**מהות ההליך הפלילי ומטרותיו**

סדר דין פלילי עוסק ב**כללים דיוניים**. כללים מהותיים עוסקים בחובות וזכויות, באסור ומותר, בעוד הכללים הדיוניים באים **לממש את הכללים המהותיים**.

ההבדלים בין כללים דיוניים לכללים מהותיים

1. **כלל דיוני חל גם רטרואקטיבית**, בעוד כלל מהותי אינו חל רטרואקטיבית, בוודאי לא בדיני העונשין. זאת, בכפוף לס' 4 ו-5 לחוק העונשין שקובעים שהקלה תחול רטרואקטיבית.
2. מכללים מהותיים איננו יכולים לסטות, גם לא לשם עשיית צדק כביכול. לא נשנה יסודות של עבירה לצורך מקרה/אדם ספציפי. לעומת זאת, **קיימת אפשרות של סטייה מכללים דיוניים**. בדרך כלל זה כדי **למנוע עיוות דין או לצורך עשיית צדק**.

אם יש אפשרות לסטות מכללים דיוניים, אז למה צריך כללים בכלל? כאשר אנשים יודעים שאפשר לסטות מכללים, זה הופך את כל ההליך להליך רשלני שבו לא מקפידים על כללים. על מנת **למנוע רשלנות במקרים עתידיים**, הכלל צריך להיות כלל והחריגים צריכים להיות לגבי המקרים הראויים לכך. שנית, אם בכל משפט היו צריכים לדון בשאלה מהם הכללים, זה **יכביד על ההידיינות** בבית המשפט. הנימוק השלישי הוא **למנוע שרירות** – הרצון הוא שתהיה הקפדה על כמה שיותר זכויות של חשודים/נאשמים ומצד שני על האינטרסים הציבוריים. הכללים עוזרים לנו למנוע שרירות.

המטרה של דיני העונשין המהותיים היא להגן על אינטרסים ציבוריים שונים, כמו אינטרס שלמות הגוף או זכות הקניין (עבירות רכוש מגנות עליה). המטרה של סדר הדין הפלילי היא לממש את אותה מטרה של דיני העונשין.

מאפייני סדר הדין הפלילי בישראל

1. הפרוצדורה הפלילית חקוקה בחקיקה ראשית – סדר דין אזרחי יכול להרשות לעצמו להיות בתקנות. בפרוצדורה פלילית אנחנו עוסקים בדיני נפשות, בעניינים שפוגעים בזכויות אדם, ולכן חל פה גם עיקרון החוקיות שאומר ש**פגיעה בזכויות צריכה להיות בחוק**. לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הדברים מקבלים משנה תוקף כי חוק היסוד אומר שכל פגיעה בזכות יסוד חייבת להיות בחוק. ישנן גם תקנות, אבל העיקר הוא בחקיקה ראשית.
2. הרבה מאוד חקיקה היא חקיקה חדשה – חקיקה חדשה היא לאחר המהפכה החוקתית ב-1992. **המהפכה החוקתית השפיעה על כל תחומי המשפט, אבל השפיעה בצורה הכי מובהקת ורחבה על סדר הדין הפלילי שפשוט שינה את פניו**. אחד הביטויים לזה הם שינויי חקיקה – חוקים חדשים שחלקם מבטלים חוקים קודמים ומסדירים עניינים באופן שיתאימו לדרישות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (תכליות, מידתיות וכו'). לדעת המרצה, המהפכה החוקתית הפכה את סדר הדין הפלילי למשהו מאוד מעניין כי בעקבות העובדה ש**זכויות נאשמים עלו למדרגה חוקתית**, הטענות לפגיעות חוקתיות שונות הפכו את העניין לתחום יצירתי שמתפתח כל הזמן.

החקיקה המרכזית

1. חוק סדר הדין הפלילי (החסד"פ) – חוק זה שנחקק ב-1982 **עוסק בכל סדר הדין הפלילי מתחילתו ועד סופו, החל מחקירה, העמדה לדין, משפט ועד פוסט משפט (ערעורים וכו')**. בעבר הוא גם עסק במעצרים שלאחר הגשת כתב אישום, אבל הסעיפים הללו בוטלו כי כיום יש חוק מעצרים חדש שעוסק בכל המעצרים.
2. פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (הפסד"פ) – פקודה זו מ-1969 עוסקת בסמכויות המשטרה. בעבר היא עסקה במעצרים שלפני הגשת כתב אישום. עם חקיקת חוק המעצרים, הסעיפים האלה בוטלו. עדיין הפקודה הזו מאוד חשובה כי **כל הסמכויות הנלוות של השוטר (שימוש בכוח, עריכת חיפושים, תפיסת חפצים וכו') נמצאות בפסד"פ**.
3. חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) (חוק המעצרים/חסד"פ מעצרים) – חוק זה מ-1996 ביטל את הסעיפים שהיו בחסד"פ ובפסד"פ על מעצרים והמטרה שלו הייתה ליצור חוק שחולש על כל פרט ופרט שנוגע למעצרים. **יש בו הוראת אחידות שלפיה ככל שיש מעצרים בחוקים אחרים ואין בהם הוראה ספציפית סותרת, החוק הזה גובר**. הוא יוצר חקיקה מודרנית יותר שמותאמת יותר לרוח חוקי היסוד מבחינת חוקיות המעצר וכו'.
4. חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי) – גם חוק זה נחקק ב-1996 וגם הוא ביטל סעיפים מסוימים שהיו בחסד"פ. הוא מפורט מאוד ו**עוסק בכל הנושא של חיפוש בגוף ובדיקות שונות לאמצעי זיהוי** (תביעות אצבע, ד.נ.א, בדיקות גניקולוגיות וכו'). בגלל שהנושא הזה פוגע מאוד בזכויות אדם, זה נחקק בחוק לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. במובנים רבים, החוק הזה נכנס גם לחלל ריק. כלומר, בניגוד למעצרים שהיו מוסדרים בחוקים שונים, **הנושא הזה לא היה ממש מוסדר** חוץ מסעיפים מפוזרים פה ושם ועיקר ההסדרים נקבעו בעבר בפסיקה.

**ההליך הפלילי מחולק לארבעה שלבים**, שעל כל אחד מהם חולש גורם אחר שאחראי באופן מובהק על ההליך. לכל אחד מהשלבים יש סוג של מעצר שמתאים לו.

1. חקירה – על השלב הזה חולשת **הרשות החוקרת**. המשטרה היא לא הרשות החוקרת היחידה, אבל אנחנו נעסוק בעיקר בה.
2. העמדה לדין – על השלב הזה חולשת **הרשות התובעת**. עיקר התביעות נעשות בתביעה המשטרתית למרות שהנטייה לחשוב שהפרקליטות היא הרשות התובעת העיקרית.
3. משפט (המשפט הדיוני, של הערכאה הראשונה) – הגורם ההגמוני בתחום הזה הוא **בית המשפט**. חוק בתי המשפט קובע למי הסמכות בכל עבירה – לבית משפט שלום או לבית משפט מחוזי.
4. פוסט משפט – שלב זה הוא **ערעור/משפט חוזר/דיון נוסף**. הגורם החולש על הערעור (בזכות או ברשות) הוא בית המשפט של הערעור. דיון נוסף נעשה רק במצבים שבהם מדובר על הלכה עקרונית או שינוי של הלכה (ס' 30 לחוק בתי המשפט). משפט חוזר הוא מובהק רק למשפט פלילי ומתרחש במצבים מאוד קיצוניים שבהם יש סיבה לסטות מעיקרון סופיות הדיון ולתת לאדם שהורשע משפט חוזר (ס' 31 לחוק בתי המשפט).

**שלב החקירה**

**ס' 59 לחסד"פ קובע כי חקירה משטרתית נפתחת כשנודע למשטרה על עבירה בתלונה או בדרך אחרת.** "דרך אחרת" יכולה להיות מידע מודיעיני, כתבה עיתונאית, שוטר שנקרה לעניין בשטח, תצפיות, מעקבים, חיפושים, מעצרים ועוד. **הלשון היא "תפתח בחקירה" – לכאורה, זה אומר שיש חובה לחקור. החריג לכך הוא בעבירות שאינן פשע** (חטא – עד שלושה חודשי מאסר, עוון – עד שלוש שנות מאסר, פשע – משלוש שנות מאסר ומעלה). הסיפא של ס' 59 קובעת כי **בעבירה שאינה פשע קצין משטרה בדרגת פקד ומעלה יכולה להורות שלא לחקור אם אין עניין לציבור או שיש רשות אחרת שמוסמכת לחקור את העבירה. על החלטתו של הקצין יש אפשרות ערר לגורם בפרקליטות, כאשר יש מתלונן**.

התפקיד של חוקר המשטרה הוא לברר עובדות ולאסוף ראיות באמצעי חקירה שונים. **אמצעי החקירה הנפוץ ביותר הוא תשאול**. כאשר מתשאלים חשוד צריך להזהיר אותו בזכויות שונות (זכות השתיקה וכו'). חקירה של חשוד היא חקירה תחת אזהרה. אמצעי חקירה נוספים: תצפיות, עיכובים, מעצרים, מעקבים, חיפושים והאזנות סתר.

ישנם שני סוגי מעצרים שרלוונטיים לשלב החקירה

1. מעצר ראשוני (שנעשה על ידי שוטר) – **בצו או שלא בצו** (כאשר שוטר נקרה להתרחשות ועוצר אדם). **כאשר אדם נעצר שלא בצו, צריך להביאו בפני שופט בתוך 24 שעות**.
2. מעצר לפני הגשת כתב אישום ("מעצר ימים") – אלה מצבים שבהם **המשטרה רוצה לבצע את החקירה כאשר האדם במעצר**, מסיבות שונות בהן חשש לשיבוש מהלכי משפט. זה מכונה "מעצר ימים" כי מדובר ב**מעצר לתקופה קצובה (עד 15 ימים בכל פעם, ועד 30 ימים בסך הכול)**.

**שלב ההעמדה לדין**

לאחר שהרשות החוקרת סיימה את עבודתה, היא מעבירה את חומר החקירה לרשות התובעת שצריכה להחליט אם להגיש כתב אישום. בשלב הזה, הדמות הדומיננטית היא התובע. **מרבית העבירות מנוהלות על ידי התביעה המשטרתית ויתרת העבירות בידי הפרקליטות**.

כיום, בעבירות פשע וכאשר אדם לא נמצא במעצר, ישנה חובה לשימוע. **ס' 60א לחסד"פ קובע שהפרקליטות צריכה ליידע אדם על הגשת כתב אישום בעבירת פשע אם הוא אינו עצור ושאותו אדם יציג את עמדתו**.

ישנם שלושה טעמים שבגינם תובע יכול לסגור את התיק ולא להעמיד לדין:

1. חוסר אשמה – זו הסגירה הכי טובה מבחינת החשוד כי משמעותה שהוא לא ביצע כלל את העבירה. לסגירה זו אין שום רקורד פלילי עבור הנאשם. גם המשטרה יכולה להחליט שלא להעביר את התיק לתובע אם היא חושבת שמדובר בחוסר אשמה.
2. חוסר ראיות – מצב שבו לא משנה אם התובע חושב שהאדם אשם או לא, אבל הוא סבור שאין מספיק ראיות להעמדה לדין. **המבחן להעמדה לדין הוא סיכוי סביר להרשעה**.
3. חוסר עניין לציבור – מצב שבו **האינטרס הציבורי אינו מספיק מספק להעמיד לדין**. לא עם כל דברים אנחנו רוצים להתעסק באמצעות העמדה לדין. דוגמא: סכסוכי שכנים.

**על ההחלטה שלא להגיש כתב אישום, המתלונן יכול להגיש ערר. על החלטת הערר אפשר להגיש בג"ץ. ההתערבות בהחלטות היועמ"ש היא נדירה**.

**המעצר הרלוונטי לשלב ההעמדה לדין הוא מעצר לפי הצהרת תובע (ס' 17(ד) לחוק המעצרים)**. זה מצב שבו נגמרה החקירה, התובע קיבל את החומר ומצהיר בבית המשפט שהוא כנראה יגיש כתב אישום ולצדו יבקש מעצר עד תום ההליכים. במצב כזה, לבית המשפט סמכות לתת **עד חמישה ימי מעצר לצורך כתיבת כתב האישום**. בדרך כלל, בית המשפט נותן יומיים-שלושה לכתוב את כתב האישום. אם אדם לא נמצא במעצר אין את הבעיה הזו.

**שלב המשפט**

למעבר לשלב המשפט יש כמה השלכות חשובות

1. העברת ההגמוניה לבית המשפט – אם עד עכשיו מי ששלט בהליך הוא התובע, **כעת מי שאחראי על ההליך הנוכחי הוא בית המשפט**.
2. שינוי מעמד החשוד לנאשם – עם הגשת כתב האישום, החשוד הופך לנאשם. **זה שינוי מעמד מאוד חשוב כי פתאום קולו נשמע, הוא חלק מההליך**. בתור חשוד, מעבר לזכויות הדיוניות ששומרות עליו, לחשוד היה מאוד קשה להציג את עמדתו. זאת, כיוון ש**רק עם הגשת כתב האישום מקבל החשוד את כל חומר החקירה**. לעומת זאת, בשלב זה הוא אינו חייב לגלות את ההגנה שלו לתביעה. כתב אישום כולל, למשל, את רשימת עדי התביעה. **מכאן והלאה, הנאשם מנהל את ההליך בצורה הרבה יותר מושכלת**.
3. החשוד מקבל את כל חומר החקירה (כאמור).

**המעצר הרלוונטי לשלב המשפט הוא מעצר עד תום ההליכים**. החוק קורא לזה "מעצר שלאחר הגשת כתב האישום". **כתב האישום ובקשת המעצר אינם מוגשים לפני אותו שופט** (באותו בית משפט אבל לא אותו שופט) כי השופט שמחליט על המעצר רואה ראיות שהשופט הדן בכתב האישום לא יכול לראות. **שתי עילות המעצר הן מסוכנות (לציבור) ושיבוש (בריחה/הפחדת עדים/העלמת ראיות)**. תיאורטית יכול להיות אדם שנאשם ברצח אבל לא יהיה במעצר כי **אין חובת מעצר אפילו בעבירת רצח** (יש חזקת מסוכנות, אבל אפשר להפריך אותה). מעצר עד תום ההליכים אמור להיות עד תום ההליכים, אבל הוא **מוגבל לתשעה חודשים. לאחר תשעת החודשים הללו, נדרש להגיש בקשה לבית המשפט העליון**.

שלבי המשפט

1. הקראת כתב האישום – השופט מקריא לנאשם את כתב האישום ומסביר לו אותו (אלא אם כן הנאשם מיוצג ואז אין צורך בהסברים).
2. העלאת טענות מקדמיות - טענות שהנאשם יכול להעלות, שאינן קשורות לאשמה עצמה. **ס' 149 לחסד"פ כולל רשימה של עשר טענות מקדמיות** (חוסר סמכות עניינית, חוסר סמכות מקומית, התיישנות, כבר הורשעתי/כבר וזכיתי ועוד). בנוסף, **זה השלב שבו הנאשם חייב להעלות טענה של פסלות שופט**. הנאשם חייב לטעון זאת אם הוא יודע את זה כבר עכשיו. זהו גם אחד החריגים לכלל שלפיו במשפט הפלילי אין ערעור על החלטות ביניים אלא רק על פסק הדין הסופי. בערעור כזה ידון שופט יחיד בעליון. החריג השני לכלל זה נוגע לחומר החקירה (כאשר הנאשם טוען למשל שלא קיבל את כל חומר החקירה). השופט שידון בעניין חומר החקירה, אגב, הוא שופט אחר ולא השופט שדן בתיק (ס' 74 לחסד"פ).
3. תשובה לאשמה – לשלב זה מגיעים אם נדחו הטענות המקדמיות או שלנאשם לא היו טענות כאלה. **הנאשם אמור לכפור/להודות בעובדות כתב האישום (ולא בסעיפי האישום!)**. אם הנאשם אינו משיב לאשמה כלל, זה נחשב שתיקה. **ההימנעות מלהשיב לאשמה אינה יכולה להוות הודיה, אבל היא יכולה לחזק את הראיות נגדו**. מעבר להודיה/כפירה בעובדות, **הנאשם יכול להסתיר את הגנתו. החריג לזה הוא טענת אליבי – בית המשפט צריך להזהיר את הנאשם שאם יש לו טענה שהוא היה במקום אחר, הוא צריך לומר אותה עכשיו**.
4. הוכחות – **אם יש הסדר טיעון, עוברים ישר לגזירת הדין**. בשלב ההוכחות **התביעה מציגה את הראיות וכל עד נחקר בשלושת שלבי החקירה (ראשית, נגדית וחוזרת) ולאחר מכן ההגנה מציגה את הראיות שלה**. בין הוכחות התביעה להוכחות ההגנה **הנאשם יכול לטעון "אין להשיב אשמה" - בסוף המשפט הפלילי התביעה צריכה להוכיח את האשמה מעל לכל ספק סביר אבל בשלב שלאחר פרשת התביעה היא צריכה רק להעביר את הנטל אל הנאשם להתגונן**. טענת **"אין להשיב אשמה"** אומרת שהתביעה לא הוכיחה דבר, אפילו לא את המינימום כדי שהנאשם ינהל הגנה. הפסיקה צמצמה את המקרים שבהם תתקבל טענה כזאת משום שבדרך כלל התביעה לא מגישה דברים מופרכים וגם משום שהנזק לנאשם שטענתו לא תקבל הוא לא גדול. כאשר הנאשם בוחר להעיד הוא בדרך כלל יהיה העד הראשון, אך הוא יכול לשמור על זכות השתיקה (זה יהווה חיזוק/סיוע לראיות נגדו). **לאחר הצגת הראיות התביעה יכולה לבקש להביא עדויות הזמה - בניגוד לתביעה, הנאשם לא גילה את העדים שלו מראש ולכן התביעה יכולה לבקש להביא עדויות נוספות שיפריכו את עדויות הנאשם**. כעת יכולות להיות גם ראיות מטעם בית המשפט.
5. **סיכומים -** **תחילה מובאים סיכומי התביעה ולאחר מכן סיכומי ההגנה**.
6. **הכרעת הדין -** **אם יש זיכוי מכל האישומים, המשפט נפסק והכרעת הדין היא גם גזר הדין. אם יש הרשעה, אפילו באישום אחד, עובדים לשלב הטיעונים לעונש**.
7. טיעונים לעונש - **כאן מוצגים טיעוני תביעה, כמו גיליון הרשעות קודמות, עדויות קורבן וכו', וכן טיעוני ההגנה, כמו עדי אופי**. גם כאן ניתן להביא עדים מטעם בית המשפט, כמו תסקיר שירות המבחן. לאחר מכן מגיע שלב הסיכומים של התביעה וההגנה לעניין העונש.

עיכוב הליכים - בכל שלב שלאחר הגשת כתב אישום, היועמ"ש יכול להודיע על עיכוב הליכים. זה יכול להיות לבקשת נאשם אם למשל הוא חולה במחלה סופנית ואין טעם לנהל נגדו הליך משפטי או לבקשת התביעה אם למשל עד מרכזי נמלט והיא רוצה לעכב הליכים עד שיימצא. ס' 232 לחסד"פ קובע מועדים שונים לחידוש ההליכים לאחר העיכוב בהתאם לסיטואציה.

שלב פוסט המשפט (ערעור, דיון נוסף, משפט חוזר)

ערעור במשפט הפלילי הוא על כל פסק הדין, הן על הכרעת הדין והן על גזר הדין, שכן אין ערעור על החלטות ביניים. יש לכך שני חריגים - עיון בחומר החקירה (אם הנאשם טוען שלא קיבל חלק מהחומר, הוא יכול לפנות לביהמ"ש ועל כך יש ערעור באופן מידי) ופסלות שופט (ערעור לעליון בדן יחיד).

מושגי יסוד

1. ההבחנה בין אמת עובדתית לאמת משפטית - אמת עובדתית משקפת את ההתרחשות על פי מבט של מתבונן אובייקטיבי מהצד. לעומת זאת, אמת משפטית משקפת את ההתרחשות דרך שחזור שופט מקצועי את המציאות על בסיס הראיות שהוצגו בפניו ובכפוף לסייגים ולפרוצדורות. השאיפה היא שהאמת העובדתית תהיה גם האמת המשפטית, אבל זה לא תמיד כך (יש אף מקרים שבהם ביהמ"ש מוותר על האמת לטובת הגנה על זכויות הנאשם).
2. ההבדל בין שיטה אדברסרית לשיטה אינקוויזיטורית ­- שיטת המשפט הישראלית היא בעיקרה שיטה אדברסרית, בהתאם למסורת המשפט המקובל. שיטה זו מבוססת על עימות, כאשר ישנם שני צדדים יריבים והשופט הוא בורר נטרלי. לעומת זאת, בשיטה האינקוויזיטורית השופט חוקר בצורה פעילה. כיוצא מכך, היות ובשיטה האדברסרית שני הצדדים אחראים על ניהול המשפט, יש הרבה מגבלות ראייתיות. יחד עם זאת, בכל שיטה יש אלמנטים מהגישה השנייה - למשל, בישראל המהות היא אדברסרית ובכל זאת ישנן חריגות כמו יכולת הבאת ראיות מטעם ביהמ"ש והעובדה ששופטים יכולים לחרוג מהעונש שנקבע בהסדר טיעון. לדעת המרצה, יש קושי בכך שמעמידים את התביעה כצד לעומת הנאשם משום שבאופן טבעי המטרה שלה הופכת להיות ניצחון במשפט וזה מנוגד למטרת המשפט הפלילי שחותרת לחקר האמת.
3. ההבחנה בין שיטת המושבעים לשיטת השופט המקצועי - בשיטה שבה קיימים מושבעים, תפקיד השופט הוא לסנן את החומר ולהחליט מה קביל ומה לא ותפקיד המשובעים הוא להחליט מה לעשות עם החומר שמוצג בפניהם. כלומר, הרעיון הוא שקביעות משפטיות הן של השופט ואילו קביעות עובדתיות הן של המושבעים והוא יוצא מנקודת הנחה לפיה לשופטים מקצועיים אין כל יתרון על הדיוטות בקביעת עובדות. השיטה בישראל היא שיטה ללא מושבעים וזה משפיע גם על ההתייחסות לסדר הדין הפלילי.

בסד"פ מקובל לדבר על שני מודלים קיצוניים למשפט הפלילי - Criminal Control Model (מודל מיגור הפשיעה) ו-Due Process Model (מודל ההליך הראוי). סדר הדין הפלילי הישראלי החל, בצורה מאד בולטת, במתן דגש על מודל מיגור הפשיעה וגילוי האמת, גם על חשבון של סטייה מכללים מסוימים. הרטוריקה של ביהמ"ש הייתה שהמטרה של ההליך הפלילי היא לגלות את האמת. בפס"ד סילווסטר היה מדובר על אדם שהוגש נגדו כתב אישום בעבירות בגידה וגילוי סודות והסנגור טען טענה פרוצדוראלית בעניין פגם בכתב האישום. ביהמ"ש לא היה מוכן, רק בגלל הטענה הזו, לבטל את כתב האישום והדגיש כי פרוצדורה פלילית טובה בוודאי צריכה לתת לנאשם את מלוא ההגנה כדי למנוע עיוות דין, אבל הדיון הפלילי אינו צריך לקבל צורה של משחק שחמט שבו מהלך אחד בלתי נכון קובע את גורל המשפט. גם בפרשת קניר השופט ברק חוזר על הדברים הללו - בפסה"ד נדונה סמכות ביהמ"ש לזמן עדים לאחר פרשת ההוכחות (כיום ס' 167 לחסד"פ). השאלה שעלתה בפרשה זו היא האם ייתכן שביהמ"ש יזמן עדים לאחר שלב הסיכומים? ביהמ"ש חוזר על הרעיון לפיו בצד הכלל שראיות צריכות להיות מובאות בזמן הרגיל והמקובל, יש להכיר בשיקול דעת ביהמ"ש לסטות מהכלל במקרה שהוא ימצא זאת לנכון.

בפרשת דמיאניוק נדון ס' 184 לחסד"פ, לפיו ביהמ"ש רשאי להרשיע אדם בעבירה אם העובדות הוכחו במשפט גם אם העבירה לא נכתבה בכתב האישום ובלבד שניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן ושלא ניתן לתת עונש חמור יותר מזה שנכתב בכתב האישום המקורי. דמיאניוק הואשם בכך שהוא היה "איוון האיום" במחנה ההשמדה טרבלינקה, אך התביעה לא הצליחה להוכיח מעל לכל ספק סביר את זהותו ולכן נטען שצריך להאשים אותו לפחות בכך שהיה פושע נאצי. ביהמ"ש קבע שאין אפשרות לעשות זאת משום שלא הייתה לנאשם אפשרות להתגונן - כל המשפט כוון לכך שהוא היה "איוון האיום" ולכן הוא התגונן רק מפני הטענה הזו ולא מפני הטענה שהיה פושע נאצי.

עם המהפכה החוקתית, המשפט הישראלי הולך לכיוון של מודל ההליך הראוי. אחד הדברים שאפיינו את התקופה הקודמת הוא שביהמ"ש סירב לקבל את דוקטרינת פירות העץ המורעל, לפיה כאשר ראיה הושגה שלא כדין הראיה פסולה וכך גם כל דבר שהושג כתוצאה ממנה. למשל, אם נאשם לא הוזהר לגבי זכויותיו אז הודאתו פסולה כראיה. המשפט הישראלי סירב לקבל במשך שנים את הדוקטרינה הזו, למעט כאשר היא קבועה במפורש בחקיקה - ישנם שלושה סעיפי חוק שקובעים פסלות של ראיות לא קבילות (ס' 13 לחוק האזנת סתר, ס' 32 לחוק הגנת הפרטיות, ס' 12 לפק"ר שמדבר על הודאה שאינה חופשית ומרצון). כאשר נחקק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מלומדים החלו לכתוב שצריך לשנות את המצב בעניין פסלות ראיות בגלל העלייה של זכויות החשוד והנאשם למדרגה חוקתית וגם שופטים החלו להגיד שייתכן שצריך לתת לביהמ"ש שיקול דעת לפסול ראיות.

פס"ד יששכרוב - יששכרוב היה חייל שבגלל נפקדות נקלט בכלא 6 וכאשר הוא הגיע הוא התבקש להתפשט ונפלו לו סמים. הוא נחקר על ידי שוטרת צבאית והודה במהלך החקירה שהשתמש בסמים לצריכה עצמית, כאשר במהלך החקירה השוטר לא הודיע ליששכרוב שהוא עצור או שיש לו זכות להיוועץ בעורך דין. השאלה שעלתה הייתה בנוגע לפסלות ההודאה שלו בנסיבות הללו. השופטת ביניש אומרת בפסה"ד שלהליך הפלילי יש שתי מטרות: גילוי האמת והגנה על זכויות חשודים ונאשמים. האיזון של ביניש מושג על ידי כלל פסילה פסיקתי שאומר שלשופטים יש סמכות ושיקול דעת לפסול ראיה שהתקבלה תוך פגיעה בדין אבל הם לא חייבים לעשות זאת, כאשר ישנן שלוש קבוצות של שיקולים:

1. חומרת הפרת הדין – מה הייתה אי החוקיות? האם רשויות האכיפה פעלו בתום לב או בזדון?
2. עצמאות הראיה – האם היא עצמאית או מושפעת? אם למשל לא ניתנה לנאשם הודעה על זכות השתיקה ולכן הוא הודה, זו ראיה שהושפעה מהפרת הדין.
3. השפעת פסלות הראיה על מלאכת עשיית הדין בכללותה – האם ניתן להרשיע בלי הראיה ועד כמה היא נחוצה? חלק מהפרמטר הזה היה חומרת העבירה, אך הוא ירד בהמשך. בפס"ד אלעוקה הוא בוטל לחלוטין.

במקרה של יששכרוב, כל הפרמטרים הובילו לפסילת ההודאה - השוטר הצבאי לא הודיע לו על זכותו להיוועץ בעו"ד, הראיה מושפעת משום שאם היה מתייעץ עם עו"ד הוא היה מייעץ לו לשמור על זכות השתיקה וכך הוא לא היה מודה בהחזקת הסם.

דבר נוסף שנעשה בפס"ד יששכרוב הוא שינוי הפרשנות של ס' 12 לפק"ר - הסעיף מדבר על הודאה שאינה חופשית ומרצון, כאשר בעבר הדגש ניתן על הגנה על שלמות הגוף והנפש על מנת להבטיח את אמיתות ההודאה. ביניש אומרת שכיום אנחנו מחויבים לפרש את הסעיף לפי זכויות חשודים ונאשמים ולא רק רצון לגילוי האמת ולכן יש להגן על האוטונומיה של הרצון העצמי. לטענתה, יש לפרש את הסעיף כך שגם כאשר נפגעה היכולת החופשית של האדם ההודאה לא תהיה קבילה. במקרה של יששכרוב ההודאה לא נפסלה מכוח ס' 12 לפק"ר, אך ההלכה יושמה בפסקי דין מאוחרים.

סדר הדין הפלילי לאור המהפכה החוקתית

המהפכה החוקתית בישראל השפיעה על כל התחומים במשפט, אבל לגבי סדר הדין הפלילי ההשפעה היא הכי טבעית והכי משמעותית. היא הכי טבעית כי חוקות באופן מסורתי עוסקות בזכויות חשודים ונאשמים ובהגנה עליהם מפני השלטון. היא הכי משמעותית משום שאין תחום במשפט הישראלי ששינה את פניו כך, הן בפן הפסיקתי והן בפן החקיקתי.

חוק היסוד הישראלי, לעומת חוקות אחרות, כולל זכויות מהותיות בלבד. למרות זאת, ביהמ"ש קיבל את זה שהזכויות הדיוניות מעוגנות אצלנו מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כמו למשל זכות ההיוועצות, הזכות להליך הוגן ועוד. הבדל נוסף הוא שבישראל אין התייחסות לחשודים ונאשמים.

זכויות נפגעי עבירה

כאמור, כאשר חוקה מסוימת נותנת לחשוד זכות, יש לאזן אותה מול אינטרס. במשפט הישראלי נגזרת הזכות הזו מתוך הזכות המהותית של כבוד האדם ואז ניתן לטעון שכפי שכבוד האדם של החשוד/הנאשם עלה בעקבות המהפכה החוקתית, כך גם כבוד האדם של נפגע העבירה ולכן לא בטוח שתמיד חוק היסוד צריך לפעול לטובת החשוד/הנאשם.

הוויכוח החל בפרשת גנימת - אדם גנב רכבים בתקופה שבה גניבת רכבים הייתה מכת מדינה ולכן התעוררה השאלה האם העובדה שעבירה מסוימת היא מכת מדינה יכולה להוות עילה למעצר? החוק שהיה רלוונטי באותה תקופה הוא החסד"פ, אשר היה קודם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. השופטים קבעו שגם חוק משוריין שקדם לחוק היסוד כפוף לפרשנות ברוח חוק היסוד. לאור הפרשנות הזו, נקבע שעילות מעצר חייבות להיות אינדיבידואליות ולהתייחס לאדם עצמו, והעובדה שהעבירה היא מכת מדינה יכולה לכל היותר להיות אינדיקציה למסוכנות. במהלך הדיון התעורר ויכוח בין השופט שמגר לשופטת דורנר - שמגר אמר שכאשר מפרשים את עילות המעצר אנחנו צריכים לזכור שכבוד האדם הוא גם כבודם של הנפגעים ממעשה העבירה. כלומר, לפי שמגר האינטרס בהגנה על שלומם של קורבנות פוטנציאליים הוא למעשה זכות שיש להגן עליה (הוא עושה המרה של אינטרס לזכות). לפי דורנר, שמגר מפרש את הוראות חוק היסוד באופן לא נכון. לדעתה, ההגנה על זכויות החשודים/הנאשמים ולא על הקורבנות הפוטנציאליים. ברק מסכים עם שמגר שכעיקרון הזכויות של הקורבנות גם הן עלו למדרגה חוקתית, אבל ההתנגשות לא קיימת במקרה הזה כי אין קורבן ספציפי שצריך להגן על שלומו אם הנאשם יתהלך חופשי.

שיטת המשפט בישראל קיבלה את העמדה לפיה גם זכויות נפגעי עבירה עלו למעמד חוקתי. אינדיקציה לכך ניתן למצוא בחוק זכויות נפגעי עבירה, שמטרתו היא להגן על כבודו של נפגע עבירה כאדם מבלי להגן על זכויות חשודים או נאשמים. חוק נוסף הוא חוק מגבלות על חזרתו של עבריין מין לסביבת נפגע העבירה, שמטרתו להגן על נפגע העבירה ולמנוע נזק נוסף שייגרם לו מהיתקלות עם העבריין מבלי לפגוע במידה העולה על הנדרש בזכויותיו של עבריין המין. החוק קובע שביהמ"ש יכול להטיל בצו מגבלות על מגורים ועבודה של עבריין המין. יש פה פגיעה מסוימת בעבריין כי גם לאחר שאדם שילם את חובו לחברה, אנחנו ממשיכים לפגוע באוטונומיה שלו, ברצון העצמי ובבחירה שלו.

התייחסות לשיקולים תקציביים ומגבלות משאבים

אם זכויות חשודים ונאשמים עלו למדרגה חוקתית, האם משמעות הדבר היא שאנחנו צריכים להשקיע כל מחיר לשם כך או שיש להתחשב גם בשיקולים תקציביים? שיקולי תקציב חייבים להילקח בחשבון כי אנחנו חיים בעולם של מחסור במשאבים חומריים (כסף), בכוח אדם, במשאבים מנטליים (זמן, ידע) וכו'. השיקול הזה נכנס במסגרת האינטרסים שאנחנו מאזנים אותם בפסקת ההגבלה.

השאלה הזו עלתה בפרשת צמח, שעסקה בתיקון לחוק השירות הצבאי בנוגע למעצר על ידי שוטר צבאי. בעבר קבע החוק שיש 105 שעות לעצור אדם לפני הבאתו בפני שופט צבאי ואותו תיקון שנדון קיצר את תקופת המעצר ל-96 שעות (למרות שהחוק האזרחי קיצר את התקופה הזאת ל-24 שעות). השאלה הראשונה בה עסקה העתירה היא האם אפשר לתקוף תיקון מיטיב? זמיר קובע שגם תיקון מיטיב כפוף לבחינה במסגרת פסקת ההגבלה. השאלה השנייה שנדונה הייתה בנוגע לבעיות שהצבא העלה ביחס למספר הגדול של העריקים, כאשר ישנן מגבלות על מספר השופטים הצבאיים ועל הזמן השיפוטי. זמיר מעמיד את הזכות לחירות שנפגעת מול הטיעונים של הצבא לגבי מחסור במשאבים וקובע שהזכות שנפגעת היא חשובה מאד ואילו המשאבים שיש להשקיע הם לא בלתי אפשריים, כלומר יש להשקיע את המשאבים שנדרשים כדי לקיים את הזכות הזו. התוצאה של פסה"ד הייתה שהורו למחוקק לקצר את תקופת המעצר ל-48 שעות כאשר הסעד החוקתי שניתן הוא השעיית בטלות ההוראה כך שבמהלך ששת החודשים ניתן יהיה לקצר את תקופת המעצר.

חיפוש בגוף

עוד לפני חקיקת חוק החיפוש בגוף, שהוא חוק חדש שנחקק לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ומותאם לדינים המודרניים, הנושא של כבוד האדם החל להשפיע על הפסיקה. בפרשת גואטה היה חשוד שנעצר ובהסכמתו השוטרים לקחו אותו מאחורי בניין וחיפשו בין ישבניו סמים. לפי החוק הפעולה הזאת הייתה כעיקרון מותרת, אך השופט אילון הדגיש את הנושא של כבוד האדם ואמר שגם כאשר ניתנת הסכמה אין פירושו שהכול פרוץ ומותר. העובדה שמדובר בזכויות יסוד ופגיעה בכבוד האדם וצנעת הפרט יש בה כדי לחייב, גם כאשר מדובר בהסכמה, לשמור על מידה סבירה של הגינות.

כיום, הבעיה הזו לא עולה כי חוק החיפוש בגוף אומר בדיוק אילו חיפושים מותרים ובאיזו דרך ואינו דורש הסכמות. עוד קובע החוק כי אם אין הוראות ספציפיות סותרות בחוקים אחרים, הכללים של חוק זה חלים. ב**פרשת ליאוניד לוין** השתמשו בעיקרון הזה - פסה"ד דן בבדיקות שכרות שנעשות מכוח פקודת התעבורה ותקנות התעבורה. הפקודה היא חוק משוריין שקודם לכבוד האדם והיא קובעת את העילות לבדיקת שכרות ואילו הבדיקות עצמן קבועות בתקנות. **ביהמ"ש קבע שצריך להחיל על תקנות התעבורה את הכללים של חוק החיפוש בגוף ולדרוש הסכמה של החשוד לכך שתיעשה לו בדיקת שכרות. כיום, הדין קובע שאפשר לא להסכים לבדיקת שכרות, אך חזקה שאדם שסירב שיכור**.

עיכוב ביצוע עונש מאסר עד החלטה בערעור

כאשר אדם מורשע ומקבל עונש מאסר, הכלל שהיה לפני חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא שלא מעכבים את העונש כי חזקת החפות כבר הופרכה. בפס"ד שוורץ שונה הכלל - ביהמ"ש אמר שאומנם חזקת החפות כבר הופרכה כי האדם כבר הורשע, אבל עדיין ישנו סיכוי שבערעור ניתן יהיה להפוך את הקערה על פיה ולכן ההרשעה לא לגמרי חלוטה. על כן, הכלל שנקבע הוא שהגשת ערעור כשלעצמה אינה מעכבת את ביצוע גזר הדין, אבל הכלל שהיה קיים לפני כן, לפיו רק לעיתים נדירות מעכבים ביצוע, כבר לא תקף. הנטל על המבקש עיכוב ביצוע להראות שמאזן השיקולים לטובתו והאינטרסים שלו גוברים על אינטרס האכיפה המיידית.

הפרמטרים שביהמ"ש לוקח בחשבון בהחלטתו:

* כלל הנסיבות (למשל מסוכנות).
* סיכויי הערעור (למשל, אם הייתה דעת מיעוט שזיכתה את המערער יש סיכוי שבעליון התוצאה תתהפך)- הפרמטר המרכזי!
* אורך תקופת המאסר (ככל שהתקופה קצרה יותר, החשש הוא שאם יתקבל הערעור הנאשם כבר יסיים לרצות את תקופת המאסר).
* הערעור הוא על הכרעת דין או גזר דין.

דוגמא לשימוש בעיכוב ביצוע ניתן לראות במקרה של קצב - מצד אחד הוא קיבל שנות מאסר רבות ולכן לא הייתה סיבה לגיטימית לעיכוב הביצוע. מנגד, מדובר באדם שומר חוק שלא ישב לפני כן במעצר. קצב ניהל הגנה לא טובה ובמשך שנים טען כי לא היה דבר אך בערעור הוא טען כי אכן היה רומן אך בהסכמה. השופט דנציגר ראה סיכוי בטענה הזו ולכן עיכב את הביצוע.

טענה שאין להרשיע בדעת רוב

בפס"ד סיבוני עלתה טענה לפיה כיום, לאחר המהפכה החוקתית, לא ראוי להרשיע עפ"י דעת רוב, שכן כאשר קיימת דעת רוב ודעת מיעוט, לכאורה, עדיין קיים ספק ואין הרשעה מעל לכל ספק סביר. הטענה הזו נדחתה וביהמ"ש קבע שס' 80 לחוק בתי המשפט, אשר קובע את הדרך שבה מכריעים במשפט, הוא סעיף משוריין משום שנחקק לפני חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ואם המחוקק רצה לשנותו הוא יכול היה לעשות זאת במפורש. לכן, ביהמ"ש לא יכול לשנות את הבסיס של השיטה המשפטית שלנו.

ביטול חוק שפוגע בזכויות באופן לא חוקתי

פס"ד פלוני דיבר על חוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירות ביטחוניות) וכלל סעיפים מיוחדים כמו היכולת למנוע היוועצות עם עו"ד וכו'. הסעיף הספציפי שנדון הוא ס' 5 לחוק, שאפשר להאריך מעצר של חשוד בעבירות ביטחון ללא נוכחותו. ביהמ"ש קבע שנוכחות של חשוד היא חלק מזכותו החוקתית להליך הוגן והסעיף הזה פוגע בזכות ולכן ביהמ"ש עבר לבדיקה של פסקת ההגבלה. ביהמ"ש חשב שתכליתו של החוק היא ראויה, שכן בעבירות ביטחון מדובר בסיטואציות מיוחדות (נאשמים לא תושבי הארץ, חוסר שיתוף פעולה, מניעים אידיאולוגיים), אבל סעיף שקובע שניתן להאריך מעצר ללא נוכחות הוא לא מידתי. ביניש נימקה את עמדתה בכך שהשימוש בסעיף נעשה לעיתים נדירות ולכן לא צריך להיות בספר החוקים סעיף שהוא כל כך פוגעני. הסעיף הזה נחקק מחדש באופן מידתי יותר שמאפשר את הארכת המעצר ללא נוכחות אבל בתנאים מסוימים.

השפעה על קבילות ראיות

התפיסה בישראל הייתה תפיסה של דיכוטומיה בין הדין לתוצאה, כלומר הפרת הדין לא בהכרח מובילה לחוסר קבילות (פרט למקרים שבהם יש סעיף קבילות ספציפי). לכן, כאשר הייתה פגיעה כמו מניעת זכות היוועצות או חיפוש בלתי חוקי, התוצאות לא בהכרח נפסלו והכלל היה שהפגם ישפיע על משקל הראיה אך לא מונעים מהשופטים לראות את הראיה. עם חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ועליית הזכויות של נאשמים וחשודים למדרגה חוקתית, התחילו שוב להעלות את הטענות לגבי פסלות ראיות שהושגו כתוצאה מהפרת הדין. דוגמה לכך הוא פס"ד סמירק שעסק בבחור גרמני שהתאסלם והחל לסייע לחיזבאללה, ולכן טס לארץ. כאשר הוא הגיע לשדה התעופה, השב"כ עצר אותו אך לא הזהירו אותו כדין בעניין זכות השתיקה. לא היה מדובר במקרה שביהמ"ש רצה לקחת כמקרה הבוחן שבו תיפסל הודאה אך השופטת ביניש אומרת כי היא עצמה נוטה לדעה שהמגמה שנובעת מחוק-יסוד: כבוד האדם חירותו מחייבת בחינה מחודשת של האיזון בין זכויות הנאשם להגנה על הציבור ויהיו מקרים שבהם הודאה שאדם נתן בחקירה תיפסל בנסיבות מסוימות והכול תלוי בכל מקרה ומקרה. היא לא קובעת מקרה גורף אך הדבר נקבע לאחר מכן בפס"ד יששכרוב (לעיל).

יששכרוב, כאמור, עסק בעבירה נטולת קורבן, כאשר הקורבנות לא מוזכרים בבחינה אלא נכנסים רק בנושא של חומרת העבירה. הבעיה הזאת מתעצמת כיום, לאחר פס"ד אלעוקה שהוריד מהמשוואה את חומרת העבירה. האינטרסים של הקורבן נלקחים בחשבון בענישה, אבל במקרים שאפשר לזכות אדם בשל פסילת ראיה בפוטנציה אנחנו לא נגיע בכלל ענישה ולכן נפגעי העבירה כלל לא נכנסים לאיזון. המרצה כתבה מאמר אשר מציע להוסיף קטגוריה ליששכרוב שמתעסקת בשאלה האם מדובר בעבירת קורבן.

פס"ד אסף שי - מדובר בבחור שהיה מעורב בתאונת דרכים שבה נהרג אדם. הוא זומן לחקירה חודשיים לאחר האירוע (מבלי שהיה עצור) ובחקירה לא הודיעו לו על זכותו להיוועץ בעו"ד. לאחר שכבר ביקש להיוועץ בעו"ד, לא הפסיקו את החקירה. ס' 32 לחוק המעצרים מדבר על החובה ליידע על הזכות להיוועצות והוא מתייחס רק לעצורים ואילו ס' 34 לחוק המעצרים מדבר על החובה לתת זכות היוועצות ללא דיחוי לעצורים. בפסה"ד, כדי לבדוק האם ישנה פגיעה בזכות, היה צורך לפרש את הסעיפים הללו וביהמ"ש לא מכריע האם חובת היידוע חלה גם על מי שלא עצור. ביהמ"ש אומר שאילו הפגיעה הייתה רק בכך שלא הודיעו לו על הזכות להיוועץ הוא לה היה פוסל את ההודאה, אבל ביהמ"ש קבע כי ס' 34, החובה לתת זכות היוועצות, חל גם על נחקרים שאינם עצורים. בנוגע לדרישה שהזכות תינתן ללא דיחוי, קבע ביהמ"ש שאם נחקר אומר שהעו"ד שלו עתיד להגיע יש להפסיק את החקירה ויתרה מזאת, בחקירות לא דחופות אם עו"ד לא עתיד להגיע בסמוך צריך לעצור את החקירה ולחדשה רק לאחר ההיוועצות. במקרה של שי, החקירה לא הייתה דחופה שכן עברו חודשיים מאז קרות התאונה ולכן ההודאה נפסלה משום שלא חיכו לעו"ד ולא נתנו לו להתייעץ עם עו"ד (ולא משום שלא הודיעו לו על הזכות להיוועצות). פסילת ההודאה הביאה לכך שלא היה ניתן להרשיע אותו בהריגה בשל החוסר ביסוד נפשי של פזיזות ולכן הוא הורשע בגרימת מוות ברשלנות. השופט רובינשטיין מדגיש כי לא מדובר במקרה של זיכוי אלא הרשעה בעבירה חמורה פחות.

פס"ד אלזם - אדם שהורשע ברצח וכאשר הוא ישב בכלא הוא מת, אך המשפחה שלו התעקשה לנקות את שמו והגישה ערעור. ההודאה של אלזם ברצח הושגה ע"י כך שהכניסו לו מדובבים לכלא, אבל נטען שהמדובבים הגזימו בכך שהשחירו את השם של העו"ד והציעו לו שלא לשמור על זכות השתיקה וכו'. ביהמ"ש קבע שבפעילות פגעו המדובבים בזכות ההיוועצות והשתיקה של אלזם ובכך הם גרמו לו להודות. בערעור אלזם מזוכה והשופטת חיות אומרת שאכן מדובר בעבירה חמורה אבל דווקא בעבירות רצח יש להקפיד מאד על זכויות נאשמים. כמובן שאי אפשר להתעלם מכך שאלזם לא היה בין החיים כאשר זוכה ולכן הציבור ובמיוחד משפחת הקורבן לא נאלצו לראות אותו יוצא לחופשי, אך פסה"ד מהווה איתות לרשויות החקירה לגבי מה מותר ומה אסור ומהם התוצאות האפשריות אם המעשים נעשו פסולים. פרופ' סנג'רו העביר ביקורת על התוצאה במאמרו וטען שרק כאשר אדם חי יצא לחופשי נבין את המשמעות של הקביעה.

הלכת יששכרוב קובעת שהטעמים לפסילת ראיות הם רבים, אך ביניהם חינוך רשויות האכיפה. ביהמ"ש מדגיש כי מדובר בטעם צופה פני עתיד - מניעת זיהום ההליך, כלומר מניעת הפגיעה בהליך ובזכויות הנאשם כתוצאה משימוש בראיה שהושגה שלא כדין במשפט.

בפרשת שמש נעשה ניסיון להרחיב את הלכת יששכרוב להליכים שקודמים למשפט, אך הוא לא הצליח. דובר בוועדת חקירה שהקימה רכבת ישראל בעקבות תאונות. המשטרה מבקשת מהרכבת הודאות של עובדים שניתנו במהלך החקירה, כאשר מדובר בהודאות שניתנו ללא אזהרה או זכות היוועצות ותוך אמונה שהמידע לא יעבור למשטרה. המשטרה מבקשת את ההודאות על מנת לשקול אם להגיש כתב אישום ולכן עורכי הידן של הרכבת טוענים שיש להרחיב את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית באופן שתחול על הליכים קדם משפטיים ותמנע את העברת הראיות למשטרה. הסעיף הרלוונטי שממנו מתבקשות הראיות הוא ס' 43 לפסד"פ שמכוחו המשטרה יכולה לבקש ראיות אבל כאן בעצם אין עדיין משפט. בערעור לעליון, השופט דנציגר הסכים לטענה ואמר שזה יכול למנוע במקרים מתאימים את ההעמדה לדין ולחסוך ניהול הליך משפטי. לטענתו המחוקק הכיר בצורך לבדוק הגינות של הליך גם בטרם הגשת כתב אישום והוא מביא לדוגמא את ס' 149(10) שעוסק בהגנה מן הצדק, לפיו הנאשם יכול לטעון שעצם הגשת כתב האישום היא לא צודקת. הוא מדבר גם על האפקט המצנן שמביא לכך שאנשים לא ישתפו פעולה ובמקרה של שמש יש גם ככה מספיק ראיות גם ללא הודאות העובדים ולכן דנציגר פוסל את ההודאות ואומר כי הן חסויות.

ביניש יוצאת נגד ההחלטה ואומרת כי המטרה היא למנוע פגיעה עתידית בערך מוגן בשל קבלה של ראיות שהושגו שלא כדין ולא מדובר בסעד מתקן ולכן האיזון המורכב צריך להיעשות במשפט עצמו כאשר שם יש לשופט את כל התמונה העובדתית והמשפטית בנוגע למקרה שנדון לפניו. בדיון הנוסף ביהמ"ש לא מוכן להרחיב את ההלכה לכיוון של תקופה שקדמה למשפט.

בעניין פרץ השופטת ארבל הרחיבה את הטענה של פסלות ראיות כבר בשלב של מעצר. במעצר עד תום הליכים התביעה צריכה להראות ראיות לכאורה שכן מדובר במעצר לאחר הגשת כתב אישום. ניתן לנסות לקעקע ראיות לכאורה באמצעות פסילת ראיות מכוח יששכרוב.

בפס"ד פרחי עלתה טענה של פסלות כבר בשלב של המעצר עד תום ההליכים אך היא נדחתה. במסגרת חקירת הרצח של ענת פינר, המשטרה במשך שנים הייתה במבוי סתום ולכן בחרה בפרקטיקה לפיה הם אספו דגימות DNA ממתנדבים, כאשר ניתנה להם הבטחה שלא ייעשה בהם שימוש אלא לצורך חקירת הרצח (וזאת בניגוד לסעיף מפורש בחוק החיפוש בגוף). במהלך העניינים קצינת משטרה עלתה על כך שה-DNA של פרחי זהה באופן מוחלט ל-DNA של אנס סידרתי. פרחי נלקח לחקירה אך לא הסכים לתת דגימה נוספת ולכן נתנו לו לעשן סיגריה וממנה לקחו דגימה נוספת, שאישרה שאכן מדובר באותו DNA. כבר במעצר עד תום ההליכים נטענה טענה של פסלות הראיה בשל הלכת יששכרוב וביהמ"ש המחוזי יישם את ההלכה אבל קבע שזה לא מוביל לפסלות - בניגוד לסעיפי הקבילות, ס' 14א לחוק החיפוש קובע את הדין אבל לא את התוצאה ולכן אנחנו נשארים רק עם הלכת יששכרוב. ביהמ"ש המחוזי מאזן בין כל השיקולים (מדובר בחוסר תום לב, אך מצד שני הראיות חמורות ועצמאיות) ומחליט שלא לפסול את הראיה וגוזר על פרחי 25 שנות מאסר. בערעור לעליון לוי קובע שהפגם כאן מאד חמור, שכן יש כאן הפרה של הזכות להליך הוגן וכן של הזכות לפרטיות ולכן הפגיעה הקשה מובילה לפסלות הראיה שניתנה בהתנדבות. לגבי הראיה השנייה, הוא אומר שצריך להחליט מהו המבחן המשפטי לפסילה של ראיות נגזרות, כאשר הסיבתיות העובדתית לא מספיקה שכן הראיות הנגזרות (איכוני טלפון, התנהגות) לא היו מתקבלות ללא הדגימה הראשונה. לכן הוא טוען שהמבחן הוא מבחן של סיבתיות משפטית, כך ששיקול הדעת השיפוטי יביא להחלטה האם יש ניתוק מספיק של הקשר הסיבתי כך שנגיד שהראיה הנגזרת כבר לא נפסלת. בעניין הזה הוא קובע שה-DNA השני כל כך דומה לראשון כך שזאת כמעט ראיה זהה ולכן היא נפסלת. לעומת זאת, לגבי שאר הראיות הנגזרת כדוגמת שתיקתו של פרחי, הסירוב לתת דגימה נוספת, התנגדות לחקירה, לא היו קורים ללא הדגימה הראשונית אבל הן לא נפסלות ולכן עונש המאסר נשאר על כנו. לעומת זאת, השופטת חיות קבעה כי מבחינתה פסילת ראיות נגזרות תשפיע על עשיית מלאכת הצדק במובן הרחב ובתוך כך יש להתחשב גם בזכויות הקורבנות. לכן, לטענתה, אין טעם לעשות הבחנות בין הדגימה השנייה לבין שאר הראיות כמו איכון הטלפון, ההתנהגות וכו' ואין לפסול את כל הראיות הנגזרות (בניגוד ללוי שפוסל את ה-DNA אך מרשיע על סמך שאר הראיות הנגזרות).

פס"ד פרחי הביא להסרה מוחלטת של חומרת העבירה מהמשוואה שכן במחוזי עוד ניתן לזה דגש אך בעליון נאמר שדווקא כאשר מדובר בעבירה חמורה יש להקפיד על הזכויות של הנאשם ולכן חומרת העבירה לא משמשת לכיוון הפסילה.

פס"ד אלעוקה - מדובר ברצח, כאשר היו הודאות הן בפני המדובבים והן בפני החוקרים. ההודאות בפני החוקרים ניתנו תוך פגיעה בזכות ההיוועצות ולכן ביהמ"ש נכנס לשאלה מה מקום חומרת העבירה בפסילת הראיות. השופט הנדל אומר שמדובר בחרב פיפיות, שיקול שפועל לשני הצדדים - מצד אחד ככל שהעבירה חמורה יותר, האינטרס שלנו במיצוי הדין גדול יותר, אך מצד שני ככל שהעבירה חמורה יותר אנחנו צריכים להקפיד יותר על הזכויות. בפרשה זו נפסלו ההודאות בפני החוקרים והוכשרו ההודאות בפני המדובבים אך ההרשעה נותרה על כנה. החשוב בפסה"ד הוא שחומרת העבירה יוצאת מהמשוואה - ביהמ"ש מדגיש כי הלכת ישככרוב היא הלכה מתפתחת וכחלק מעיצוב הכלל הזה יש להוציא את חומרת העבירה מהמשוואה. מטבע הדברים, כאשר מורידים את חומרת העבירה ניתן דגש על חומרת הפגם.

פרשת ולס - דובר על אדם חרדי שהורשע בהריגת התינוק שלו בן שלושה חודשים והוא טען שהחוקרת שחקרה אותו נגעה בו ולכן יש לפסול את ההודאה שלו הן מכוח ס' 12 לפקודת הראיות והן לפי הלכת יששכרוב. הטענה הזו לא התקבלה. ביהמ"ש מקבל את הטענה שהייתה פה פגיעה בכבוד, אך קובע שהיא לא הובילה לפגיעה באוטונומיה וברצון החופשי. ביהמ"ש אומר שהמשטרה צריכה לגלות רגישות "למגוון האנושי", למשל שחקירת אדם חרדי תיעשה ע"י גבר או שאם נעשית ע"י אישה שתהיה רגישה לנושא. השופט מלצר, בדעת מיעוט, סבר שזה צריך להשפיע על הענישה והציע להוריד לו שנת מאסר מהעונש.

ניסיון הרחבה נוסף של הלכת יששכרוב הוא פס"ד לין - עובד זר שהורשע ברצח מזעזע במהלכו הוא רצח את חברתו וביתר את הגופה. לין הודה מספר פעמים ושחזר את הרצח. לין טען טענה לפיה אכן הודיעו לו על זכות ההיוועצות אך לא הודיעו לו על זכותו לסנגור ציבורי ולכן גם אי היידוע על הזכות לסנגור ציבורי מביא לפסילת ההודאה. הטענה הזו התקבלה כעיקרון ע"י השופט רובינשטיין שאומר שיידוע על זכות ההיוועצות צריך להיות אפקטיבי, כולל הודעה על זכות לסנגור ציבורי ובמקרים מסוימים העיתוי של ההודאה יהיה משמעותי. במקרה זה לין הודה מס' פעמים גם לפני שהיה לו סנגור וגם לאחר מכן ולכן לא הייתה משמעות לפסלות ההודאה.

פס"ד בן חיים – הייחוד בהלכת בן חיים הוא שבפעם הראשונה אנחנו מדברים על פסילת ראיות חפציות שהושגו שלא כדין. עד לפסק הדין הזה דיברנו בעיקר על פסילת הודאות. כדי שהמשטרה תבצע חיפוש צריך להיות צו חיפוש או חשד סביר (מכוח סעיפים מסוימים בחסד"פ). בהלכת בן חיים ביניש אומרת שאת החשד הסביר יכולה להחליף הסכמה, בתנאי שהיא תהיה הסכמה מדעת. הסכמה מדעת בהקשר זה היא כשאומרים לאדם שיש לו את האפשרות לסרב. שלושת המקרים שאוחדו בהלכת בן חיים היו מקרה אחד של אדם שהלך ברחוב, שוטר ביקש ממנו לראות מה יש לו בכיסים והייתה לו סכין. הוא הואשם באחזקה בלתי חוקית של נשק. מקרה שני – אמא הסכימה לערוך חיפוש, מצאו סמים אצל בנה. מקרה שלישי – בעקבות מידע מודיעיני ערכו חיפוש בבית ומצאו סמים. לגבי שני המקרים הראשונים, ביניש אומרים שלא היה חשד סביר וההסכמה לא הייתה מדעת. התוצאה הייתה שהסכין והסמים שנתפסו לא קבילים. לגבי המקרה השלישי, המידע המודיעיני הקים חשד סביר ולכן הראיות לא נפסלו.

החקירה המשטרתית וזכויות החשוד

זה השלב הראשון בהליך הפלילי. הגוף החוקר אמור לברר את העובדות ולאסוף ראיות. **הגוף החוקר העיקרי הוא המשטרה** (מכוח ס' 3 לפקודת המשטרה). ישנם גופי חקירה נוספים, בהם השב"כ, רשות המסים, פקחים שממנה שר הפנים לפי חוק הכניסה לישראל ועוד.

**חקירה היא כל אמצעי החקירה** – מעצרים, עיכובים, מעכבים, חיפושים (במקום ובגוף), תצפיות, האזנות סתר, מודיעין וכו'. **בדרך כלל, במונח "חקירה" מתייחסים לתשאול – שאילת שאלות את העד/החשוד**. תשאול הוא רק אחד מאמצעי החקירה הקיימים.

**ס' 59 לחסד"פ קובע כי על המשטרה לפתוח בחקירה כאשר נודע לה על עבירה, בין בתלונה ובין בדרך אחרת. לפי ס' 58 כל אדם רשאי להגיש תלונה למשטרה על עבירה שבוצעה. כל אדם – לא רק הנפגע**. **דרך אחרת – כל דרך אחרת**, החל משוטר שנקלע לזירת אירוע ועד אדם שקיבל מידע מודיעיני. **תפתח בחקירה – לכאורה, יש חובת חקירה על המשטרה. בהמשך הסעיף מופיעים החריגים: אם אין בדבר עניין לציבור או אם הייתה רשות אחרת מוסמכת על פי דין לחקור. רק קצין משטרה בדרגת פקד ומעלה רשאי להחליט לא לחקור משני הטעמים האמורים ורק כאשר לא מדובר בעבירה מסוג פשע**.

**מלשון הסעיף עולה לכאורה שהמשטרה חייבת לחקור כל עבירת פשע. זה לא מדויק**. ב**בג"ץ צדוק** הייתה עתירה לחקור את רפי גינת בעקבות תחקיר בכלבוטק בנושא של הטרדות מיניות מצד ראש לשכת התעסוקה במקום מסוים. כלבוטק שלחו תחקירנית. בעקבות התחקיר, הוגש כתב אישום נגד ראש הלשכה – והוא מצדו תבע את עורכי התכנית ואת רפי גינת בטענה שהם השיגו את החומרים שהיו להם במרמה. לכאורה, הדברים שהוא התלונן עליהם (קבלת דבר בממרה, לקיחת שוחד) הן עבירות מסוג פשע. המשטרה החליטה לא לחקור. ערר שהוא הגיש לפרקליטות נדחה גם כן. במצב כזה, הדרך היחידה לתקוף היא בג"ץ. **בית המשפט אמר שיש הרבה תלונות סרק. לכן, לא בכל פעם שמישהו טוען שמישהו אחר ביצע פשע, המשטרה חייבת לפתוח בחקירה**. כלומר, למשטרה יש בכל זאת שיקול דעת כאשר מדובר במשהו מופרך לחלוטין שאין אינדיקציה לאמיתותו.

**כשהמשטרה מחליטה לא לחקור, ס' 64 לחסד"פ מאפשר הגשת ערר. הסעיף הזה מפרט מי הפונקציה שאליה אפשר להגיש ערר (גם על אי חקירה וגם על אי העמדה לדין). ס' 65 קובע שהמועד להגשת הערר הוא תוך 30 ימים לאחר שנמסרה למתלונן הודעה**.

**מעבר לערר, הדרך היחידה של המתלונן היא כאמור לפנות לבג"ץ**. בג"ץ מתערב לעיתים נדירות מאוד בהחלטות של רשויות האכיפה (של הפרקליטות). הסיבה היא שכל הנושא של חקירות והעמדה לדין הוא נושא עם הרבה מאוד שיקול דעת ומקצועית של רשויות האכיפה. **דוגמא למקרה שהייתה התערבות: בג"ץ שפטל נ' היועץ המשפטי לממשלה** – עו"ד שפטל, שייצג את דמיאניוק, הגיש תלונה נגד עיתונאי, ניצול שואה, שבמהלך פרשת דמינאיוק כתב סדרת כתבות שמטרתן הייתה לטעון שדמיאניוק הוא "איוואן האיום". התלונה הייתה על עבירת הסוביודיצה – ניסיון להשפיע על ההליך השיפוטי. המשטרה החליטה שלא לחקור והערר שהגיש שפטל לפרקליטות נדחה. הפרקליטות נימקה זאת בכך שהעיתונאי הוא ניצול שואה. **בג"ץ אמר שאין רלוונטיות לעניין שהעיתונאי הוא ניצול שואה ושהיה צריך לחקור. התוצאה הייתה שבג"ץ הורה ליועמ"ש להורות למשטרה לחקור**.

לכאורה, חקירה היא כביכול דבר מנותק מהתביעה. אלא שבפועל זה לא כך – בפועל התובעים מנחים את המשטרה בדברים רגישים, אפילו בהחלטה על פתיחת החקירה, וגם בדרכי ניהולה. **מכוח מה הסמכות של התביעה להנחות את המשטרה? זה לא כתוב במפורש בחוק, אבל אפשר ללמוד זאת כהיקש ממקורות אחרים**. מקור ראשון הוא **הערר** – אם בתיק שנפתח בעקבות תלונה יש ערר לפרקליטות והיא יכולה לשנות החלטה, אז אין סיבה שגם מראש היא לא תוכל להורות למשטרה לפתוח בחקירה. מקור נוסף הוא **ס' 61 לחסד"פ שעוסק בהשלמת חקירה** – גם אחרי שמועבר חומר חקירה מהרשות החוקרת לרשות התובעת, יש אפשרות לבקש השלמת חקירה. גם כאן, אם התביעה יכולה לתת הוראות במועד מאוחר יותר, קל וחומר שתוכל לעשות זאת גם בשלב מוקדם יותר. המקור השלישי הוא **הפסיקה, שבסדרה של החלטות חיזקה מאד לאורך השנים את מעמד היועמ"ש כמי שאחראי לכל רשויות האכיפה**. באחד מפסקי הדין אף נקבע שהפצ"ר כפוף, מבחינת מדיניות, ליועמ"ש. אם כך, ברור שיועמ"ש עומד בראש כל מערכת האכיפה, יכול לתת גם הוראות למשטרה.

בדיקה משטרתית/בדיקה פרקליטותית – מצבים שבהם עושים, לפני חקירה, בדיקה אם בכלל לחקור. המטרה היא למנוע נזק לחשודים. ברגע שיש חקירה, נפתח תיק ויש חקירה רשמית של החשודים. בדיקה לעומת זאת היא הליך לא פורמאלי – עדיין אין תיק ואין חשודים. **הפסיקה נתנה לגיטימציה להליך הבדיקה, גם לעצם קיומו, גם לשיקול דעת היועמ"ש מתי לפתוח בבדיקות וגם לשיקול הדעת שלו בשאלה מה תכלול בדיקה**. העניין הזה נתקף ב**בג"ץ 3993/01 התנועה לאיכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה** – התנועה הגישה תלונה נגד יו"ר הרשות לניירות ערך. הפרקליטות החליטה שהיא מבצעת בדיקה, שבמסגרתה גם תשאלו אנשים ואספו מסמכים. בעקבות הבדיקה, הוחלט שלא לפתוח בחקירה. הטענה של התנועה הייתה שהפרקליטות לא רשאית לבצע בדיקה שבה היא אוספת מסמכים ושומעת אנשים. **ביהמ"ש נתן לגיטימציה להליך שבו היועמ"ש עורך בדיקה על מנת להכריע בשאלה אם תיפתח חקירה. מעבר לזה, ביהמ"ש קבע שמבחינת השאלה מתי תיערך בדיקה, לא ניתן לקבוע קריטריונים, אבל הקו המנחה הוא שככל שמדובר בעבירות חמורות יותר ויש אי ודאות רבה ביחס לבסיס העובדתי או המשפטי, צריך לקיים בדיקה מחשש לתלונות סרק. מבחינת היקף הבדיקה, נקבע שככל שמדובר בעבירה חמורה יותר ובחוסר ודאות רב יותר, כך היקף הבדיקה צריך להיות מעמיק יותר**. הבדיקות האלה אינן נעשות רק לגבי אנשים מפורסמים, אבל **לגבי אישי ציבור הנזק שעלול להיות מעצם החקירה הוא עצום ולכן שומעים על זה בעיקר בהקשר שלהם**.

תשאול

**הסמכות לשאול אדם שאלות נעוצה בס' 2 לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות)**. זו פקודה מנדטורית, וכמו כל פקודה מנדטורית היא מקנה סמכויות נרחבות לרשויות. **הס' מקנה לקצין משטרה או לכל אדם ששר המשפטים הסמיך אותו לחקור, לשאול אדם שאלות**. הפקודה מדברת על "officer" והרעיון הוא ש**שר המשפטים יכולה להסמיך גם שוטר שאינו קצין או מי שאינו שוטר**.

כיום יש את חוק השב"כ שנותן תשובה לסמכות של חוקרי השב"כ. כאשר הוגש **בג"ץ הוועד נגד עינויים**, עדיין לא היה קיים החוק. הטענה בבג"ץ הייתה שהחוקרים פועלים ללא סמכות, ואם יש להם סמכות לחקור – בוודאי שאין להם סמכות להשתמש באמצעים קשים בחקירות. **ביהמ"ש קבע שחקירה היא הליך שפוגע בזכויות ולכן חייב להיות מקור סמכות. ביהמ"ש לא היה מוכן לקבל את הטענה שמקור הסמכות הוא הסמכות השיורית של הממשלה** (חוק יסוד: הממשלה מסמיך אותה לעשות כל דבר שאינו מוקנה בדין לרשות אחרת, כמו יציאה למלחמה או חתימה על הסכם שלום). **אחד הסייגים שקבעה הפסיקה לסמכות השיורית הוא שאי אפשר לפגוע מכוחה בזכויות אדם. ביהמ"ש כן היה מוכן לקבל את זה שמדובר בהסמכה של שר המשפטים. לדעת המרצה, ההסמכות של השר לחוקרי השב"כ לחקור ניתנו בצורה רטרואקטיבית**. פסק הדין הזה חשוב ברמה העקרונית כדי להראות שחקירה היא דבר פוגעני וחייבת להיות סמכות בחוק לחקור. **החלק השני של פסק הדין עסק בשאלה מה יכולה לכלול חקירה. ביהמ"ש אומר שבאופן ברור חקירה אינה יכולה לפגוע בשלמות הגוף והנפש (עינויים אינם כשירים). לגבי אמצעי חקירה שאינם עינויים אבל הם אינם נעימים (כיסוי עיניים, מניעת שינה וכו'), ביהמ"ש אומר שזה תלוי בצורכי החקירה. בשום פנים ואופן אי אפשר להשתמש באמצעי חקירה רק על מנת להחליש התנגדות של נחקר. צריכה להיות תכלית ראויה לשימוש באמצעי שאינו "אמצעי נעים"**.

**פס"ד אלסיד** – בפסק הדין נשאלה השאלה מה היחס בין הגנת הצורך שיש לחוקרי שב"כ במקרים של חקירות מיוחדות, כמו "פצצה מתקתקת", לבין הלכת יששכרוב. בפסק הדין דובר על המחבל שתכנן את הפיגוע במלון פארק. עיקר החקירה הוא לא להשיג את ההודאה על מה שהוא עשה, אלא האמצעים המיוחדים שמפעילים במקרה של "פצצה מתקתקת" הם כדי למנוע את הפיגוע הבא. עורך הדין ניסה לטעון שגם אם החקירה מוצדקת בשל אילוצי השעה (ואז אין להעמיד את החוקרים לדין לגבי האמצעים שהם השתמשו בהם), עדיין אפשר להפעיל את הלכת יששכרוב לעניין פסלות ההודאה. **ביהמ"ש לא פסל את האפשרות שגם אם התנהגות חוקרי השב"כ ניתנת להצדקה, יכול להיות שניתן לבחון את ההודאה לאור הלכת יששכרוב. כלומר, התנהגות לחוד וקבילות לחוד – יכול להיות שהתנהגות מוצדקת משפיעה על קבילות ההודאה**. באותו עניין ההרשעה על ידי המחוזי ניתנה לפני הלכת יששכרוב וגם אפשר היה להרשיע אותו בלי ההודאה שלו - ולכן זה **נשאר בצריך עיון**.

חשוב להכיר גם את **חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים)** משנת 2000 שעוסק למשל בתיעוד החקירה, בשפת החקירה ובמיקום החקירה. החוק קובע למשל חובה של **תיעוד** חזותי/קולי בעבירות מסוימות (רצח, הריגה). עוד הוא קובע ש**שפת החקירה** צריכה להיות שפה שהנחקר מבין. כמו כן, **מיקום החקירה** יהיה בדרך כלל במשטרה.

זכויות הנחקרים

1. הזכות לאי הפללה עצמית – הזכות הזו מופיעה בשלושה מקורות והיא מתייחסת ל**עדים ולחשודים**. המקור הראשון הוא ב**ס' 2(2) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות)**. לפי ס' זה, אדם חייב לענות לשאלות החוקר, אבל חוץ משאלות שבתשובות עליהן יהיה כדי להעמידו בסכנת האשמה פלילית. המקור השני הוא **ס' 28(א) לחוק המעצרים**, שקובע כי כאשר קצין ממונה מחליט על מעצר/שחרור וכו', הוא צריך להזהיר אדם שכל דבר שהוא אומר עלול להפלילו. המקור השלישי הוא ב**ס' 47 לפקודת הראיות**, שלפיו אדם לא חייב למסור ראיות שיש בהן הפללה עצמית.
2. זכות השתיקה - זכות רחבה יותר שקיימת **רק לחשודים**. המקור שלה הוא בכללים שהתפתחו באנגליה ואוגדו בראשית המאה ה-20 ל**"תקנות השופטים"**. על פי תקנות השופטים, **כאשר נחקר חשוד, צריך לומר לו לא רק שהוא זכאי שלא להפליל את עצמו, אלא שיש לו זכות לשתוק.** **צריך להסביר לו שהבחירה שלו לשתוק, עשויה לחזק את הראיות**.

את ההבדל בין עד לחשוד אפשר להבהיר באמצעות **פס"ד אלמליח נ' מדינת ישראל**. בפסק הדין דובר באדם שהיה חשוד. הוא הוזהר ולמרות זאת הוא בחר להשיב על שאלות. כשהוא נשאל על שמות של אנשים אחרים שמעורבים בתיק, הוא סירב למסור את השמות. הוא הועמד לדין על הפרת חובה חקוקה (ס' 2 לפקודת הפרוצדורה הפלילית (העדות) – החובה לענות על שאלות) ועל שיבוש הליכי חקירה. הוא זוכה כי אם הוא היה רק עד עומדת לו רק הזכות לאי הפללה עצמית, אבל מאחר שהוא היה חשוד עמדה לו זכות השתיקה. **מכוח זכות זו, הוא יכול להשיב על אילו שאלות שהוא רוצה ויכול שלא להשיב על שאלות אחרות**.

**פס"ד מדינת ישראל נ' לגזיאל** – הוגש כתב אישום נגד אדם וכל חומר החקירה הועבר לסנגור. הסנגור צילם את כל חומר החקירה והפרקליטות איבדה את כל חומר החקירה. **הפרקליטות ביקשה מהסנגור לצלם ממנו את החומר והוא סירב בנימוק של הזכות לאי הפללה עצמית. ביהמ"ש השתמש בסמכות הטבועה להורות לסנגור לתת את התיק לעיון. זאת, כיוון שלא מדובר בפגיעה בזכות לאי הפללה עצמית אלא בהחזרת המצב לקדמותו**.

**פס"ד גלעד שרון** – כאמור, ס' 47 לפקודת הראיות עוסק בזכות לאי הפללה עצמית ולא בזכות השתיקה, והוא קובע שאין חובה למסור מסמך שיכול להפליל אותך. גלעד שרון היה חשוד והמשטרה הוציאה צו למסירת מסמכים. היא לא הוציאה צו חיפוש כי המשטרה לא יכולה להוציא צו חיפוש בחוות השקמים בגלל שלראש הממשלה יש חסינות. גלעד שרון אמר שבגלל שהוא חשוד, עומדת לו זכות השתיקה, והוא יכול לא למסור אף מסמך (ולא רק לא למסור מסמכים שיכולים להפליל אותו). ביהמ"ש אמר שיש **שלושה רציונאלים לזכות השתיקה:**

1. דאגה לחשוד – במהלך החקירה החשוד ניצב לבדו מול החוקרים ללא סיוע ולכן קיים חשש שהחוקרים ישתמשו בכוח המצוי בידיהם כדי לגבות ראיות.
2. ההגנה על שיטת המשפט מפני הודאות שווא של נאשמים – חקירה היא סיטואציה מלחיצה ולכן החשוד יכול להודות בדברים שלא עשה.
3. הימנעות מהטלת חובות עשה על החשוד – מי שצריך לגייס את הראיות היא התביעה ולא הנאשם.

ביהמ"ש בחן את הרציונאלים האלה ובחן אם הם מתקיימים במצב של מסירת מסמכים.

1. דאגה לחשוד – לא מתקיים כי הוא כבר קיבל צו למסירת מסמכים והוא יכול להיוועץ בעו"ד שיכול לפעול על מנת לבטל את הצו.
2. הגנה על שיטת המשפט מפני הודאות שווא של חשודים – לא מתקיים כי מדובר במסמכים ולא בהודאות.
3. הימנעות מהטלת חובות עשה על החשוד – לא מתקיים כי לא צריך ליצור מסמכים אלא למסור מסמכים קיימים.

**המסקנה בפסק הדין הייתה שבכל הקשור למסמכים, קיימת לחשוד רק הזכות לחיסיון מפני אי הפללה עצמית ולא זכות השתיקה**.

**הלכת מירנדה (ארה"ב) – מקום שלא ניתנה לחשוד אזהרה, הודאתו נפסלת. בארץ במשך שנים התפיסה הייתה של דיכוטומיה בין הדין והפרתו ובין התוצאה. כלומר, התוצאה לא תהיה בהכרח חוסר קבילות של הראיה. לשופט יש שיקול דעת כמה משקל לתת לזה**.

עם חקיקת חוקי היסוד ועליית המעמד של כל הזכויות של חשודים ונאשמים למדרגה חוקתית, התחילו להישמע אמירות שונות. ב**פס"ד סמירק ביניש העלתה את השאלה אם לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אי אזהרת חשוד בדבר זכות השתיקה עולה בכדי הפרת זכות חוקתית. באותו מקרה ההודאה של שניר לא נפסלה, אבל ביניש העלתה את האפשרות**. **הלכת יששכרוב אמנם ניתנה לגבי זכות ההיוועצות, אבל היא חלה ביתר שאת גם לגבי זכות השתיקה והזכות לאי הפללה עצמית בהיעדר אזהרה**. ההלכה הזאת נותנת לבית המשפט שיקול דעת בשאלה עד כמה הפגם היה חמור, עד כמה היעדר האזהרה השפיע ואת כלל נסיבות המקרה. **ככל שאפשר יהיה להרשיע אדם בלי להשתמש בהודאה שלו במצב שהוא לא הוזהר, אז יעשו את זה ויפסלו את ההודאה – זה הפתרון הקל. ביהמ"ש לא קבע ככלל גורף שכאשר אדם אינו מוזהר אז האוטונומיה שלו נפגמת, אבל מלומדים רבים בישראל חושבים שיש לומר שבכל פעם שאדם אינו מוזהר אין לו אוטונומיה של רצון עצמי**. ניתן לטעון את הטענה הזו כי במצבים מסוימים היא תתקבל.

1. זכות ההיוועצות – הזכות של החשוד להיוועץ בעורך דין. יש לה כמה טעמים: ראשית, היא **תורמת להבנה של הנחקר את זכויותיו במהלך החקירה**. ההנחה היא שעורך הדין יסביר לו את הזכויות (הזכות לאי הפללה עצמית, זכות השתיקה וכו'). לכן, רואים בה אפקט של זכות השתיקה – כי ללא היוועצות עם עורך דין, גם אם באופן ערטילאי הנחקר מודע לזכויותיו, הוא לא באמת יודע מתי כדאי לו ליישמן וכו'. הטעם השני זה ש**הסנגור עשוי לתרום לשמירה על הגינות החקירה** – עורך הדין יוודא שאין אמצעים פסולים שמופעלים על החשוד. הטעם השלישי הוא ש**הסנגור יכול לסייע בהשגת ראיות לחפותו של החשוד, ואפילו למנוע הודאות שווא מחשודים**.

הזכות הזו מצויה בסעיפים 32 ו-34 לחוק המעצרים. **ס' 32 מדבר על חובת מתן הודעה על זכות ההיוועצות. סעיף זה מדבר על עצור. ס' 34 מדבר זכות ההיוועצות עצמה וגם הוא מדבר על עצור. אי אפשר להרחיב את הזכות הזו גם לעדים, אבל האם אפשר להרחיב את זה גם לחשודים שאינם עצורים? שאלה זו הושארה בצריך עיון בהלכת יששכרוב משום ששם דובר על מעצר על פי חוק השיפוט הצבאי ולא על פי חוק המעצרים. בפס"ד אסף שי השאלה הזו הגיעה לסוג של הכרעה**. דובר שם על אדם (לא עצור) שנחקר חודשיים לאחר התאונה. בחקירה לא הודיעו לו על זכותו להיוועץ עם עורך דין, וכשהוא כבר ביקש עורך דין – לא הפסיקו את החקירה. ביהמ"ש אמר שאם הפגם היה רק באי ההודעה על זכות ההיוועצות, הוא לא היה פוסל את ההודעה. זה נפסל בגלל שלא הופסקה החקירה כשהוא ביקש להיוועץ עם עורך דין. **באופן ברור נעשתה הרחבה של ס' 34 גם לחשוד אינו עצור. ס' 32 עדיין בצריך עיון (יששכרוב)**.

יש להיות מודעים לנושא של היכולת להגביל היוועצות עם עורך דין בעבירות ביטחון. **ס' 35 לחוק המעצרים עוסק בפגישה עם עורך דין בעבירות ביטחון**. ב**פס"ד פלוני** (דיברנו עליו) נפסל ס' שאפשר הארכת מעצר של חשודים בעבירות ביטחון ללא נוכחותם. אחד הנימוקים של ביהמ"ש היה האפקט המצטבר של הסעיף הזה עם ס' 35. כלומר, **הרבה פעמים אותם חשודים בעבירות ביטחון, זכותם לפגוש עורך דין מעוכבת/מושהית**.

**ס' 34** אומר שעצור זכאי להיפגש עם עורך דין ולהיוועץ בו. אם הוא ביקש לעשות זאת, האחראי על החקירה צריך לאפשר זאת **"ללא דיחוי"**. לס' הזה קדם ס' בחסד"פ שדיבר על **"בהקדם אפשרי"**. הפרשנות של החסד"פ הייתה שגם כאשר חשוד מבקש להיפגש עם עורך דין, עד שעורך הדין מגיע, אפשר להמשיך את החקירה. עם חקיקת חוק המעצרים, **נטען בפרשת חסון שהעובדה ש"בהקדם אפשרי" הפך ל"ללא דיחוי" מעידה על כך שצריך לשנות את הפרשנות ולומר שכאשר עצור מבקש במהלך חקירה להיפגש עם עורך, צריך להפסיק את החקירה עד להגעת עורך הדין. בפסק הדין העמדה הזו עדיין לא התקבלה. בפס"ד אסף שי, מעבר להרחבה הברורה שנעשתה לזכות ההיוועצות בס' 34 גם לחשוד שאינו עצור, ביהמ"ש גם משנה את הפרשנות של "ללא דיחוי". ביהמ"ש מבהיר שכאשר חשוד מבקש לדבר עם עורך דין, כל עוד עורך הדין אמור להגיע תוך זמן סביר, צריך להפסיק את החקירה ולהמתין לעורך הדין. יתרה מזאת, כאשר החקירה אינה דחופה, אפילו אם עורך הדין לא מגיש תוך זמן סביר, אפשר לדחות את החקירה**.

מפסקי הדין יששכרוב ואסף שי אנחנו למדים ש**זכות ההיוועצות היא זכות חוקתית, ושפגיעה בה יכולה להוליד פסילת הודעה**. מדובר בכלל פסילה יחסי-פסיקתי וזה תלוי בשיקול דעת ביהמ"ש.

**בבש"פ 9200/12 פרץ נ' מדינת ישראל השופטת ארבל הרחיבה את האפשרות לטעון את טענת פסלות ההודאה בגלל פגיעה בזכות ההיוועצות כבר בשלב של מעצר** (בשלב המעצר עד תום ההליכים ולא בשלב המשפט). בשלב המעצר עד תום ההליכים צריך ראיות לכאורה ועילת מעצר. השאלה שמעלה השופטת ארבל היא אם לפגיעה בזכות להיוועצות עם עורך דין תהיה נפקות גם בשלב המעצר או רק בשלב המשפט. התשובה שלה היא חיובית. היא אומרת שגם המשך מעצר של עצור, שנפל פגם משמעותי מאוד בזכויותיו, עלול לפגוע בלגיטימיות של הליך המעצר ולשמוט את הצידוק המוסרי מתחת להמשך המעצר. הרציונל של פסילת ראיות הוא לא רציונל של עבר/תיקון/חינוך רשויות, אלא של עתיד – שמירה על טוהר ההליך ומוסריותו. לכן, ארבל אומרת שאם אנחנו מדברים על כך שלעיתים פגיעה בזכויות פוגעת בטוהר ההליך, אז לעיתים היא גם שומטת את הצידוק המוסרי מתחת להמשך המעצר. במקרה הזה, השופטת ארבל אמרה שיש פגמים במניעת ההיוועצות, אבל זה לא היה פגם משמעותי ולכן הוא יידון בערכאה הדיונית (בשלב המשפט).

ניסיון הרחבה נוסף של הודעה על היוועצות נעשה בעניין **קוטלייר נ' מדינת ישראל**. שם דובר לא בהליך פלילי אלא בשימוע מנהלי. נשאלה השאלה אם כאשר אדם מזומן לשימוע מנהלי, צריך להודיע לו גם על זכותו להיות מלווה על ידי עורך דין. אין מחלוקת שאדם שרוצה להיות מיוצג על ידי עורך דין יכול, אלא המחלוקת היא בשאלה אם יש חובה להודיע על הזכות להיוועץ גם בהודעה על שימוע. ביהמ"ש לא הסכים להרחיב את זה ורצה לתת ביטוי להבחנה בין שימוע מנהלי לבין הליך פלילי. **נקבע שאין מוטלת על הרשות חובה ליידע את הנהג טרם השימוע המנהלי בדבר זכות ההיוועצות הנתונה לו ואין גם חובה לדחות את מועד השימוע על מנת לאפשר לנהג למצות את הזכות הזו**. שיקול עיקרי לכך הוא עקרון היעילות, וביהמ"ש אף לא מסתיר זאת.

1. מינוי סנגור מטעם ביהמ"ש - **ס' 15 לחסד"פ** מונה את המצבים שבהם על בית המשפט למנות לחשוד או לנאשם סנגור.
2. הודעה לעצור על האפשרות למנות סנגור ציבורי (ס' 19 לחוק הסנגוריה הציבורית) - ב**פס"ד לין** השופט רובינשטיין גם אמר ש**ייתכן שתיפסל הודעה של אדם, לא רק כי לא יידעו אותו על זכותו להיוועץ, אלא גם בשל העובדה שלא יידעו אותו על זכותו לקבל עורך דין ציבורי**.
3. פרסום שמות של חשודים – בעבר לא הייתה מגבלה על פרסום של שמות. היו על זה הרבה דיונים וביקורת משום שאין ספק שפרסום שם של אדם כחשוד יכול לפגוע בשמו הטוב, גם אם יתברר לבסוף שזה לא נכון. הדברים מוסדרים היום ב**סעיפים 70-70ה לחוק בתי המשפט**. על פי סעיפים אלה, **שם של חשוד לא יפורסם עד תום 48 שעות מהמועד שבו הוא התייצב לחקירה (אם הוא נחקר כשהוא לא עצור) או עד סיום של דיון ראשון של שופט בעניינו (כי הרי צריך להביא עצור בפני שופט תוך 24 שעות), לפי המוקדם**.

לכלל הזה יש חריגים. למשל, **בס' 70(ה1)(1) נאמר שביהמ"ש רשאי לאסור פרסום שמו של חשוד שטרם הוגש נגדו כתב אישום אם ראה שהדבר עלול לגרום לו נזק חמור**. זה עלה ב**ע"פ 8225/12 חברה פלונית נ' פלוני**. בפסק הדין דובר על מטפל שנעצר בחשד לביצוע מעשה מגונה בקטינה שטיפל בה. הוטל צו איסור פרסום כולל על הפרשה. ביהמ"ש נדרש לנתח את ס' 70(ה1)(1) והוא אומר שהס' כולל שני תנאים מצטברים:

1. התנאי הראשון דורש מהחשוד להראות שייגרם לו **נזק חמור** כתוצאה מהפרסום (נזק חמור ולא סתם נזק, כי לכל אדם ייגרם נזק עם פרסום שמו). בית המשפט מתחשב בכמה שאלות: האם יש לו ילדים? מה סוג העבירה? האם יש לו עבר פלילי? וכו'.
2. התנאי השני הוא ש**ראוי להעדיף את מניעת הנזק החמור על פני העניין הציבורי שבפרסום**. לעניין הזה, ישנם שני רבדים: רובד כללי ורובד פרטיקולארי. הרובד הכללי מדבר על עקרונות של חופש הביטוי, זכות הציבור לדעת. הרובד הפרטיקולארי בוחן את המקרה עצמו – האם מדובר באיש ציבור? האם צריך להזהיר את הציבור? וכו'.

ביהמ"ש אומר ש**ככל שהעניין הציבורי בפרסום גדול יותר, כך הנטל על החשוד להראות שהנזק שלו גובר על העניין הציבורי גדול יותר**. במקרה הספציפי הזה, ביהמ"ש פסק שהכף נוטה למניעת זיהוי האדם עצמו ולא הפרשה כולה. ניתן יהיה לפרסם את עצם הפרשה, אבל לא את זהות המטפל. זאת, כי לא היו מספיק ראיות להעמדה לדין באותו שלב.

**חוק המעצרים**

**עיכוב (פרק ג' לחוק המעצרים)**

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו למעשה אינו מזכיר את המונח "עיכוב". ס' 5 לחוק היסוד אומר שאין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה ובכל דרך אחרת. **"עיכוב" הוא פגיעה בחירות ולכן הוא נכנס ל"בכל דרך אחרת"**. לא בכדי, חוק המעצרים בחר לטפל בו בפרק שלם.

**עד לחוק המעצרים, לא היה שום הסדר חוקי לנושא של עיכוב**. מסדרה של הוראות, יכולנו להבין שבנסיבות מסוימות, יש לשוטר סמכות להגביל את חירותו של אדם הגבלה שאינה מגיעה כדי מעצר. חוק המעצרים נחקק בעקבות חקיקת חוק היסוד (הדבר הראשון שנדרש בפסקת ההגבלה הוא שיהיה חוק).

**ס' 66 לחוק המעצרים** מגדיר עיכוב כך: "הגבלת חירותו של אדם לנוע באופן חופשי בשל חשד שבוצעה עבירה או כדי למנוע ביצוע עבירה כאשר הגבלת החירות מסויגת מראש בזמן ובתכלית, הכול כאמור בפרק זה". **מס' זה עולה כי מדובר על הגבלת חירות פחותה ממעצר ושהסיבה לה היא חשד שנעברה עבירה או מניעת עבירה**.

מאפייני הסמכות לעכב

1. משך העיכוב – **ס' 73(א) קובע שעיכוב הוא לזמן סביר. ס' קטן (ב) קובע שאדם או כלי רכב לא יעוכב ליותר משלוש שעות, אלא במקרה של מספר רב של מעורבים שאז הקצין הממונה יכול להאריך את העיכוב בשלוש שעות נוספות. ברגע שאדם מגיע לתחנת המשטרה הוא נחשב נחקר וכבר לא מעוכב – ולכן ההגבלה הזו כבר לא חלה**.
2. הנוהל בעיכוב - **ס' 72 מפנה לס' 24, שעוסק בנוהל מעצר. ס' 24 מדבר על כך שמי שעוצר אדם צריך לזהות את עצמו, להודיע לעצור שהוא עצור ולהבהיר לו את סיבת המעצר. בעיכוב השוטר צריך להזדהות, להודיע למעוכב שהוא מעוכב ולהבהיר את סיבת העיכוב**. ס' 24(ג) אומר שמילוי החובות האמורות בסעיפים קטנים (א) ו-(ב) הן תנאי לחוקיות המעצר. אם כך, זה אומר שמילוי החובות האמורות הוא גם תנאי לחוקיות העיכוב.

עיכוב חשוד מול עיכוב עד

**עיכוב חשוד מופיע בס' 67(א) לחוק המעצרים**. הסעיף קובע כי "היה לשוטר יסוד סביר לחשד כי אדם עבר עבירה, או כי הוא עומד לעבור עבירה העלולה לסכן את שלומו או ביטחונו של אדם, או את שלום הציבור או את ביטחון המדינה, רשאי הוא לעכבו כדי לברר את זהותו ומענו או כדי לחקור אותו ולמסור לו מסמכים, במקום הימצאו".

**פס"ד דגני** לא עסק בחוק המעצרים, אבל הוא פירש מה זה **"יסוד סביר לחשד"**. ביהמ"ש אומר שמדובר בשאלה אם מצטיירת תמונה שלאורה אדם בר דעת רגיל מגבש חשד. כלומר, מדובר ב**מבחן אובייקטיבי**. מה שיש לבחון זה את **הנסיבות באותו הרגע ולא בדיעבד**.

בעיכוב אנחנו מדברים על עבירה – **כל עבירה, גם עבירה מסוג חטא** (במעצר מדובר רק על עבירה מסוג פשע או עוון). יתרה מזאת, לא נאמר מתי נעברה העבירה – **לכאורה, אפשר לעכב גם על עבירה שנעברה לפני זמן רב**.

**המטרה** של העיכוב – "כדי לברר את זהותו ומענו או כדי לחקור אותו ולמסור לו מסמכים, במקום הימצאו". מדובר בעיכוב במקום. **ס' קטן (ב) קובע ששוטר יכול לדרוש מאדם להתלוות אליו לתחנת המשטרה אם (1) יש יסוד סביר לחשד שהוא עבר עבירה או עומד לעבור עבירה, (2) ואם הזיהוי היה בלתי מספיק או שלא ניתן לחקור אותו במקום הימצאו (שני תנאים מצטברים)**.

גם הפקודות של מפכ"ל המשטרה וגם חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים) מעידים על כך שחקירה, להבדיל מתשאול, צריכה להיעשות בתחנת המשטרה. **ס' 3 לחוק חקירת חשודים קובע שחקירת חשוד תתנהל בתחנה. פקודות המטה הארצי אומרת שחקירתו של עד/חשוד בתחנת המשטרה אינה חלק מהעיכוב המוסדר בחסד"פ (מעצרים) ולכן משך חקירה זו אינו נלקח בחשבון לצורך חישוב משך העיכוב**.

**פרשת חוטר ישי** היא המקרה היחידי שבו הנושא הגיע לבחינה שיפוטית. עו"ד דרור חוטר ישי היה באותו זמן יו"ר לשכת עורכי הדין וזומן לחקירה בתחנת המשטרה. חוטר ישי סירב להגיע לתחנה וגם כאשר נשלחו אליו שוטרים הוא סירב להתלוות אליהם. מטעמי זהירות המשטרה לא עצרה אותו אלא פנתה לבימ"ש שלום כדי לבקש צו. לאחר מספר תהפוכות דיוניות הוא מגיע בלילה לשופט תורן. השופט זמיר מעיר כמה הערות מעניינות בקשר לחובה לציית לזימון לחקירה **- במהלך הדברים הרגיל כל אדם שמתבקש להתייצב במשטרה כדי למסור עדות או להיחקר, מן הראוי שיעשה כך בדרך המקובלת, אף ללא שיצא צו המחייב אותו לבוא אל המשטרה. כאשר מוצא צו עיכוב מכוח ס' 67 לחוק המעצרים, התוצאה היא בדר"כ שניתן יהיה לחקור את המעוכב, אם אין מדובר בחקירה פשוטה וקצרה, במשרדי המשטרה. המעוכב אינו רשאי להכתיב למשטרה את מועד או מקום החקירה**, אם יהיה זה בביתו או במשרדו או במקום אחר. על כן נראה כי, **למעשה, גם השופט זמיר מחליף פה את ברירת המחדל כך שתוצאות עיכוב הן בדר"כ חקירה במשטרה**.

**עיכוב של עד מעוגן בס' 68 לחוק המעצרים**. גם כאן יש צורך ב**"יסוד סביר לחשד", אך רק אם נעברה עבירה ולא אם עומדת להתבצע עבירה**. עד הוא כל מי שיכול למסור מיגע הנוגע לאותה עבירה ולכן לאו דווקא עד ראייה. **אם הזיהוי של העד אינו מספיק, ס' 68(ב) קובע שהשוטר רשאי לבקש מהעד להתלוות אליו לתחנת המשטרה לשם גביית העדות**.

**ס' 69 מדבר על עיכוב לצורך חיפוש ולבדיקת מסמכים**. עד לחוק המעצרים, היו כל מיני סמכויות חיפוש ובדיקת מסמכים, למשל מכוח פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש). לא הייתה סמכות שמחייבת את האדם לעצור (לעמוד במקום) לצורך החיפוש. לא היו סמכויות שמאפשרות את העיכוב לצורך החיפוש. **הס' קובע כי כאשר יש סמכות לחפש ולבדוק מסמכים (מכוח סעיפים אחרים), השוטר רשאי לעכב אדם לצורך החיפוש ולמסור את שמו ומענו**.

**ס' 71 מדבר על עיכוב כלי רכב לשם חיפוש. לפי ס' זה, אפשר לעכב את כלי הרכב על מנת לערוך חיפוש אם יש יסוד סביר לחשד שנעברה עבירה בת מעצר (פשע/עוון), אם יש חשש לביצוע עבירה ביטחונית או אם יש הסתברות גבוהה שעומדת להתבצע עבירה בת מעצר (עוון/פשע)**. ההבדל בין ס' 69 לס' 71 הוא שמכוח ס' 69 אי אפשר לעשות סתם חיפוש ברכב.

**ס' 75 מדבר על סמכות של אדם פרטי לעכב עד להגעת שוטר (ולא יותר משלוש שעות)**. אפשר לעשות זאת אם מתקיימים אחד מאלה:

1. אם מבוצעת בפניך עבירה של אלימות או של נזק של ממש לרכוש.
2. אם אדם אחר הקורא לעזרה טוען שבוצעה בו עבירה כאמור.

**ס' 75(ג) קובע שאדם שמעכב אדם אחר רשאי להשתמש בכוח סביר אם החשוד סירב להיעתר לעיכוב, ובלבד שלא תיגרם למעוכב חבלה**. כשאדם מתנגד לעיכוב על ידי שוטר, קמה לשוטר סמכות מעצר – וסמכויות מעצר כוללות מיני ובי סמכויות של שימוש בכוח עד שימוש בנשק קטלני. לאדם פרטי אין סמכות מעצר, גם אם החשוד בורח לו, ולכן כל שהוא יכול זה להשתמש בכוח סביר שאינו גורם חבלה כדי להחזיק את החשוד במקום עד שיבוא שוטר.

**ס' 23(ב) לחוק המעצרים הוא הסעיף שמקנה לשוטר את השימוש בכוח כשיש התנגדות לעיכוב. לפי ס' זה, אם אדם מסרב לעיכוב או מפריע לשוטר לעכב מישהו אחר, לשוטר קמה סמכות מעצר והוא יכול לקחת אותו לתחנת המשטרה ושם לחקור אותו לאותה תכלית שהוא רצה לעכב אותו במקור**. כשאין סמכות מעצר, אי אפשר לקפוץ לסמכות מעצר וצריך להתחיל בניסיון לעכב.

**פרשת שמשי** – שמשי היה עם פרוצה ברכב. בא שוטר וביקש לעצור את הפרוצה בעבירת שוטטות. שמשי אחז בבחורה ולא נתן לה לרדת מהאוטו. אנשי המשטרה הורידו את שניהם בכוח ועצרו את שמשי, שהואשם בעבירה של הכשלת שוטר במילוי תפקידו. **בערעור הוא טען שהשוטר פעל בחוסר סמכות ולכן הוא לא יכול היה להפריע לו במילוי תפקידו. הטענה הזו התקבלה כי לפי הדינים שהיו אז (1972) על עבירת שוטטות היה אפשר לעכב את הפרוצה, אבל לא לעצור אותה. ברגע שהוא עצר אותה, הוא השתמש בסמכות שלא הייתה לו ולכן גם ההתנגדות של שמשי לא הייתה הכשלה**.

ב**פס"ד אברג'יל** דובר על אדם שהואשם בבריחה ממשמורת (הוא ברח ממעצר). את אברג'יל היה אפשר רק לעכב במקום ולא לעצור. ברגע שעצרו אותו, המשמורת שלו לא הייתה משמורת חוקית – ולכן הבריחה לא הייתה בריחה ממשמורת חוקית. גם כאן בית המשפט מדגיש ש**לא ניתן בדיעבד להצדיק מעצר לא חוקי בכך שהייתה סמכות לעכב**.

**ס' 23(ג) אומר שיש גם עדיפות ברורה לעיכוב על פני מעצר, גם כשיש סמכות מעצר**.

**מעצרים**

העקרונות של דיני המעצרים

ס' 1 לחוק המעצרים מדבר על שלושה עקרונות:

1. עיקרון החוקיות – אין מעצר (פגיעה בחירות) אלא בחוק או מכוח חוק. חוק המעצרים מנסה לכסות כל מעצר ביניים שאפשר להעלות על הדמיון משום ש**לא יכול להיות אפילו מעצר של שעה ללא סמכות חוקית**. בכל פעם שהמציאות גילתה שחסר משהו, היו מתקנים כדי להוסיף סמכות חוקית. ב**בש"פ 5142/99 מורוזובה נ' מדינת ישראל** היה מקרה ייחודי שבעצם לא הייתה לו תשובה בחוק. דובר על מצב שבו נוהל משפט והיה ערעור. מעצר עד תום ההליכים זה תשעה חודשים. **עלתה השאלה אם בית המשפט הדיוני מוסמך לעצור את האדם אם כבר הסתיימו תשעת החודשים, או שמא רק העליון יכול לעשות זאת. ביניש מכריעה שהסמכות תהיה לעליון כי לא ייתכן לומר שתשעת החודשים הללו נמחקים**. העליון אינו מוגבל בכמה הוא יכול להאריך את המעצר (יכול להאריך בכל פעם עד שלושה חודשים – בלי הגבלת פעמים).
2. עיקרון כבוד האדם (שממנו נגזר עיקרון המידתיות) – בכל חוק המעצרים ישנן **הוראות של מידתיות**. למשל, צריך להעדיף מעצר בצו על פני מעצר שלא בצו, צריך להעדיף עיכוב על פני מעצר, צריך להעדיף חלופת מעצר (כשאפשר) על פני מעצר וכו'. כל זאת, בכפוף לכך שניתן להשיג את אותה מטרה בשתי הדרכים.
3. עיקרון התחולה הכללית – כאמור, החקיקה המאוחרת לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הן חוק המעצרים והן חוק החיפוש בגוף, היא חקיקה שמותאמת לדרישות חוק היסוד (תכליות ראויות, מידתיות וכו'). לכן, שני החוקים הללו קובעים עיקרון תחולה כללי – הם אומרים ש**אם אין הוראה ספציפית נוגדת, ההוראה של החוקים הללו חלות**. הנימוקים לכך הם אחידות (ליצור כמה שיותר אחידות בדיני המעצרים) ושאנחנו יודעים שהחוק הזה כבר מותאם לדרישות היסוד.

סוגי מעצרים

עבור כל סוג מעצר, נדון בשני מסלולים. במסלול העיקרי, לכל מעצר נדרש בסיס עובדתי, עילה ובחינת חלופת מעצר. במסלול המשני מדובר על מעצר בשל הפרת הוראה מוסמכת.

1. מעצר ראשוני על ידי שוטר:
2. שלא בצו – **ס' 4 לחוק המעצרים אומר שמעצר אדם יהיה בצו של שופט, אלא אם כן הוענקה בחוק סמכות לעצור בלא צו**. כלומר, שוטר צריך להעדיף מעצר בצו, אבל יש מקרים שאין מנוס מלעצור – ואז צריך לבדוק אם לשוטר יש סמכות.

המסלול העיקרי

הבסיס העובדתי: **ס' 23(א) לחוק קובע שנדרש יסוד סביר לחשד שאדם עבר עבירה בת מעצר. ס' 23(א)(7) קובע שעבירה בת מעצר היא עבירה מסוג עוון או פשע. לעכב אפשר, כאמור, גם אם מדובר בחטא. בפס"ד דגני, שקדם לחוק המעצרים, נקבע שיסוד סביר לחשד נקבע על ידי מבחן של אדם בר דעת רגיל – שואלים אם אדם בר דעת רגיל היה מגבש בנסיבות המסוימות חשד. אין חובה שהחשד הזה יתממש בסופו של דבר**. לדוגמא: שוטר שרואה בלילה אדם שמנסה לפרוץ לדירה דרך המרפסת. גם אם אחר כך יתברר שהוא ניסה להיכנס לבית שלו כי לא היה לו מפתח, זה עדיין לא שולל את הסבירות של החשד.

עילות מעצר:

* + "שיבוש" – כמו למשל הברחת עדים או העלמת ראיות. עילה זו באה לידי ביטוי בשלושה סעיפים: **ס' 23(א)(2) שמדבר על יש יסוד סביר לחשש שהחשוד לא יופיע לחקירה; ס' 23(א)(3) שמדבר על יסוד סביר לחשש ששחרור החשוד או אי-מעצרו יביא לידי שיבוש הליכי משפט ובכלל זה העלמת רכוש, השפעה על עדים או פגיעה בראיות בדרך אחרת; ס' 23(א)(6) שמדבר על מצב שבו האדם משוחרר בערובה, ויש יסוד סביר להניח כי הוא הפר תנאי מתנאי השחרור או כי הוא עומד להימלט מהדין, או שיש יסוד סביר לחשש שהוא נמלט ממשמורת חוקית**.
	+ "מסוכנות" - עילה זו יכולה להופיע בדיני מעצרים בשתי צורות:
		- **מסוכנות אינדיווידואלית** שנלמדת מהנסיבות של האדם עצמו, מהסיטואציה. **ס' 23(א)(1) מדבר על מצב שבו האדם עובר בפניו או עבר זה מקרוב עבירה בת מעצר, והוא סבור, בשל כך, שהוא עלול לסכן את בטחונו של אדם, את בטחון הציבור או את בטחון המדינה. ס' 23(א)(4) מדבר על מצב שבו לשוטר יש יסוד סביר לחשד שהחשוד יסכן את בטחונו של אדם, את בטחון הציבור או את בטחון המדינה. לדעת המרצה, ההסתברות שנדרשת בס' קטן (4) גבוהה יותר מההסתברות שנדרשת בס' קטן (1)**; **בפניו** – כשהעבירה נקלטה בחושיו של השוטר (לאו דווקא בחוש הראייה). **זה מקרוב** – זה נמדד בשעות ולא בימים. ב**ע"פ כהן נ' התובע הצבאי** דובר על נהג צבאי שעבר עבירה. כשהוא הגיע למחרת לתחנת המשטרה, עצרו אותו ללא פקודת מעצר (המקבילה לצו מעצר בצבא). **ביהמ"ש אמר שלא ניתן לומר שהעבירה נעברה זה מקרוב – כי העבירה נעברה ביום הקודם**, ולכן היה צריך לקבל צו שופט כדי לעצור אותו.
		- **מסוכנות שנלמדת מהעבירה לגביה יש בסיס עובדתי**. סוג זה של מסוכנות קשור לבסיס העובדתי, ולכן יש איתו בעיה עם חזקת החפות – כי זו עילת מעצר שנלמדת מהחשד עצמו לעבירה. **ס' 23(א)(5) מונה חמש סוגי עבירות שבהן חשוד החשוד ומעידות על מסוכנות כזאת**.

חלופת המעצר: **ס' 23(ג) קובע שלא ייעצר אדם לפי ס' זה אם ניתן להסתפק בעיכוב**. במעצר על ידי שוטר יש גם גורם ביניים לפני השופט וזה הקצין הממונה ובכך עוסק ס' 27. הסעיף קובע שהשוטר שעצר אדם חייב להביא אותו ללא דיחוי לתחנת המשטרה (ס' 25). כשהחשוד מגיע לקצין הממונה, חל ס' 27 שקובע שהקצין צריך לברר אם התקיים אחד התנאים שבסעיף 23 שאז עולה כי לשוטר הייתה עילת מעצר חוקית. אם אחד התנאים לא התקיים, הקצין הממונה ישחרר את החשוד לאלתר אלא אם כן קיימת עילת מעצר לפני ס' 13 (הארכת מעצר בפני שופט לפני הגשת כתב אישום). **גם הקצין הממונה יכול להשתמש בחלופת מעצר – שחרור בערובה (27(ג))**. המקרה היחיד שאי אפשר לשחרר בערובה הוא בס' 27(ה) – עצור שיש יסוד סביר להניח שהוא נמלט ממשמורת חוקית. ס' 42 עוסק בקביעת ערובה על ידי הקצין הממונה.

המסלול המשני

* + **ס' 23(ב) קובע שאם השוטר החליט לעכב אדם ואדם (אותו אדם או אדם אחר) מפריע לו לעכב, זה יוצר מני ובי סמכות מעצר**. כזכור, בפסקי הדין שמשי ואברג'יל ביהמ"ש הסביר שסמכות העיכוב לחוד וסמכות המעצר לחוד - אם העיכוב מלכתחילה לא היה חוקי, אי אפשר לעצור בטענה שאילו הוא היה מתנגד לעיכוב, אז ממילא היה אפשר לעצור.
	+ **ס' 47 מדבר על מעצר בשל אי המצאת ערובה** – אם אדם שוחרר בערובה ולא המציא אותה, שוטר יכול לעצור אותו ולהביאו בפני שופט.

**ס' 29(א) קובע שאדם שנעצר על ידי שוטר בלא צו יובא בהקדם האפשרי בפני שופט ולא יאוחר מ-24 שעות. ס' 30 מאפשר לקצין הממונה להאריך את התקופה ל-48 שעות אם יש צורך בפעולת חקירה דחופה**.

1. בצו – ס' 12 מדבר על סיטואציה שבה המשטרה מבקשת צו מעצר מהשופט בהיעדרו של החשוד. זה הליך שמורכב משני שלבים: השלב הראשון הוא הוצאת הצו על ידי בית המשפט והשלב השני הוא ביצוע המעצר. **ס' 19(ב) קובע שביצוע המעצר יכול להיעשות תוך 180 יום. ס' 17(ג) קובע שברגע שאדם נעצר, גם בצו של שופט, צריך להביא אותו בפני שופט תוך 24 שעות**. ס' 15 מדבר על הליך הגשת בקשת המעצר. ס' 20 אומר שהשופט מוציא את הצו הראשוני – אם הוא לא מורה שהאדם ישוחרר אלא אם הוא מובא בפני שופט, אז קצין המשטרה יכול לשחרר אותו. **ס' 13, שמדבר על עילות המעצר בצו, נכון גם למעצר ימים ולכן נדבר עליו בהמשך**.

אופן ביצוע המעצר

גם מעצר בצו וגם מעצר בלא צו מבוצעים על ידי שוטרים ולכן חוקיות המעצר קשורה גם לעובדה שקיימת עילת המעצר (או אחת החלופות של ס' 23 או קיומו של צו מעצר), אבל גם לביצועו. **סעיף 24(א) מדבר על אופן ביצוע המעצר וקובע שעל השוטר לזהות את עצמו (לפי סעיף 5(א) לפקודת המשטרה), להודיע לעצור שהוא עצור ולהבהיר לעצור את סיבת המעצר**. **בפס"ד קדושים נקבע שההודעה על סיבת המעצר צריכה להיעשות "בלשון בני האדם" ולא בשפה משפטית**. אם המעצר הוא על פי צו שיפוט, השוטר צריך למסור לחשוד את הצו וכך זה עונה על דרישת הסיבה. **סעיף 24(ב) קובע את החריגים, ביניהם אם ברור בנסיבות העניין, כי זהות השוטר וסיבת המעצר ידועים לעצור**. אם חלפו נסיבות החריגים אז יש לקיים את המעצר מוקדם ככל האפשר. סעיף קטן (ג) קובע כי מילוי החובות האמורות בסעיפים קטנים (א) ו-(ב) הוא תנאי לחוקיות המעצר. הזדהות וציון העבירה בגינה החשוד נעצר הופכים מעצר לחוקי. **האם טעות עובדתית של שוטר, למשל אם חשד שיש יסוד סביר לחשד אך בסופו של דבר לא בוצעה עבירה, הופכת את המעצר לבלתי חוקי? התשובה שלילית. האם כאשר יש טעות משפטית, למשל אם שוטר חשב שעבירה היא עוון אך למעשה היא חטא, הופכת את המעצר לבלתי חוקי? התשובה במקרה הזה חיובית**. יכול להיות שהשתהות מלהביא את העצור בפני חשוד תעלה כדי אי חוקיות. **סעיף 25(ב) מונה מקרים בהם שוטר יכול לא להביא את העצור בפני שופט "ללא דיחוי"**. מה קורה במקרים בהם בוצע מעצר ללא צו אך היה זמן להביא צו משופט (בהנחה שכן התקיימו תנאי סעיף 23)? **סעיף 24 קובע שיש עדיפות למעצר לפי צו, אך אם יש סמכות לשוטר לעצור ללא צו אז סמכותו לא נשללה בשל העדיפות הזו**. גם פקודות המשטרה מדברות על כך שהמעצר צריך להיות בצו אם אפשר אך לדעת המרצה קשה לראות סיטואציות בהן מעצר ללא צו במקרים כאלה יהיה בלתי חוקי. מה קורה אם שוטר עוצר מישהו כאשר ניתן להסתפק בעיכוב? **סעיף 23(ג) קובע שלא ייעצר אדם לפי סעיף זה אם ניתן להסתפק בעיכוב, אך יחד עם זאת אם יש סמכות לעצור קשה לראות אי חוקיות במעצר עצמו**.

הכשרת מעצר

1. הכשרת מעצר על ידי הקצין הממונה - **ס' 27 אומר שאם אדם נעצר על ידי שוטר ללא צו מעצר והשוטר מביא אותו בפני הקצין הממונה, הקצין הממונה בודק אם התקיימו תנאי ס' 23 (מעצר ללא צו). אם לא התקיימו התנאים, ס' 27 אומר שהקצין הממונה יכול לבדוק אם מתקיימים תנאי ס' 13, ואם כן אז להכשיר אותו**.
2. הכשרת מעצר על ידי בית המשפט – ב**פס"ד מדינת ישראל נ' דרור ג'נאח** דובר על אדם שעוכב למעלה משלוש שעות ואז הוא נעצר. זה עיכוב לא חוקי. לאחר המעצר הוא הובא בפני שופט שלום והמעצר הוארך. זה התגלגל עד העליון כי הטענה הייתה שבגלל שהעיכוב היה לא חוקי, המעצר לא חוקי ולכן השלום לא יכול היה להאריך אותו. **נקבע שגם אם בשלב מסוים העיכוב היה פגום, הרי שברגע שהחשוד מובא לבית המשפט, על בית המשפט לבחון אם יש מקום להשתמש בסמכותו לעצור. היום בית המשפט יתחשב בחוקיות של הדברים שנעשו קודם לכן, אבל לא חובה שזה ישפיע עליו. אם כך, בית המשפט יכול לכאורה להכשיר מעצר לא חוקי**.

**כאמור, הארכת מעצר לפי ס' 16(2) צריכה להיות בנוכחות חשוד**. ב**פס"ד אשרף** דובר על אדם שהובא להארכת מעצר ולא הסכים להיכנס לאולם ללא עורך הדין שלו. בסוף הכניסו אותו והאריכו את מעצרו. בית המשפט עצר אותו ובערר עורך הדין טען שהמעצר לא חוקי כי הוא היה עצור מעל 24 שעות. **בית המשפט אמר שהחובה להאריך מעצר בנוכחות חשוד לא חלה במצבים שבהם החשוד עושה דין לעצמו ומסרב להיכנס לדיון**. בית המשפט אמר שגם מקום בו נפל פגם בהליכי המעצר, אין ביהמ"ש הדן בבקשה רשאי להתעלם מהחומר שמובא בפניו ושומה עליו לדון בבקשה ולהחליט בה.

נפקויות/סעדים

1. פסילת ראיות – **כיום, אחרי הלכת יששכרוב, יש בהחלט שיקול דעת לבית המשפט לפסול ראיות שהתקבלו על בסיס מעצר/עיכוב לא חוקי**.
2. תביעה נגד השוטר – **ס' 44 לפסד"פ קובע שכעיקרון, אם שוטר מבצע מעצר בתום לב, הוא לא נושא באחריות אזרחית/פלילית. עם זאת, ייתכן שאם שוטר פעל שלא בתום לב, לחשוד יש אפשרות לתבוע אותו (אזרחית)**.
3. פיצוי מהמדינה – **ס' 38(א) לחוק המעצרים קובע שאם נעצר אדם ושוחרר בלא שהוגש נגדו כתב אישום, ומצא בית המשפט שלא היה יסוד למעצר, או שראה נסיבות אחרות המצדיקות פיצוי האדם, רשאי הוא לצוות כי אוצר המדינה ישלם לו פיצוי על מעצרו והוצאות הגנתו** בסכום שיקבע בית המשפט. ס' קטן (ג) מסמיך את שר המשפטים לקבוע את גובה הפיצוי המרבי.
4. פיצוי מהמתלונן – **ס' 38(ב) קובע שאם נעצר אדם ושוחרר, ומצא בית המשפט שהמעצר היה עקב תלונת סרק שהוגשה שלא בתום לב, רשאי בית המשפט לחייב את המתלונן, לאחר שנתן לו הזדמנות לטעון טענותיו לעניין זה, לשלם, למי שנעצר, פיצוי על מעצרו והוצאות הגנתו**, בסכום שיקבע בית המשפט. לא מדובר בתביעה נזיקית נפרדת, אלא מדובר על בית המשפט שמשחרר את העצור.
5. התנגדות למעצר – **זה הסעד העיקרי. כאשר מעצר לא חוקי, האדם שבורח מבצע הגנה עצמית – ולא בורח ממשמורת חוקית**. ב**פס"ד שמשי** דובר כזכור על אדם שהועמד לדין על הפרעה לשוטר במילוי תפקידו בכך שהפריע לשוטר לעצור פרוצה שהייתה עמו ברכב. **ביהמ"ש קבע שמאחר שהשוטר לא היה מוסמך לעצור את הפרוצה, אלא רק לעכבה, הרי ששמשי לא הפריע לו**. ב**ע"פ קנוש** דובר באדם שטען שלא ברח ממשמורת חוקית משום שכאשר עצרו אותו, הקצין רק אמר לו שהוא עצור, אבל לא שם עליו יד. **ביהמ"ש קבע שכאשר עוצר נמצא בקרבת הנעצר והוא אומר לו באופן ברור ביותר שהוא עוצר אותו, אז אין עוד צורך בפעולה פיזית מצד העוצר שתמחיש הלכה למעשה את העובדה שהוטל פיקוח**. ב**פרשת סוויסה** דובר על אדם שהורשע במחוזי בבריחה ממשמורת חוקית משום שהוא לא התייצב לריצוי עונש מאסר שהוטל עליו במשפט קודם. בערעור הוא אמר שהוא מעולם לא הגיע לבית המעצר – אז איך יכול היה לברוח? **ביהמ"ש אמר שהמשמורת הנורמטיבית יכולה להיווצר רק לאחר שהייתה קליטה ראשונית בבית המעצר**. ביהמ"ש הלך לס' 184 לחסד"פ שמאפשר להרשיע בעבירה אחרת שיסודותיה התגלו בכתב האישום. הוא הרשיע את סוויסה בהפרת הוראה חוקית (הפרת צו של בית משפט להגיע לבית המעצר) – ולא בבריחה ממשמורת.

**איזוק – בפס"ד עובדיה נקבע שאם לא הייתה התנגדות, אין מה לאזוק.**

1. מעצר ימים/הארכת מעצר (מעצר על ידי שופט לפני הגשת כתב אישום) – הסמכות של מעצר ימים נעשית מכוח אותם סעיפים שמכוחם שופט מוציא את הצווים הראשוניים. כלומר, יש כפילות בין ס' 12 ו-13 לחוק המעצרים כי הם עוסקים בשני מצבים: הוצאת צו מעצר ראשוני והארכת מעצר ע"י שופט. ס' 12 לחוק המעצרים מאפשר לתת צו מעצר בין אם בנוכחות החשוד ובאם אם בהיעדרו- הסיטואציה של בהיעדרו מתייחסת להוצאת צו ראשוני ומאפשרת לעצור ל-24 שעות ואילו הסיטואציה של בנוכחות היא במקרה של הארכת מעצר והיא נעשית בנוכחות של החשוד.

ס' 13 מונה את עילות המעצר במצב של הארכת מעצר, כאשר גם כאן יש לנו מסלול עיקרי ומשני:

המסלול העיקרי

1. הבסיס העובדתי: ס' 13(א) לחוק המעצרים קובע כי בשביל הארכת מעצר יש צורך בחשד סביר לביצוע עבירה שאיננה חטא. בסיטואציה של הארכת מעצר ישנה בעיה מעגלית - מצד אחד המשטרה צריכה להראות לשוטר קצה חוט כדי שייתן הארכת מעצר. מצד שני המשטרה מבקשת את המשך המעצר כדי להמשיך לחקור. לכן יש פה מקום להרבה אינטואיציה שיפוטית. בפסקי הדין רוזנשטיין ולנדסברגר ביהמ"ש אומר כי המושג חשד סביר יכול לכלול כל ראיה, כולל ראיות לא קבילות וחומר חסוי, אשר יכול לקשור את החשוד לעבירה. גם ס' 15(ו) לחוק המעצרים מאפשר לשופט להחליט על סמך ראיות שאינן קבילות במשפט. בפס"ד שקרנה השופטת ביניש עומדת על הבעיה המעגלית הזאת - הצורך בהשלמת החקירה לשם ביסוס החשדות המיוחסים לחשוד חייב להיבחן למול זכותו של החשוד לחירות בשלב שבו עדיין למשטרה אין ראיות להגיש כתב אישום כנגדו.
2. עילות מעצר:
	* שיבוש - ס' 13(א)(1) לחוק המעצרים קובע כי ניתן להאריך מעצר אם קיים יסוד סביר ששחרור העצור או אי מעצרו יביא לשיבוש הליכי חקירה או משפט, להתחמקות מחקירה, הליכי שפיטה או ריצוי עונש מאסר או להעלמת רכוש, השפעה על עדים או פגיעה בראיות. שיבוש כולל בריחה, העלמת ראיות, הפחדת עדים וכו'. ישנה בעיה כאשר מדובר במעצרים באירועים המוניים, גם מבחינת התשתית העובדתית וגם מבחינת העילות. בבש"פ סינהרשקו דובר על אירועים שאירעו במהלך פינוי כפר דרום. בעת הפינוי היו אנשים שהתבצרו מעל גג של בית כנסת ונעשו מעשים פליליים אבל בגלל שהיו הרבה אנשים לא ניתן היה לדעת מי עשה מה. נעצרו הרבה אנשים והשופטת ביניש אומרת שבאירוע המוני מבחינת התשתית העובדתית די בשלב הזה בזיקה ראייתית הבאה לידי ביטוי בנוכחות במקום העבירה כדי לבסס חשד סביר נגד החשודים ולקשור אותם באופן ראשוני לעבירות שלכאורה בוצעו. מבחינת עילת המעצר, ביניש אומרת כי כאשר יש מעורבים רבים בעבירה ויש חשש שהייתה התארגנות מראש לביצוע העבירה, קיים חשש טבוע לאפשרות של שיבוש הליכים.
	* מסוכנות - ס' 13(א)(2) לחוק המעצרים מאפשר להאריך מעצר אם קיים יסוד סביר לחשד שהנאשם יסכן את ביטחונו של אדם, את ביטחון הציבור או את ביטחון המדינה.
	* הליכי חקירה שלא ניתן לקיימם אלא במעצר - עילה ייחודית ביותר להארכת מעצר שקבועה בס' 13(א)(3) לחוק המעצרים. מדובר במצבים בהם האדם לא מסוכן וגם אין סכנה לשיבוש, אבל המשטרה אומרת לביהמ"ש שיש הליכי חקירה שהיא יכולה לקיים אותם רק במעצר. הדוגמא הקלאסית היא מדובב. במקרה של הארכת מעצר לשם קיום הליכי חקירה, על השופט לרשום נימוקים מיוחדים להחלטתו להאריך את המעצר. בפס"ד ברונסון חשין נדרש לשאלה מהם הליכי חקירה שלא ניתן לקיימם אלא במעצר. חשין אומר שמצד אחד הכבדה על חקירת המשטרה לא מספיקה כדי להיכנס לסעיף כי תמיד למשטרה נוח יותר לחקור במעצר, אך מצד שני המשטרה לא צריכה להראות שהחקירה תסוכל מכל וכל אם החשוד לא יהיה במעצר. מה שהמשטרה צריכה להראות היא פגיעה חמורה וקשה ביכולת הניהול הסביר של החקירה. לעניין הנימוקים של השופט, חשין אומר שהשופט צריך לכתוב את זה ברמת הפשטה כזו שמצד אחד לא תמחק את מיוחדותם של הנימוקים ומצד שני היא לא תסכל את הליכי החקירה עצמה. אחד הפתרונות לנושא הזה הוא שהשופט מפנה בהנמקה שלו לחומר חסוי - זה לא פותר את הבעיה של המידע לסנגור אבל זה פותר את יכולת הביקורת השיפוטית, שכן אם יוגש ערר השופט בערר כן יוכל לראות את הנימוקים בחומר החסוי. ימי המעצר שהשופט מוסמך לתת מכוח עילה זו הם שונים - בעילות הרגילות שופט רשאי להאריך את המעצר עד 15 ימים בכל פעם (ס' 17(א) לחוק המעצרים) וסך כל התקופות לא יכול לעלות על 30 יום (17(ב) לחוק המעצרים). אם מוגשת בקשה ע"י היועמ"ש ניתן להאריך את המעצר עד 75 יום סה"כ ולאחר מכן יש לשחרר את העצור (ס' 59), אלא אם יש בקשה שאושרה ע"י ביהמ"ש העליון שיכול להאריך בשלושה חודשים בכל פעם (ס' 62). לעומת זאת, במעצר לצורכי חקירה קובע ס' 13(א)(3) כי ביהמ"ש יכול להאריך את המעצר עד חמישה ימים ואם הוא עדיין סבור שלא לא קוימו כל הליכי החקירה הוא יכול להאריך בעוד חמישה ימים, אבל סה"כ המעצר לא יעלה על 15 ימים.

בבש"פ 92/00 פלוני נ' מ"י עלתה השאלה האם אפשר לעצור בשל העובדה שרוצים להעביר חשוד בדיקה פסיכיאטרית. חשין אמר שניתן להאריך מעצר של חשוד אך ורק אם מוכחת אחת מעילות המעצר המנויות בס' 13. כל עוד העצור הוא חשוד ולא הוגש כתב אישום, ביהמ"ש לא מוסמך להורות על בדיקה פסיכיאטרית בתנאי אשפוז אלא רק על בדיקה פסיכיאטרית שלא בתנאי אשפוז. כלומר, לאחר שהחשוד נעצר הבדיקה היא חלק מהחקירה, אבל אם לא מתקיימת עילה כל מה שביהמ"ש יכול הוא להורות על בדיקה שלא בתנאי אשפוז.

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

1. חלופת המעצר: ס' 13(ב) לחוק המעצרים קובע כי שופט לא יצווה על מעצר אם ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של קביעת ערובה ותנאי ערובה, שפגיעתם בחירותו של החשוד פחותה. חשוב להדגיש שלא מגיעים לבדיקת החלופה אם אין תשתית עובדתית או עילת מעצר.

המסלול המשני

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

מבחינת הפרוצדורה, ס' 15-16 קובעים את סדרי הדין לעניין הארכת מעצר, ס' 17 קובע את המועדים, ס' 18 קובע מה צריך להיות בצו המעצר וס' 19 קובע הוראות לעניין ביצוע צו המעצר.

חשוב להדגיש כי אי חוקיות שקדמה להארכת המעצר לא שוללת את סמכות השופט. כלומר, יכול להיות שנעשו דברים לא חוקיים בשלב קודם, אבל כאשר אדם הגיע להארכת מעצר בפני שופט הוא יוכל לקחת את זה בחשבון אך זה לא שולל את סמכותו והוא יכול להגיע למסקנה שהאינטרס הציבורי במעצר כל כך חזק שהוא עוצר. בפס"ד מ"י נ' ג'נח דובר על אדם שעוכב ע"י שוטר יותר משלוש שעות מבלי שהעיכוב הוארך ע"י הקצין הממונה ואז מובא בפני שופט. הסנגור ניסה לטעון שלשופט אין סמכות מכוח ס' 13 משום שהעיכוב היה בלתי חוקי. ביהמ"ש אומר שגם אם ביהמ"ש סבור שהעיכוב היה לא כדין הוא לא פטור מלדון בבקשת המעצר לגופה. פס"ד אשרף נ' מ"י - לפי ס' 16(2) הארכות מעצר נעשות בנוכחות החשוד אלא אם מתקיימים החריגים שבסעיף. ס' 17(ג) אומר שאם היה מעצר שלא בנוכחות החשוד הוא לא יעלה על 24 שעות. באותו מקרה אשרף נעצר והובא להארכת מעצר תוך 24 שעות, אבל הוא לא הסכים להיכנס כי עורך דינו לא הגיע ומעצרו הוארך. הסנגור, לאחר שהגיע, ניסה לטעון שלא ניתן להאריך את המעצר כי החשוד היה עצור מעל 24 שעות. ביהמ"ש אמר שהסעיף לא מתייחס לסיטואציה הזאת משום שהוא בחר שלא להיכנס לדיון. בנוסף, גם אם נפל פגם ביהמ"ש לא רשאי להתעלם מהחומר שבפניו משום שגם טענה לפגם צריכה להיבחן מול האינטרס הציבורי.

בש"פ 5536/13 מ"י נ' פלוני- השאלה המשפטית שעלתה היא היכן מעוגנת סמכות ביהמ"ש השלום להאריך תוקפם של תנאי שחרור בערובה של חשוד במסגרת הליכי מעצר ימים. השאלה הזאת מתעוררת משום שבס' 13 יש סמכות הארכה של המעצר אבל ברגע שאדם משוחרר להארכת מעצר לא כתוב בשום מקום שיש סמכות להאריך את החלופה. השופט עמית אומר שמי שהוסמך לפעול על גבול השלם מוסמך גם לפעול בחלקים של אותו שלם. כלומר, משניתנה לביהמ"ש סמכות להאריך מעצר, הסמכות כוללת גם תנאי שחרור בערובה שפגיעתם בחירות פחותה. הסמכות הזו לגבי חלופות המעצר נמשכת כל זמן שיש סמכות להאריך מעצרים, כלומר עד 30 יום ואם יש בקשת יועמ"ש עד 75 יום. מעבר לפרק הזמן הזה יש להגיש בקשה לפי ס' 58 חוק המעצרים, שקובע שהערובה ותנאי השחרור יבוטלו תוך 180 יום אם לא יוגש כתב אישום, אלא אם הוגשה בקשה בתוך אותה תקופה ואז ניתן להאריך את תנאי הערובה ב-180 ימים נוספים. הסעיף לא מבחין בין חלופות המעצר השונות, למשל ערובה כספית שונה ממעצר בית, ולכן חשוב שהשופט יבחין בין סוגי הערובות השונות כתחליף למעצר.

1. מעצר לפי הצהרת תובע (לימי כתיבת כתב האישום) - כאשר מסתיימת חקירה אדם אמור להיות משוחרר אבל לעיתים התביעה צריכה עוד כמה ימים לשם הגשת כתב אישום. לשם כך קובע ס' 17(ד) כי אם הצהיר תובע שעומדים להגיש כתב אישום כנגד חשוד ניתן להאריך את מעצר החשוד בחמישה ימים וכל זאת בכפוף לס"ק (ב) שקובע כי סך ימי המעצר לא יעלה על 30 ימים. בדרך כלל ביהמ"ש נותן 2-3 ימים וזה מספיק כי תמיד יש קשר בין הרשות התובעת לחוקרת והתיק לא מגיע בהפתעה.

בפס"ד בדווי נקבע כי די שהתובע יצהיר שלאחר עיון בחומר יש לכאורה להגיש כתב אישום, **אין צורך בהצהרה חד משמעית**. הסנגורים ניסו לטעון כי התובע צריך להודיע שצריך להגיש כתב אישום בוודאות אבל זה לא התקבל. בפס"ד אלטוויל היה ניסיון של הסנגורים לטעון שהתובע צריך לכתוב את סעיפי האישום שבהם הוא יגיש כתב אישום וגם זה נדחה. ביהמ"ש אמר ש**לא צריך לכתוב את הסעיפים המפורטים**. בעקבות פסקי הדין האלה הפרקליטות הוציאה נוסח אחיד להצהרת תובע: "אני מאשר/ת כי לאחר עיון בחומר הראיות שהוגש לי יש מקום לכאורה להגיש בתיק זה כתב אישום ולבקש מעצרו של הנאשם עד לתום ההליכים המשפטיים נגדו".

בפס"ד שימול עלתה השאלה מה קורה אם ניתן מעצר על בסיס הצהרת תובע ואז התגלה חומר חקירה חדש והמשטרה מבקשת לחזור להארכת מעצר לפי ס' 13, בהנחה שנמצאם בתוך מגבלת ה-30 יום. ביהמ"ש אומר ש**ייתכנו מקרים חריגים שבהם יתאפשר להורות על מעצר לפי ס' 13 לאחר שהמעצר כבר הוארך לפי ס' 17(ד) אבל התביעה תצטרך להראות שיש התפתחות מהותית שמצדיקה זאת, אשר משליכה על תוכן כתב האישום**. כמו כן, ביהמ"ש הדגיש כי **לא מדובר במקצה שיפורים לתביעה ולכן היא תצטרך להראות שלא ניתן היה בשקידה סבירה לבצע קודם את פעולות החקירה האלה**. במקרה זה הראו לביהמ"ש דוחות סודיים שלא ניתן היה לצפות ולכן נדרשו פעולות חקירה נוספות.

בבש"פ 4829/14 פלוני נ' מ"י ביהמ"ש שלום הורה על שחרור קטין ממעצר והחזרתו למעון שהוא נמצא בו. המעון פחד שהקטין יחזור משום שזה יסכן את השוהים במקום ולכן הוגש ערר למחוזי. הערר התקבל ולכן ביהמ"ש הורה על המשך המעצר. הבעיה הייתה שנציג המשטרה אמר לפרוטוקול שהמשטרה סיימה את כל פעולות החקירה ולכן, בהיעדר הצהרת תובע, לא הייתה סמכות למשטרה לעצור ולכן התיק מגיע לעליון. השופט עמית אומר שבמקרה הזה הוא מותיר את המעצר עד למחרת בבוקר, קודם כל מהטעם המעשי שהתיק הגיע בשעות אחה"צ והדיון נקבע למחרת בבוקר ואז התביעה תגיש הצהרת תובע. מעבר לזה, הטעם המשפטי הוא ש**פרשנות תכליתית של ס' 17(ד) מחייבת לבחון אם התקיימו עילות המעצר של מסוכנות ושיבוש גם אם נסתיימה החקירה. הוא בעצם אומר שס' 17(ד) כבר מכיל בתוכו את עילות השיבוש והמסוכנות, על אף שלא מציין זאת במפורש, שכן לא יעלה על הדעת שאם יש תקלה ואין הצהרת תובע אדם מסוכן ישוחרר ממעצר**.

1. מעצר עד תום ההליכים (לתקופת המשפט) – בחוק זה נקרא מעצר לאחר הגשת כתב אישום. ס' 2 לחוק המעצרים קובע שרק לבית משפט שלום יש סמכות לדון בהארכת מעצר. עם זאת, **ס' 21(א) קובע כי לאחר הגשת כתב האישום, בית המשפט שאליו מוגש כתב האישום הוא זה שלו יש סמכות לדון במעצר עד תום ההליכים** (בדרך כלל לא לאותו שופט, אלא לשופט מעצרים של אותו בית משפט, אבל השופט לא ייפסל אוטומטית בגלל שהוא יושב בתיק העיקרי). **לעניין חומר החקירה, ברגע שמוגש כתב אישום, לפי ס' 74 לחסד"פ, הנאשם מקבל את כל חומר החקירה**. דהיינו שגם במעצר עד תום ההליכים הוא מתמודד לא בעיניים קשורות כמו שהוא התמודד קודם לכן. ההבדל השלישי נוגע לתקופה – **ס' 61 לחוק המעצרים קובע שבית המשפט הדיוני יכול להאריך את המעצר עד תשעה חודשים. ס' 62 קובע שלאחר מכן מדובר בבקשות הארכה לבית המשפט העליון שמוסמך להאריך את המעצר בכל פעם ב-90 יום, ובנסיבות מסוימות (ריבוי עבירות, חומרת העבירה וכו') אפילו ב-150 יום.** הסיבה לכך היא שעבירות מורכבות עם ריבוי נאשמים היו מגיעים לפעמים להארכה שביעית ושמינית על ידי בית המשפט העליון. לכן, זו פיקציה שהמשפט יסתיים תוך 90 יום.

המסלול העיקרי

1. תשתית עובדתית – **ס' 21(ב) לחוק המעצרים קובע שבית המשפט לא ייתן צו מעצר עד תום ההליכים אלא אם נוכח, לאחר ששמע את הצדדים, שיש ראיות לכאורה להוכחת האשמה**. נשאלת השאלה באילו ראיות מותר בכלל להשתמש לצורך ביסוס ראיות לכאורה. כשדיברנו על מעצרים לפני הגשת כתב אישום, אמרנו שמותר להשתמש בכל הראיות (גם לא קבילות). ואולם, לאחר הגשת כתב אישום, לתביעה יש לכאורה חומר שעל בסיסו היא אמורה להרשיע אדם. לכן, הציפייה היא שהראיות יהיו קבילות. **לפי בש"פ פרץ, אם ברור שראיה אינה קבילה, אי אפשר להשתמש בה לצורך ביסוס הראיות לכאורה** (כמו למשל פוליגרף או האזנת סתר בלתי חוקית). לעומת זאת, **כאשר יש ספק קבילות (כאשר הסנגור טוען למשל שההודאה אינה חופשית ומרצון – דבר שיידון בשלב מאוחר יותר במשפט), אפשר להשתמש בראיה הזו לצורך ביסוס הראיות לכאורה**. אם זה ייפול במהלך המשפט, הסנגור יבקש עיון חוזר. **יש להבחין בין הראיות להוכחת התשתית העובדתית לביצוע העבירה לבין הראיות לצורך הוכחת עילת המעצר. הראיות לצורך הוכחת עילת המעצר (מסוכנות למשל), ברור שהן יכולות להיות לא קבילות**.

**פרשת מוגרבי** – הוגש כתב אישום על רצח והנאשם נעצר עד תום ההליכים. השותף שלו, עד מרכזי בפרשה, מת. מוגרבי פנה למחוזי וביקש לשחרר אותו מחמת אבדן התשתית העובדתית. המשטרה התנגדה לזה בטענה שהיא מנסה להכשיר את הודאת השותף לפי ס' 10א לפקודת הראיות. המשטרה בעצם רוצה להגיש חומר חסוי שמטרתו להכשיר את העדות. הסנגור טען שלא ניתן להגיש חומר חסוי במעצר עד תום ההליכים. בית המשפט עושה הבחנה ואומר ש**ניתן להגיש חומר חסוי לעיונו הבלעדי של השופט כאשר מדובר במידע רלוונטי לעניין מעצרו של הנאשם ובתנאי שאינו קשור במישרין לעבירות המיוחסות לנאשם**. במקרה הזה, הקבילות של העדות רלוונטית למעצר, אבל היא לא קשורה לאישום עצמו במישרין – החומר החסוי לא בא להגיד שהנאשם רצח, אלא הוא בא להכשיר את עדות השותף.

מהן ראיות לכאורה? **ראיות לכאורה הן ראיות שעומדות במבחן הסיכוי הסביר להרשעה / מבחן כור ההיתוך**. מבחן הסיכוי הסביר להרשעה אומר שראיות לכאורה הן ראיות שמבססות סיכוי סביר שבסוף המשפט הנאשם יורשע. **בסדרת פסקי דין, דורנר אמרה שאם יש עכשיו (בעת בקשת הארכת המעצר עד תום ההליכים) ספק סביר, אז אין ראיות לכאורה**. זה יצר בעיה כי בשלום ובמחוזי לא ידעו כיצד לפעול. לאור זאת, זה הגיע לדיון מורחב של שופטים ב**פרשת זאדה**. זה אחד מפסקי הדין המרכזיים ביותר בסד"פ. **דעת הרוב, שניתנה על ידי ברק, הייתה שהמבחן הוא מבחן הסיכוי הסביר להרשעה**. אנחנו לא יודעים מה יהיה בהמשך המשפט ולכן בנקודה הזו, **אנחנו שואלים אם יש סיכוי סביר שאם הראיות הללו יעברו את כור ההיתוך של המשפט (שאלות של קבילות, משקל וכו'), הן יובילו בסופו להוכחת האשמה מעל לכל ספק סביר. דורנר, בדעת מיעוט, חזרה על המבחן שלה שהוא מבחן הספק הסביר המובנה**. לפי מבחן זה, 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. **ס' 158 לחסד"פ מדבר על אין להשיב לאשמה ומשתמש גם הוא במינוח של "ראיות לכאורה".** בסוף המשפט התביעה צריכה להוכיח מעל לכל ספק סביר, אבל במהלך שלב התביעה (לפני שלב ההגנה) התביעה צריכה להוכיח משהו לפחות לכאורה. אם לא הוכח אפילו לכאורה, הנאשם יכול לטעון אין להשיב לאשמה – ולא לנהל פרשת הגנה. לפי הפסיקה, לעיתים מאד נדירות תתקבל טענה של אין להשיב לאשמה. **כל השופטים מסכימים שלמרות שהמינוח ראיות לכאורה מופיע בשני הסעיפים האלה, ראיות לכאורה במעצר עד תום ההליכים צריכות להיות חזקות יותר כי המשמעות שלהן היא פגיעה בחירות**. דורנר לוקחת את זה מאד רחוק ובודקת את הספק שיביא לזיכוי בסוף המשפט – כבר בתחילתו.

האם בשלב זה של מעצר עד תום ההליכים יש לבדוק תוספת ראייתית? נניח שבתשתית העובדתית יש ראיה שזקוקה לתוספת ראייתית כמו למשל עדות עד מדינה שזקוקה לסיוע. האם אנחנו צריכים לבחון כבר בשלב המעצר את קיומו של סיוע? **בעניין אברג'יל נקבע שברמה הלכאורית, בית המשפט צריך לבחון כבר בשלב הזה את קיומה של התוספת הראייתית**. בפסק הדין דובר על עדות עד מדינה. הסיוע הלכאורי היה שקרים של נאשם שהוכחו בראיות חיצוניות. כבר במעצר עד תום ההליכים ראו שהיו שקרים אז זה היה הסיוע, אבל זה סיוע לכאורה כי לא נכנסו ובדקו את השקרים לעומק.

**ראיות מוחלשות** – ב**בש"פ חסיד** השופט רובינשטיין אומר שמסכת ראיות שיש סימני שאלה באשר לעוצמתה, עשויה להצדיק חלופת מעצר. מבחן החוק הוא מבחן בינארי – האם יש ראיות לכאורה או אין ראיות לכאורה. אלא שהחיים הם לא בינאריים ולשופטים היה מאד קשה לחיות עם זה. לכן, המציאו את המונח של ראיות מוחלשות. המשמעות היא ש**אם יש ראיות מוחלשות, זה לא יספיק למעצר, אבל זה יספיק לעבור לחלופת מעצר**. לכאורה, כדי להגיע לבחינת חלופה צריך לעבור את שתי המשוכות של תשתית עובדתית ועילת מעצר. אלא שכאן **עילת המעצר הופכת לפתרון ביניים. הלכה היא שככל שתשתית עובדתית חזקה יותר, נסתפק בעילת מעצר חלשה יותר – ולהפך**.

**מהמחקר האמפירי שמופיע במאמר של המרצה עולה כי הנקודה המרכזית שמשפיעה על תוצאה של מעצר היא התשתית העובדתית**. לכאורה, כשאנחנו מדברים על מעצרים, מה שהכי צריך להשפיע הן עילות המעצר. בכך שהתשתית העובדתית היא הגורם המכריע, יש פגיעה רבה בחזקת החפות.

1. עילת מעצר
	* שיבוש – **ס' 21(א)(1)(א) לחוק המעצרים מדבר על מצבים שבהם קיים יסוד סביר לחשש ששחרור הנאשם או אי-מעצרו יביא לשיבוש הליכי משפט, להתחמקות מהליכי שפיטה או מריצוי עונש מאסר, או יביא להעלמת רכוש, להשפעה על עדים או לפגיעה בראיות בדרך אחרת**.
	* מסוכנות – **ס' 21(א)(1)(ב) לחוק מדבר לע מצבים שבהם קיים יסוד סביר לחשש שהנאשם יסכן את בטחונו של אדם, את בטחון הציבור, או את בטחון המדינה**. בעבר הייתה קיימת גם עילת חומרת העבירה – העובדה שהנאשם מואשם בעבירה חמורה, הייתה עילת המעצר, בשל שיקולים של, בין היתר, אמון הציבור. **כיום, חומרת העבירה לא קיימת** – הגישה היא שאין לעצור אנשים בשל סיבה שהיא לא אינדיווידואלית (אנחנו לא עוצרים בגלל מה יגידו אחרים). **מה שיש היום זה ס' 21(א)(1)(ג) שמונה רשימת עבירות שיוצרות חזקת מסוכנות. זו לא חזקה חלוטה – נאשם יוכל להוכיח שאפילו שהוא נאשם בעבירה חמורה, הוא לא מסוכן**. מבחינת ההיסטוריה החקיקתית, עד 1988 מעצר עד תום ההליכים הוסדר בס' 21 לחסד"פ, שלא קבע את עילות המעצר – שהתפתחו בפסיקה. דעת הרוב (לא פס"ד מסוים) התייחסה גם לחומרת העבירה כעילת מעצר. דעת המיעוט של השופט אילון הייתה שחומרת העבירה אינה עילת מעצר. ב-1988 תוקן החסד"פ והוספו לו ס' 21א וס' 21ב. ס' 21א קבע את עילות המסוכנות והשיבוש ויצר גישת ביניים לפיה חומרת העבירה היא עילת מעצר ברשימה סגורה של עבירות (אלימות, סמים וכו'). שוב התגלעה מחלוקת – רוב השופטים פירשו אותו כמו שהוא. אלא שאילון אמר שגם במקרים שבהם חומרת העבירה היא עילה – זה רק חזקה שניתנת לסתירה. ב-1992 נחקק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שהעלה את זכויות החשודים והנאשמים למדרגה חוקתית. אז ניתן **פס"ד גנימת**. בפס"ד דובר על תושב שטחים שגנב שני רכבים. גניבת רכבים הייתה מכת מדינה, והשאלה שנשאלה היא אם העובדה שעבירה מסוימת היא מכת מדינה, מהווה עילת מעצר. השאלה הייתה שאלה של פרשנות חסד"פ – חוק שהוא משוריין לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. **דעת הרוב הייתה שלאור עליית המעמד של זכויות נאשמים לדרגה חוקתית, עילות מעצר חייבות להיות אינדיווידואליות**. בפס"ד נקבע גם שחקיקה משוריינת שנחקקה לפני חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, נתונה לפרשנות ברוח חוקי היסוד. **ב-1996 נחקק חוק המעצרים שקיבל את הגישה של חזקת מסוכנות** – יש רשימת עבירות סגורה שיוצרות חזקת מסוכנות שניתנת להפרכה. **בפועל, הפרכת חזקת המסוכנות לא מובילה לשחרור אלא ל"קפיצה" לחלופת מעצר**. בעבר, ס' 21ב לחסד"פ קבע חובת מעצר בעבירות שעונשן מיתה ומאסר עולם. כיום, זה לא קיים – **אין חובת מעצר כיום בשום עבירה** (גם לא בעבירת רצח). **פס"ד עודה** – אישה בדואית שהוטרדה מינית על ידי מישהו. בעלה ואבא שלה הכריחו אותה לקבוע עם אותו מישהו בפרדס ורצחו אותו. היא הייתה שותפה לרצח. היא הואשמה בדבר מאד חמור אבל ברור שהיא לא מסוכנות ושזו התעללות לשים אותה במעצר (היא הייתה גם בהיריון) – והיא הצליחה להפריך את חזקת המסוכנות. **זה היה המקרה הראשון שבו חזקת המסוכנות הופרכה בסיטואציה של רצח**.

הבדל נוסף בין מה שהיה בחסד"פ לבין מה שיש כיום בחוק המעצרים, הוא ש**עילת המסוכנות דיברה בעבר על סיכון לשלום הציבור והיום היא מדברת על ביטחון הציבור. סנגורים טענו שמשמעות השינוי היא שסיכון לרכוש אינו יכול להוות עילת מעצר – הוא פוגע לכל היותר בשלום הציבור ולא בביטחון הציבור. הטענה הזו נדחתה. בעניין פרנקל השופטת ביניש קבעה שמעשים שנועדו לפגוע ברכוש פוגעים גם בזכויות בסיסיות של אנשים, ובנסיבות מסוימות מסכנים גם את הביטחון** (יש סיכון אינהרנטי שזה יוביל לאלימות וזה גם נעשה לפעמים תוך סיכון חיי אדם). לכן, היא קבעה ש**עבירות רכוש המבוצעות באורח שיטתי, בהיקף ניכר, תוך התארגנות של כמה עבריינים או תוך שימוש באמצעים מתוחכמים, עלולות לפי מהותן ונסיבות ביצוען לסכן את ביטחון האדם וביטחון הציבור**. היא אמרה שהאיזון אולי השתנה אבל עדיין אי אפשר להגיד שכשמדובר בעבירת רכוש, אין עילת מעצר. יישום של זה אפשר לראות ב**עניין מזרחי**, שם דובר באדם שהיו נגדו ראיות לכאורה שהוא קשר קשר לזיוף דרכון. בית המשפט חזר על הלכת פרנקל וקבע ש**בנסיבות מסוימות גם עבירות מרמה וזיוף יכולות להוות עילת מעצר**.

1. חלופת מעצר – **ס' 21(ב)(1) קובע בית המשפט לא יצווה על מעצר עד תום ההליכים אלא אם לא ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של שחרור בערובה ותנאי שחרור, שפגיעתם בחירותו של הנאשם, פחותה**.

**פס"ד קורמן** – הודיעו בקשר לרכז ביטחון של היישוב הדר בית"ר על זריקת אבנים. הוא רדף אחרי ילד, הכה אותו והוא מת. הוא הואשם בהריגה. במעצר עד תום ההליכים הוא טען להפרכת חזקת המסוכנות וביקש חלופת מעצר. אלא שהנאשם שמר על זכות השתיקה. **השופט זמיר קבע ששתיקתו של הנאשם עומדת לו לרועץ בניסיונו להפריך את חזקת המסוכנות – ולפיכך קמה עילת מעצר**. לדעת המרצה, רעיונית, **יש פה קושי כי שתיקה של נאשם היא חיזוק (ברמה של סיוע) לתשתית העובדתית. הנושא של חזקת המסוכנות שייך לעילות מעצר**. לכאורה, יש פה ערבוב בין הדברים. אלא שמעשית, הקישור הזה שנעשה בקורמן נעשה גם בהחלטות מאוחרות יותר של שופטים. **זה ביטוי נוסף ל"טרייד-אוף" שעושה בית המשפט בין התשתית העובדתית לעילת המעצר – כשאחת מהן חזקה יותר, השנייה יכולה להיות חלשה יותר**.

**בחוק המעצרים נוסף ס' 21א – תסקיר מעצר**. לצורך שיקול של חלופת מעצר השופט צריך עובדות שאף אחד לא יכול להביא לו. התביעה מביאה את העובדות שנוגעות לעבירה, הסנגור דורש חלופת מעצר – ועולות **שאלות הקשורות בכלל לחומרים שאינם קשורים לאישום (מי המשפחה של הנאשם, מה מקום העבודה שלו, מי יכול לשמור עליו וכו')**. לצורך זה, הכלי הוא בקשת תסקיר משירות המבחן. זה כלי שהיום נעשה בו שימוש חזק מאד.

1. ייצוג על ידי סנגור – **ס' 21(ב)(2) קובע שמעצר עד תום ההליכים הוא מעצר שצריך להיות בייצוג, אלא אם הנאשם מודיע שהוא לא מעוניין בייצוג**.

החוק קובע כמה **מעצרי ביניים**. **ס' 21(ג) קובע שאם לנאשם לא היה סנגור והוא לא הודיע שאינו רוצה סנגור, בית המשפט ימנה לו סנגור. כל עוד לא נתמנה סנגור, רשאי בית המשפט לצוות על מעצרו של הנאשם לתקופות שלא יעלו על שבעה ימים כל פעם ובלבד שכל התקופות יחד לא יעלו על 30 ימים**. כיום, עם קיומה של הסנגוריה הציבורית, זה קיים פחות, אבל זה יכול לקרות למשל כאשר לא נמצא עו"ד שמוכן לקחת את התיק עליו.

**מעצר ביניים נוסף קבוע בס' 21(ד) שלפיו על אף ההוראה שלפיה לצורך מעצר עד תום ההליכים נדרשות ראיות לכאורה, רשאי בית המשפט, על פי בקשת הנאשם או סנגורו, לדחות את הדיון, כדי לאפשר לנאשם או לסנגורו לעיין בחומר החקירה ולצוות שהנאשם יהיה במעצר לתקופה שלא תעלה על 30 ימים**. זה סעיף שמאפשר מעצר בהסכמה כדי ללמוד את חומר הראיות. האם אפשר להסכים גם מעבר ל-30 ימים (למשל כי הסנגור לא הספיק ללמוד את הראיות ב-30 הימים הראשונים)? ב**פסקי הדין כהן (שמפנה להררי) והררי** (הלכה שקדמה לחוק המעצרים) נקבע ש**כדי לעצור מעבר ל-30 ימים, נדרשת תשתית כלשהי לקיומן של ראיות לכאורה להוכחת אשמה, וגם אז המעצר יוארך בנסיבות מיוחדות ולתקופה של כמה ימים אחדים**.

המסלול המשני (מעצר שהוא בשל הפרת הוראה מוסמכת קודמת)

**ס' 21(א)(2) קובע שניתן לעצור עד תום ההליכים אם בית משפט ציווה על מתן ערובה והערובה לא ניתנה להנחת דעתו של בית המשפט או שהופר תנאי מתנאי הערובה, או שנתקיימה עילה לביטול השחרור בערובה**. מדובר על סיטואציה שבה היה כבר הליך של מעצר עד תום ההליכים והנאשם הפר את החלופה שהייתה לו (למשל יצא מהבית בזמן מעצר בית).

**מעצר בלתי חוקי שנעשה בעבר לא שולל את סמכות בית המשפט אלא הוא שיקול לחלופת מעצר**. **בש"פ 8203/01 פלוני נ' מדינת ישראל** – פלוני הועמד לדין באשמת תקיפה בת הזוג שלו. **ס' 60 לחוק המעצרים אומר שנאשם, שלאחר הגשת כתב האישום נגדו היה נתון במעצר בשל אותו כתב אישום, תקופה המצטרפת כדי 30 ימים ומשפטו לא החל (התחלת משפט=הקראת כתב האישום), ישוחרר מן המעצר, בערובה או ללא ערובה**. אותו פלוני היה עצור שמונה ימים מעצר לא חוקי – עברו יותר מ-30 יום מהיום שבו הוא נעצר עד תום ההליכים לבין ההקראה. **בית המשפט קבע שמעצר בלתי חוקי הוא אחד השיקולים לעניין חלופת המעצר, אבל במקרה הזה פלוני הואשם במעשים מאד חמורים וגם הייתה לו הרשעה קודמת דומה. לכן, בית המשפט קבע שאפילו שהוא היה עצור בצורה לא חוקית, זה לא מטה את הכף לטובתו**.

1. מעצר בערעור

יכולות להיות ארבע סיטואציות של סיום הליך:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | זיכוי | הורשע, אך לא קיבל עונש מאסר |
| עד להגשת ערעור | **ס' 63** לחוק המעצרים קובע שאם התביעה הודיעה שברצונה לערער, **בית המשפט שזיכה יכול לשחרר את החשוד בערובה מטעמים שיירשמו או להורות על עד 72 שעות מעצר שיאפשרו לתביעה להגיש ערעור**. לפי ס' 2(3) לחוק המעצרים, הסמכות לדון במעצר בזמן הערעור עוברת לבית המשפט של הערעור. | **ס' 22(א)** לחוק המעצרים קובע שאם התביעה הודיעה שברצונה לערער, **בית המשפט שהרשיע יכול לשחרר בערובה או, אם שוכנע שיש חשש שהחשוד יימלט, להורות על עד 72 שעות מעצר שיאפשרו לתביעה להגיש ערעור**. |
| לאחר הגשת ערעור | **אין סעיף חוק שמתייחס לסעיף הזה**. נוצר מצב מוזר שאדם זוכה והוגש ערעור על הזיכוי שלו, אבל אין הוראה שמאפשרת לבית המשפט לעצור אותו עד תום ההליכים. **בפס"ד עפיף נקבע שלבית המשפט של הערעור יש סמכות לעצור עד תום ההליכים**. הגיעו למסקנה הזו באמצעות פרשנות החוק תוך שילוב של שני סעיפים – ס' 63 שמאפשר לעצור עד להגשת הערעור וס' 2(3) לחוק המעצרים שלפיו בערעור סמכות המעצר היא לבית המשפט של הערעור. | **ס' 22(ב)** לחוק המעצרים קובע שלאחר הגשת הערעור, **בית המשפט של הערעור יכול לעצור עד תום ההליכים לפי ס' 21**. |

**עיון חוזר וערר**

**על כל החלטת מעצר, יש אפשרות של עיון חוזר ויש אפשרות של ערר. עיון חוזר זה סיטואציה של שינוי נסיבות או חלוף זמן, כאשר פונים לאותו בית משפט שנתן את המעצר ומבקשים עיון חוזר בהחלטה**. לעומת זאת, **ערר זה ערעור – אם השלום נתן את החלטת המעצר, אז הערר הוא למחוזי**. ערר נועד לפתוח ההחלטה כי אחד הצדדים חושב שבית המשפט טעה (ולא כי חל שינוי בנסיבות).

עיון חוזר (ס' 52 לחוק המעצרים)

ס' קטן (א) קובע: "עצור, משוחרר בערובה או תובע רשאי לפנות לבית המשפט בבקשה לעיון חוזר, בעניין הנוגע למעצר, לשחרור או להפרת תנאי השחרור בערובה, לרבות בהחלטה לפי סעיף זה, **אם נתגלו עובדות חדשות, נשתנו נסיבות או עבר זמן ניכר מעת מתן ההחלטה**". דוגמא לעניין של חלוף זמן: אדם יושב במעצר עד תום ההליכים כמה חודשים ואז פונה בבקשה לעיון חוזר ומבקש שיתנו לו הקלות. **אפשר גם לבקש עיון חוזר על החלטה בעיון חוזר ("לרבות בהחלטה לפי סעיף זה")**.

**בפס"ד ועקנין נקבע כי לשופט הדן בבקשה לעיון חוזר מותר להביא בחשבון התנהגות פלילית מצד הנאשם המשוחרר בערובה אף אם אין לה קשר לעבירה המקורית.**

**ס' קטן (ב) קובע: "אדם המוחזק במעצר בשל אי יכולתו להמציא ערובה, רשאי לפנות בכל עת בבקשה לעיון חוזר"**. ב**בג"ץ רביזדה** דובר על אדם ששוחר ממעצר בתנאים, ובהם הפקדת ערובה. אלא שהוא לא יכול היה להפקיד את הערובה ולכן הוא נשאר במעצר. הוא הגיש בקשה לעיון חוזר בטענה להיעדר יכולת להפקיד את הערובה. המחוזי דחה את הבקשה על הסף בנימוק שהוגשה טרם הזמן. העליון הפך את ההחלטה וקבע ש**אמנם לפי ס' קטן (א) נדרש שינוי נסיבות או שיעבור זמן ניכר, אבל ס' קטן (ב) קובע הסדר שונה ומאפשר להגיש את הבקשה לעיון חוזר "בכל עת"**.

ערר (ס' 53 לחוק המעצרים)

ס' 53(א) קובע: "עצור, משוחרר בערובה ותובע רשאים לערור על החלטת בית משפט בעניין הנוגע למעצר, לשחרור, להפרת תנאי ערובה או להחלטה בבקשה לעיון חוזר, וכן רשאי ערב לערור בעניין ערבותו, בפני בית משפט שלערעור, שידון בערר בשופט יחיד".

נשאלת השאלה אם התחלנו בשלום, האם אפשר להגיע לעליון? בעבר הלא רחוק היו שני עררים בזכות. בנוסף, לא הייתה מגבלת זמן על הגשת הערר. זה גרם לבעיות קשות, ראשית כל ב"פורום שופינג" – אם אין הגבלת זמן, נחכה לשופט מעצרים שהוא נוח לנו. אז נעשו שני תיקונים: **ס' 53(א1)(1) קובע שאם כבר היה ערר למחוזי, אז נדרשת בקשת רשות ערעור לעליון; ס' 53(ג) מגביל את זמן הערר ל-30 ימים**.

**בפס"ד שטנגר נדחתה עתירה נגד חוקתיות התיקונים האלה ובית המשפט קבע שהשיטה המשפטית שלנו היא שיטה של ערר אחד בזכות וערר אחד ברשות**.

אז, עלתה השאלה מתי בית המשפט ייתן רשות ערעור. ב**פס"ד ג'ריס** ארבל אימצה את הלכת חניוני חיפה. לפי הלכה זו, **רשות ערעור תינתן במצבים שלהכרעה יש חשיבות מעבר לצדדים הקונקרטיים**. זה יכול להיות שאלות בעלות חשיבות חוקתית, נושאים שבהם יש החלטות סותרות של ערכאות נמוכות (חוסר אחידות בהלכה) או מקרים בהם יש בעיה משפטית. **ארבל סייגה ואמרה שמקום שבו בית המשפט סבור שיש נסיבות מיוחדות, אפשר גם לחרוג מהלכת חניוני חיפה. בעניין ברטלר דנציגר אמר שהנסיבות החריגות שעליהן מדברת ארבל אינן חייבות להיות נדירות**.

**ס' 53(א1)(2) קובע שאפשר לדון ברשות ערר כבערר**.

**ס' 54 קובע מה הסמכויות של בית המשפט בעיון חוזר ובערר: לקיים את ההחלטה, לשנות אותה, לבטל אותה או לתת החלטה אחרת במקום**.

**ההלכה אומרת שגם בערר (שאינו על שינוי נסיבות), בית המשפט יכול להידרש לחומרים שהתווספו או מידע שהתווסף מאז ההחלטה הקודמת על המעצר**.

**שחרור בערובה**

**ס' 41 מגדיר ערובה: "עירבון כספי או ערבות עצמית של חשוד או של נאשם, בין לבדם ובין בצירוף ערבות מכל סוג שהוא, ערבות או עירבון כספי של ערבים, הכול כפי שיורה בית המשפט או הקצין הממונה, לפי העניין"**.

כזכור, בכל סוג של מעצר, יש הוראה לבחון חלופת מעצר. במעצר ראשוני על ידי שוטר, מי שבוחן את האפשרות לחלופת מעצר הוא הקצין הממונה. בכל שאר המקרים, מי שבוחן את החלופה הוא בית המשפט. אבל הדעת נותנת שחלופות שיכול להטיל קצין ממונה הן לא חלופות שיכול להטיל בית המשפט. **ס' 42 קובע אילו תנאים רשאי קצין ממונה לקבוע למשוחרר בערובה, ו-ס' 48 קובע אילו תנאים רשאי בית המשפט להציב למשוחרר בערובה**.

יש מצבים שבהם אין עילת מעצר, ועדיין מטילים ערובות רק לצורך התייצבות במשפט. **ס' 44(ב) קובע ש"בית משפט רשאי לצוות על נאשם או על נידון, שערעור תלוי ועומד על פסק דינו, לתת ערובה, אף אם אינו מוסמך להורות על מעצרו לפי סעיף 21, כדי להבטיח את התייצבותו למשפט, ומשעשה כן, יראו את הנאשם או את הנידון כמי ששוחרר בערובה"**.

ב**עניין הורוביץ'** נדונה השאלה אילו ערובות אפשר לתת לפי ס' 44(ב). בעניין הורוביץ' הוטל צו עיכוב יציאה מהארץ. בית המשפט אמר שתכלית הסעיף היא להבטיח התייצבות של נאשם למשפט. כלומר, לא מדובר על תחליף מעצר כי אין עילת מעצר. לכן, **עצם הגשת כתב האישום והעובדה שיש משפט לא מספיקה כדי להטיל צו איסור יציאה מהארץ, אלא נדרש חשש להימלטות וכו'**.

**בעניין אדז'יאשווילי קבע בית המשפט שאדם שאין לגביו עילת מעצר, הוא בהכרח אדם שאו שאין ראיות לכאורה לאשמתו או שאין עילה למעצרו, ולכן אי אפשר להטיל עליו מעצר בית כערובה לצורך התייצבות במשפט**.

**בבש"פ 1760/01 פלוני נ' מדינת ישראל נקבע שמשוחרר בערובה מחויב רק בתנאים שכתובים באורח מפורש בכתב הערובה שעליו חתם**. שם דובר על אדם שכתחליף למעצר עד תום ההליכים הוא קיבל **ערובה שלפיה היה צריך להתייצב למשפט בכל מועד שייקבע כדין**. המשפט הסתיים, הוא הורשע ולא קיבל מאסר. הוא ביקש שהמדינה תחזיר לו את הערובה. המדינה התנגדה בטענה שהיא מתכוונת להגיש ערעור על גזר הדין. **בית המשפט קבע שב"משפט", הכוונה למשפט הדיוני – ולא לערעור**. לכן, היה צריך להחזיר לו את הערובה.

**ס' 58(א) קובע: "הערובה ותנאי השחרור בערובה יתבטלו אם לא יוגש כתב אישום נגד החשוד תוך 180 ימים; ואולם בית המשפט רשאי, בתוך תקופת הערובה, להאריך אותה ואת תנאיה, לתקופה נוספת שלא תעלה על 180 ימים, אם הוגשה בקשה באישור תובע"**. ב**בש"פ רבינוביץ'** החקירה הייתה מאד מסועפת. עברו 180 יום והוא ביקש לבטל את תנאי הערובה. לאחר כמה ימים, המדינה הגישה בקשה להארכת תוקף הערובה. **בית המשפט קבע שהסמכות היא להאריך את הערובה בתוך התקופה – מדובר בהארכת תנאים ולא בחידושם**.

**חיפוש בגוף**

אחד החוקים שנחקקו לאחר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא חוקק מפורט בנוגע לחיפוש בגוף בשל העובדה שמדובר בפגיעה קשה בזכויות אדם. **לפי חקיקת החוק, לא הייתה הגדרה של חיפושים שונים**, אלא היו כל מיני סעיפים בחוקים שונים שהשתמשו במינוח של "חיפוש על גוף האדם", כמו ס' 22 לפסד"פ בנוסח הקודם שלו.

**בית המשפט עשה שתי הבחנות: הבחנה אחת בין ניתוק דברים מהגוף (כמו דגימת עור) לבין הסרה שאינה ניתוק (כמו הסרת חומר מתחת לציפורניים). ניתוק דורש הסכמה והסרה שאינה ניתוק אינה דורשת הסכמה. סמכויות החיפוש כללו את היכולת להסיר דברים, אך לא לנתק. ההבחנה השנייה היא הבחנה בין חודרני ללא חודרני. מה שחודר לתוך הגוף דורש הסכמה ומה שלא חודר לתוך הגוף אינו דורש הסכמה. בפרשת קטלן נקבע שאי אפשר לעשות חוקן ללא הסכמה**.

ב-1996 נחקק חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי). **עם חקיקת החוק נוצרו שלושה סוגי חיפושים. ס' 1 מגדיר חיפוש חיצוני וחיפוש פנימי. ס' 22 לפסד"פ בנוסחו היום יוצר הגדרה שלישית של חיפוש על הגוף – חיפוש על פני הגוף שהוא שטחי ביותר (בבגדים, בכלים)**. זו סמכות שיורית – זה לא חיפוש פנימי ולא חיפוש חיצוני.

1. מתי קמה הסמכות לערוך את החיפוש?
2. חיפוש על פני הגוף – **ס' 22 לפסד"פ קובע שהסמכות קמה "אגב כל מעצר ובכל מקרה בו בעל סמכות מקבל לידיו עצור". ס' 29 מאפשר לערוך חיפוש כזה כאשר האדם נמצא במקרקעין בהם מחפשים כדין ויש יסוד סביר לחשוד שהוא מסתיר אצלו חפץ שמחפשים**. יש שורה של הוראות נוספות שמפוזרות בחיקוקים שונים, כמו למשל **ס' 28 לפקודת הסמים המסוכנים**.
3. חיפוש חיצוני – **ס' 3 לחוק החיפוש בגוף מדבר על מצב של "יסוד סביר לחשוד שבגופו של החשוד נמצאת ראיה"**. חיפוש חיצוני מותר לצורך חיפוש **כל ראיה**. בכל מקרה, **חיפוש חיצוני דורש הסכמה של החשוד**. אם החשוד לא נותן את הסכמתו, **יש להביאו בפני קצין משטרה שיסביר לו את השלכות סירובו**.
4. חיפוש פנימי – **גם ס' 4 לחוק החיפוש בגוף מדבר על מצב של "יסוד סביר לחשוד שבגופו של החשוד נמצאת ראיה"**. חיפוש פנימי מותר רק לצורך חיפוש **ראיה לפשע**. **דגימת דם מותר גם לצורך עוון**. בכל מקרה, **חיפוש פנימי דורש הסכמה של החשוד. אם אדם מסרב, אז לא מספיק ההסבר מפי קצין משטרה, אלא צריך לקבל היתר מבית המשפט לעריכת החיפוש. לגבי בדיקה גניקולוגית, גם אם יש הסכמה, חייבים היתר של בית המשפט**.
5. מה התוצאות של סירוב לערוך חיפוש?

שאלת משנה ראשונה: האם קיימת סמכות לערוך חיפוש בכוח?

1. חיפוש על פני הגוף - **בפסד"פ אין הוראה מפורשת שמסמיכה שוטר להפעיל כוח בביצוע חיפוש, אבל אפשר ללמוד את זה כשהשלכה מסעיפים אחרים**. אם זה אגב מעצר, אז אנחנו יודעים שבמעצר מותר להפעיל כוח סביר (ס' 19 לפסד"פ). אם זה לא אגב מעצר אבל אגב סמכות לחפש, אז אנחנו יודעים שכשיש סמכות לחפש יש גם סמכות לעכב (ס' 69 לחוק המעצרים). כשמתנגדים לעיכוב, יש סמכות לעצור – ואז יש סמכות להפעיל כוח.
2. חיפוש חיצוני – כאשר יש סירוב לחיפוש חיצוני וגם קצין המשטרה לא משפיע, אז אנחנו נכנסים להבחנה. יש חיפושים חיצוניים שאפשר לבצע בכוח ויש חיפושים חיצוניים שאי אפשר לבצע בכוח. **ס' 3(ב) לחוק החיפוש בגוף מונה את החיפושים החיצוניים שניתן לבצע בכוח סביר גם במצב של סירוב**.
3. חיפוש פנימי – **אסור לבצע בכל מקרה בכוח, אפילו אם בית המשפט נתן היתר**.

שאלת משנה שנייה: האם יש השלכות ראייתיות לסירוב?

1. חיפוש על פני הגוף – **הלכת חורי קובעת שכאשר אדם מסרב לחיפוש כדין, עשוי הסירוב לשמש לחיזוק הראיות נגדו, אם עקב הסירוב החיפוש לא נערך**. בחורי דובר על אדם שסירב לטבול את ידו בתמיסה כימית שמזהה שאריות סם. לפי ההבחנה הקודמת של ניתוק/הסרה וחודרני/לא חודרני, זה היה חיפוש מותר. למרות זאת, השוטרים החליטו שלא להפעיל כוח לצורך הטבילה. בית המשפט ראה בזה חיזוק לראיות התביעה.
2. חיפוש חיצוני – **ס' 11 לחוק החיפוש בגוף מעגן את הלכת חורי וקובע שאם החשוד סירב שיערוך חיפוש בגופו, ולא נערך החיפוש בשל סירובו, עשוי הסירוב לשמש חיזוק למשקל הראיות של התביעה**.
3. חיפוש פנימי – **כמו חיפוש חיצוני**.

**פס"ד קורטאם** - קורטאם היה אדם שבלע שקיות סמים. **עשו לו ניתוח שלא בהסכמתו, אבל לא כדי להשיג את הראיה, אלא כדי להציל את חייו**. הניתוח בוצע לאחר שהתקבל צו שיפוטי. זה לא חריג להשגת ראיה, כי עשו זאת לשם הצלת חייו, אבל למרות זאת במקרה זה **כן קיבלו את זה כראיה**.

תוצאה נוספת של סירוב היא ענישה. **ס' 12 לחוק חיפוש בגוף קובע שחשוד ברצח או בעבירה על פקודת הסמים המסוכנים או על סימן ה' לפרק י' לחוק העונשין (עבירות ביטחון), שדינה 10 שנות מאסר או יותר, אם היה סירוב לחיפוש חיצוני/פנימי, ניתן להטיל מאסר שנתיים**.

עקרונות בחיפוש (ס' 2)

בגלל היותו של החוק חדש ומותאם לחוק היסוד, הוא קובע כלליות. כלומר, ככל שאין הסדר ספציפי שונה, החוק הזה חל. **בפס"ד לאוניד לוין בית המשפט החיל את דרישת ההסכמה של החוק הזה על בדיקת שכרות**. העילות של בדיקת שכרות נקבעו בפקודת התעבורה, שהיא אמנם דין משוריין אבל היא חקיקת משנה. **הפתרון היה לתקן את החוק ולקבוע שיש חזקה שמי שמסרב לבדיקת שכרות הוא שיכור**. פסק הדין מראה עד כמה זה חשוב לבית המשפט, משתי סיבות: אחידות הדינים והמודרניות (התאמה לחוק היסוד).

**פס"ד גואטה** – אדם נעצר ואגב המעצר חיפשו בישבן שלו סמים. החיפוש נערך מאחורי בית. זה גם היה בהסכמה וזה גם היה הסרה (לא ניתוק). **השופט אילון אמר שאפילו שזה בסמכות ובהסכמה, צריך לעשות את זה בצורה שמכבדת את האדם – באופן שלא פוגע בכבודו**.

**ס' 2(ה) קובע שהחיפוש ייערך בידי בן מינו של החשוד, למעט שלושה חריגים.** זה שונה מחיפוש על הגוף - **ס' 46 לפסד"פ קובע רק שחיפוש על הגוף של אישה ייעשה בידי אישה**.

חוק החיפוש בגוף קובע גם הוראות מאד ספציפיות. **ס' 5 קובע חיפושים שנדרש גורם מומחה שיעשה אותם (רופא שיניים, חובש, גניקולוג וכו')**.

ראיה שהושגה שלא כדין

לפני הלכת יששכרוב, היו רק שני סעיפים שקבעו חוסר קבילות של ראיות - ס' 13 לחוק האזנות סתר ו-ס' 32 לחוק הגנת הפרטיות. לא היה שום ס' שמדבר על האם משהו שהושג בחיפוש לא חוקי, פסול כראיה.

**פס"ד ועקנין** – דובר שם על חייל שהיה כלוא בכלא צבאי ובלע שלוש שקיות של סם. הסוהרים חשדו בו וביקשו ממנו לשתות מי מלח שגורמים להקאה. בשלב הראשון הוא הסכים – והקיא את השקית הראשונה. אחר כך הוא סירב, החוקרים השקו אותו בכוח – וכך הוא פלט את שתי השקיות הנוספות. כל שלוש השקיות הובאו כראיה נגדו והוא הורשע בעבירה של החזקת סם. השאלה הראשונה שעלתה היא האם החיפוש היה חוקי. התשובה הייתה שלא כי לפי הלכת קטלן, זה חודרני וזה דורש הסכמה. השאלה השנייה הייתה האם הראיות קבילות. עורך הדין של החייל השתמש בס' 1 לחוק הגנת הפרטיות וטען שמדובר בהטרדה ולכן הראיה לא קבילה - **"בילוש או התחקות אחרי אדם העלולים להטרידו, או הטרדה אחרת"**. בערעור הטענה הזו התקבלה, אבל בדיון הנוסף הטענה הזו נדחתה. **בית המשפט קבע ש"הטרדה אחרת" מתייחסים לדברים דומים לרישא של הסעיף**.

**אם כך, בדין שקדם ליששכרוב לא הייתה דרך לפסול ראיות שהושגו בחיפוש לא חוקי. לאור יששכרוב, זה נכנס למסכת השיקולים שבית המשפט ישקול**.

**ס' 14א** לחוק החיפוש בגוף נמצא תחת פרק שעוסק בחיפוש/לקיחת אמצעי זיהוי מאנשים שאינם חשודים. **הסעיף קובע שכשמדובר במישהו שאינו חשוד ונתן אמצעי זיהוי, משתמשים באמצעי הזיהוי רק לצורך העבירה שלשמה לקחו אותו – ולא עושים איתו הצלבות**. **פס"ד פרחי** – דובר על נטילת אמצעי זיהוי ממתנדבים. פרחי נתן די.אנ.אי לצורך חקירת רצח והשוטרת זיהתה שמדובר באנס. זו הייתה הפרה של הבטחה שנתנו לו ושל ס' 14א. **בסופו של דבר ה-די.אנ.אי נפסל לא מכוח ס' 14א (כי זה לא סעיף של חוסר קבילות), אלא מכוח הלכת יששכרוב**.

**פסלות שופט**

**פסלות שופט מעוגנת בשני מקורות נורמטיביים: ס' 77א לחוק בית המשפט (שם מופיעות עילות הפסלות) ובס' 146-148 לחסד"פ**.

עילת הפסלות

**ס' 77א קובע ששופט לא יישב בדין אם מצא מיוזמתו או לבקשת בעל דין כי קיימות נסיבות שיש בהן כדי ליצור חשש ממשי למשוא פנים בניהול המשפט**. חשד/חשד סביר למשוא פנים אינם מספיקים. המבחנים לפסלות שופט הם מבחנים קשים וצרים. הכללים לפסלות שופט נגזרים מכללי הצדק הטבעי. הם נועדו להבטיח שההליך השיפוטי ינוהל על ידי אדם שאין לו עניין אישי בהידיינות. **אנחנו רוצים משפט צדק, שדעתו של השופט אינה מוטה מסיבה כזו או אחרת ואין לו דעה קדומה כלפי בעלי הדין**. דעה קודמת זו דעה שיש לכל אחד ואחת מאיתנו והיא אינה עילת פסלות. **דעה קודמת אפשר לשנות** – אם יטענו בפני שופט שיש לו דעה מסוימת, יכול להיות שהיא תשתנה. **לעומת זאת, דעה קדומה היא משהו מושרש שסביר מאוד להניח שאי אפשר לשנות**. **"משוא פנים" נוגע למצב שבו דעתו של השופט "ננעלת" ו"סופית" מלכתחילה בנוגע לתוצאות ההליך כך שאין עוד טעם להמשיך בדיון**.

ב**פס"ד ידיד** ניתחו את העניין של מה זה "חשש ממשי למשוא פנים". הוגש כתב אישום נגד נהג שהתנגש באוטובוס. השופט החליט לזכות אותו וקבע כי התוצאה המזיקה שקרתה לא קרתה באשמת הנהג. אם כך, הוגש כתב אישום נגד נהג האוטובוס. **הסנגור של נהג האוטובוס טען לפסלות שופט כי זה היה אותו שופט. בעליון, נקבע שקיימת אפשרות של נגיעה ממשית של השופט ולכן הכרחי לומר שקיימת אפשרות מאוד מסתברת שנבצר מהשופט לדון במקרה**. הערעור על פסלות השופט התקבל. השופט אגרנט מבחין בין החשד הסביר (נקודת מבט של אדם סביר שמבין שנוצר חשד שהשופט יהיה לא אובייקטיבי) לבין **אפשרות ממשית – מבחן צר יותר ולפיו צריך להיכנס לתוך קו מחשבתו של השופט ולהראות שקיימת אפשרות מאוד מסתברת שנמנעת מהשופט האובייקטיביות לדון במקרה.** השופט אינו רשאי לומר לעצמו מה יגיד הציבור. האפשרות הממשית אינה שואלת מה האדם הסביר היה חושב ואיך זה ייראה. לכן, **המבחן שאומץ הוא מבחן האפשרות הממשית – מבחן אובייקטיבי, לעומת מבחן סובייקטיבי של תחושת בעל הדין**. גם **אין די בפגיעה במראית פני הצדק כדי להצדיק פסלות שופט, שאחרת יינתן משקל יתר לתחושה הסובייקטיבית של בעל הדין וייפתח פתח לפסילה גורפת של שופטים גם באין חשש ממשי למשוא פנים (פס"ד דיאמימון)**. ואולם, **בפס"ד בראון נקבע שגם אם נוצרה אווירה עכורה בדיון, וזה לא מצדיק עילת פסלות**, עדיין יש מקום (זה לא הכרח) לפסול את השופט ולו בגלל מראית פני הצדק.

עילות חובה/עילות שבחוק (משוא פנים אשר נובע מעניין אישי)

1. שופט לא יישב בדין אם **צד להליך, בא כוחו או בעל הדין הוא בן משפחה שלו או שיש ביניהם קרבה ממשית אחרת (ס' 77א(א1)(1) לחוק בתי המשפט)**. הסעיף מגדיר **בן משפחה** כך: בן זוג, הורה, הורה של בן זוג, ילד, אח, סב, נכד וכן ילד או בן זוג של כל אחד מאלה ולרבות מי שהיה אפוטרופוס או מי ששימש משפחה אומנת של השופט או שהשופט היה אפוטרופסו או שימש משפחה אומנת שלו.
2. שופט לא יישב בדין אם **יש לו עניין כספי ממש או עניין אישי ממשי בהליך או בתוצאותיו, בצד להליך, בבא כוחו או בעד מרכזי, או שלבן משפחה מדרגה ראשונה של השופט יש עניין כאמור (ס' 77א(א1)(2))**. **עניין אישי של שופט יוצר חזקה למשוא פנים, אלא אם מתברר שבנסיבות המקרה העניין האישי קטן עד כדי כך שאין עמו אפשרות ממשית של משוא פנים (פס"ד דני בראון)**.

הסעיף מגדיר **בן משפחה מדרגה ראשונה** כך: בן זוג, הורה, ילד, אח וכן ילד או בן זוג של כל אחד מאלה ולרבות מי שהיה אפוטרופוס או מי ששימש משפחה אומנת של השופט או שהשופט היה אפוטרופסו או שימש משפחה אומנת שלו.

הסעיף מגדיר עד מרכזי כך: עד שנדרשת הערכת מהימנותו לצורך הכרעה בהליך.

1. שופט לא יישב בדין אם **בטרם התמנה לשופט היה מעורב בעניין הנדון כבא כוחו, מגשר, עד, יועץ מקצועי, מומחה או בדרך דומה אחרת (ס' 77א(א1)(3))**.

סייגים לכללים שלעיל: **ס' 77א(א2) קובע ששופט רשאי לשבת בדין אם מפאת דחיפות העניין לא ניתן לקיים את ההליך לפני שופט אחר ועלול להיגרם נזק חמור או עיוות דין אם הוא לא ידון בעניין; ס' 77א(א3) קובע כי על אף האמור בסעיף 77(א1)(2), שופט רשאי לשבת בדין אם העברת הדיון לשופט אחר לא תשנה את עילת הפסלות**.

עורך דין לא יקבל על עצמו ייצוג צד אם יש לו יסוד להניח כי קבלת הייצוג תביא לפסלות השופט בשל עילות הקשורות בעורך הדין עצמו. **ס' 77א(ב1) קובע כי אם מצא בית המשפט כי הנזק שייגרם מאי הייצוג על ידי עורך הדין עולה על זה שבהחלפת השופט – יותר הייצוג והשופט לא ישב הדין באותו תיק**.

**לעניין קשר אישי או היכרות קודמים – שופט אינו חייב לפסול את עצמו רק משום שהוא מכיר את עורך הדין או את מי מבעלי הדין. אפילו ייצוג השופט את אחד מבעלי הדין בעבר, לא יביא הדבר לפסלות אוטומטית, למשל אם חלף זמן רב מאז שייצג אותו (הפסיקה פירשה זמן רב כחמש שנים). גם אם עברו חמש שנים, השופט צריך לשאול את עצמו אם הוא אובייקטיבי**.

**לגבי עניין כספי או עניין אישי – אין מדובר בפסול אוטומטי, אלא ראוי להחיל את המבחן הכללי של האפשרות הממשית**. השאלה צריכה להיות אם הנגיעה הכספית או החפצית יצרה אפשרות ממשית למשוא פנים. עם זאת, נדרשת הקפדה וזהירות מיוחדת במקרה של נגיעה כספית או חפצית.

עילות נוספות/עילות רשות (שאינן נובעות מעניין אישי של השופט)

ניהול משפט עשוי להצמיח טענת פסלות נגד שופט, למשל:

1. **כששופט מתבטא כלפי בעל דין באופן המעורר חשש שאינו אובייקטיבי**.
2. **כשהתנהגות השופט במשפט מקימה רושם בעיני בעל דין כי הוא נוטה לצד זה או אחר** (למשל פגישה בלשכתו עם בא כוח התביעה ללא הסנגור) (**פס"ד דיאמימון – השופט נסע ברכב עם התובע**).
3. **כשהחלטות של השופט מקימות אצל בעל הדין חשש שעמדתו מוטה**.

לרוב **אין די בהתבטאות מעליבה** כלפי בעל דין כדי לפסול את השופט. **צריך שההתבטאות תלמד כי השופט גיבש עמדה סופית כלפי הנאשם או אשמתו השוללת אפשרות סבירה של ניהול המשפט באופן אובייקטיבי והכרעה על יסוד הראיות והטענות שהובאו לפני שופט (פס"ד בראון)**.

**סופיות העמדה נגזרת מהאופן שבו הובעה. אין דין התבטאות כללית כדין התבטאות פרטנית; אין דין התבטאות שלא במסגרת הדיון כדין התבטאות בדיון; ואין דין התבטאות מסויגת בהליך ביניים כדין התבטאות נחרצת בסיום ההליך (פס"ד בראון)**.

**בית משפט אינו נוטה לפסול שופט בשל משוא פנים על יסוד החלטות שאותו שופט קיבל בקשר לניהול המשפט**. ההנחה היא כי במקרה הרגיל אין החלטות כאלה מלמדות על אפשרות ממשית של משוא פנים. במצבים כאלה אין לשופט עניין אישי בתוצאות המשפט, אין לו דעה קדומה לכאן או לכאן וההחלטות שקיבל אינן משקפות אלא את רצונו לנהל את המשפט כפי שתפקידו חייב – באופן תקין, יעיל וצודק.

הרגישות והמתח המלווים את המשפט עשויים להוליד אצל בעל דין תחושה שהשופט אינו מבין אותו, אינו אוהד אותו או מתנכל לו, ומכל מקום אינו צודק. אולם בפועל, גם כאשר השופט מגביל חקירה על ידי בא כוח הנאשם, נוזף בו או מצווה לעצור נאשם שמפריע לניהול הדיון, אין הוא מתכוון אלא למלא את תפקידו, לפי הבנתו ומצפונו. גם אם החלטות אלה פוגמות במראית הצדק, מנקודת הראות של בעל הדין, **אין להעדיף את מראית הצדק על עשיית הצדק**.

העלאת הטענה על ידי בעל דין (**חשוב בכל שאלה על פסלות שופט**)

**בעל דין רשאי לבקש משופט – ויהיה זה שופט של ערכאה ראשונה או של ערכאת הערעור - לפסול את עצמו** מלשבת בדין באותו משפט בהתקיים נסיבות שיש בהן כדי ליצור חשש ממשי למשוא פנים בניהול המשפט.

**עקרונית את הטענה לפסלות שופט רשאים להעלות רק בעלי דין – הנאשם או התביעה. ואולם, במקרים נדירים ייתכן שיותר גם לאדם מן הציבור להעלות את הטענה כשהעניין שיש לציבור בהעלאת הטענה גובר על עניינם של הצדדים להימנע מלהעלותה**. ב**פס"ד הורוביץ'** העיתונאי יואב יצחק הגיש בקשה לפסלות של השופט אור. הוא אמר שיש חשש לחוסר אובייקטיביות כי היו קשרי ידידות בין הסנגור לבין השופט. השופט אור ביקש את תגובת המדינה והסנגוריה (כי הטענה לפסלות שופט הועלתה על ידי צד שלישי – לא השופט ולא הצדדים). גם המדינה וגם הסנגוריה אמרו שאין להן בעיה. אז נשאלה השאלה האם לצד ג' יש זכות לטעון טענת פסלות והאם השופט אור צריך לפסול את עצמו? העליון אמר שמבחינה פרוצדוראלית במקרה הזה היה שיהוי – לא היה צריך לחכות כמה ימים לפני פסק הדין כדי לטעון את הטענה הזאת. לגופו של עניין, **נקבע שהזכות לטעון טענת פסלות נגד שופט נתונה רק לבעלי הדין שהם צדדים להליך, אך מכך אין להסיק שלציבור לא יכול להיות עניין לגיטימי בתקינות ההליכים המשפטיים, אך יש להגביל זאת רק למקרים חריגים ונדירים שלבעלי הדין עצמם אין עניין להעלות את הטענה**.

**המועד להעלאת הטענה הוא לאחר תחילת המשפט, קרי אחרי הקראת כתב אישום. ואולם, הפסיקה קבעה שניתן יהיה להעלות את הטענה גם עובר להקראה, ובכלל זאת בעת דיון מעצרים. אם עילת הפסלות לא הייתה ידועה במועד זה, אפשר יהיה לטעון אותה גם מיד לאחר שהיא נודעה לצד הרוצה לטעון אותה. על הטענה להיות מועלית לפני כל טענה אחרת ועל בעל הדין להראות שלא יכול היה לדעת על הטענה קודם לכן, גם בשקידה סבירה**. אי העלאת הטענה במועד עלולה להביא לדחייתה על הסף. ניתן להעלות את הטענה גם לאחר הכרעת הדין בשלב הטיעון לעונש, אם רק בשלב זה היא נודעה ובשקידה סבירה לא היה אפשר לעלות עליה קודם לכן.

ההחלטה בטענת פסלות

**ס' 77א(ב) קובע ששופט שנטענה לגביו טענת פסלות, יחליט בה לאלתר, לפני כל החלטה אחרת באותו דיון**. היות שמדובר בטענה "אישית", הרי שהשופט שיחליט בה הוא אותו שופט שכלפיו היא נטענה.

**אם הוחלט להעביר את הדיון לשופט אחר, רשאי הוא לדון בתיק מהשלב שאליו הגיע השופט הקודם או מכל שלב אחר שייראה לו נכון בנסיבות**.

**ס' 148 לחסד"פ קובע שטענת פסלות לא תשמש נימוק לערעור** וניתן להעלותה רק בהתאם לפרוצדורה שלעיל.

ערעור על החלטת שופט בטענת פסלות

**החלטת שופט בטענה לפסלות שופט נתונה לערעור מצד כל אחד מהצדדים, בתוך חמישה ימים מיום ההודעה על ההחלטה** (בהליך אזרחי זה עשרה ימים). **ס' 77א(ג) קובע כי את הערעור יש להגיש לעליון ובו ידון נשיא בית המשפט העליון, מותב של שופטי בית המשפט העליון או שופט אחר של בית המשפט העליון – בהתאם להחלטת הנשיא**.

**בעל דין המעוניין לערער על החלטת שופט בטענת פסלות, יודיע על כך לבית המשפט וזה יפסיק את הדיון עד להחלטה בערעור (בהליך אזרחי הדיון נמשך), אלא אם החליט אחרת מטעמים מיוחדים שיירשמו, תוך נטילת סיכון שהערעור יתקבל**. היה והוחלט שלא להפסיק את הדיון, רשאי נשיא בית המשפט העליון או השופט הדן בערעור להורות על הפסקת הדיון. היה ולא הוגש ערעור במועד – לא ניתן להשיג על ההחלטה בנוגע לפסלות שופט בשלב הערעור. **מי שדן בערעור חייב לאפשר לבעלי הדין להשמיע את טענותיהם ואף רשאי לבקש מהשופט הנוגע בעניין להעיר הערותיו בכתב**.

**טענות מקדמיות**

**ס' 149 לחסד"פ מונה את עשר הטענות המקדמיות שהנאשם רשאי לטעון לאחר תחילת המשפט**:

1. חוסר סמכות מקומית
2. חוסר סמכות עניינית
3. פגם או פסול בכתב האישום
4. העובדות המתוארות בכתב האישום אינן מהוות עבירה – הטענה היא שהעובדות שמתוארות בכתב האישום נכונות, אבל זה לא מהווה עבירה. לעומת זאת, **טענת "אין להשיב לאשמה" היא לא טענה מקדמית**. "אין להשיב לאשמה" - המשפט מתחיל מפרשת התביעה, שמביאה את כל הראיות להוכחת אשמתו של הנאשם. אם לאחר שהסנגור שמע את פרשת התביעה, הוא חושב שהיא לא עומדת בנטל ההוכחה, עליו לקום ולומר "אין להשיב לאשמה". אם בית המשפט מקבל את טענת "אין להשיב לאשמה", הוא מזכה את הנאשם. אם הוא דוחה אותה, אי אפשר לערער כי אין ערעורים על החלטות ביניים (אלא במסגרת פסק הדין).
5. זיכוי קודם או הרשעה קודמת בשל המעשה נושא כתב האישום
6. משפט פלילי אחר תלוי ועומד נגד הנאשם בשל המעשה נושא כתב האישום
7. חסינות
8. התיישנות
9. חנינה
10. הגנה מן הצדק (הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית).

הטענות המקדמיות אינן מוגבלות לעשר המפורטות בס' 149 לחסד"פ. **תיתכנה טענות נוספות שמקומן להתברר לפני בירור האישום עצמו שכן לפי טיבן קבלתן כרוכה בתיקון כתב האישום, בביטולו או בהעברת הדיון לבית משפט אחר ומשכך מן הראוי שיועלו מוקדם ככל הניתן**. מעצם טיבן כטענות מקדמיות, מתמקדות טענות אלה בהיבטים הקשורים לניהול ההליך ולא באשמה המיוחסת לנאשם. **יש להבחין בין טענות מקדמיות לבין טענות מוקדמות, שאותן יש לטעון מוקדם ככל האפשר (כמו למשל טענת פסלות שופט או טענת אליבי)**.

מועד העלאת הטענות

**ס' 151 קובע כי טענה מקדמית תועלה לאחר תחילת המשפט או בכל שלב במהלך המשפט, לרבות בשלב הערעור**. עם זאת, **את הטענה של חוסר סמכות מקומית ואת הטענה של פגם או פסול בכתב האישום, יש להעלות לאחר תחילת המשפט, אחרת ניתן יהיה להעלות מאוחר יותר אך ורק ברשות בית המשפט**. שתי טענות אלה הן פורמליסטיות באופיין, שקבלתן מותנית בדרך כלל בגרם עיוות דין. משכך, אם לא נטענו לפני הפתיחה בדיון, ראוי שהצגתן בשלב מאוחר יותר תהיה נתונה לפיקוח בית המשפט.

דוגמא לסמכות עניינית: כתב אישום על עבירות שהעונש עליהן הוא עד שבע שנות מאסר צריך להיות מוגש לבית משפט שלום. עבירות עם עונשים חמורים יותר, יש להגיש את כתב האישום למחוזי. אם הוגש כתב האישום בטעות לשלום במקום למחוזי, והשלום דן, זה חוסר סמכות עניינית.

הדיון בטענה מקדמית (ס' 150 לחסד"פ)

**נטענה טענה מקדמית, חייב בית המשפט לאפשר לתובע להגיב לה עם העלאת הטענה, אולם בית המשפט רשאי לדחות את הטענה אף ללא תשובה. הזכות להשיב לטענה כוללת גם את הזכות להביא ראיות**.

**בית משפט רשאי להעלות טענה מקדמית אף מיוזמתו (בעיקר במצבים של סמכות עניינית). במצב כזה נדרש להעניק לצדדים הזדמנות להתייחס לטענה המקדמית**.

**נטל ההוכחה לגבי טענות מקדמיות מוטל על התביעה להוכיח שהן לא מתקיימות**. מדובר בנטל "רדום" כל עוד לא מתעוררת שאלה, אך משזו התעוררה – התביעה נושאת בנטל.

**בית המשפט יחליט לאלתר בטענה המקדמית, אלא אם הוא סבור שיש להשהות את ההחלטה לשלב אחר במשפט** (לרוב כדי לא לעכבו). **לגבי טענת התיישנות או חוסר סמכות עניינית, אין כמובן מה להשהות את ההחלטה לאחר כך. לגבי טענת הגנה מן הצדק, לרוב בית המשפט יחליט בה לקראת סוף ההליך**. זאת, כי ההתחשבות בטענה זו יכולה לבוא לידי ביטוי בעת גזירת העונש.

**שלוש תוצאות אפשרויות במצב שבית משפט מקבל טענה מקדמית: יתוקן כתב האישום, העברה לבית משפט אחר** (במקרה של חוסר סמכות עניינית או מקומית) או **ביטול כתב האישום** (ואז התביעה יכולה להגיש את כתב האישום מחדש). עם זאת, **לעולם לא ייתכן זיכוי כתוצאה מקבלת טענה מקדמית**.

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

ערעור על החלטה בנוגע לטענה מקדמית

**מקום שתוצאת ההחלטה בטענה מקדמית היא המשך הדיון – דין ההחלטה ככל החלטת ביניים בהליך פלילי, וזו נעדרת ערעור אלא במסגרת הערעור על כל פסק הדין. מקום שתוצאת ההחלטה בטענה המקדמית היא קבלת הטענה לגבי חלק מכתב האישום, לא ניתן לערער על ההחלטה אלא בסיום המשפט כולו. מקום שתוצאת ההחלטה בטענה המקדמית היא ביטול האישום, דינה כדין פסק דין וניתן לערער עליה כשם שמערערים על כל פסק דין אחר**.

**הטענות המקדמיות (רק אלה שמחייבות למבחן)**

1. חוסר סמכות מקומית – סמכות מקומית דנה בשאלה **באיזה מחוז שיפוט יידון כתב האישום**. בארץ יש שישה מחוזות שיפוט, שישה בתי משפט מחוזיים. בכל מחוז יש כמה בתי משפט שלום. **אם כתב האישום הוגש לאחד מבתי משפט השלום שבאותו מחוז שבו התרחש האירוע נשוא כתב האישום, אז יש לו סמכות מקומית** (זה לא חייב להיות מוגש בעיר שבה התרחש האירוע). אפשר לבקש להעביר את הדיון לבית המשפט בעיר שבה התרחש האירוע מטעמי נוחות, וסביר להניח שיעבירו אותו, אבל זה לא מטעם של חוסר סמכות מקומית. **אם כתב האישום הוגש לבית משפט שלום שאינו בתחום המחוז, אז יש חוסר סמכות מקומית**. ששת המחוזות: ירושלים, תל אביב, מרכז, חיפה, צפון ודרום.

בית המשפט המוסמך הוא זה שבאזור השיפוט שלו מתקיים אחד משניים, לפי סדר חשיבות:

1. נעברה העבירה.
2. נמצא מקום מגורי הנאשם.

**אם הושלמה העבירה במקום אחר מזה שבו הוחל בביצועה, יהיה מקומה, הן במקום שבו הוחל בביצוע, הן בזה שבו הביצוע הסתיים. מקום מגורי הנאשם הוא מקום מגוריו הקבוע ולא הזמני. אם מקום העבירה או מגורי הנאשם אינו ידועים, או שהעבירה נעברה בחו"ל, יידון הנאשם בבית משפט שבאזור שיפוטו נתפס. באין סמכות מקומיות לבית משפט כלשהו – יידון כתב האישום בפני בית משפט בירושלים. בעת צירוף מספר אישומים או נאשמים, הסמכות נתונה לכל בית משפט שלו סמכות לדון באחת העבירות או באחד הנאשמים (ס' 7 לחסד"פ)**.

**בית משפט שמצא – אם מיוזמתו או בעקבות טענה של בעל דין – כי העניין שבפניו אינו מצוי בסמכותו המקומית, רשאי: לבטל את כתב האישום (ואז אין מניעה להגיש כתב אישום חדש) או להעביר את הדיון לבית המשפט המוסמך לפי החוק**. בפרקטיקה, היות שהיעדר סמכות מקומית אינו נחשב לפגם הכרוך בעיוות דין, **הנטייה היא להורות על העברת הדיון** ולא על ביטול כתב האישום. **בית המשפט שאליו הועבר הדיון רשאי לדון בו כאילו הובא כתב האישום בפניו מלכתחילה ולהמשיך בדיון מהשלב שאליו הגיע בית המשפט שקדם לו או לשמוע מחדש את הראיות מראשיתן**. בית המשפט שאליו הועבר עניין בשל חוסר סמכות מקומית **אינו מוסמך להעבירו בשנית, גם אם שגה בית המשפט שהעביר את הדיון אליו**.

1. חוסר סמכות עניינית – הסמכות העניינית של בית המשפט קובעת **באילו עבירות הוא מוסמך לדון**. למשל, **לבית משפט שלום סמכות עניינית לדון בעבירות שהעונש עליהן הוא עד שבע שנות מאסר**. עבירה שהעונש עליה מעל שבע שנות מאסר אינה בסמכותו העניינית. **היבט אחר של סמכות עניינית נוגע למספר השופטים היושב במותב מסוים**. דוגמא אחרת: אם הוגש כתב אישום בגין הריגה לבית משפט מחוזי והנאשם מגיע ורואה שהדיון הוא בשלושה שופטים, זה חוסר סמכות עניינית כי לפי החוק (התוספת השנייה לחוק בתי המשפט) **בעבירת הריגה ידון שופט יחיד במחוזי. גם בעבירות של שוחד וגניבה בידי עובד ציבור זה דן יחיד במחוזי** (אוהבים לשאול על זה בבחינות הלשכה).

משמעות הטענה לחוסר סמכות עניינית היא שהעבירות שבכתב האישום או חלקן אינן מצויות בסמכותו העניינית של בית המשפט. להבדיל מטענה של חוסר סמכות מקומית, טענה לחוסר סמכות עניינית היא **טענה מהותית שיורדת לשורש העניין**, שכן הדיון בה חורץ את כוחו השיפוטי של בית המשפט לדון בכתב האישום ולהכריע בו.

**בית המשפט מוסמך לבחון את סמכותו לדון בעניין שבפניו אף בלי שהועלתה טענה מצד בעלי הדין**, במטרה לאפשר לו לעמוד על המשמר ולברר אם העניין המוגש לפניו מצוי בסמכותו.

נוכח אופייה המהותי של הטענה, **ניתן להעלות אותה בכל שלב משלבי הדיון לרבות בשלב הערעור**.

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

אם מקבלים את הטענה לחוסר סמכות, **התוצאה היא ביטול כתב האישום** (בכפוף לדוקטרינה של בטלות יחסית) ואז יהיה ניתן להגישו מחדש; **תיקון כתב האישום** אם טרם הוחל בשמיעת הראיות והתיקון לא יסב עיוות דין לנאשם; **העברת הדיון לבית המשפט המוסמך לדון בו** על פי ס' 79 לחוק בתי המשפט.

**ההחלטה באיזו אופציה מבין השלוש לבחור תלויה לרוב בשלב הדיון שבו הועלתה הטענה**. אם הטענה הועלתה בתחילת המשפט, הנטייה היא לתקן את כתב האישום כדי להביא את האישום בגדר סמכותו העניינית או לבטלו כדי שיוגש מחדש לבית המשפט המוסמך. אם הועלתה מאוחר יותר ובטרם הוכרע הדין, הנטייה תהיה להעביר את הדיון. אם לאחר הכרעת הדין, הנטייה היא לבטל את האישום. **בית המשפט שאליו הועבר עניין בשל חוסר סמכות עניינית לא יעבירנו עוד**.

**סמכותו העניינית של בית משפט שלום מצויה בס' 51 לחוק בתי המשפט**. כשבית משפט שלום מרשיע בכמה עבירות שכל אחת מהן מצויה תחת סמכותו, הוא רשאי להטיל את העונש המרבי בגין כל אחת מהעבירות, אף אם צירוף תקופות המאסר עולה על שבע שנים, וכן עונש מאסר כולל של מעל שבע שנות מאסר, מבלי לפרט את העונש המדויק שנפסק בגין כל עבירה.

חשוב להדגיש שסמכותו העניינית של השלום היא סמכות ייחודית ביחס לסמכות העניינית של המחוזי, משמע **מקום שיוגש למחוזי כתב אישום שבסמכות השלום – תהיה בכך חריגה מסמכות**.

**בית משפט שלום דן בשופט אחד אלא אם השופט היושב בדין או נשיא בית משפט השלום החליטו כי הדיון יתקיים בפני הרכב של שלושה שופטים (ס' 47 לחוק בתי המשפט)**.

**ס' 40(1) לחוק בתי המשפט קובע שכל מה שאינו בסמכות השלום הוא בסמכות המחוזי (סמכות שיורית). לצד זאת, המחוזי מוסמך לדון בעבירות שבתחום סמכותו של השלום כשהן מצורפות בכתב אישום אחד לעבירות שרק המחוזי מוסמך לדון בהן**. במקביל לכך, משמש המחוזי ערכאת ערעור על פסקי דין והחלטות אחרות של בתי משפט השלום שבתחום סמכותו המקומית. **בתחום סמכותו כלולות גם כמה עבירות הקבועות בדברי חקיקה ספציפיים, למשל: כתב אישום נגד שופט או נגד ראש ממשלה (שיתברר בבית המשפט המחוזי בירושלים). כאשר מדובר בשר או בח"כ זה לפי הסמכות המקומית**.

**המחוזי דן בהרכב של שלושה שופטים** בעבירות שדינן מוות או מאסר עשר שנים ויותר, למעט עבירות שבהן ידון שופט אחד על אף שעונשן עולה על עשר שנות מאסר; ערעורים על פסק דין של השלום; דיון במשפט חוזר; שפיטה פלילית של שופט ושל ראש ממשלה; כל עניין שהנשיא או סגן הנשיא הורה כך.

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

1. פגם או פסול בכתב האישום – זו טענה שיש להעלות **מיד לאחרי תחילת המשפט, שכן אחרת יידרש אישור מבית המשפט לטעון אותה בשלב מאוחר יותר**. יש להבדל בין פגם לבין פסול. **פגם הוא השמטה של פרט חשוב, ענייני, בכתב האישום**. דוגמאות: השמטה של יסוד מיסודות העבירה, השמטה של פרט חיוני אחר הנוגע להצגה הולמת של התנהגות הנאשם ונסיבות העבירה או השמטה של הוראת חיקוק.

לעומת זאת, **פסול הוא אי עמידה בדרישות החוק בנוגע לכשרות או תוקף כתב האישום**. דוגמא: בסוף כתב האישום יש חתימה של התובע שהגיש אותו. אם בטעות כתב האישום הוגש עם חתימה של מתמחה, זה פסול. דוגמא אחרת: עברו הפלילי של הנאשם אמור להיחשף רק בשלב הטיעונים לעונש (בשונה מהארכות מעצר, שבהן העבר הפלילי יכול להעיד על המסוכנות של החשוד/הנאשם). אם העבר הפלילי נחשף בכתב האישום, זה פסול.

**לצורך ההבחנה, פגם הוא לרוב דבר שחסר בכתב האישום (כמו אישור יועמ"ש) ואילו פסול הוא לרוב תוספת לכתב האישום**.

**התוצאה של פגם/פסול בכתב אישום היא בהתאם לכלל "הבטלות היחסית". פגם טכני, פורמאלי, שלא קיפח את הגנת הנאשם, לרוב לא יביא לביטול אלא לתיקון כתב אישום**.

**בע"פ 10189/02 פלוני נ' מדינת ישראל קבע השופט גרוניס כי פגם שהתבטא בהגשת כתב אישום ללא אישור היועמ"ש אם נדרש אישור כזה עשוי להצדיק ביטול כתב אישום אפילו אם הוא התקבל בדיעבד.** דוגמא: לגבי עבירות שביצע קטין, ההתיישנות היא שנה. אם רוצים להגיש כתב אישום אחרי שנה, צריך את אישור היועמ"ש.

1. כבר זוכיתי-כבר הורשעתי – ס' 150 לחסד"פ אומר שגם את הטענה הזו **אפשר להעלות בכל שלב במשפט ללא צורך באישור בית משפט**, ולא רק לאחר תחילת המשפט. **את הטענה הזו יש לקרוא יחד עם ס' 5 לחסד"פ, שאומר: "אין דנים אדם על מעשה שזוכה או הורשע קודם לכן בשל עבירה שבו; אולם אם גרם המעשה למותו של אדם, דנים אותו על כך אף אם הורשע קודם לכן בשל עבירה אחרת שבאותו מעשה; 'הרשעה', לעניין סעיף זה – לרבות העמדה למבחן ללא הרשעה תחילה"**. ישנם מצבים שבהם מגישים כתבי אישום נגד צעירים (לא קטינים) או לחלופין נגד אנשים שרישום פלילי נגדם יהיה גרוע לפרנסתם. במקרה כאלה, בית המשפט יכול לקבוע שהמעשה אכן יתבצע אבל לגזור עבודות שירות בלי להרשיע. אי הרשעה כאמור לצורך כבר זוכיתי-כבר הורשעתי נחשב הרשעה.

כאמור בס' 5 לחסד"פ, **כאשר מדובר בעבירות המתה – אי אפשר יהיה לטעון כבר הורשעתי**. כך למשל, אם א' הורשע אחרי שגרם חבלה מחמירה לב' וריצה את עונשו, ואחר כך ב' נפטר, אפשר יהיה להעמיד את א' לדין שוב. **טענת כבר זוכיתי אפשר לטעון גם במקרה של מוות מאוחר**. **מה קורה במצב שהרגתי כבר באקט הראשון, הורשעתי בהריגה, אך אחר כך התקבלו ראיות נוספות לרצח? בע"פ 72/60 ג'ועיה ובע"פ 244/73 רבר, חלק מהשופטים אומרים שניתן יהיה לקרוא אותי לדין ולהרשיע אותי בפעם השנייה על רצח – אפילו שהמוות קרה כבר בהליך הראשון.**

מה שנדרש כדי לטעון טענת כבר זוכיתי/כבר הורשעתי הוא פסק דין של זיכוי/הרשעה. לכן, **אם בוטל כתב אישום, אי אפשר לטעון כבר זוכיתי-כבר הורשעתי**.

**אם אדם הורשע בעבירה שבוטלה, גם אם ניתן במסגרת ההליך פסק דין (זיכוי או הרשעה), הוא לא ייחשב פסק דין לצורך הטענה הזו**. דוגמא: היום מבטלים את עבירת האיומים בחוק העונשין. מחר מגישים כתב אישום נגד אדם בגין איומים. הוא קיבל פסק דין של זיכוי/הרשעה. עוד שנה מחזירים את העבירה. אותו אדם לא יוכל לטעון שהוא כבר הורשע/כבר זוכה.

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

האם ניתן לכתוב בכתב אישום אחד כמה הוראות חיקוק לגבי אותו מעשה? כן, ס' 5 מדבר על כתבי אישום שונים, אבל **באותו כתב אישום אפשר לטעון לכמה עבירות בגין אותו מעשה. העונש יהיה עונש אחד - ס' 186 לחסד"פ קובע**: "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".

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

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

**פס"ד יוסף ביטון נ' מדינת ישראל נותן שני מבחנים בשאלה מה ייחשב ל"אותו מעשה". מבחן אחד הוא מבחן פיזי-צורני שבוחן אם הפעולות נפרדות ועוקבות כך שניתן לפצלן אף שבוצעו ברצף. המבחן השני הוא מבחן מהותי-מוסרי שמתמקד באינטרס של קרבן העבירה ואשר לפיו ריבוי נפגעים הוא אינדיקציה לריבוי עבירות, הנובעות ממעשים נפרדים. את המבחן הצורני מחילים בעבירות רכוש. את המבחן המהותי מחילים בעבירות גוף** (אדם נכנס לכיתה ורוצח חמישה תלמידים, יואשם בחמש עבירות רצח, גם אם רצח אותם בלחיצה אחת על ההדק של רובה עוזי שיורה צרור יריות). **החריג לכלל הזה הוא המתה בהשפעת קנטור משותף (פס"ד אזואלוס) – ואז המעשה ייחשב למעשה אחד**.

**"סיכון כפול" – אם הוגש כתב אישום, ההליכים הפליליים החלו והנאשם עמד בסיכון של הרשעה, אך מסיבה שאינה תלויה בו, ההליכים נפסקו בטרם הוכרעו בפסק דין, הוא לא יכול לטעון כבר זוכיתי/כבר הורשעתי, אך הוא עשוי לטעון לסיכון כפול. עיקרון זה אוסר על המדינה לבצע ניסיונות חוזרים ונשנים להרשיע אדם בעבירה המיוחסת לו על רקע תשתית עובדתית מסוימת**. הרעיון הוא למנוע העמדה לדין פלילי פעמיים באותה עבירה – לא להעמיד את האדם בסיכון להרשעה פעמיים. הרעיון שעומד מאחורי זה הוא מניעה של חשיפת הנאשם להוצאות כלכליות נוספות, למבוכה, לתחושה מתמשכת של חרדה, חוסר ביטחון – או בקיצור עוגמת נפש. **בשיטות משפט אחרות זה עובד, אבל בישראל זה עדיין לא התקבל בפסיקה** – כל פעם לגופו של עניין. **מקום שבו הופסק הדיון, אך נותר פתח להמשכו בשלב מאוחר יותר, חידוש הדיון אינו מקים בסיס לטענה של סיכון כפול. כך למשל, הפסקת הדיון מחמת חוסר סמכות אינה מקימה טענת סיכון כפול עם חידוש הדיון בביהמ"ש המוסמך. גם עיכוב הליכים אינו מקים בסיס לטענה זו, בשל הפתח שנותר להמשך הדיון מאוחר יותר. בפס"ד יפת נקבע כי בחינת שאלה על ידי ועדת חקירה ממלכתית ואף הטלת סנקציה מכוחה אינן מקימות טענה לסיכון כפול במקרה של הבאת השאלה להליך הפלילי**. סיכון כפול הוא אינו סייג לפליליות המעשה, כמו שטענות מקדמיות אינן סייג כזה – הוא רק מציב מחסום למימוש האחריות הפלילית. המעשה שנעשה היה עבירה לפני ההליך הראשון והוא נשאר כזה גם לאחריו.

1. התיישנות – טענה זו **אפשר לטעון בכל שלב, גם לאחר תחילת המשפט, ואף בערעור**. התיישנות יכולה להיות **גם לגבי העבירה וגם לגבי העונש** (מרגע שקיבלתי את גזר הדין, נספרת התיישנות לעניין העונש). בחלוף תקופת התיישנות, לא ניתן עוד להעמיד את הנאשם לדין בעבירה או לחלופין לא ניתן לבקש ממנו לרצות את עונשו. **תקופת ההתיישנות לעניין העונש: פשע – 20 שנה, עוון – 10 שנים, חטא – שלוש שנים. תקופת ההתיישנות לעניין העבירה: פשע שהעונש בצדו הוא מאסר עולם או מיתה – 20 שנה, פשע שהעונש בצדו הוא לא מאסר או מיתה – 10 שנים, עוון – חמש שנים, חטא – שנה**.

הרציונאלים להתיישנות:

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

ב**בג"ץ 162/80 פלוני נ' בית הדין הצבאי המיוחד ואח'**, וב**בג"ץ 1618/97 סצ'י**, נשאלה השאלה אם טענת ההתיישנות היא טענה דיונית או טענה מהותית. **הדעה הרווחת בפסיקה היא שההתיישנות בפלילים היא טענה דיונית ולכן הנאשם יכול לוותר על הטענה הזו**.

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

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

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

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

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

אירוע מנתק הוא אחד מאלה:

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

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

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

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

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

**ח"כ שאקי** נחשד בביצוע מעשים פליליים שהיו בגדר עוון (התיישנות של חמש שנים). המעשים הושלמו בתחילת 1990. ב-1991 העבירה המשטרה את התיק לפרקליטות. לאחר שלוש שנים החליט היועמ"ש שלא להעמידו לדין כי אין עניין לציבור. נגד ההחלטה הוגשה עתירה, ובפסק הדין שניתן בה ע"י בג"ץ בחלוף למעלה מחמש שנים מהעברת התיק לפרקליטות, נקבע כי החלטת היועמ"ש בטלה, וכי התיק יוחזר אליו כדי שיעיין בחומר הראיות מחדש. לאחר קביעת בג"ץ החליט היועמ"ש שההתיישנות חלפה עוד לפני פסה"ד. בעתירה נטען שכל מעשה של הפרקליטות, לרבות היועמ"ש, עד להגשת כתב אישום הוא חלק מהחקירה, ועוצר את מרוץ ההתיישנות וכי האבחנה בין רשויות החקירה לתביעה היא מלאכותית. מאחר שהליך החקירה בעניינו של שאקי התבצע בשנת 94' כשהוחלט על אי העמדתו לדין, טרם חלפה תקופת ההתיישנות. מנגד טען היועמ"ש כי מרוץ ההתיישנות מתחיל כשסיים הגוף החוקר את החקירה והתיק הועבר לפרקליטות, דהיינו ב-91'. בחינת החומר ע"י התובע אינה חקירה המנתקת את מרוץ ההתיישנות. המחלוקת בין הצדדים התמקדה בשאלה אם הליך הנערך בפרקליטות המדינה, בהקשר לתיק החקירה, נכנס לגדר "חקירה על פי חיקוק" ולכן קוטע את מרוץ ההתיישנות, או שמא מיום שנסתיימה החקירה ע"י הרשות החוקרת אין נקטע מרוץ ההתיישנות אלא כאשר מוגש כתב האישום. במילים אחרות – האם המונח "חקירה" מבטא רק פעולה של חיפוש ואיסוף ראיות או מכוון גם לשקילת הראיות ועיבודן. **בית המשפט פסק כי נוכח תכליות ההתיישנות יש לקבוע כי פעולות התביעה בתיק לאחר שהושלמה החקירה, אינן קוטעות את מרוץ ההתיישנות. מרוץ ההתיישנות ייקטע בהתקיים הצדקה עניינית לכך. הצדקה כזו קיימת כשלצורך בירור האמת במשפט נדרשת חקירה; כשהעבריין ביוזמתו חותר תחת בירור האמת; או כשיש מניעה חוקית להעמדה לדין. ההצדקה אינה קיימת כשלפני התביעה מונח כל חומר החקירה, וכל שנותר לה הוא להפעיל בזריזות את שיקול דעתה, אם יש בחומר כדי להגיש כתב אישום**. פרשנות זו מתיישבת עם זכות החשוד להליך מהיר, ואין היא כופה על התביעה גזירה שאינה יכולה לעמוד בה. פרשנות אחרת משמעה עינוי הדין, והארכת תקופת המתח והסבל של החשוד ומשפחתו.

**טענת הגנה מן הצדק (ה-טענה המקדמית)**

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

**בשנת 2007 נוספה ההגנה לחוק סדר הדין הפלילי כטענה מקדמית עשירית (ס' 149(10)) אשר חלה "כשהגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית"**. זה קצת יותר מתון ממה שנפסק ביפת.

**הטענה הזו נבחנת במנותק משאלת האשמה**. דוגמא: המשטרה שתלה בביתו של חשוד בסמים, כמות גדולה של סמים. גם אם הוא יודה שחלק קטן מהסמים שלו, אבל יתברר שהמשטרה אחראית לחלק גדול מהכמות, עומדת לו הגנה מן הצדק.

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

משמעות הטענה

**משמעות הדוקטרינה של הגנה מן הצדק היא יצירת השתק פלילי, בין אם בדרך של עיכוב הליך שיפוטי או של ביטול כתב האישום. ברוב המקרים תוחל ההגנה בדרך של הפחתה בענישה**.

מכוחה של הדוקטרינה מוצדק להימנע מקיומו של משפט כדי לתת מענה לשני סוגי חששות: כי הנאשם לא יזכה למשפט הוגן; או המשפט יהיה הוגן אבל בקיומו יהיה משום פגיעה בחוש הצדק ובעקרונות הצדק.

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

**ההחלטה אם להחיל את הדוקטרינה היא תוצאה של איזון בין האינטרס הציבורי להעמיד לדין עבריינים ולהגיע לחקר האמת, לבין הצורך להקפיד על זכויות הנאשם ולהציב גבולות לאמצעי האכיפה**.

בשל הפגיעה האפשרית באינטרסים שונים של הציבור עם קבלת הטענה, מוגבל השימוש בה ל**מקרים חריגים ויוצאי דופן**.

מבחני ההגנה מן הצדק

**בראשית, המבחן הקובע היה מבחן ההתנהגות הבלתי נסבלת של הרשות**, קרי התנהגות שערורייתית שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם. מדובר במקרים שבהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסאלית נפגעת, דבר שבית המשפט עומד פעור פה מולו ואין הדעת יכולה לסבלו.

**בהמשך הורחבה ההגנה למצבים שבהם אין התנהגות שערורייתית של הרשות, אך כשקיום ההליך יפגע בתחושת הצדק**. למשל מקרה שבו הרשות רק התרשלה, או אף מקרה שבו לא היה אשם לה כלל, אך לא ניתן להבטיח משפט הוגן או שקיום ההליך יפגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות.

**בעניין בורוביץ' קבע ביהמ"ש מבחן תלת שלבי להחלת הגנה מן הצדק. בפסק הדין דובר על הגנה מן הצדק בעניין של "אכיפה בררנית", אבל המבחן הזה תקף גם לשאר "ראשי הנזק" של הגנה מן הצדק**.

המבחן שנקבע בהורוביץ':

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

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

מועד העלאת טענת ההגנה מן הצדק

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

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

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

1. אכיפה בררנית - אכיפת הדין נגד אדם אחד והימנעות מאכיפתו נגד אחרים – **כאשר מדובר במקרים דומים שאין ביניהם שוני רלוונטי**. אכיפה בררנית יכולה לקבל אחד משני ביטויים: הראשון, החלטה להעמיד לדין רק חלק מהמעורבים בפרשה; השני, החלטה להעמיד לדין בשעה שבפרשות אחרות שעניינן דומה לא הוגשו כתבי אישום.

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

כאמור, בקבלת טענה מקדמית לא יהיה אף פעם זיכוי. החריג לכך הוא הגנה מן הצדק: **אם מתקבלת הטענה הזו, אפשר לקבל זיכוי ולא רק ביטול של פסק הדין**. על הסעד הניתן לנאשם בגין אכיפה בררנית לתאום את חומרת הפגם שנפל בהתנהלות הרשות המנהלית ואת המידה שבה הסלקטיביות שבאכיפה פגעה בנאשם הקונקרטי.

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

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

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

**בעניין פרץ, אמר השופט פוגלמן כי די בהצבעה על מקרים ספורים בשלב של העברת נטל לצורך העברת הנטל לשכמה של הרשות משום שהיא זו שנהנית מנגישות למידע הרלוונטי והרשות תוכל לסתור את הטענה. גרוניס וג'ובראן החמירו יותר בדרישה להעברת הנטל ואמרו שלמעט במקרים בהם אין לנאשם כל גישה לחומר הדרוש לו, הצבעה על מקרים בודדים אינה מספיקה כדי להעביר את הנטל לרשות להראות שלא התקיימה אכיפה בררנית**.

**בשלב השני יש להראות כי בבסיס ההבחנה ניצב שיקול פסול– ויהיה זה שיקול שרירותי, שיקול שלא ממין העניין או שיקול שאינו ראוי**. מטבע הדברים שלובים השלבים זה בזה, ולגבי שניהם נהנית הפרקליטות, ככל רשות מנהלית, מהחזקה כי פעולותיה נעשות כדין.

**לאחרונה ציין ביהמ"ש כי אפשר שהטענה תתקבל גם באין שיקול זר, הפליה מכוונת וזדונית או חוסר תום לב מצד הרשות, ורק מחמת חוסר שוויון בלתי סביר בין נאשמים. לכאורה, זה מייתר את השלב השני**.

1. שיהוי בהגשת כתב אישום - במקרים מסוימים ניתן להעלות טענה להגנה מן הצדק בשל הזמן הרב שחלף מביצוע העבירות. כך, בייחוד כשההשתהות אינה מוצדקת. **בפס"ד רוזי בן חיים נקבע כי שיהוי ניכר בהגשת כתב האישום יכול להביא לביטולו. עם זאת, טענה זו תתקבל במקרים יוצאי דופן, ולרוב שיהוי בהגשת כתב האישום כשלעצמו, לא יבסס הגנה מן הצדק. כך, בפרט כשכתב האישום הוגש באיחור בשל רשלנות של המאשימה, אך בתום לב ולא בזדון**.

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

אכן, המציאות, המוכתבת מבעיות של כוח אדם, ריבוי התיקים וכיו"ב, מביאה לכך שהרצוי, בדרך כלל, אינו המצוי, וטחנות הצדק טוחנות לאט.

**לרוב יישקל חלוף הזמן במסגרת הטיעונים לעונש, והוא אף מוזכר כאחד השיקולים להקלה בעונש במסגרת הרפורמה בענישה (במסגרת תיקון 113)**.

1. התנהלות גופי חקירה- היבטים מסוימים של התנהגות גופי החקירה עשויים אף הם להוביל לביטול כתב אישום בשל הגנה מן הצדק. כך למשל **באחד המקרים התקבלה טענה להגנה מן הצדק שהתבססה על הטענה כי לא בוצעה תרשומת של חקירתו בניגוד לדין; לא נבדקה טענת האליבי שהעלה במהלך חקירתו; עדי ראיה לא נחקרו; עורך דינו של הנאשם לא נכח במסדר הזיהוי**. בית המשפט קבע כי אלה מחדלי חקירה חמורים הפוגעים ביכולתו של הנאשם להוכיח כראוי את הגנתו. **בפרשה אחרת התקבלה טענה להגנה מן הצדק מחמת אובדן ראיה שהייתה חיונית להגנת הנאשם**. באותו מקרה הועמדו נאשמים לדין בעבירה של התקהלות אסורה על הר הבית, כשהראיה המרכזית הייתה צילום מטעם הנאשמים. הקלטת נתפסה אך אבדה למשטרה, וביהמ"ש קבע כי בכך נמנע מהנאשמים לנהל את הגנתם כראוי.

טענות הגנה מן הצדק בפרשת הנשיא קצב

בפרשת קצב העלו סנגוריו טענות שונות להגנה מן הצדק. **אחת הטענות נגעה למה שכונה "דיבור בשני קולות" והתייחסה לדבריו של היועמ"ש לממשלה מזוז בבג"ץ בדבר קשיים ראייתיים שבעטים נחתם הסדר טיעון**. עם ביטול ההסדר, הוגש כתב האישום בכל זאת. **ביהמ"ש דחה את הטענה בנימוק כי קצב הוא שביטל את ההסדר; כי בין החתימה על ההסדר להגשת כתב האישום נמצאו ראיות נוספות; וכי דברי מזוז רלוונטיים לשלב שלפני המשפט, אך לאחר שהראיות עוברות את כור ההיתוך המשפטי וביהמ"ש מוצא כי די בהן כדי להביא להרשעה, אין עוד משמעות לעמדה הראשונית של היועמ"ש לממשלה**.

**טענה אחרת נגעה לפרסומים בתקשורת**. ביהמ"ש מתח ביקורת על סיקור לא הוגן של הפרשה וכן על ריאיון שערך מזוז בתקשורת ובו הביע עמדתו. עם זאת, נקבע כי **בנסיבות בהן התיק נשמע כולו בדלתיים סגורות ורחוק מעיני התקשורת, שעה שהראיות עצמן הובאו בפני בית המשפט ולפניו בלבד, אין מקום לומר, כי המערער לא זכה למשפט הוגן**. עוד נקבע כי גם אם הובאו פרסומים במהלך המשפט עצמו, השופטים מקצועיים ומנוסים הם ויכולים להתעלם מהפרסומים השונים ולהתרכז בראיות ובעדים המובאים בפניהם והכרעתם תעשה לפיהם בלבד. "למרות שטף הפרסומים הקשים שפורסמו על המערער, אין בפגם זה כדי לפגוע מהותית בעקרונות הצדק וההגינות ואין הפגם מצדיק את ביטול כתב האישום. גם אם בצורה מסוימת 'נשפט' המערער כבר בפרסומי התקשורת השונים, אין בכך כדי לבסס את טענת ההגנה, שלפיה יש בפרסומים אלה כדי לפגוע בזכותו של המערער למשפט הוגן. כמו-כן, בית המשפט המחוזי נתן את דעתו לפרסומים אלה במסגרת שיקוליו בעת שגזר את דינו של המערער".