשל בעבירות פשע שדינן מיתה או מאסר עולם ההתיישנות היא 20 שנה. אם נאמר כי לפני 20 שנה ויום אדם רצח אדם אחר (ולא היו אירועים מנתקים)- אם יעצרו אותו, גם במידה והוא יודה ברצח.

אם קמה לנאשם טענת התיישנות- **לעולם לא ייתכן זיכוי כתוצאה מקבלת טענה מקדמית**. לכל היותר ייתכן ביטול כתב האישום! ביטול אינו מונע הגשת כתב אישום נוסף (בשונה מביטול).

**מועד העלאת הטענות:**

**הכלל**: טענות מקדמיות יש להעלות לאחר תחילת המשפט, אך אם לא נטענו- ניתן להעלות אותן לכל אורך המשפט וגם בערעור!

**2 חריגים**: טענות מקדמיות שאם לא נטענו ההתחלה, לא ניתן יהיה להעלות את הטענות הללו לאורך המשפט אלא באישור שופט-

1. ס' 149(1)- טענת חוסר סמכות מקומית.
2. ס' 149(3)- פגם או פסול בכתב אישום.

למה אלו החריגים? אלו טענות פורמליסטיות באופיין, ביהמ"ש בדר"כ מקבל אותן כאשר הוא נוכח לדעת כי נגרם עיוות דין לנאשם. לכן אם הנאשם לא טען אותם בתחילת המשפט זה כאילו הוא קיבל עליו את הדין ולכן לא יתירו להגיש אותה אח"כ.

**הדיון בטענה:**

* ס' 150 לחסד"פ- אם נטענה טענה מקדמית ע"י הנאשם, ביהמ"ש חייב לאפשר לתובע להגיב עם העלאת הטענה.
* חריג: במידה וביהמ"ש דוחה את הטענה המקדמית- אין חיוב לתת לתובע להגיב (כי הטענה בכל מקרה נדחית).
* זכות התובע להגיב היא גם הזכות להביא ראיות.
* לעתים ביהמ"ש רשאי להעלות טענה מקדמית מיוזמתו! למשל: **חוסר סמכות עניינית**- אם ביהמ"ש רואה שאין לו סמכות עניינית לדון בתיק והצדדים לא העלו טענה זו- ביהמ"ש יעלה טענה זו בעצמו; **התיישנות**- אם ביהמ"ש מבין שיש התיישנות והטענה לא הועלתה הוא יעלה אותה מיודמתו.

**נטל ההוכחה:**

* למרות שהכלל הוא "המוציא מחברו עליו הראיה"- כאן זה הפוך!
* למרות שהנאשם הוא שמעלה את הטענה, **נטל ההוכחה הוא על התביעה** להוכיח שלא מתקיימת הטענה הזאת.
* **חריג**: **טענת הגנה מן הצדק**- נטל ההוכחה הוא על הנאשם.

**החלטת ביהמ"ש:**

* ביהמ"ש צריך להחליט בטענה **לאלתר**, אלא אם כן הוא סבור שיש להשעות את ההחלטה לשלב אחר במשפט. יש מספר טענות שהוא לא יעכב כמו התיישנות, חוסר סמכות עניינית, חנינה וכו', אך בחלק הוא כן יחליט להשעות. למשל: בטענת הגנה מן הצדק- לעתים ביהמ"ש ירצה לדון בטענה הזו רק לאחר שלב ההוכחות כי הוא ירצה לשמוע את הצדדים.
* אם ביהמ"ש החליט לקבל את הטענה המקדמיות, יש כמה סעדים אפשריים:
1. ביהמ"ש יורה על תיקון כתב האישום (למשל כסעד לטענת פגם או פסול בכתב האישום)
2. העברת התיק לערכאה בעלת סמכות (למשל כסעד לטענת חוסר סמכות עניינית).
3. ביטול כתב האישום (למשל כסעד לטענת חנינה, התיישנות וכו').

\*\* בטענת הגנה מן הצדק- ביהמ"ש יכול לתת גם סעד של המתקת העונש, לבוא לקראת הנאשם בגזר הדין.

**ערעור על טענות מקדמיות:**

**כלל**: בפלילי אין ערעור על החלטות ביניים אא"כ נקבע בחוק צינור ערעור. במידה ואין צינור ערעור- ניתן לערער על החלטות ביניים רק לאחר קבלת פסק הדין.

לגבי טענות מקדמיות- לא נקבע בחוק צינור ערעור! לכן ניתן לערער על החלטת ביהמ"ש בטענות מקדמיות רק לאחר קבלת פסק הדין!

מקום שבו כאשר ביהמ"ש מקבל את הטענה המקדמית הדבר מוביל לסיום הדיון בתיק (למשל אם ביהמ"ש קיבלת טענת התיישנות וביטל את כתב האישום) 🡨 ניתן לערער מיד על החלטת ביהמ"ש (כי עם קבלת הטענה הסתיים הדיון בתיק!).

**טענה 1: חוסר סמכות מקומית [ס' 149(1)]**

דנה בשאלה באיזה מחוז שיפוט ידון כתב האישום. יש בארץ 6 מחוזות ו-6 בתי משפט מחוזיים (ירושלים, ת"א, מרכז, חיפה, צפון, דרום). תחת כל מחוז יש מספר בתי משפט שלום. ישנם מחוזות שבהם יש כמות יחסית רבה של בתי משפט שלום, וישנם מחוזות בהם יש רק שני בתי משפט שלום. למשל: **מחוזי ת"א**- (1) ת"א, (2) הרצליה. **מחוזי ירושלים**- (1) ירושלים. (2) בית שמש. **מחוז מרכז לוד**- (1) פ"ת. (2) כפר סבא. (3) רחובות. (4) רמלה. (5) ראשל"צ. (6) נתניה.

**כלל**: תביעה צריכה להיות מוגשת באחד מבתי משפט השלום שנמצאים באותו מחוז שבו בוצעה העבירה! לכן- אם העבירה בוצעה בת"א- ניתן להגיש את התביעה בביהמ"ש השלום בת"א או בהרצליה.

**איך נקבעת הסמכות המקומית**? ביהמ"ש המוסמך מקומית הוא זה שבאזור השיפוט שלו מתקיים אחד משניים:

(1) המקום שבו נעברה העבירה.

(2) מקום מגורי הנאשם.

**העדיפות היא למקום שבו נעברה העבירה** (כי שם נמצאים העדים)!

אם מקום ביצוע העבירה ומקום מגורי הנאשם אינם ידועים 🡨 קובעים זאת לפי **מקום התפיסה של הנאשם**.

חשוב לשים לב למבחן- אלו לא שלוש אפשרויות מלכתחילה!! יש רק שתי אפשרויות מלכתחילה- מקום העבירה/מקום מגורי הנאשם. החלופה השלישית היא רק במקרה ששתי החלופות הראשונות לא ידועות!

חריגי סמכות:

* **אם יש כתב אישום עם צירוף אישומים ממחוזות שונים**- למשל: פורץ סדרתי שפרץ בכמה ערים בארץ ומאגדים את כל הפריצות לכתב אישום אחד- תהיה סמכות לכל אחד מהמחוזות שבהם בוצעה כל אחת מהפריצות.
* **אם יש כתב אישום של שני אנשים שגרים במחוזות שונים**- תהיה סמכות לכל אחד מהמחוזות הללו.
* **אם אין סמכות מקומית לאף מחוז (למשל עבירות אינטרנט)**- התיק יידון בפני בית המשפט בירושלים.

**מועד העלאת הטענה**

**אם הנאשם לא העלתה את טענת חוסר סמכות** לאחר תחילת המשפט 🡨 ניתן להעלות טענה זו רק בערעור!

הרצאת מתרגלת 3- 24.12.17

**טענה 2: חוסר סמכות עניינית**

* **ערכאה לא נכונה**- כאשר לערכאה שדנה אין סמכות לדון בעבירה. למשל: עבירה שצריכה להיות נידונה בביהמ"ש מחוזי והוגשה לביהמ"ש שלום.
* **מותב לא נכון**- הטענה דנה גם במותב (הרכב שופטים) שלא מתאים לעבירה הנידונה. כאשר יש מס' שופטים שלא אמור להיות בעבירה הספציפית. למשל: בעבירת הריגה- צריך לשפוט שופט אחד. אם נחשדתי בהריגה ואני נשפטת מול מותב של 3 שופטים- אני יכולה לטעון לחוסר סמכות עניינית! (למרות שהערכאה נכונה).

למה שאעדיף מותב של שופט אחד על פני שלושה?

נדבר על כך בהמשך, אך אחת הסיבות היא שהרבה יותר קל לערער על פסק דין

**מועד העלאת הטענה**

טענה של חוסר סמכות עניינית זוהי טענה מהותית שיורדת לשורש העניין, וכל החלטה של ביהמ"ש שניתנת בחוסר סמכות עניינית היא בטלה מעיקרה. לכן, כברירת מחדל- צריך להעלות את הטענה בתחילת המשפט, אבל **ניתן להעלות אותה לכל אורך המשפט וגם בערעור**!

**התוצאות שנובעות מקבלת הטענה של חוסר סמכות עניינית**

3 תוצאות אפשריות מקבלת טענה מקדמית:

1. **ביטול כתב האישום**. חשוב לזכור שביטול כתב אישום לא מונע הגשת כתב אישום חדש.
2. **להורות על תיקון כתב אישום**- אם טרם הוחל בשמיעת הראיות והתיקון לא יסב עיוות דין לנאשם- ביהמ"ש יכול להורות על התביעה לתקן את כתב האישום. למשל: אם עבירת מעשים מגונים הוגשה לביהמ"ש המחוזי במקום לביהמ"ש השלום, ביהמ"ש יכול להורות על התביעה לשנות את כתב האישום לעבירת אונס (שצריכה לידון בביהמ"ש המחוזי), במידה והראיות מתאימות לכך ולא נגרם עיוות דין לנאשם. כנ"ל גם להפך.
3. **העברת הדיון** לביהמ"ש שכן מוסמך לדון בעבירה.

# על ביהמ"ש לבחור באפשרות המידתית ביותר. לכן ביטול כתב אישום יעשה רק בשלב מתקדם של ביהמ"ש לאחר שמיעת הראיות, שכבר התקבלו החלטות שיניים שונות, ולכן זה לא מידתי להעביר את הדיום לבית משפט אחר ולכן יעדיפו לבטל את כתב האישום.

לסיכום-

בתחילת המשפט- בדר"כ ביהמ"ש ייטה לתקן את כתב האישום שיכנס לגדרי הסמכות שלו או להעביר לביהמ"ש מוסמך.

לאחר הכרעת הדין- בדר"כ הנטייה תהיה לבטל את כתב האישום.

**כלל "לא יעבירנו עוד"**- זהו כלל שחל גם על חוסר סמכות מקומית וגם על חוסר סמכות עניינית.

הכלל אומר שניתן להעביר דיון בתיק לבית משפט אחר **רק פעם אחת**, ואם רואים שיש שוב טעות בסכמות- לא ניתן להעביר את הדיון שוב!

אם יש צורך להעביר פעם שניה את התיק לבית משפט אחר 🡨 אי אפשר להעביר שוב וביהמ"ש שהתיק נמצא אצלו מקבל סמכות מתוקף החוק! (במקום להעביר את התיק פעמיים, החוק נותן

מה קורה במידה וחל הכלל "לא יעבירנו עוד"?

**בטענת חוסר סמכות מקומית**- אם העבירו תיק פעם אחת ממחוז ת"א למחוז דרום, ואז מגלים שצריך להעביר את התיק למחוז צפון- יחול הכלל "לא יעבירנו עוד" 🡨 התיק יישאר במחוז דרום והחוק נותן לביהמ"ש במחוז דרום סמכות מקומית לדון בתיק! זאת מתוך הראייה שכל בתי המשפט בכל במחוזות

**בטענת חוסר סמכות עניינית**- 2 מצבים:

* תיק שהוגש למחוזי, המחוזי חשב שאין לו סמכות והעביר את התיק לשלום, ואז מתברר שלשלום אין סמכות וצריך להעביר שוב למחוזי. במקרה כזה ביהמ"ש השלום לא יכול לקבל סמכות לדון בתיקים של ביהמ"ש המחוזי ולכן יש אופציה אחת 🡨 ביטול כתב האישום!
* תיק שהוגש לשלום, השלום חשב שאין לו סמכות והעביר את התיק למחוזי ואז מתברר שלמחוזי אין סמכות וצריך להעביר את התיק שוב לשלום. במקרה כזה המחוזי כן יכול לקבל סמכות לדון בתיקים של ביהמ"ש השלופ ולכן יש לו 2 אופציות 🡨 (1) קבלת סמכות ודיון בתיק. (2) ביטול כתב האישום.

**חלוקת הסמכויות בביהמ"ש**

3 דרגות בבתי המשפט בישראל:

1. ביהמ"ש המחוזי והשלום- משמשים כערכאה ראשונה.
2. ביהמ"ש המחוזי- משמש כערכאת ערעור של ביהמ"ש השלום.
3. ביהמ"ש עליון- לעולם לא ישמש ערכאה ראשונה. תמיד ישמש ערכאת ערעור בזכות על פסקי דין של מחוזי כשהמחוזי ישב כערכאה ראשונה, וערכאת ערעור ברשות על פסקי דין של המחוזי כשהמחוזי ישב כערכאת ערעור של ביהמ"ש השלום.

**הסמכות העניינית של ביהמ"ש השלום**

קבועה בס' 51 לחוק בתי המשפט. הסמכות היא כל עבירה שעונשה קנס בלבד או מאסר שאינו עולה על 7 שנים (כולל 7 שנים).

ז"א שביהמ"ש השלום דן בכל סוגי העבירות- חטא עוון ופשע. (פשע- החמורה ביותר היא כל עבירה מעל ל-3 שנים).

**חריגים:**

1. **עבירות כלכליות**- אישום שכולל עבירה המוגדרת כעניין כלכלי. למשל: עבירות בניירות ערך, עבירות לפי חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות. ברירת המחדל- עבירות כלכליות יידונות במחלקה הכלכלית של ביהמ"ש המחוזי. חריג: פרקליט המדינה או פרקליט המחוז יכול לאשר להגיש את התיק בביהמ"ש השלום.

# במצב כזה לא תישמע טענת חוסר סכמות עניינית.

1. **עבירות שוחד ועבירות צווארון לבן**- למשל: גניבה בידי מנהל, קבלת דבר במרמה, רישום כוזב במסמכי תאגיד וכו' שעונשן 5 שנים ויותר. ברירת המחדל- הגשה לביהמ"ש השלום. אבל פרקליט המדינה או פרקליט המחוזי יכול לאשר להעביר את
2. **עבירות לפי חוק ההגבלים העסקיים**- לא מוגשות לשלום וגם לא למחוזי אלא יוגשו ישירות לבית משפט בירושלים להגבלים עסקיים. ערעור עליו הוא לעליון.
3. **עבירות במסגרת פעילות בארגון פשיעה לפי חוק מאבק בארגוני פשיעה**- איום רגיל מהווה עבירת עוון שעונשה עד שלוש שנים ונידונה בביהמ"ש השלום. אך אם העבירה היא במסגרת ארגון פשיעה- לפי חוק מאבק בארגוני פשיעה יוגשו ישירות לביהמ"ש המחוזי ולא משנה מה העונש הקבוע להן בחוק.
4. **עבירות לפי פקודת הסמים המסוכנים**- עד משקל מסוים של סמים- העבירה עדיין תוגש לביהמ"ש שלום אפילו שהעונש הוא 15 שנות מאסר, כי לא רוצים שביהמ"ש המחוזי יתעסק עם כל עבירת סמים פשוטה (עומס על ביהמ"ש). אך מכיוון שביהמ"ש השלום לא יכול לתת עונש יותר מ-7 שנים, המקסימום שביהמ"ש השלום יוכל לקצוב הוא עד 7 שנים.

באופן עקרוני הדבר תלוי באישור של פרקליט המחוז או פרקליט המדינה- רק אם הם החליטו שעבירות כאלו יוגשו לביהמ"ש השלום. בפועל יש הנחיות כאלה כיום ועבירות סמים מסוימות עד משקלים מסוימים כן מוגשות לשלום במקום למחוזי. אך ייתכן שבמקרה שנתפס כריש רציני בתחום עבירות הסמים פרקליט המדינה יחליט כי ההנחיות לא חלות לגביו ויורה כן להגיש נגדו כתב אישום בבית משפט המחוזי.

**חשוב לציין**: כשביהמ"ש שלום מרשיע במספר עבירות שכל אחת מהן נמצאת בסמכותו, הוא רשאי לקצוב לכל עבירות את המקסימום המותר לו בחוק, גם אם העונש המשוקלל שלהן יחד יוצא מעל 7 שנים. הסמכות של ביהמ"ש שלום היא סמכות ייחודית.

**המותב בביהמ"ש השלום**

**ברירת המחדל**- ביהמ"ש שלום דן בשופט אחד.

**הרחבת המותב**- ניתן להרחיב מותב אם נשיא ביהמ"ש השלום מורה על הרחבת המותב או שהשופט היושב בדין פונה לנשיא ביהמ"ש השלום, ואז הוא מאשר הרחבת מותב. הרחבת המותב יהיה למותב של 3 שופטים. הדבר מצוי בס' 47 לחוק בתי המשפט.

# במצב של הרחבת מותב לא ניתן לטעון לחוסר סמכות עניינית.

**הסמכות העניינית של ביהמ"ש המחוזי [ס' 40(1) לחוק בתי המשפט]**

* **למחוזי יש** **סמכות שיורית** (כל מה שלא מוסדר בביהמ"ש השלום- מצוי בסמכות ביהמ"ש המחוזי).
* **צירוף אישומים**- ביהמ"ש המחוזי מוסמך לדון בעבירות שבתחום סמכותו של ביהמ"ש שלום רר כשהן מצופות בכתב אישום אחד לעבירות שרק ביהמ"ש מחוזי מוסמך לדון בהם.

אם עבירת גניבה (שלום) מוגשת לבד לביהמ"ש המחוזי – ניתן לטעון לחוסר סמכות עניינית.

אך אם עבירת שוד (מחוזי) מצטרפת לעבירת תקיפה (שלום)- כתב האישום יוגש לביהמ"ש המחוזי והוא ידון בשתי העבירות.

* **ערכאת ערעור** על פסקי דין והחלטות אחרות של ביהמ"ש השלום שבתחום הסמכות המקומית שלו.
* **הגדרות ספציפיות של החוק-** החוק קובע לגבי עבירות שבוצעו על ידי בעלי תפקידים ספציפיים שבהן הוא מגדיר מהי הסמכות המקומית, מהי הסמכות העניינית ומהו המותב: **כתב אישום שהוגש נגד שופט מכהן או ראש ממשלה מכהן**- יוגש לביהמ"ש מחוזי ירושלים במותב של 3 שופטים.

**המותב בביהמ"ש המחוזי**

**ברירת מחדל**- מותב של שופט יחיד.

**חריגים של מותב תלתא**- ביהמ"ש ידון במותב של 3 שופטים במקרים הבאים:

1. עבירות דין מוות או מאסר עולם.
2. עבירות מאסר 10 שנים ויותר. **חריג**: עבירות ספציפיות שבהן הוא ידון בשופט אחד אפילו שהעונש עולה על 10 שנות מאסר.
3. ערעורים על פסקי דין של ביהמ"ש שלום.
4. ערעורים על פסקי דין של ביהמ"ש לתעבורה בעבירות פשע.
5. דיון במשפט חוזר (כאשר ביהמ"ש העליון קבע שיתקיים משפט חוזר. כל המשפט מהתחלה. משפט חוזר יכול להיות רק לטובת הנאשם).
6. שפיטה פלילית של שופט וראש ממשלה מכהנים.
7. **הרחבת מותב**- כל עניין שהנשיא או סגן הנשיא הורה כך.

**מתי ביהמ"ש המחוזי ידון ביהמ"ש במותב של שופט יחיד?**

1. **כל מה שהוא לא דן בהרכב**.
2. **חריגים בעבירות מאסר של 10 שנים ויותר**- אלו הן עבירות המצוינות בחלק א' של התוספת הראשונה לחוק בתי המשפט. זוהי רשימה של עבירות מסוימות שבהן למרות שהעונש הוא מעל 10 שנים מאסר, עדיין החוק קבע שהתיק יידון בפני שופט אחד. למשל: **עבירת הריגה**- העונש הוא 20 שנה (כביכול מותב של 3 שופטים), אך בגלל שהיא מנויה בחלק א' של התוספת הראשונה לחוק בתי המשפט- היא תידון בפני שופט אחד, אא"כ הורחב המותב. דוגמאות: הריגה, גניבה בידי עובד ציבור, שוד, עבירות לפי חוק איסור הלבנת הון, חוק הבחירות לכנסת, חוק מאבק בארגוני פשיעה, פקודת הסמים המסוכנים.

הרציונאל של חריגים אלו- עבירות שההוכחה הראייתית שלהם יחסית פשוטה- קל יותר להוכיח ולכן לא נדרש מותב של 3 שופטים.

1. **ערעורים על פסקי דין של ביהמ"ש לתעבורה חטא ועוון שאינן פשע**.
2. **עררים על החלטות ביניים (החלטת מעצר) של ביהמ"ש שלום**.

**# הכל בכפוף לכך שלא הייתה הרחבת מותב.**

**טענה 3: פגם או פסול בכתב אישום [ס' 149(3) לחסד"פ]**

**הנושא לא מצוין בסילבוס- אבל מחייב לבחינה!!**

1. **פגם בכתב אישום**

**פגם**- מתבטא בדר"כ בהשמטה של פרט ענייני מכתב האישום. למשל: בעונשין יש להוכיח יסוד עובדתי ויסוד נפשי על מנת להרשיע. אם יש יסוד עובדתי ללא יסוד נפשי- לא ניתן להרשיע. אם חסר אחד מהיסודות- זהו פגם בכתב האישום.

מדובר על **השמטה של פרט חיוני להצגה הולמת של התנהגות הנאשם ונסיבותיה וכן השמטה של הוראת חיקוק**.

דוגמא לפגם בכתב האישום- מקרה של בחור עם ילדות קשה, משפחה ענייה, גדל בפנימיות. לימים החליט שהוא רוצה להקים משפחה ולבנות בית. התחתן בגיל 21 והביא 4 ילדים. הנישואים עלו על שרטון והוא התגרש. מצא את עצמו חסר כל. פגש בחורה, יצא איתה והיא הייתה אובססיבית אליו, הוא רצה להיפרד ממנה והיא התלוננה עליו תלונת שווא. ביהמ"ש אמר שהיא לא מהימנה והוא לא מאמין לה, אך בגלל שהיה לביהמ"ש לא היה סגור על כמה פרטים אחרים הוא פסק לו מאסר על תנאי ל3 שנים שלא יואשם בעבירות אלימות.

לאחר כמה זמן הוא הכיר בחורה נוספת, אחרי 3 חודשים לחצה עליו להתחתן ובליל הכלולות היא נכנסה להיריון. כעבור מספר חודשים היא אמרה שהיא לא מעוניינת בו (הייתה בת 30 ורצתה להביא זרע ממישהו). היא רצתה להתגרש ממנו והם התגרשו. היא עזבה לאמא שלה. חודש אחרי הגירושין הוא גילה שהיא מנהלת רומן עם החבר הכי טוב שלו שהיה אצלם כבן בית.

הוא שמע משמועה שהם רוצים לקחת את הילד לגור במושב רחוק, והיא התגרתה בו שהוא לא יראה את הילד. הוא שלח הודעת סמס לחבר שלו "לא כדאי לך שאני אראה אתכם ביחד, אם תעברו לגור במושב אני ארצח אותך, אני אאנוס אותך, הילד שלי לא יגור במושב" וזאת בכוונה להפחידו או להכחידו [ההודעה מנוסחת כך שזה נשמע לשני המינים].

הבחורה עשתה העתק הדבק של ההודעה ושלחה אותו גם לטלפון שלה. ואז שניהם הלכו להתלונן במשטרה על אלימות במשפחה. היה פגם בחקירה של המשטרה ולא בדקו ממי נשלחה ההודעה. הוא נשפט וקיבל 7 חודשים בכלא.

בחומר החקירה שאספה המשטרה היו גם תכתובות מהאישה אל האיש בלשון "תהנה מהנשימות האחרונות שלך כי הימים שלך ספורים, אני אדאג לך לשבת שחורה, בדרך אליך עבריינים להראות לך איך מתעסקים על חולה נפש כמוך". אך הודעות אלו לא נכנסו לכתב האישום שהגישה הפרקליטות!!

זוהי דוגמא לפגם בכתב האישום. אם ביהמ"ש היה נחשף לכל חומר החקירה במלואו הוא היה רואה שהאישה איימה גם ברצח על הבעל והדבר היה משפיע על תוצאות פסק הדין.

לבסוף הבעל הגיש תלונה על איומים של האישה כלפיו. התיק נסגר מחוסר אשמה.

1. **פסול בכתב האישום**

**פסול**- אי עמידה בדרישות החוק בנוגע לכשרות או תוקף כתב האישום. דוגמאות:

* **הגשת כתב אישום ע"י גורם שאינו מוסמך, או ללא אישור של גורם מוסמך**. למשל: תביעות משטרתיות שמגישות כתב אישום על אונס- אין להם סמכות כי עבירות אונס מוגשות רק ע"י הפרקליטות; כתב אישום שחתום עליו מתמחה שאין לו סמכות.
* **עבירות קודמות ותיקים קודמים של הנאשם**. דברים כאלו לא יכולים להיכנס לכתב האישום, מפרטים אותם רק לאחר הכרעת הדין כחלק מהטיעונים לעונש. חריג: לעתים יש מקרים בהם עבירות קודמות יצוינו בכתב האישום כי הן חלק אינהרנטי מכתב האישום (למשל עבירה שנגרמה שעקבות עבירה אחרת, ואז חלק מתיאור העבירה מחייבת ציון העבירה קודמת).

**מועד העלאת הטענה של פגם או פסול בכתב האישום**

רק לאחר תחילת המשפט. אם רוצים לטעון מאוחר יותר- רק באישור של ביהמ"ש.

**תוצאות קבלת טענת פסול או פגם בכתב האישום:**

1. העברה לשופט אחר.
2. ביטול כתב האישום – במידה ונגרם עיוות דין לנאשם.

הרצאת מתרגלת 4 – 24.01.17

**המשך טענה 3: פגם או פסול בכתב אישום:**

**השו' גרוניס** בפס"ד פלוני- מדבר על מצב שבו אם היה נדרש אישור יועמ"ש להגשת כתב אישום בשל התיישנות והוא לא הוגש במועד אלא בדיעבד, וחלף זמן ניכר מאז הגשת כתב אישום ועד שהושג אישור היועמ"ש- מדובר בפגם שאז בהכרח ביהמ"ש יורה על ביטול כתב האישום. ז"א- ביהמ"ש יורה על ביטול כתב אישום ב-2 תנאים:

1. אישור יועמ"ש להגשת כתב אישום הוגש לאחר המועד בדיעבד.
2. חלף זמן ניכר מאז הגשת כתב האישון ועד שהושג אישור היועמ"ש. **"זמן ניכר"**- ביהמ"ש יחליט האם חלף זמן ניכר, ויבדוק האם נגרם עיוות דין לנאשם. בדר"כ אחרי שלב ההוכחות ביהמ"ש יקבע שחלף זמן ניכר.

ס' 149(4)- לא בסילבוס. לא למבחן.

**טענה 4: טענת "כבר זוכיתי/כבר הורשעתי" [ס' 149(5)]**

**ס' 5 לחסד"פ**- לא מעמידים לדין אדם על **מעשה** שהוא זוכה או הורשע בו בעבר. למה? סופית הדיון, מעשה בית דין.

**"מעשה**"- לא כתוב על עבירה אלא על מעשה. ז"א, אם למשל אדם גנב חפץ מבר אילן ומעמידים אותו לדין על עבירה של גניבה בידי עובד. ביהמ"ש הרשיע אותי וגזר את דיני. אחרי שנה העובד מועמד לדין שוב על הגניבה של אותו חפץ- זהו מקרה קלאסי של כבר זוכיתי כבר הורשעתי.

**הסיפא של ס' 5** מציינת **חריג**: ניתן להגיש שוב כתב אישום על אותו מעשה בהתקיים 2 תנאים מצטברים:

1. אם המעשה גרם למותו של נפגע העבירה.
2. הנאשם הורשע בשל עבירה אחרת בגין אותו מעשה.

למשל: הרבצתי למישהו שעיצבן אותי בסופרמרקט. הבנאדם התמוטט ושוכב בבי"ח צמח כבר חודשיים. מעמידים אותי לדין על גרימת חבלה חמורה, אני נדונה לעונש מאסר של 5 שנים, אני מרצה את המאסר ומשתחררת לאחר 5 שנים.

אחרי עשר שנים מספרים לי שהנפגע נפטר מפצעיו (קשר סיבתי- המוות קשור לחבלה החמורה). במקרה כזה ניתן להעמיד אותי לדין על הריגה. במקרה כזה מתקיימים 2 התנאים- הורשעתי בעבירה הראשונה, והנפגע מת. חשוב- הנפגע חייב למות! למעשה, העבירה השנייה תמיד תהיה הריגה.

משמעות הטענה הזו היא שהנאשם כבר נשפט בעבר, ואין דנים אותו אדם פעמיים בשל אותו מעשה.

**התנאי להעלאת הטענה**: צריך להמציא את פסק הדין שבו האדם זוכה/הורשע בעבר- אם אין פסק דין של זיכוי או הרשעה- אין בסיס לטענה הזו [במקרה כזה ניתן לטעון טענה אחרת של **סיכון כפול** 🡨 מתוך החומר ללימוד עצמי].

אם ביהמ"ש מבטל כתב אישום 🡨 אין בסיס לטענה כבר זוכיתי כבר הורשעתי. זאת מכיוון שביטול כתב אישום לעולם לא מונע הגשתו בפעם השנייה.

**מה קורה במצב של אי הרשעה?**

**הרשעה**- האדם אשם.

**זיכוי**- האדם לא אשם.

**אי-הרשעה**- זה לא זיכוי ולא הרשעה. מה זה?

מדובר על מקרה בו אדם עומד למשפט והעבירה היא לא עבירה חמורה מאוד (למרות שהחוק לא מסייג עבירות), וביהמ"ש קובע כי לפי הראיות הבנאדם אכן ביצע את העבירה, אבל הוא נמנע מלהרשיע את הנאשם, בגלל שהוא לא רוצה "להכתים" את הנאשם או לפגוע לו באופק התעסוקתי, אז הוא קובע גזר דין ללא הרשעה. למשעה לא נרשמת הרשעה בתיק הפלילי של הנאשם, וכך "דף היושר" של האדם נשאר נקי ללא הכתמה (זה כן כתוב ברישום אחר אבל לא בדף היושר). העונש שנותנים במקרה כזה הוא של"צ (שירות לתועלת הציבור- לא עבודות שירות).

במקרה של אי-הרשעה- האם ניתן לטעון "כבר זוכיתי כבר הורשעתי"?

ז"א, האם אי-הרשעה נחשבת להרשעה לעניין העלאת טענת "כבר זוכיתי כבר הורשעתי"?

ס' 5 קובע כי גם אי- הרשעה תיחשב כהרשעה לעניין "כבר זוכיתי כבר הורשעתי".

תיק שהיה למתרגלת: עבירה של הונאה בכרטיסי חיוב על 61 שימושים בכרטיסי אשראי של אנשים שונים, חלקם היא הצליחה לקבל את המוצרים וחלקם לא (מוגדרים כניסיון), בנוסף הייתה גם התחזות. כשהיא עשתה את זה היא הייתה בת 19 עם 2 תינוקות, עשתה את זה כדי להתקיים. היום היא בת 23, נשואה, השתקמה וכו'. המתרגל ניסתה לטעון את טענת כבר זוכיתי כבר הורשעתי, וביהמ"ש שקל זאת אך לבסוף בגלל שהיא לא לקחה אחריות לא קיבלו טענה זו.

כאשר אדם מגיע לטעון את טענת "כבר זוכיתי כבר הורשעתי" – באותו רגע בתיק יש נגדו 2 כתבי אישום:

1. **כתב אישום אחד**- שבו כבר הייתה הרשעה/זיכוי.
2. **כתב אישום שני**- כתב האישום החדש שבו אני רוצה לטעון "כבר זוכיתי כבר הורשעתי".

למשל: מקרה של אדם שאנס את חברה שלו ללא הסכמתה. הגישו נגשו כתב אישום על אונס, הוא הורשע ונתן את הדין. אח"כ רוצים להגיש נגדו כתב אישום נוסף על תקיפה ומעשה מגונה (כי אונס הוא גם תקיפה- עצם זה שהוא נגע בה זה תקיפה. (שונה מעבירה של חבלה חמורה)). האם ניתן להגיש נגדו כתב אישום זה? לא 🡨 בגלל שהמעשה הוא אותו מעשה! ואמרנו שלא דנים אדם פעמיים על אותו **מעשה**.

**מה קורה כאשר מגישים נגד אדם כתב אישום על כמה סעיפי עבירה?**

אם לאדם אין הרשעות קודמות אבל באותו כתב אישום מגישים עליו כמה כתבי אישום- על עבירת אונס, תקיפה ומעשה מגונה.

האם ניתן לטעון כאן לטענת כבר זוכיתי כבר הורשעתי? 🡨 לא, מכיוון שאין הרשעה קודמת!

ס' 186 לחסד"פ- הרשעה בעבירות אחדות

186. בית המשפט רשאי להרשיע נאשם **בשל כל אחת** מן העבירות שאשמתו בהן נתגלתה מן העובדות שהוכחו לפניו, אך לא יענישנו יותר **מפעם אחת** בשל אותו מעשה.

ביהמ"ש יכול באותו כתב אישום להרשיע על כמה עבירות של אותו מעשה (גם אונס, גם תקיפה וגם מעשה מגונה), אך בפסיקת העונש- אפשר לפסוק רק עונש אחד!

**מה זה "אותו מעשה"?**

המבחנים של "אותו מעשה" הרלוונטיים לעבירות שמוגשות יחד בכתב אישום אחד, שונים מהמבחנים של "אותו מעשה" כשיש 2 כתבי אישום (ישן וחדש)- מבחנים שונים!

**מתי מעלים את הטענה?**

מיד לאחר תחילת המשפט!

האם ניתן להעלות אותה בהמשך המשפט? כן- ניתן להעלות אותה בכל שלבי המשפט גם בערעור ללא קבלת אישור ביהמ"ש.

**אם ביהמ"ש מקבל את הטענה**- כתב האישום מבוטל!

האם זה מונע הגשת כתב אישום פעם נוספת? לא- ביטול כתב אישום לא מונע הגשתו מחדש.

**עבירה נמשכת מול עבירה מתחדשת**

**עבירה נמשכת**- ניתן להגיש כתב אישום אחד בלבד. למשל: אדם כלא אדם אחר כליאת שווא ל-5 ימים. הנפפגע יצא והגיש תלונה במשטרה על כליאת שווא למשך 3 ימים. אחרי שביהמ"ש קיבל פסק דין והרשיע את הנאשם, הנפגע מבין שזה היה 5 ימים ולא -3 ימים.

האם ניתן להגיש כאן כתב אישום חדש על כליאת שווא 5 ימים? לא, מכיוון שזה אותו מעשה ולא ניתן להרשיע על אותו מעשה פעמיים, עומדת לנאשם טענת הגנה כבר זוכיתי כבר הורשעתי.

**עבירה מתחדשת**- למשל: אדם שקיבל צו מילואים ולא הסכים לבוא לצבא כל יום מחדש והיה עריק למשך 4 ימים. האדם החליט לא להתייצב כל יום מחדש, ולכן כל יום שבו לא התייצב- זוהי עבירה בפני עצמה. לכן ניתן להגיש 4 כתבי אישום כמספר ימי העריקות.

**המבחן לס' 149(5)- 2 כתבי אישום נפרדים:**

**מבחן זהות הרכיבים**- נדרשת זהות בין המעשה שבגינו נשפט הנאשם וזוכה או הורשע, לבין זה המיוחס לו בכתב האישום הנוסף.

**מעשים יחשבו זהים** אם כל רכיבי האחד כלולים במשנהו, גם אם כלל אחד המעשים רכיבים נוספים על אלה של משנהו, עדיין המעשים זהים.

למשל: עבירת השוד ועבירת הגניבה. מגישים נגד אדם כתב אישום בגין שוד. האם שוד מכיל בתוכו גם גניבה? כן, שוד הוא גניבה באיומים (גניבה תחת איום בנשק חם/קר). ז"א שלעניין מרכיבי העבירה- שוד מכיל בתוכו גניבה וכולל גם רכיבים נוספים של איומים. לכן:

* אם כבר הורשע אדם על מעשה שוד, לא ניתן להגיש נגדו כתב אישום נוסף על גניבה – כי עבירת הגניבה נכנסת לתוך עבירת השוד- ולכן עומדת לזכותו טענת "כבר זוכיתי כבר הורשעתי". אי אפשר להרשיע פעמיים על אותו מעשה.
* הדבר עובד גם הפוך- אם אדם הורשע על מעשה גניבה, לא ניתן להגיש נגדו כתב אישום נוסף על שוד- כי שתיהן בבסיס הם עבירות שמדברות על אותו מעשה! למרות שגניבה זאת עבירה יותר "קלה", אם האדם כבר הורשע בגניבה, לא יהיה ניתן להגיש נגדו כתב אישום נוסף על שוד, למרות שהיא עבירה "קשה" יותר- כביכול פספסתי את הרכבת.

**מעשים יחשבו שאינם זהים**- אם כל אחד מהמעשים כלל רכיבים נוספים על אלה שמהם הורכב משנהו, גם אם חלק מהרכיבים חוזר בשני המעשים.

למשל: עבירת קבלת דבר במרמה ועבירת הגניבה – אלו שתי עבירות שיש להן רכיבים משותפים- בשניהם אני לוקחת משהו בלי כוונה להחזיר אותו לעולם, אבל כל רכיבי העבירה של האחת אינם נכנסים בשניה. העבירות לא "בולעות" אחת את השניה כמו שעבירת השוד כוללת בתוכה את עבירת הגניבה. אלא יש ביניהם רק רכיבים משותפים, אבל חוץ מרכיבים אלו לשתי העבירות יש רכיבים נוספים שלא מתקיימים בעבירה השנייה. לכן עבירות אלו לא יחשבו כמעשים זהים.

הרכיבים הנוספים של קבלת דבר במרמה- המרמה. הרכיבים הנוספים בגניבה- ללא הסכמת הבעלים.

# במעשים שאינם זהים- לא תישמע טענת כבר זוכיתי כבר הורשעתי, וניתן להגיש שני כתבי אישום.

**המבחנים לס' 186- כמה עבירות בכתב אישום אחד:**

ס' 186 זה לא טענה מקדמית (היא לא מנויה בס' 149).

**מה יחשב "אותו מעשה"?** **בפס"ד ביטון** **נקבעו 2 מבחנים**: (חשוב לקרוא את פס"ד ביטון)

1. **מבחן פיזי-צורני**- בוחן אם מדובר בפעולות נפרדות שניתן לפצלן אף שבוצעו ברצף. מבחן זה נוהג בעיקר בעבירות רכוש.
2. **מבחן מהותי-מוסרי**- מתמקד באינטרס של קורבן העבירה ולפיו ריבוי נפגעים הוא אינדיקציה לריבוי עבירות הנובעות ממעשים נפרדים. מבחן זה נוהג בעבירות גוף.

למשל: אדם שלחץ על ההדק פעם אחת אך הצליח להרוג בלחיצה זו 20 אנשים- מדובר על מעשה אחד שאי אפשר להפריד את הרצץ שלו. אך במקרה כזה נסתכל על אינטרס הקורבנות ובגלל ריבוי הנפגעים הדבר יוביל לריבוי עבירות, ולכן יהיה ניתן להרשיע וגם להעניש את הנאשם על 20 מקרים. במקרה כזה לא תישמע טענה "כבר זוכיתי כבר הורשעתי".

**חריג**: **הבחנה בין המתה בגין קינטור (הריגה) מרצח בכוונה תחילה**. פס"ד אזואלוס- בחור שראה את אשתו באוטו עם מאהב, האישה והמאהב קינטרו אותו והתנשקו והתגופפו לידו בכוונה והוא ירה בהם והרג את שניהם. בגלל הגנת הקינטור הוא הורשע בהריגה ולא ברצח. לפי חריג זה- גלל טענת הקינטור- רצח של מס' קורבנות ייחשב כהריגה אחת **לעניין** **העונש** (לעניין **ההרשעה** ניתן להרשיע כמס' הקורבנות, אבל עונש ייפסק על הריגה אחת בלבד).

## ללמוד טוב בחומר לימוד עצמי את הטענות המקדמיות התיישנות והגנה מן הצדק.

**המבחן:**

בדיקה לקולא.

שאלת קייס- לא מורידה נקודות על דברים לא נכונים, אבל רק אם יש קשר מסוים וזה לא מופרך.

מייל וטלפון מתרגלת לשאלות: veredleon@walla.com, 054-7679464.

**מיקוד הסילבוס לבחינה**

חלק א' בסילבוס- כולו!

חלק ב' בסילבוס- כולו!

חלק ג' בסילבוס- פרקים: 1,2,3,4,5,6,7,8,10

חלק ד' בסילבוס- אינו לבחינה!

חלק ה' בסילבוס- פרקים: 1,2,3,6,7,8,9,10

חלק ו' בסילבוס- אינו לבחינה!

**דגשים לפתרון מבחן לדוגמא:**

חלוקת זמנים מומלצת:

שעה לכל שאלות המחשבה יחד- 20 דק' לכל שאלת מחשבה.

שעתיים לשאלת הקייס.

שאלת הקייס-

* התשובה צריכה להיות באותו רצף כרונולוגי. אם שוכחים משהו ונזכרים אח"כ- לסמן כוכבית בצבע.
* בדר"כ השורות הראשונות בקייס זה הכרת הדמויות ואין כ"כ משהו משפטי. מהרגע שמתחילים להיכנס לעניין הקרימינלי יעלו סוגיות משפטיות. כמעט כל שורה-שורה וחצי יש סוגיה משפטית אחרת שצריך לדון בה.
* חייבים לציין שמות פסקי דין.
* חייב להיות עניין של מעצרים. לשים לב לכל הניואנסי של מעצרים. איך מתחיל בכלל הקייס? מי הגיש תלונה במשטרה? האם לכל אחד יש אפשרות להגיש תלונה במשטרה? האם החקירה נפתחה בגלל משהו אחר ולא תלונה? האם למשטרה יש סמכות לפתוח בחקירה? נוהל המעצר (ס' 24 לחוק המעצרים)- 3 תנאים ולא 2 תנאים- להזדהות, ליידע את הבנאדם על הסטטוס שלו שהוא עצור, ולהבהיר לו את סיבת המעצר. צריך לראות אם עמדו על 3 התנאים- ככל שדנים בס' 24 לחוק המעצרים- אם לא עומדים בתנאים אלה 🡨 המעצר לא חוקי!! תמיד צריך לדון בחריגים- חריגים שבתנאים מסוימים לא צריך לעמוד ב3 התנאים של הסעיף. חשוב לזכור שהחריגים לא חלים על חובת היידוע ועל החובה לתת עותק מצו המעצר. בל מקרה לציין שיש חריגים ואז לציין האם הם חלים או לא חלים.

שאלות מחשבה:

יישום החומר בצורה יותר קונקרטית.

צריך להתבסס על פסיקה ומאמרים.