סדר דין פלילי- ד"ר מיכל טמיר

[כלל מהותי וכלל דיוני 9](#_Toc410975453)

[מדוע יש חשיבות לכללים הדיוניים אם בכ"מ בימ"ש יכול לסטות מהם לשם מניעת עיוות דין? 9](#_Toc410975454)

[עלות התדיינות 9](#_Toc410975455)

[שרירות 9](#_Toc410975456)

[רשלנות 9](#_Toc410975457)

[מתי תהיה סטייה? 9](#_Toc410975458)

[ס' 3 – בכל עניין שאין בו חיקוק בימ"ש ינהג בדרך שתשיג צדק 9](#_Toc410975459)

[הסדפ ברובו חקוק (עקרון החוקיות, דיני נפשות) 9](#_Toc410975460)

["מבט על" על כל ההליך הפלילי- שלבי המשפט 10](#_Toc410975461)

[חקירה (פתיחת חקירה ס' 59 חסד"פ) 10](#_Toc410975462)

[נודע למשטרה 10](#_Toc410975463)

[עניין לציבור 11](#_Toc410975464)

[תפקיד הרשות החוקרת 11](#_Toc410975465)

[מעצר – אמצעי מניעתי ולא עונש (בשלב החקירה מעצר ראשוני ומעצר ימים) 11](#_Toc410975466)

[תביעה 11](#_Toc410975467)

[משפט 12](#_Toc410975468)

[הקראה 12](#_Toc410975469)

[טענות מקדמיות (לא טענות הנוגעות לאשמה, אלא לעצם ההליך) 12](#_Toc410975470)

[השבה לכתב האישום – מודה, כופר או טענת אליבי 12](#_Toc410975471)

[שלב ההוכחות (פרשת התביעה) 12](#_Toc410975472)

[פרשת ההגנה 12](#_Toc410975473)

[שלב הסיכומים 13](#_Toc410975474)

[שלב הטיעונים לעונש 13](#_Toc410975475)

[פוסט משפט 13](#_Toc410975476)

[פסלות שופט 13](#_Toc410975477)

[עיון בחומר החקירה 13](#_Toc410975478)

[ההבדל בין אמת עובדתית לאמת משפטית 14](#_Toc410975479)

[מתח בין מיגור הפשיעה וגילוי האמת לבין הגנה על זכויות חשודים ונאשמים 14](#_Toc410975480)

[המשפט הישראלי נע מהגמשת הכללים בשביל גילוי האמת לעבר כלל הפסילה הפסיקתי (יששכרוב) 14](#_Toc410975481)

[לא סוטים מכללים שיש חשש לפגיעה בנאשם (דמיאניוק) 15](#_Toc410975482)

[פס"ד יששכרוב, נקודת המפנה – כלל הפסילה הפסיקתי 15](#_Toc410975483)

[בין שיטה אדברסרית לאינקווזיטורית 16](#_Toc410975484)

[השפעת המשפט החוקתי על הסד"פ היא משמעותית (הגנת הפרט מפני כוח השלטון) 17](#_Toc410975485)

[זכויות נפגעי עבירה 18](#_Toc410975486)

[פסד גנימאת – האם עבירה שהיא מכת מדינה מהווה עילה למעצר עד תום ההליכים 18](#_Toc410975487)

[בגצ צמח – פגיעה בזכויות ועלויות תקציביות 18](#_Toc410975488)

[במסגרת חזקת החפות, עיכוב ביצוע עונש עד החלטה בערעור (פסד ארנולד שוורץ) 19](#_Toc410975489)

[השיקולים של ביהמ"ש בעיכוב ביצוע העונש 19](#_Toc410975490)

[יישום ההלכה בפרשות קצב ואולמרט 20](#_Toc410975491)

[סמכויות חיפוש בגוף 20](#_Toc410975492)

[פס"ד גואטה – חיפוש צריך להעשות בכבוד והגינות 20](#_Toc410975493)

[פס"ד לאוניד – חוק החיפוש חל על בדיקת השכרות בתעבורה ודרושה הסכמה 20](#_Toc410975494)

[ביטול חוק שאפשר הארכת מעצר ללא נוכחות חשוד בעבירות ביטחון (פלוני) 20](#_Toc410975495)

[טענה שאין להרשיע בדעת רוב 21](#_Toc410975496)

[השפעה על קבילות ראיות 21](#_Toc410975497)

[פס"ד בלחנייס 21](#_Toc410975498)

[פס"ד סמירק 21](#_Toc410975499)

[בגץ יששכרוב – האיזון בין גילוי האמת להגנה על זכויות הנאשם 21](#_Toc410975500)

[כלל הפסילה הפסיקתי 22](#_Toc410975501)

[פרשנות נוספת של סע' 12 – הגנה גם על האוטונומיה של הרצון העצמי 22](#_Toc410975502)

[פס"ד אלזם – יישום שני הכללים של יששכרוב 22](#_Toc410975503)

[פס"ד אסף שי – הרחבת ס' 34 (הזכות להוועץ בעו"ד) לחשוד שאינו עצור 22](#_Toc410975504)

[פס"ד פרחי – הראיות הנגזרות של השופט לוי 23](#_Toc410975505)

[פס"ד אלעוקה – בשונה מיששכרוב אין התייחסות לחומרת העבירה אלא למהות הפגיעה 24](#_Toc410975506)

[פס"ד שמש - שיקולים במסגרת כלל הפסילה הפסיקתית ידונו בהליך העיקרי 24](#_Toc410975507)

[ע"פ 10715/08 ולס 25](#_Toc410975508)

[פסד לין – יש ליידע אפקטיבית בזכות למינוי סנגור ציבורי, אחרת אפשר לפסול את ההודאה (הרחבת זכות ההוועצות, יששכרוב) 25](#_Toc410975509)

[פסד בן חיים – הרחבת יששכרוב לראיות חפציות [חיפוש דורש או חשד או הסכמה מדעת(!)] 25](#_Toc410975510)

[חקירה 26](#_Toc410975511)

[פתיחת חקירה (ס' 58 , 59) 27](#_Toc410975512)

[פסד צדוק – לא תמיד קיימת החובה לחקור (יש עתירות סרק) 27](#_Toc410975513)

[ערעור על החלטה שלא לחקור (ס' 63,64) 27](#_Toc410975514)

[בגץ שפטל – ערעור על החלטה שלא לחקור 27](#_Toc410975515)

[מעורבות התביעה בחקירה 27](#_Toc410975516)

[בדיקה משטרתית/פרקליטותית (התנועה לאיכות השלטון) 28](#_Toc410975517)

[סמכות השוטרים לחקור (הוועד נגד עינויים. ס' 2(1) לפק' העדות וכן שימוש באמצעים לא נעימים) 28](#_Toc410975518)

[מאיפה הסמכות של שוטרים לבוא ולומר לעד או לחשוד "תענה לי על שאלות"? 28](#_Toc410975519)

[באילו אמצעים פיזיים יכולים החוקרים להשתמש במהלך החקירה? 29](#_Toc410975520)

[זכויות נאשם 29](#_Toc410975521)

[הזכות לאי הפללה עצמית 29](#_Toc410975522)

[פס"ד אלמליח - לחשוד עומדת זכות השתיקה (לעד רק זכות לאי הפללה עצמית) 29](#_Toc410975523)

[פס"ד גלעד שרון – לגבי מסמכים לא קיימת זכות השתיקה אלא הזכות לאי הפללה עצמית 30](#_Toc410975524)

[פס"ד לגיזלאל 30](#_Toc410975525)

[זכות ההוועצות - קשורה ישירות לאי הפללה עצמית וזכות השתיקה, הפרתה בהתאם להלכת יששכרוב 30](#_Toc410975526)

[הרציונאליים של זכות ההוועצות עם עו"ד 31](#_Toc410975527)

[תורמת להבנת הנחקר את זכויותיו 31](#_Toc410975528)

[תקינות ההליך 31](#_Toc410975529)

[השגת ראיות לחפות החשוד 31](#_Toc410975530)

[פס"ד יששכרוב – פסילת הודאה בעקבות הפרת זכות ההוועצות 31](#_Toc410975531)

[אסף שי – זכות ההוועצות חלה גם על חשודים שאינם עצורים וכן הבהרת המונח "ללא דיחוי" 31](#_Toc410975532)

[פס"ד פרץ –לפגיעה בזכות ההוועצות בזמן המעצר עלולה לפגוע בלגיטמיות המעצר (ארבל) 31](#_Toc410975533)

[זכות ההוועצות לא חלה בהליך מנהלי – פסד קוטלאייר 32](#_Toc410975534)

[פרסום שמות חשודים – ס' 70-70ה לחוק בתי המשפט 33](#_Toc410975535)

[פס"ד פלונית 33](#_Toc410975536)

[מעצרים 34](#_Toc410975537)

[עקרונות כלליים של חוק המעצרים (חוקיות, מדתיות, תחולה) 34](#_Toc410975538)

[עיכוב 35](#_Toc410975539)

[הדינים שחלים על עיכוב – כמו ס' 24 (הזדהות המעכב וסיבת העיכוב) 35](#_Toc410975540)

[עיכוב חשוד – ס' 67 (יסוד סביר לחשד – מבחן אובייקטיבי – פס"ד דגני) 35](#_Toc410975541)

[חקירה בפועל נעשית במשטרה (במשטרה לא חלה הגבלת השלוש שעות) 36](#_Toc410975542)

[עיכוב עד 36](#_Toc410975543)

[עניין חוטר ישי – בקשה לבוא להחקר במשטרה אף ללא צו היא חובה מוסרית 37](#_Toc410975544)

[עיכוב לצורך חיפוש- ס' 69 לחסד"פ 37](#_Toc410975545)

[לאדם פרטי יש סמכות לעכב אך לא לעצור- ס' 75 לחסד"פ 37](#_Toc410975546)

[פס"ד שמשי ואברג'יל – שוטר שעוצר כאשר מותר לו רק לעכב 38](#_Toc410975547)

[סוגי מעצרים בחוק: ס' 17 (מעצר לפני כ"א). ס'21 (מעצר עד תום ההליכים). ס' 22 (מעצר בערעור). ס' 23 (מעצר ללא צו) 38](#_Toc410975548)

[מעצר ראשוני ללא צו (ס' 23) 39](#_Toc410975549)

[עדיפות למעצר בצו 39](#_Toc410975550)

[מסלול עיקרי 39](#_Toc410975551)

[תשתית עובדתית – יסוד סביר לחשד (מבחן אובייקטיבי) לעבירה בת מעצר (עוון או פשע) 39](#_Toc410975552)

[עילות מעצר (שיבוש, מסוכנות) 40](#_Toc410975553)

[מסוכנות אינדיבידואלית (פסד כהן – עבירה שנעברה "זה מקרוב" הכוונה לשעות ולא לימים) 40](#_Toc410975554)

[קיומה של חלופה – תמיד בודקים חלופת מעצר 40](#_Toc410975555)

[מסלול משני- הפרת הוראה קודמת (התנגדות לעיכוב והפרת תנאי שחרור) 41](#_Toc410975556)

[מעצר ראשוני מכוח צו של שופט (ס' 13) – כולל מעצר ראשוני וכן הארכת מעצר לפני הגשת כ"א 41](#_Toc410975557)

[ס 13 מעצר לפני הגשת כ"א, דרושים חשד סביר של השופט ועילה 41](#_Toc410975558)

[ס' 17 – צו המעצר יכול להיות ללא נוכחות החשוד (תוך 24 שעות חייבים להביאו לשופט) 42](#_Toc410975559)

[ס' 19 – תוקף צו המעצר 180 יום 42](#_Toc410975560)

[ביצוע המעצר - ס' 24 (חוקיות הביצוע - השוטר צריך להציג את עצמו ולהודיע סיבת המעצר) 42](#_Toc410975561)

[מעצר לא חוקי 42](#_Toc410975562)

[אי הזדהות ואי הודעה על סיבת המעצר אינה חוקית 42](#_Toc410975563)

[טעות עובדתית - חוקית, טעות משפטית - אינה חוקית 42](#_Toc410975564)

[אי הבאת חשוד לתחנה עלולה להיות בלתי חוקית 43](#_Toc410975565)

[מעצר ללא צו (כאשר ניתן היה להוציא) לא הופך את המעצר ללא חוקי 43](#_Toc410975566)

[שימוש במעצר במקום בעיכוב – מחד ומאידך 43](#_Toc410975567)

[ריפוי מעצר לא חוקי (הפיכת מעצר לא חוקי לחוקי) 43](#_Toc410975568)

[הכשרת המעצר ע"י הקצין הממונה 43](#_Toc410975569)

[הכשרת המעצר ע"י ביהמ"ש (ג'נאח – עוכב למעלה משלוש שעות. אשרף – מעצרו הוארך שלא בנוכחותו) 43](#_Toc410975570)

[סעדים בגין הפרת הכללים 43](#_Toc410975571)

[תביעה אישית נגד השוטר- ס' 44 לפסד"פ 43](#_Toc410975572)

[תביעה נגד המדינה – ס' 38 לחוק המעצרים 44](#_Toc410975573)

[תביעת המתלונן - ס' 38(ב) לחוק המעצרים 44](#_Toc410975574)

[התנגדות למעצר שהמעצר אינו חוקי לא מהווה התנגדות למעצר (פסד שמשי) 44](#_Toc410975575)

[פס"ד קנוש – מספיקה אמירה של שוטר כדי להיות עצור, לא חייבים איזוק 44](#_Toc410975576)

[פס"ד סוויסה – משמורת חוקית מחייבת קליטה בכלא 44](#_Toc410975577)

[פסילת ראיות כתוצאה ממעצר לא חוקי 44](#_Toc410975578)

[סמכויות נלוות למעצר 44](#_Toc410975579)

[סמכות להפעיל כוח (סביר) – ס 19 פסדפ 44](#_Toc410975580)

[פס"ד עובדיה – איזוק עלול להוות שימוש לא סביר 44](#_Toc410975581)

[פס"ד גולד – התנאים לשימוש בכוח קטלני (ירי) במעצר (מעצר חוקי, עבירה מסוג פשע, אמצעי יעיל אחרון) 44](#_Toc410975582)

[פס"ד אנקונינה – כדי להשתמש בירי דרוש שהעבירה תהיה פשע המסכן חיים 45](#_Toc410975583)

[סמכויות כניסה למקום (שיש צו ושאין צו, פסד בידרמן) 45](#_Toc410975584)

[מעצר ימים- בהארכת מעצר נדרשת נוכחות החשוד (ס' 12-סמכות שופט, 13-עילות, 16(2)-נוכחות החשוד) 46](#_Toc410975585)

[בסיס ראייתי (13(א) – חשד סביר של שופט שמתקיימת עבירה שאינה חטא) 46](#_Toc410975586)

[חשד סביר של שופט – חוש המומחיות של השופט, פס''ד רוזנשטיין 46](#_Toc410975587)

[עילות מעצר 46](#_Toc410975588)

[עילת השיבוש – 13(א)(1) 46](#_Toc410975589)

[עילת המסוכנות - 13(א)(2) 47](#_Toc410975590)

[מעצר לצורכי חקירה – 13(א)(3) 47](#_Toc410975591)

[דרושים נימוקים מיוחדים (לא ימחקו את מיוחדות הנימוקים ומאידך לא יסכלו את החקירה) 47](#_Toc410975592)

[אורך תקופת המעצר – מוגבל ל 15 יום במצטבר 47](#_Toc410975593)

[פס"ד ברונסון – העילה קיימת שיש פגיעה חמורה ביכולת ניהול סבירה של החקירה 47](#_Toc410975594)

[מעצר באירוע המוני - סינהרשקו 47](#_Toc410975595)

[בדיקת מצב נפשי אינה עילת מעצר 47](#_Toc410975596)

[מקסימוב - ימי מעצר של אדם בחו"ל לשם הסגרתו אינם נכללים בתקופה שבה ניתן להחזיק חשוד במעצר 47](#_Toc410975597)

[חלופת מעצר 48](#_Toc410975598)

[הלכת אפל – שוקלים חלופה רק שיש תשתית ועילה 48](#_Toc410975599)

[סמכות ביהמ"ש להאריך חלופת מעצר "מי שמוסמך לפעול על גבול השלם יכול לפעול גם בחלקי השלם" (עמית) 48](#_Toc410975600)

[מסלול משני במעצר ימים (המלטות ממשמורת והפרת תנאי שחרור) 48](#_Toc410975601)

[מעצר לפי הצהרת תובע – עד 5 ימי מעצר (17 ד) 48](#_Toc410975602)

[הצהרת התובע לא חייבת לכלול התחייבות של התובע להגיש כתב אישום (פס"ד בדווי) 49](#_Toc410975603)

[התובע לא צריך לכתוב את סעיפי האישום (פס"ד אלטויל) 49](#_Toc410975604)

[בנסיבות חריגות אפשר לחזור ולעצור לצורכי חקירה לפי ס' 13 גם אחרי שהסתיימה החקירה (שימול) 49](#_Toc410975605)

[גם שהסתיימה החקירה יש לבחון עם עילות המעצר עדיין רלבנטיות – פלוני בש"פ 4829/14, השופט עמית 49](#_Toc410975606)

[מעצר לאחר הגשת כתב האישום- מעצר עד תום ההליכים (ס' 21) 50](#_Toc410975607)

[שוני בסמכות ביהמ"ש (סמכות מעצרים היא תמיד של השלום) 50](#_Toc410975608)

[תשתית עובדתית קבילה 50](#_Toc410975609)

[זמנים (תשעה חודשים, העליון יכול להאריך כל פעם ב 90 ימים נוספים) 50](#_Toc410975610)

[תשתית ראייתית – ראיות לכאורה, ס 21(ב) 51](#_Toc410975611)

[ראיות לכאורה - אין להתחשב בראיה שהיא בוודאות לא קבילה כמו האזנת סתר, אך שיש ספק אפשר לקבל (פרץ) 51](#_Toc410975612)

[חומר שנוגע לתשתית ראייתית לא יכול להיות חסוי אך לעניין מעצר אפשרי (מוגרבי) 51](#_Toc410975613)

[ראיות לכאורה – מבחן הסיכוי סביר להרשעה (מבחן כור ההיתוך, דורנר במיעוט – מבחן הספק הסביר המובנה – פרשת זאדה) 51](#_Toc410975614)

[כבר בשלב המעצר יש לבדוק ברמה הלכאורית תוספת ראייתית (אברג'יל) 52](#_Toc410975615)

[הלכת הראיות מוחלשות (חסיד) – שיש סימני שאלה באשר לעוצמת הראיות דבר זה עשוי להצדיק חלופת מעצר 52](#_Toc410975616)

[עילות מעצר 52](#_Toc410975617)

[שיבוש 52](#_Toc410975618)

[מסוכנות אינדיבידואלית 52](#_Toc410975619)

[חזקת מסוכנות 52](#_Toc410975620)

[עד 1988- חומרת העבירה היוותה עילת מעצר (דעת מיעוט הש' אילון) 52](#_Toc410975621)

[משנת 1988- רשימה סגורה שלגביהן חומרת העבירה היא עילה 53](#_Toc410975622)

[פס"ד גנימאת- עילות מעצר תהיינה אינדיבידואליות 53](#_Toc410975623)

[שנת 1996- חקיקת חוק המעצרים, בין היתר חזקת מסוכנות ניתנת להפרכה 53](#_Toc410975624)

[חוק המעצרים קובע חזקת מסוכנות – אולם בפועל הפרכת חזקת מסוכנות גוררת חלופת מעצר 53](#_Toc410975625)

[חוק המעצרים ביטל את חובת המעצר בעבירות של רצח (עודה – מקרה של רצח שבו שחררו למעצר בית) 53](#_Toc410975626)

["**שלום הציבור**" כולל עבירות רכוש וזיוף דרכונים אשר מסכנים את **בטחון** **הציבור** (פרנקל ומזרחי) 53](#_Toc410975627)

[היעדר חלופה 54](#_Toc410975628)

[דרישת סנגור [דרישה רביעית הרלוונטית רק למעצר עד תום ההליכים] 54](#_Toc410975629)

[חלופות מעצר 21(ב)(1) 54](#_Toc410975630)

[שמירה על זכות השתיקה פוגעת בהפרכת המסוכנות (קורמן) 54](#_Toc410975631)

[מעצר בלתי חוקי יכול להוות שיקול לחלופה 54](#_Toc410975632)

[המאמר של המרצה בנושא חלופות מעצר (חלופות מעצר עלולות לגרום לאנשים חפים להשלח למעצר בית) 54](#_Toc410975633)

[חלופת מעצר מייצגת את עקרון המידתיות במשפט 55](#_Toc410975634)

[ההיפותזה של המחקר – לעיתים חלופות מעצר לא משמשות למטרתן המקורית 55](#_Toc410975635)

[בעיה ראשונה – הלכת הראיות המוחלשות 55](#_Toc410975636)

[בעיה שנייה - הערכת מסוכנות 55](#_Toc410975637)

[ממצאים – הסתמכות רבה מדי על ראיות ולא על עילות מעצר 56](#_Toc410975638)

[הסברים מבניים (גישת האיזונים בישראל, זכויות הקורבנות, התמשכות הליכים והתגברות הפשיעה) 56](#_Toc410975639)

[הסברים פסיכולוגיים 56](#_Toc410975640)

[מסקנות המחקר 57](#_Toc410975641)

[מעצר ביניים 57](#_Toc410975642)

[מעצר בשל הפרת הוראות קודמות 57](#_Toc410975643)

[שוויון במעצרים (לא תמיד יהיה) 57](#_Toc410975644)

[מעצרים בזמן כתיבת הערעור ובזמן הערעור (פס"ד עפיף, יש סמכות למעצר בזמן ערעור לנאשם שזוכה) 57](#_Toc410975645)

[ערר בנוגע למעצרים (ערר לבימ"ש שלמעלה. אחד בזכות ומוגבל ל-30 יום) 58](#_Toc410975646)

[ערר יכול להיות גם על החלטה שלא לצוות על חילוט ערבות (שפיגל) 58](#_Toc410975647)

[רשות ערר שני לפי הלכת חניוני חיפה (כאשר מדובר בשאלות בעלות חשיבות חוקתית וכוו) 59](#_Toc410975648)

[המרצה חולקת על ארבל (הצדק צריך להעשות עם הפרט עצמו) 59](#_Toc410975649)

[עיון חוזר בהחלטת ביהמ"ש 59](#_Toc410975650)

[עבר זמן 59](#_Toc410975651)

[נתגלו עובדות/נסיבות חדשות 59](#_Toc410975652)

[שיש בעיה כספית להמציא ערובה ניתן להגיש בקשה בכל עת (רביזדה) 59](#_Toc410975653)

[בעיון חוזר מותר לשופט להביא בחשבון התנהגות פלילית מצד נאשם, גם אם אין לה קשר לעבירה המקורית (ועקנין) 59](#_Toc410975654)

[שחרור בערובה 60](#_Toc410975655)

[פס"ד חוטר ישי – הסמכות להטיל חלופה כלולה בסמכות המעצר (אא"כ החוק שולל זאת מפורשות כמו 27ה) 60](#_Toc410975656)

[משוחרר בערבות מחוייב רק בתנאי כתב הערובה (פלוני התחייב להתייצב בבימ"ש הדיוני ולא בבימ"ש של ערעור) 60](#_Toc410975657)

[הארכת תקופת הערובה תעשה רק בתוך התקופה (רבינוביץ) 60](#_Toc410975658)

[ניתן להאריך חלופות מעצר (פסד החדש של עמית – הסמכות הגדולה כוללת את הקטנה) 60](#_Toc410975659)

[ערובה הבאה להבטיח התייצבות במשפט צריכה להמעיט בהגבלות (פס"ד הורביץ ואידזיאשווילי) 60](#_Toc410975660)

[אכיפה סלקטיבית 61](#_Toc410975661)

[אכיפה אקראית 61](#_Toc410975662)

[אכיפה מדגמית 61](#_Toc410975663)

[אי אכיפה סלקטיבית 62](#_Toc410975664)

[בחירה סלקטיבית 62](#_Toc410975665)

[טענת אכיפה סלקטיבית מכירה בעצם בשוויון כזכות עצמאית 62](#_Toc410975666)

[פס"ד חוקה לישראל (אפליה לטובת אחר) 62](#_Toc410975667)

[פרשת הנגבי – השוויון בישראל היא זכות עצמאית 62](#_Toc410975668)

[לסקוב – חניה תל אביב, אכיפת עבירה שלא למטרת העבירה 62](#_Toc410975669)

[הדוקטרינה האמריקאית – חוק המיושם באופן מפלה מהווה פגיעה בשוויון (המכבסות הסיניות) 63](#_Toc410975670)

[בארה"ב קשה מאד להוכיח אכיפה סלקטיבית 63](#_Toc410975671)

[מדוע המרצה טוענת שהדוקרטינה של "אכיפה סלקטיבית" לא מתאימה למדינת ישראל? 63](#_Toc410975672)

[תורג'מן – תחילת שימוש בטענת אכיפה סלקטיבית (תקיפה עקיפה, לא התקבלה) 63](#_Toc410975673)

[זקין – תקיפה ישירה של אכיפה סלקטיבית, ביהמ"ש (זמיר) מכיר בכך 64](#_Toc410975674)

[מוטיל – פסיקה הפוכה של זמיר 64](#_Toc410975675)

[מקור רתיעת ביהמ"ש מטענת אכיפה סלקטיבית 64](#_Toc410975676)

[עצמאות שק"ד של רשויות האכיפה 64](#_Toc410975677)

[ההתייחסות המסורתית של הגנה מן הצדק רק כאשר מדובר בהתנהגות שערוריתית 64](#_Toc410975678)

[שינוי מבחן של ההגנה מן הצדק - פס"ד בורוביץ 64](#_Toc410975679)

[עיגון הגנה מן הצדק בחקיקה - ס' 149(10) 65](#_Toc410975680)

[תוכנית ההתנתקות כביטוי לכאוס 65](#_Toc410975681)

[בג"ץ ניר נגד כנסת ישראל 65](#_Toc410975682)

[המתח בין חוק חופש המידע לזכות הנאשם לקבל את חומר החקירה בהקשר של אכיפה סלקטיבית 65](#_Toc410975683)

[פרשת אליצור סגל 65](#_Toc410975684)

[פס"ד ג'ולאני 65](#_Toc410975685)

[פסלות שופט (77א לחוק בתי המשפט, 146-148 חסד"פ) 67](#_Toc410975686)

[חשש ממשי למשוא פנים 67](#_Toc410975687)

[דעה קדומה ודעה קודמת 67](#_Toc410975688)

[סיכום פס"ד ידיד, בראון ודיאימימון 67](#_Toc410975689)

[מבחן אובייקטיבי (אין די במראית פני הצדק כדי לפסול שופט) 70](#_Toc410975690)

[עילות שבחוק [משוא פנים אשר נובע מעניין אישי] 70](#_Toc410975691)

[עילות נוספות [עילות רשות] שאינן נובעות מעניין אישי של השופט, אילו עילות שאינן בחוק 70](#_Toc410975692)

[העלאת הטענה על ידי בעל הדין 71](#_Toc410975693)

[ערעור על החלטת שופט בטענת פסלות 72](#_Toc410975694)

[טענות מקדמיות- כללי 72](#_Toc410975695)

[מועד העלאת הטענות 73](#_Toc410975696)

[הדיון בטענה מקדמית [סע' 150 לחסד"פ] 73](#_Toc410975697)

[ערעור על החלטות בנוגע לטענה מקדמית 73](#_Toc410975698)

[טענות מקדמיות – כללי – ס' 149 לחסד"פ 74](#_Toc410975699)

[טענות מקדמיות אחרי ההקראה 74](#_Toc410975700)

[טענות שלא ניתן לטעון במהלך המשפט 74](#_Toc410975701)

[טענה מקדמים לעולם לא תוביל לזיכוי, במקסימום ביטול כתב האישום 74](#_Toc410975702)

[סע' 150- הדיון בטענה המקדמית 74](#_Toc410975703)

[במידה וביהמ"ש טוען טענה מקדמית מיוזמתו 75](#_Toc410975704)

[נטל הוכחה 75](#_Toc410975705)

[המועד למתן ההחלטה 75](#_Toc410975706)

[הנפקויות לקבלת טענה מן הצדק- סעדים 75](#_Toc410975707)

[ערעור על החלטה בעניין טענות מקדמיות – רק לאחר גזר הדין 75](#_Toc410975708)

[התיישנות 75](#_Toc410975709)

[חוסר סמכות מקומית (טענה מקדמית) 75](#_Toc410975710)

[ביהמ"ש המוסמך הוא זה שבאזור השיפוט שלו נעברה העבירה או גר הנאשם 75](#_Toc410975711)

[במידה ומקום מגוריו של הנאשם אינו ידוע או שהעבירה נעברה בחו"ל 76](#_Toc410975712)

[צירוף אישומים או נאשמים [סע' 7 לחסד"פ] 76](#_Toc410975713)

[מה האפשרויות לבימה"ש שמגלה חוסר סמכות עניינית/מקומית 76](#_Toc410975714)

[סמכות עניינית (טענה מקדמית) 76](#_Toc410975715)

[הרכב השיפוט לא תואם לעבירה 77](#_Toc410975716)

[כאשר הכרעת הדין בסמכות אבל העונש לא 77](#_Toc410975717)

[הלכת מדז'ינסקי – העונש כולל כמה עניינים חלקם בסמכות וחלקם לא 77](#_Toc410975718)

[התוצאות הנובעות מקבלתה של טענת חוסר סמכות עניינית 77](#_Toc410975719)

[סמכות עניינית של ביהמ"ש שלום 77](#_Toc410975720)

[סמכות עניינית של ביהמ"ש מחוזי 78](#_Toc410975721)

[כתב אישום שהוגש נגד שופט וראש ממשלה 78](#_Toc410975722)

[המותב- הרכב של ביהמ"ש מחוזי 78](#_Toc410975723)

[הרכב של שלושה 78](#_Toc410975724)

[דן יחיד 78](#_Toc410975725)

[פגם או פסול בכתב האישום – טענה מקדמית (ראו הרחבה בתרגול מספר 1) 78](#_Toc410975726)

[פגם – השמטת פרט מכ"א הנוגע ליס"ע וכדומה 78](#_Toc410975727)

[פסול – מצב בו כ"א לא כשר/תקף מבחינה חוקית 79](#_Toc410975728)

[המבחן המרכזי לטענה זו- האם קופחה הגנת הנאשם 79](#_Toc410975729)

[טענה (מקדמית) כי העובדות המתוארות בכתב האישום אינן מהוות עבירה 79](#_Toc410975730)

[טענה (מקדמית) "כבר זוכיתו..כבר הורשעתי" (149(5) יחד עם סע' 5 לחסד"פ) 79](#_Toc410975731)

[אין דנים פעמיים בשל מעשה אחד – ס' 5 79](#_Toc410975732)

[דנים אדם פעמיים במקרה שהוא הורשע ואח"כ הקורבן מת 79](#_Toc410975733)

[אדם שעמד לדין והעברה בוטלה, לא נחשב כאילו הורשע/זוכה 80](#_Toc410975734)

[ביטול כ"א לא נחשב זיכוי 80](#_Toc410975735)

[תוקן כ"א תחול הטענה על העבירה בה הורשע בפועל 80](#_Toc410975736)

[התנאי: "אותו מעשה" לצורך טענה של "כבר זוכיתי וכבר הורשעתי". 80](#_Toc410975737)

[סע' 186 ביהמ"ש לא יעניש פעמיים על אותו מעשה 80](#_Toc410975738)

["אותו מעשה" 81](#_Toc410975739)

[פס"ד ביטון- מבחן צורני-פיסי ומבחן מהותי 81](#_Toc410975740)

[סיכון כפול 82](#_Toc410975741)

[טענת משפט אחר תלוי ועומד 83](#_Toc410975742)

[טענת התיישנות 83](#_Toc410975743)

[רציונאליים להתיישנות 83](#_Toc410975744)

המקצוע סדר דין פלילי הפך להיות מעניין ומשמעותי, הסיבה היא- המהפכה החוקתית. הנושא בעקבות ההשפעות השונות נהיה הרבה יותר יצירתי, לדוג' האפשרות לפסילת ראיות. העיסוק בסדפ הפך להיות יותר יצירתי מבחינת טענות עו"ד ומבחינת המשפט.

אנו נקדיש שני שיעורים למהפכה החוקתית. לא מדובר במשהו תיאורטי אלא השפעת המשפט החוקתי קיימת כל הזמן במשפט. מעבר לזה, ההשפעה החוקתית תבוא לידי ביטוי לאורך כל הקורס.

# כלל מהותי וכלל דיוני

**מה ההבדל בין כלל מהותי לכלל דיוני?**

**כלל מהותי-** כלל המגדיר מה אסור ומה מותר- זכויות וחובות.

**כלל דיוני-** עוסק בשאלה איך מממשים את הכללים המהותיים.

מה ההבדל? כללים דיונים חלים גם רטרואקטיבית ואילו כללים מהותיים חלים פרוספקטיבית.

**חריג-** סע' 4-5 לחוק העונשין (4. ביטול העבירה לאחר עשייתה 5. שינוי חיקוק לאחר עשיית העבירה) חלים רטרואקטיבית לטובת הנאשם. בנוסף, לא ניתן לסטות מכללים מהותיים זאת בשונה מכללים דיונים. אנו לא נגמיש ולא נשנה את יסודות העבירה, לעומת זאת כללים דיונים ניתנים לסטייה בסיטואציות מסוימות לדוג' עיוות דין.

## מדוע יש חשיבות לכללים הדיוניים אם בכ"מ בימ"ש יכול לסטות מהם לשם מניעת עיוות דין?

### עלות התדיינות

הכללים נועדו ע"מ **למנוע את עלות ההתדיינות**- לא יתכן שכל פעם יהיה דיון בשאלה מהו הכלל, צריך שהיה כלל שהחריג שלו יהיה הסטייה ממנו.

### שרירות

**מניעת שרירות**- אנו רוצים לשאוף לשוויון של כל המתדיינים וכמה שפחות שרירותיות.

### רשלנות

**מניעת רשלנות במקרים עתידיים**- אם בעלי הדין היו יודעים שהם יכולים לא לשמור על כללים כי ניתן לסטות מהם, הם לא היו שומרים על הדינים. אם כי, להבדיל מכללים מהותיים ניתן לסטות מכללים דיונים. במידה והכללים לא היו נוקשים, לבעלי הדין לא הייתה מוטיבציה להקפיד עליהם. הרצון הוא שיקפידו על כללים ואילו החריג זו הסטייה מהם.

### מתי תהיה סטייה מהכללים הדיוניים?

1. כאשר יש סמכות לסטות.
2. כאשר לא נגרם עיוות דין.

אנו נדבר בהרחבה על המעבר שנעשה בארץ מהגמשה של כללים לטובת גילוי האמת לעומת המצב כיום שהשאיפה היא קיום הליך הוגן ולא הגמשה של כללים.

## ס' 3 – בכל עניין שאין בו חיקוק בימ"ש ינהג בדרך שתשיג צדק

**סע' 3** לחסד"פ אומר שבכל עניין שאין בו חיקוק, אין הוראה, ביהמ"ש יכול לנהוג בדרך שנראת לו על מנת להשיג צדק. "בכל ענין של סדר הדין שאין עליו הוראה בחיקוק, ינהג בית המשפט בדרך הנראית לו טובה ביותר לעשיית צדק"

**המקרה של אולמרט** שעכשיו נדון בערעור בביהמ"ש מעיד איך לטובת האמת אנו מגמישים כללים. כאשר המקרה נידון בביהמ"ש מחוזי הייתה כמעט חריגה מכל דבר שאנו מכירים- הסדר טיעון בשלב הסיכומים, בשלב מאוד מאוחר של המשפט. ואם השופט היה מחליט שהוא רוצה להעידה הייתה עדות אחרי שנגמרה פרשת התביעה וההגנה. מצד אחד יש את האינטרס של הוודאות. מצד שני, לצורך גילוי האמת יש אפשרות לסטות מן הכללים. כמובן שבעידן החוקתי יש נטייה שזה יהיה לטובת חשודים ונאשמים.

\*\*ככלל, המהות בדיני העונשין זה להגן על אינטרסים ציבוריים, סדר הדין הפלילי בא לממש את זה, לעזור לנו לקבוע את העובדות.

## הסדפ ברובו חקוק (עקרון החוקיות, דיני נפשות)

**מה מאפיין את סדר הדין הפלילי**?

1. בסד"א יש המון תקנות, מאות של תקנות. לעומת זאת, **לעומתו** סד"פ ברובו חקוק, יותר מזה הרוב זה חקיקה ראשית. זאת מאחר ואנו מדברים על פגיעה בזכויות אדם, מאחר ואנו עוסקים בדיני נפשות, אין לפגוע בזכויות אלא בחוק. **עקרון החוקיות** הקובע שאין לפגוע בזכות אלא בחוק קובע זאת. החקיקה הראשית חולשת על כל סדר הדין הפלילי.
2. החקיקה ברובה חדשה- החל מהמהפכה החוקתית הבינו שיש צורך לעשות רפורמות בחקיקה הפלילית ויש הרבה מאוד חוקים שהם מאז ועד היום. כלומר, חדשים יחסית.

**ארבעת החוקים המרכזיים שאנו נעסוק בהם בעיקר:**

* **חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] 1982= חסד"פ.** הוא עוסק בכל שלבי ההליך הפלילי, מהחקירה דרך העמדה לדין. המשפט, ההליכים שאחרי המשפט, ערעור וכדומה. אלא מה בעבר היו בו סעיפים שעסקו סע' על מעצרים אך הם בוטלו עם חקיקת החוק החדש שעוסק במעצרים.
* **פקודת סדר הדין הפלילי [מעצר וחיפוש] 1969= הפסד"פ.** הפקודה הזו חלשה על כל ההליכים שלפני המשפט. עם חקיקת חוק המעצרים החדש בוטלו בה כל הס' שנוגעים למעצרים אולם נותרו כל הנושאים של הליכים של טרום משפט- חיפושים, תפיסות, חילוטים.
* **חוק סדר הדין הפלילי [סמכויות אכיפה- מעצרים] 1996= חוק המעצרים.** חוק שנחקק כאמור בעקבות המהפכה החוקתית, הבינו שצריך לעשות התאמה לעידן החוקתי מבחינת תכליות המעצרים, מידתיות המעצרים ולכן הוא נחקק תוך ביטול סע' שהיו בחסד"פ ובפסד"פ.
* **חוק סדר הדין הפלילי [סמכויות אכיפה- חיפוש בגוף החשוד ונטילת אמצעי זיהוי] 1996= חוק החיפוש בגוף.** בגלל שהייתה הבנה שחיפושים בגוף זה אחד הדברים הכי פוגעניים היה ברור לאחר חקיקת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו שיהיה חוק שיסדיר לפרטי פרטים את הנושא הזה. מדובר בחוק שחולש על העניין בצורה מאוד מפורטת.

**אלו ארבעת החוקים העיקריים אולם נלמד סעיפים נוספים לא פחות חשובים.**

**נוהגים לחלק את הסד"פ לארבעה חלקים עיקריים כאשר על כל אחד מהשלבים הללו חולש גורם אחר**:

1. שלב החקירה- הרשות החוקרת, בעיקר המשטרה למרות שגם השב"כ וגורמים נוספים.
2. העמדה לדין- הרשות התובעת. בטעות חושבים שהרשות התובעת היא תמיד הפרקליטות, אולם אין זה כך. רוב התיקים זו התביעה המשטרתית, רק המקרים הקשים אלו הפרקליטות. יש סמכויות תביעה לגורמים אחרים שהם לא המשטרה או הפרקליטות.
3. משפט- המשפט הדיוני, הגורם החולש הוא כמובן ביהמ"ש. המשפט הדיוני יכול להיות או בשלום או במחוזי.
4. פוסט משפט- ערעור, ד"נ, משפט חוזר. ישנו ערעור אחד בזכות ואחד ברשות. ברשות- בבקשת רשות ערעור לעליון. אם ישנו ערעור אנו בהליכי פוסט משפט, לא במשפט הדיוני. ד"נ- אפשרות של דיון מורחב בעליון הן בתחום הפלילי והן בתחומים עקרוניים שביהמ"ש פסק בו בשלושה. כמובן שהד"נ הוא לא לעניינים עובדתיים אלא רק לעניינים עקרוניים. לדוג' אגב הרשעה של אדם נקבעה הלכה חדשנית. לדוג' פרשת שבס- מרמה והפרת אמונים. אגב ההליך נקבע הלכה חדשנית וזו אכן עילה לד"נ. במקרים מאוד נדירים ניתן לבקש משפט חוזר אם נתגלתה ראיה שניתן לשנות את המשפט על פיה או שנגרם עיוות דין חמור.

# "מבט על" על כל ההליך הפלילי- שלבי המשפט

## חקירה (פתיחת חקירה ס' 59 חסד"פ)

**חקירה-** החקירה המשטרתית נפתחת כאשר נודע למשטרה על כך שנעברה עבירה [סע' 59 לחסד"פ].

**חקירת המשטרה [53]**

59.   נודע למשטרה על ביצוע עבירה, אם על פי תלונה ואם בכל דרך אחרת, תפתח בחקירה; אולם **בעבירה שאינה פשע** רשאי קצין משטרה בדרגת פקד ומעלה להורות שלא לחקור אם היה סבור שאין בדבר ענין לציבור או אם היתה רשות אחרת מוסמכת על פי דין לחקור בעבירה.

### נודע למשטרה

תלונה או דרך אחרת. דרך אחרת- פעולות חקירה שונות כמו תצפיות, מעקבים, שוטר שנקרא לזירת אירוע, מידע מודיעיני וכו'. מהרגע שנודע למשטרה, היא חייבת להתחיל לחקור. יש לזה חריג אחד בעבירות שאינן פשע- קצין בדרגת פקד ומעלה יכול להורות שלא לחקור אם אין עניין לציבור בחקירה או שיש רשות אחרת שמוסמכת לחקור [מדגישה- עבירות שאינן פשע בלבד]. לדוג' קצין יכול לומר שהעניין בסמכות רשות המיסים או שאין עניין לציבור בחקירה. פשע- עבירות שהעונש שלהם הוא מעל 3 שנים. \*\* אם מדובר בחקירה שהחלה כתוצאה מתלונה והוחלט שלא לחקור, למתלונן יש זכות ערער.

### עניין לציבור

מכלול של אינטרסים, צריך להחליט מה אנו רוצים שיטופל, מה נכון שיטופל במסגרת הפלילית גם אם הוא מקים עבירה. כאשר הדברים יכולים להשתנות מן הקצה אל הקצה. לדוג' אלימות במשפחה- כמעט ואין שום שק"ד כיום לשוטרים, כל תלונה נחקרת דווקא במיוחד לאור התלונה של נשים על כך שלא התייחסו לתלונות שלהם.

זנות- בעבר המאד רחוק, התפיסה הייתה שזונות תמיד תהיינה אולם עדיף שהן יהיו במכוני ליווי ולא ברחוב. זה השתנה מהקצה אל הקצה- יש היום בנושא זה מלחמת חורמה. כלומר, עניין לציבור משתנה בין העיתים, זה עניין של מכלול האינטרסים.

הערה- המאפיין הכי גדול באכיפה הוא שיקול הדעת. מהיועץ המשפטי שקובע הנחיות ועד לשוטר שבשטח.

### תפקיד הרשות החוקרת

התפקיד הוא לברר את העובדות ולאסוף ראיות. הדברים הללו נעשים באמצעות אמצעים שונים, כאשר אמצעי החקירה הם רבים ומגוונים. בטעות קוראים לשאילת שאלות של עד "חקירה" בעוד המונח המתאים הוא "תשאול"- שאילת שאלות של עד או חשוד. אמצעים נוספים: עיכוב, מעקב, חיפושים, תצפיות, האזנות ועוד. כאשר כל המטרה היא כמובן בירור העובדות ואיסוף הראיות.

### מעצר – אמצעי מניעתי ולא עונש (בשלב החקירה מעצר ראשוני ומעצר ימים)

**לגבי כל שלב שאנו נדבר עליו יש שלב מקביל של מעצר.** מעצר- מעצר הוא אינו מאסר. בעוד מאסר הוא עונש שמתקבל בעקבות הליך משפטי, מעצר הוא אמצעי מניעתי, הוא לא עונש. לכל אורך ההליך הפלילי יש סוגים של מעצרים שמתאימים לאותו הליך. לשלב החקירה יש שני סוגים של מעצרים:

* **מעצר ראשוני-** מעצר של 24 שעות. מעצר ראשוני יכול להיעשות או בצו של שופט, כלומר המשטרה מוציאה צו מעצר נגד מישהו או ע"י שוטר בשטח. בין אם המעצר הראשוני נעשה ע"י ביהמ"ש ובין אם ע"י שוטר, בכל מקרה צריך להביא תוך 24 שעות בפני שופט. מרגע הצו תוך 24 שעות צריך להביא את העצור בפני שופט.
* **מעצר ימים-** בלשון חוק המעצרים- מעצר לפני הגשת כתב אישום. כלומר, מעצר שהוא לזמן החקירה כאשר הוא מוגבל לימים. המשטרה יכולה לבקש מהשופט מספר ימים לצורך חקירה. זה עד שלושים יום, בבקשת יועמ"ש ניתן להגיע ל-**75 יום** (ס' 59). מעבר לכך זה רק ברשות שופט ביהמ"ש עליון. אולם זה כמעט ולא מגיע למצב זה.

**אלו שני המעצרים שמקבילים לשלב החקירה.**

## תביעה

אם המשטרה לא סגרה את החקירה היא מעבירה את החומר לתביעה כאשר התובע הופך להיות הדומיננטי, מעל 80% מהתיקים מטופלים ע"י התביעה המשטרתית ורק תיקים חמורים מגיעים לפרקליטות. תפקיד התובע זה להחליט אם להעמיד לדין, כלומר הוא בוחן את כל החומר שנותנת לו המשטרה והוא מחליט אם להעמיד לדין**. בעבירות פשע שהנאשם בהן לא עצור**, אם מגיע לרשות התובעת חומר שמעיד על המלצה להעמיד לדין בעבירת פשע **צריך לתת גם שימוע**. מדובר בהתפתחות של השנים האחרונות, בעבירות פשע כאשר האדם לא עצור, אם הגיע לרשות התובעת ראיות שיש בהם כדי להעמיד לדין, יש לתת לנאשם שימוע. התביעה יכולה לסגור את התיק בשלוש סיבות:

* חוסר אשמה- כאשר מגיעים למסקנה שכלל לא הייתה עבירה. אם התיק נסגר מחוסר אשמה אין שום אינדיקציה אח"כ. הרי במרשם פלילי יש רישומים לא רק של הרשעות אלא גם רישומים של פתיחת תיקים. חוסר אשמה התיק נעלם לחלוטין, אין שום רישום. בד"כ התביעה לא אוהבת לסגור דברים בחוסר אשמה מאחר וזה נדיר שבאמת ישנה סיטואציה המצדיקה זאת.
* חוסר ראיות- התובע יכול להיות משוכנע באשמתו של אדם מבחינת מה שהם חושבים, אך זה לא משנה כי השאלה של הראיות היא- האם יש מספיק ראיות שיש בהם בכדי להרשיע.
* חוסר עניין לציבור- יכול להיות שיש מספיק ראיות אך אין עניין לציבור.

**גם על החלטה שלא להעמיד לדין יש למתלונן אופציית ערער.**

**משך זמן התביעה**- אם אדם לא נמצא במעצר אין לנו הגבלה להגשת כתב האישום. אם אדם נמצא במעצר, החקירה מוגבלת לשלב שבו השופט נותן את ימי המעצר. לרשות התובעת יש את הזמן שלה להגיש על החלטת כתב האישום במידה והאדם לא היה במעצר. לעומת זאת, אם אדם היה במעצר ומדובר באדם שלא רוצים לשחרר אותו בגין עילות העמדה השונות ישנו מצב הנקרא- **מעצר לפי הצהרת התובע-** מקרה בו הרשות התובעת קיבלה את חומר החקירה, היא מצהירה מפני ביהמ"ש שככל הנראה יוגש כתב אישום וכאשר יוגש כתב האישום יתבקש מעצר עד תום ההליכים, כלומר עד להגשת כתב אישום. ואז לביהמ"ש הסמכות לאפשר **חמישה ימי מעצר נוספים** לצורך כתיבת כתב האישום. מעצר לפי הצהרת תובע...

אם מוגש כתב אישום אז אנו עוברים לשלב של המשפט.

## משפט

**משפט-** ההגמוניה עוברת לביהמ"ש, שרביט ניהול ההליך עובר לביהמ"ש.

שינוי מעמד מחשוד לנאשם- כל שלב החקירה ושלב העמדה לדין אנו מדברים על חשוד. כאשר מוגש כתב אישום הוא הופך לנאשם. השיטה הישראלית היא כזו שהנאשם לא מקבל את חומר החקירה עד עצם הגשת כתב האישום וגם המעצרים נעשים על בסיס חומר חסוי. מרגע שמוגש כתב אישום הנאשם מקבל את כל חומר החקירה, במשפט עצמו הנאשם יודע הכל- את כל חומר החקירה ובכתב האישום הוא מקבל את רשימת עדי התביעה. הנאשם לעומת זאת לא צריך לגלות את ההגנה שלו, להוציא טענה אחת- **טענת אליבי**. יש מעצר שמתאים לשלב המשפט והוא **מעצר עד תום ההליכים**- לכאורה זה מוגבל בזמן עד לתשעה חודשים אבל המעצר הוא מעצר עד להגשת כתב אישום. עם הגשת כתב האישום התובע יגיש גם בקשה למעצר עד תום ההליכים.

**פתיחת המשפט**

### הקראה

הצדדים מוזמנים להקראת כתב האישום- זהו הליך בו ביהמ"ש מקריא לנאשם את כתב האישום, הוא שואל אותו אם הוא מבין את כתב האישום, אלא אם כן הנאשם מיוצג. הם כבר רובם מיוצגים. בעבר זה לא היה כך, אז היום הסנגוריה מיוצגת ואם היא כבר הסבירה- אין צורך להקריא שוב.

### טענות מקדמיות (לא טענות הנוגעות לאשמה, אלא לעצם ההליך)

מהשלב הזה הנאשם יכול להעלות טענות מקדמיות- לא טענות שנוגעות לאשמה עצמה אלא לעצם ניהול ההליך. לדוג' חוסר סמכות עניינית ומקומית של ביהמ"ש, טענה "כבר נשפטתי", חסינות, חנינה, התיישנות. ישנה טענה שב-2007 הוספה- **הגנה מן הצדק.** זו טענה שלפיה לא צודק, לא ראוי להעמיד לדין [סע' 149 לחסד"פ]. צחי הנגבי- שופט אחד הרשיע לגמרי, שופט שני זיכה, ושופט שלישי זיכה אותו מטעם של "הגנה מן הצדק". ניתן לטעון לרשימה של טענות מקדמיות ואפשר לטעון בשלב זה אף טענה לפסלות שופט, אם ישנה טענה שהיא ידועה כרגע לצדדים, זה הזמן לטעון לזה.

### השבה לכתב האישום – מודה, כופר או טענת אליבי

אם לא היו טענות מקדמיות או שהטענות המקדמיות נדחו, מגיע השלב בו הנאשם צריך להשיב לכתב האישום. התשובה לכתב האישום- הודיה או כפירה בעובדות של כתב האישום. הנאשם לא חייב לומר אם הוא מודה בסע' עבירה מסוים, הוא יכול להודות בחלק מהעובדות ולכפור בחלק האחר, הוא יכול לכפור בכל וכן הלאה. הנאשם יכול גם שלא להשיב לכתב האישום. אם הנאשם שותק זה מחזק את דבר התביעה מאחר ואם לנאשם יש מה לומר, הוא פשוט יגיד אותו.

במידה ומגיעים עם הנאשם להסדר טיעון- כך למשל התביעה תבקש עונש מופחת, שינוי סע' בכתב אישום וכו'. בשלב זה, תהיה הודאה של הנאשם ומעבר לגזירת הדין, כאשר השופט לא מחויב להסכם הטיעון- הוא יכול לדחות אותו. הכלל הוא שיש לכבד את הסכם הטיעון אך בהחלט ניתן לסטות.

מעבר לזה שהנאשם צריך להשיב לאישום הוא יכול להסתיר את ההגנה שלו**, חריג- טענת האליבי** "במקום אחר הייתי", אז כן צריך להודיע בשלב הזה.

### שלב ההוכחות (פרשת התביעה)

לאחר תשובת הנאשם אנו נכנסים לשלב ההוכחות, זה מה שנקרא **פרשת התביעה** ולאחר מכן פרשת ההגנה. מאחר שבעצם נטל השכנוע הוא על התביעה, המשפט מתחיל בפרשת התביעה- התביעה מביאה את כל עדיה והם נחקרים בחקירה ראשית, נגדית וחוזרת. בתום פרשת התביעה התביעה צריכה לומר "אלו עדיי".

### פרשת ההגנה

לאחר שהתביעה מסתיימת מתחילה **פרשת ההגנה**. בשלב זה נכנסת הטענה "**אין להשיב אשמה**", נדיר מאוד שטענה זו מתקבלת אך היא אפשרית. זו טענה שבעצם הנאשם בא ואומר שהוא לא צריך להוכיח בכלל אשמה מאחר והתביעה לא הוכיחה דבר ע"מ להוכיח את הנטל. לאחר פרשת התביעה, התביעה צריכה להוכיח תשתית ראייתית ולהעביר את נטל הבאת הראיות. נדיר מאוד שטענה זו מתקבלת, שכן לרוב התביעה מביאה את חומר הראיות. מה גם שלא צריך הרבה ע"מ להעביר את נטל הראיה.

אם נדחתה הטענה הזו או שהיא לא נאמרה, מתחילה פרשת ההגנה:

הנאשם לא חייב להעיד, אך אם הוא כן בוחר להעיד, העד הראשון הוא הנאשם. ולאחריו העדים האחרים שזומנו ע"י ההגנה. גם בשלב זה מתקיימת חקירה ראשית, נגדית וחוזרת, עד שמסתיימת פרשת ההגנה. לאחר פרשת ההגנה יכול התובע להביא **עדויות הזמה-** מדוע? הנאשם לא צריך לגלות את הגנתו, בניגוד לתביעה שהיא חייבת לגלות את חומר הראיות שלה. לפיכך, יכול שהנאשם הפתיע את התביעה בעדות שהיא רוצה להפריך או להזים.

יכול שלאחר שנשמעו כל העדים ביהמ"ש עצמו יזמן עדים מטעמו- **עדים מטעם ביהמ"ש.**

### שלב הסיכומים

לאחר מכן, יגיע **שלב הסיכומים**. בשלב זה יהיו סיכומים מטעם התביעה וסיכומים מטעם ההגנה. לאחר הסיכומים ניתנת **הכרעת דין.**

פס"ד במשפט פלילי מורכב מהכרעת דין וגזר דין, אם יש **זיכוי** הכרעת הדין זה גזר הדין. לעומת זאת, אם יש בהכרעה **הרשעה** כלשהיא אנו נצטרך לעבור לשלב נוסף שהוא מעין מיני משפט חדש שהוא שלב הטיעונים לעונש.

### שלב הטיעונים לעונש

גם כן, ישנו משפט מחודש-קטן לעניין העונש. יש ראיות של התביעה לעונש ויש ראיות של הנאשם לעניין העונש- לדוג' עדי אופי. בנוסף, יהיו ראיות של ביהמ"ש לעניין העונש, לדוג'- **תסקיר מבחן**- האם האדם לקח אחריות על מעשיו, האם יש לו אפשרות להשתקם ועוד. לאחר כל זה, יהיו סיכומים שוב- של התביעה לעניין העונש ושל ההגנה לעניין העונש. לאחר מכן, יינתן **גזר הדין.** בסיום שלב זה, גזר הדין יחד עם הכרעת הדין ירכיבו את פסק הדין.

כדי להשלים את התמונה של שלב המשפט, יש להזכיר את המונח של **עיכוב הליכים**. לאחר הגשת כתב האישום היועץ המשפטי של הממשלה יכול לעכב הליכים, הבקשה יכולה להיות מוגשת הן ע"י הנאשם ןהן ע"י התביעה. הנאשם יכול ולבקש עיכוב הליכים לדוג' במקרה שהוא חולה במחלה קשה, שסופו קרב, ואין סיבה להעביר את ימיו האחרונים בהליך משפטי. מצד התביעה, למשל במצב של עד שנמלט, כאשר עד מרכזי נמלט התביעה יכולה לבקש עיכוב הליכים. בסע' הרלוונטי בחוק [231 לחסד"פ] יש קביעות מתי אפשר לחדש הליכים, זה שונה בעבירת עוון או פשע.

מצב של נאשם שנמלט זה סיטואציה של התליית הליכים- סע' 94 א' לחסד"פ.

**התליית הליכים (תיקון מס' 19) תשנ"ה-1995**

94א.   (א)  בכל עת שלאחר הגשת כתב האישום ולפני גזר הדין, רשאי בית המשפט להתלות את ההליכים, בין מיוזמתו ובין לבקשת תובע, אם נוכח כי לא ניתן להביא את הנאשם להמשך משפטו.

           (ב)  הותלו ההליכים, לפי סעיף קטן (א) ולאחר מכן ניתן להביא את הנאשם להמשך משפטו, רשאי תובע להודיע בכתב לבית המשפט על רצונו לחדש את ההליכים, ומשעשה כן יחדש בית המשפט את ההליכים, ורשאי הוא להמשיך בהם מן השלב שאליו הגיע לפני התלייתם.

**עיכוב הליכים [202]**

231. (א)[[6]](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/055_096.htm" \l "_ftn7" \o ") בכל עת שלאחר הגשת כתב אישום ולפני הכרעת הדין, רשאי היועץ המשפטי לממשלה, בהודעה מנומקת בכתב לבית המשפט, לעכב את הליכי המשפט; הוגשה הודעה כאמור יפסיק בית המשפט את ההליכים באותו משפט.

## פוסט משפט

**לאחר המשפט ישנם הליכים פוסט משפטיים**:

הליך הערעור הוא ההליך המרכזי- בסדר דין פלילי למעט שני מקרים, אין ערעורים על החלטות ביניים. הערעור הוא על הכל יחד, על הכרעת הדין, על גזר הדין ועל כל החלטה שקיבל השופט. זה שונה מסדר הדין האזרחי, בו יש לעיתים ערעורים על החלטות ביניים. בסדר דין פלילי מערערים על הכל יחד. **חריגים**:

### פסלות שופט

נניח שהשופט מחליט שלא לפסול עצמו, ניתן לערער לביהמ"ש העליון, ההיגיון של הסיטואציה הוא ברור, אם ביהמ"ש העליון יחליט שעל השופט לפסול עצמו, אין היגיון שהשופט ימשיך.

### עיון בחומר החקירה

לפי סע' 74 לחסד"פ ברגע הגשת כתב האישום מגיע לנאשם לראות את כל החומר החקירה. ישנם מצבים שבהם הנאשם טוען שהוא לא קיבל את כל חומר החקירה או שיש וויכוחים לגבי מה שהוא מגדיר כחומר חקירה ואילו התביעה אומרת שלא. או שהיו מצבים שהנאשם דורש מהתביעה להשיג חומרים ראייתיים מסוימים כי זה נדרש להגנה שלו. אם יש מחלוקת כזו, מגישים את זה לשופט באותו ביהמ"ש, זה נידון בידי שופט אחד, ככל שניתן שופט שלא דן בתיק. ועל ההחלטה שלו, אפשר תוך 30 יום לערעור. נניח שאנו מנהלים את העניין בביהמ"ש שלום, שופט ביהמ"ש שלום לא קיבל שזה חומר שצריך להינתן לנאשם או לחלופין קבע שהתביעה צריכה להשיג זאת, ניתן לערעור לביהמ"ש מחוזי. שוב, ההיגיון הוא שאין זה נכון לנהל הגנה שלמה כאשר חסר חומר להגנתו.

**לגבי הערעור עצמו-** ישנו ערעור אחד בזכות וישנו ערעור ברשות. מהשלום ניתן להגיע לעליון אם תתקבל בקשת רשות ערעור. **הערעור ברשות לא ניתן באופן ישיר אלא יש לבקשו.**

**עקרון סופיות הדיון-** יש שני מקרים בודדים שאפשר לפתוח:

א. דיון נוסף- לא לשאלות עובדתיות אלא רק לשאלות משפטיות.

ב. משפט חוזר- אם נגרם עיוות דין חמור.

# ההבדל בין אמת עובדתית לאמת משפטית

אמת עובדתית- משקפת את ההתרחשות על פי מבט של מתבונן אובייקטיבי מהצד. כלומר, אילו באמת יכול היה להיות מישהו שמסתכל ויודע בצורה הכי אובייקטיבית למתרחש והיה יכול בדיוק לתת תשקיף מדויק של מה קרה באמת. אנו יודעים שבעצם אין לנו דבר כזה, זה משהו שהוא לא קיים ולכן מה שאנו מחפשים זה את האמת המשפטית.

אמת משפטית- משקפת את ההתרחשות דרך שחזור שופט מקצועי את המציאות על בסיס הראיות שהוצגו בפניו ובכפוף לסייגים ולפרוצדורה. הרבה פעמים יש לנו מכשולים בדרך להפוך את האמת העובדתית לאמת משפטית. לדוג' קבילות ראיות. הרצון של המשפט הוא שהאמת המשפטית תהיה כמה שיותר כמו האמת העובדתית אך בדרך אנו צריכים להגן על הזכויות. האמת המשפטית היא לא בהכרח האמת העובדתית, לדוג' זיכוי מחמת הספק. יכול שהאמת העובדתית היא שהאדם ביצע את העבירה אך יש לו עדיין ספק. ביטוי לנושא הזה ניתן לראות **בבג"ץ אלון נגד ממשלת ישראל-** ממשלת ישראל החליטה להקים וועדת חקירה על רצח ארלוזורוב. למרות שלמעשה אנשים הועמדו לדין וזוכו שנים לפני כן. בעצם בג"ץ לא מקבל את העתירה הזו, הוא אומר שוועדת חקירה מטרתה להגיע לאמת העובדתית, שהיא יכולה להיות שונה מהאמת המשפטית שאנשים זוכו. אין פסול מהקמת וועדת חקירה גם אם אנשים זוכו מאחר ומטרתה להגיע לאמת העובדתית. כל שיטת המשפט שלנו מבוססת על הידיעה שיכול להיות מצב של פער בין האמת העובדתית למשפטית שנעוץ גם בבעיות בראיות, קבילות ועוד.

יכול להיות מקרה שאדם זוכה מהמשפט הפלילי אך קיבל קנס של פיצויים במשפט האזרחי- לכאורה האמת המשפטית היא שונה אך האמת העובדתית היא לכאורה זהה. זה נובע מההבדלים בין דיני הראיות במשפט הפלילי למול המשפט האזרחי.

## מתח בין מיגור הפשיעה וגילוי האמת לבין הגנה על זכויות חשודים ונאשמים

זה מוביל אותנו **למתח הקיים בין גילוי האמת לבין הגנה על זכויות של חשודים ונאשמים**. אם מטרתנו היא גילוי האמת, אז כמה שיותר נגמיש כללים ולא נדקדק בקטנות בנושא של פסילת ראיות, כל זאת ע"מ להגיע לחקר האמת. לעומת זאת, אם העיקר הוא הגנה על זכויות, אנו נהיה מוכנים ל"הקריב" את האמת ע"מ שלא לפגוע בזכויות הנאשמים. כל שיטת משפט מנסה למצוא איזון בין שתי הגישות הללו, שתי גישות אלו בקרימינולוגיה מייצגות כיוונים מנוגדים ואף שיטת משפט לא נוקטת בגישה טהורה לצד אחד.

שתי הגישות:

1. גישת מיגור הפשיעה- criminal couture model.
2. גישה של הגנה על הזכויות- due process model.

## המשפט הישראלי נע מהגמשת הכללים בשביל גילוי האמת לעבר כלל הפסילה הפסיקתי (יששכרוב)

שיטת המשפט הישראלי עברה תהליך מקום המדינה ועד היום. עם קום המדינה ושנים אח"כ, הגישה שהייתה היא שהעיקר- גילוי האמת. הגבלה של תחולת כללים פרוצדוראליים שמקשים על קבלת המטרה- חקר האמת. **פס"ד סילבסטר**- עובדות המקרה: עובד חברת חשמל שהואשם בריגול, הוגש נגדו כתב אישום על מסירת סודות רשמיים וכוונה לפגוע במדינה. הסנגור העלה כל מיני טענות פרוצדוראליות- תיקון כתב האישום לא היה כדין, לא נכללו בכתב האישום כמה מילים ועוד. ביהמ"ש דחה את הטענות תוך שהוא נתן העדפה ברורה **למהות ע"פ הפרוצדורה**. פרוצדורה פלילית צריכה לתת הגנה על הנאשם בשביל למנוע עיוות דין, אך הדיון הפלילי לא יכול לקבל צורה של משחק שחמט שבו מהלך אחד יקבע את גורל המשפט. במקרה זה- ליקויים טכניים בכתב האישום לא יובילו לזיכוי.

**פס"ד אפללו**- ברק: "מטרתו של ההליך הפלילי להוביל לזיכויי של החף מפשע ולהרשעתו של האחר.. **מטרת הדיון הפלילי הוא לחשוף את האמת**. הן התובע והן הנאשם צריכים לתרום לגילוי האמת..מטרת ההליך הנ"ל לא להעניק יתרונות טקטיים לא לתובע ולא לנאשם". ביהמ"ש אומר שנכון שיש כללים ויש להקפיד עליהם, אך אין מקום ליצור יתרונות טקטיים מאחר וטעות אחת לא תשפיע על גורל המשפט.

**פרשת קניר** – נדונה הגמשת כללים לטובת גילוי האמת**.** עובדות המקרה: נדונה הסמכות של ביהמ"ש להביא ראיות מטעמו לאחר שלב הסיכומים. ביהמ"ש יכול להביא ראיות מטעמו לאחר פרשת התביעה וההגנה- **סע' 167 לחסד"פ**.

**ראיות מטעם בית המשפט [150]**

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

סע' זה קובע- כאשר הצדדים סיימו את הראיות שלהם- פרשת ההגנה והתביעה- ביהמ"ש יכול להורות על זימון עדים נוספים, גם כאלו שכבר העידו. הסיטואציה שנדונה בקניר היא שביהמ"ש ביקש להביא ראיות מטעמו לאחר שלב הסיכומים. נקבע: אפשרו לביהמ"ש להביא. ביהמ"ש מנמק את קביעתו- לא ראוי לסטות מהפרוצדורה, לא רצוי במקרה זה להזמין עדים לאחר הסיכומים. אולם בצד הכלל שהראיות צריכות להיות מובאות בצד הרגיל והמקובל **יש להכיר בשיקול דעת ביהמ"ש לסטות מהכלל במקרה שהוא ימצא זאת לנכון**. הגישה הזו משתלבת עם המהות של ההליך הפלילי, זה לא מאבק או תחרות אלא באמת מצב של **רצון להגיע לגילוי האמת**. אם גילוי האמת מחייב שביהמ"ש יביא עד לאחר הסיכומים, אז ביהמ"ש העליון יאפשר זאת.

**פרשת אולמרט**- עסקת הטיעון נעשתה בשלב של הסיכומים, סטייה ניכרת מכללי הפרוצדורה. כמו כן, בערעור ביהמ"ש מקבל ראיות נוספות והוא מחזיר לביהמ"ש לשמוע אותם. מדובר במקרה חמור, שהאינטרס הציבורי הוא גדול, ולכן כל עוד לא ייגרם עיוות דין בהגנת הנאשם, ביהמ"ש יאפשר את הסטייה הזו. כמובן שיש כאלו שחולקים על זה.

### לא סוטים מכללים שיש חשש לפגיעה בנאשם (דמיאניוק)

**מקרה שיש סע' שמאפשר סטייה אך ביהמ"ש לא עשה בו שימוש מתוך חשש של פגיעה בנאשם**

**פרשת דמיאניוק**- נידון סע' שהוא 184 לחסד"פ.

**הרשעה בעבירה על פי עובדות שלא נטענו בכתב האישום [166]**

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

נניח שהוגש אישום על עבירה מסוימת אך במהלך המשפט לא מוכיחות עובדות העבירה הזו אך מוכחת עבירה אחרת. ביהמ"ש יכול להרשיע מפני העבירה האחרת בשני תנאים:

1. לנאשם נתנה הזדמנות סבירה להתגונן מפני העבירה החדשה.
2. לא יוטל עונש חמור יותר מהעבירה המקורית.

בפרשה זו האישום המקורי היה כי הנאשם הוא "איוון האיום" (פרשת טרבלינקה), כשהתביעה הבינה כי היא אינה מצליחה להוכיח זאת עד הסוף הייתה אפשרות שביהמ"ש ירשיע אותו בתור רוצח נאצי אחר, ביהמ"ש קבע כי לנאשם לא הייתה אפשרות להתגונן בפני האופציה הזו, כיוון שכל הפרשה נווטה לכיוון מסוים. כלומר, במקרה זה יש מקור חוקי ברור לאפשרות לסטייה מהכלליים (ס' 184) אך לא מתקיים התנאי שלא יגרם עיוות דין, משום שלא הייתה לו אפשרות להתגונן.

**הגישה של ביהמ"ש היתה יותר דגש על גילוי האמת והגמשת כללים, כמובן שביהמ"ש הקפיד על כך שלא תהיה הגמשת כללים באופן שעלול לגרום לנאשם עיוות דין.**

### פס"ד יששכרוב, נקודת המפנה – כלל הפסילה הפסיקתי

נקודת המפנה שבעקבותיה המשפט שלנו הוא איפה שהוא באמצע בין שתי הגישות:

**פס"ד יששכרוב-** אחד הביטויים של הנושא של העדפת גילוי האמת הייתה העובדה שבמשך שנים רבות ביהמ"ש סירב לקבל את גישת "פירות העץ המורעל". מדובר בגישה חוקתית- כלל חוקתי- הקובע שכאשר ראיה התקבלה כתוצאה מהפרה של כלל וכתוצאה מכך יש ראיות, הראיה היא פסולה. לדוג' לא הודיעו לנאשם את זכויותיו ולכן הודאתו פסולה. כמו כן, נעשה חיפוש לא חוקי. במשך שנים ביהמ"ש העליון סירב לקבל את הגישה הקיימת בארה"ב. **הגישה הישראלית הייתה- יש דיכוטומיה בין הדין לתוצאה**, יכול להיות שהייתה תקלה בחיפוש, זו הפרה של הדין, אך אין זה אומר שתהיה פסילה של התוצאה באופן אוטומטי אלא במקסימום יינתן משקל נמוך יותר.

שלושה מצבים של פסילה אוטומטית:

1. **חוק האזנת סתר**- קובע שהאזנת סתר בלתי חוקית פסולה כראיה. כלל קבילות- הראיה אינה קבילה ולכן ראיה שהתקבלת כתוצאה מהאזנת סתר, פסולה.
2. **חוק הגנת הפרטיות**- חומר ראיות שהושגו תוך פגיעה בפרטיות פסולות. ראיה שהיא פוגעת בפרטיות היא ראיה פסולה.
3. **סע' 12 לפקודת הראיות**- הודאה שאינה חופשית ומרצון פסולה כראיה אך יש צורך במשפט זוטא שבו ביהמ"ש יחליט שההודאה אינה חופשית ומרצון ואז היא נפסלת.

**מעבר לאמור לעיל, ביהמ"ש תמיד אמר- "הדין לחוד והתוצאה לחוד". ואפילו אם הייתה פגיעה בדין, אין זה אומר שהראיה פסולה.**

**פס"ד יששכרוב**- עובדות המקרה: סיפור של חייל שעישן סמים והוגש נגדו כתב אישום, מדובר בעבירה שבאזרחות לא מגישים נגדה כתב אישום כאשר זה לשימוש עצמי אך בצבא כן מגישים כתב אישום. השוטר הצבאי בזדון לא אמר ליששכרוב שהוא יכול להיוועץ עם עו"ד, יששכרוב הודה בעוד בוודאות עו"ד היה אומר לו לשתוק. מקרה זה הגיע לביהמ"ש העליון. בייניש סקרה בצורה רחבה את הפסיקה שהייתה בעבר בה שלטה הגישה שחשיפת האמת העובדתית היא העיקר ושיש להציב כמה שפחות מכשולים מפני חשיפת האמת העובדתית. **בייניש אומרת שאחת מהמטרות של ההליך הפלילי היא בירור האמת, אבל יש לנו מטרה נוספת והיא הגנה על זכויות הנאשם**. המטרות הללו באמת יכולות למשוך לפעמים לכיוונים מנוגדים אבל יש למצוא את נקודת האיזון ביניהם. נקודת האיזון בעבר הייתה לחלוטין לעבר בירור האמת, אולם בייניש יוצרת נקודת איזון אחרת- "**כלל הפסילה הפסיקתי**"- לפיו, לביהמ"ש יש שיקול דעת כאשר היה פגם האם לפסול את הראיה. אנו נלמד את זה בצורה יותר מעמיקה בהמשך, היא ציינה מספר שיקולים הנוגעים להתנהלות התביעה:ההתנהלות של התביעה- 1) האם היא פעלה בזדון או בתו"ל 2) חומרת העבירה- מושך לשני כיוונים מנוגדים: מחד, ככל שעבירה חמורה יותר נרצה יותר להקל בדין. מאידך, כלל שהעבירה חמורה יותר יש לשמור על זכויות הנאשם; 3) שיקולים שקשורים בסוג הראיה- האם זו ראיה מושפעת או עצמית, לדוג' הודאה שניתנה מכך שלא ניתנה חוות היוועצות אז הודאתו מושפעת לעומת זאת, **DNA** זו ראיה עצמית, גם אם לא הושג באופן תקין. 4) השפעת פסילת הראיה על מלאכת עשיית הצדק במובן הרחב. יישום: זכות ההיוועצות היא זכות חוקתיות בהיותה חלק מההליך ההוגן. לבייניש קל לחולל שינוי דווקא בפס"ד זה שכן המקרה היה מקרה של עבירה מאוד קלה, שהאינטרס הציבורי באכיפה שלה לא רב- זה שיששכרוב ישב בכלא הצבאי בגלל שהוא עישן חשיש. לעומת זאת, מדובר בפעולה שנעשתה בזדון ע"י השוטר. בנוסף מדובר בראיה שהיא בהכרח מושפעת. ולכן, באותו המקרה יששכרוב זוכה בשל פסילת ההודאה שלו.

פס"ד זה הפך את המשפט הישראלי, את סדר הדין הפלילי לתחום שהוא מאוד מרתק ולכן הוא מהווה נקודת מפנה- מעבר של המשפט הישראלי, לא לכיוון של הגנה על הזכויות באופן מוחלט, אבל התרחקות מהמטרה של חקר האמת.

המשפט הישראלי בשונה ממשפטים אחרים מאופיין בגישה של איזונים. אין ספק שכיום מה שעומד לנגד המשפט זה לא רק גילוי האמת אלא גם הגנה על זכויות הנאשם.

### בין שיטה אדברסרית לאינקווזיטורית

**שיטת המשפט שלנו היא אדברסרית להבדיל מהשיטה האינקויזיטורית:**

אין שיטה שהיא מוחלטת אך אנו יותר לכיוון האדברסרי.

שיטה אדברסרית-

* שיטה המובססת על עימות. מצד אחד, הנאשם. מצד שני, התביעה שלוקחת את האינטרס הציבורי ומייצגת אותו.
* מי שמכריע הוא השופט.
* הצדדים אחראים להבאת הראיות.
* מגבלות ראייתיות של קבילות ועוד.

שיטה אינקויזוטורית-

* מבוססת על חקירה, גם השופט עצמו אקטיבי וחוקר, אין הוא מכריע בלבד בין שני הצדדים אלא הוא גם אקטיבי וחוקר.
* השופט יכול גם להביא ראיות, לזמן עדים ולחקור אותם.
* פחות מגבלות ראייתיות.

**כמובן שאין שיטה שהיא שיטה טהורה, חשוב לדעת שאנו בשיטה שהיא בעיקרה אדברסרית. אם כי, ישנם חריגים-** לדוג'- השופט יכול לזמן עדים; ביהמ"ש יכול שלא לקבל הסדר טיעון למרות שהתביעה והנאשם מגיעים להסדר; ביהמ"ש יכול לאפשר תיקון ראיות פרוצדוראליות. כלומר, יש התערבות של השופט למרות שאנו מדברים על שיטה שהיא אדברסרית. ישנו מאמר של **קרמניצר** בסילבוס- הוא מדבר על הבעיות של השיטה האדברסרית והוא ממליץ לאמץ כמה מהדברים של השיטה האינקויזטורית: בשיטה האדברסרית יש חוסר שוויון בין המדינה לבין הנאשם.

**למרצה הכי מפריע בשיטה האדברסרית**- הנושא שהתובע לא נתפס כמישהו שאמור לעזור למשפט להגיע לידי האמת, אין ספק שהתביעה רוצה לנצח בשיטה שלנו. המדינה אמונה על האינטרס הציבורי ולכן מטרתה לא צריכה להיות בהכרח לנצח אלא מטרתה צריכה להיות להגיע לחקר האמת.

**מושבעים:**

למרות שאנו בשיטה האנגלו-אמריקאית, אצלנו אין מושבעים. מה תפקיד השופט בשיטה שיש בה מושבעים: השופט קודם כל מסנן את החומר שמגיע למושבעים, הוא קובע עבורם מה קביל ומה אינו קביל. שנית, הוא מנחה את המושבעים- הוא אומר להם שאם הם הגיעו למסקנה מסוימת, התוצאה היא כך ואחרת. בגדול- קביעות משפטיות עושה השופט ואילו קביעות עובדתיות- מושבעים.

רציונאל: בעניינים עובדתיים אין יתרון לשופט, לא ניתן לצפות מהדיוט להיות מודע לאמת המשפטית ולכן אין סיבה שלא לשתף אותם בהליך המשפטי. כמובן שיש הרבה חסרונות לשיטת המושבעים.

**הערה על שופט מקצועי**- הגישה של עדיפות להגעה לאמת נובעת מכך שהשיטה שלנו היא שיטה של שופטים מקצועיים, התפיסה הייתה שיש לתת לשופטים מקצועיים לראות את כל התמונה והם יחליטו את התוצאה הנכונה, מה המשקל שיש לתת לכל ראיה, מה הנפקויות השונות וכדו'.

# השפעת המשפט החוקתי על הסד"פ היא משמעותית (הגנת הפרט מפני כוח השלטון)

ברור כי המהפכה החוקתית גרמה לשינוי פני המשפט. בלי הגזמה, ניתן לומר שבסדר הדין הפלילי ההשפעה היא הכי משמעותית והכי טבעית. מדוע? מאחר והיסטורית חוקות תמיד עסקו בדין ההוגן/ההליך ההוגן של חשודים ונאשמים, זה חלק מהותי מחוקות. זאת מאחר וזכויות אדם נועדו להגן על הפרט מפני כוחו של השלטון, במשפט הפלילי כוחו של השלטון הוא רב. כבר לא מדברים על מעצרים ומאסרים, הדברים הכי קלים שאפשר לעשות במשפט הפלילי, הם דברים פוגעניים וקשים לאדם. לכן, ההשפעה היא טבעית שכן זה בדיוק המקום שזכויות הפרט באות להגן עליו - **כוחו של השלטון אל מול הפרט**.

דה-פקטו: אנו יכולים לראות שינוי משמעותי הן בחקיקה- נוצרו שינויים חקיקתיים מאוד משמעותיים, ישנם הרבה מאוד חוקים שהם לאחר חוקי היסוד- לדוג' חוק המעצרים מ-1996. הרבה מאוד חקיקה חדשה שבאה לעמוד בדרישות חוקי היסוד, לא מספיק שהפגיעה תהיה בחוק אלא הפגיעה צריכה להיות לתכלית ראויה, מידתית ועוד. ואז מתחילות להתעורר שאלות- מהן תכליות ראויות למעצר? חקיקה חדשה שבאה להיות מותאמת לעידן החוקתי. מעבר לכך, כאשר אנו מסתכלים על פסקי הדין שניתנו בהרכבים מורחבים של ביהמ"ש העליון, עסקו בסד"פ. לדוג' **פס"ד גנימאת-** עסק בנושא של אגב מעצרים. ביהמ"ש קבע את **ההשפעה של המשפט החוקתי על חוקים שקדמו לחוקי היסוד במקרה של פרשנות**. ועוד פסקי דין רבים ונוספים. פסיקה ששינתה כאמור את סדר הדין הפלילי.

**לפני שאנו עוברים לדיון פרטני בנושאים שנוגעים להשפעת המשפט החוקתי- יש לשאול מה ההבדל בין חוקי היסוד שלנו לבין החוקות שאנו דיברנו עליהם לעיל**? חוקות תמיד עוסקות בזכויות של נאשמים וחשודים, הן תמיד מפרטות את אותן החוקות, אך מה ההבדל המרכזי בין חוק היסוד לבין החוקות הללו? הנחת המוצא- המצב הנורמטיבי הקיים במדינת ישראל הוא שחוקי היסוד שלנו מתפקדים כחוקה, ניתן לפסול חוקים על פיהם, הם נתפסים כעליונים על חקיקה רגילה. בכל זאת, ניתן לומר **שהחוקה שלנו שונה מהותית בשני היבטים**:

1. ברמת הפירוט- חוק יסוד כבוד האדם וחירותו לא מפרט לנו הגנות ספציפיות אלא באופן כללי קובע את הזכות לפרטיות, הזכות לחירות ועוד. אין לנו פירוט של זכויות נאשמים וחשודים.
2. חוק היסוד שלנו מגן על זכויות מהותיות, אין הוא מגן על זכויות פרוצדוראליות- אנו גוזרים את הכללים הללו מתוך זכויות מהותיות. בסדרה של מאמרים ופסיקה, של ברק לדוג', שאפשר לגזור מתוך כבוד האדם, חירות וזכויות מהותיות נוספות, זכויות דיוניות. אולם אין שום זכות דיונית שמפורטת בחוק היסוד, הכל זה נגזרת מהזכויות המהותיות שניתנות לכל אדם. חוק יסוד כבוד האדם וחירותו עוסק בכל אדם, הוא קובע זכויות מהותיות מהן ביהמ"ש גזר את ההגנה על הזכויות הדיוניות.

**נפקויות**

## זכויות נפגעי עבירה

כאשר אנו מדברים בחוקות הרגילות על זכות שיש לחשוד או לנאשם, ברור לנו שהזכות ניתנת לו. אך בשיטה המשפטית שלנו שבא גוזרים זכויות מתוך זכות מהותית שניתנת לכל אדם, ניתן לטעון שבא בעת שזכויות חשודים ונאשמים עלו לדרגה חוקתית, אזי גם זכויות הקורבנות עלו לדרגה חוקתית. יכול להיות בכלל מצב שבו אנו נפגע בזכות נאשם כדי להגן על זכות קורבן. ויכול להיות מצב שחוק יבוא ויגן על קורבנות. יש לכך השלכות משמעותיות.

### פסד גנימאת – האם עבירה שהיא מכת מדינה מהווה עילה למעצר עד תום ההליכים

המחלוקת הזו עלתה לראשונה **בפס"ד גנימאת**- עסק במעצר עם תום ההליכים, לפני שחוקק חוק חדש. השאלה שהתעוררה: האם עבירה שהיא מכת מדינה יכולה להוות עילה עם תום ההליכים? **פס"ד גנימאת היה הראשון שקבע שמעצרים צריכים להיות ספציפיים, האם האדם הספציפי מסוכן או לא (מסוכנות ספציפית).** נקבעה הלכה חוקתית טרם פס"ד שאומנם מדובר בחסד"פ שהוא חוק משוריין, כלומר בגלל שמירת הדינים אי אפשר לפסול בו סע' לאור חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. אולם ביהמ"ש קבע הלכה **שפרשנות סע' תהיה לאור חוקי היסוד**. במסגרת הדיון בפס"ד התעורר וויכוח- כל השופטים בעיקרון הסכימו שמכת מדינה לא יכולה להוות עילה כשלעצמה. אולם **חשין** העלה את העניין שמדינה דמוקרטית שמניחה את כבוד האדם וחירותו בסולם ערכיה גם שוקדת על שלומם ואבטחת ביטחונם של הקורבנות ממעשי עבירה נוספים של נאשמים מסוימים. **דורנר** לעומתו טענה שחשין מבלבל בין זכות לבין אינטרס- שלום הציבור זה לא זכות אלא אינטרס. ולכן, מי שזכותו עומדת על הפרק זה הנאשם. תורת הזכויות לא באה להגן על אינטרסים כך שאין לאזן את זכות הנאשם למול זכות קורבן; תורת זכויות האדם נועדה להגן על הפרט משלטון המדינה, בעוד שמגר מדבר על אינטרסים ולא זכויות- לא ניתן לשקלל אינטרס עם זכות. ברק אומר שהדיון לא משפיע על התוצאה, שכן אין מקום לשאלה זו אם אין מסוכנות ספציפית לאותו אדם.

**המחוקק שלנו בהחלט קיבל את העמדה שגם זכויות הקורבנות עלו למדרגה חוקתית.** הן בהכרה שצריך להיות **SAY** לקורבן לומר את דעתו, שנים לא היה שום מעמד לקורבנות. דוגמא לשינוי- חוק זכויות נפגעי עבירה- חוק זה נותן לנפגעי עבירה מעמד בהליכים שונים. אבל מעבר לכך, ישנה דוגמא בארץ במצב שבו יש פגיעה מסוימת בזכותו של נאשם על מנת להגן על הקורבן- חוק מגבלות על חזרתו של עבריין מין לסביבת נפגע העבירה. החוק הזה הוא חוק שמאפשר לביהמ"ש להטיל על עבריין מין בצו מגבלות על מגורים או מקום עבודה לאחר שהוא משתחרר על מנת להרחיק אותו מהקורבן. לכאורה יכולנו להגיד שאדם ריצה את עונשו ולכן יש לתת לו לפתוח דף חדש. אולם ישנו חוק שאנו מכירים בעובדה שלא מספיק שאדם ריצה את עונשו אלא לקורבן עבירה יכול להיות מאוד בעייתי שעבריין שריצה את עונשו יגור להיות הקורבן. לכן, אין ספק שהמהפכה החוקתית הביאה גם להכרה בזכויות של הקורבנות.

שאלה מעניינת- בנושא של פסילה ראייתית, איפה נכנסות קורבנות העבירות. יש מעט מאוד אמירות בפסיקה בסוגיה הזו, יש הרבה יישומים של יששכרוב אך מעט אמירות בכיוון של ההגנה על הקורבנות.

## בגצ צמח – פגיעה בזכויות ועלויות תקציביות

האם לאור העובדה שזכויות חשודים ונאשמים עלו למדרגה חוקתית- האם זה אומר שאנו לא יכולים לקחת בחשבון שיקולים תקציביים? או שיש מקום לקחת בחשבון שיקולים תקציביים? **כאשר אנו מדברים על פגיעה בזכות, אנו מאפשרים זאת במסגרת פסקת ההגבלה**. במסגרת פסקת ההגבלה אין מנוס מלבדוק שיקולים תקציביים, כסף זו לא מילה גסה.

**בג"צ שגיא צמח**- מדובר היה בשאלה של מעצר לפני הבאה בפני שופט בצבא ולא באזרחות. חוק המעצרים החדש צמצם את זמן המעצר- מ-24 שעות ל-48 שעות. בצבא היה 105 שעות, התיקון מיטיב לחוק שקיצר את זה ל-96 שעות. בפרשת צמח- נתקף התיקון.

מדובר בסוגיה חוקתית- חוקים שקדמו לחוק היסוד הם משוריינים, אולם אם ישנו תיקון הוא כפוף לבדיקה לפי פסקת ההגבלה. ההלכה שעולה מצמח- גם תיקון מיטיב זקוק לבדיקה. מדוע הוגשה העתירה? התשובה היא- גם תיקון מיטיב כפוף לבדיקה לפי פסקת ההגבלה. הצבא טען שאין אפשרות לקצר את התקופה מאחר וישנו מחסור במשאבים. מדובר בעצורים רבים, בעיקר עריקים, כאשר יש מס' מוגבל של שופטים צבאיים. השופט זמיר לא מבטל את הטענה לגמרי, הוא אומר שההבדל בין מצוי לרצוי בגימטריא הוא כסף. אנו צריכים להתחשב בבעיית משאבים, השאלה עד כמה. שכן, מהצד השני ישנה פגיעה בזכות הכי קריטית- פגיעה בחירות. אנו רוצים כמה שיותר לצמצמם את התקופה הזו, מדובר באדם שנעצר וטרם פגש שופט. ביהמ"ש קבע בטלות התיקון, שיכנס לתוקף תוך חצי שנה. התקופה שנקבעה- 48 שעות. למדים מפס"ד: מבחינה חוקתית- אפילו תיקון מיטיב נקבע שהוא בטל. ואת האופן שבו מתייחסים למחסור במשאבים, הכול במידתיות ותלוי הזכות שנפגעת.

במאמר מוסגר יאמר- כל הנושא של רפורמות שבאות להרחיב את הזכויות לא תמיד משיגות את מטרתם בגלל בעיית המשאבים. לדוג' קיצור המעצר באזרחות ל-24 שעות. **ישנה הסכמה מאוד רחבה שזה לא מועיל לעצורים,** מאחר וזה כ"כ מעט זמן שהמשטרה לא מספיקה לעשות כלום והשופט נהיה לחותמת גומי במעצר הראשוני. ב-48 שעות היה יותר אפשרי למשטרה לתחקר את האדם, לבחון האם יש סיבה לבקש את הערכת מעצרו או שהיא יכולה לשחרר אותו. 24 שעות עוברות מהר מאוד, בסופו של דבר מה שקורה ששופט המעצרים דיי חותמת גומי, כי אם למשטרה יש קצה של קצה, צריך לתת לה להמשיך לחקור. זו דוגמא אחת מיני רבות, שכאשר עושים רפורמה שבאה להגדיל זכויות, אם היא במישור אחד היא לא תמיד מועילה. לדוג' להוסיף במקביל שופטים, שוטרים ועוד. הרעיון שמאחורי זה הוא נכון וטוב- לא יתכן שאדם יהיה במעצר מבלי שהיה הליך מסודר שבו הוא מובא לפני שופט שיש בו סנגור.

## במסגרת חזקת החפות, עיכוב ביצוע עונש עד החלטה בערעור (פסד ארנולד שוורץ)

סוגיה נוספת שהייתה לגביה רפורמה- **פס"ד ארנולד שוורץ** שיושם במקרים מסוימים. הסוגיה היא כזו: אדם מורשע בבית המשפט הדיוני, שלום או מחוזי, והוא מבקש עונש מאסר. הוא מבקש לעכב ביצוע עד לערעור. מצד אחד, חזקת החפות כבר לא קיימת או הופרכה אפשר לומר משום שהוא הורשע. מנגד, ישנו סיכוי כלשהוא שהדבר יתהפך בערעור כך שזה לא חלוט לגמרי.

עד חקיקת חוקי היסוד - ופס"ד שוורץ ששינה את המפה - הגישה הייתה שעיכוב ביצוע בזמן ערעור הוא חריג. כלומר, לרוב לא היה עיכוב ביצוע.

**פס"ד ארנולד שוורץ** - נדון לאחר חקיקת חוק היסוד ולכן הוא שינה לגמרי את נקודת האיזון. ההלכות שלו:

* הגשת ערעור כשלעצמה לא מעכבת ביצוע עונש מאסר אלא זה נתון לשיקול של ביהמ"ש.
* הגישה לפיה העיכוב הוא חריג ויינתן רק בנסיבות יוצאות דופן כבר אינה עומדת.
* ביהמ"ש יתחשב באינטרס הציבורי לאכיפה מידית מול האינטרס של הפרט בעיכוב.
* הנטל על המבקש את עיכוב העונש לשכנע את ביהמ"ש שבנסיבות המקרה נסוג האינטרס הציבורי בביצוע מיידי של העונש מפני אינטרסים נוספים שמעורבים בסוגיה.

כלומר, ההלכה היא כזו שעצם העובדה שהוגש ערעור לא מהווה סיבה לעכב את העונש, אך בהחלט יש פתח להראות לביהמ"ש שלמרות שהנאשם הורשע, באיזון האינטרסים רצוי לתת עיכוב ביצוע ולאפשר לנסות להוכיח חפות. ביהמ"ש מגיע למסקנה זו תוך ניתוח הנושא של **חזקת החפות**, חזקה שהיא חלק מהזכות החוקתית. ביהמ"ש אומר שנכון שחזקת החפות כורסמה, אך עדיין בגלל הסיכוי שקיים אנו לא נבטל לחלוטין את האפשרות. לא ראוי שרק במקרים חמורים אנו נעכב ביצוע.

### השיקולים של ביהמ"ש בעיכוב ביצוע העונש

אלו שיקולים ביהמ"ש אמר בפס"ד שוורץ שיילקחו בחשבון כאשר הוא דן בשאלה הזו?

1. חומרת העבירה ונסיבות העבירה- מידת המסוכנות שלו. אם אדם היה במעצר כל התקופה, הסיכוי שהוא יקבל עיכוב ביצוע של מאסר הוא מאוד נמוך.
2. אורך תקופת המאסר- ככל שהמאסר הוא קצר יותר, הנטייה תהיה לעכב אותו מאחר אם הוא ינהל ערעור, תוך כדי הליך הערעור הוא יכול לרצות את עונשו. אולם ככל שהמאסר הוא ארוך יש יותר חשש מבריחה. אינהרנטית יש סיכויים גבוהים יותר לבריחה. זה כמובן שיקול נגד עיכוב ביצוע.
3. נסיבות שקשורות באדם- עברו הפלילי, התנהגותו במהלך המשפט ועוד.
4. סיכויי ערעור- אנו לא יודעים אם הערעור עתיד להתקבל, אך ככל שיש סיכויים גדולים יותר לערעור כך תהיה נטייה להקל. ישנם כל מיני אינדיקציות לסיכויי ערעור:

* דעת רוב ומיעוט- כאשר ישנו רוב ומיעוט תמיד יש את הסיכוי שדעת המיעוט תהפוך לדעת רוב.
* ככל שמדובר במהימנות הדין אלו שאלות של ביהמ"ש הדיוני, אולם אם לנאשם עניין עקרוני שהוא מעלה ולא עובדתי זה יכול להעיד על סיכויים.

1. אם הערעור הוא רק על חומרת העונש, הסיכוי הוא נמוך יותר שכן חזקת החפות כבר לא עובדת שכן הרשעתו כבר חלוטה.

הערה- ביהמ"ש של הערעור מחליט אם לעכב או לא.

### יישום ההלכה בפרשות קצב ואולמרט

**פרשת קצב**- המחוזי הרשיע ונתן עונש חמור של 7 שנות מאסר. כאשר אומנם מבחינת חומרת העבירה ונסיבות הביצוע זה נראה לטובת אי עיכוב ביצוע. אולם במקרה הזה, השופט דנציגר בדן יחיד קיבל החלטה לעכב את הביצוע. הסיבה היא שלמרות שמדובר באונס, קצב לא היה במעצר באותה התקופה, החששות הרגילים של מסוכנות לציבור או בריחה היו פחות רלוונטיים. נקודה נוספת- דנציגר ראה סיכוי לערעור. הסנגורים שינו את ההגנה בערעור, בעוד הטענה במחוזי הייתה לא עשיתי כלום, לא היה דבר. בעליון הסנגורים טענו, זה קרה אך הייתה הסכמה. ולכן, הוא ראה סיכוי.

**פרשת אולמרט**- הורשע ל- 6 שנות מאסר, עבירה שהיא מאוד חמורה עם מאסר ארוך. אך גם במקרה זה ניתן עיכוב ביצוע זאת משום שבמהלך המשפט אולמרט לא היה במאסר, ואין חשש של מסוכנות ובריחה. פס"ד של השופט רוזן בת"א הוא פס"ד נסיבתי מאחר ויש הרבה עובדות שאינן מעל לכל ספק סביר.

## סמכויות חיפוש בגוף

בנושא זה לא נדון בהרחבה כי אנו נלמד על חוק החיפוש בגוף. ההשפעה המרכזית שעשו חוקי היסוד זה קודם כל המחוקק הגיע למסקנה שצריך לחוקק "חוק חיפוש בגוף" שעוסק בכל הסיטואציה של חיפוש בגוף החשוד, נטילת DNA ועוד. עוד לפני שנחקק החוק הזה, הייתה השפעה מידית של חוקי היסוד על הפסיקה.

### פס"ד גואטה – חיפוש צריך להעשות בכבוד והגינות

נדון מקרה שבו נעשה חיפוש על אדם משום שהיה חשד סביר שהוא החזיק סמים. הייתה הסכמה של החשוד, ולכן לקחו אותו למקום חשוך צדדי באחוריו בהסכמתו. השופט אלון אומר שגם כאשר ניתנת הסכמה זה לא אומר שהכל פרוץ ומותר. לפי הדינים שקדמו לחוק החיפוש בגוף, זה כן היה חיפוש שהוא מותר, בוודאי שבהסכמה. השופט אלון מוסיף, מאחר שמדובר בכבוד האדם וצנעת הפרט, יש לשמור על מידה סבירה של הגינות ולא לרמוס את כבודו של האדם. פס"ד זה מראה על ההשפעה עוד אפילו לפני חקיקת חוק החיפש.

### פס"ד לאוניד – חוק החיפוש חל על בדיקת השכרות בתעבורה ודרושה הסכמה

גם לאחר חקיקת חוק החיפוש, אנו יכולים לראות את השפעתו גם על דינים קודמים. למשל ב-**פס"ד לאוניד.** עסק בבדיקות שכרות ע"פ תקנות התעבורה. הפקודה קודמת לחוק היסוד והיא משוריינת. פס"ד לאוניד עשה מהלך מאוד מעניין, חוק החיפוש בגוף קובע שיש לבקש הסכמה קודם כל, בין אם זה חיפוש פנימי ובין אם חיצוני. עוד קובע החוק, שבעצם ככל שאין הוראות ספציפיות בחוקים אחרים לעניין חיפושים- הוא גובר. הסיבה היא ליצור אחידות הן בדיני מעצרים והן בחוק החיפושים, הכולל גם את ההוראה הזו. מעבר לזה, מדובר בחוקים מודרניים שנחקקו לאחר חוק היסוד והן כבר נחקקו מתוך מחשבה על מהי תכלית ראויה.

**פקודת התעבורה**- פקודה מנדטורית שקודמת לחוק היסוד. התקנות שנקבעו לפני שקובעות את אופן בדיקת השכרות, לא דורשת הסכמה. ביהמ"ש קובע שמיום שחוק החיפוש נכנס לתוקף נשמט הבסיס הנורמטיבי לעריכה של בדיקת שכרות ע"פ ההסדר שהיה קבוע בתקנות התעבורה. מאותו מועד, ניתן לבצע את הבדיקה רק על פי המתווה שנחקק בחופש החיפוש. כלומר, צריך הסכמה. המחוקק קבע בעקבות פס"ד חזקה- אם אדם לא מסכים לבדיקה, חזקה שהוא שיכור. באיזון האינטרסים מדובר בהכרח בשל המטריה של העניין. זו הסיבה שהמרצה מביאה את פס"ד, לא בגלל שהיא מלמדת שבדיקת שכרות צריכה להיות בהסכמה, אלא את האופן שבו חוקי היסוד השפיעו גם על דינים קודמים, שקדמו לחוקי היסוד. ביהמ"ש פטר את שמירת הדינים בכך שלא מדובר בחוקים אלא בתקנות. המהות של העניין- האופן שבו חוקי היסוד משפיעים גם על האלמנט של דיני החיפוש.

## ביטול חוק שאפשר הארכת מעצר ללא נוכחות חשוד בעבירות ביטחון (פלוני)

הארכת מעצר (תיקון מס' 2) תשע"א-2010

5. על אף הוראות סעיף 16(2) לחוק המעצרים, לעניין נוכחותו של עצור בעבירת ביטחון בדיון בהארכת מעצרו בתקופת המעצר כאמור בסעיף 4, ציווה ביתה משפט, בנוכחות העצור, על מעצרו לתקופה הקצרה מ-20 ימים, רשאי שופט של בית המשפט העליון לבקשת ראש אגף החקירות בשירות הביטחון הכללי שהוגשה בכתב בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה, להאריך את מעצרו של עצור כאמור שלא בנוכחותו, אם שוכנע כי אם תופסק החקירה לשם הבאת העצור לדיון קיימת אפשרות קרובה לוודאי לסיכול של מניעת פגיעה בחיי אדם; הארכת מעצר כאמור תהא לתקופות נוספות שלא יעלו על 72 שעות כל אחת, ובלבד שסך התקופות שבהן יוארך המעצר בלא נוכחות העצור לא יעלה על 144 שעות, או לא יעלה על יתרת התקופה שנותרה עד תום 20 ימים ממועד הדיון שהתקיים בנוכחותו, לפי הקצר.

**פס"ד פלוני**- נדון סע' 5 לחוק שעוסק בחקירת חשודים לעבירות ביטחון. בגלל שמדובר בעבירות שהם בד"כ עבירות אידיאולוגיות שאנשים לא ישתפו פעולה או חשודים שאינם תושבי ישראל. לכן, חוק זה מאפשר חריגה מחקירה רגילה. לדוג' סע' 5 אפשר **הארכה של מעצר ללא נוכחות החשוד**, אנו יודעים כי בד"כ ישנו מעצר ראשוני ע"י שוטר שאין בו נוכחות של שופט ואז מובא האדם להארכת מעצר, הארכה צריכה להיות בנוכחותו. אולם סע' 5 מאפשר הארכת מעצר ללא נוכחות החשוד. ביהמ"ש דן בשאלה האם ישנה פגיעה בזכות חוקתית? **נקבע שהנוכחות זה חלק מהזכות להליך הוגן שהיא קבועה בחוק היסוד, היא משתמעת מהזכות לכבוד האדם.**

ביהמ"ש קובע שהתכלית היא ראויה, סביר להניח שבאמצעות סע' 5 ניתן לאפשר חקירה יעילה יותר. אולם זה לא מידתי. **בייניש מגיעה למסקנה שזה לא מידתי**, בין היתר דווקא משום שהמדינה אומרת שלעיתים נדירות אנו משתמשים בזה, לכן מדוע אנו צריכים משהו שהוא כ"כ פוגעני בספר החוקים שלנו, בפרט שהפגיעה מתעצמת בשל העובדה שהרבה פעמים משולבים כמה סעיפים בחוק. לדוג' יש גם מניעת עורך דין וגם מניעת נוכחות. במצבים הרגילים ניתן לאפשר שהעו"ד יהיה נוכח בהארכה, אך בעבירות ביטחון ניתן למנוע נוכחות גם של חשוד וגם של עו"ד. לכן, הסע' בוטל אך הוא חוקק באופן מידתי יותר מחדש (התיקון אומר שאם הוא נעצר בנוכחותו לתקופה של פחות מ- 20 יום ניתן לעצור אותו לאחר מכן ל72 שעות כל אחת, ובלבד שסך התקופות שבהן יוארך המעצר בלא נוכחות העצור לא יעלה על 144 שעות, או לא יעלה על יתרת התקופה שנותרה עד תום 20 ימים ממועד הדיון שהתקיים בנוכחותו, לפי הקצר). כלומר, המחוקק הגיב לביהמ"ש בכך שהוא חוקק את החוק באופן מידתי. כך שניתן להקנות סמכות למישהו לאפשר במקרים חריגים לחרוג ולאפשר הארכה ללא מעצר. במקרה זה, מדובר בהשפעה של חוקי היסוד באופן שונה- בטלות של סע' חוק.

## טענה שאין להרשיע בדעת רוב

טענה זו נטענה **בפס"ד סיבוני**- בפס"ד זה הועלתה טענה יצירתית של עו"ד שבא ואומר שלא יתכן שבעידן החוקתי תהיה הרשעה בדעת רוב. שכן, על מנת שאדם יהיה מורשע מעל לכל ספק סביר, ברגע שיש לשופט אחד ספק סביר, ההרשעה אינה מעל לכל ספק סביר. הטענה הזו נדחתה משום הסע' של שמירת הדינים. סע' 80 לחוק בתי המשפט קובע איך מקבלים הכרעות שיפוטיות ובמשפט פלילי צריך רוב בכל אחד מסעיפי האישום. ביהמ"ש בא ואומר שסע' 80 הוא משהו שהוא בבסיס השיטה המשפטית שלנו, וזה סע' משוריין. כך שאם המחוקק ירצה לשנות זאת, הוא יעשה זאת. ביהמ"ש לא יכול לעשות דבר, שכן מדובר בסע' משוריין המהווה אבן יסוד של שיטת המשפט שלנו. כל עוד המחוקק קבע שאופן קבלת ההחלטה הוא כך, אין לשנות זאת.

## השפעה על קבילות ראיות

הדין בארץ היה דחייה מוחלטת של דוקטרינת **פירות העץ המורעל**, כלומר היתה דיכוטומיה בין הדין לתוצאה. יכולה להיות הפרה של כלל, של זכות [היוועצות, זכות השתיקה, חיפוש שנעשה שלא כדין] אך זה לא בהכרח הביא לבטלות התוצאה, זאת בניגוד לדין בארה"ב. חריגים:

1. חוק האזנות סתר אומר שהאזנת סתר שהתקבלה שלא כדין היא אינה קבילה.
2. ראיה שהושגה תוך פגיעה בפרטיות, אינה קבילה.
3. סע' 12 לפקודת הראיות- הודאה שאינה חופשית מרצון היא הודאה שאינה קבילה. במקרה זה אנו צריכים לקיים זוטא בשביל לבחון האם ההודאה הייתה חופשית ומרצון.

עם חקיקת חוקי היסוד נעשו ניסיונות של עו"ד לערער את אותה הדחייה של פירות העץ המורעל.

### פס"ד בלחנייס

אדם שהורשע בניסיון לרצח, הוא טוען שהוא **לא הוזהר בחקירתו בדבר זכותו שלא להפליל עצמו ועוד**. במקרה זה, השופט קדמי בעצם דחה את הטענה, הוא אומר שאזהרה היא כלי חשוב, אך זו אינה זכות יסוד, בוודאי שזה לא פוסל מבחינתו את ההודאה שהתקבל. מבחינתו הדין לא השתנה- כמו שבעבר אם היה פגם, השופט יכול לתת משקל נמוך יותר להודאה אך אין זה אומר שהודאה בטלה.

### פס"ד סמירק

גרמני שהתאסלם וסייע לחזבאללה, הוא הואשם ברצח. כאשר הוא מגיע לארץ חוקרי השב"כ עוצרים אותו בשדה התעופה אך הם **לא יידעו אותו בזכותו לשתוק**. בייניש חוזרת על התפיסה שהשתרשה- בהיעדר אזהרה כשלעצמה אין כדי לפסול את ההודאה כל עוד היא ניתנה ברצון חופשי. אולם היא בעצם מסמנת את העובדה שהיא רוצה לשנות את ההלכה. מה גם שבאותו מקרה היה מדובר באדם שנשקפה ממנו סכנה. היא אומרת דברים שמעידים על שינוי במגמה. [חסר ציטוט]. היא מסמנת את גישתה שהיעדר אזהרה יכול להוביל לפסילת ההודאה.

### בגץ יששכרוב – האיזון בין גילוי האמת להגנה על זכויות הנאשם

**פס"ד יששכרוב קובע מספר חידושים חשובים**

#### כלל הפסילה הפסיקתי

בייניש אומרת שתכלית אחת של הדין הפלילי היא **גילוי האמת**. אולם התכלית השניה היא **הגנה על זכויות**. איפה אנו נמצא את האיזון הנכון כיום? בכך שנותנים שק"ד לביהמ"ש לפסול ראיה שהושגה שלא כדין. באותו מקרה של פס"ד ישכרוב- מדובר בחייל שהודה בשירותו על שימוש עצמי בסמים. אולם השוטר בזדון נמנע מלהסביר לו על זכותו להיוועץ בעו"ד. יששכרוב הודה ועל בסיס ההודאה הוא הורשה. מדובר במקרה שהתאים לשופטת להחיל את כלל הפסילה. כלל הפסילה- במסגרת ההחלטה אם לפסול את הראיה, יילקחו שלושה שיקולים:

* אופיה וחומרתה של אי ההגינות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה. בהקשר זה, ההתנהגות של הרשויות, תו"ל מול זדון ועוד.
* ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה. כלומר, ישנם דברים שיש להם השפעה על התוצאה, על הראיה. לדוג' כאשר לא נאמר לנאשם על זכותו להיוועץ בעו"ד ולכן הוא הודה. כלומר, מדובר בראיה מושפעת.
* השפעת פסילת הראיה על מלאכת עשיית הצדק במובן הרחב. כאן נכנסים המון שיקולים. אם הראיה לא נדרשת להרשעה, הכי פשוט לומר שאנו פוסלים אותה. כמובן האיזון של האינטרסים- עד כמה באמת אנו זקוקים לראיה הזו- עד כמה אנו צריכים לאכוף את הדין מול לכבד את זכויות הנאשם.

במקרה של יששכרוב השופטת מגיעה למסקנה של הפעלת כלל הפסילה הפסיקתית. שכן, מדובר באי חוקיות חמורה מבחינת הרשויות- השוטר הצבאי בזדון לא אמר לו שהוא יכול להיוועץ בעו"ד. כמו כן, ישנה השפעה על הראיה שהושגה. ומבחינת מלאכת עשיית הצדק, הנזק שיגרם לחברה אם החייל לא יישב בכלא קטן לעומת הנזק של הפגיעה בזכויותיו .

פס"ד יוצר נקודת איזון אחרת בנושא של פסלות ראיות- מהלכה שלפיה פגם בהשגת ראיה לא פוסל אותה לנקודת איזון גמישה יותר שנותנת לביהמ"ש את הסמכות לפעול תוך הפעלת שק"ד. לכן זה נקרא כלל פסילה יחסי- מאחר ואינו מוחלט. בנוסף, היא דוקטרינה פסיקתית ולא חקוקה.

#### פרשנות נוספת של סע' 12 – הגנה גם על האוטונומיה של הרצון העצמי

עד לפס"ד וחקיקת חוקי היסוד התפיסה הייתה שהסע' הזה נועד ע"מ להגן על ערך שלמות הגוף והנפש, ולכן בתי המשפט פסלו הודאה תוך קבלת טענה שאינה חופשית ומרצון כאשר הוכח שחוקרים הפעילו אלימות פיזית או מילולית קשה בנחקר. בייניש באה ואומרת שסע' 12 בא להגן על זכות יסוד נוספת מעבר לשלמות גוף ונפש- האוטונומיה של הרצון העצמי. היא אומרת שאנו נפסול הודאות ע"פ סע' 12 **גם כאשר הוכח שהשתמשו באמצעים שפגעו ביכולת הבחירה החופשית של הנחקרים.** במקרה של יששכרוב היא קובעת שזה לא המצב- המצב לא היה שיכולת הבחירה החופשית שלו נפגעה. ולכן, בפס"ד יששכרוב ההודאה לא נפסלת מכוח סע' 12 אלא מכוח כלל הפסילה הפסיקתי.

### פס"ד אלזם – יישום שני הכללים של יששכרוב

שני הכללים יושמו- ישנה הודאה שנפסלה הן מכוח כלל הפסיקה הפסיקתי והן מכוח סע' 12. הרבה מאוד סטודנטים תמיד שוכחים את החלק של סע' 12 מאחר ופס"ד ידוע כמרכזי לגבי כלל הפסילה הפסיקתי אולם ישנה חשיבות רבה גם לפרשנות הנוספת של סע' 12.

עובדות המקרה: אדם שהורשע ברצח. כאשר נדון הערעור, זה היה בשלב שאותו אדם כבר מת. לא ברור אם הוא התאבד או נרצח בכלא. הוריו של אלזם התעקשו על ניהול המשך ההליך ע"מ הרצון לטהר את שמו. הסיטואציה באלזם זו סיטואציה של מדובב שחרג מתפקידו. בישראל הכלי של מדובב זה כלי לגיטימי. אלא מה שבאותו מקרה היה מדובר בהשגת גבול מאוד רצינית של המדובבים, הם הערערו את הביטחון של אלזם, הם גרמו לו לחשוב שלסנגור לא אכפת ממנו, הם ייעצו לו שלא לשמור על זכות השתיקה למרות שהסנגור ייעץ ההפך. ביהמ"ש קבע שהמדובבים פגעו לו בזכות השתיקה ובזכות ההיוועצות מאחר והשפעתם הייתה מאוד גדולה. ביהמ"ש פוסל את ההודאה באלזם הן מכוח כלל הפסילה הפסיקתי והן מכוח סע' 12.

באותו מקרה:

מבחינת כלל הפסילה הפסיקתי- לא הוכח חוסר תו"ל של החוקרים אבל מצד שני, ניתן לטעון **לקש"ס בין אי החוקיות לתוצאה**. ובנוסף, להודאה היה משקל מכריע בהרשעה. ביישום של הדברים לא התגלה חוסר תו"ל אך כן ישנו קש"ס.

מבחינת הפסילה ע"פ סע' 12- ביהמ"ש אומר שנפגעה היכולת/הרצון החופשי של הנאשם, הוא לא היה יכול להחליט בצורה מושכלת.

### פס"ד אסף שי – הרחבת ס' 34 (הזכות להוועץ בעו"ד) לחשוד שאינו עצור

הרחבה נוספת על פס"ד יששכרוב. עובדות המקרה: סיטוציה של אדם שהואשם במחוזי והורשע בהריגה בכביש. לא נאמר לו על זכות ההיוועצות בעו"ד וגם כאשר העו"ד הגיע לא הפסיקו את החקירה ע"מ לאפשר לשי להיוועץ עם העו"ד. מדוע ישנו סוג של הרחבה? הסעיפים בחוק המעצרים שעוסקים בהיוועצות- סע' 32- שכותרתו "הסברת זכויות החשוד", מדבר על עצור. סע' 34 מדבר על זכות החשוד שהוא עצור להיוועץ בעו"ד. אנו מדברים על סעיפים שנוגעים לעצורים. שי היה חשוד ולא עצור, הוא זומן גם לחקירה לא מיידית לאחר האירוע. ביששכרוב לא הייתה בעיה של מה קורה עם חשוד שאינו עצור, מאחר והחוק שהיה רלוונטי זה החש"צ [חוק שיפוט צבאי] שמקנה זכות היוועצות גם למי שאינו עצור, ביהמ"ש השאיר בצריך עיון מה קורה עם חוק המעצרים. ביהמ"ש אומר אילו כל הפגם היה שלא ידעו אותו על זכותו להיוועץ בעו"ד, הוא לא היה פוסל את ההודאה. אך ביהמ"ש כן **הרחיב את סע' 34 לחשוד שאינו עצור**. לכאורה לא הייתה שום בעיה לאפשר לו להפסיק את החקירה ולהיוועץ עם העו"ד כי החקירה לא הייתה דחופה. ההודאה הקימה את היסוד הנפשי של ההריגה כך שמדובר בפזיזות. אולם ביהמ"ש הוריד את דרגת העבירה לגרם מוות ברשלנות. **במקרה זה אנו רואים כי כלל הפסילה הפסיקתי הוביל לכך שביהמ"ש הוריד את דרגת העבירה.**

לסיכום:

1. הרחיבו את סע' 34 גם על מקרה שמדובר בחשוד שאינו עצור. לגבי סע' 32 הותירו בצ"ע.
2. הנפקות של פסילת ההודאה, תוצאתה אינה זיכוי מאחר וישנו אדם שמת, כך שפסילת ההודאה מובילה להורדה מהריגה לגרם מוות.

### פס"ד פרחי – הראיות הנגזרות של השופט לוי

עובדות מקרה: חקירת הרצח של עו"ד ענת פינר שנרצחה כאשר היא פתחה את הדלת למישהו. למשטרה בזמנו היה מבוי סתום בחקירה לחלוטין, אגב במשך שנים עד שבמקרה נתפס הרוצח כי הוא גנב אופנוע. בעקבות המבוי הסתום, הם לקחו DNA ממתנדבים שאינם חשודים, הובטח להם שה- DNA ישמש רק לצורך חקירת הרצח. ישנה הבטחה להשתמש בזה רק לצורך חקירת הרצח. בנוסף, לפי חוק החיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי בסע' 14 א' רבתי שעוסק בנטילת אמצעי זיהוי ממי שאינו חשוד, נקבע כי נטילת האמצעי יעשה רק לצורך העניין שלשמו הוא נבדק. במקרה זה שוטרת באופן אקראי רואה שה-DNA של פרחי זהה אחד לאחד ל-DNA של אנס סדרתי. בעקבות זה, עוצרים את פרחי ונותנים לו סיגריה לעשן. בדל הסיגריה הוכיח כי אכן מדובר באותו ה-DNA. הוגש כתב אישום נגד פרחי במחוזי בסדרת המעשים המגונים הללו, כאשר כבר בשלב של מעצר עד תום ההליכים הסנגור טוען להלכת יששכרוב- יש לפסול את ה-DNA משום שזה מנוגד להבטחה ולסע' חוק. הלכת יששכרוב היא הלכה פסיקתית, אם אנו ניישם את ההלכה בפס"ד פרחי אנו נגיע למסקנה שאין מקום לפסול:

* תו"ל של החוקרים- לא נעשה משהו בזדון.
* ה-DNA זו ראיה עצמאית ולא מושפעת.
* האיזון בין הפגיעה בזכויות הנאשם לבין איכפה החוק, אכיפת החוק גוברת מאחר ומדובר באנס סדרתי. סע' 14 א' לא קובע כלל פסילה [בשונה מחוק הגנת הפרטיות לדוג'] ולכן כל שנותר לנו זו הלכת יששכרוב המהווה כלל פסילה פסיקתי. ביישום של הכלל כפי שהצגתי לעיל, אין הצדקה להחיל את הכלל.

ביהמ"ש העליון- השופט לוי מנתח את אי החוקיות, הוא רואה באי החוקיות של המשטרה כחמורה- הן בהיבט של הפרת ההבטחה- זו פגיעה בזכות להליך הוגן ומפה אנו יכולים לראות פגיעה בזכות לאי הפללה עצמית, והן בהיבט של סע' 14 א'. ולכן, הוא קובע שה-DNA הראשון צריך להיות פסול מאחר ומדובר בפגם קשה ולא טכני, שכן בין ההתנהגות הפסולה לבין האופן שהושגה הראיה ישנה זיקה ברורה. לפיכך, השופט פוסל את ה-DNA הראשון שהושג. השאלה היא מה קורה עם הראיות הנגזרות?

שכן, בעקבות ה-DNA הראשון עצרו אותו והוא לא שיתף פעולה כך שיש לנו אי שיתוף פעולה בחקירה. בנוסף, ישנו איכון הפלאפון. מעבר לכך, בעקבות הפסלות הראשונה לא היה מתקבל ה-DNA השני. השאלה היא עד לאיפה אנו הולכים עם כלל הפסילה? השופט לוי קובע שמבחינה עובדתית צריך סיבתיות עובדתית בשביל לפסול את הראיות הנגזרות. אבל לכך הוא מוסיף דרישה של **סיבתיות משפטית**- כמה באמת ישנו קשר מהותי בין הראיה הראשונה לנגזרות שלה? כלומר, בתוך הסיבתיות המשפטית מכניסים שק"ד שיפוטי האם יש קשר כזה הדוק בין הראיות עד כזה שזה מחייב את פסילת הראיות הנגזרות.

מסקנתו של לוי ביישום של פס"ד: הוא פוסל גם את ה-DNA השני מאחר והקשר ביניהם הוא כה מהותי עד שזה הופך כמעט לאותה הראיה. אך מבחינת שק"ד השיפוטי- אין הוא פוסל את הראיות של אי שיתוף פעולה בחקירה ואיכון הפלאפון. על סמך ראיות אלו הוא מותיר את ההרשעה.

ניתן לבוא ולומר שזו חכמה קטנה על בסיס העובדה שבראשו הוא יודע שזה האנס מאחר וה-DNA זו ראיה פורנזית שהיא אפשר להתווכח איתה ולכן יש הרבה ביקורת על פס"ד שמחד, הוא פוסל ומאידך, הוא מותיר את ההרשעה על סמך הראיות הנוספות. אולם למדים מכאן הלכה ברורה על סמך הראיות הנגזרות.

שופטת חיות- היא לא אהבה את ההבחנה שעשה לוי בין ראיות נגזרות כאלו לאחרות. השאלה שצריכה להישאל- האם כאשר אנו נקבל את הראיות הנגזרות המשפט יהפך לבלתי הוגן? כאשר ההגינות היא לא רק כלפי הנאשם אלא גם כלפי קורבנות העבירה. מבחינתה, כל הראיות פסולות שכן כולם התקבלו מה-DNA הראשון. אנו מצויים במצב נתון שהראיות הנגזרות לא היו מתקבלות לולא הראיה הראשונה. היא טוענת כי ביהמ"ש לא יהיה בלתי הוגן אם הוא יקבל את ההרשעה ולכן היא מצטרפת להרשעה.

לקרוא: פס"ד שמש.

### פס"ד אלעוקה – בשונה מיששכרוב אין התייחסות לחומרת העבירה אלא למהות הפגיעה

עובדות המקרה: נאשם ברצח על רקע כבוד המשפחה שהיו לו שתי הודאות: א. בפני המדובב. ב. בפני חוקרי המשטרה. ביהמ"ש פסל את ההודאה בפני חוקרי המשטרה בשל **הפגיעה בזכות ההיוועצות**, שכן לא זו בלבד שמנעו את זכות ההיוועצות שלו אלא אמרו לו כל מיני אמירות לא ראויות מצידן, לדוג' "העו"ד רק רוצה את הכסף שלך".

לגבי המדובב- ביהמ"ש חוזר ואומר כי הפעלת מדובב חוקר של עצור היא תחבולה חקירתית מותרת כל עוד לא הופרו זכויותיו של החשוד להימנע מהפללה עצמית וזכותו להליך הוגן ועשיית צדק.

ביהמ"ש המחוזי התרשם שהמדובב במקרה הזה לא איים ולא השיג את הגבול כמו בעניין **אלזם**. ההרשעה של ביהמ"ש בפסק דין זה נותרה בעינה למרות הפסילה של ההודאה בפני החוקרים מאחר והייתה הודאה תקפה בפני המדובב.

**פס"ד זה חשוב בהיבט של ההתייחסות לחומרת העבירה במסגרת המבחן הפסילה הפסיקתית**-

**בפס"ד יששכרוב** ביהמ"ש אומר שחלק מהנסיבות שנבחנות במסגרת השאלה האם ראוי לפסול את הראיה זו חומרת העבירה. השופט הנדל בפס"ד אלעוקה אומר שהוא מסתייג מהגישה שמעניקה משקל ממשי לחומרת העבירה. מכמה סיבות:

1. לא הגיוני לומר שאסור לשלול באופן מהותי זכויות כמו הליך הוגן, חקירה הוגנת בעבירה שהיא עוון אך ניתן לעשות זאת בעבירה שהיא פשע. **יוצא שבעבירות עוון צריך לשמור על זכויות ואילו בעבירות פשע לא?** אין היגיון בזה שדווקא בעבירות חמורות צריך לשמור על זכויות, ולכן יש לשמור בהכרח על עבירה שהיא פשע.
2. כך שהתוצאה היא שבעקבות פס"ד אין משקל כה גדול לחומרת העבירה אלא למהות הפגיעה. כלומר, מהות הפגיעה בזכויות של הנאשם בוודאי צריכה לשחק תפקיד. **ככל שמהות הפגיעה חמורה יותר, כך הנטייה להפעיל את שק"ד ולפסול את העבירה יהיה רב יותר.**

הגישה הקנדית היא גישה שלא נותנת משקל לחומרת העבירה ואילו הגישה האמריקאית כן נותנת משקל. בעבירות כמו רצח יש חריגים לפירות העץ המורעל למרות שזה כלל שהוא מוחלט ולא תלוי שק"ד. פס"ד אלעוקה אפשר לומר מקבל את הגישה הקנדית במובן זה שבמאזן שביהמ"ש יינתן משקל פחות לחומרת העבירה.

### פס"ד שמש - שיקולים במסגרת כלל הפסילה הפסיקתית ידונו בהליך העיקרי

**היה ניסיון הרחבה**- פס"ד שמש זה פס"ד שבסופו של דבר בד"נ לא הורחבה הלכת יששכרוב אך הדיונים מאוד מעניינים.

**פס"ד זה עסק בשאלה האם ניתן להרחיב את האפשרות של פסילת ראיות עוד בשלב של לפני כתב אישום?** כלומר, באופן שחשוד או צד שלישי יוכלו למנוע העברת ראיות למשטרה. הלכת יששכרוב ופסקי הדין הנוספים מדברים על העלאת הטענה בשלב שישנו כתב אישום, נשאלת השאלה **האם ניתן לטעון טענות כאלו לא בשלב שיש כתב אישום ואנו במשפט אלא עוד בשלב שהמשטרה מבקשת ראיה**? עובדות: תאונת רכבות כאשר תחנת רכבת הקימה וועדת חקירה שבמסגרתה נשמעו עדויות. ישנו סע' 43 לפקודת סדר הדין הפלילי המאפשר למשטרה לבוא ולבקש צו להצגת חפץ, מידע, ראיה לצורך חקירה. הפקודה עוסקת בהליכים של לפני הגשת כתב אישום. ולכן, המשטרה מבקשת לצורך בחינת השאלה של הגשת כתב אישום לגבי תאונת הרכבת. מכוח סע' 43 היא מבקשת עדויות מוועדת החקירה. טוענים המעידים שלא ניתן להגיש את הראיות מאחר והן פסולות, שכן בוועדת חקירה לא מקפידים על הגינות החקירה בהליך פלילי. **טוענים לכלל הפסילה הפסיקתי עוד בשלב של לפני הגשת כתב האישום**. במסגרת רשות ערעור פלילי בביהמ"ש העליון השופט דנציגר אהד את הטענה הזו וסבר שיש היגיון להרחיב את הלכת יששכרוב גם לשלב של לפני הגשת כתב אישום- נימוקים:

1. זה יכול למנוע את ההליך עצמו, אם מדובר בראיות שהן פסולות שבלעדיהן לא ניתן להגיש כתב אישום, אין טעם להתחיל בהליך.
2. סע' 149(10) לחסד"פ קובע טענת הגנה מן הצדק, לפיה עצם הגשת כתב האישום אינה צודקת. הוא מסיק מזה שהמחוקק הכיר בנושא של הגינות כאשר היא שייכת לתקופה של לפני הגשת כתב האישום.
3. האפקט המצנן- אם אנו לא נחיל את הלכת יששכרוב בסיטואציות כאלו אנו נגרום לאפקט מצנן- אנשים לא ירצו להעיד באופן חופשי בוועדת חקירה אם אפשר להשתמש בהם באופן חופשי בהליך פלילי.

בדיון נוסף ניתן לראות התנצחות מסוימת בין השופט בייניש לדנציגר. **בייניש** חוזרת שוב על העקרונות בבסיס הדוקטרינה של הפסילה הפסיקתית- מידת אי החוקיות, השפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה, השפעה של פסילת הראיה על מערכת עשיית הצדק במובן הרחב- היא אומרת שישנו איזון מורכב של שיקולים במסגרת כלל הפסילה הפסיקתית שראוי שידונו בהם בהליך העיקרי.

### ע"פ 10715/08 ולס

עובדות המקרה: דובר היה באב חרדי שהואשם בהריגת הבן התינוק שלו בטלטול. הנאשם הודה בחקירה, הוא טען לפסילת ההודאה שלו הן מכוח כלל הפסילה הפסיקתית והן מכוח סע' 12 לפקודת הראיות. הוא טען כי שוטרת חקרה אותו ותוך החקירה היא ליטפה אותו. מבחינתו, בתור אדם שאסור לו להיות עם אישה בחדר סגור חוץ מאשתו, עצם הנוכחות של אישה גרמה לו לסערת רוחות ששללה את האוטונומיה שלו ואת רצונו העצמי. ביהמ"ש בהחלט אמר שלא נחה דעתו ממתכונת החקירה, הוא קבע שלא היה שם זדון מצד השוטרת אך ישנה פגיעה בכבוד האדם ועל המשטרה לקחת בחשבון פרמטרים כאלו- שמירת כבוד האדם וגילוי רגישות לדת. ביהמ"ש קבע שזה לא פגע באוטונומיית הרצון העצמי של הנאשם, כלומר הראיה לא נפסלה לפי פקודת הראיות. כמו כן, הוא לא פסל את זה לפי כלל הפסילה של יששכרוב. במקרה זה, האמצעים הרפואיים שנמצאו בגופת התינוק איששו את הודאת האב כך שהוא הורשע בהריגה.

### פסד לין – יש ליידע אפקטיבית בזכות למינוי סנגור ציבורי, אחרת אפשר לפסול את ההודאה (הרחבת זכות ההוועצות, יששכרוב)

**הרחבה של כלל הפסיקה- פס"ד לין**: דובר על הנושא של הודעה על זכות ההיוועצות, אך לא מדובר במצב שבו לא ניתנה הודעה אלא לא ניתנה הודעה על **הזכות למינוי סנגור ציבורי**. כלומר, לא הודע לאדם על זכותו לקבל סנגור ציבורי. עובדות המקרה: מדובר ברצח מזעזע ביותר שרצח את חברתו וביתר את הגופה, היו כמה הודאות של העובד זר, אך טרם הודאתו לא נאמר לו על זכותו לסנגור ציבורי (חוק הסניגוריה הציבורית ס' 19). אדם שהוא עובד זר, לומר לו שזכותו להיוועץ עם עו"ד היא חסרת כל משמעות, אלא יש לומר לו על זכותו לסנגור. רובינשטיין בהחלט לא שולל זאת, הוא אומר שהיתכנו מקרים בהם לשאלת מועד ההודאה ותוכנה עשויה להיות משמעות מכרעת לגבי קבילותה של ההודאה, וטוב יעשו הגורמים הרלוונטיים אם יקחו זאת בחשבון. הוא מרחיב את חובת ההיוועצות ואת אפשרות הפסילה לחובה אפקטיבית, לא מספיק לומר על זכותו להיוועץ אלא יש לומר על זכותו לקבל סנגור ציבורי. במקרה זה היו מספיק ראיות וביהמ"ש לא נדרש לדילמה של פסילת הודאה התוביל לשחרור אדם שביצע רצח מזעזע.

**בפס"ד זה הרחיבו את הלכת יששכרוב למצב של היוועצות אפקטיבית.** ייתכן לפסול מכוח כלל הפסילה הפסיקתית הודאה שניתנה למרות שהוא וויתר באופן מודע על זכות ההיוועצות אך לא זכות לסנגור. וויתור מבלי שהאדם מבין מה משמעותו אין לו משמעות. בראיה עתידית, אם לא נמלא את החובה הזו יכולה להיות פסילה.בפס"ד לין לא פסלו מאחר והוא שיחזר את ההודאה כמה פעמים והמשטרה פעלה בתו"ל.

### פסד בן חיים – הרחבת יששכרוב לראיות חפציות [חיפוש דורש או חשד או הסכמה מדעת(!)]

**הרחבה נוספת לנושא של חיפושים:**

עד עכשיו אנו דיברנו על פסילת של הודאות, ראיות, עכשיו אנו מדברים על חיפושים. **בפס"ד בן חיים** אנו מדברים על **קבילות של ראיות חפציות** שנמצאו בחיפושים שנטען שלא נעשו כדין. כלומר, בשל פגם בחיפוש. בגלל שבן חיים היה מקרה שהוא מקרה ראשוני, איחדו שלושה תיקים שדנו בהם בנושא זה. שלוש סיטואציות:

1. שוטרים בסיור דרשו מהאדם להוציא את מה שהוא החזיק בכיס והתגלתה סכין.
2. אדם נאשם בעבירה של אחזקת סם מסוכן, עשו חיפוש בבית אימו כאשר הוא לא היה בבית. החיפוש נעשה בהסכמת האם אך ללא צו חיפוש.
3. אדם מואשם בהחזקת סמים אחרי שבביתו נמצאו כדורים, החיפוש נעשה ללא צו שיפוטי אך לאחר מידע מודיעיני.

לפי הפסד"פ- סע' 25 מדבר על חיפוש בבית/מקום שלא ע"פ צו. כאשר קוראים את הסע' רואים שיש צורך ביסוד סביר, כלומר שוטר רשאי לחפש אם יש לשוטר יסוד סביר להניח שמתבצע שם פשע.

סע' 29 לפקודה מדבר על חיפוש באדם- כאן אנו רואים שישנה דרישה ליסוד סביר לחשד שהאדם מסתיר חפץ שהם מחפשים.

**חיפוש שלא על פי צו חיפוש**

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

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

(2)   תופש הבית או המקום פונה לעזרת המשטרה;

(3)   אדם המצוי שם פונה לעזרת המשטרה ויש יסוד להניח שמבוצעת שם עבירה;

(4)   השוטר רודף אחרי אדם המתחמק ממעצר או נמלט ממשמורת חוקית.

**חיפוש באדם**

29.   נמצא אדם בבית או במקום שמחפשים בו או בקרבתו, ויש יסוד סביר לחשוד שהוא מסתיר אצלו חפץ שמחפשים, או שרשאים לחפש אחריו - מותר לחפש על גופו, כאמור בסעיף 22 מיד; רשימת החפצים שנמצאו ונתפסו תיערך ותיחתם בידי עדים, כאמור בסעיף 27, והעתק הרשימה חתומה כאמור יימסר לאדם לפי דרישתו.

כאשר עצרו את האדם ברחוב, לא היה יסוד סביר לחשד שהוא אוחז בסכין, הוא הוציא את הסיכון בהסכמה. כמו כן, כאשר נכנסו לבית של האימא, לא היה יסוד סביר להניח שיש שם סמים אך היא הסכימה לכך. **ביהמ"ש שאל האם ההסכמה יכולה להוות תחליף ליסוד סביר לחשד?** **בייניש- אומרת שכן, אבל זו צריכה להיות הסכמה מדעת. המשמעות היא שצריך לומר לאדם שמותר לו לא להסכים, להבהיר לו שנתונה לו הזכות לסרב**. אדם צריך להיות מודע לזכותו לסרב.

מכוח דוקטרינת הפסילה ביששכרוב נפסלו הסכין והסמים שנמצאו בבית האם ומכוח כך היה הזיכוי. במקרה השלישי היה מידע מודיעני, קרי יסוד סביר לחשד ולכן החיפוש היה חוקי.

**מדובר בהרחבה מעניינת מאחר ולא מדובר בהודאות אלא מדובר על ראיות חפציות**.

**פס"ד סיד**- עלתה שאלה מאוד מעניינת לגבי מצב של חקירות שב"כ שקיימת לגביהן הגנת הצורך. במצבים של "פצצה מתקתקת" לחוקרי שב"כ מותר להפעיל אמצעי חקירה שהם לא אמצעים שגרתיים. אמצעים אלו לא נועדו בשביל להוציא הודאות על מעשים קודמים אלא בשביל למנוע עבירות בעתיד. הסיטואציה הזו עלתה לגבי רוצח שתכנן את הפיגוע במלון פארק בנתניה. העו"ד שלו טען שהעובדה כי אמצעי חוקרי השב"כ לא היו פסולים מאחר והגנת הצורך חלה, לא מונעת את הפסילה שלהם מכוח הלכת יששכרוב. כלומר, ניתן לפסול את ההודאה שלו לגבי דברים שהוא עשה כי הופעלו אמצעים פסולים. כך שהגנת הצורך לחוד ופסילה פסיקתית לחוד.

ביהמ"ש בהחלט לא נפנף את הטענה הזו, הוא מעלה את האפשרות שגם אם את התנהגות חקירת השב"כ ניתנת להצדקה בשל אילוצי השעה אין בכך בהכרח לסלול את הדרך לכבילות הראיה. ביהמ"ש אומר התנהגות לחוד וכבילות לחוד. ההתנהגות שלהם חוקית מאחר והגנת הצורך קיימת אך אין זה אומר שהראיות כבילות. באותו עניין, זה לא נדרש להכרעה מאחר והיה ניתן להרשיע את המערער גם ללא הודאתו. מדובר בפס"ד מעניין בגלל האפשרות של ביהמ"ש מעלה.

**הנושא של המשפט החוקתי ילווה אותנו לכל אורך הסמסטר, אנו נראה הרחבות נוספות וניואנסים בנושא של מעצרים ונושאים אחרים.**

* **ישנם ארבעה שלבים בהליך הפלילי:**

1. חקירה
2. עמדה לדין
3. משפט
4. פוסל משפט

# חקירה

**שלב ראשון- חקירה:**

מיהו הגוף החוקר? כמובן שקודם כל, המשטרה אך לא רק. **סע' 3 לפקודת המשטרה** קובע שהמשטרה היא הגוף החוקר מספר אחד בישראל. מעבר למשטרה, ישנם השב"כ, ממונה על ההגבלים העסקיים, פקחים, רשויות מע"מ, רשות לניירות ערך- גופים ספציפיים בעלי סמכות חקירה ספציפית.

מהי חקירה?

יש משמעות רחבה של חקירה- על הליך שבו הגוף החוקר מברר את העובדות ואוסף את הראיות. כאשר זה כולל כמובן חיפושים באדם או במקום, האזנות סתר, עיכובים, מעקבים, איסוף ראיות ועוד. במובן הצר, הרבה פעמים משתמשים במינוח חקירה לתשאול.

תשאול- חקירה במובן של שאילת שאלות כלפי אדם מסוים, מדובר בחלק חשוב מהחקירות.

## פתיחת חקירה (ס' 58 , 59)

**סע' 59 לחסד"פ קובע**- חקירה יכולה להיפתח בשל תלונה או בדרך אחרת. דרך אחרת יכולה להיות כל דבר, שיטור, תצפיות, מעקבים ועוד.

תלונה- סע' 58 לחסד"פ קובע שכל אדם רשאי להגיש תלונה למשטרה על עבירה שבוצעה. כלומר, לאו דווקא מתלונן, גם אדם שהוא עד למעשה מסוים.

**תלונה [52]**

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

**חקירת המשטרה [53]**

59.   נודע למשטרה על ביצוע עבירה, אם על פי תלונה ואם בכל דרך אחרת, תפתח בחקירה; אולם בעבירה שאינה פשע רשאי קצין משטרה בדרגת פקד ומעלה להורות שלא לחקור אם היה סבור שאין בדבר ענין לציבור או אם היתה רשות אחרת מוסמכת על פי דין לחקור בעבירה.

**בין אם זו תלונה ובין אם זו דרך אחרת המשטרה חייבת לחקור**. חריג- עבירה שהיא לא פשע, **קצין בדרגת פקד ומעלה** יכול להחליט שלא לחקור. הסיבות:

1. אין עניין לציבור.
2. רשות אחרת מוסמכת לחקור- לדוג' נניח שמדובר בעבירה שהיא בסמכות לרשות לניירות ערך ולכן המשטרה מחליטה שלא לחקור.

### פסד צדוק – לא תמיד קיימת החובה לחקור (יש עתירות סרק)

החובה לחקור היא שאלה מעניינת- נניח שמוגשת תלונה שאין לגביה שום בסיס ראייתי, האם המשטרה חייבת לחקור?

**פס"ד צדוק**- עתירה לחקור את רפי גינת ואנשים נוספים מהתוכנית כולבוטק. נעשה תחקיר לגבי הטרדות מיניות של ראש לשכה מסוים. בעקבות אותו תחקיר הוא הועמד לדין. הוא הגיש תלונה לפיה עורכי התוכנית הגיעו לחוקר הראיות תוך כדי ביצוע עבירות שהן פשע- קבלת דבר במרמה, שוחד. המשטרה לא חקרה את המקרה בעילה של אין אשמה פלילית. ולכן, הייתה עתירה לבג"ץ בטענה שעבירה מסוג פשע המשטרה חייבת לחקור. הפרקליטות דחתה את הערער ולכן הוגשה עתירה לבג"ץ ביהמ"ש קובע ישנן הרבה פעמים עתירות סרק, הרעיון של חובה לחקור זו לא חובה שתמיד תחול.

### ערעור על החלטה שלא לחקור (ס' 63,64)

מה הסעד של מישהו שהתלונן והמשטרה סגרה את התלונה? ערער- הודעה על החלטה שלא לחקור נמסרת למתלונן לפי סע' 63 לחסד"פ. לפי סע' 64 ניתן לערעור, לכל החלטה יש פונקציונר מסוים בפרקליטות שמוסמך לדון בערער. מאחר ששק"ד שניתן ליועץ המשפטי לממשלה ולגופים שתחתיו הוא מאוד רחב, סיכויי ההתערבות של ביהמ"ש הם לא גדולים.

#### בגץ שפטל – ערעור על החלטה שלא לחקור

**בג"ץ שפטל נגד היועמ"ש**- באותה פרשה שפטל [העו"ד של דמיאניוק] הגיש תלונה נגש עיתונאי שכתב רשימות עיתונאיות שהיתה בהן הפרה של סוביודיצה- בסע' 71 לחוק בתי המשפט ישנה עבירה הקובעת שאסור לעשות דברים שיש בהם השפעה על הליך שיפוטי תלוי ועומד. אם ניתן לצפות שזה קרוב וודאי ישפיע, רואים בזה כמטרה להשפיע מבחינת יסוד הנפשי. ישנו גם מבחן אובייקטיבי האם יש בפרסום זה בכדי להשפיע. עבירה זו הפכה לאות מתה- כלומר, נדיר מאוד שמשתמשים בעבירה זו. במקרה זה היה מדובר בעיתונאי ניצול שעה בהם הוא טוען שדמניוק היוונה. שפטל מגיש ערער, הערער נדחה והוא מגיש בג"ץ. ביהמ"ש שלל את הנימוק של המשטרה שלא לחקור מאחר והעיתונאי הוא ניצול שואה. ביהמ"ש קבע שהנימוק שהוא ניצול שואה לא מהווה נימוק רלוונטי, בד"כ אין התערבות מאחר וישנו שק"ד רחב לרשויות האכיפה שהן מקצועיות, אך העובדה שאדם הוא ניצול שואה לא רלוונטית, שכן בצורה מושכלת הוא פרסם רשימות שמטרתן להשפיע על הליך שיפוטי ולכן אין זה רלוונטי העובדה שהוא ניצול שעה. התוצאה היא שביהמ"ש מורה ליועמ"ש להורות למשטרה לחקור. מדובר בדוגמא נדירה בה ביהמ"ש כן מתערב בשק"ד של היועמ"ש.

## מעורבות התביעה בחקירה

האם התביעה שחולשת על הליך העמדה לדין, אינה מעורבת בשלב החקירה?

לתביעה בארץ בהחלט יש אפשרות להיות מעורבת ואפילו לתת הוראות בניהול החקירה. כמובן שהתביעה המשטרתית זה בעצם תובעים שנמצאים במשטרה ולכן ברי כי ישנה מעורבות. אך גם לגבי תיקים שהם יותר חמורים והם מטופלים בפרקליטות, המשטרה כפופה לפרקליטות.

**ניתן להקיש את האמור ממספר סעיפים למרות שזה לא כתוב שחור על גבי לבן:**

1. **סע' 64 לחסד"פ-** סע' זה מאפשר להגיש ערער לפרקליטות אם המשטרה מחליטה שלא לחקור. לפרקליטות סמכות להורות למשטרה לחקור ולכן ניתן להסיק מכך שהפרקליטות סמכות להורות לחקור מראש.

64.   (א)  על החלטה שלא לחקור או שלא להעמיד לדין, משום שאין בחקירה או במשפט ענין לציבור, שלא נמצאו ראיות מספיקות או שנקבע שאין אשמה, רשאי המתלונן לערור כלהלן:

1. **סע' 61 לחסד"פ**- השלמת חקירה. הרשות התובעת יכולה לקבל את החומר ולומר למשטרה שהם זקוקים להשלמות חקירה. כלומר, לפרקליטות סמכות לתת הוראות בשלב מאוחר יותר ולכן ניתן להסיק שבסמכותה לתת הוראות מראש.

61. הועבר חומר החקירה כאמור בסעיף 60, רשאי היועץ המשפטי לממשלה או תובע להורות למשטרה להוסיף לחקור, אם מצא שיש צורך  
 בכך לשם החלטה בדבר העמדה לדין או לשם ניהול יעיל של המשפט.

1. **היועמ"ש כאחראי על כל רשויות האכיפה**- בשורה של פס"ד ביהמ"ש חיזק את מעמד היועמ"ש כעומד בראש על מערכת האכיפה הפלילית. ישנו פס"ד שהפצ"ר כפוף ליועמ"ש במובן זה שהוא צריך לפעול לפי ההנחיות של היועמ"ש.

### בדיקה משטרתית/פרקליטותית (התנועה לאיכות השלטון)

מונח שלא קבוע בחוק. מטרתו- הרבה פעמים, בעיקר שמדובר באנשי ציבור, לא רוצים ליצור מצב שמתחילים בחקירה, שכן חקירה יוצרת סטיגמה ובעייתיות מסוימת. לכן, כאשר זה לא ברור, לא רוצים להתחיל בקיצוניות של חקירה אלא עושים בדיקה מקדמית- האם אנו בכלל רוצים לחקור? היועמ"ש בודק האם להורות למשטרה לחקור. כאשר זה בהחלט מצמצם נזק לחשודים פוטנציאליים מאחר ואם היועמ"ש מחליט שלא לחקור לא נפתח תיק.

הנושא הזה נתקף בבג"ץ 3903/01 התנועה לאיכות השלטון נוגד היועמ"ש- במקרה זה התנועה לאיכות השלטון הגישה תלונה נגד המנהלת לרשות לניירות ערך בטענה לשחיתויות. בפרקליטות החליטו על עריכת בדיקה. ובמסגרת הבדיקה הזו, שמעו אנשים, ראו ראיות ועוד, בסופה הוחלט שלא להורות למשטרה לחקור. העתירה היא כנגד הפרקליטות=היועמ"ש שביצע בדיקה שבעקבותיה הורה למשטרה לא לחקור. בג"ץ נתן לגיטימציה הן להליך של הבדיקה [למרות שאינו קבוע בחוק, הליך זה בא להגדיל זכויות ולא לפגוע בזכות ולכן אין הכרח שיהיה קבוע בחוק], הן לפרקטיקה- החלטה הנתונה ליועמ"ש והן לשאלה מה תכלול הבדיקה הזו. **ביהמ"ש קבע שבין שאר תחומי הפעילות של היועמ"ש, הוא מופקד על אכיפת החוק הפלילי והוא מוסמך להורות על פתיחת חקירה, וממילא הוא מוסמך להורות על עריכת בדיקה ולא חקירה**. כאשר לא ניתן לקבוע קריטריונים לגבי היקף, אופי וטיב הבדיקה- זה נתון לשק"ד של היועמ"ש. **ככל שמידת אי הוודאות גדולה יותר וככל שיש חשש שהתלונה היא תלונת סרק, כך מתבקשת בדיקה**. חלק מהטענה באותה העתירה הייתה שהפרקליטות ביצעה תפקיד שהוא לא שלה שכן היא בדקה ראיות ודיברה עם אנשים למרות שזו סמכות המשטרה. ביהמ"ש קבע שבמסגרת הבדיקה הזו לא ניתן לקבוע מה היקף הסמכות אלא זה נתון לשיקול דעתם. ניתנה לגיטימציה בשלושה מישורים:

1. קיום ההליך עצמו.
2. שק"ד רחב מתי לפתוח בהליך.
3. תוכן ההליך- היקפו, טיבו ואופיו. אופיו- האם הבדיקה תיערך בממשלה או בפרקליטות.

## סמכות השוטרים לחקור (הוועד נגד עינויים. ס' 2(1) לפק' העדות וכן שימוש באמצעים לא נעימים)

החקירה במובן הצר- תשאול של עדים וחשודים:

### מאיפה הסמכות של שוטרים לבוא ולומר לעד או לחשוד "תענה לי על שאלות"?

**חקירת עדים ע"י  קצין משטרה וכו' מס' 32 לש' 1944**

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

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

**סע' 2(1)** לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות) קובע כי קצין משטרה מדרגת מפקח ומעלה או כל מי ששר המשפטים הסמיך אותו ["קצין" אינו חייב להיות בדרגת קצין, אלא הכוונה היא ל OFFICER] לכתוב הודעה של עד או הודאה של חשוד ולשאול שאלות. מדובר בסמכות מאוד רחבה שמאפשרת לשאול שאלות. בעוד **סע' קטן (2)** מחייבת את הנשאל להשיב. אדם שנחקר חייב להשיב נכונה על כל השאלות שיציג לו קצין משטרה או קצין מורשה, למעט שאלות שיכולות להעמיד בסכנת הפללה עצמית. מקור הסמכות סע' 2- בחלקו הראשון הוא מקנה סמכות ובחלקו השני הוא קובע הוראה המחייבת לענות. **בג"ץ הוועד נגד עינויים**- פס"ד שמתייתר לאור העובדה שיש חוק שב"כ ותקנות על פיו. פס"ד זה חשוב ברמה העקרונית מאחר והוא נדון לפני חוק השב"כ. טענה ראשונה- אין לחוקרי שב"כ סמכות חוקית לחקור. טענה שניה- בהנחה שיש להם סמכות לחקור, מה כוללת סמכות החקירה הזו, האם הם יכולים להפעיל אמצעים פיזיים? ביהמ"ש אומר שסמכות החקירה היא עצמה פגיעה בזכויות יסוד. החקירה כביכול הכי רגילה היא פגיעה בזכות יסוד של אדם, היא אמצעי לא נעים שחייב להיות לה מקור חוקי. ביהמ"ש לא היה מוכן לקבל את הטענה שזה מכוח הסמכות השיורית של הממשלה- לממשלה יש סמכות לעשות את כל מה שלא מוטל על רשות אחרת למעט פעולות שפוגעות בזכויות אדם (ולכן שב"כ לא יכול לקבל סמכות מסמכות שיורית זאת). ביהמ"ש פתר את השאלה הזו באמצעות ההסמכות שיש לחוקרי השב"כ לפי **סע' 2(1) לפקודת העדות** ע"י שר המשפטים, שכן אמרנו שהסמכות נתונה או לקציני משטרה או למי ששר המשפטים הסמיך. ביהמ"ש קבע שזו סמכות רטרואקטיבית. כאמור, כיום הלכה זו מתייתרת שכן יש חוק שב"כ שקובע את הסמכויות.

### באילו אמצעים פיזיים יכולים החוקרים להשתמש במהלך החקירה?

ביהמ"ש קבע **שכל מה שהוא ברוטאלי ולא אנושי הוא אסור תמיד**. לגבי אמצעי חקירה שיכולים לגרום לחוסר נעימות, חוסר שינה ועוד- הם אפשריים רק כדי לקדם צורך חקירתי אינהרנטי. כלומר, לא משתמשים באמצעי חקירה לא נעים רק כדי להחליש התנגדות של נאשם. לסיכום- פעולה ברוטאלית אסורה לחלוטין ואילו פעולות נוספות מותרות רק כאשר מדובר בצורך חקירה אינהרנטי.

**חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים) משנת 2000** קובע הוראות לגבי תיעוד החקירה, שפת החקירה, מיקום החקירה. לדוג' הוא קובע איך לתעד את החקירה, באיזה שפה מתקיימת החקירה ועוד.

## זכויות נאשם

### הזכות לאי הפללה עצמית

ישנם שלושה מקורות שעוסקים בזכות זו. מהות הזכות- זכותו של אדם שלא להפליל את עצמו, שלא לתת מידע שיפליל את עצמו. בשיטה האדוורסרית מדובר בשני צדדים מנוגדים, המדינה היא זו שצריכה להביא את הראיות, החשוד לא צריך לסייע. סע' 2(1) לפקודת העדות הוא זה שמחייב חשוד/ נאשם לענות לשאלות של שוטר.

סעיפי חוק רלוונטיים**:**

* סע' 2(2) לפקודת העדות מסייג החובה להגיב לשוטר במידה וזה יוביל להפללה עצמית (ראה עמוד קודם).
* סע' 28(א) לחוק המעצרים. (לא יחליט הקצין הממונה על מעצרו של אדם, על המשך מעצרו או על שחרורו בערובה, ולא יקבע את סוג הערובה, גובהה ותנאיה, בלי שיתן תחילה לאותו אדם הזדמנות להשמיע את דברו, לאחר שהזהירו כי אינו חייב לומר דבר העלול להפלילו, כי כל דבר שיאמר עשוי לשמש ראיה נגדו וכן כי הימנעותו מלהשיב על שאלות עשויה לחזק את הראיות נגדו).
* סע' 47(א) לפקודת הראיות, סע זה קובע שאין אדם חייב למסור ראיה אם יש בה ראיה או עובדה ליסוד מיסודותיה של עבירה שהוא הורשע בה או עשוי להיות מורשע בה (אין אדם חייב למסור ראיה אם יש בה הודיה בעובדה שהיא יסוד מיסודותיה של עבירה שהוא מואשם בה או עשוי להיות מואשם בה)

הזכות הזו קיימת לכל נחקר, הן לעדים והן לחשודים. לחשודים קיימת זכות רחבה יותר מן הזכות לאי הפללה עצמית והיא נקראת "**זכות השתיקה**". זכות זו לא כתובה בחוק, היא משהו שאנו ירשנו באנגליה- כללים שהתפתחו בפסיקה האנגלית ואוגדו בתחילת המאה ה-20 לאוסף של כללים שנקרא תקנות השופטים באנגליה, אנו ירשנו אותם בסימן 46 לדבר המלך במועצה. המשמעות של תקנות השופטים היא שחשוד, בשונה מעד, מותר לו לא לומר דבר. עד זכאי לא לענות של שאלות שעלולות להפליל אותו אולם הוא חייב לענות על השאלות האחרות, חשוד יכול שלא לענות על אף אחת מהשאלות.

#### פס"ד אלמליח - לחשוד עומדת זכות השתיקה (לעד רק זכות לאי הפללה עצמית)

עובדות המקרה: אלמליח נחשד בזיוף מסמך, הוא הוזהר כדין אך הוא בחר כן לענות על השאלה. כאשר הוא נשאל על אנשים אחרים המעורבים בתיק הוא סרב לענות. הוא עמד בדין על הפרת חובה חקוקה- סע' 2 לחוק העדות ושיבוש הליכי חקירה. ביהמ"ש העליון זיכה אותו בטענה שאילו הוא היה עד הייתה עומדת לו רק הזכות לאי הפללה עצמית והוא לא היה יכול לסרב לענות על השאלה. אולם בהיותו חשוד עומדת לו זכות רחבה יותר מן הזכות לאי הפללה עצמית והיא זכות השתיקה. לפיכך, הוא היה יכול לסרב לענות לשאלה זו למרות שהיא לא שאלה שמפלילה אותו אלא אחרים.

#### פס"ד גלעד שרון – לגבי מסמכים לא קיימת זכות השתיקה אלא הזכות לאי הפללה עצמית

נשאלה השאלה **האם זכות השתיקה** שהיא הזכות הרחבה **כוללת גם מסירת מסמכים**? האם חשוד שהוצא נגדו צו למסירת מסמכים, הוא אומר שהוא לא מוסר אף מסמך מתוקף זכות השתיקה שלו. ביהמ"ש עבר על הרציונאליים של זכות השתיקה:

1. דאגה לחשוד- במהלך חקירה פלילית החשוד ניצב למד מול החוקרים ללא סיוע משפטי, יש חשש שחוקרי משטרה השתמשו לרעה בכוח שבידיהם בשביל להוציא הודאות.
2. הגנה על שיטת המשפט מפני הודאות שווא של חשודים- סיטואציה של חקירה היא מלחיצה ואם לא יתאפשר לחשוד לשתוק הוא עלול לתת הודאת שווא?
3. הימנעות מהטלת חובות עשה על חשוד- בהליך האדברסרי התביעה צריכה לגייס את הראיות ולא החשוד צריך לגייס את הראיות בעצמו.

ביהמ"ש לקח את הרציונאלים הללו ובדק האם הם חלים על מסמכים. הוא קבע שלא- שכן, לפני מסירת המסמכים החשוד יכול להיוועץ בעו"ד, הוא יכול לפעול לביטול הצו, אין לנו חשש מאמצעים פסולים מצד השוטרים מאחר ומדובר בראיות אובייקטיביות. עוד אומר ביהמ"ש שהחשש מפני הודאה כוזבת לא קיימת מאחר ומדובר במסמכים. מעבר לכך, הרציונאל של אי הטלת חובות עשה לא חל כאן מאחר ולא אומרים לו להכין מסמכים אלא למסור מסמכים קיימים.

**ביהמ"ש הוטרד מאחר וכל חשוד שיש נגדו צו למסירת מסמכים אומר "יש לי זכות שתיקה" ולכן ביהמ"ש קבע שבנוגע למסמכים קיימת לחשוד רק הזכות לחיסיון מפני אי הפללה עצמית.**

#### פס"ד לגיזלאל

הוגש כ"א נגד אדם והסנגור צילם את חומר החקריה. התביעה איבדה את החומר, וכשהיא ביקשה את זה מהסנגוריה, הסנגוריה טענה לזכות לאי הפללה עצמית ומשום כך לא ימסרו לה את החומר. ביהמ"ש מתוקף סמכותו התבועה [דברים שהם אינהרנטים לסמכות מסוימת, שלא כתובים בחוק] הורה לסנגור לגלות את התיק לעיון התביעה וביהמ"ש אומר שמדובר בעניין טכני, החזרת המצב לקדמותו ואין פה פגיעה בזכות לאי הפללה עצמית.

### זכות ההוועצות - קשורה ישירות לאי הפללה עצמית וזכות השתיקה, הפרתה בהתאם להלכת יששכרוב

מה קורה אם הופרה הזכות? כלומר אדם לא הוזהר, לא אמרו לו שזכותו לשתוק. בעבר, ראיה זו הייתה קבילה- טיפלו בראיה זו לא במישור הקבילות אלא במישור המשקל. כאמור בשיעורים קודמים, ביהמ"ש בהתחלה **בפרשת סמירק** [גרמני שהתאסלם וסייע למלחמה] בייניש מאותת שהיא עתידה לשנות את ההלכה. היא אומרת כי מדובר בשאלה נכבדה האם לאחר חקיקת חוקי היסוד אי אזהרה בדבר זכותו של הנאשם עולה כדי פסילת הראיה? נקבע **בפס"ד יששכרוב** כי ביהמ"ש לפי כלל הפסילה הפסיקתי, שוקל את נסיבות המקרה ומחליט האם לפסול את ההודאה. אומנם בפס"ד יששכרוב היה **מדובר בזכות ההיוועצות אך זו זכות שקשורה בקשר ישיר לזכות של אי הפללה עצמית ולזכות השתיקה** (זכות ההוועצות מגשימה את זכות השתיקה). התוצאה של אי מתן אזהרה היא בהתאם ליישום הלכת יששכרוב- כלל הפסילה הפסיקתי.

סע' 32 לחוק המעצרים קובע את החובה להודיע לעצור את זכותו להיוועץ בעו"ד.

סע' 34 קובע זכות העצור להיפגש עם עו"ד.

**הסברת זכויות לעצור**

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

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

(2)  את משך הזמן שניתן להחזיקו במעצר עד שישוחרר או עד שיובא בפני שופט.

**זכות העצור להיפגש עם עורך דין**

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

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

           (ג)   פגישת העצור עם עורך הדין תיעשה ביחידות ובתנאים המבטיחים את סודיות השיחה, אולם באופן המאפשר פיקוח על תנועותיו של העצור.

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

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

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

#### הרציונאליים של זכות ההוועצות עם עו"ד

##### תורמת להבנת הנחקר את זכויותיו

במהלך החקירה. ההנחה היא שעו"ד של החשוד יסביר לו את זכויותיו, ולכן רואים בזכות ההיוועצות אפקט של זכות השתיקה.

##### תקינות ההליך

עצם קיום של סנגור תורם **לתקינות ההליך**. כלומר, סנגור הוא עוד שומר שמבטיח שלא יהיו אמצעים פסולים, שהראיות יושגו בצורה תקינה וכו'. שיטת המשפט רוצה כמה שיותר שומרים.

##### השגת ראיות לחפות החשוד

הסנגור יכול לסייע **בהשגת ראיות לחפותו של החשוד** ולמנוע הודאות שווא מחשודים.

זכות זו גם הפכה להיות זכות חוקתית- נשאלת השאלה מה קורה כאשר היא נפגעת?

#### פס"ד יששכרוב – פסילת הודאה בעקבות הפרת זכות ההוועצות

עסק בזכות ההיוועצות של חייל. חל סע' 227(א)(1) לחש"צ- חובה להודיע לחייל על זכותו להיוועץ בעו"ד, לפי חוק השיפוט הצבאי, זכות זו ניתנת גם לחשודים. חובה זו הופרה וביהמ"ש הפעיל את כלל הפסילה הפסיקתי ופסל את ההודאה של יששכרוב, כתוצאה מפסילת ההודאה יששכרוב זוכה.

#### אסף שי – זכות ההוועצות חלה גם על חשודים שאינם עצורים וכן הבהרת המונח "ללא דיחוי"

**הרחבה של יששכרוב- פרשת אסף שי**. דובר בחשוד שהוא לא עצור ולא חייל, קרי חל חוק העצורים הרגיל. אסף שי גרם למוות בכביש. במחוזי הורשע בהריגה. שי מערער לביהמ"ש בטענה שהופרה זכות ההיוועצות בשני מובנים: א. לא הודע לו על זכותו להיוועץ בעו"ד. ב. כאשר הוא ביקש להיוועץ בעו"ד במהלך החקירה, לא אפשרו זאת. חוק המעצרים נותן את הזכות הזו לעצורים ולא לחשודים. הוא משאיר בצ"ע האם ההודעה על הזכות חלה גם כלפי חשודים שאינם עצורים? לא בטוח שאילו זה היה הפגם היחידי ביהמ"ש היה פוסל את הודאתו. במקרה זה פגעו לו גם בזכות ההיוועצות במובן זה שלא אפשרו לו להביא עו"ד כאשר הוא ביקש.

ביהמ"ש קבע כי זכות ההיוועצות חלה גם על חשוד שאינו עצור [אך לא דנו בעניין של ההודעה על הזכות].

פס"ד שי קובע שסעיף 34 (זכות עצור להפגש עם עו"ד) חל גם על חשוד שאינו עצור. מעבר לכך הוא מרחיב את 34: הסע' שקדם לסע' 34 בחסד"פ קבע "בהקדם האפשרי". כלומר, כאשר אדם מבקש להיפגש עם עו"ד לא חייבים להפסיק מיד את החקירה וכן בזמן הביניים שבין הבקשה לבין הגעת העו"ד ניתן להמשיך בחקירה. כאשר נחקק חוק המעצרים היה שינוי מ"ההקדם האפשרי" ל-"ללא דיחוי". ואז עלתה הטענה **בפס"ד חסון** שהמילים **"ללא דיחוי"** משנות את ההלכה- המשיכו את הקו שהיה קיים לפני "חוק המעצרים". החשוד רוצה להיוועץ עם העו"ד, מאפשרים לו זאת, עד שהעו"ד מגיע ממשיכים את החקירה, כל עוד הוא מודע לזכויותיו. כלומר, אותו המצב כמו "בהקדם האפשרי". אין הבדל אפילו שהחוק שונה ל"בהקדם האפשרי". **החידוש בפרשת שי,** ביהמ"ש אומר שכעיקרון אם עו"ד יגיע תוך זמן סביר יש לעצור את החקירה ולהמתין לו, ולעיתים כאשר החקירה אינה דחופה יש לעצור את החקירה ולהמתין לו אף אם הוא יגיע שלא בתוך זמן סביר. בפס"ד שי הוא נחקר שלא בסמוך לאירוע, החקירה לא הייתה דחופה ולכן ביהמ"ש קבע שהיה פגם חמור בסע' 34- זכות ההיוועצות, שלא עצרו את החקירה ולא חיכו לעו"ד, מה שהוביל לפסילת ההודאה שלו [כאמור את סע' 32- הודעה על זכות השאירו בצריך עיון].

#### פס"ד פרץ – פגיעה בזכות ההוועצות בזמן המעצר עלולה לפגוע בלגיטמיות המעצר (ארבל)

התפתחות נוספת, במקרה זה עלתה השאלה המשפטית- האם **לפגיעה בזכות להיוועצות עם עו"ד תהיה נפקות גם בשלב המעצר** או רק בשלב המשפט? כלומר, האם יש מקום לטענה זו בהליך מעצר. השופטת ארבל- עונה על כך בחיוב. היא אומרת- **המשך מעצרו של עצור שנפל פגם מהותי בזכויותיו הבסיסיות כעצור, עלולה בנסיבות המתאימות לפגוע בלגיטימיות של הליך המעצר**, בטוהר ההליך הפלילי ובאמון הציבור ומערכת המשפט. כמובן שלא מדובר בערך מוחלט, כמו שיששכרוב זה לא כלל מוחלט. כאשר עצור מעלה טענה כזו ביהמ"ש יבדוק את מהות הטענה וחומרתה למול הערך של גילוי האמת, הלחימה בפשיעה. היא מוכנה באופן עקרוני לשמוע טענה כזו בשלב המעצר. בעניין פרץ ארבל חשבה שלא היה פגם חמור. כלומר, היה פגם בכך שקצינה ממונה מנעה את המפגש עם עו"ד ב-24 שעות וההלכה אומרת שמניעת מפגש עם עו"ד היא רק כאשר המפגש יסקל את החקירה. אבל במקרה זה ניתנו הסברים מספקים בדיעבד, במקרה של פרץ נקבע שלא היה פגם חמור בסופו של דבר. אך פס"ד פרץ חשוב מבחינת הרעיון העקרוני לטעון את הטענה בשלב המעצר.

"לפגיעה בזכות להיוועצות עם עורך דין עשויה להיות גם נפקות בשלב המעצר. שכן, התכליות העומדות בבסיס דוקטרינת הפסילה הפסיקתית בפרשת יששכרוב חלות גם בנוגע לשלב הליך המעצר. המשך מעצרו של עצור שנפל פגם משמעותי ומהותי בזכויותיו הבסיסיות כעצור עלולה בנסיבות המתאימות לפגוע בלגיטימיות של הליך המעצר, בטוהר ההליך הפלילי ובאמון הציבור במערכת המשפט. מצופה כי רשויות החקירה יקפידו הקפדה יתירה על זכויותיו של עצור, הנמצא במעמד פגיע וקשה ביותר. פגיעה קשה ומשמעותית בזכויותיו של העצור עשויה לשמוט את הצידוק המוסרי מתחת להמשך מעצרו. "הרציונלים של הרתעת המשטרה, שמירה על זכויותיו החוקתיות של הפרט והגנה על טוהר ההליך השיפוטי יכולים להוביל לשחרורם של חשודים ונאשמים בשל פגם שנפל בהליך מעצרם... שחרורם של חשודים ונאשמים בשל פגם שנפל בהליך המעצר יבטא הכרה בחשיבות השמירה על זכויותיהם". עם זאת, מובן כי אין מדובר בערך מוחלט, ויש ליתן את הדעת לשיקולים אחרים המצדיקים את המשך מעצרו של החשוד. ביהמ"ש, אם כן, יידרש לאזן בין הפגיעה בזכויות החשוד, מהותה, חומרתה, משמעויותיה, משכה וכדומה, לבין האינטרס הציבורי בהמשך מעצרו של החשוד, הכולל את ערך גילוי האמת, הלחימה בפשיעה וההגנה על שלום הציבור, שייבחנו בין היתר בהתאם לאופי החשדות וצרכי החקירה. לגישת ביהמ"ש, יש להתייחס לפגם שעניינו בפגיעה בזכותו של עצור להיוועצות עם עורך דין באופן דומה ומקביל לסוגיית המעצר הבלתי חוקי".

#### זכות ההוועצות לא חלה בהליך מנהלי – פסד קוטלאייר

ניסיון להרחבה שלא התקבל- **פס"ד קוטלאייר**- דובר היה **בהליך המנהלי** של פסילת רישיון נהיגה, כלומר האם צריך להודיע לנהג שעומד להגיע לשימוע לגבי פסילה מנהלית על זכות ההיוועצות. ביהמ"ש עומד על השוני בין ההליך הפלילי להליך המנהלי, ביהמ"ש קבע שהאיזון הראוי הוא שמותירים את זכות ההיוועצות על כנה במובן זה שאם אדם בוחר להגיע עם עו"ד לשימוע, אין חובת ידועה יזומה על זכותו להיוועץ בעו"ד ולהיות מיוצג בהליך השימוע. תוצאה אחרת הייתה הופכת את ההליך המנהלי למסורבל ופלילי.

נהג נחשד בנהיגה ברכב בשכרות, בעקבות בדיקת אויר נשוף שנערכה לו. הוא זומן לשימוע בפני קצין משטרה מוסמך, ובתום השימוע נפסל רישיונו למשך 30 ימים. לכאורה, התמלאו התנאים לפסילה מינהלית של רישיונו, ואולם, הנהג לא יּודע כי הוא רשאי להיוועץ בעורך דין, טרם קיומו של השימוע ולהיות מיוצג על-ידו, באותו הליך. שתי בקשות רשות הערעור דנן העלו לדיון את השאלה האם קיימת חובה ליידע נהג פלוני בדבר אפשרותו (או שמא זכותו) להיוועץ בעורך דין לקראת הליך השימוע.

**בית המשפט העליון** (מפי השופט שהם ובהסכמת השופטים רובינשטיין וג'ובראן) נתן רשות ערעור, דחה את הערעורים ופסק כי:

זכות ההיוועצות במסגרת הדין הפלילי, אף אם היא אינה בעלת מעמד חוקתי על-חוקי, נתפסת כזכות בעלת מעמד רם ביותר, והיא בגדר זכות יסוד של הנחקר, הנגזרת, הן מן הזכות להליך הוגן במשפט הפלילי והן מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מזכות זו נובעת גם החובה ליידע את העצור (ולפי פרשנות מרחיבה יותר, גם את החשוד המצוי בחקירה פלילית) בדבר זכותו להיוועץ בעורך דין, ובמקרים מתאימים להודיע לו על אפשרותו לבקש את מינויו של סנגור ציבורי. חובת היידוע וזכות ההיוועצות, שלובות זו בזו. אין הוראת חוק, לפיה חלה זכות ההיוועצות בכלל וחובת היידוע בפרט, שעה שמדובר בהליך מינהלי, ובכלל זה גם הליך של שימוע לצורך פסילה מינהלית.

בימ"ש עמד על ההבדלים בין החקירה הפלילית להליך השימוע המנהלי ועל הרציונאליים העומדים במרכזה של זכות ההיוועצות במסגרת החקירה הפלילית, שאינם מתקיימים בהליך השימוע המינהלי, ופסק כי אין להחיל את זכות ההיוועצות ואת חובת היידוע החלים בהליך הפלילי בהליך המנהלי. בימ"ש עמד על תכלית הפסילה המינהלית שהיא מניעת סכנה לשלום הציבור בדגש על חייהם ושלומם של המשתמשים בדרך, ובכלל זה שמירה על שלומו ובטחונו של הנהג שרישיונו נפסל. הפסילה המינהלית אמורה להשיג תכלית זו בשני אופנים: הפסילה משמשת "כגורם מצנן" ומרתיע; אמצעי זה מיועד ליתן מענה מיידי למסוכנות הנשקפת מן הנהג בהליך מהיר ופשוט. מדובר בתכלית חשובה מן המעלה הראשונה ונראה כי הדרך להשיגה מחייבת תגובה מהירה. מנגד, נראה כי הפגיעה בנהג מצומצמת באופייה, וחומרתה אינה גבוהה יחסית, כאשר "הנזק" הנגרם לנהג אינו בלתי הפיך, שכן מדובר בשלילה זמנית של אפשרותו לנהוג ברכב ומבלי להכתימו בסטיגמה פלילית. תגבור יתר של מערך הזכויות הנתונות לנהג ובמקביל הרחבת החובות המוטלות על הרשות, עלולים להערים קשיים ואף לסכל את המטרה שלשמה נועדה הפסילה המינהלית. הדבר עלול לפגוע, באופן שאינו מידתי ואינו סביר, בהסדר המאוזן הקיים כיום בדין.

סע' 15 לחסד"פ עוסק במינוי סנגור מטעם ביהמ"ש.

סע' 18 לחוק הסנגוריה הציבורית קובעת מי זכאי לסנגור ציבורי.

סע' 19 לחוק הסנגוריה הציבורית עוסק בהודעה לעצור על אפשרות של מינוי סנגור ציבורי.

שבוע שעבר הזכרנו את **פרשת לין** - לא רק פגיעה בזכות היוועצות מהווה פגיעה אלא אי הודעה אפקטיבית מהווה גם כן פגיעה. לדוג' יודיעו לו על זכותו להיוועץ בעו"ד **אך לא יודיעו לו על זכותו לסנגור ציבורי**. ההודעה צריכה להיות אפקטיבית. השופט רובינשטיין מעלה את האפשרות ואומר שייתכן ונפסול הודאה במידה ולא ניתנה הודעה אפקטיבית.

לקרוא את סע' 34 לחוק המעצרים על סעיפיו הקטנים- מיהו הפונקציונרים שיוכלים לדחות את האפשרות להיוועץ עם עו"ד, מתי ועוד. סע' 34 מונה סעיפים קטנים שחשוב לקרוא אותם.

סע' 35 הוא סע' מאוד ארוך שעוסק בפגישה עם עו"ד בעבירות ביטחון.

**זכות העצור להיפגש עם עורך דין**

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

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

           (ג)   פגישת העצור עם עורך הדין תיעשה ביחידות ובתנאים המבטיחים את סודיות השיחה, אולם באופן המאפשר פיקוח על תנועותיו של העצור.

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

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

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

**פגישה עם עורך-דין בעבירות בטחון**

**35**.   (א)  ביקש עצור, החשוד בעבירת בטחון, להיפגש עם עורך דין, או ביקש עורך-דין שמינהו אדם הקרוב לעצור, להיפגש עם עצור כאמור – יאפשר הממונה את הפגישה בהקדם האפשרי, אלא אם כן התקיים אחד מאלה:

(1)   הפגישה עלולה לשבש מעצרם של חשודים אחרים;

(2)   הפגישה עלולה להפריע לגילוי ראיה או תפישתה, או לשבש את החקירה בכל דרך אחרת;

(3)   מניעת הפגישה דרושה כדי לסכל עבירה או כדי לשמור על חיי אדם.

אין באמור בסעיף קטן זה כדי למנוע דחיית פגישה לפי סעיף 34(ד) וסמכות הקצין הממונה, הקבועה באותו סעיף, תינתן לממונה לפי סעיף זה.

           (ב)  בחוק זה, "חשוד בעבירת בטחון" – מי שחשוד בעבירה לפי אחד מאלה:

(1)   סימן ב' או סימן ד' בפרק ז' לחוק העונשין, התשל"ז-1977, וכן סעיפים 143, 144, 146 ו-147 לחוק האמור;

(2)   תקנות 58, 59, 62, 64, 66, 67, 84 ו-85 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945;

(3)   סעיפים 2 או 3 לפקודת מניעת טרור, התש"ח-1948;

(4)   חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 למעט סעיף 7ג לחוק האמור;

(5)   סעיף 8 לחוק איסור מימון טרור, התשס"ה-2005;

או מי שעצור לפי חוק להארכת תוקפן של תקנות שעת חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשכ"ח-1967, והוא חשוד בעבירה שאילו נעברה בישראל היתה אחת מהעבירות המנויות בפסקאות (1) עד (5).

           (ג)   דחיית פגישת עצור עם עורך דין לפי סעיף קטן (א) לא תעלה על **10 ימים** והיא תהיה מטעמים שיירשמו; הודעה על דחיית הפגישה תימסר לעצור, ולפי בקשתו תימסר הודעה על הדחייה ועל תקופת הדחייה לאדם קרוב לו שהעצור נקב בשמו.

           (ד)  נשיא בית המשפט המחוזי רשאי להורות שעצור לא ייפגש עם עורך דין או להאריך את התקופה האמורה בסעיף קטן (ג), אם הוגשה בקשה לכך, באישור היועץ המשפטי לממשלה, ואם התקיימה עילה מן העילות המפורטות בסעיף קטן (א); ובלבד שסך כל התקופות שבהן נמנעה הפגישה עם עורך דין לא תעלה על 21 ימים; בקשה לפי סעיף קטן זה, תידון במעמד **צד אחד בלבד**, ומטעם המבקש יתייצב שוטר בדרגת רב פקד ומעלה; על החלטה לפי סעיף קטן זה, רשאים הצדדים לערור לפני בית המשפט העליון שידון בענין בשופט אחד.

           (ה)  נדחתה פגישת חשוד עם עורך דין, לפי סעיף קטן (א), רשאי החשוד לערור על ההחלטה לפני נשיא בית משפט מחוזי, ובהעדרו – לפני סגן הנשיא של בית משפט מחוזי; על החלטת בית המשפט ניתן לערור לפני בית המשפט העליון שידון בענין בשופט אחד.

           (ו)   הדיון בערר לפי סעיף קטן (ה) יתנהל בהעדר העצור אלא אם כן ציווה בית המשפט כי הדיון יתקיים בנוכחותו.

           (ז)   הדיון בערר או בבקשה למעצר או לשחרור של העצור, שפגישתו עם עורך דין נדחתה לפי סעיף זה, יתקיים עם העצור וסניגורו בנפרד, באופן שיימנע הקשר ביניהם, אלא אם כן החליט השופט, מטעמים שיירשמו, כי אין בקיום הדיון בנוכחותם של העצור וסניגורו יחדיו, כדי לסכל את מטרת דחיית הפגישה.

           (ח)  ההליכים לפי סעיפים קטנים (ו) ו-(ז) יהיו בהתאם לתקנות שיתקין שר המשפטים, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת.

           (ט)  בדיון לפי סעיפים קטנים (ו) ו-(ז) רשאי בית המשפט לקבל ראיה, לרבות ראיה בדבר הטעמים שנרשמו למניעת הפגישה, אף שלא בנוכחות החשוד או סניגורו או בלי לגלותה להם, אם שוכנע שגילוי הראיה לחשוד או לסניגורו, עלול לפגוע בבטחון המדינה או לסכל את החקירה; הוראה זו אינה גורעת מכל זכות שלא למסור ראיה לפי פרק ג' לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971.

           (י)   החליט בית המשפט לאפשר את הפגישה בין עורך דין לבין עצור, לפי סעיף זה, והודיע נציג המדינה במעמד מתן ההחלטה, על רצון לערור עליה, רשאי בית המשפט לצוות על השהיית הפגישה לתקופה שלא תעלה על 48 שעות. לענין זה לא יובאו שבתות ומועדים במנין השעות.

           (יא) ביקש עצור כאמור בסעיף קטן (א) למנות לעצמו סניגור ונמנע הדבר ממנו, רשאי הוא לעתור על כך לבית המשפט המחוזי והדיון בעתירתו יתקיים בפניו תוך 48 שעות מהגשת העתירה.

           (יב) שר המשפטים, בהתייעצות עם שר הבטחון ובאישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, רשאי להתקין תקנות לביצוע סעיף זה, לרבות קביעת הממונה לענין סעיף זה.

### פרסום שמות חשודים – ס' 70-70ה לחוק בתי המשפט

בנושא זה דנים סעיפים מ- 70'- 70ה' רבתי לחוק בתי המשפט. מדובר בחידוש, בעבר לא היה הסדרה בנושא של פרסום שמות חשודים. הרבה פעמים נגרמו נזקים לאנשים שנעצרו או נחקרו, לכן המחוקק בחוק בתי המשפט יצר איזון באמצעות חוק זה.

סע' 70 קובע- עצור, שמו לא יפורסם מיידית. ניתן לפרסם את שמו, או שעברו 48 שעות או שהוא הגיע לדיון ראשון, שופט ראה אותו. (70(ד1) (1) לא יפרסם אדם שמו של חשוד שטרם הוגש נגדו כתב אישום, עד תום 48 שעות מהמועד שבו התייצב החשוד לחקירה או שהיה עליו להתייצב לחקירה, או עד סיומו של הדיון הראשון שהתקיים לפני שופט בעניינו, לפי המוקדם מביניהם) בשלב בו החוק אומר שאסור לפרסם, נטל הראיה על מי שמבקש לפרסם. כאשר החוק מטיל פרסום, נטל הראיה הוא על מי שמבקש את חסות הפרסום, מבקש שלא יפרסמו לפנות לביהמ"ש ולמנוע פרסום. כל דבר שיש עליו איסור פרסום, נטל הראיה הוא על מי שרוצה לפרסם. נניח בחוק חקירת חשודים בסע' 13 (המפרסם תיעוד חזותי או קולי של חקירה, כולו או חלקו, בלא רשות בית משפט, דינו – מאסר שנה; לענין סעיף זה, "חקירה" – לרבות חקירה בידי רשות אחרת המוסמכת לחקור על פי דין, שהוצא לגביה צו לפי סעיף 16(ג)) נאמר שהמפרסם תיעוד חזותי או קולי של חקירה דינו מאסר שנה. לפי חוק חקירת חשודים יש תיעודים של חקירות, לדוג' חקירת רצח. נניח עיתונאי רוצה לפרסם תיעוד, הנטל עליו לפנות לביהמ"ש.

#### פס"ד פלונית

דן בסע' 70(ה1)(1) לחוק בתי המשפט (בית משפט רשאי לאסור פרסום שמו של חשוד שטרם הוגש נגדו כתב אישום או פרט אחר מפרטי החקירה, אם ראה כי הדבר עלול לגרום לחשוד נזק חמור ובית המשפט סבר כי יש להעדיף את מניעת הנזק על פני הענין הציבורי שבפרסום; הורה בית המשפט על איסור פרסום שמו של חשוד שטרם הוגש נגדו כתב אישום, יפקע האיסור עם הגשת כתב האישום נגד החשוד, אלא אם כן קבע בית המשפט אחרת;) - מעבר לאותם 48 שעות שאסור לפרסם שמו של חשוד, לביהמ"ש הסמכות למנוע פרסום כלל של חשוד. ביהמ"ש רשאי באופן כללי למנוע לבקשת חשוד את פרסום שמו. האיזונים הללו עלו בפרשת פלונית- מדובר במטפל שנעצר בחשד לביצוע מעשה מגונה בקטינה. על הפרשה הוטל איסור פרסום וביהמ"ש דן באיזון לפי הסע' הזה. הוא קובע שהמחוקק הכתיב את נקודת האיזון בכך שהוא קבע **שהכלל הוא פומביות**- שמות של חשודים הם מפורסמים למעט ב-48 שעות וכו'. סע' 70(ה1)(1) קובע שני תנאים מצטברים בהם ביהמ"ש יאפשר לא לפרסם את שמות החשוד:

1. דורש מהחשוד להראות שייגרם לו נזק חמור כתוצאה מהפרסום. ביהמ"ש מדגיש- נזק חמור ולא רגיל, בהתחשב במכלול הנסיבות- ילדים בבית, משקל הראיות ועוד.
2. ראוי להעדיף מניעת נזק חמור מפני פגיעה באינטרס הציבורי.הנאשם צריך להראות שהנזק שלו גובר על האינטרס הציבורי לדעת- זכות הציבור לדעת.

ביהמ"ש פסק שהכף נטתה למניעת זיהוי האדם עצמו אבל לא למניעת פרסום הפרשה כולה. כלומר, במקרה זה חשבו שמשקל הראיות נגד חשוד הוא לא גדול ולכן הנזק שייגרם לו הוא חמור. לעומת זאת, לגבי הפרשה- העניין הציבורי גובר, זה דבר שיעמיד את הציבור על המשמר. העניין הציבורי גובר אך החשוד כן הצליח לשכנע את ביהמ"ש לחסות את שמו.

# מעצרים

מעצרים זה בהחלט נושא שילווה אותנו כמה שיעורים מאחר ואנו נעבור על כל סוגי המעצרים אחד אחד. ישנה חשיבות ללמד דברים שיש בהם תרומה, לימוד נושא המעצרים הוא חשוב מאחר והחוק עצמו לא מסודר בצורה כרונולוגיה ומפורטת. לכן, על מעצרים אנו נלמד יחד בצורה מפורטת על כל הסוגים. מיותר לציין שבפרקטיקה, זה לחם חוקם.

## עקרונות כלליים של חוק המעצרים (חוקיות, מדתיות, תחולה)

סע' 1 לחוק קובע שלושה עקרונות בסיסיים בדיני המעצרים:

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

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

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

1. עקרון החוקתיות- סע' קטן א'- סע' זה קובע שאין מעצר בעיכוב אלא בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בו. חוק המעצרים קובע שאין הסמכה למעצר או עיכוב אלא בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בו, דבר הנובע במישרין מחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. מעצר צריך להיות מכוח חוק מאחר וישנה פגיעה מהותית בזכויות אדם. **פרשת מורוזובה**- אדם שבמשפט הדיוני שלו הוא היה במעצר, אז הוא הורשע. הוא הערער ובערעור ביהמ"ש ביטל את ההרשעה- והחזיר את המקרה לביהמ"ש הדיוני למשפט מחודש. נשאלה שאלה- מעצר עד תום ההליכים הוא תשעה חודשים. לאחר מכן, ביהמ"ש העליון הוא זה שמוסמך לעצור- לפי סע' 61-62 לחוק המעצרים. מה קורה במצב זה? נניח שבמשפט הקודם מוצו מספר החודשים. האם לביהמ"ש הדיוני שהמשפט חוזר אליו יש סמכות מחודשת לתת מעצר עד תום ההליכים למשך תשעה חודשים נוספים? השופטת בייניש סוקרת את כל הנושא של מעצרים ואומרת כי ההיסטוריה החקיקתית מראה שבכל פעם שהמחוקק לא צפה סיטואציה מסוימת, החוק תוקן והוספה סמכות מעצר שכן אין מעצר אלא מכוח חוק. השופטת בייניש לא מוכנה לקבל שלערכאה הדיונית סמכות נוספת שכן לערכאה הדיונית סמכות של 9 חודשים, לפי סע' 62 לחוק המעצרים נקבע שאחרי 9 חודשים יכול ביהמ"ש העליון לאפשר הארכה, ואין הגבלה על מספר הפעמים. התשובה של בייניש לסיטואציה הזו היא שהסמכות שייכת לביהמ"ש העליון שכן יש לנו את סע' 62 שמקנה סמכות לעליון בלבד. **מטרת פס"ד היא להראות את ההקפדה על החוק בדיני מעצרים.**

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

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

62.   (א)  על אף הוראות סעיפים 59 עד 61, רשאי שופט של בית המשפט העליון לצוות על הארכת המעצר או על מעצר מחדש, לתקופה שלא תעלה על 90 ימים, ולחזור ולצוות כך מעת לעת, וכן להורות על שחרורו של הנאשם, בערובה או ללא ערובה.

1. עקרון המידתיות- סע' קטן ב'- כבוד האדם. הכנסת העקרונות של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו לחוק המעצרים. עקרון המידתיות הוא עקרון משמעותי ביותר שהתקבל בחוק המעצרים. לאורך כל חוק המעצרים אנו נראה שתמיד המחוקק נותן הוראה לנקוט בדרך שפוגעת פחות- נניח כאשר יש סמכות לעצור בצו או לא בצו, עדיף בצו. יש סמכות מעצר- צריך לנסות ולהעדיף חלופת מעצר. בכל סוג של מעצר אנו נראה את ההוראה לנסות ולבחון חלופת מעצר. תוך שהעיקר הוא שמירה על כבוד האדם וזכויותיו.
2. עקרון התחולה הכללית- סע' קטן ג'- חוק המעצרים רוצה לקבוע אחידות, דיניו הם מודרניים ותואמים את חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. ולכן, ככל שאין הוראות ספציפיות נוגדות בחוקים אחרים יחולו הוראות חוק המעצרים. ראינו את זה אגב גם בדיני חיפושים- בגלל התחולה הכללית של חוק החיפוש החילו את דרישת ההסכמה גם על תקנות התעבורה (**פסד לאוניד**), ביהמ"ש החיל את הדינים המודרניים על תקנות התעבורה שקובעות את הבדיקות שכרות. המחוקק לימים שינה זאת, אך זה הרעיון של עקרון התחולה הכללית. כאשר אין הוראה נוגדת, יחול העיקרון של החוק הבסיסי. גם חוק המעצרים וגם חוק החיפוש בגוף מודעים לחוקים הספציפיים שעוסקים בנושאים אלו אך כל עוד הם לא קובעים אחרת, החוקים הבסיסיים קובעים.

## עיכוב

נתחיל מבחינת הבסיס החוקתי. חוק יסוד כבוד האדם וחירותו לא מזכיר את המונח "עיכוב", הוא קובע שאין נוטלים את חירותו אדם במאסר, מעצר, הסגרה או כל דרך אחרת [סע' 5 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו], האם זה אומר שעיכוב לא פוגע בחוק? וודאי שלא, שכן ניתן להכניס זאת "בכל דרך אחרת". ולכן, גם לגבי עיכוב אנו צריכים מקור חוקי, אולם עד לחוק המעצרים המונח "עיכוב" לא היה קיים בחוק. מכוח שורה של הוראות חוק מסוימות יכולנו ללמוד על סמכותו של שוטר לבקש מאדם להילוות אליו לתחנת המשטרה במצבים מסוימים אך לא היה הסדר כללי שמסביר מהו עיכוב ומהו הדינים שחולשים עליו.

חוק המעצרים מסדיר את העיכוב לפרטי פרטים, ישנו פרק בחוק המעצרים- פרק ג'- סע' 66 מגדיר "עיכוב"- הגבלת חירות לנוע באופן חופשי, הגבלה שהיא פחותה ממאסר. ( בפרק זה, "עיכוב" – הגבלת חירותו של אדם לנוע באופן חופשי, בשל חשד שבוצעה עבירה או כדי למנוע ביצוע עבירה כאשר הגבלת החירות מסויגת מראש בזמן ובתכלית, הכל כאמור בפרק זה.)

### הדינים שחלים על עיכוב – כמו ס' 24 (הזדהות המעכב וסיבת העיכוב)

**ביצוע המעצר (תיקון מס' 1)  תשנ"ז-1997**

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

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

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

(2)   אם מילוין עלול לסכל את ביצוע המעצר;

(3)   אם מילוין עלול לגרום לפגיעה בבטחון מבצע המעצר בשעת ביצוע המעצר או להעלמת ראיה;

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

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

**הנוהל בעיכוב (תיקון מס' 1)  תשנ"ז-1997**

72.   (א)  על מבצע עיכוב יחולו הוראות סעיף 24, בשינויים המחויבים.

           (ב)  על אף הוראות סעיף קטן (א), שוטר המעכב לפי סעיף 71, יזהה את עצמו על פי הוראות סעיף 5א לפקודת המשטרה.

**משך העיכוב (תיקון מס' 1)  תשנ"ז-1997**

73.   (א)  לא יעוכב אדם או כלי רכב מעל לזמן סביר הדרוש, בנסיבות המקרה, לביצוע הפעולה שלשמה הוקנתה סמכות העיכוב.

           (ב)  בכל מקרה, לא יעוכב אדם או כלי רכב לפרק זמן העולה על **שלוש שעות**; ואולם בעיכוב הקשור למספר רב של מעורבים, רשאי הקצין הממונה להאריך את משך העיכוב לפרק זמן נוסף שלא יעלה על שלוש שעות נוספות, מנימוקים שיירשמו.

ס' 73 קובע מהו משך העיכוב. כלומר, עיכוב הוא לזמן סביר. אולם בכל מקרה ישנה הגבלה- עיכוב מוגבל ב-3 שעות. אולם בעיכוב הקשור למספר רב של מעורבים, רשאי הקצין הממונה להאריך את העיכוב בשלוש שעות נוספות. **עיכוב מעל שלוש שעות הוא בלתי חוקי.**

סע' 72- הנוהל בעיכוב- סע' 72 אומר שעל מבצע עיכוב יחולו הוראות סע' 24 בשינויים המחויבים. סע' 24 עוסק בנוהל המעצר, הוא קובע שני דברים חשובים:

1. סע' 24 א'- זיהוי- השוטר צריך להזדהות. ישנם כללים בפקודת המשטרה איך שוטר צריך להזדהות.
2. סע' 24 ב'- להסביר את סיבת המעצר.

סע' 72 קובע שסע' 24 חל- כלומר שוטר שמעכב צריך להזדהות ולהודיע את סיבת העיכוב.

סע' 24 ג' קובע שמילוי החובות הוא תנאי לקיום המעצר, ולכן זהו תנאי גם לחוקתיות העיכוב.

### עיכוב חשוד – ס' 67 (יסוד סביר לחשד – מבחן אובייקטיבי – פס"ד דגני)

**עיכוב חשוד במקום (תיקון מס' 1)  תשנ"ז-1997**

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

      (ב)  שוטר רשאי לדרוש מאדם להילוות עמו לתחנת המשטרה או לזמנו לתחנת המשטרה למועד אחר שיקבע, אם נתקיימו שניים אלה[[1]](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/055_103.htm" \l "_ftn2" \o "):

(1)   יש יסוד סביר לחשד שהוא עבר עבירה או יש הסתברות גבוהה שהוא עומד לעבור עבירה כאמור בסעיף קטן (א);

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

סע' 67 דן בנושא של **עיכוב חשוד.** סע' זה דורש מהשוטר יסוד סביר לחשד שאדם עבר עבירה או שהוא עומד לעבור עבירה. נשאלת השאלה- מהו יסוד סביר לחשד? באופן כללי, הפסיקה משתמשת בפרשנות של פסקי דין שקדמו לחוק המעצרים. ישנם עקרונות/ מטבעות לשון שהיו קיימים בחסד"פ והם פורשו ע"י ביהמ"ש ולכן אין יסוד סביר להניח שזה אכן השתנה.

לדוג' **פרשת דגני**- אנו יכולים ללמוד מהו חוק סביר לחשד למרות שהוא לא מתייחס לחוק המעצרים. **מדובר במבחן אובייקטיבי**- האם אדם בר דעת/שוטר במצב זה היה מגבש חדש? כמובן שאנו לא מדברים על מבחן סובייקטיבי של שוטר שיש לו חשדות ללא כל הצדקה סובייקטיבית.

מהי עבירה? אין הגבלה, כל עבירה. כלומר, אנו למדים שאפשר לעכב גם בשל חטא. מעצר מוגבל לעבירות עוון ופשע, ואילו בעיכוב אין שום הגבלה. **אין הגבלה על סוג העבירה ולא על מועדה.**

**מה מטרת העיכוב**? רשאי לעכבו כדי לברר את זהותו ומענו או כדי לחקור אותו במקום הימצאו.

בסע' קטן ב' יש אפשרות נוספת- לאפשר לשוטר לדרוש מאדם להילוות לתחנת משטרה או לזמנו במועד אחר. יש מקרים שבהם לשוטר הסמכות לחייב לבוא עימו לתחנת משטרה או לדרוש שיגיע במועד אחר. רק אם התקיימו שניים מאלו:

1. יסוד סביר לחשד שהוא עבר עבירה או יש הסתברות גבוהה שהוא עתיד לעבור- אותו דרישה לעיל.
2. הזיהוי היה בלתי מספיק או לא ניתן לחקור אותו במקום הימצאו- תוספת על האמור לעיל.

### חקירה בפועל נעשית במשטרה (במשטרה לא חלה הגבלת השלוש שעות)

**בדרך כלל חקירה נעשית במקום, רק במקרים הנדירים שאי אפשר לחקור במקום אנו מזמנים לתחנת המשטרה**. בפועל, בברירת המחדל אין זה כך. **סע' 3 לחוק חקירת חשודים** קובע שחקירת חשוד תתקיים בתחנת משטרה אלא אם כן סבר שוטר שלא ניתן לנהלה בתחנה.

**חקירה בתחנת משטרה**

3.       (א)  חקירת חשוד תתנהל בתחנת משטרה (בחוק זה – תחנה), אלא אם כן סבר השוטר כי לא ניתן לנהלה בתחנה או שיש צורך עניני לנהלה בדחיפות מחוץ לתחנה, או אם סבר הקצין הממונה כי קיים צורך עניני בחקירת החשוד מחוץ לתחנה.

           (ב)  החלטה בדבר ניהול חקירת חשוד מחוץ לתחנה והנמקתה יתועדו בכתב סמוך ככל האפשר לקבלת ההחלטה.

יותר מזה, פקודות המפכ"ל קובעות שחקירתו של עד או של חשוד בתחנת המשטרה אינה חלק מהעיכוב המוסדר בחסד"פ מעצרים ולכך משך חקירה זו לא נלקח בחשבון לצורך העיכוב. ולכן, כאשר אדם מגיע לתחנת משטרה הוא אינו מעוכב אלא בחקירה **ולכן הזמן של שלוש שעות אינו נכלל במקרה של חקירה**. כעיקרון עיכוב צריך להיות במקום ככל שניתן, ורק במקרים נדירים אנו עושים זאת בתחנת משטרה. אך הן מכוח חוק חקירת חשודים והן מכוח פקודות המפכ"ל חקירה נעשית במשטרה. **ולכן, עיכוב בתחנת משטרה זה לא מהווה עיכוב. הדרישה להילוות לתחנת המשטרה זה מכוח העיכוב, אולם מרגע שהוא מגיע לתחנת המשטרה זה לא נחשב לעיכוב**.

### עיכוב עד

**עיכוב עד במקום (תיקון מס' 1)  תשנ"ז-1997**

68.   (א)  היה לשוטר יסוד סביר לחשד שנעברה עבירה, רשאי הוא לעכב אדם שיכול למסור לו מידע הנוגע לאותה עבירה, כדי לברר את

זהותו ומענו וכדי לחקור אותו במקום הימצאו; וכן רשאי הוא לזמן אותו לתחנת משטרה קרובה למועד סביר אחר שיקבע לצורך

ביצוע אותן פעולות.

           (ב)  היה הזיהוי בלתי מספיק, או היה חשש כי האדם לא יתייצב לחקירה במועד, רשאי השוטר לבקש מאותו אדם להילוות עמו

לתחנת המשטרה לשם גביית העדות.

עיכוב של עד קבוע בס' 68 לחוק המעצרים, זהי סמכות חריגה ומגבילה את החירות בצורה משמעותית, מכיוון שלא מדובר באדם חשוד אלא בעד שאין לגביו חשד שעשה עבירה כלשהי. בס' נקבע שניתן לעכב אותו ואף לבקש ללוות אותו לתחנת המשטרה.

"עד" (בהקשר שלנו) הינו כל אדם שיכול למסור מידע על העבירה (לאו דווקא עד ראייה). **לפי ס' 2 לפקודת העדות**, עד חייב לענות על שאלות כאשר הוא נשאל ע"י שוטר, אבל איפה כתוב שהוא צריך לבוא לתחנת המשטרה או לעצור במקום? בעצם היה לאקונה בחוק, כי לכאורה אדם צריך להשיב על שאלות אך לא היה כתוב שצריך לעצור לשם כך ולבוא לתחנת המשטרה, ועל-כן את החסר הזה ממלאות הוראות העיכוב.

ס' 68(ב) קובע כי השוטר רשאי לבקש ללוות את העד לתחנת המשטרה בכדי לגבות את העדות שם, דיברנו על דרישה זו בשיעור שעבר. בעבר לא היה בשום מקום מקור לסמכות לבקש מאדם לבוא ולתת עדות בתחנת המשטרה דווקא (גם לא בנוגע לחשוד), כאמור ס' 2 אומר כי צריך לענות על שאלות אך לא היה מקור סמכות. בפס"ד דגני ראינו כי ביהמ"ש אמר שאכן אין למשטרה שום סמכות לחייב עד או חשוד להתייצב לחקירה דווקא במשטרה, אך בפס"ד נקבע כי **כאשר העד/החשוד מופיעים מרצונם החופשי (גם אם התבקשו להופיע) אז הם לא יכולים לדרוש דרישות בהקשר לכך.** (היחס בין עיכוב לדרישה להילוות לחקירה במשטרה - בעניין דגני נידונה חקירה של תושב טבריה נגד זימונו לחקירה ברמת גן, ביהמ"ש קבע כי לפי הדין שהיה קיים אז למשטרה לא הייתה סמכות בחוק לחייב עד או חשוד להתייצב לחקירה, אך כאשר אותו אדם התייצב מרצונו הוא לא רשאי לבחור מי חוקר אותו, ולא זכאי להוצאות נסיעה. לפני חוק המעצרים אם היה מדובר בחשוד השוטר יכל לדרוש ממנו להילוות אליו לתחנת המשטרה אך אם היה מדובר בעד לא הייתה כל סמכות לדרוש ממנו לבוא לתת עדות, לגבי חשודים אם הם לא הסכימו להילוות הייתה עילת מעצר בה ניתן היה להשתמש).

אלא שמהסעיפים הללו ניתן היה ללמוד כי ברירת המחדל הוא חקירה במקום ורק החריג הוא ליווי לתחנת המשטרה, אם קוראים את ס' 67 ו68 כמו שהם אנו רואים כי רק אם הזיהוי לא מספיק וכו', כלומר רק אם היינו קוראים את הסעיפים בחוק המעצרים היינו סבורים כי ככלל החקירות נעשות רק במקום, אך לא כך הוא. **לפי ס' 3א לחסד"פ (חקירת חשודים) חקירת חשוד למעט נסיבות חריגות מתנהלת במשטרה, דהיינו- בדיוק ההפך**! גם מפקודות המטה הארצי עולה כי ככלל חקירות צריכות להיעשות במשטרה, ויתרה מזאת- מרגע שאדם מגיע למשטרה מירוץ הזמן של 3 השעות (עיכוב) אינה חלה.

### עניין חוטר ישי – בקשה לבוא להחקר במשטרה אף ללא צו היא חובה מוסרית

עו"ד חוטר ישי זומן לתחנת המשטרה לקרה, רצו לחקור אותו במקביל לחשוד נוסף אך הוא סירב לבוא. המשטרה פנתה לביהמ"ש העליון להוצאת צו, ולאחר תהפוכות הגיע התיק לעליון בשעה 2 בלילה, השופט זמיר שהיה תורן לא הכריע אך העיר כמה הערות שניתן לראות את הלך הרוח בנידון: במהלך העניינים הרגיל כל אדם שמתבקש ע"י המשטרה להתייצב במשטרה על מנת למסור עדות או להיחקר מן הראוי שיעשה כך **אף ללא צו משפטי** (**זוהי חובה מוסרית**), וכאשר מוצא צו עיכוב לפי ס' 67 התכלית היא שניתן יהיה לחקור את המעוכב אם לא מדובר בחקירה פשוטה וקצרה במטה המשטרה, המעוכב לא רשאי לקבוע למשטרה או מקום החקירה או מועד החקירה. ישנה בעייתיות מצד עקרון החוקיות, אך זהו המצב.

### עיכוב לצורך חיפוש- ס' 69 לחסד"פ

**עיכוב לחיפוש ולבדיקת מסמכים (תיקון מס' 1)  תשנ"ז-1997**

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

ס' שבא למלא חסר, הרי ישנן כל מיני סמכויות חיפוש בחוקים שונים והן לא אומרות כי כאשר צריך לחפש בבגדיו של אדם הוא צריך לעצור במקום, או מכונית שצריך לחפש בה צריכה להפסיק לנסוע. כלומר, כאשר צריך לערוך חיפוש יש סמכות לעכב את האדם/כלי הרכב.

### לאדם פרטי יש סמכות לעכב אך לא לעצור- ס' 75 לחסד"פ

**עיכוב בידי אדם פרטי (תיקון מס' 1)  תשנ"ז-1997**

75.   (א)  כל אדם רשאי לעכב אדם אחר עד לבואו של שוטר אם נתקיים אחד מאלה:

(1)   האדם חשוד כי ביצע בפניו עבירת אלימות, פשע, גניבה או עבירה שגרמה נזק של ממש לרכוש;

(2)   אדם אחר הקורא לעזרה מצביע על אדם החשוד שביצע בפניו עבירה, כאמור בפסקה (1), והכל אם יש חשש שהחשוד יימלט או שזהותו

אינה ידועה.

           (ב)  חשוד שעוכב לפי סעיף קטן (א), יימסר לשוטר ללא דיחוי, ובלבד שהעיכוב לא יעלה על שלוש שעות.

           (ג)   המבצע עיכוב לפי סעיף קטן (א), רשאי להשתמש בכוח סביר, אם החשוד סירב להיעתר לבקשת העיכוב, ובלבד שלא יהיה בשימוש בכוח כדי לגרום לחשוד חבלה.

1. לאדם פרטי אין סמכות מעצר (בחקיקה שקדמה לחוק המעצרים הייתה סמכות מעצר לאדם פרטי) אלא רק סמכות עיכוב, כאשר מתבצעת בפניו אחת מהעבירות המפורטות בסעיף (אלימות/גניבה וכו') או כאשר יש קריאה לעזרה.
2. ואם אכן נעשה עיכוב ע"י אדם פרטי הכלל הוא שצריך למסור את המעוכב ללא דיחוי לשוטר – **מוגבל עד ל-3 שעות.**
3. לאדם פרטי מותר להשתמש **בכוח סביר** שאינו גורם לחבלה בכדי להשתמש בעיכוב.

כאשר דיברנו על עיכוב ע"י שוטרים לא הוזכר **שימוש בכוח,** ומדוע כאשר מדובר דווקא על אדם פרטי יש התייחסות לכך? מכיוון שהתנגדות לעיכוב יוצרת סמכות מעצר לפי ס' 23ב לחוק המעצרים (מדבר על מקרים בהם שוטר יכול לעצור ללא צו מעצר) דהיינו התנגדות לעיכוב יוצרת סמכות מעצר, וסמכות מעצר גוררת מניה וביה סמכויות להפעיל כוח.

23.   סמכות שוטר לעצור בלא צו

    (ב)  שוטר מוסמך לעצור אדם ולהביאו לתחנת המשטרה לתכלית שלשמה ביקש לעכבו, אם האדם אינו מציית להוראותיו שניתנו על פי סמכויות

העיכוב המסורות לו בדין, או אם הוא מפריע לו להשתמש בסמכויות העיכוב.

           (ג)   לא ייעצר אדם לפי סעיף זה אם ניתן להסתפק בעיכוב.

חשוב להבין כי אי אפשר להכשיר בדיעבד מעצר לא חוקי בכך שאם היינו מתנגדים והוא היה מתנגד לעיכוב היה ניתן לעצור, דהיינו סמכות עיכוב לחוד וסמכות מעצר לחוד. אם ישנה סמכות עיכוב צריך להתחיל בה, ורק אם יש התנגדות לעיכוב אפשר להפעיל סמכות מעצר.

#### פס"ד שמשי ואברג'יל – שוטר שעוצר כאשר מותר לו רק לעכב

שוטר הפריע לאדם ולפרוצה ברכב, השוטר ביקש לעצור את הפרוצה באשמת עבירה (שאז הייתה עבירה שלא ניתן לעצור בגינה). שמשי ניסה להפריע לשוטר והועמד לדין על הפרעה לשוטר בעת מילוי תפקידו, וביהמ"ש קבע כי לא הייתה לו סמכות היות והייתה לשוטר סמכות לעכב את הפרוצה, ואם הייתה התנגדות לעיכוב אז יכל היה להפעיל את סמכות המעצר, אך השוטר הפעיל בצורה ישירה את סמכות המעצר. ולכן בעצם **שמשי לא עבר על עבירה של הפרעה לשוטר מכיוון והשוטר פעל בחוסר סמכות**.

פס"ד אברג'יל נ' מד"י: בריחה ממשמורת, ביהמ"ש קבע כי המעצר לא היה כדין ולכן לא מדובר בבריחה ממשמורת.

חשוב להדגיש כי **העיכוב הינה זכות מידתית** יותר ונועדה למצבים מסוימים, ואילו מעצר הינה פוגענית יותר ומשתמשים בה רק במקרים המצדיקים זאת, וגם מקום בו ניתן להפעיל את שתי הסמכויות- עדיף עיכוב על פני מעצר (ס' 23ג).

### סוגי מעצרים בחוק: ס' 17 (מעצר לפני כ"א). ס'21 (מעצר עד תום ההליכים). ס' 22 (מעצר בערעור). ס' 23 (מעצר ללא צו)

**מעצר לפני הגשת כתב אישום**

**17**.   (א)  ציווה שופט על מעצרו של חשוד בנוכחותו, לא תעלה תקופת המעצר על 15 ימים; אולם רשאי שופט להאריך, מעת לעת, את המעצר לתקופות שלא יעלו על 15 ימים; אין בהוראות סעיף קטן זה כדי לפגוע בהוראות סעיף 13(א)(3) סיפה.

           (ב)  לא יוחזק חשוד במעצר ברצף אחד בקשר לאותו אירוע, לרבות המעצר ללא צו, לתקופה העולה על 30 ימים, אלא אם כן הבקשה למעצר נוסף הוגשה באישור היועץ המשפטי לממשלה.

           (ג)   ציווה שופט על מעצרו של חשוד שלא בנוכחותו, לרבות מעצר לפי סעיף 14, והחשוד לא שוחרר לפני כן לפי סעיף 20, יובא החשוד בפני שופט בהקדם האפשרי ולא יאוחר מ-24 שעות משעת מעצרו; הובא העצור לפני שופט יחולו הוראות סעיף קטן (א).

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

**שחרור עצור לפי צו מעצר על ידי קצין משטרה**

20.   מי שנעצר לפי צו של שופט, ולא קבע השופט שהעצור יובא לפניו לשם שחרורו, או את תנאי הערובה לשחרורו, או את שחרורו ללא ערובה, רשאי קצין משטרה להורות על שחרורו, לפני תום תקופת המעצר שנקבעה בצו, ללא ערובה, או לקבוע ערובה, ובלבד שהעצור או סניגורו הסכים לערובה שקבע.

**מעצר לאחר הגשת כתב אישום (תיקון מס' 11) תשע"ה-2014**

**21**.   (א)  הוגש כתב אישום, רשאי בית המשפט שבפניו הוגש כתב האישום לצוות על מעצרו של הנאשם עד תום ההליכים המשפטיים, אם נתקיים אחד מאלה:

(1)   בית המשפט סבור, על סמך חומר שהוגש לו, כי נתקיים אחד מאלה:

(א)   קיים יסוד סביר לחשש ששחרור הנאשם או אי-מעצרו יביא **לשיבוש** הליכי משפט, להתחמקות מהליכי שפיטה או מריצוי עונש מאסר, או יביא

להעלמת רכוש, להשפעה על עדים או לפגיעה בראיות בדרך אחרת;

(ב)   קיים יסוד סביר לחשש שהנאשם **יסכן את בטחונו** של אדם, את בטחון הציבור, או את בטחון המדינה;

(ג)    הואשם הנאשם באחד מאלה:

(1)   עבירה שדינה מיתה או מאסר עולם;

(2)   עבירת בטחון כאמור בסעיף 35(ב);

(3)   עבירה לפי פקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג–1973, למעט עבירה הנוגעת  לשימוש בסם או להחזקת סם לשימוש עצמי;

(4)   עבירה שנעשתה באלימות חמורה או  באכזריות או תוך שימוש בנשק קר או חם;

(5)   עבירת אלימות בבן משפחה כמשמעותו בחוק למניעת אלימות במשפחה, תשנ"א–1991,

חזקה כי מתקיימת העילה האמורה בסעיף קטן (ב), אלא אם כן הוכיח הנאשם אחרת.

(2)   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.

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

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

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

           (ג)   לא היה לנאשם סניגור והוא לא הודיע כאמור בסעיף קטן (ב)(2), ימנה לו בית המשפט סניגור ויחולו לענין זה הוראות פרק ב' לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב–1982 (להלן – חוק סדר הדין הפלילי), או הוראות חוק הסניגוריה הציבורית, תשנ"ו–1995 (להלן – חוק הסניגוריה הציבורית), לפי הענין; כל עוד לא נתמנה סניגור, רשאי בית המשפט לצוות על מעצרו של הנאשם לתקופות שלא יעלו על 7 ימים כל פעם, ובלבד שסך כל התקופות לא יעלו על 30 ימים.

**סמכות מעצר עד לערעור (תיקון מס' 1)  תשנ"ז-1997**

**22**.   (א)  ניתן פסק דין מרשיע נגד נאשם שהוחזק במעצר עד תום ההליכים ולא הוטל עליו עונש מאסר בפועל, והתובע הודיע כי בכוונתו לערער על קולת העונש ולבקש מאסר בפועל, רשאי בית המשפט שהרשיע את הנאשם לשחררו בערובה או, אם שוכנע שיש חשש שיימלט, לצוות על מעצרו לתקופה שלא תעלה על 72 שעות לצורך הגשת הודעת ערעור.

(תיקון מס' 1)תשנ"ז-1997

           (ב)  הוגשה הודעת ערעור על פסק דין על ידי תובע, רשאי בית המשפט שלערעור לצוות על מעצרו של הנאשם בהתאם להוראות סעיף 21.

**סמכות שוטר לעצור בלא צו**

**23**.   (א)  שוטר מוסמך לעצור אדם אם יש לו **יסוד סביר לחשד** שאותו אדם עבר עבירה בת מעצר והתקיים אחד מאלה:

(1)   האדם עובר בפניו או עבר זה מקרוב עבירה בת מעצר, והוא סבור, בשל כך, שהוא עלול **לסכן את בטחונו של אדם**, את בטחון הציבור או את בטחון המדינה;

(2)   יש לו יסוד סביר לחשש שהחשוד **לא יופיע להליכי חקירה**;

(3)   יש לו יסוד סביר לחשש ששחרור החשוד או אי-מעצרו יביא לידי **שיבוש הליכי משפט** ובכלל זה העלמת רכוש, השפעה על עדים או פגיעה בראיות בדרך אחרת;

(4)   יש לו יסוד סביר לחשש שהחשוד **יסכן את בטחונו של אדם**, את בטחון הציבור או את בטחון המדינה;

(5)   האדם חשוד שעבר אחד מאלה:

(א)   עבירה שדינה מיתה או מאסר עולם;

(ב)   עבירת בטחון כאמור בסעיף 35(ב);

(ג)    עבירה לפי פקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973, למעט עבירה הנוגעת לשימוש בסם או להחזקת סם לשימוש עצמי;

(ד)    עבירה שנעשתה באלימות חמורה או באכזריות או תוך שימוש בנשק חם או קר;

(ה)   עבירת אלימות בבן משפחה כמשמעותו בחוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א-1991;

(6)   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;

(7)   בחוק זה, "עבירה בת מעצר" – כל עבירה למעט חטא.

**(ב)  שוטר מוסמך לעצור אדם ולהביאו לתחנת המשטרה לתכלית שלשמה ביקש לעכבו, אם האדם אינו מציית להוראותיו שניתנו על פי סמכויות העיכוב המסורות לו בדין, או אם הוא מפריע לו להשתמש בסמכויות העיכוב.**

           (ג)   לא ייעצר אדם לפי סעיף זה אם ניתן להסתפק בעיכוב.

**שחרור והפטר בתום המשפט (תיקון מס' 1)  תשנ"ז-1997 (תיקון מס' 11) תשע"ה-2014**

**63**.   זוכה נאשם, בוטל האישום או הופסקו הליכי המשפט, ישוחרר מיד ממעצרו, אם הוא עצור; ואם שוחרר בערובה, יופטרו הוא וערביו מערבותם ויוחזר הערבון הכספי, הכל לפי הענין; ואולם, אם הודיעה התביעה כי בדעתה להגיש ערעור, רשאי בית המשפט לשחררו בערובה מטעמים שיירשמו, או להורות על מעצרו לתקופה שלא תעלה על 72 שעות לשם הגשת הודעת הערעור.

1. **מעצר ראשוני ע"י שוטר**
2. ללא צו- ס' 23 לחוק המעצרים
3. מכוח צו- ס' 13 לחוק המעצרים

בשני המקרים מדובר על מעצר של עד 24 שעות (עם כל החריגים. וזאת לפי 17(ג), 29), ועד תום הזמן החשוד צריך להיות מובא בפני שופט לשם הארכת מעצר אם לא שוחרר לפני כן.

1. **הארכת מעצר ע"י שופט לפני הגשת כתב אישום**= "מעצר ימים", מכוח ס' 13 לחוק המעצרים (מקסימום הימים במעצר לפני הגשת כ"א הוא 75 ימים וזאת לפי ס 59 חשוד הנתון במעצר ולא הוגש נגדו כתב אישום תוך 75 ימים לאחר מעצרו, ישוחרר מן המעצר, בערובה או ללא ערובה.
2. **מעצר לפי הצהרת תובע-** החקירה הסתיימה, התובע בא לביהמ"ש ומצהיר שהוא כנראה מגיש כתב אישום ואז הוא יבקש מעצר עד תום ההליכים, ואז יש לביהמ"ש מכוח ס' 17ד סמכות לתת מעצר עד חמישה ימים, כאשר בדר"כ ביהמ"ש נותן יומיים שלושה וזאת בכדי לתת זמן לכתוב את כתב האישום.
3. **מעצר לאחר הגשת כתב אישום-** מעצר עד תום ההליכים. ס' 21 לחוק המעצרים. המעצר הזה אמנם נקרא עד תום ההליכים אך קיימת מגבלה של עד 9 חודשים, ואז יש הארכות מסוימות שניתנות ע"י ביהמ"ש (ס' 61, 62).
4. **מעצר לצורך ערעור- ס' 22 ו-63** לחוק המעצרים. מקרה בו אדם זוכה מאשמה והפרקליטות רוצה לערער אז אפשר לבקש מעצר של עד 72 שעות לצורך כתיבת הערעור. ואז יש לביהמ"ש לערעורים את כל סמכויות המעצר שיש לביהמ"ש הדיוני.

כעת נדבר על כל סוגי המעצרים, כאשר נבחן כל מעצר לפי "מסלול עיקרי" ו"מסלול משני", המונחים הללו לא מוכתבים בחוק. מסלול עיקרי הינו דרך המלך של המעצר שדורש תשתית עובדתית, עילת מעצר ובחינת חלופות מעצר, בכל סוג מעצר יש את המסלול העיקרי. מסלול משני הוא מעצר בשל הפרת הוראה חוקית קודמת. כלומר, כמעט בכל סוג מעצר יש אפשרות מקוצרת יותר של מעצר בשל הפרת הוראה קודמת (למשל שוטרים- התנגדות לעיכוב מקימה את סמכות המעצר).

## מעצר ראשוני ללא צו (ס' 23)

### עדיפות למעצר בצו

**עדיפות למעצר בצו**

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

ס' **4** לחוק המעצרים קובע כי הכלל הוא שמעצרים צריכים להיות ע"י צו שופט, וגם פקודות המשטרה אומרות זאת, אף אם קיימת סמכות ללא צו. בכל זאת, יש לשוטרים סמכויות לפעול ללא צו.

### מסלול עיקרי

#### תשתית עובדתית – יסוד סביר לחשד (מבחן אובייקטיבי) לעבירה בת מעצר (עוון או פשע)

ס' 23 לחוק המעצרים- "יסוד סביר לחשד באשר לעבירה בת מעצר", בפס"ד דגני נקבע שהמבחן הוא של "שוטר סביר" , האם אדם בר דעת רגיל, היה מגבש חשד (אובייקטיבי ולא סובייקטיבי- האם **שוטר סביר** היה מגבש חשד). לפי ס' 23א(7) **עבירה בת מאסר היא כל עבירה למעט חטא, כלומר עוון או פשע**. אם מדובר בטעות בחשד **(טעות עובדתית)**, אז העובדה שמתברר באדם חף מפשע לא הופכת את המעצר ללא חוקי כי השוטרים עשו את עבודתם. אך אם מדובר **בטעות משפטית** לגבי האם העבירה היא חטא או עוון, הופכת את המעצר ללא חוקי אם מדובר בחטא שהוא לא בר מעצר.

#### עילות מעצר (שיבוש, מסוכנות)

1. **שיבוש** הליכי משפט- הפחדת עדים, העלמת ראיות, בריחה, התחמקות מעונש וכו'.

ס' 23(א)(2),ס'23(א)(3) וס' 23(א)(6): מכסים את כל הנושאים של שיבוש: הימלטות, העלמת רכוש, השפעה על עדים וכו'.

1. **מסוכנות**- כאשר עילת המסוכנות מופיעה בשתי דרכים: אינדיווידואלית הנלמדת מהאדם עצמו, או מסוכנות הנלמדת מעצם העבירה שיש תשתית עובדתית לביצוע.

##### מסוכנות אינדיבידואלית (פסד כהן – עבירה שנעברה "זה מקרוב" הכוונה לשעות ולא לימים)

ס' 23(א)(1) מסוכנות הנלמדת מכך שהחשוד עבר לפני השוטר/זה מקרוב עבירה, ומאותה עבירה השוטר מקבל חשש לסיכון ביטחון. "בפניו"- עבירה מתבצעת לפניו של שוטר אם היא נקלטת בחושיו. "זה מקרוב"- עבירה מתבצעת קרוב לשוטר אם עבר זמן בין מועד ביצועה לבין הגעת השוטר **(נמדד בשעות ולא בימים).**

פס"ד כהן: נהג צבאי שעבר עבירה והצטווה ע"י שוטר תנועה להתייצב בתחנת המשטרה, כאשר הוא הגיע למחרת לתחנת המשטרה הוא נעצר ללא פקודת מעצר (מקבילה לצו מעצר), וביהמ"ש קבע שלא ניתן לומר שהעבירה נעברה "זה מקרוב" מכיוון ואנו מודדים בשעות ולא בימים, ואם היו רוצים לעצור אותו היה צורך בצו של שופט.

ס'23(א)(4) מבלי הדרישות שהעבירה נעבירה זה מקרוב או לפני השוטר, יש לשוטר חשש שהחשוד יסכן את ביטחונו של אדם. לא ברור מדוע הכפילות זו, אלא המרצה מניחה כי כאשר העבירה נעברה זה מקרוב או לפני השוטר אז החשש יכול להיות קטן יותר- הדרישה מבחינת התשתית העובדתית היא אפילו קלה יותר, משום שמצטרף לכך שהעבירה נעשתה זה מקורב. ואילו בס' זה ישנו "יסוד סביר לחשש". (לדעתי המרצה מדברת על ההבדל בין 23(א)(1) ל 23(א)(4). **ב 23(א)(1) אין צורך ביסוד סביר לחשש וזאת מכיוון שהחשוד עבר עבירה מקרוב או לפני השוטר. ואילו ב 23(א)(4) יש צורך היות ולא מדובר על עבירה שנעברה זה מקרוב, יש צורך בחשד של השוטר**, ח.כ)

ס' 23(א)(5) מדבר על **מסוכנות הנלמדת מעצם החשד לעבירה** מסוימת: כאשר יש חשד לעבירה שהעונש עליה הוא מאסר עולם, קיימת מסוכנות (חשד לרצח=מסוכנות), אזי עצם החשד לעבירות מסוימות (סחר בסמים, אלימות במשפחה וכו') מקימות את העילה.

**הבאת עצור לתחנת משטרה**

25.   (א)  שוטר שעצר אדם ללא צו מעצר, יביאו, ללא דיחוי, לתחנת משטרה (להלן – התחנה), ויעבירו לרשות הקצין הממונה על החקירות בתחנה, בהעדרו – למפקד התחנה, ובהעדרם – לקצין הממונה על התחנה (להלן – הקצין הממונה), אלא אם כן מצא, לאחר המעצר, שניתן לשחררו.

           (ב)  על אף הוראות סעיף קטן (א), רשאי השוטר –

(1)   להביא את העצור למקום אחר כדי שהעצור יקבל שם טיפול רפואי שהוא נזקק לו באופן דחוף;

(2)   להשאיר את העצור במקום שבו הוא נעצר או להביאו למקום שבו נדרשת נוכחות השוטר –

(1)    כאשר נוכחות השוטר באותו מקום דרושה כדי למנוע פגיעה באדם, בבטחון הציבור או בבטחון המדינה;

(2)    לצורך המשך החקירה כאשר אין באפשרותו של השוטר להביא את העצור לתחנה בעצמו או באמצעות שוטר אחר;

(3)    להישאר עם העצור במקום המעצר או להביאו למקום האירוע, כאשר טובת החקירה דורשת פעולה דחופה שם, בנוכחות העצור;

(4)    להביא את העצור למקום אחר כשנוכחותו דרושה שם, כדי למנוע פגיעה מיידית וחמורה בבטחון הציבור או בבטחון המדינה, או מוות או נזק גופני חמור לאדם;

(5)    להביא את העצור למקום אחר, בהסכמתו, כדי לתפוס ראיה או למנוע השמדתה.

           (ג)   חלפו הנסיבות שמנעו הבאת העצור לתחנה, יובא העצור, ללא דיחוי, לתחנה.

**בירור מטעם הקצין הממונה**

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

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

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

           (ד)  בא אדם לתחנת המשטרה או הובא אליה כשאינו עצור, ומצא הקצין הממונה שקיימת עילת מעצר לפי סעיף 13, רשאי הוא, לאחר שהסביר לחשוד את שיקוליו, לעצור אותו או להטיל עליו ערובה.

           (ה)  עצור שיש יסוד סביר להניח שהוא נמלט ממשמורת חוקית, ייעצר ללא אפשרות של שחרור בערובה.

#### קיומה של חלופה – תמיד בודקים חלופת מעצר

נבדקת ע"י הקצין הממונה, לפי ס' 27 (לפי ס' 23 מעבר לזה ששוטר תמיד יעדיף עיכוב על פני מעצר) גם אם הופעלה סמכות מעצר ע"י שוטר יש צורך לבדוק חלופת מעצר, בהקשר של המעצר ראשוני ללא צו נבדקת ע"י קצין ממונה.

לפי ס' 25: סיטואציה בה שוטר עצר ללא צו, מה הוא עושה? ייתכן שטעה ויכול לשחרר או שייקח את החשוד ללא דיחוי לתחנת המשטרה, מביא את העצור לקצין הממונה ואז מתחילה פרוצדורה לפני הקצין הממונה, וכאן גם נבדקת החלופה. במעצר של שוטר ללא צו (בניגוד למעצר ראשוני עם צו), בין המעצר הראשוני לבין ביהמ"ש (אם מחליטים שרוצים הארכת מעצר תוך 24 שעות) בתווך ישנו הקצין הממונה. לפי ס' 27, אדם שנעצר ללא צו, הקצין הממונה בודק האם באמת המעצר היה כדין וכי התקיימו ס' 23, גם אם לא התקיים אחד התנאים האמורים בסעיף 23 מפעיל הקצין הממונה את שיקול דעתו להפעיל חלופה, וישנן 3 אפשרויות:

1. שחרור העצור
2. שחרור בערובה (לפי הערובות הקבועות בס' 42 לחוק המעצרים).
3. המשך מעצר לפי העילות שבס' 13 (עילות שבגינן שופט יכול לעצור).

### מסלול משני- הפרת הוראה קודמת (התנגדות לעיכוב והפרת תנאי שחרור)

במסלול זה לא צריך לבחון את כל העילות הללו, אלא מדובר במעצר שנובע מהפרת הוראה קודמת.

1. ס' 23(ב) התנגדות לעיכוב: מצב בו עצם התנגדות לעיכוב מקימה סמכות לשוטר לעצור את המתנגד.
2. ס' 23(א)(6): עצם העובדה שאדם משוחרר בערובה והוא הפר תנאי מתנאי השחרור מקימה עילת מעצר לשוטר.

**כל הסעיפים של סימן ד' הם הסעיפים הרלוונטיים למעצר עצמו וצריך להכיר אותם**: מביצוע המעצר, הבאה לתחנת המשטרה, דוח בפני השוטר, בירור בפני הקצין הממונה, שמיעת טענות העצור וכו'.

לפי ס' 29: אם בסופו של דבר גם הקצין הממונה עוצר אז החשוד צריך להגיע להארכת מעצר בתוך 24 שעות בפני שופט (הכלל במקרה בו זה נופל בשבת או חג).

לפי ס' 30: ישנם מקרים חריגים בהם ניתן להאריך את ההבאה עד 48 שעות (חריג לכלל).

## מעצר ראשוני מכוח צו של שופט (ס' 13) – כולל מעצר ראשוני וכן הארכת מעצר לפני הגשת כ"א

### ס 13 מעצר לפני הגשת כ"א, דרושים חשד סביר של השופט ועילה

ס' 13 חולש על מעצר זה, והוא עוסק בשתי סיטואציות: צו מעצר ראשוני כאשר המשטרה מבקשת אותו משופט שלא בנוכחות החשוד, וכן על הארכת מעצר ע"י שופט לפני הגשת כתב אישום (לאחר עצירתו באמצעות הצו).

סדר הדין בבקשה קבוע בס' 15: קובע מה שוטר צריך לבקש כאשר הוא פונה אל ביהמ"ש בבקשה לצו מעצר.

**עילות המעצר לפני הגשת כתב אישום**

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

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

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

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

           (ב)  שופט לא יצווה על מעצר לפי סעיף קטן (א), אם ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של קביעת ערובה ותנאי **ערובה**, שפגיעתם בחירותו של החשוד פחותה.

**מעצר של נמלט ממשמורת**

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

**סדרי דין**

15.   (א)  בקשת מעצר תוגש בכתב על ידי שוטר ותיתמך בהצהרתו שלאחר אזהרה או בתצהיר;

(1)   בבקשה יצויינו –

(א)   **העובדות** המקנות סמכות לבית המשפט;

(ב)   תמצית העובדות והמידע שעליהם מבסס המצהיר את בקשת המעצר;

(ג)    **עילת** המעצר;

(ד)    פרטים על מעצרים קודמים ועל בקשות מעצר קודמות הנוגעים לאותו ענין והמתייחסים לחשוד, והחלטות בית משפט בהן.

(2)   לבקשה יצורפו –

(א)   העתקים מבקשות המעצר הקודמות באותו ענין;

(ב)   הפרוטוקולים של דיוני בית המשפט בבקשות המעצר הקודמות;

(ג)    חומר חסוי, לעיון בית המשפט בלבד, לרבות החומר החסוי שהוגש בדיונים קודמים של בית המשפט.

      (ב)  על אף הוראות סעיף קטן (א) רשאי שופט לדון בבקשה דחופה, גם ללא המסמכים שבסעיף (א)(2), אם נחה דעתו שיש ברשותו המידע

הנדרש למתן ההחלטה, ומטעמים מיוחדים; בדיון לפי סעיף זה לא תעלה תקופת המעצר על 24 שעות.

      (ג)   החומר הנוגע לבקשת המעצר או מידע שעליו מתבססת בקשת המעצר וכל חומר הנמסר בהליך לפי סעיף קטן (ה) יועמדו לעיון השופט

בלבד; החומר יסומן ויוחזר לשוטר לאחר העיון.

      (ד)  השופט רשאי לחקור את השוטר על בקשתו; היה הדיון בפני החשוד, רשאי אף הוא או סניגורו לחקור את השוטר.

      (ה)  ביקש שוטר כי תשובתו לשאלה תובא לידיעת בית המשפט בלבד, או ביקש לפרט בפני בית המשפט בלבד עובדות או מידע שעליהם

מתבססת בקשת המעצר, ימסור לבית המשפט, בכתב, את התשובה ואת הנימוקים לבקשתו; בית המשפט רשאי להיענות לבקשה ולהסתמך

על החומר המוגש לו בדרך זו אם מצא כי מתן התשובה או גילוי העובדות או המידע בנוכחות החשוד וסניגורו עלולים לפגוע בחקירה או

באינטרס ציבורי חשוב אחר; התשובה החסויה תסומן, תוחזר לשוטר לאחר העיון והדבר יירשם בפרוטוקול. החליט השופט שלא להיעתר

לבקשה בדבר אי-גילויו של החומר רשאי השוטר להודיע כי הוא חוזר בו מהגשת החומר שאליו מתייחסת השאלה ומשעשה כן לא יועמד

החומר לעיון החשוד וסניגורו, והשופט יתעלם ממנו לצורך החלטותיו.

      (ו)   לשם החלטותיו בבקשת מעצר, רשאי השופט להיזקק **לראיות אף אם אינן קבילות** במשפט.

      (ז)   הדיון יתועד בפרוטוקול, **מבלי לגלות תוכנו של חומר חסוי**, והפרוטוקול יימסר לצדדים.

      (ח)  **דיון בבקשת מעצר שלא במעמד החשוד יתקיים בדלתיים סגורות**, אלא אם כן הורה השופט אחרת מטעמים מיוחדים שיירשמו.

**מעצר לפני הגשת כתב אישום**

17.   (א)  ציווה שופט על מעצרו של חשוד **בנוכחותו**, לא תעלה תקופת המעצר על 15 ימים; אולם רשאי שופט להאריך, מעת לעת, את המעצר לתקופות שלא יעלו על 15 ימים; אין בהוראות סעיף קטן זה כדי לפגוע בהוראות סעיף 13(א)(3) סיפה.

           (ב)  לא יוחזק חשוד במעצר ברצף אחד בקשר לאותו אירוע, לרבות המעצר ללא צו, לתקופה העולה על 30 ימים, אלא אם כן הבקשה למעצר נוסף הוגשה באישור היועץ המשפטי לממשלה.

           (ג)   ציווה שופט על מעצרו של **חשוד שלא בנוכחותו**, לרבות מעצר לפי סעיף 14, והחשוד לא שוחרר לפני כן לפי סעיף 20, יובא החשוד בפני שופט בהקדם האפשרי ולא יאוחר מ-24 שעות משעת מעצרו; הובא העצור לפני שופט יחולו הוראות סעיף קטן (א).

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

**צו מעצר**

18.   (א)  צו מעצר יהיה בכתב ובו יפורטו –

(1)   בית המשפט, מספר התיק ושם השופט שנתן את הצו;

(2)   שמו המלא של החשוד ופרטים נוספים המאפשרים את זיהויו;

(3)   תיאור העבירה שבביצועה נחשד החשוד;

(4)   העילות שעל יסודן ניתן צו המעצר;

(5)   חובתו של מבצע המעצר להביא את החשוד בהקדם האפשרי בפני שופט, אלא אם כן הוחלט לשחררו לפני כן;

(6)   מקום שביצוע הצו מוטל על עובד ציבור שאינו שוטר – תפקיד האדם ומקור הסמכות לביצוע המעצר;

(7)   תאריך מתן הצו, מועד הוצאתו ומועד תום תוקפו.

           (ב)  צו מעצר ייחתם בידי השופט שנתן אותו וישא את חותמת בית המשפט; נבצר מהשופט לחתום על הצו, יחתום עליו שופט אחר אחרי שעיין בהחלטת השופט שנתן את הצו.

**ביצוע צו מעצר**

19.   (א)  צו מעצר שניתן שלא בנוכחות החשוד, יבוצע בידי שוטר או בידי עובד ציבור שהוסמך לכך.

        (ב)  צו שניתן לפי סעיף קטן (א) יהיה בתוקף 180 ימים, אלא אם כן האריך השופט את התקופה, בהחלטה מנומקת בכתב.

        (ג)  צו מעצר שניתן בנוכחות החשוד, יבוצע בו במקום על ידי שוטר או עובד ציבור שהוסמך לכך, אלא אם כן הורה בית המשפט על ביצועו במועד

אחר.

**שחרור עצור לפי צו מעצר על ידי קצין משטרה**

20.   מי שנעצר לפי צו של שופט, ולא קבע השופט שהעצור יובא לפניו לשם שחרורו, או את תנאי הערובה לשחרורו, או את שחרורו ללא ערובה, רשאי קצין משטרה להורות על שחרורו, לפני תום תקופת המעצר שנקבעה בצו, ללא ערובה, או לקבוע ערובה, ובלבד שהעצור או סניגורו הסכים לערובה שקבע.

### ס' 17 – צו המעצר יכול להיות ללא נוכחות החשוד (תוך 24 שעות חייבים להביאו לשופט)

ס' 17ג מלמד שזו סיטואציה שבה צו המעצר הוא ללא נוכחות (שהרי הכלל הוא שצריכה להיות נוכחות). כלומר, יכולה להיות סיטואציה של הוצאת צו מעצר ללא נוכחות, אבל אז תוך 24 שעות מביצוע המעצר, העצור חייב להיות מובא בפני שופט.

### ס' 19 – תוקף צו המעצר 180 יום

ס' 19ב קובע כי לצו מעצר יש תוקף של 180 יום, ובמהלכם המשטרה צריכה ללכת לעצור את החשוד, ומרגע שבוצע המעצר תוך 24 שעות אדם צריך להיות מובא בפני שופט.

### ביצוע המעצר - ס' 24 (חוקיות הביצוע - השוטר צריך להציג את עצמו ולהודיע סיבת המעצר)

בין אם המעצר הוא ללא צו ובין אם בצו, הביצוע של המעצר הראשוני הוא ע"י שוטרים, ולכן צריך לדון גם **בחוקיות הביצוע** של המעצר (לא נדבר על כך שנדון בשופטים).

ס' 24א: השוטר צריך להציג ולזהות את עצמו, ושנית על השוטר להודיע לחשוד את סיבת המעצר.

בס' ב נקבע חריגים: אם הזיהוי/הגילוי יסכן את המעצר וכו'.

בס' ג קובע כי מילוי החובות הללו הם תנאי לחוקיות המעצר.

### מעצר לא חוקי

#### אי הזדהות ואי הודעה על סיבת המעצר אינה חוקית

**אי הזדהות מצד השוטר ואי הודעה לחשוד בגין מה המעצר הופכים את המעצר ללא חוקים**, וס' 24 ג מעגן הלכה ישנה, היועמ"ש נ' קדושים: לפיה אדם זכאי לדעת מדוע שוללים ממנו את חופש התנועה, ואם הוא לא עושה זאת, אזי התנגדות למעצר כזה אינה התנגדות בלתי חוקית היות והמעצר עצמו הינו בלתי חוקי.

#### טעות עובדתית - חוקית, טעות משפטית - אינה חוקית

**טעות עובדתית** איננה שוללת את חוקיות המעצר, למשל אם לשוטר סביר היה חשד והוא התברר כלא אמיתי וכחשד מוטעה זה לא פוגע בחוקיות המעצר אלא אם כן שוטר סביר לא היה חושב כך. **טעות משפטית** כן תשלול את חוקיות המעצר **(למשל מעצר בגין עבירה בדרגת חטא).**

#### אי הבאת חשוד לתחנה עלולה להיות בלתי חוקית

**אי הבאת החשוד לתחנת המשטרה** (כנדרש בס' 25) באופן מידי עלולה לשלול את החוקיות של המעצר, **אלא אם כן חלו החריגים שקובע החוק בעניין.**

#### מעצר ללא צו (כאשר ניתן היה להוציא) לא הופך את המעצר ללא חוקי

**מעצר ללא צו כאשר היה ניתן לעצור בצו** (בהנחה שהייתה סמכות לעצור ללא צו, אבל היה אפשר גם להוציא צו), לא הופך את המעצר ללא חוקי משום שבכל זאת הייתה סמכות, אבל חשוב לציין שגם פקודות המשטרה קובעות עדיפות בצורה אופרטיבית להוצאת צו (תשובה זו איננה מוחלטת).

#### שימוש במעצר במקום בעיכוב – מחד ומאידך

**שימוש במעצר כאשר ניתן להסתפק בעיכוב** (כמובן בסיטואציה שהייתה סמכות לעיכוב ולמעצר), יכול לעורר דיון לכאן ולכאן, כי הסעיף הוא לכאורה אופרטיבי (לא יעצרו אדם אם ניתן להסתפק בעיכוב) אך מכיוון וקיימת סמכות, ייתכן וזה יבחן בשאלה של סבירות ומידתיות.

לסיכום, ישנם שני סוגי המעצרים הראשונים- מעצר ראשוני ללא צו ומעצר ראשוני בצו. שני אלו מתבצעים ע"י השוטר. יש מצבים בהם מעצר עלול להפוך לבלתי חוקי. **סע' 24** קובע שהשוטר צריך להזדהות, להודיע את סיבת המעצר, טעות עובדתית בוודאי לא שוללת את חוקיות המעצר שכן גם אם החשד הסביר של השוטר התברר כשגוי, אין זה אומר שהמעצר לא חוקי. מנגד, כאשר השוטר עצר בעבירה של חטא בעוד התברר שמדובר בעוון או פשע, מדובר במעצר לא חוקי (טעות משפטית).

### ריפוי מעצר לא חוקי (הפיכת מעצר לא חוקי לחוקי)

#### הכשרת המעצר ע"י הקצין הממונה

מקרה בו לא התקיימו תנאי ס' 23 המאפשרים לשוטר לעצור ללא צו. לפי תנאי סע' 27 הקצין הממונה יכול לבדוק האם קיימת עילת מעצר לפי סע' 13, גם כאשר לא התקיימו התנאים לפי סע' 27. כלומר, במידה וסע' 13 מתקיים ניתן לעצור גם מבלי שמביאים לשופט במידה ותנאי הס' לא מתקיימים כאשר הקצין הממונה מכשיר את המעצר.

#### הכשרת המעצר ע"י ביהמ"ש (ג'נאח – עוכב למעלה משלוש שעות. אשרף – מעצרו הוארך שלא בנוכחותו)

העובדה שנפל פגם בפעולתה של סמכות אכיפה, אין זה שולל את סמכות ביהמ"ש. לביהמ"ש יש סמכות נפרדת ממה שנעשה קודם לכן, בעידן החוקתי ביהמ"ש יתחשב בפגמים שנפלו קודם לדיון, אולם אם בסופו של דבר ביהמ"ש יחליט שהאינטרס הציבורי מחייב מעצר, הוא יעצור אפילו אם נעשו דברים לא ראויים. **פס"ד דרור ג'נאח-** מדובר על אדם שעוכב למעלה משלוש שעות ואז נעצר. ביהמ"ש העליון טען שהעיכוב היה פגום ולכן המעצר הוא בלתי חוקי. ביהמ"ש קבע שגם אם בשלב מסוים העיכוב היה פגום הרי משהובא העצור לביהמ"ש, היה על ביהמ"ש לבחון האם יש מקום לעצור אותו בלא קשר לחוקיות הדברים שנעשו קודם לכן. כיום בעידן החוקתי בהחלט יתכן שזה ישפיע על שק"ד ביהמ"ש, אך אין זה אומר שזה שולל את סמכותו. **פס"ד אשרף**- דובר באדם שטען שמעצרו בלתי חוקי משום שמעצרו הוארך שלא בנוכחותו תוך 24 שעות [בניגוד לסע' 17 ג' לחוק המעצרים]. החשוד במקרה זה הובא מול שופט אך הוא סירב להיכנס מאחר וסנגורו לא הגיע. במקרה זה לא נפל פגם מאחר והוא בחר שלא להיכנס לשופט, אולם בכל זאת נאמר שגם מקום בו נפל פגם בהליכי מעצר, אין ביהמ"ש הדן בבקשה רשאי להתעלם מהחומר שלפניו, שומה עליו לדון בבקשה ולהחליט בה, שכן אם האינטרס הציבורי במעצר גבוה, הוא גובר.

### סעדים בגין הפרת הכללים

נניח שנעשו מעצרים לא חוקיים, מה הסעדים?

#### תביעה אישית נגד השוטר- ס' 44 לפסד"פ

סע' 44 לפסד"פ- "שוטר לא יישא באחריות אזרחית או פלילי בשל מעצר שביהמ"ש קובע כי נעשה בתו"ל..."- מהסעיף הנ"ל אנו מבינים שככל ששוטר פועל בתו"ל הוא לא אחראי בנזיקין או פלילים, הוא כן יכול לעמוד לדין משמעתי. אולם במקרה של חוסר תו"ל, ניתן לתבוע שוטר אישית. מהסעיף עולה כי ניתן לתבוע את השוטר אישית במקרה של חוסר תו"ל.

#### תביעה נגד המדינה – ס' 38 לחוק המעצרים

סע' 38 א' לחוק המעצרים- "נעצר אדם ושוחרר בלא שהוגש נגדו כתב אישום ומצא ביהמ"ש שלא היו נסיבות למעצר.."- אם ביהמ"ש קובע שלא היה יסוד למעצר או בשל נסיבות אחרות הוא יכול לקבוע פיצוי על המעצר, שר המשפטים מוסמך לקבוע תקנות בנושא, הפיצוי המרבי ליום מעצר הוא השכר הממוצע במשק.

#### תביעת המתלונן - ס' 38(ב) לחוק המעצרים

סע' 38 ב' לחוק המעצרים- "נעצר אדם ושוחרר ומצא ביהמ"ש שהמעצר היה עקב תלונת סרק.."- כאשר מדובר בתלונת סרק שהיא לא בתו"ל, ביהמ"ש רשאי להשית על המתלונן פיצויים.

#### התנגדות למעצר שהמעצר אינו חוקי לא מהווה התנגדות למעצר (פסד שמשי)

כאשר מדובר במעצר לא חוקי או משמרות לא חוקית בריחה לא תהווה עבירה מסוג "בריחה ממשמורת חוקית". **בעניין שמשי**- שמשי זוכה מהפרעה לשוטר במילוי תפקידו מאחר ולא היתה לשוטר סמכות. בעניין כזה ביהמ"ש בדרך כלל דן בשאלה האם מדובר במשמורת חוקית.

#### פס"ד קנוש – מספיקה אמירה של שוטר כדי להיות עצור, לא חייבים איזוק

בעניין זה נדחתה הטענה שהמשמורת לא חוקית, במקרה זה נטען כי הנעצר היה יכול ללכת, לא היה צורך בפעולה פיזית. ביהמ"ש קבע שמספיק שהשוטר יזדהה כשוטר ויאמר לעצור כי הוא עצור, רואים את האדם כעצור, אין צורך בפעולה פיזית שתמחיש זאת. אם אדם בורח גם אם הוא לא אזוק, עדיין זה נחשב בריחה ממשמורת חוקית.

#### פס"ד סוויסה – משמורת חוקית מחייבת קליטה בכלא

הוטל על אדם עונש מאסר במשפט ודחו לו את מועד הכניסה לכלא. הוא לא הגיע לכלא ולכן הוא הואשם בבריחה ממשמורת חוקית. ביהמ"ש אמר שלא מדובר בבריחה ממשמורת חוקית מאחר ולא הייתה קליטה ראשונית, לא הייתה כניסה למשמורת. כמובן שהוא לא יצא לגמרי נקי מזה, סע' 184 לחוק סדר הדין הפלילי מאפשר להאשים בעבירה אחרת שיסודותיה התגלו בכתב האישום- במקרה זה הוא הורשע בסע' 287 שזה הפרת הוראה חוקית, העבירה שהוא עבר לא מהווה בריחה ממשמורת חוקית אלא הפרה של הוראה חוקית. אין זו בריחה מאחר ולא הייתה קליטה כלשהיא למשמורת.

#### פסילת ראיות כתוצאה ממעצר לא חוקי

כיום לאור פס"ד יששכרוב ישנה אופציה, שיקול דעת שיפוטי, לפסול ראיות שהושגו כתוצאה ממעצר לא חוקי.

## סמכויות נלוות למעצר

דיברנו על המעצר הראשוני- בצו או שלא בצו- שניהם מבוצעים ע"י שוטר, ולכן נדון בסמכויות הנלוות שיש לשוטר.

### סמכות להפעיל כוח (סביר) – ס 19 פסדפ

לאדם פרטי שמעכב יש סמכות להפעיל כוח שלא יגרום לחבלה. העלינו את השאלה איך יכול להיות שנתנו לאדם פרטי אפשרות להפעיל כוח ואילו לגבי שוטר לא דנו בכלל בסמכות זו? אמרנו שסמכויות עיכוב גוררות איתן שימוש בכוח בהתאם לנסיבות (למשל התנגדות לעיכוב) ולכן אם ניתנה סמכות עיכוב לאדם פרטי מניה וביה ניתנה סמכות להפעיל כוח. סע' 19 לפסד"פ- לשוטר הסמכות להפעיל כוח סביר על מנת לעצור את החשוד. כוח סביר תלוי בנסיבות לעיתים אפילו אזיקים יחשבו כוח שאינו סביר. "מי שמוסמך לעצור אדם חב-מעצר רשאי להשתמש בכל אמצעי סביר הדרוש לביצוע המעצר, אם האדם מתנגד למעצר או מנסה להתחמק ממנו".

#### פס"ד עובדיה – איזוק עלול להוות שימוש לא סביר

מקרה שבו השוטר עצר את החשוד, החשוד לא התנגד למעצר, אבל בשלב מסוים השוטרים רצו לאזוק אותו ואז הוא התנגד לאיזוק ותקף את השוטר. הוא זוכה מעבירה של תקיפת שוטר מאחר ולא היתה סיבה לאזוק אותו ולכן האיזוק מהווה שימוש בכוח באופן שאינו סביר. השאלות הקשות מתעוררות כאשר מדובר בשימוש בכוח ממית- בשני פסקי דין ביהמ"ש גיבש את **התנאים בשאלה מתי אפשר להשתמש בכוח ממית**?

#### פס"ד גולד – התנאים לשימוש בכוח קטלני (ירי) במעצר (מעצר חוקי, עבירה מסוג פשע, אמצעי יעיל אחרון)

דובר באדם שנעצר בתחנת המשטרה, הוא בעט בגולד [שוטר] וניסה להימלט. השוטר הזהיר אותו אזהרה מילולית, ירה ירייה באוויר ואז ירה לרגלו שהובילה למוות שלו. להלן התנאים:

1. **מעצר חוקי**- המעצר הראשוני צריך להיות חוקי על מנת שיהיה ניתן להשתמש בכוח נלווה שהוא כוח קטלני.
2. העצור חשוד **בעבירה מסוג פשע**. כלומר, אי אפשר להשתמש בכוח קטלני כאשר העצור עצור על עבירה שהיא פחות מפשע.
3. **הירי הוא האמצעי היעיל האחרון**. וגם במקרה זה, לא יורים כדי להרוג אלא **פועלים לפי נוהל פתיחה באש**- אזהרה, ירייה באוויר, יריה לרגליים.

#### פס"ד אנקונינה – כדי להשתמש בירי דרוש שהעבירה תהיה פשע המסכן חיים

נעשה שכלול של התנאים, עוד יותר צמצמו את האפשרות להשתמש בכוח קטלני. במקרה זה שוטר מג"ב עמד במחסום לאחר שנאמר לו שישנו חשד לפיגוע ברצועת עזה, נוצר תור לפני המחסום, המכונית ניסתה לסגת אחורה ולהסתובב כדי לא לעמוד בתור. שוטר המג"ב קרה לו בערבית לעצור, לאחר שהוא לא עצר, הוא ירה שתי יריות באוויר, וכאשר הרכב המשיך להסתובב הוא ירה לגלגלי הרכב. במקרה זה ביהמ"ש חוזר על התנאים של גולד ומדייק אותם בעיקר את התנאי השני- לא מספיק שזו תהיה **עבירה מסוג פשע אלא פשע מסוכן, המסכן חיים**. השוטר בענייננו ניסה לבצע מעצר, ישנה התנגדות למעצר, השוטר מבחינתו חשש שהמחבל נמצא בתוך הרכב ולא מדובר לא סתם במעצר של פשע אלא פשע מסכן חיים. מעבר לכך, ישנה דרישה כי באמת יהיה מדובר באמצעי האחרון כלומר הדגישו את התנאי השלישי.

### סמכויות כניסה למקום (שיש צו ושאין צו, פסד בידרמן)

**דרכי הביצוע [25]**

26.   המבצע צו מעצר רשאי, כשהצו או האישור לפי סעיף 25 בידו –

(1)   להיכנס לכל מקום שיש לו יסוד סביר להניח שהעצור נמצא בו;

(2)   להשתמש בכוח סביר נגד אדם או רכוש במידה הדרושה לביצוע הצו.

מתי לצורך ביצוע של מעצר ניתן להיכנס למקום כלשהוא. כאשר ישנו צו מעצר ההוראה היא מאוד פשוטה- סע' 26 לחסד"פ- קובע כי כאשר לשוטרים יש צו מעצר ביד, מניה וביה הם יכולים להיכנס לכל מקום ולהשתמש בכוח בשביל לבצע את הצו.

**השאלה הטיפה יותר מורכבת היא כאשר רוצים לבצע מעצר שלא בצו**?

**חיפוש שלא על פי צו חיפוש** – **פסד"פ**

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

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

(2)   תופש הבית או המקום פונה לעזרת המשטרה;

(3)   אדם המצוי שם פונה לעזרת המשטרה ויש יסוד להניח שמבוצעת שם עבירה;

(4)   השוטר רודף אחרי אדם המתחמק ממעצר או נמלט ממשמורת חוקית.

**כניסה למקום**

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

**פס"ד בידרמן**- סע' 45 לפסד"פ מעלה שאלה האם ניתן להתבסס עליו בשביל להוות מקור לשוטר להיכנס **למקום ללא צו**? סע' זה קובע כי כאשר יש רשות לעצור ולחפש, אדם שנמצא בבית צריך לאפשר את הכניסה הזו. האם סע' זה יכול להוות מקור עצמאי לכניסה (ללא צו!)? האם זה סע' שבשבילו צריך צו מעצר או שהסע' הזה עומד באופן עצמאי? סע' 26 אומר שכאשר ישנו צו מעצר אין בעיה, אולם השאלה היא כאשר אנו מבצעים מעצר ללא צו- האם ישנה סמכות להיכנס לכל מקום בשביל לבצע את המעצר? האם סע' 45 יכול לשמש מקור עצמאי? המחלוקת הזו עלתה בפס"ד זה. במקרה זה נידונה חוקיות מעצר של חייל שנמלט ממשמורת חוקית. במקרה זה החייל ברח ממעצר, השוטרים נכנסו לביתו לעצור אותו בלי הסכמה. נשאלה השאלה- האם השוטרים יכלו להיכנס לביתו בלא שהיה להם צו מעצר בשביל לבצע את המעצר? השופטים נחלקו בדעותיהם:

**דעת הרוב**- סע' 45 לא מקנה סמכות עצמאית אלא כל מה שהוא קובע הוא שכאשר ישנה סמכות מכוח הוראה אחרת, מי שמחזיק בבית חייב לאפשר את הכניסה. כלומר, עלינו למצוא את מקור הסמכות להיכנס לתוך הבית. במקרה זה, ביהמ"ש מצא את הסמכות בסע' 25 לפסד"פ- כלומר הם עשו הלבשה של סע' 45 +סע' 25. סע' 25 עוסק בשאלה מתי שוטרים יכולים להיכנס לבית בלא צו חיפוש? לשוטר יש מקום להניח כי נעשה פשע בבית; אדם המצוי שם פונה למשטרה; אדם שנמצא בבית פונה למשטרה; רדיפה אחר מישהו שנמלט ממשמורת חוקית. דעת הרוב פירשה את סע' 25(4) כרדיפה שהיא לא תכופה, אין צורך שהרדיפה תהיה תכופה בשביל להפעיל את הסע'. ולכן גם כאשר אדם נמלט ממשמורת חוקית ישנה סמכות להיכנס לבית גם ללא צו. דעת הרוב הלבישה את מקור הסמכות [סע' 25] על סע' 45 וקבעה שבני ביתו היו צריכים לאפשר את הכניסה לבית ולעצור את החשוד.

**דעת מיעוט של השופט אלון**- סע' 45 הוא סע' עצמאי. הוא קובע כי האופציה הרביעית בסע' **25 היא רק במקרים של רדיפה תכופה**. אולם לדעת אלון במקרה שבו ישנה סמכות מעצר ללא צו ניתן להיכנס מכוח סע' 45 מאחר והוא סע' עצמאי.

לדעת המרצה- כמעט תמיד כאשר יהיה לשוטר סמכות מעצר ללא צו לפי סע' 23, תהיה לו סמכות מעצר מכוח סע' 25. ולכן השאלה הזו תיאורטית שכן כמעט ולא התקיימו מקרים שתהיה סמכות מעצר ללא צו ולא תהיה סמכות מעצר מכוח סע' 25.

סיימנו את הנושא של מעצרים ע"י שוטרים וכרגע אנו מדברים על מעצר ימים- הארכת מעצר ע"י שופט.

## מעצר ימים- בהארכת מעצר נדרשת נוכחות החשוד (ס' 12-סמכות שופט, 13-עילות, 16(2)-נוכחות החשוד)

**סמכות שופט (תיקון מס' 11) תשע"ה-2014**

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

הסמכות מצויה בסע' 12- בסיפא נאמר שצו מעצר יכול שינתן בין בנוכחות של העצור ובין בהיעדרו. בהיעדרו- הוצאת צו ראשוני ע"י שופט שהמשטרה צריכה ללכת ולבצע אותו, יש לה 180 יום. ישנו מעצר ראשוני שהוא מעצר בצו שהסע' שחולש עליו הוא אותו הסע' שחולש על הארכות מעצר. **הסיפא של סע' 12 אומר שצו מעצר יכול שיינתן בהיעדרו- רק במקרה של הסמכות הראשונית ולא במקרה של הארכת מעצר, שכן מעצר ימים חייב להיות בנוכחות חשוד לפי סע' 16(2) אלא אם כן מתקיימים החריגים של חוק המעצרים.** אנו כרגע דנים בסיטואציה שבה היה מעצר ראשוני, בין אם בצו ובין אם שלא בצו, והיינו מגיעים להארכת מעצר. **סמכות השופט היא מכוח סע' 12, נוכחות החשוד היא מכוח סע' 16(2) והעילות של הארכת מעצר הן מכוח סע' 13.**

**הארכת מעצר (תיקון מס' 1)  תשנ"ז-1997**

16.   על בקשה להארכת מעצרו של חשוד או נאשם, יחולו גם הוראות אלה:

(1)  הודעה על מועד הדיון ומקומו תימסר, ללא דיחוי, על ידי המשטרה לחשוד, לסניגורו, אם יש לו סניגור, ובאין סניגור – לאדם הקרוב לחשוד שהוא נקב בשמו;

(2)  הדיון יתקיים בפני החשוד, אלא אם כן נוכח השופט, על יסוד חוות דעת של רופא, שאין החשוד מסוגל להשתתף בדיון מפאת מצב בריאותו; במקרה זה, יתקיים הדיון בנוכחות סניגורו ואם אינו מיוצג ימנה לו השופט סניגור, עד שיוכל להתייצב בבית המשפט; פסקה המניעה להתייצבותו וטרם נסתיימה תקופת המעצר, רשאי החשוד לדרוש דיון חוזר;

(3)  הדיון יתקיים בפומבי, אולם רשאי שופט להורות שהדיון יתקיים בדלתיים סגורות בהתאם להוראות סעיף 68(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד–1984.

**לצורך מעצר אנו בודקים תשתית ראייתית, עילת מעצר וחלופת מעצר**:

### בסיס ראייתי (13(א) – חשד סביר של שופט שמתקיימת עבירה שאינה חטא)

המרצה מזכירה שכשאנו דנים לא משנה באיזה סוג של מעצר, אנו מדברים קודם על **המסלול העיקרי**, דרך המלך של מעצר הימים. במסגרת הזו אנו בודקים קודם כל **מה הבסיס הראייתי שנדרש על מנת לעצור**?

סע' 13 א' קובע שחייב להיות חשד סביר שמתקיימת עבירה שאיננה חטא- עבירה בת מעצר ע"י שופט היא רק על עבירה של עוון ופשע, גם שופטים וגם שוטרים לא יכולים לעצור על חטא. מה חשד סביר של השופט?

#### חשד סביר של שופט – חוש המומחיות של השופט, פס''ד רוזנשטיין

אנו מדברים הרבה מאוד על חוש המומחיות של השופט. החשוד מובא תוך 24 שעות בפני השופט. למשטרה מצד אחד לא היה זמן לחקור אותו. מצד שני, היא צריכה להראות בסיס מסוים על מנת להאריך מעצר ע"י השופט. לכן, ישנו בעיה מעגלית כי אין הכרח שהמשטרה אכן הצליחה ליצור בסיס ראייתי.

**פס"ד רוזנשטיין**- בהכרעה יש הרבה מהאינטואיציה השיפוטית המושכלת, אנו מדברים על סיטואציה שבה החשוד לא יודע איזה ראיות יש למשטרה, **השופטים יכולים לראות בשלב הזה גם חומר חסוי**, לא קביל ועוד. לכן, **המושג "חשד סביר" משמש בית קיבול גם לראיות לא קבילות**. מדובר בכל הראיות שקושרות את החשוד לעבירה במידת סבירות ראויה שמצדיקה במאזן האינטרסים מזה ומזה שתינתן למשטרה אפשרות להמשיך ולסיים את החקירה.

סע' 15 ו' לחוק המעצרים- קובע גם כן כי גם ראיות לא קבילות ניתן להשתמש בהן בשלב זה. "לשם החלטותיו בבקשת מעצר, רשאי השופט להיזקק לראיות אף אם אינן קבילות במשפט." לאור האמור, מדובר בסיטואציה שיש בה הרבה מהאינטואיציה של השופט.

**פס"ד שקארנה**- השופטת בייניש מציגה את הקושי. מצד אחד, ברור כי מדובר באדם שחזקת החפות עומדת לו והכל מאוד ראשוני כלפיו. מצד שני, ישנו חשש שאם לא ניתן למשטרה להמשיך לחקור, החקירה תסוכל. ולכן ההחלטה הזו נתונה לניסיון השופטים ואינטואיציה שיפוטית.

### עילות מעצר

#### עילת השיבוש – 13(א)(1)

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

#### עילת המסוכנות - 13(א)(2)

קיים יסוד סביר לחשש שהחשוד יסכן את בטחונו של אדם, את בטחון הציבור או את בטחון המדינה.

#### מעצר לצורכי חקירה – 13(א)(3)

תחום של מעצר ימים ישנה עילת מעצר מיוחדת שלא תופיע בשום שלב אחר, בכל אחד מסוגי המעצרים- סע' 13 (א)(3)- הליכי חקירה שניתן לקיימם רק במעצר. זו סמכות מאוד מרחיקה לכת, מאחר ואנו אומרים שאותו חשוד לא קמה לו עילת מסוכנות או עילת שיבוש ובכל זאת אנו עוצרים אותו כאשר יש לו חזקת חפות רק לצורך החקירה מאחר וישנן דרכי חקירה אותן אנו יכולים לקיים רק במעצר. מאחר וזו עילה כה חריגה, **ישנן דרישות ייחודיות**:

##### דרושים נימוקים מיוחדים (לא ימחקו את מיוחדות הנימוקים ומאידך לא יסכלו את החקירה)

סע' 13(א)(3) דורש **נימוקים מיוחדים** שירשמו שיסבירו שהעילה אכן מתקיימת. מה הכוונה של נימוקים מיוחדים? **השופט חשין** אומר שעל השופט לכתוב ברמת הפשטה שמצד אחד לא תמחק את מיוחדותם של הנימוקים אבל באותה עת לא תסכל את הליכי החקירה. כלומר, השופט צריך לכתוב באופן ברור אך לא באופן שיסכל את החקירה. הנימוקים פותרים את נושא הביקורת, שכן ההחלטה של השופט צריכה להיות נתונה לביקורת, באמצעות זה שישנה הפנייה לחומר חסוי ההחלטה יכולה להיות נתונה לביקורת, לפחות ע"י ערכאה עליונה.

##### אורך תקופת המעצר – מוגבל ל 15 יום במצטבר

**אורך תקופת המעצר**- בעוד לגבי מעצר ימים באופן כללי התקופות מנויות בסע' 17 שאומר ששופט יכול להאריך מעצר כל פעם עד 15 יום ובסך כל התקופות לא יהיה מעל 30 יום. בנוסף, אם רוצים מעבר לשלושים יום היועמ"ש צריך להגיש את הבקשה ואז אנו יכולים להגיע עד 75 ימים [סע' 59]. מעבר למספר ימים אלו ניתנת סמכות לביהמ"ש העליון לעצור- סע' 62 לחוק. **מאחר ועילה זו מרחיקה לכת אנו קובעים אורך תקופת מעצר שונה- סע' 13(א)(3) אומר לנו שמעצר בעילה זו הוא לתקופה שלא עולה על** **חמישה ימים וסך כל התקופות לא יהיה יותר מ-15 ימים**.

##### פס"ד ברונסון – העילה קיימת שיש פגיעה חמורה ביכולת ניהול סבירה של החקירה

פסד **ברונסון** עסק בשאלה מהם הליכי חקירה שלא ניתן לקיימם אלא במעצר? שכן ברור כי תמיד יותר נוח למשטרה לקיים חקירה אלא במעצר. **חשין** אמר כי הכבדה על פעולות המשטרה לא מהווה דבר מספק על מנת להקים את העילה. אולם פגיעה חמורה וקשה ביכולת ניהול סבירה של חקירה, כן מקימה את העילה.

#### מעצר באירוע המוני - סינהרשקו

**פס"ד סינהרשקו**- דן במעצר באירוע המוני- מדובר במקרה של פינוי כפר דרום שבו היו הרבה מאוד מעורבים שהתבצרו על גג בית כנסת. בייניש מתייחסת למעצר באירוע המוני גם לזיקה הראייתית וגם לנושא של העילה.

* לגבי התשתית העובדתית- די בזיקה הראייתית שבאה לידי ביטוי בנוכחות במקום העבירה כדי לבסס חשש סביר נגד החשודים ולקשור אותם באופן ראשוני לעבירות שלכאורה בוצעו. כאשר ישנו אירוע המוני אי אפשר לדעת מי עשה מה, ולכן בשלב הזה די בנוכחות במקום העבירה בשביל ליצור חשד סביר.
* לגבי עילת המעצר- בייניש אמרה שכאשר ישנם מעורבים רבים ישנו חשש טבוע **לשיבוש מהלכי מעצר**. כאשר ישנן עבירות של מעורבים רבים וברור שהייתה התארגנות מראש [כמו ההתבצרות על הגג], קיים חשש טבוע לאפשרות של שיבוש הליכים.

ממקרה זה ניתן ללמוד על פרשנות ביהמ"ש לעילות בסיטואציה של אירוע המוני.

### בדיקת מצב נפשי אינה עילת מעצר

**בש"פ 92/00 פלוני נגד מדינת ישראל**- דובר בשאלה האם אפשר לעצור אדם לתכלית של בדיקת מצבו הנפשי? ביהמ"ש בעצם אומר שניתן להאריך מעצר של חשוד רק אם מוכחת עילת מעצר לפי סע' 13. כלומר, כל עוד הוא חשוד ולא נאשם, אי אפשר לומר שאין עילת מעצר אך אנו מורים על בדיקה בתנאי אשפוז. אם הוא עצור, וישנה עילת מעצר, ניתן לבדוק אותו בתנאי אשפוז, אך אם הוא לא עצור לא ניתן להורות על כך. רק כאשר הוא נעצר הבדיקה יכולה להיות חלק מהחקירה. כמובן שלגבי נאשמים ישנן הוראות אחרות.

### מקסימוב - ימי מעצר של אדם בחו"ל לשם הסגרתו אינם נכללים בתקופה שבה ניתן להחזיק חשוד במעצר

לגבי זמנים- אמרנו שמעצר ימים יכול להגיע לסך של שלושים יום (לפי 17(ב). המקסימום במעצר לפני כתב אישום לפי 59 הוא 75 ימים). נשאלת השאלה מה קורה אם אדם ישב לפני כן במסגרת **הסגרה**? זה עלה **בפרשת מקסימוב**- מקסימוב נעצר ברומניה ב15/05/02 בעקבות בקשת הסגרה שהוגשה ע"י מדינת ישראל, הוא הגיע לישראל ב-13/03/02, באותו היום הוא נעצר בנתב"ג והובא לביהמ"ש השלום לצורך צו מעצר. ביהמ"ש הוציא צו מעצר עד ה-26.06.02- שלושה עשר ימים. הוא אמר שלא ניתן לעצור אותו מאחר ואנו עוברים את השלושים יום אם מחשבים את ימי ההסגרה. ביהמ"ש קבע **שימי מעצרו של אדם בחו"ל לצורכי הסגרתו אינם נכללים בימי התקופה שבה ניתן להחזיק חשוד במעצר**. מהרגע שהוא מגיע לארץ מתחילים את חישוב הימים.

### חלופת מעצר

גם כאשר לביהמ"ש יש סמכות לעצור הוא חייב לשקול חלופת מעצר. סע' 13 ב' קובע את ההוראה של חלופת מעצר.

#### הלכת אפל – שוקלים חלופה רק שיש תשתית ועילה

נקבע כי אין מקום לשקול חלופת מעצר אם אין לנו תשתית עובדתית ועילת מעצר**, רק בהתקיים תשתית עובדתית ועילת מעצר ניתן לחשוב על חלופת מעצר כמו מעצר בית.**

#### סמכות ביהמ"ש להאריך חלופת מעצר "מי שמוסמך לפעול על גבול השלם יכול לפעול גם בחלקי השלם" (עמית)

שאלה מעניינת שעלתה בפסיקה- היכן מעוגנת סמכות ביהמ"ש להאריך תוקף של תנאי שחרור בערובה [חלופת מעצר]? סע' 16 לחוק קובע את התקופות שבהן אפשר להאריך מעצר. אולם אין לנו סע' מקביל שאומר שאת הארכת התקופות בחלופת מעצר? השאלה הזו נשאלה **בבש"פ 5536/13- מדינת ישראל נגד פלוני- השופט עמית** אמר שמי שמוסמך לפעול על גבול השלם יכול לפעול גם בחלקים של השלם. כלומר, **אם לביהמ"ש יש סמכות להאריך מעצר, ממילא יש לו גם סמכות להאריך חלופת מעצר- תנאי השחרור**. המגבלות הן המגבלות שקובע החוק. אולם כמו שאנו יודעים לאנשים לעיתים יש תנאי שחרור שהם מעבר לפרק הזמן של 75 יום שניתן להגיש על ידי היועמ"ש, צריך להגיש בקשה **לפי סע' 58 לחוק המעצרים** שעוסק בהטלת תנאי שחרור. סע' זה מאפשר הטלת תנאים עד 180 יום, וניתן להאריך אף לעוד 180 יום במהלך תקופה זו.

**תוקף הערובה (תיקון מס' 1)  תשנ"ז-1997**

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

       (ב)  בית המשפט רשאי להורות על הארכה נוספת של הערובה ותנאיה לתקופה שלא תעלה על 90 ימים, אם הוגשה בקשה לכך באישור היועץ

המשפטי לממשלה.

**שחרור באין אישום (תיקון מס' 1)  תשנ"ז-1997**

59.   חשוד הנתון במעצר ולא הוגש נגדו כתב אישום תוך 75 ימים לאחר מעצרו, ישוחרר מן המעצר, בערובה או ללא ערובה.

### מסלול משני במעצר ימים (המלטות ממשמורת והפרת תנאי שחרור)

להשלמת התמונה, דיברנו בעצם על המסלול העיקרי של מעצר ימים- תשתית עובדתית, עילת מעצר, חלופת מעצר. אולם בכל מעצר אנו מדברים גם על **המסלול המשני/ מקוצר**- מעצר בשל הפרת הוראה חוקית קודמת שאז אנו לא צריכים לעבור את כל המסלול העיקרי. להלן המקרים שניתן להפעילו:

* סע' 14 לחוק המעצרים קובע שעצם **הימלטות ממשמורת חוקית** מאפשרת לשופט להוציא צו מעצר, הוא לא צריך תשתית עובדתית, עילה ועוד אלא הוא צריך רק הצהרה בכתב של שוטר שאדם נמלט ממשמורת חוקית.
* **הפרת תנאי שחרור**- סע' 51 לחוק המעצרים- הפרת תנאי שחרור- אם אדם הפר תנאי שחרור בערובה, לדוג' לא לצאת מהבית אחרי שעה מסוימת, השופט יכול לעצור אותו אם נתגבשה עילת מעצר. במקרה זה צריך לדון בעילת מעצר. אנו לא דנים בעבירה עיקרית אלא אנו מדברים על אדם שהפר את תנאי השחרור.

**תוצאות הפרת תנאי שחרור בערובה (תיקון מס' 1)  תשנ"ז-1997 (תיקון מס' 4)  תש"ס-2000**

51.   (א)  שופט הדן בענינו של משוחרר בערובה, שהובא לפניו בשל הפרת תנאי מתנאי השחרור, רשאי להורות על חילוט הערבות, ואם התגבשה עילת מעצר, לעצרו או לשחררו בערובה בתנאים שיקבע.

## מעצר לפי הצהרת תובע – עד 5 ימי מעצר (17 ד)

מקרה בו המשטרה סיימה את החקירה ואז לכאורה היא חייבת לשחרר את העצור, אבל אם מדובר באדם שמתכוונים להגיש נגדו כתב אישום ומתכננים לבקש מעצר עד תום ההליכים מאחר וישנו חשש למסוכנות ושיבוש הליכים. ישנה בעיה מאחר ונוצר וואקום- צריך לשחררו כי הסתיימה החקירה אך צריך לכתוב כתב אישום. לצורך זה, החוק מאפשר שביהמ"ש יתן **עד חמישה ימי מעצר** לשם כתיבת כתב האישום. לרוב בתי המשפט לא נותנים חמישה ימים אלא פחות ואז לתובע יש זמן קצוב לכתוב את כתב האישום.

נוסח הסע'- **סע' 17** ד' לחוק המעצרים- לביהמ"ש הסמכות ליתן צו מעצר למשך חמישה ימים. מעצר ימים מוגבל עד 30 יום, כלומר **החמישה ימים הנוספים צריכים להיות בתוך הגבול של 30 ימי המעצר ולא יותר**.

**מספר פסקי דין שקבעו הלכות**:

### הצהרת התובע לא חייבת לכלול התחייבות של התובע להגיש כתב אישום (פס"ד בדווי)

**פס"ד בדווי**- קבע **שהצהרת התובע לא חייבת לכלול התחייבות של התובע להגיש כתב אישום**, אלא שזו כוונתו שכן אחרת זה היה מאיין את שיקול הדעת של התובע. שכן, התביעה היא זו האחראית להגיש כתב אישום, אם התובע מתחייב להגיש כתב אישום המשמעות היא שהוא מכפיף את שיקול דעתו ולכן ניתן להסתפק בכוונה.

### התובע לא צריך לכתוב את סעיפי האישום (פס"ד אלטויל)

**פס"ד אלטויל**- פס"ד זה ניתן לאחר פס"ד בדווי. **הסנגור טען שהתובע צריך לכתוב את סעיפי האישום** שהוא מתכוון להגיש בגינם בכתב האישום בהצהרת התובע. **ביהמ"ש לא קיבל זאת**, שכן הצהרת התובע באה בתפר של סיום החקירה לבין השלב של הגשת כתב האישום. בעקבות פסקי הדין הללו פרקליטות המדינה הוציאה נוסח אחיד להצהרת התובע: "אני מאשר כי לאחר עיון חומר הראיות שהוגש לי יש מקום לכאורה להגיש כתב אישום ולבקש את מעצרו של הנאשם עד לסיום ההליכים המשפטיים נגדו".

### בנסיבות חריגות אפשר לחזור ולעצור לצורכי חקירה לפי ס' 13 גם אחרי שהסתיימה החקירה (שימול)

**פס"ד שימול**- עוסק בשאלה האם כאשר אדם עצור, ניתן לחזור ולבקש מעצר לפי סע' 13- כלומר, **השלמת חקירה**. כאשר אנו מדברים על הגבולות של ה-30 יום. השאלה היא שאלה עקרונית, ולא שאלה של חריגה מן הימים. אלא פשוט נודע מידע חדש ולכן הבקשה היא מעצר לצורך חקירה. ביהמ"ש לא שלל את האפשרות הזו, אך הוא קבע שזה ייתכן בנסיבות חריגות ולא כמקצה שיפורים לרשויות החקירה והתביעה. נסיבות החריגות שיכולות להיות: מידע שלא ניתן היה בדרך סבירה לדעת אותו קודם לכן, לא מדובר במחדל של רשויות החקירה, ביהמ"ש אומר ש**התביעה צריכה להראות שמדובר במידע חדש המשפיע על תוכנו של כתב האישום באופן ממשי.** במקרה זה, הראו דוחות סודיים המעידים על תפנית בחקירה. ולכן, **ביהמ"ש אפשר לחזור וניתן מעצר לפי סע' 13 למרות שהסתיימה החקירה**. שוב, לא לצורך מקצה שיפורים אלא מאחר וישנם נסיבות חריגות.

### גם שהסתיימה החקירה יש לבחון עם עילות המעצר עדיין רלבנטיות – פלוני בש"פ 4829/14, השופט עמית

**פס"ד פלוני**- פס"ד יחסית ממש חדש של השופט עמית, במקרה זה היה נער קטין שתקף מדריכים וחניכים במעון שהוא היה מצוי בו. ביהמ"ש שלום הורה על החזרתו למעון לאחר שהיה במעצר. במקרה זה, היה חשש בתוך המעון ממסוכנותו משום שהוא תקף מדריכים וחניכים אחרים ולכן הוגש ערעור למחוזי. המחוזי קבע שהוא יישאר במעצר עד ליום המחרת בשעה 10:00 בכפוף לכך שעד השעה הזו תוגש הצהרת תובע. מדוע הוא עשה זאת? באותו הדיון נציג המשטרה הצהיר שהחקירה הסתיימה ולכן לכאורה יש לשחררו. במקרה זה נציג המשטרה הצהיר שהם סיימו את החקירה אז מאיפה הסמכות לעצרו בשנית? אילו נציג המשטרה לא היה מצהיר שחקירות המשטרה הסתיימו לא הייתה בעיה. השופט עמית דחה זאת ללא צורך בתגובת המדינה משני טעמים:

1. מעשי- השופט קבע שהאדם יישאר במעצר בכפוף לזה שעד למחרת תהיה הצהרת תובע בשעה 10:00, מבחינה מעשית העניין של לדון בזה כרגע שמדובר בסה"כ חצי יום הוא לא מעשי.
2. משפטי- ישנו סוג של חידוש- הוא אומר שפרשנות תכליתית של הוראת סע' 17 ד' רישא נעצר אדם וחקירתו נסתיימה, ישוחרר מהמעצר, ואולם אם הצהיר תובע כי עומדים להגיש כתב אישום נגדו ושוכנע בית המשפט, כי יש עילה לכאורה לבקש את מעצרו עד תום ההליכים, רשאי שופט להאריך את המעצר, מטעם זה, לתקופה שלא תעלה על 5 ימים, בכפוף להוראות סעיף קטן (ב) מחייבת לבחון אם התקיימו עילות המעצר של מסוכנות ושיבוש הליכי משפט גם אם הסתיימה החקירה. שאם לא כן, עלולה להיווצר תוצאה בלתי הגיונית בעליל לפיה עבריין מסוכן עלול להשתחרר אך ורק מהטעם שהחקירה הסתיימה אך משום מה לא ניתנה הצהרת תובע. במילים אחרות, **השופט עמית אומר שעילות המעצר של מסוכנות ושיבוש הן אינהרנטיות טבועות בסע' 17 ד'. השופט אומר שיש להסתכל על תכלית הסע'- אנו חוקקנו את סע' זה בשביל שלא יווצר מצב שאדם מסוכן השתחרר לאחר סיום החקירה ועד להגשת כתב האישום. ישנה בעייתיות מבחינת ההכשרה של המחדל של רשויות האכיפה.**

**השופט יצחק עמית מחזיר לחיים את תורת הפרשנות התכליתית מבית מדרשו של הנשיא לשעבר, השופט אהרן ברק, גם כאשר החלטתו עומדת בניגוד חזיתי ללשונו של החוק. עו"ד גדעון קוסטא, המתמחה במשפט פלילי, מבהיר מדוע לאור הפסיקה החדשה, אין עוד משמעות להוראה המורה לשחרר ממעצר חשוד שחקירתו נסתיימה**

סעיף 17(ד) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 קובע: "נעצר אדם וחקירתו הסתיימה, ישוחרר מהמעצר, ואולם אם הצהיר תובע כי עומדים להגיש כתב אישום נגדו ושוכנע בית המשפט, כי יש עילה לכאורה לבקש את מעצרו עד תום ההליכים, רשאי שופט להאריך את המעצר, מטעם זה, לתקופה שלא תעלה על חמישה ימים...".

מטרתו של הסעיף היא למנוע מצב שבו אדם יהיה נתון במעצר מבלי שקיים טעם ממשי לכך. אם המשטרה סיימה לחקור את החשוד, אך לא התקבלה החלטה להגיש נגדו כתב אישום ולבקש את מעצרו עד תום ההליכים, הרי שאין עוד טעם להחזיקו במעצר, ויש לשחררו. אם, לאור תוצאות החקירה, הגיעה התביעה למסקנה כי יש די ראיות להוכחת האשמה, וכי מתקיימת עילת מעצר של מסוכנות או חשש לשיבוש הליכי המשפט, עליה להגיש כתב אישום ובקשה למעצר עד תום ההליכים, לפני סיום תקופת מעצרו של החשוד.

הסיפא של סעיף 17(ד) נועד לתת מענה למצב, שבו החקירה הסתיימה והתביעה הגיעה למסקנה כי יש להגיש כתב אישום ולבקש את הארכת המעצר עד תום ההליכים, אך עדיין לא הספיקו להכין את כתב האישום ואת הבקשה להארכת המעצר. ניתן להעלות על הדעת מצב – אשר במציאות אינו נדיר כלל – שבו בית המשפט הורה על הארכת מעצרו של חשוד לצורך חקירה עד ליום פלוני בשעה 12:00; בשעה 10:30 ביצעה המשטרה את פעולת החקירה האחרונה, והביאה את תיק החקירה לעיונו של תובע. התובע יכול להגיע למסקנה כי יש מקום להגיש נגד החשוד כתב אישום, ואף לבקש את מעצרו עד תום ההליכים, אך ברור כי מבחינה טכנית, לא ניתן לעשות זאת בפרק הזמן הקצר שנותר עד לסיום תקופת מעצרו של החשוד. בנסיבות אלה מצרפת המשטרה לבקשת המעצר "הצהרת תובע" – הצהרה חתומה על ידי תובע משטרתי או על ידי פרקליט, ובה מצהירה המדינה כי היא עומדת להגיש כתב אישום ובקשה למעצר עד תום ההליכים.

**הפרשנות התכליתית חוזרת**

מעצר לפי סעיף 17(ד) מכונה גם "מעצר גישור", והוא נחשב בדרך כלל לעניין כמעט טכני. מאז ומתמיד פורש הסעיף כפשוטו – אם החקירה הסתיימה, הכלל הוא שיש להורות על שחרורו של החשוד. החריג לכלל – מעצרו של חשוד שחקירתו הסתיימה – יכול להתקיים רק אם מוגשת הצהרת תובע. במקרים רבים עושים הסניגורים מאמץ לשכנע את בית המשפט כי החקירה הסתיימה, שאז מחייב החוק להורות על שחרור החשוד כאמור. שופט שהובא לפניו חשוד שחקירתו הסתיימה ולא הוגש נגדו כתב אישום או הצהרת תובע, ראה עצמו נאלץ להורות על שחרורו של החשוד, על אף מסוכנותו.

בתאריך 8.7.14 שינה בית המשפט העליון את ההלכה באשר לפירושו הנכון של סעיף 17(ד) לחוק המעצרים. במסגרת החלטתו בבש"פ 4829/14 קובע השופט יצחק עמית כי על אף לשונו החד משמעית של סעיף 17(ד), גם בהיעדר הצהרת תובע אין בית המשפט חייב להורות על שחרורו של חשוד שחקירתו הסתיימה, ויש בידו סמכות להורות על הארכת המעצר. בית המשפט העליון קובע כי "עילות המעצר של מסוכנות ושיבוש הליכים המנויות בסעיפים 13 ו – 21 לחוק המעצרים, טבועות אינהרנטית בסעיף 17(ד) לחוק המעצרים, ואין באמור בסעיף זה כדי לאיין עילות אלה". בכך מבטל למעשה בית המשפט את תוקפו של הכלל הקבוע ברישא של הסעיף, המורה כזכור כי "נעצר אדם וחקירתו הסתיימה, ישוחרר מהמעצר". השופט עמית מחזיר לחיים את תורת הפרשנות התכליתית מבית מדרשו של הנשיא לשעבר, השופט אהרן ברק; הוא מודע היטב לכך שהחלטתו עומדת בניגוד חזיתי ללשונו של החוק: "אכן, נוסחו של סעיף 17(ד) הוא מנדטורי, כביכול בית המשפט חייב לשחרר את החשוד אם לא ניתנה הצהרת תובע. אולם, פרשנות תכליתית של הוראת סעיף 17(ד) רישא מחייבת לבחון אם נתקיימו עילות המעצר של מסוכנות ושל שיבוש הליכי משפט, גם אם נסתיימה החקירה".

**התנגשות חזיתית עם לשון החוק**

אין זו הפעם הראשונה שהשופט עמית מתעמת עם נוסחו של סעיף 17(ד). בהחלטתו מיום 8.7.14 הוא מאזכר החלטה שנתן בעת שכיהן כשופט מחוזי בחיפה, אשר אף היא הכתה גלים: בהחלטתו בב"ש (מחוזי חיפה) 3436/07 אבו ריא נ' מ"י, קבע השופט עמית כי גם במסגרת דיון בבקשה להארכת מעצר לפי סעיף 17(ד), "מעצר גישור", חייב בית המשפט לשקול את אפשרות שחרורו של החשוד לחלופת מעצר, זאת למרות שלשון הסעיף אינה מחייבת לשקול חלופת מעצר בשלב זה. אולם, יש הבדל גדול בין שתי ההחלטות. ההחלטה בב"ש 3436/07 המחייבת את בית המשפט לשקול חלופת מעצר, אינה עומדת בניגוד ללשונו של סעיף 17(ד), שעניינו, כאמור, קביעת כלל בדבר שחרורו של חשוד, ולא בדבר מעצרו. היא מטילה על בית המשפט חובה, העולה בקנה אחד עם הוראותיו ורוחו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. שונים פני הדברים כאשר בהחלטה בבש"פ 4829/14 מקנה בית המשפט העליון לבתי המשפט סמכות מעצר, בניגוד ללשונו הברורה של החוק.

יתר על כן, השופט עמית עצמו מציין בהחלטתו, כי בעבר כבר נזדמן לו לקרוא למחוקק לתקן ולהבהיר את נוסחו המנדטורי של סעיף 17(ד) רישא. משלא נענתה קריאה זו על ידי המחוקק, ספק אם ראוי לגייס את הפרשנות התכליתית כדי להתגבר על הוראת חוק כה ברורה וחד משמעית. ניתן אף לומר – לאור לשונו של הסעיף – שבמקרה זה אין מדובר כלל בפרשנות, אלא פשוט בביטול הוראת סעיף 17(ד) לחוק המעצרים. הרי בהיעדר עילת מעצר (מסוכנות או שיבוש), ממילא אין לבית המשפט סמכות להורות על מעצרו של חשוד, בין אם חקירתו הסתיימה ובין אם לאו. לאור הפסיקה החדשה, אין עוד כל משמעות להוראה המורה לשחרר מן המעצר חשוד שחקירתו נסתיימה.

## מעצר לאחר הגשת כתב האישום- מעצר עד תום ההליכים (ס' 21)

מעצר עד תום ההליכים כשמו כן הוא, הוא השם העממי למעצר לאחר כתב אישום. החוק לא נוקט בשם זה אלא הוא קורא למעצר זה מעצר לאחר הגשת כתב אישום. ישנם מספר שינויים בין מעצר זה לבין המעצרים הקודמים:

### שוני בסמכות ביהמ"ש (סמכות מעצרים היא תמיד של השלום)

סע' 2 לחוק המעצרים- סמכות של מעצרים לפני הגשת כתב אישום היא תמיד של ביהמ"ש שלום, סע' 2 קובע- ברגע שהוגש כתב אישום המעצר הולך לביהמ"ש אליו הוגש כתב האישום. לדוג' אם מדובר בכתב אישום של ביהמ"ש מחוזי המעצר הוגש לביהמ"ש מחוזי. ככל הניתן הדיון במעצר לא יהיה לפני אותו שופט שדן בתיק. שופט מעצרים רואה ראיות לא קבילות, הרשעות קודמות ועוד. ככל שניתן זה לא אותו שופט, אך זו לא עילה לפסילה.

**סמכות ענינית**

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

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

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

(3)  בערעור – לבית המשפט שלערעור.

### תשתית עובדתית קבילה

עד להגשת כתב האישום ההגנה התמודדה בעיניים קשורות עם כל הנושא של המעצרים. אפשר היה לתת חומר חסוי ועוד. מרגע שהוגש כתב אישום הנאשם מקבל את כל חומר החקירה ולכן בעצם הנאשם מתמודד עם נושא המעצר שלו בצורה יותר מושכלת, באמצעות חומר ראיה. אחד הנושאים הבעייתיים ביותר במעצר עם תום ההליכים היא לגבי התשתית העובדתית האם יש בה על מנת להגיש כתב אישום. זו התמודדות חשופה ולא נסתרת כמו בשלב של המעצרים הקודמים. **התשתית העובדתית לביצוע העבירה כבר חייבת להיות קבילה בשלב זה.**

### זמנים (תשעה חודשים, העליון יכול להאריך כל פעם ב 90 ימים נוספים)

עד להגשת כתב אישום אנו דיברנו על תקופות מעצר מאוד מוגבלות, קצובות בימים. כאשר אנו מדברים על מעצר עד תום ההליכים הוא מוגבל לתשעה חודשים- סע' 61 לחוק המעצרים. אבל סע' 62 לחוק המעצרים מאפשר להגיש בקשה לביהמ"ש העליון להארכה, ביהמ"ש יכול להאריך כל פעם ב-90 יום. בתיקון שנעשה לפני שנתיים ניתן להאריך אף ל-150 יום בפעם אחת. לעיתים ביהמ"ש הגיע לידי מצב שהוא מאריך ל-90 יום הרבה פעמים, ולכן סע' 62 ב' קובע שלביהמ"ש הסמכות במקרים של תקים מורכבים ולכן ממילא זה חסר משמעות לתת 90 ימים הוא יכול לתת הארכה של 150 ימים. בתקופת גרוניס נכנסו לנושא של סחבת והחלו להקפיד על הנוהל שתיק שמתחילים דיון בו אז שישמע יום יום, אך גם אם מקפידים על כך ישנם תיקים מורכבים שהדיון בהם לוקח זמן רב מאחר וישנם הרבה עדים. לחלופין, השופט חולה. מדובר בהרבה מאוד גורמים ולכן התיקים הללו לצערנו עלולים להימשך שנים.

**שלבי הבחינה של המסלול העיקרי במעצר עם תום ההליכים**

### תשתית ראייתית – ראיות לכאורה, ס 21(ב)

סע' 21 (ב) לחוק המעצרים קובע שישנה דרישה ראייתית של ראיות לכאורה. בשלב זה נחלק את הדיון לכמה חלקים:

#### ראיות לכאורה - אין להתחשב בראיה שהיא בוודאות לא קבילה כמו האזנת סתר, אך שיש ספק אפשר לקבל (פרץ)

הכלל הוא- בניגוד למצב שהיה לפני הגשת כתב האישום שאז סע' 15(ו) קובע מפורשות שניתן להיזקק לראיות שאינן קבילות, הרי שכעיקרון ראיות לכאורה צריכות להיות קבילות, שכן מדובר בראיות שעל בסיסן התביעה הגישה כתב אישום. מדוע כעיקרון? מאחר ולעיתים ישנו ספק קבילות**- הלכת פרץ**- קובעת שאם ברור שראיה לא תהיה קבילה במשפט או במידה רבה של סבירות אינה תהיה קבילה, אזי אין להתחשב בראיה זו, לדוג'- פוליגרף, האזנת סתר ללא היתר. אולם אם מדובר בהודאה של הנאשם כאשר הנאשם טוען שהיא לא חופשית ומרצון. כל עוד ההודאה הזו תקפה ניתן להשתמש בה לצורך התשתית הראייתית, דברים שהם ספק קבילים אפשר כעיקרון להתייחס אליהם. המרצה מסייגת **בהלכת פרץ** אחרת שלמדנו במסגרת המשפט החוקתי- למדנו את ההשלכות של יששכרוב והזכרנו את ההחלטה של עדנה ארבל שגם בשלב של המעצר ניתן לטעון לפסלות ראיות, לדוג' בשל פגיעה בזכות ההיוועצות, כבר בשלב המעצר. ביהמ"ש יכול לשמוע את הטענה הזו אך הוא לא כפוף לה, הוא יכול לומר שישנה פגיעה שעלולה להשפיע על שיקול דעתו לעניין המעצר.

#### חומר שנוגע לתשתית ראייתית לא יכול להיות חסוי אך לעניין מעצר אפשרי (מוגרבי)

**בש"פ מוגרבי**- נגד מוגרבי הוגש כתב אישום שייחס לו רצח והוא נעצר עד תום ההליכים. העד המרכזי בפרשה מת ולכן מוגרבי פנה לביהמ"ש לשחררו מחמת אובדן של תשתית הראייתית. המשטרה התנגדה וטענה שהיא מנהלת חקירה כדי להכשיר את הודאת השותף שמת לפי סע' 10א' רבתי(ב) לפקודת הראיות- סע' המאפשר להכשיר עדות שהיא לא עדות שמיעה. המשטרה אומרת שהיא מנהלת חקירה בשביל להכשיר את הודאת השותף והיא ביקשה להשאיר את החיסיון של החקירה. סע' זה בא לטפל בעדים עוינים או בחשש שהעד מת כי מישהו גרם לכך. הסנגור טען כי לצורך מעצר עד תום ההליכים החומר חייב להיות גלוי וקביל, ביהמ"ש הכשיר זאת- הוא אמר שניתן להכשיר חומר חסוי לעיונו הבלעדי של השופט כאשר מדובר במידע רלוונטי לעניין מעצרו של הנאשם ובתנאי שאינו קשור במישרין לעבירות הקשורות לנאשם. **החומר החסוי לא נוגע לרצח שבגינו מואשם מוגרבי אלא הוא נוגע לעניין המעצר שלו**. ביהמ"ש קבע שמה שנוגע לתשתית הראייתית הקשורה לביצוע העבירה, זה לא יכול להיות חסוי. במקרה זה, זה נוגע למעצר שכן רצו להכשיר עדות שאם היא מוכשרת התשתית הראייתית לא נופלת. **ביהמ"ש עשה הבחנה בין התשתית הראייתית שנוגעת לעברות שבגינן הנאשם מואשם לבין התשתית הראייתית הכללית.**

#### ראיות לכאורה – מבחן הסיכוי סביר להרשעה (מבחן כור ההיתוך, דורנר במיעוט – מבחן הספק הסביר המובנה – פרשת זאדה)

מה אמת המידה של ראיות לכאורה? אנו מדברים על שלב מתקדם שבו כבר הוגש כתב אישום ולכן ברור כי על התביעה להוכיח יותר מחשש סביר אלא משהו יותר מבוסס. בנושא של מעצר עד תום ההליכים נציג היסטוריה שבגללה הגענו עד הלום משום שיש לכך השפעה מאוד גדולה על המצב כיום. **זמן רק שררה הלכה שראיות לכאורה נבחנות במבחן של סיכוי סביר להרשעה.** קרה מקרה שלאחר מכן השופטת דורנר העלתה את הרף וקבעה **שכבר בשלב המעצר אם יהיה ספק סביר, לא ניתן לעצור.** בעבר, בשלב המעצר היה מספיק לבדוק האם יש סיכוי סביר להרשעה. דורנר קבעה כי אם ישנו ספק סביר כבר בשלב זה, אי אפשר לעצור. זה גרר בעיות רבות משום שהחלטות מעצרים הם דן יחיד, לכל השופטים היה מבחן של סיכוי סביר **ואילו לשופטת דורנר היה מבחן של ספק סביר בשלב המעצר**. שלא לדבר על זה שבאותה התקופה לא היה קבוע מוער לערער [כיום ערער ניתן להגישו עד שלושים יום], וסנגורים היה עושים פורום שופינג, מחכים לשופט המקל. היה שווה לסנגור לומר לנאשם שלו לחכות לשופט התורן שידוע שהוא מקל. כיום כבר יותר מוגבלים לעשות כן מאחר וישנה הגבלה של 30 יום. ביהמ"ש התכנס **בפרשת זאדה** וישב בהרכב מורחב על מנת להחליט מהו הרף הראייתי- ההלכה היא לפי ברק [דעת רוב] קובעת כי **המבחן הוא סיכוי סביר להרשעה. לחלופין, מבחן כור ההיתוך-**  ראיות לכאורה הן ראיות גולמיות אשר לגביהן קיים סיכוי סביר שעיבודן במהלך המשפט תוך בחינתן בחקירות בקביעת אמינות ומשקל יוביל לראיות רגילות אשר מבססות את אשמת הנאשם מעל לכל ספק סביר. במילים אחרות- בתחילת המשפט ישנן ראיות גולמיות, ביהמ"ש טרם שמע את העדים והתרשם מהאמינות שלהם. לכן, כאשר **אנו מסתכלים על הראיות אנו בוחנים האם לראיות אלו יש את הפוטנציאל במידה והן עוברות את כוך ההיתוך של המשפט, אז ניתן באמצעות הראיות הללו להוביל להרשעה מעבר לכל ספק סביר**. כמובן שמדובר בהערכה. **דורנר** ממשיכה במקרה זה בדעת המיעוט שלה והיא קוראת למבחן שלה- **מבחן הספק הסביר המובנה**: 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. במילים אחרות, הנושא של ראיות לכאורה מופיע שלוש פעמים בחסד"פ: א. מעצר עד תום ההליכים. ב. החלטה של תובע אם להגיש כתב אישום. ג. סע' 158 לחסד"פ שעוסק ב"אין להשיב אשמה"- במקרה זה התביעה צריכה להעביר את נטל הבאת הראיות להגנה בשביל שתוכל לספק את ההגנה, הנאשם יכול לטעון בשלב זה אין להשיב אשמה שכן התביעה לא עשתה את המינימום על מנת שהנאשם יגן על עצמו. כל השופטים מסכימים שבראיות לכאורה במעצר גבוהות מהמקרה של "**אין להשיב לאשמה**". זאת מאחר ובראיות לכאורה שבמעצר ישנה פגיעה בחירות, לעומת זאת מקום שבו ביהמ"ש קובע שישנן ראיות לכאורה ולכן אנו לא מקבלים טענה של אין להשיב אשמה, הנאשם סה"כ צריך לנהל ראיות הגנה ואין פגיעה בחירותו. לפיכך- כל השופטים מסכימים שראיות לכאורה לפי סע' 21- מעצר, הן יותר מאשר ראיות לכאורה לעניין סע' 158 (אין להשיב לאשמה). **דורנר לוקחת זאת עוד יותר רחוק, אם ישנו ספק סביר מובנה בראיות, אנו לא נעצור את האדם. ולכן, היא אומרת שלא נעצור אדם אפילו אם מדובר בראיות שיש בהם על מנת להעביר את הנטל לנהל פרשת הגנה ולדחות את הטענה של "אין להשיב לאשמה".**

#### כבר בשלב המעצר יש לבדוק ברמה הלכאורית תוספת ראייתית (אברג'יל)

**האם נדרשת תוספת ראייתית בשלב זה?** ישנם מצבים שבהם נדרש סיוע לתשתית ראייתית מסוימת. דיות הראיות- בראיות אנו מדברים על קבילות, משקל ודיות- האם הראיות מספיקות. לדוג' עדות עד מדינה דורשת סיוע. האם בשלב של ראיות לכאורה במקרה של עד מדינה צריך להביא סיוע במסגרת התשתית הראייתית? היו פסקי דין סותרים, נראה כי ההלכה נקבעה **בפס"ד אברג'יל**- **נקבע כי ברמה הלכאורית ביהמ"ש צריך לבחון כבר בשלב זה של מעצר עד תום ההליכים את דבר קיומה של התוספת הראייתית מקום שהיא נדרשת לביסוס הרשעה**. באותו מקרה דובר בעדות עד מדינה, ביהמ"ש אמר שהתביעה צריכה להראות שישנה עוד ראיה שאכן מהווה סיוע. במקרה זה- היה מדובר בשקרים של הנאשם שמוכחים בראיות חיצוניות יכולים להוות סיוע לעד מדינה.

#### הלכת הראיות מוחלשות (חסיד) – שיש סימני שאלה באשר לעוצמת הראיות דבר זה עשוי להצדיק חלופת מעצר

**ראיות מוחלשות-** **לקרוא את המאמר של המרצה המסכם את המעצר עד תום ההליכים - למבחן.** הלכה שהתחילה **בבש"פ חסיד**- הלכת הראיות המוחלשות. הקובעת- מסכת שאלות שיש סימני שאלה באשר לעוצמתה עשויה להצדיק חלופת מעצר. ביהמ"ש יצר לעצמו מן קטגורית ביניים- אם ישנם סימני שאלה באשר לראיות, ישנה הצדקה לחלופת מעצר. זו הלכה שמאוד משתמשים בה, זאת למרות שהחוק הוא מאוד ברור (לפי **הלכת אפל** חלופת מעצר קיימת רק שיש תשתית ועילה). בפועל- ישנה קטגורית ביניים, יש הרבה משחק בין העילה לרמת הראיות- אם העילה יותר חלשה, בד"כ ידרשו ראיות ברורות יותר ולהיפך.

### עילות מעצר

**עילות מעצר-** החוק כולל **שתי עילות** עיקריות [סע' 21 לחוק המעצרים]:

#### שיבוש

**סע' 21(א)1(א)-** עילה קלאסית של שיבוש הליכי חקירה.

#### מסוכנות אינדיבידואלית

**סע' 21(א)1(ב)-** עילה קלאסית של מסוכנות אינדיבידואלית.

#### חזקת מסוכנות

**סע' 21 (א)1(ג)-** יוצר חזקת מסוכנות בעבירות מסוימות.כלומר, ישנה עילת מעצר שיש לה קשר הדוק עם התשתית העובדתית. במקרה שבו ישנה תשתית עובדתית לרצח, ממילא נוצרת חזקת מסוכנות- להלן העבירות: א. עבירת מיתה ומאסר עולם ב. עבירת ביטחון ג. עבירת אלימות שנעשתה תוך שימוש בנשק חם ד. עבירות במשפחה. אלא אם כן הוכיח הנאשם אחרת. לנאשם היכולת להפריך זאת.

**ההיסטוריה החקיקתית להבנת הרציונאל העומד מאחורי זה:**

##### עד 1988- חומרת העבירה היוותה עילת מעצר (דעת מיעוט הש' אילון)

עד תקופה זו הנושא של מעצר עד תום ההליכים היה מוסדר בחסד"פ, חוק זה כלל לא פירט עילות מעצר והפסיקה היא זו שיצרה את עילות המעצר. הייתה מחלוקת בפסיקה לגבי עילה הנקראת "**חומרת העבירה**"- האם העובדה שהנאשם מואשם בעבירה חמורה יכולה להוות עילה למעצרו? ישנה פגיעה בחזקת החפות מאחר והאדם הוא רק מואשם. מעבר לכך, מעצר הוא אמצעי מניעתי ולא עונשי, ולכן לא מתייחסים לאדם בצורה אינדיבידואלית אלא מספיק שהוא מואשם בעבירה חמורה, מסתכלים על האדם כאמצעי להרתעת אחרים, אמון הציבור ועוד. לא בודקים אינדיבידואלית האם הוא באמת מסוכן. דעת הרוב- חומרת העבירה כשלעצמה הינה עילת מעצר. **השופט אלון- בדעת מיעוט- חומרת העבירה כשלעצמה אינה עילה.**

##### משנת 1988- רשימה סגורה שלגביהן חומרת העבירה היא עילה

מוספים סע' 21א וסע' 21ב' מוספים לחדס"פ- סע' 21א' קבע רשימת עבירות סגורה שלגביהן חומרת העבירה היא עילה- עבירות סמים חמורות, עבירות אלימות חמורות ועוד. הסע' קבע במפורש- שלמעט במקרים אלו חומרת העבירה היא לא עילה. דעת הרוב קיבלה את דעת המחוקק שברשימת עבירות אלו חומרת העבירה היא עילה למעצר, אולם **השופט אילון** אמר שהעבירות שצוינו מתקיים לגביהם רק חזקה למסוכנות ועדיין הנאשם יכול להפריך את החזקה הזו. סע' 21 ב' רבתי קבע חובת מעצר בעבירת מיתה ומאסר עולם.

##### פס"ד גנימאת- עילות מעצר תהיינה אינדיבידואליות

דובר בעבירה שהיא מכת מדינה- גניבת רכב. אנו מדברים על חוק סדר הדין הפלילי שהוא חוק משוריין. פס"ד גנימאת קובע הלכה חוקתית לפיה גם חוקים שנחקקו קודם לחוקי היסוד יפורשו על פיהו. **השופטים קבעו שהעובדה שעבירה היא מכת מדינה לא יכולה לשמש כשלעצמה עילת מעצר, עילות מעצר תהיינה אינדיבידואליות, שאדם לא ישמש כאמצעי להרתעת אחרים ואמון הציבור**. טענה זו עולה גם בחוקי המסתננים - המדינה באה ואומרת שחלק מהסיבה זו הרתעת מסתננים נוספים, נשאלת השאלה האם זו תכלית ראויה לקחת אנשים ולשים אותם במתקן כליאה בשל הרתעת האחרים, בניגוד לגישה הקנטיאנית לפיה האדם עומד בפני עצמו.

##### שנת 1996- חקיקת חוק המעצרים, בין היתר חזקת מסוכנות ניתנת להפרכה

המצב שבו אנו מצויים עד הלום. חוק המעצרים עושה שני דברים:

###### חוק המעצרים קובע חזקת מסוכנות – אולם בפועל הפרכת חזקת מסוכנות גוררת חלופת מעצר

יש רשימת עבירות **בסע' 21 (א)(1)(ג)** שאם אדם מואשם בהן אז יש חזקת מסוכנות שהוא יכול להפריך אותה. ברגע שאדם מפריך את חזקת המסוכנות, ישנה קפיצה לחלופה. **יש את לשון החוק ויש את הפרקטיקה, באופן יבש לפי לשון החוק 21(ב) אם העילה לא מתקיימת, אין עילה למעצר. אולם בפרקטיקה כאשר מפריכים את חזקת המסוכנות החלופה היא מעצר בית או חלופה אחרת, ברוב המקרים.**

###### חוק המעצרים ביטל את חובת המעצר בעבירות של רצח (עודה – מקרה של רצח שבו שחררו למעצר בית)

**אין שום עבירה שיש בה חובת מעצר**. בש"פ עודה- עודה הייתה בדואית שבתקופת הדיון במעצר היא היתה נשואה ובהריון, בעבר היא עברה אונס או התעללות מינית מצד קרוב משפחה שלה. ומה שקרה זה שבעלה ואביה הכריחו אותה לקבוע עם אותו אדם בפרדס והם רצחו אותו. כך שהיא היתה שותפה לרצח והיה נגדה כתב אישום לרצח. היה ברור שמדובר במקרה שאינו מקרה קלאסי של מסוכנות, היא עמדה בפני סיטואציה שבמידה והייתה מסרבת היה נגרם לה נידוי חברתי או אפילו היו רוצחים אותה. במקרה זה, השופטת בייניש החליטה לשחררה למעצר בית. יכולים להיות מקרים שבהם המסוכנות היא לא כה ברורה, ויש להשלים עם המצב שבערבויות המתאימות אדם ישב במעצר בית.

###### "**שלום הציבור**" כולל עבירות רכוש וזיוף דרכונים אשר מסכנים את **בטחון** **הציבור** (פרנקל ומזרחי)

**תיקון נוסף בחוק המעצרים להבדיל מהחסד"פ-** במסגרת עילת המסוכנות בסע' 21(א)(1)(ב) בחוק המעצרים עילת המסוכנות כללה את הביטוי "בטחון הציבור" ואילו בחסד"פ עילה זו כללה את הביטוי "שלום הציבור". זה הוביל את הסנגורים לטעון כי כיום לא ניתן לעצור בגין עבירות רכוש. אם אדם מואשם בעבירת רכוש ולא גוף/אלימות אזי לא ניתן לטעון שהוא מסוכן לביטחון. ביהמ"ש לא קיבל זאת בשתי הלכות חשובות:

**הלכת פרנקל-** השופטת בייניש אומרת **שעבירות רכוש** המבוצעות באורח שיטתי או בהיקף ניכר או תוך התארגנות של מספר עבריינים או תוך שימוש באמצעים מיוחדים ומתוחכמים **עלולות לפי מהותן ונסיבות ביצוען לסכן את ביטחון האדם** ואת ביטחון הציבור. עבירות רכוש מסוימות הכוללות שיטתיות, התארגנות, סיכון טבוע להוביל לעבירות אלימות, עלולות להיות מסוכנות.

**הלכת מזרחי-** קשירת קשר **לזיוף דרכון**. ביהמ"ש אמר שבנסיבות מיוחדות, עם עבירות רכוש ובכלל זה עבירות מרמה וזיוף, עשויות להקים עילת מעצר. במקרה זה מדובר באדם שזייף דרכון, זה יכול להוביל לסיכון מהותי לביטחון, זו דוגמא טובה לכך שגם עבירות רכוש יכולות להקים סכנה.

### היעדר חלופה

לפי לשון החוק אם ישנן ראיות לכאורה ועילת מעצר, יש לבדוק חלופת מעצר. **סע' 21(ב)(1) בסיפא קובע את החובה הזו.** לביהמ"ש החובה לבחון את האמצעי המידתי של חלופת מעצר. כמה נקודות חשובות בהקשר זה:

* כיום אין חובת מעצר- בכל מקרה ניתן לשקול מעצר (כמו בעניין עודה, גם ברצח נתנו מעצר בית).
* המשמעות של צמצום עילות המעצר מקימות יותר חלופות מעצר.
* **תסקיר מעצר**- סע' 21 א' רבתי לחוק המעצרים מאפשר לביהמ"ש לבקש תסקיר מעצר- תזכיר שירות המבחן. כאשר ביהמ"ש דן בסוגיית החלופה, יש לו כ"כ הרבה שאלות- מי המשפחה של האדם, איפה הוא גר, האם מביע חרטה, האם היא כנה- הצדדים אינם אובייקטיביים להביא את התשובות לשאלות אלו ולכן לביהמ"ש הצורך לעשות שימוש בתסקיר שירות המבחן. תסקיר זה מסייע בהחלטה על חלופת מעצר, ואם כן, איזו חלופת מעצר ועוד.
* **מעצר בלתי חוקי יכול להיות שיקול בחלופת המעצר**- **בש"פ פלוני**- נדרש מעצר עד תום ההליכים של אדם שהיה עצור שמונה ימים במעצר בלתי חוקי מאחר ועברו יותר משלושים יום בין המעצר לבין ההקראה, ברגע שאדם נעצר לא יכולים לעבור יותר משלושים יום עד להקראה. סע' 60 לחוק המעצרים קובע כי נאשם שהוגש נגדו מעצר עד תום ההליכים, המשפט שלו חייב להתחיל תוך 30 יום אחרת יש לשחררו. באותו המקרה הוא היה עצור 38 ימים והמשפט עדיין לא התחיל. ביהמ"ש קבע- מעצר בלתי חוקי הוא אומנם אחד השיקולים שצריך לשקול לעניין חלופת המעצר אך הוא אינו מכריע. כאשר לביהמ"ש יש סמכות מעצר שום דבר לא חוקי שנעשה קודם לכן לא כובל אותו, זה אכן מהווה שיקול אך לא שיקול מכריע.

### דרישת סנגור [דרישה רביעית הרלוונטית רק למעצר עד תום ההליכים]

## חלופות מעצר 21(ב)(1)

כעיקרון, כדי להגיע לחלופות מעצר נדרשות תשתית ראייתית ועילת מעצר ואז ניתן לבחון את החלופות. כיום, אין מעצר חובה ולכן **גם נאשם ברצח יכול לטעון לחוסר מסוכנות ולחלופת מעצר.**

### שמירה על זכות השתיקה פוגעת בהפרכת המסוכנות (קורמן)

**מה קורה כאשר נאשם שומר על זכות השתיקה? בעניין נחום קורמן,** החליט השופט זמיר החלטה שהתקבלה בפסיקה. דובר בקב"ט היישוב הדר-בית"ר שהואשם בהריגת הילד חלמי שושא, הגיעה אליו הודעה שהיה יידוי אבנים על מכוניות ובעקבותיה הוא רדף אחרי ילד בתוככי הכפר חוסאן והיכה אותו עד מוות. זה לא היה רצח בכוונה ולכן הואשם בהריגה. בהריגה יש חזקת מסוכנות, זהו מקרה בו הגיוני לבקש חלופת מעצר כי לא חוששים כאן למסוכנות מצד הנאשם. השופט זמיר קבע שמכיוון שהוא שמר על זכות השתיקה, הוא לא עוזר לביהמ"ש בהפרכת חזקת המסוכנות. זוהי החלטה בעייתית כיוון ששמירה על זכות השתיקה לא צריכה להיות קשורה להפרכת חזקת המסוכנות שהיא עילת המעצר.

### מעצר בלתי חוקי יכול להוות שיקול לחלופה

מעצר בלתי חוקי קודם יהיה שיקול לחלופת מעצר. בש"פ פלוני נ' מ"י- אדם הועמד לדין על תקיפת בת הזוג, הוא היה עצור 8 ימים מעצר לא חוקי. בין פתיחת המשפט להקראה צריכים להיות לא יותר מ-30 יום. במקרה הזה, המשפט עוד לא התחיל. במקרה הנידון זה לא עזר לו שהמעצר היה בלתי חוקי כי הוא באמת היה אשם ומסוכנות גם הייתה.

### המאמר של המרצה בנושא חלופות מעצר (חלופות מעצר עלולות לגרום לאנשים חפים להשלח למעצר בית)

הבסיס למאמר היה **פס"ד מ"י נ' בלטה**, שנדון בביהמ"ש שלום, בו הנאשם היה אדם שומר חוק והמתלונן היה אדם שבעבר ישב במאסר ע"כ שהוא דקר את הנאשם. היה אדם שהתנכל כל הזמן לנאשם, ובעבר כבר תקף אותו וישב במאסר, לאחר שהשתחרר מהמאסר הוא התנכל לנאשם והנאשם ניסה להתחמק ממנו, יום אחד הגיע ודקר את הנאשם, שהתגונן, הצליח לקחת את הסכין ולדקור אותו והוא הועמד לדין. שופט המעצרים הראשון שזה מגיע אליו בשלום קובע שיש חזקת מסוכנות אך יש נסיבות מיוחדות שעשויות להפריך את החזקה, וע"כ הוא שולח את זה לתסקיר מעצר שיפרט את החלופות שניתן לתת. תסקיר המעצר מגיע לשופטת מעצרים אחרת, היא קובעת שמדובר במקרה בו חזקת המסוכנות מופרכת במובן זה שניתן לשחרר את האדם לחלוטין, ולא לחלופת מעצר. הוא אומנם הורשע בעבירה חמורה, אך כיוון שניתן לומר שהאדם לחלוטין לא מסוכן יש לשחררו לביתו לחלוטין ללא חלופת מעצר.

מקרה זה הוביל את המרצה למחשבה שבמקרים רבים יתכן שנאשמים שלפי לשון החוק היו צריכים לצאת לחופשי לחלוטין מושמים במעצר בית. שאלת המחקר של המאמר הייתה- "**האם באמת לא אליה וקוץ בה**"- האם התועלת שיש בחלופות מעצר אינה לפעמים מביאה למצב ששכרם של נאשמים יוצא בהפסדם, כי לולא אפשרות זו הם היו יוצאים לחופשי לחלוטין.

התנאים של מעצר עד תום ההליכים הינם

1. **ראיות לכאורה-** ראיות לכאורה הינן ראיות גולמיות, שיש לגביהן סיכוי סביר שאם הן יעברו את **כור ההיתוך** של המשפט- מבחני הקבילות והמהימנות, הן יהפכו לראיות המאפשרות בסוף המשפט את הרשעתו של הנאשם (המבחן- סיכוי סביר להרשעה בסוף המשפט).
2. **עילת מעצר-** עילות המעצר המקובלות שיש הינן-
3. **חשש משיבוש הליכי משפט**.
4. **חשש שהנאשם יסכן** את ביטחון הציבור, בטחון האדם או ביטחון המדינה.
5. **חזקת מסוכנות שניתנת להפרכה.** בעבר הייתה עילה נוספת שנקראה חומרת העבירה, אך עילה זו הפכה כיום **לחזקת מסוכנות שניתנת להפרכה**. בעבר, עצם חומרת העבירה הייתה עשויה להוות עילה למעצר, כיום היא יוצרת חזקת מסוכנות בלבד.
6. **ייצוג-** שהנאשם ייוצג ע"י עו"ד.
7. **היעדר חלופה-** תנאי זה בא להשיג את מטרת המעצר- חלופת מעצר היא חלופה שיש בה פגיעה פחותה בחירות, באמצעי מידתי יותר באופן שישיג את מטרת המעצר (**דוג'-** אם מטרת המעצר הייתה למנוע מסוכנות חלופת המעצר צריכה להשיג מטרה זו). אך לא מגיעים אליה לולא מתקיימים שני התנאים המוקדמים.

#### חלופת מעצר מייצגת את עקרון המידתיות במשפט

עקרון המידתיות החל כעילה מנהלית עוד בטרם חוקי היסוד והוא חל על רשויות המנהל השונות. עקרון זה הפך להיות עקרון חוקתי. בחוק המעצרים יש עקרון הצהרתי בס' 1(ב) שקובע שמעצר יהיה במידה ששומרת על כבודו של אדם- זו הפניה ברורה לרעיונות של **ח"י כבוה"א וחירותו**. ובאופן ספציפי במעצר עד תום ההליכים יש את דרישת המידתיות בס' 21(ב)(1) הדורש מהשופט לשקול חלופת מעצר. כלומר, חלופות המעצר באות להיות מידתיות יותר במצב בו יש סמכות לעצור.

#### ההיפותזה של המחקר – לעיתים חלופות מעצר לא משמשות למטרתן המקורית

היא כי פעמים רבות חלופות מעצר אינן משמשות למטרתן המקורית, היינו- אמצעי מידתי יותר במקום בו יש סמכות למעצר. אלא משמשות כפתרון טוב לשופט במצב בו יש חולשה באחד מהתנאים המקדמיים, אם זה בתנאי של הראיות ואם זה בתנאי של עילת המעצר, במצב זה יש קפיצה לעילת המעצר.

##### בעיה ראשונה – הלכת הראיות המוחלשות

הבעיה הראשונה בכך היא בהלכת הראיות המוחלשות. "**הלכת הראיות המוחלשות"** קובעת כי ראיות שלגביהן יש בעיה בחוזקן (שהן חלשות יותר) עשויות להצדיק חלופת מעצר. הבעיה בכך היא שהחוק הוא דיכוטומי, שקובע שאו שיש ראיות או שאין- החלטת השופט צריכה להיות אם יש ראיות לכאורה, ואז אם יש עילה ניתן לעצור ואם אין לא ניתן לבדוק חלופת מעצר, או אם אין ראיות לכאורה ואז לא ניתן לבחון חלופת מעצר כלל. הלכה זו יצרה יציר ביניים תוצרת ביהמ"ש המנוגד לחוק (חוק המעצרים ס 1 – אין מעצר .. אלא לפי חוק).

##### בעיה שנייה - הערכת מסוכנות

יש קשיים רבים בהערכת מסוכנות- זהו דבר קשה להערכה והשופט לוקח עליו אחריות רבה בכך, לפיכך העובדה שיש חזקת מסוכנות הניתנת להפרכה גרמה לנכונות רבה יותר של ביהמ"ש לתת חלופות מעצר. לכאורה לפי לשון החוק, במידה ואין עילת מסוכנות יש לשחרר את האדם לחופשי, בפועל זה יצר נטייה לחלופות כאשר תסקיר מעצר מתבקש כדרך שבשגרה (כשיש מחשבה מסוימת שיתכן שחזקת המסוכנות נסתרת מתבקש תסקיר מעצר כדי לבחון חלופות מעצר).

במאמר, המרצה ערכה מחקר שבדק, מתי החלטות של ביהמ"ש שלום ומחוזי (100 החלטות של כל ביהמ"ש), לגבי החלטות מעצרים במצבים בהם לא הייתה הסכמה בין הסנגוריה לתביעה בנוגע למעצר. מחקרים אלו לוקים בבעיה שהמקרים המגיעים להחלטות שופטים הם המקרים הבעייתיים יותר, על המקרים הקלים יותר ישנה הסכמה, וע"כ כל מחקר לגבי החלטות של שופטים/ פס"ד יש עליו את חשד זה. המרצה חושבת שכאשר מחפשים את הלך מחשבת השופטים במקרים הקשים טענה זו אינה רלוונטית. המרצה טוענת כי מתוצאות המחקר יש מגמה ברורה.

##### ממצאים – הסתמכות רבה מדי על ראיות ולא על עילות מעצר

**הממצאים העידו ע"כ שקיימת בישראל הסתמכות רבה על ראיות, שהן משפיעות יותר מעילת מעצר, זה כבר מעורר מחשבה, כי מדובר בהפרכה של חזקת החפות, הרי לכאורה מעצר אמור להיות אמצעי מניעתי, היינו מצפים שמה שישפיע המעצר יותר יהיה העילה, וניתן לראות באופן ברור כי עיקר ההשפעה הינה של הראיות.**

בכלל המקרים שנבחנו חזקת המסוכנות לא הופרכה, ניתן לטעון כי קל יותר להוכיח לתביעה כשדיני הראיות לטובתה. במצב זה הנאשם לא יצא לחופשי. בנוסף, חזקת המסוכנות היא חזקה כמעט חלוטה- היא אף פעם לא הופרכה לחלוטין כך שאדם שוחרר לחופשי (מעל 50% קיבלו מעצר).

**תוצאה נוספת הייתה כי תוצאת חלופת מעצר התחלקה כמעט בשווה בין מצבים שיש ראיות לכאורה למצבים שיש ראיות מוחלשות,** זה מעיד ע"כ שחלופת מעצר משמשת לא פחות מפתרון מידתי יותר למצבים שיש סמכות לתת מעצר אלא כפתרון קל יותר למצבים של חולשת ראיות.

לאחר כתיבת המאמר, המרצה מצאה החלטה של השופט עמית **בבש"פ פלוני** שקובעת את מה שהיא אמרה במאמר. הוא מדבר על שקלול התמורות בין עוצמת הראיות לחלופת המעצר. הוא מסביר שלפי החוק יש לבחון האם יש תשתית ראייתית ועילת מעצר ורק אם כן לבחון חלופת מעצר.

ההסברים שהמרצה הציעה לתופעה זו, נחלקים ל-2 חלקים-

##### הסברים מבניים (גישת האיזונים בישראל, זכויות הקורבנות, התמשכות הליכים והתגברות הפשיעה)

1. הסברים אלו קשורים לכך שיש מתח ברור במשפט הפלילי בין מודל השליטה בפשע למודל ההליך ההוגן, בישראל הגישה השולטת הינה מודל השליטה, כאשר מודל ההליך ההוגן נכנס לאחר חקיקת חוקי היסוד והשפיע על הלכות שונות. ניתן לומר כי המשקל של התכלית של חשיפת האמת העובדתית מכריע בישראל, אך ביהמ"ש כיום מכיר גם בצורך להגן על זכויות הנאשם ולצורך כך יצר את **גישת האיזונים**. גם בחוק המעצרים לביהמ"ש קשה עם הדיכוטומיה של חוק המעצרים והם יוצרים לעצמם איזונים. בנוסף ניתן לראות בכך הצבעת אמון חזקה מאוד בעצמאות שיקול הדעת של התביעה.
2. הסבר מבני נוסף הוא כי **זכויות הקורבנות בישראל עלו למעמד חוקתי**, דבר שנלקח בחשבון גם במעצרים.
3. גם **התמשכות ההליכים** בישראל מעבירה באופן ברור את חלופת המעצר לפתרון להימשכות ההליכים.
4. נקודה נוספת היא **התגברות הפשיעה**.

##### הסברים פסיכולוגיים

בתחום ההסברים ההתנהגותיים לתופעות, קבלת החלטות (**Behavioral Law and Economics**), בעוד שגישת המשפט והכלכלה טוענת כי האדם הוא רציונאלי ומנסה למקסם את תועלתו, גישה זו אומרת כי אדם אינו תמיד רציונאלי, יש הטיות קיימות, יש יוריסטיקות (קיצורי דרך) שאנשים עושים, שפעמים רבות הם הכרח בל יגונה, בהם קובעים כי כמה מאפיינים מסוימים מובילים לתוצאה מסוימת, גם אם היא תהיה מוטעית. פורצי הדרך של גישה זו היו **כהנמן וטברסקי**, אחד הדברים שהם מצאו זה שאופן ארגונן של חלופות להחלטה ישפיעו על אופן הארכת המידע. העובדה שחלופת המעצר מוצגת כאמצעי מידתי יותר, ואינה מוצגת כאמצעי שולל חירות (המחשבה אינה כמה נורא זה להיות במעצר בית אלא כמה טוב להיות במעצר בית לעומת מעצר מלא) משפיעה על השופטים. וכן הרתיעה מקיצוניות, ואפקט הפשרה משפיעים גם הם על השופטים- אנשים נרתעים מקיצוניות ומחפשים את הפשרות.

בנוסף המרצה דנה במאמר מה השופטים רואים כסיכון, מה כרווח, ואיפה הם לוקחים את הסיכון.

##### מסקנות המחקר

המרצה אינה באה בהכרח להציג ביקורת נוקבת על ביהמ"ש שפועל כך, יתכן שזהו אכן הכרח בל יגונה- יתכן כי כיוון שהעולם אינו דיכוטומי, אין מנוס מקפיצות הדרך הללו, חשוב להבהיר שני דברים-

1. **זה מנוגד במפורש ללשון החוק-** אין כל אינדיקציה בחוק לא להלכת הראיות המוחלשות.
2. **זה מנוגד לפסיקתו של ביהמ"ש עליון** **בפס"ד מורוזובה**, שקובע שאין מעצר ללא חוק.

מטרת המאמר היא להצביע על התופעה, ולהעלות את ההשערה שמדובר בהכרח בל יגונה, המלצות המאמר נוגעות להבניית שיקול דעת- מתי לתת כל חלופת מעצר. ס' 21 לחוק המעצרים הוא סע' כללי, המאפשר שק"ד רב, כולל סע' הערובות ואין סע' שמצליב בין סע' אלו.

הרפורמות שנעשו בדיני המעצרים בעקבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, על-ידי הפסיקה ועל-ידי הכנסת בחוק המעצרים מ-1996, מתבטאות בכך שעילות המעצר כיום הן **מניעתיות בלבד**. בהתאם לכך, מטרת מעצר עד תום ההליכים היא למנוע מהנאשמים המסוימים לשבש מהלכי משפט או לסכן את הציבור. חומרתה של העבירה כשלעצמה אינה עילת מעצר. אכן, קיימות עבירות חמורות היוצרות חזקת מסוכנות, אך חזקה זו אינה מוחלטת והיא ניתנת להפרכה. החוק דורש כי לצורך המעצר יתקיימו שני תנאים מצטברים: **תשתית עובדתית**, דהיינו: ראיות לכאורה להוכחת אשמתו של הנאשם; ו**עילת מעצר**, המתבטאת ביסוד סביר לחשד ששחרור הנאשם יוביל לשיבוש הליכי משפט או לסיכון בטחון האדם, הציבור או המדינה. גם אם התקיימו שני תנאים אלה, בית-המשפט חייב לבחון האם ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של **חלופות מעצר**. רפורמות אלה תרמו לשימוש רב יותר של בתי-המשפט בחלופות מעצר שפגיעתן בחירות פחותה. **אלא שאליה וקוץ בה**. דומה כי לעיתים קיומן של חלופות למעצר מוביל את בית-המשפט לפסוח על השאלות המקדמיות בדבר קיומן של ראיות לכאורה ועילת מעצר. **ראיות מוחלשות** מובילות להעדפת חלופה במצבים שבהם עוצמת הראיות אינה אמורה להספיק למעצר, והקשיים הרבים הכרוכים ב**הערכת מסוכנות** מובילים לויתור על דיון אמיתי בשאלת העילה. מאמר זה מנסה לשפוך אור על הסוגיה באמצעות בדיקה אמפירית-כמותנית, שכן רק בחינה כזו – להבדיל מניתוח החלטה זו או אחרת – יכולה להאיר את השאלה מהם הגורמים המשפיעים ביותר על החלטות מעצר עד תום ההליכים, ובכלל זה על החלטות להטיל חלופת מעצר. הממצאים מגלים אינדיקציות לכך כי חלופת מעצר משמשת פיתרון למצבים בהם קיימת חולשה באחד או יותר מהתנאים המוקדמים המאפשרים לשקול הטלת מעצר; לכך שחזקת המסוכנות היא חזקה כמעט חלוטה אשר הפרכתה במקרים המועטים תוביל לכל היותר לחלופת מעצר; ולרתיעת בתי-המשפט מהחלטה קיצונית של שחרור מוחלט – הגם שהחלטה זו מתחייבת לעיתים מהוראות החוק. המאמר מנסה לתת הסברים לתופעה הנחזית. הסברים אלה מובנים הן במסורת המשפטית והן בפסיכולוגיה של שופטים כמקבלי החלטות.

## מעצר ביניים

ס' 21ד' לחוק המעצרים (על אף הוראות סעיף קטן (ב) רשאי בית המשפט, על פי בקשת הנאשם או סניגורו, לדחות את הדיון, כדי לאפשר לנאשם או לסניגורו לעיין בחומר החקירה ולצוות שהנאשם יהיה במעצר לתקופה שלא תעלה על 30 ימים), יוצר אפשרות למעצר ביניים. הסנגור מקבל את חומר הראיות עם הגשת כתב האישום, ולעיתים מדובר בחומרים רבים שיש לעיין בהם. ביהמ"ש רשאי לדחות את הדיון כדי לאפשר לסנגור לעיין בכל חומר הראיות, בהסכמה. מעצר כזה יכול להיות עד 30 יום. במידה והסנגור לא הספיק לעבור על החומר תוך 30 יום, על ביהמ"ש לבדוק תשתית כלשהי לקיומן של ראיות לכאורה להוכחת האשמה וגם אז תינתן הארכה של ימים אחדים.

## מעצר בשל הפרת הוראות קודמות

בכל מעצר, יש גם מסלול משני למעצר שהוא מעצר בשל הפרת תנאים קודמים, זה קבוע בס' 21(א)(2) לחוק המעצרים. בהתקיים מצבים שהיה שחרור בערובה, אך הערובה הופרה: כמו למשל אדם שבמעצר בית ויציאתו הייתה מוגבלת והוא הפר את זה, זוהי למשל עילת מעצר.

שוויון במעצרים (לא תמיד יהיה)   
מעצרים מגיעים לשופטי מעצרים דן יחיד. יכול להיות שעצורים יגיעו לשופטים שונים ויגיעו לתוצאות שונות. **קייב ומירופולבסקי**- שני גיסים שהואשמו יחד ברצח והם נעצרו עד תום ההליכים. ערר אחד הגיע לעליון לשופטת דורנר. היא נקטה במבחן הספק הסביר המובנה ושלחה אותו לחלופת מעצר. הערר השני של בקייב נדון על ידי השופטת פרוקצ'יה שעל פי אותה מסכת ראיות הגיעה למסקנה לעצור. כאן הועלתה בעיית השוויון. **השופטת פרוקצ'יה אומרת שעיקרון השוויון איננו עיקרון על שעומד מעל העקרונות האחרים, ויש לאזן אותו עם עקרונות חוקתיים נוספים רלוונטיים. בפועל, מנסים כמה שפחות להגיע לתוצאה הזו.**

## מעצרים בזמן כתיבת הערעור ובזמן הערעור (פס"ד עפיף, יש סמכות למעצר בזמן ערעור לנאשם שזוכה)

במידה ונאשם זוכה לפי **ס' 63 לחוק המעצרים** לביהמ"ש יש סמכות להורות על מעצרו למשך 72 שעות אם התביעה מודיעה כי היא מתכוונת להגיש ערעור. נאשם שהורשע אך לא קיבל עונש מאסר, לפי **ס' 22(א) לחוק המעצרים**, התביעה רשאית לערער ובנתיים לבקש מעצר של 72 שעות.

22. (א) ניתן פסק דין **מרשיע** נגד נאשם שהוחזק במעצר עד תום ההליכים ולא הוטל עליו עונש מאסר בפועל, והתובע הודיע כי בכוונתו לערער על קולת העונש ולבקש מאסר בפועל, רשאי בית המשפט שהרשיע את הנאשם לשחררו בערובה או, אם שוכנע שיש חשש שיימלט, לצוות על מעצרו לתקופה שלא תעלה על 72 שעות לצורך הגשת הודעת ערעור.

בזמן הערעור **ס' 22(ב)** קובע כי לביהמ"ש שדן בערעור יש סמכות להאריך את המעצר כפי שיש לערכאה שדנה במעצר (הוא מקבל את הסמכויות של מעצר עד תום ההליכים) הקבועות בס' 21.

21. (ב) הוגשה הודעת ערעור על פסק דין על ידי תובע, רשאי בית המשפט של ערעור לצוות על מעצרו של הנאשם בהתאם להוראות סעיף

**המקרה היחיד שאין לו תשובה בחוק הוא מקרה של מה קורה בזמן הערעור אם נאשם זוכה**. כלומר, אנו יודעים שלביהמ"ש יש סמכות לתת 72 שעות לנאשם שזוכה לצורך הגשת הערעור, אך אין תשובה האם ביהמ"ש יכול לצוות על מעצרו עד תום ההליכים. **פס"ד עפיף** קובע שיש לו סמכות, ומסתמך בכך על שתי הוראות חוק-

* **ס' 63 לחוק המעצרים** הקובע כי-

63. זוכה נאשם, בוטל האישום או הופסקו הליכי המשפט, ישוחרר מיד ממעצרו, אם הוא עצור; ואם שוחרר בערובה, יופטרו הוא וערביו מערבותם ויוחזר הערבון הכספי, הכל לפי הענין; ואולם, אם הודיעה התביעה כי בדעתה להגיש ערעור, רשאי בית המשפט לשחררו בערובה מטעמים שיירשמו, או להורות על מעצרו לתקופה שלא תעלה על 72 שעות לשם הגשת הודעת הערעור.

* **ס' 2(3) לחוק המעצרים** הקובע כי-

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

(3) בערעור – לבית המשפט שלערעור.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | זיכוי | הרשעה |
| עד הגשת הערעור | ס' 63 לחוק המעצרים- אם נאשם זוכה בימ"ש של ערעור רשאי לתת מעצר של עד 72 שעות כדי לאפשר לתביעה להגיש ערעור על הזיכוי | ס' 22(א)- בימ"ש יכול לתת עד 72 שעות לצורך הגשת הערעור. |
| בערעור | האם כשאדם זוכה ניתן לעצור אותו בתקופת הערעור, כאן יש את הלכת עפיף: לבימ"ש של ערעורים יש את הסמכות לעצור אדם כזה משילוב של שני סעיפים- ס' 63+ ס' 2(3) לחוק המעצרים. 63 נותן לבימ"ש הדיוני לתת 72 שעות מעצר עד להגשת הערעור, ס' 2(3) אומר כי לבימ"ש של ערעור יש סמכויות מעצר כמו לערכאה הדיונית. השילוב אומר כי כשאדם זוכה, מן הסתם לבימ"ש של ערעור יש סמכות מעצר. השאלה העיקרית כאן תהיה - סיכויי הערעור. בד"כ זה יהיה המקרים בהם הזיכוי היה לא מוחלט ומתקיימים כל התנאים של מסוכנות וכו'. מצד שני, אם יש הרשעה, ולא ניתן עונש מאסר, ההרשעה היא עוד גורם כי חזקת החפות היא לא מוחלטת כבר ולכן יש להרשעה משמעות באיזונים אך זה לא גורם מכריע. | ס' 22(ב) מאפשר לבימ"ש של הערעור להמשיך את המעצר. |

## ערר בנוגע למעצרים (ערר לבימ"ש שלמעלה. אחד בזכות ומוגבל ל-30 יום)

**ערר על החלטת בית המשפט (תיקון מס' 1)  תשנ"ז-1997 (תיקון מס' 8) תשע"א-2011**

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

**(תיקון מס' 8) תשע"א-2011**

           (א1)        (1)    על החלטת בית המשפט המחוזי בערר לפי סעיף קטן (א) רשאי כל אחד מהמפורטים באותו סעיף קטן לפנות בבקשה למתן רשות לערור לפני בית המשפט העליון;

(2)   בית המשפט העליון ידון בבקשה בשופט יחיד, ואולם רשאי בית המשפט העליון לדחות את הבקשה על הסף, בלא דיון בנוכחות הצדיים; ניתנה רשות לערור כאמור, ידון בו בית המשפט העליון בשופט יחיד ורשאי הוא לדון בבקשת רשות ערר כאילו היתה ערר.

           (ב)  השופט הדן בערר, רשאי להיזקק לחומר ראיות חדש, שניתוסף מאז הדיון בבית משפט קמא.

עד התיקון שנעשה בתשע"א, המצב היה כי היו שני עררים בזכות, וכן לא הייתה מגבלה על הזמן (אין משמעות מי עורר), זה גרם לבעיות קשות, בהן נאשמים חיכו לשופט נוח מבחינת דיני המעצרים (פורום שופינג). וע"כ תיקנו 2 דברים בנושא זה-

1. נקבע כי ישנו רק **ערר אחד בזכות**, והערר השני ברשות.
2. **הגבילו את זמן** הערר ל- 30 יום.

הערר הוא לביהמ"ש שלמעלה- לא לביהמ"ש שנתן את ההחלטה אלא לערכאה גבוהה יותר (בניגוד לעיון חוזר).

### ערר יכול להיות גם על החלטה שלא לצוות על חילוט ערבות (שפיגל)

המילה "חילוט", לא נאמרה במפורש בסע' 53. **בבש"פ שפיגל**, נדונה השאלה, האם המדינה יכולה לערור על החלטה שלא לצוות על חילוט ערבות. ביהמ"ש קבע שכן, כי דינו של משוחרר ערובה כדין עצור. כיוון שכנגד שניהם ניתן צו מעצר- לאחד הצו בוצע בפועל, ולשני ניתנה חלופת מעצר במקום. ביהמ"ש קובע כי בקשה להורות על חילוט ערבות, היא בקשה להוציא מן הכוח אל הפועל את ממרכיביה של החלטת השחרור. לכן, אם למשל ביהמ"ש המחוזי לא הסכים לחלט ערבות של אדם שהפר תנאי מעצר, **המדינה רשאית לערור לעליון, במסגרת ערר על מעצר (לפי סע' 53) על ההחלטה שלא לחלט את הערבות. הרציונאל הוא כי זה חלק מהחלטת מעצר.**

### רשות ערר שני לפי הלכת חניוני חיפה (כאשר מדובר בשאלות בעלות חשיבות חוקתית וכוו)

מאז תיקון החוק שהפך את הערר השני לערר ברשות, נוספה סוגיה מעניינת- **מתי נותנים רשות ערעור?** השופטת ארבל **בפרשת ג'ריס**, החליטה כי ההלכה לפיה בוחנים אם תינתן רשות לערור על מעצר (רשות ערר שני) היא **הלכת חניוני חיפה**. עפ"י הלכה זו נותנים רשות ערעור במצבים בהם יש שאלות בעלות חשיבות חוקתית, נושאים בהם יש החלטות סותרות של ערכאות נמוכות (כאשר יש חשיבות לאחידות ההלכה) ומקרים בהם יש בעיה משפטית. כלומר, כאשר הבעיה חורגת מן הצדדים של המשפט עצמו- חשובה לעולם המשפט בכללו, לאנשים נוספים. הסיבה לכך היא כי ההלכה היא כי סופיות הדיון גוברת אלא אם ישנה הכרעה חשובה מבחינה ציבורית. למרות זאת השופטת ארבל מציינת כי כאשר ביהמ"ש סבור שישנן נסיבות מיוחדות, ניתן לחרוג מהלכת חניוני חיפה.

#### המרצה חולקת על ארבל (הצדק צריך להעשות עם הפרט עצמו)

לדעת **המרצה**, החלטתה של ארבל בעייתית, כיוון שכאשר מדברים על מעצר, מדובר על סיטואציה של שלילת חירות של אדם שחזקת החפות עודנה חלה עליו. זה אינו עונש אלא אמצעי מניעתי, וע"כ לדבריה בעייתי לומר כי יש לחפש שאלה החורגת מהפרט עצמו כי הצדק צריך להיעשות עם הצד עצמו.

השופט דנציגר **בפס"ד ברטלר**, קובע כי הנסיבות החריגות שארבל מדברת עליהן, אינן חייבות להיות נדירות כיוון שמדובר בדיני נפשות. כלומר, למשל כשהעליון סבור כי החלטת המחוזי פוגעת בזכויות הנאשם במידה בלתי סבירה יש לתת רשות ערעור, כיוון שמעבר לחשיבות המשפטית העקרונית שיש לחפש בבקשות רשות ערעור, מדובר על דיני נפשות והחריג הוא מצבים בהם ביהמ"ש סבור כי זכויותיו של הנאשם הספציפי נפגעו בצורה יוצאת דופן (ביהמ"ש אינו משנה את ההלכה אלא מרחיב את החריג).

### עיון חוזר בהחלטת ביהמ"ש

**סע' 52 לחוק המעצרים** קובע כי

52. (א) עצור, משוחרר בערובה או תובע רשאי לפנות לבית המשפט בבקשה לעיון חוזר, בענין הנוגע למעצר, לשחרור או להפרת תנאי השחרור בערובה, לרבות בהחלטה לפי סעיף זה, אם נתגלו עובדות חדשות, נשתנו נסיבות או עבר זמן ניכר מעת מתן ההחלטה.

(ב) אדם המוחזק במעצר בשל אי יכולתו להמציא ערובה, רשאי לפנות בכל עת בבקשה לעיון חוזר.

(ג) הוטל פיקוח קצין מבחן לפי סעיף 48(א), רשאי קצין המבחן לפנות לבית משפט בבקשה ליתן צו המשנה את החלטתו; הבקשה תהיה בכתב ותלווה בתסקיר.

#### עבר זמן

אדם יושב במעצר וכעבור תקופה מסוימת הוא פונה לביהמ"ש בבקשה לערעור חוזר (זה מכונה ע"י ביהמ"ש כשיטת הסלמי, כל פעם הוא מבקש הקלות נוספות ובכך מקצץ בתנאים שקיבל).

#### נתגלו עובדות/נסיבות חדשות

זה יכול להיות משני הצדדים. **דוג'-** במידה וראיה משמעותית נפסלה ע"י ביהמ"ש במהלך המשפט אך נלקחה בחשבון ע"י ביהמ"ש בהחלטה על מעצר עד תום ההליכים, נאשם יכול להגיש בקשה בגין כך לעיון חוזר כי יתכן שמגיע לו להשתחרר. ואילו התביעה יכולה לטעון **למשל** שנאשם היה במעצר בית, עשה כך וכך או נתגלו נסיבות חדשות בגינן יש להורות על מעצר.

#### שיש בעיה כספית להמציא ערובה ניתן להגיש בקשה בכל עת (רביזדה)

**סע' 52ב לחוק המעצרים** קובע כי במידה ואדם נמצא במעצר,כיוון שהוא אינו יכול להמציא ערובה הוא יכול להגיש בקשה בכל עת ואין צורך בחלוף הזמן.  **בבג"צ רביזדה**, נקבע כי אדם שוחרר ממעצר בתנאים, אך המשיך להיות מוחזק במעצר כיוון שהוא לא הפקיד את הערובה. הוא הגיש בקשה לעיון חוזר בטענה לחוסר יכולת להפקיד את הערובה. ביהמ"ש המחוזי אליו הוא הגיש זאת מחק זאת על הסף כיוון שעברו רק חודשיים, וזה לא מספיק זמן שחלף. ביהמ"ש העליון עורך הבחנה בין סע' 52א שדורש "חלוף זמן או נסיבות חדשות", לבין סע' 52ב שמדבר על מצב שאדם נמצא במעצר כיוון שהוא לא הצליח להמציא את הערובה, במצב זה אין דרישה של חלוף זמן והאדם יכול לעשות זאת בכל עת.

#### בעיון חוזר מותר לשופט להביא בחשבון התנהגות פלילית מצד נאשם, גם אם אין לה קשר לעבירה המקורית (ועקנין)

**בפס"ד ועקנין** נדונה השאלה האם בעיון חוזר ניתן לקחת בחשבון גם נתונים שאינם קשורים לסיבת המעצר הראשונית. במקרה זה, דובר באדם שהיה במעצר בית שתנאיו היו כי בין השעות 20:00-7:00 עליו להישאר בביתו בקרית ארבע. ביום מסוים הוא ישב בשעה 23:30 במזנון בקרית ארבע, אשת בעל המזנון שהינה שוטרת הגישה תלונה למשטרה, ובשל כך הוא קילל אותה ואיים עליה. הפרקליטות הגישה בין היתר בקשה לעיון חוזר בצו השחרור בערובה. ביהמ"ש העליון קבע כי שופט שדן בבקשה לעיון חוזר, צריך לשאול את עצמו בין היתר, האם הוא היה משחרר את הנאשם, לו ידע שזה ינצל את היותו חופשי על ידי ביצוע מעשים כאלו. כלומר, מותר לשופט להביא בחשבון התנהגות פלילית מצד נאשם, גם אם אין לה קשר לעבירה המקורית.

## שחרור בערובה

ערובה מוגדרת **בסע' 41 לחוק המעצרים** "ערבון כספי או ערבות כספית של חשוד או נאשם בין לבדם או בין ערבות..". **סע' 42** קובע אילו תנאים רשאי קצין ממונה לקבוע למשוחרר בערובה. **וסע' 48** התנאים שרשאי ביהמ"ש להציב. לאורך כל הקורס ראינו ששופט במעצר ימים יכול לשחרר, שוטר יכול לשחרר ועוד מצבים שונים שבהם ניתן לשחרר בערובה ולכן כל הנושא של ערובה צריך להיות מוסדר בחוק. כמובן שמדובר ברשימה ארוכה, בבחינה הספר פתוח בפנינו.

### פס"ד חוטר ישי – הסמכות להטיל חלופה כלולה בסמכות המעצר (אא"כ החוק שולל זאת מפורשות כמו 27ה)

נשאלת השאלה- מה קורה מקום שבו החוק מקנה סמכות מעצר אך לא קובע סמכות שחרור בערובה? ישנם סעיפים שהם שותקים. ההלכה אומרת שאם החוק שולל זאת מפורשת, כמובן שאי אפשר לשחרר בערובה- סע' 27ה' שולל מקצין ממונה את הסמכות לשחרר בערובה את מי שנמלט ממשמורת חוקית. יש להביאו בפני שופט. מקרה שהחוק שלל במפורש, ואין אנו יכולים לאפשר ערובה במקום מעצר. מנגד, ישנם סעיפים בחוק המעצרים שהם שותקים בעניין של נושא הערובה- בהתקיים סמכות מעצר, מתקיימת הסמכות לשחרר בערובה. אלא אם כן החוק שולל אותה, זאת מאחר והסמכות הזו פחותה ולכן ממילא היא נבלעת בסמכות המעצר. סע' 14 לחוק המעצרים שותק לגבי סמכות ערובה- במקרה זה ניתן לשחרר בערובה מאחר והחוק לא שולל זאת במפורש. בפס"ד **מ"י נ' דרור חוטר ישי** נקבע כי הסמכות להטיל חלופה שפגיעתה בחירות פחותה מן המעצר, כלולה בסמכות המעצר.

### משוחרר בערבות מחוייב רק בתנאי כתב הערובה (פלוני התחייב להתייצב בבימ"ש הדיוני ולא בבימ"ש של ערעור)

**איך אנו מפרשים את התנאים לערובה**? **פש"פ 1760/01 פלוני נגד מדינת ישראל**- פס"ד שעוסק בצורה נרחבת בפרשנות כתב הערבות. מדובר באדם ששוחרר ממעצר עד תום ההליכים בתנאים תוך הפקדת ערבויות. לאחר ההרשעה שלו הוא ביקש שהסכום שהופקד ע"י בקופת ביהמ"ש יוחזר לו. המדינה התנגדה לבקשה בטענה שהיא הגישה ערעור על גזר הדין ולכן ההליכים לא הסתיימו. במקום מעצר עד תום ההליכים הנאשם הפקיד ערבות, ולכן הוא מבקש אותם חזרה. ביהמ"ש היה צריך לפרש את שטר הערבות והוא קבע- משוחרר בערובה מחויב רק בתנאים הכתובים באופן מפורש בכתב הערובה שהוא חתם עליו. במקרה זה, ההתחייבות הייתה להתייצב לביהמ"ש בכל מועד שיקבע כדין. ביהמ"ש אמר שבהיעדר פירוט הכוונה היא למשפט הדיוני ולא לביהמ"ש של ערעור. כלומר, היה צריך להחזיר לו מאחר ונוסח כתב הערבות לא דיבר על כל ההליכים המשפטיים אלא על משפט שפרשנותו המשפט הדיוני. ולכן, היה צריך להחזיר לו את הערבות.

### הארכת תקופת הערובה תעשה רק בתוך התקופה (רבינוביץ)

**פס"ד רבינוביץ**- סע' 58 לחוק מאפשר להטיל ערובה ל-180 יום ולהאריכה תוך כדי. במקרה זה, המדינה הגישה בקשה להארכת תוקף הערבות בתום ה-180, לאחר סיום התקופה ולא בתוך התקופה. ביהמ"ש העליון קבע שלביהמ"ש סמכות להאריך את תקופת הערובה בתוך תקופה הערובה, שכן מדובר בהארכה ולא בחידוש אחרת הסעיף ירוקן מתוכן.

### ניתן להאריך חלופות מעצר (פסד החדש של עמית – הסמכות הגדולה כוללת את הקטנה)

**פס"ד החדש של השופט עמית** בוחן האם ניתן להאריך חלופות מעצר ולא רק מעצר. השופט עמית קבע כי הסמכות הגדולה כוללת את הסמכות הפחותה וניתן להאריך. לאחר התקופות הקבועות בחוק ניתן להאריך לבקשת היועמ"ש לפי סע' 58, אך יש ע"כ הגבלה- יש לבקש את הבקשה בתוך ימים אלו.

### ערובה הבאה להבטיח התייצבות במשפט צריכה להמעיט בהגבלות (פס"ד הורביץ ואידזיאשווילי)

**ישנו הבדל בין ערובות שמוטלות כתחליף למעצר לבין ערובות שמוטלות רק לצורך הבטחת הגעה למשפט:**

44. (ב) 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.

**סע' 44**- הסעיף שמדבר על ערובות שמטרתן להבטיח את התייצבותו של אדם למשפט. במקרה זה אין עילת מעצר, השחרור לא נועד למנוע מסוכנות או למנוע שיבוש. חלופות מעצר באות להשיג את המטרה המקורית שלשמה אנו רצינו מעצר- מטרה של לנטרל מסוכנות או לנטרל שיבוש. במקרה זה, אנו מדברים על סיטואציה שמוגש נגד אדם כתב אישום, רק בשביל לוודא שהוא יגיע לביהמ"ש אנו מטילים עליו ערבות. לא מדובר בחשש מבוסס אלא על חשש אינהרנטי- לדוג' אדם שרוצה לטוס לחול, מטילים עליו ערובות להתייצבות. ישנן הלכות, ביניהם **הלכת הורוביץ,** שבמקרים אלו שערובה אינה תחליף למעצר אלא רק להבטחת התייצבות, יש למעט בקביעת כללים מגבילים. בהורוביץ דובר על צו איסור יציאה מן הארץ- עצם הגשת כתב אישום לא מהווה סיבה להוציא צו עיכוב יציאה מהארץ במידה ואין חשש הימלטות. ניתן היה להסתפק בערובה ("על בית-המשפט למעט בקביעת תנאים מגבילים ולהשית רק אותם תנאים שהם חיוניים להבטחת ההתייצבות ובמידה הדרושה להשגת מטרה זו"). דוגמא נוספת- **פס"ד אידזיאשווילי- מ**דובר על מעצר בית. ס' 44 מסמיך את ביהמ"ש לדרוש ערובה מהנאשם כדי להבטיח את התייצבותו במשפט וזאת כאשר אינו מוסמך להורות על מעצרו לפי 21. מ 48(א) אפשר ללמוד כי המגבלות שביהמ"ש יכול להטיל נועדו להיות אמצעים חלופיים להשגת המטרות המוכרות של המעצר ולכן במקרה זה ביהמש מוסמך להטיל רק מגבלות ואיסורים שהם רלבנטים ע"מ להבטיח את התייצבותו במשפט כך שמעצר הבית הוא לא מגבלה שהיא רלבנטית בנסיבות המקרה. סמכות כגון מעצר בית ניתנת לביהמ"ש מוגבלת למקרים בהם נתונה לביהמ"ש סמכות לעצור את הנאשם.

# אכיפה סלקטיבית

מבחינת השלבים אנו עוברים לשלב הנוגע לשלב העמדה לדין. להלן השלבים: חקירה; העמדה לדין; משפט; פוסט משפט. יכולות להיות טענות לסלקטיביות כבר בשלב החקירה. מדובר בטענה הנטענת כחלק מהטענה של ההגנה מן הצדק [סע' 149(10) לחסד"פ]. תיאורטית ניתן לטעון לאכיפה סלקטיבית **כתקיפה ישירה אולם במשפט פלילי זה נתפס תחת הגנה מן הצדק**.

**הגדרה: אכיפה סלקטיבית היא אכיפה חלקית פסולה, שיסודה בהפעלה שלא כדין של שיקול הדעת באופן המביא להבחנה לא ראויה בין מקרים דומים.**

המרצה לא סתם השתמשה בשיקול דעת שלא כדין ולא במונח כמו "אפליה". מדובר בהגדרה שהיא מאוד כללית ולא נורמטיבית. המרצה לא הכניסה לתוך ההגדרה ערכיות או הבעת דעה לגבי מתי אכיפה חלקית היא פסולה ומתי אנו טוענים טענה זו.

**אכיפה חלקית פסולה**- לא מדובר באכיפה שהיא ההפך מאכיפה מלאה. מאחר והנחת המוצא היא שאכיפה תמיד תהיה חלקית. לא מספיק לומר שיש אדם שלגביו לא אכפו את החוק מאחר ואכיפה תמיד תהיה סלקטיבית. הסיבה- מחסור במשאבים אנושיים, מנטאליים [זמן, ידע], משאבים כספיים- הלוואי והיה לנו את הכסף להשקיע באכיפה של כל סוגי העבירות, בכל זמן נתון. התיאוריה הכלכלית למשפט אומרת שהאכיפה האופטימאלית קורית מתי שהתועלת השולית בכל אכיפה תהיה שווה לעלות השולית לאכוף. עלות שולית- תוספת, שמוסיפים.

**מדוע המרצה לא מגדירה זאת כאכיפה בררנית**? לדעת המרצה, למילה בררנית ישנה מתחם סמנטי הרבה יותר רחב, אף מובן חיובי. לדעת המרצה השימוש במילה "סלקטיבי" מדגיש את השליליות שבמילה.

**מדוע המרצה לא מגדירה זאת כאכיפה מפלה**? זאת מאחר והרבה פעמים הפגם יכול להיות חוסר סבירות, חוסר מידתיות, שיקולים זרים ואפילו שרירותיות, ולאו דווקא אפליה ולכן לא קוראים לזה אכיפה מפלה.

**סוגי אכיפה סלקטיבית**

## אכיפה אקראית

אנו יכולים לחשוב על אכיפה אקראית שהיא בהחלט אכיפה חוקית, זאת בהינתן העובדה שאין לנו משאבים להפעיל אכיפה מלאה. לדוג' שוטרים שעומדים בצד הכביש ומחליטים לעצור כל רכב שלישי, זה נשמע סביר. אולם מקום שבו השוטרים עוצרים סוג רכב מסוים או מראה מסוים האקראיות נהיית לשרירותית עם אלמנט זר. כך שאכיפה אקראית יכולה להיות סלקטיבית ולא סלקטיבית.

## אכיפה מדגמית

כאשר ישנה עבירה חדשה או עבירה שבעבר לא נאכפה, הפרקליטות לוקחת מדגם על מנת לראות איך זה עובד בביהמ"ש. זו שאלה מתי אכיפה מדגמית מהווה אכיפה פסולה. לדוג' אם ישנם המוני אנשים שעושים את אותה העבירה אך המדגם הוא אחד- יכול להיות שזה פסול. אך אם רשות המסים קובעת שהמדגם שלה הוא מגזר מסוים יכול שזה לא יחשב לאפליה מאחר ואי אפשר ליצור מדגם על הכל. **[**כאשר לוקחים מדגם מסוים ונגדו אוכפים את החוק, יכול להיות לגיטימי (ערוץ 7- המדינה נלחמה בשימוש בתדרים באופן לא חוקי, הגישו נגדם כתב אישום, הערוץ אומר שזו אכיפה סלקטיבית, השלום מקבל את הטענה והמחוזי הופך אותה- לגיטימי שהמדינה החליטה שאין אכיפה והחליטו להתחיל להילחם נגדה, ומתחילים מהגוף הגדול ביותר).]

## אי אכיפה סלקטיבית

מגדרים שלא אוכפים לגביהם, מסיבות של הבדלים תרבותיים ועוד. לדוג' בארה"ב במשך שנים שמורות אינדיאניות לא משלמים מיסים, היסטורית זה קרה מאחר ולקחו מהם אדמות, כיום זה כבר מעוגן בחוק. בארץ יש כמה דוגמאות לאי אכיפה סלקטיבית בקרב בני מיעוטים- לדוג' חוקי תכנון ובניה בכפרים; ירי בחתונות- הגיע לידי מצב שבתוך המגזר עצמו ביקשו לאכוף; ישנו חוק בארץ שבאופן מובהק יש לגביו אי אכיפה סלקטיבית- שעות עבודה ומנוחה, הוא נאכף רק לגבי יהודים, כמעט רק בערים גדולות. המדינה אומרת שאנו לא יכולים לעקוב אחרי איזה יום מנוחה נבחרו ועוד, ולגבי חנויות גדולות וערים גדולות- הפקחים לא יכולים להגיע לכל מקום ולכן ישנה אי אכיפה סלקטיבית של החוק במגזרים שונים.

## בחירה סלקטיבית

בחרנו מישהו לצורך אכיפה, לדוג' **פס"ד הלנה תורג'מן**- מקרה מפורסם של אישה שניהלה בית בושת, ישנן 500 בתי בושת בתל אביב ודווקא היא מועמדת לדין ולכן מדובר בבחירה סלקטיבית.

## טענת אכיפה סלקטיבית מכירה בעצם בשוויון כזכות עצמאית

בארץ לא יכולנו לטעון טענה של אכיפה סלקטיבית אילו לא היינו מקבלים את זכות השוויון כזכות עצמאית. אחת הטענות נגד אכיפה סלקטיבית- אין לאדם זכות לעבור עבירה אז מה פתאום האדם טוען לשוויון באכיפה. ישנו מאמר בארה"ב- טענה שאומרת שהשוויון הוא רעיון מרוקן מתוכן, ישנו צורך בשוויון למטרה מסוימת. ישנה זכות לקבל הטבה, צריך ליצור שוויון לגביה. כלומר, אם אין זכות בבסיס איך ניתן לטעון לשוויון? בהקשר לאכיפה סלקטיבית- אין לאדם זכות לעבור עבירה ולכן אי אפשר לטעון לשוויון לגביה. הכרה בטענה אפשרית של אכיפה סלקטיבית משמעה שהאדם מכיר בכך שהשוויון היא זכות.

### פס"ד חוקה לישראל (אפליה לטובת אחר)

אפליה לטובת אחר- פס"ד בסיסי בנושא של אפליה לטובת אחר. השאלה היא האם אדם יכול לבוא ולטעון לכך שנתנו הטבה לאדם אחר וגם אני רוצה את אותה ההטבה. ברק חילק את זה לשלושה מצבים:

1. ישנה זכות בדין והרשות נותנת לאחרים ולא לי. במקרה זה, מגיע סעד חיובי. כלומר, אז ניתן לטעון לקבלת אותה ההטבה.
2. אין זכות בדין ולרשות יש שיקול דעת לתת את ההטבה. הרשות נותנת לאחרים אבל לא לי. האם ישנה זכאות לסעד חיובי? כן, אלא אם כן הרשות מראה על שינוי של מדיניות באופן כנה ומהותי. לדוג' מועצת העיתונות לא חייבת לתת תעודות עיתונאים, אך אם היא נתנה- היא חייבת לעשות זאת בשוויון. דוג' נוספת- אם המדינה נותנת סובסידיה המדינה צריכה לתת זאת באופן שוויוני.
3. אין זכות ואין לרשות שיקול דעת ובכל זאת היא נתנה לאחרים- האם אפשר לבקש בכל זאת? לא, הסעד הוא סעד שלילי מאחר והמטרה היא שהיא תפסיק לתת לאחרים. ביהמ"ש לא יורה לרשות לפעול בניגוד לחוק אלא הוא יורה לה להפסיק לפעול.

## פרשת הנגבי – השוויון בישראל היא זכות עצמאית

**מפס"ד זה אנו למדים ששוויון בישראל היא זכות עצמאית, גם כאשר לאדם אין זכות בדין, זכותו ליחס שוויוני מהרשויות**. ניתן לראות את העמדה הזו בתוך הדברים של **השופט רומנוב בפרשת הנגבי**- צחי הנגבי הואשם בעבירה של מינויים פוליטיים במסגרת הפרה של חובת האמונים. שופט אחד הרשיע לחלוטין, שופט שני זיכה לחלוטין והשופט השלישי שהכריע את הכף הוא השופט שזיכה אותו בגלל אכיפה סלקטיבית- זו אכן הפרת אמונים אך זו אכיפה סלקטיבית ולכן מזכים אותו. להלן:"אני סבור כי מדובר בהחלטה ראויה, הקושי הוא שהמדיניות החדשה הוחלה בדיעבד על הנאשמים, מבלי שניתנה להם אזהרה מוקדמת, ובנסיבות בין היו יכולים לסבור כי מעשיהם אינן מגיעים לכדי עבירה פלילית. זאת הן משום שאין הוראת חוק מפורשת האוסרת על מינויים פוליטיים, אלא העבירה אותה עברו היא "עבירת מסגרת", והן נוכח העובדה שבמשך עשרות שנים לא נעשה שימוש באופציה הפלילית, וככל הנראה, שכמעט לא דובר בה". **ישנו מעשה שהוא מעשה אסור, אך מגיע יחס שוויוני באכיפה [לא אכפו עבירה זה כלפי אף אחד] ולכן מוצדק לזכות אותו.**

## לסקוב – חניה תל אביב, אכיפת עבירה שלא למטרת העבירה

ישנו פס"ד אחד בעליון שבו ניתן זיכוי בטענה של אכיפה סלקטיבית- פס"ד לסקוב- תושב מבשרת ירושלים שבא לבלות בתל אביב, הוא מחנה את הרכב שלו על המדרכה, הרכב שלו נגרר והוא שילם הוצאות ועוד. הוא הוכיח וצילם שנגד תושבי תל אביב לא נעשית האכיפה הזו, האדם לא מוותר, הוא מגיע עד לביהמ"ש העליון בטענה של אכיפה סלקטיבית. מדובר בניתוח שהוא מאוד מדויק- עבירה נועדה להגן על אינטרס מסוים לפי הדין המהותי, איפה המקרים הכי מובהקים של אכיפה סלקטיבית? כאשר אוכפים עבירה שלא למטרתה שלשמה היא נועדה. האיסור לחנות על מדרכה נועד להגן על בטיחות של הולכי רגל, האכיפה במקרה זה נעשתה למטרה אחרת לגמרי. אומר השופט לוי: "התנהלותה של העירייה מאירה באור אחר את האיסור הפלילי שאותו התכוונה לכתחילה לשרת, עד כדי בטילתו של הצביון האסור מן המעשה מושא האכיפה. איסור החניה שוב אינו מתייחס לסיכונם של עוברי האורח, כי אם להבטחתם של מקומות חניה לתושבים".

## הדוקטרינה האמריקאית – חוק המיושם באופן מפלה מהווה פגיעה בשוויון (המכבסות הסיניות)

**תחילתה בפס"ד המכונה "המכבסות הסיניות" בשנת 1886**- הייתה הוראה בסן פרנסיסקו שמכבסות יכולות להיות בבתי עץ או לבנים. היקרו היה סיני שהמכבסה שלו הייתה בבית עץ והוא לא קיבל אישור. הוא הראה מספרית כמה מכבסות היו בבתי עץ ורק סינים לא קיבלו אישור. החוק עצמו הוא חוק לגמרי ניטראלי, הפקודה אינה פקודה שנראית מפלה, אולם האכיפה שלו הייתה מפלה כלפי סינים. פה לראשונה ביהמ"ש קבע כי זכות השוויון רלוונטית גם לאכיפת החוק.גם במצב שבו החוק הוא ניטראלי אך הוא מיושם באופן מפלה, מהווה פגיעה בסע' השוויון בחוקה.

### בארה"ב קשה מאד להוכיח אכיפה סלקטיבית

למרות שהטענה של אכיפה סלקטיבית התקבלה לפני שנים רבות, אך האופן שבו היא התפתחה גרמה לכך שזה נהיה בלתי אפשרי להוכיח את הטענה. דרישות להוכחה של טענת אכיפה סלקטיבית:

1. קבוצת ביקורת- אנשים אחרים באותו המצב שלא מועמדים לדין.
2. מניע להפלות- האדם מועמד לדין **בכוונה** להפלות אותו.
3. אפליה על בסיס לא חוקתי. לדוג' אדם שחור.

דה-פקטו טענה של אכיפה סלקטיבית בארה"ב לא באמת ניתנת להוכחה.

## מדוע המרצה טוענת שהדוקרטינה של "אכיפה סלקטיבית" לא מתאימה למדינת ישראל?

1. רשויות האכיפה הינן רשויות מנהליות- המרצה מתייחסת לרשויות אכיפה כרשויות מנהליות כך שהיא משתמשת במונחים של "סבירות", "מידתיות". באופן מובהק חלים על הרשויות האכיפה גם כללי משפט מנהליים. בארה"ב רשויות האכיפה הן לא רשויות מנהליות, הן ממונות או נבחרות פוליטית כך שמה שחל עליהם זה סע' השוויון בחוקה או סעיפים אחרים רלוונטיים. ולכן, תמיד מחפשים אחר ההפרה החוקתית.
2. ישנה הלכה מאוד ברורה בארץ- **טענות אפליה נבחנות במבחן התוצאה במנותק משאלה של מניע או כוונה**. לעומת זאת, בארה"ב במידה ומדובר באפליה, יש להראות כוונה. לדוג' יש טענה לגבי חוק שבבסיסו הוא ניטראלי אך הוא יוצר אפקט מפלה על קבוצות שונות- על מנת להוכיח כי הוא יוצר אכיפה סלקטיבית יש להראות כוונה. במדינת ישראל- ישנה חשיבות לתוצאה.
3. השוויון בארץ הוא זכות עצמאית- בארה"ב פחות ברור הנושא של שוויון, כך שלא ברור האם ניתן לטעון לאפליה לטובת אחר- הלכה פחות ברורה.
4. בטלות יחסית- ארה"ב היא מדינת הדיכוטומיות ואילו ישראל הינה מדינת האיזונים. התוצאה של אכיפה סלקטיבית בארה"ב היא בטלות כתב האישום ולכן כ"כ קשה להוכיח את הטענה הזו, ואילו במדינת ישראל ישנן מגוון של תוצאות- מתוצאה קיצונית של בטלות כתב האישום ועד לא יעשה כלום כי לא נגרם נזק.

## תורג'מן – תחילת שימוש בטענת אכיפה סלקטיבית (תקיפה עקיפה, לא התקבלה)

**פרשת תורג'מן-** פס"ד זה מדגים אכיפה סלקטיבית ושינוי מדיניות. עובדות המקרה: תקופה שבה היו המון מכוני ליווי בתל אביב. המדיניות המוצהרת- לא לאכוף את החוק. אומנם אין איסור לזנות אך ישנו איסור על שידול לזנות. המדיניות היתה שלא לאכוף מאחר וזונות תמיד תהיינה, ואנו מעדיפים אותם בפנים ולא ברחוב. בעקבות הנושא של "סחר בנשים" המדיניות הזו השתנתה מן הקצה אל הקצה. מדוע תורג'מן נבחרה? מאחר והיא הפריעה לשכנים והם התלוננו. זו היתה עבירה בזמנו שלצידה מאסר ולא היא קיבלה עונש מאסר. לא מדובר באכיפה מפלה, שכן זה לא קשור למגדר שלה, למוצא שלה או משהו כזה. בנוסף, לא מדובר באכיפה מנהלית. כמו כן, אין מדובר בשיקולים זרים- מאחר וכאשר מוגשת תלונה משטרה מחויבת לחקור. ובכל זאת אנו מרגישים שישנה תחושה בלתי צודקת. **דעת הרוב קובע- לא קיבלה טענה של אכיפה סלקטיבית**, האכיפה תמיד תהיה חלקית, אין למשטרה כסף ומשאבים לאכוף את החוק כלפי כולם, אך אין זה אומר שאזלת ידה של המשטרה תוביל לאזלת ידו של ביהמ"ש.

דעת מיעוט לפי חשין- מדיניות המשטרה הפכה חלק מהדין- חשין בדעת מיעוט אמר שהוא נותן לה יום מאסר כי הוא מתייחס לעבירה זו כמטרד.

## זקין – תקיפה ישירה של אכיפה סלקטיבית, ביהמ"ש (זמיר) מכיר בכך

הפעם הראשונה שאכיפה סלקטיבית מגיעה לביהמ"ש העליון כעילה- מגדירים אותה כאכיפה בררנית- **פרשת זקין-** מדובר בתקיפה ישירה של אכיפה סלקטיבית. עובדות המקרה: תקופת בחירות בבאר-שבע, בכל עיר ישנו חוק עזר לשילוט. ראש העיר החליט להוריד שלטים של מתנגדיו ולהותיר שלטים של תומכיו. כלומר, ישנה תקיפה ישירה של אכיפה סלקטיבית **ולא אגב הגשת כתב אישום**- זמיר הגדיר אכיפה סלקטיבית בצורה מאוד רחבה: "אכיפה הפוגעת בשוויון במובן זה שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני אדם דומים או מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה או על יסוד שיקול דעת או על יסוד שרירות גרידא". באותו עניין השלטים כבר הוסרו, אך הוא אומר דבר מאוד מעניין- ישנו מעשה עשוי אך אילו לא היו מורידים את השלטים הוא היה מורה לעירייה שלא להוריד את השלטים.

## מוטיל – פסיקה הפוכה של זמיר

ישנו בלגן רב בנושא של אכיפה סלקטיבית- הפסיקה עדיין לא התייצבה וישנן הרבה שאלות פתוחות. אותו שופט מפרשת זקין, לא קיבל טענה של אכיפה סלקטיבית במקרה של אכיפה סלקטיבית פר-אקסלנס. **פרשת מוטיל**- היה צלם בטלוויזיה החינוכית, והיה שם נוהג שצלמים כותבים כאילו הם עבדו 8-13 וחוץ מזה את שעות העבודה שלהם בפועל. זה היה נוהג שההנהלה ידעה עליו ולא היתה לה בעיה. מוטל כנראה עצבן את ההנהלה והיא הגישה נגדו דין משמעתי והוא קיבל על כך עונשים של שלילת כמה משכורות ונזיפה וכו'. הדבר הגיע לזמיר בערעור שירות מדינה וזמיר אומר ש "יהא המניע אשר יהיה, ברור כי במקרה זה, ההנהלה מילאה את חובתה בהגשת התלונה נגד המערער ואין לבוא כלפיה בטרוניה על כך". הוא מתייחס להתנהגות ההנהלה עד כה, אך הוא עדיין אומר שהדבר פסול. הוא אמנם מקל עליו בעונש אך עדיין מעניש אותו. ניתן לעשות הבחנה בין שני פסקי הדין- בזקין מדובר בתקיפה ישירה, וכן מדובר בזכות חופש הביטוי בנוסף לשוויון, ואילו במוטל מדובר בתקיפה עקיפה וכן לא מדובר באף זכות מלבד השוויון.

## מקור רתיעת ביהמ"ש מטענת אכיפה סלקטיבית

כבר בפרשת מוטיל אנו מרגישים את מקור הרתיעה מהעילה. להלן הסיבות:

### עצמאות שק"ד של רשויות האכיפה

מסורת אנגלו-אמריקאית: שיקול דעת רשויות האכיפה- יש מסורת מאוד גדולה של שיקול דעת לרשויות האכיפה- באנגליה היועמ"ש הוא בעל שיקול דעת באופן נרחב. בארה"ב היועמ"ש הוא אחת האנשים הבכירים הפוליטית, ובארץ ישנה דוקטרינה של עצמאות שיקול הדעת של היועמ"ש. ישנה רתיעה מהתערבות בשיקול הדעת של רשויות האכיפה.

### ההתייחסות המסורתית של הגנה מן הצדק רק כאשר מדובר בהתנהגות שערוריתית

ההתייחסות המסורתית שהייתה לנו במסגרת הטענה של "הגנה מן הצדק". טענה זו התקבלה קודם אצלנו בפסיקה. היא נובעת.. הטענה בפרשת מרגלית הר שפי- חשין אומר שהטענה הזו תתקבל כאשר מדובר בהתנהגות שערורייתית של רשויות האכיפה. בתקופה הזו שהגנה מן הצדק היתה מכוח הפסיקה, אנו קוראים פסקי דין שביהמ"ש מכיר בבעייתיות אך עדיין לא באופן קיצוני. זו היתה הטרמינולוגיה החל מפס"ד יפת.

#### שינוי מבחן של ההגנה מן הצדק - פס"ד בורוביץ

פרשת בורוביץ- ביהמ"ש מכיר באפשרות שמטבעה תהיה מגדירה שהפגיעה בתחושת הצדק וההגינות תיוחס, לא להתנהגות שערורייתית של הרשות אלא למשל לרשלנותן. יכולים להיות מקרים שאין מניע פסול אלא אפילו רשלנות, וביהמ"ש יוצר מבחן תלת-שלבי [בייניש בבורוביץ]:

* נבחן את הפגם הנטען של אכיפה סלקטיבית במנותק משאלת האשם, אלא מזהים את הפגם בהליך. אם הפגם הוא קשה, יש לעבור לשלב השני (יש לבחון מהם הפגמים שנתגלו בהליך המשפטי שננקט כנגד הנאשם ומהי עוצמתם).
* איזון בין הפגיעה בנאשם לבין האינטרס הציבורי והצורך בקיום הליך פלילי (על בית המשפט לאזן בין האינטרסים הרלבנטיים השונים תוך התחשבות בנסיבות כל מקרה, וביניהן חומרת העבירה המיוחסת לנאשם, מידת הפגיעה ביכולתו להתגונן כראוי, וחלקה של הרשות).
* צריך לבחון האם ניתן לרפא את הפגמים באמצעים מידתיים יותר מאשר ביטול כתב אישום. מחד, המבחן הוא קשה, מאידך, הוא הרחבה של פרשות יפת, הר שפי וכו' (על בית המשפט לבדוק, האם השתכנע כי ההליך אכן נוהל באופן אשר נוגד את עקרונות הצדק וההגינות, והאם על מנת לרפא את הפגמים ניתן לנקוט באמצעים מתונים יותר מאשר ביטול כתב האישום).

## עיגון הגנה מן הצדק בחקיקה - ס' 149(10)

בשנת 2007 הוספה הגנה מן הצדק לתוך ההגנות המקדמיות לסע' 149 (10): "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית". אין צורך להראות התנהגות שערורייתית אלא יש להראות סתירה לעקרונות של צדק.

האמנם לא עוד דרישת התנהגות שערורייתית?

**פרשת נדיה מטר**- "תיקון החסד"פ- נתון מבחינה מהותית- לא מעלה או מוריד לעניינו אלא בחינת עמידתנו האיתנה על הלכות בית המשפט".

**פרשת טגר**- "עיגונה של ההגנה מן הצדק בחוק מפורש והעדפת מבחן הסתירה מהותית על פני מבחנים מצמצמים יותר, אפשר ויסמנו נכונות להרחיב במידת מה את תחומה של ההגנה".

**הניסוח בסע' 149 לא בהכרח הקל בתנאים של פס"ד בורוביץ, ישנם פסקי דין שאומרים שכן וישנם פסקי דין שאומרים שאנו ממשיכים את ההלכה הפסיקתית - המבחן של בייניש.**

### תוכנית ההתנתקות כביטוי לכאוס

**פס"ד נדיה מטר**- עובדות המקרה: דובר על העלבת עובד ציבור. נדיה הראתה שבעניינים אידיאולוגיים אחרים שהייתה התבטאות נגד עובדי ציבור, לא הוגשו כתבי אישום- לדוג' מקרה של הרב עובדיה יוסף. ביהמ"ש השלום קיבל את עמדתה. אולם **המחוזי חוזר לדרישה של אכיפה בררנית הרסנית לשלטון החוק, מקוממת את תחושת הצדק, גורמת לשערו של ביהמ"ש לסמור** (כלומר המחוזי לא מיישם את מבחן בורוביץ אלא חוזר למבחן של פסד יפת "ההתנהגות השערורייתית").

**עניין הבית הלאומי**- ביהמ"ש השלום קובע כי גם אם התנהגות רשויות האכיפה היתה בתום לב, עדיין נפגעו האינטרסים של הנאשמים עקב התחושה שרשויות השלטון התנהלו באופן של איפה ואיפה. ואילו בפס"ד המחוזי נקבע כי ההכרעה אם אכיפה חלקית היא מותרת תיגזר מטיב מניעה של התביעה.

**\*\*\* ביהמ"ש המחוזי לא מקבל את הטענה הזו. כלומר רואים שביהמ"ש דבק עדיין במבחן של ההתנהגות השערוריתית של הרשות ולא במבחן בורוביץ ובסעיף 149(10) – כלומר קבלת הגנה מן הצדק ולאו דוקא במצבים של שערוריה \*\*\***

#### בג"ץ ניר נגד כנסת ישראל

חוק הפסקת הליכים ומחיקת רישומים בעניין תוכנית ההתנתקות, 2010. העותרים טוענים כי חוק זה אינו חוקתי מאחר והוא נוקט באכיפה סלקטיבית. הוא מעניק לקבוצה מסוימת- מובחנת מבחינה פוליטית ואידיאולוגית- פטור מהחלת הדין הפלילי על עבירות שבוצע על ידם. דעת הרוב אמרה שישנה פגיעה בשוויון אך התכלית היא ראויה מאחר ומטרתה היא מניעת קרע בעם ולכן זה מידתי. דעת המיעוט- הפגיעה בשוויון עולה על התועלת.

## המתח בין חוק חופש המידע לזכות הנאשם לקבל את חומר החקירה בהקשר של אכיפה סלקטיבית

#### פרשת אליצור סגל

עסק בהעלבת עובד ציבור גם טענו לאכיפה סלקטיבית. ביהמ"ש המחוזי דרש ממשרד המשפטים למסור את כל ההחלטות שהתקבלו בנוגע להעמדה לדין על עבירה זו 7 שנים אחורה. **העליון**- קיימת הכבדה ממשית על פי סע' 8(1) לחוק חופש המידע, האיזון הראוי בין שיקול זה לבין זכות העיון הוא הקביעה כי הרשות חייבת לגלות את המידע רק ביחס ל- 3 שנים אחורה [השופטת נאור]. **השופט גרוניס**- יש לקבוע כללים דומים של היקף גילוי לגבי נאשם במסגרת ההליך הפלילי [סע' 74] ולגבי נאשם העותר לפי חוק חופש המידע. כאשר מוגש כנגד נאשם כתב אישום הוא מקבל את כל חומר החקירה, ישנו וויכוח שלם בין השופטים- האם נאשם שרוצה חומר לצורך הוכחה של אכיפה סלקטיבית זכאי לכך מכוח הסעיף? לנאשם אינטרס מובהק לקבל חומר חקירה דרך סע' זה.

#### פס"ד ג'ולאני

העבירה שם הייתה עבירה של החזקת אדם בתנאי עבדות מכוח החוק נגד סחר בבני אדם. ביקשו שם חשיפת חומרי חקירה על נאשמים אחרים ונדונו ההגנות על חוק חופש המידע: גופי חקירה של המשטרה אינם כפופים לחוק וכאשר מדובר בהכבדה כבדה אין חובת מסירה. השופטת ברק ארז טוענת כי לא מבקשים תיקי חקירה אלא רק הנמקה לסגירת תיקי חקירה ולכן נשארת רק שאלת ההכבדה. השופטת סבורה שיש לעזור לנאשם בביסוס טענותיו ומסירת הנמקה לסגירת 15 תיקים אינה כבדה מדי ויש למסור את החומר **(כלומר הסוגיה לא נופלת לחריג בחוק חופש המידע 14(א)(9) - שגופי החקירה של המשטרה אינם כפופים לתחולתו של החוק - אלא נופלת לסעיף 8(1) בחוק חופש המידע שאין חובה לגלות מידע אם מסירתו כרוכה בהכבדה בלתי סבירה).** עוד מבחינה השופטת באמירת אגב בין בקשת חומר לפי ס' 74: שאז מדובר בחומרי חקירה ובין בקשה לפי חוק חופש המידע שאז מדובר בחומרים אחרים ויש הגבלה על מסירת חומרי חקירה. כאשר הבקשה היא לפי ס' 74 ומדובר באינפורמציה שאינה חומר חקירה קלאסי על המבקש להראות שיש פוטנציאל להשפיע על טענת ההגנה אך כאשר מדובר בבקשה עפ"י חוק חופש המידע אין התניה לגבי הצורך במידע. בקשה לפי ס' 74 פונים לביהמ"ש הדן בתיק עצמו אך בקשה לפי חוק חופש המידע פונים לביהמ"ש המחוזי בשבתו כבימ"ש לעניינים מנהליים.

ישנן הרבה סוגיות בישראל שנותרו סבוכות:

1. נטל ההוכחה- למשל **בע"פ פרץ**- כתב אישום על הסדר כובל על רקע תיאום של מכרזים. העותרים הראו מקרה אחר על הסדר כובל של מכרז שלא הוגש בגינו כתב אישום. ישנה בעיה עם הפרכת חזקת החוקיות בעניין הזה. דעות השופטים:

**פוגלמן**- בשלב הראשוני די בהצבעה על מקרים ספורים בהם המדיניות שונה לצרוך העברת הנטל לרשות לסתור אכיפה בררנית. הסיבה- המידע היה בידי הרשות.

**גרוניס**- כדי להביא לביטול כתב אישום על הנאשם להראות כי לאורך זמן ובאופן שיטתי קיבלו הרשויות המנהליות במקרים דומים החלטות שונות מאלה שהתקבלה במקרה שלנו. גרוניס וג'ובראן מדברים על נטל השכנוע ולא על נטל של הבאת הראיות, על נטל השכנוע בשלב הסופי.

**ג'ובראן**- למעט במקרים בהם אין לנאשם כל גישה למידע הדרוש לו, הצבעה על מקרים בודדים לא מעבירה בהכרח את הנטל לרשות לסתור אכיפה בררנית.

אין הכרעה כי הרשות בכל מקרה הרימה את הנטל להראות שההעמדה לדין לא חרגה מהמדיניות.

1. **מסגרת נורמטיבית לקבלת המידע**-
   * חוק חופש המידע [הלכת סגל].
   * זכות עיון הלכתית לצד "הנוגע לדבר" [הלכת שפירא].
   * סע' 74 לחסד"פ [עמית בפס"ד פריאל, השופט הנדל בג'ולאני].
   * סע' 108 לחסד"פ.

**השופטת ברק ארז בפס"ד ג'ולאני**- טענה לאכיפה סלקטיבית באשר לעבירה של החזקה בתנאי עבדות. השופטת עושה הבחנה בין השימוש בסע' 74 לשימוש בחוק חופש המידע:

**נקודת המוצא**: לפי סע' 74- התביעה חייבת לגלות רק "חומר חקירה". לעומת זאת, חוק חופש מידע מוציא חומר חקירה מחוץ לגדר החוק [סע' 14(א)(9)].

**אינטרס**: לפי סע' 74- הנאשם צריך להראות פוטנציאל לסיוע בהגנה. חוק חופש מידע- אין צורך להראות שהאדם זקוק למידע. ניתן לדרוש מידע לפי חוק זה גם אם אנו לא זקוקים לו מתוך התפיסה שהמידע הוא קניין של האזרחים.

**בית המשפט**: סע' 74- ביהמ"ש שדן בתיק, השופט שדן בתיק הוא ככל הנראה לא ידון באישום. חוק חופש המידע- ביהמ"ש מחוזי בשבתו כביהמ"ש לעניינים מנהליים.

אין הכרעה באשר לאפשרות השימוש בסע' 74 לחסד"פ לצורך ביסוס טענה של אכיפה סלקטיבית. המדינה טוענת לסע' 108- סע' שמאפשר לצדדים לבקש חומר חקירה בשלב ההוכחות. המרצה טוענת שזה בשלב מאוחר מידי, מאחר ומדובר בטענה מקדמית שמטרתה להוביל לבטלות כתב אישום. בפועל זה לא מוביל לבטלות כתב אישום אלא מתייחסים לזה כטענה במסגרת ההליך.

**נפקיות- בטלות יחסית**- ביהמ"ש יתאים את הנסיבות ויקבע תוצאות שונות לקבלתה של טענת אכיפה סלקטיבית. דוגמאות:

* אי הרשעה בעבירות הדורשות יסוד נפשי [זיידל, מלכה].
* השפעה על ענישה [מוטיל, תורג'מן].
* זיכוי [לסקוב].
* שחרור ממעצר [חוק הכניסה לישראל, העסקת תושבי שטחים].
* צו עיכוב ביצוע [קולנוע דקל].
* הכרה עקרונית בטענת הגנה כצו סגירה [ילין].
* צו המורה לרשות לאכוף את החוק [אלוני].
* מניעת האכיפה הבררנית [זקין].
* פיצויים בנזיקין [שפילמן].

**פס"ד חדש על הרס בתים של ערבים**- הייתה טענה של אכיפה סלקטיבית- ישנו אלמנט הרתעתי בהרס בתים. אין דיון אמיתי בשאלה מהו הנטל, האם הופרכה חזקת החוקיות והמדינה הרימה את הנטל להראות שיש שוויון. בפרט, כאשר מעלים טענה של ערבים מול יהודים, הדיון בטענה של אכיפה סלקטיבית היה צריך להיות יותר מעמיק.

**- שיעור עם המתרגלת- חומר ללימוד עצמי**:

**הגנה מן הצדק- פס"ד ברוביץ- המבחן התלת שלבי- חשוב מאוד לקרוא ולדעת.**

**חומר ללימוד עצמי**:

**נוכחות בעלי דין**- החל מסע' 133 -126 לחסד"פ זה חומר ללימוד עצמי, ללמוד אותו היטיב ולשים לב לניואנסים השונים- פשע, עוון ועוד. **ממש חשוב!!**

# פסלות שופט (77א לחוק בתי המשפט, 146-148 חסד"פ)

**העילות לפסלות שופט מופיע בסע' 77 א' רבתי לחוק בתי המשפט**, שם מוסדר הנושא של פסלות שופט הן בהליך אזרחי והן בהליך פלילי. ישנו הבדל בין הליך אזרחי לפלילי שנעמוד עליו בהמשך.

## חשש ממשי למשוא פנים

**סע' 77א רבתי- "שופט לא יישב בדין אם מצא מיוזמתו או לבקשת בעל דין כי קיימות נסיבות שיש בהן כדי ליצור חשש ממשי למשוא פנים בניהול משפט".** החיפוש הוא אחר חשש ממשי למשוא פנים, אם ישנו חשש מעין זה השופט לא יוכל לשבת בדין. מאוד חשוב לשים לב לעניין של חשש ממשי למשוא פנים.

השופט מיוזמתו יכול לטעון את הטענה של פסילתו מלשבת בדין, לא רק לבקשת בעל דין, אלא גם השופט עצמו אומר שיש לו חשש, אפילו למראית פני הצדק, ולכן הוא פוסל עצמו מלשבת בדין. **כללי פסלות שופט נגזרים מכללי הצדק הטבעי ובראשם הכלל בדבר** **היעדר משוא פנים**. הם נועדו להבטיח שההליך השיפוטי ינוהל ע"י אדם שאין לו עניין אישי בהתדיינות ואין לו דעה קדומה כלפי בעלי הדין. הם מבקשים לוודא שבניהול המשפט יגלה השופט יושרה, הגינות, אובייקטיביות, וכושר מקצועי ואישי, שליבו יהיה פתוח ושיפעל מתוך עצמאות ואי תלות.

## דעה קדומה ודעה קודמת

המטרה היא למנוע דעה קדומה של השופט על אחד מבעלי הדין, במידה וישנה דעה קדומה ישנו חשש ממשי למשוא פנים. להבדיל, דעה קודמת אינה יוצרת חשש ממשי. דעה קדומה היא דעה שהיא מושרשת, היוצרת קיבעון אצל השופט ובכך מונעת אפשרות ממשית לשכנע את השופט.

## סיכום פס"ד ידיד, בראון ודיאימימון

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ידיד  נ'  מד"י | השופט זיכה צד אחד לתאונת דרכים וכעת יושב במשפטו של הצד השני באותה תאונה (מן הסתם – אם צד א נחשב זכאי.. צד ב' אוטומטית אשם, לכן הם רוצים לפסול את השופט). הערעור נסב על החלטת שופט בית-משפט השלום לתעבורה אשר סירב לבקשת המערער שיפסול את עצמו מלדון בכתב-האישום שהוגש נגד המערער | מבחן האפשרות המעשית של הכרת פנים לאחד מבעלי-הדין הוא המבחן שלפיו יש לדון בטענת פסלותו של שופט. נסיבות המקרה דנן מעלות שקיימת אפשרות ממשית של נגיעת השופט בנשוא כתב-האישום העומד ותלוי נגד המערער במידה שתמנע ממנו, למקרה שיקיים את בירורו, לעשות דין צדק, וזאת עקב כוח השפעת הדעה שהביע במשפט קודם באותו ענין (חשש שיש לשופט דיעה קדומה).  אמנם בדרך-כלל יש לתת משקל רב לחוות-דעתו של שופט שאינו רואה את עצמו פסול מלשבת בדין במקרה הנדון, אולם העובדה בלבד, שהשופט בעצמו מאמין בכנות שבכוחו להשתחרר מן הדעה הקדומה הנדונה, אינה מכריעה בשאלת פסלותו מלשבת בדין בענין חדש.  נסיבות המקרה הנדון מראות שקיימת אפשרות ממשית, שהשופט יתקשה מאד להשתחרר מהדעה שהביע במשפטו של נהג המכונית הפרטית, אם הוא יקיים את בירור האישום שיוחס ולפיכך פסול הוא בענין זה מלישב בדין. יוטעם כאן ויודגש כי המסקנה מתחשבת בנסיבותיו המיוחדות של המקרה שלפנינו ואין להקיש ממנה בהכרח בדבר פסלותו של שופט מלדון מחדש בענין ששימש נשוא דיון קודם שקויים בפניו, ואשר נסיבותיו הן שונות. |
| **בראון נ' מד"י** | ערעור על החלטת שופט לא לפסול את עצמו, בראון הביע חשש למשוא פנים לאחר עימותים עם השופט.  האם עימותים מילוליים בין השופט לנאשם וסנגורו מתגבשים לעילת פסלות? | 1. המבחן התחיקתי לפסלות שופט הוא החשש הממשי למשוא פנים בניהול המשפט (פס"ד ידיד לעיל).  2. **עניין אישי** של שופט די בו כדי לפסול את השופט-חובת ההוכחה על השופט.  3. **דעה קדומה**- אין לומר כי כל דעה שיש לשופט בעניין הנידון לפניו, אף אם היא רופפת די בה כדי לפסול אותו שופט. **יש להבחין בין דעה קודמת לדעה קדומה**. החזקה היא שהשופט אינו נגוע.  4. טענת פסילת שופט מטעם הקשור בניהול המשפט- כאשר השופט **מתבטא** כלפי בעל דין באופן מעורר חשד שנפגמה האובייקטיביות, שנית, **התנהגותו** של שופט שמראה שהוא נוטה לצד מסוים.  5. המבחן לפסלות שופט בעניין התבטאויות במהלך המשפט- צריך שההתבטאות תלמד כי השופט גיבש עמדה נחרצת כלפי הנאשם ששוללת את האובייקטיביות שלו. ייתכן שהחלטת השופט בקשר לניהול המשפט תהיה מוטעית וזה לא ייחשב למשוא פנים.  6. יש מקרים נדירים, בהם דברים שהתרחשו באולם המשפט, אף כי אין בהם עילה לפסול את השופט בשל משוא פנים, העכירו את האווירה עד כדי כך, שקשה מאד יהיה להמשיך ולנהל את המשפט כראוי. במקרים כאלה, הגם שסומכים על השופט כי יוכל להמשיך ולנהל את המשפט באופן אוביקטיבי, אין זה רצוי שיעשה זאת: אם בשל מתח רב שנוצר, אם בשל פגיעה קשה במראית פני הצדק, ואם בשל טעם אחר שיש בו כדי להכביד מאוד על ניהול המשפט באופן תקין. |
| **בראון סיכום נוסף** | המבחן לפסילת שופט, בעניין פלילי כמו בעניין אזרחי, הוא החשש הממשי למשוא פנים בניהול המשפט. בכך לא חידש המחוקק, אלא נתן גושפנקה להלכה שנקבעה משכבר הימים על-ידי בית המשפט.  ומה קובע מבחן האפשרות הממשית? פסק הדין המנחה בעניין זה הוא ב"ש **48/75** ידיד נ' מדינת ישראל שם קבע הנשיא אגרנט: **שמן הנסיבות החיצוניות הכרחי להתרשם שקיימת אפשרות מאד מסתברת, שאכן נבצר מהשופט לשפוט את דינם של בעלי הדין באוביקטיביות הדרושה**.  **אובייקטיביות – של השופט הסביר**. השאלה היא מה סבור בית המשפט הדן בטענת הפסלות. "ההנחה היא כי מי שאמון על מלאכת השיפוט, הבא לדון בטענת פסלות, מצוייד בנסיון רב יותר ובאבחנות דקות יותר מכל אדם מחוץ למערכת השיפוטית שאינו מכיר דרכי המחשבה והדיון השיפוטיים, ואשר מבקש להסיק מסקנות מסימנים אלה או אחרים". השופט המיומן, הדן בטענת פסלות, "נותן דעתו לכך שמדובר בדיין מומחה ולא בהדיוט, וכי יש להעריך את יכולתו של השופט בהתאם לרקעו המקצועי ובהתאם לעצמתם ומשקלם האמיתי של האירועים עליהם מתבססת טענת הפסול" (**גלברט).**  (הערה של בית המשפט כי בעל דין עושה מאמצים למשוך את הדיונים, מן הראוי שתביא לבדיקה עצמית של בעל הדין ולא של השופט).  **סוגים של משוא פנים**. קיימים שני סוגים עיקריים של משוא פנים : 1. הסוג הראשון, החמור יותר, כולל "כל 'נגיעה' כספית או חפצית בנשוא הדיונים, קטנה או גדולה...". החומרה מתבטאת בכך שנגיעה כזאת, לפי הלכת שימל [1], "משמשת פסול אוטומטי, לפי שבמסיבות אלה מניח החוק משוא פנים" (שם). במאמר מוסגר אעיר כי אני יכול לתאר לעצמי נגיעה כספית או חפצית של שופט שתהא קטנה כל כך, עד שלא יהיה בה חשש סביר, ואפילו לא צל של חשש, שמא תיפגע האובייקטיביות של השופט (תביעת בנקים). לפיכך אני סבור כי גם במקרה של נגיעה כספית או חפצית אין מקום לדבר על פסול אוטומטי, אלא ראוי להחיל את המבחן הכללי, הוא **המבחן של האפשרות הממשית**. 2. לגבי **הסוג השני**, שהשופט מגיע עם דעה לגבי המשפט טרם החל - יש מקום להבחין בסוג זה של מקרים בין דעה קודמת לבין דעה קדומה. רק כאשר דעה קודמת הופכת להיות נחרצת וסופית, ללא אפשרות סבירה של שכנוע ושינוי, הרי היא דעה קדומה. ורק דעה קדומה יוצרת אפשרות ממשית של משוא פנים שיש בה כדי לפסול שופט. לכן הטענה היחידה נגד השופט היא, כי הוא נעשה נגוע במשוא פנים, באופן השולל ממנו את האפשרות להמשיך ולדון את הנאשם באובייקטיביות הראויה, תוך כדי ניהול המשפט. זו טענה בדבר פסול המתפתח אצל השופט בתוך אולם המשפט, תוך כדי מילוי תפקידו כשופט. זהו, אם כן, פסול מסוג מיוחד.  הפסיקה מלמדת כי בדרך כלל אין די בהתבטאות מעליבה כלפי בעל דין, או בהתבטאות פוגעת אחרת, כדי לפסול את השופט בשל משוא פנים. צריך שההתבטאות תלמד כי השופט גיבש כבר עמדה נחרצת כלפי הנאשם או כלפי אשמתו, עמדה השוללת אפשרות סבירה של ניהול המשפט באופן אובייקטיבי והכרעה במשפט על יסוד הראיות והטענות שהובאו לפני השופט. כך קובע הדין לגבי פסילת שופט בשל דעה קדומה. ראו לעיל פיסקה .14והוא גם הדין לגבי הבעת דעה על-ידי השופט במהלך המשפט.  התמונה העולה מן הפסיקה היא, כי בית המשפט אינו נוטה לפסול שופט בשל משוא פנים על יסוד החלטות שאותו שופט קיבל בקשר לניהול המשפט. | |
| **דיאמימון 2000 נ' הולתו"ב נתניה** | בימ"ש לעניינים מקומיים הרשיע את המערערים באי קיום צו בית משפט (צו הריסה). המערערים הגישו ערעור לביהמ"ש המחוזי. לאחר שערך ביהמ"ש ביקור במקרקעין, ניתנה על ידו החלטה המורה לצדדים להגיש את סיכומיהם, ובמסגרתה פירט את התרשמותו מהבנייה הבלתי חוקית. בעקבות ההחלטה, הגישו המערערים בקשת פסלות מטעמים הקשורים בביקור.  1. לטענת המערערים השופטת נחשפה למידע בילתי קביל מנציגי העירייה שלא בנוכחותם ומבלי שהיו מודעים לתוכן הדברים. החשיפה השפיעה על ביהמ"ש באופן המייצר חשש ממשי למשוא פנים, כפי שבא לידי ביטוי בהחלטת ביהמ"ש.  2. השופטת נסעה לאתר נשוא המחלוקת ברכב של נציגי העירייה. | העליון פסק שההתרשמות הסובייקטיבית של השופטת בביקור לא מביאה לפסילתה כיוון שזה טבעי שתתפתח אצל השופטת עמדה באשר לעניין מה עוד שכל השיחות של השופטת עם נציגי הערייה היו בנוכחות התובעים. אולם ביהמש פוסל את השופטת בגלל הנסיעה המשותפת "קיומם של מגעים במעמד צד אחד, שלא במסגרת סדרי הדין הרגילים, אינה רצויה. היא עשויה להוביל לחשיפת ביהמ"ש למידע בלתי קביל, תוך שנמנע מבעל הדין שכנגד להציג את עמדתו. אין זה רצוי שביהמ"ש ייזקק לשירותיו של מי מבעלי הדין, אף לצרכים לוגיסטיים בלבד, ובוודאי שאין זה ראוי שייזקק לשירותי הסעה מצד בעל דין אחד בלא שבעל הדין האחר יתלווה לנסיעה" |

**עילת הפסלות- חשש ממשי למשוא פנים, אין די בחשד סתם ואפילו לא חשד סביר.**

**"משוא פנים"-** נוגע למצב שבו דעתו של השופט "ננעלת" ו"סופית" מלכתחילה בנוגע לתוצאות ההליך כל שאין עוד טעם להמשך הדיון.

לא כל דעה רופפת שיש לשופט תוביל לפסלות, לשופט ככל אדם דעות בעניינים שונים, בוודאי בשאלות משפטיות. רק כשמדובר בדעה נחרצת וסופית, ללא אפשרות סבירה של שכנוע ושינוי, מדובר בדעה קדומה שיש בה אפשרות ממשית של משוא פנים המצדיקה פסלות.

## מבחן אובייקטיבי (אין די במראית פני הצדק כדי לפסול שופט)

הפסיקה קבעה **מבחן אובייקטיבי** לשם זיהוי משוא פנים, להבדיל ממבחן סובייקטיבי של תחושת בעל הדין. המבחן הוא אובייקטיבי ולא סובייקטיבי. **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. המבחן הוא ממש צר. השופט עצמו כן יכול לפסול עצמו במקרה של מראית עין, אולם בעלי הדין לא יוכלו.

עילת הפסלות נשמעת רק מהרגע בו נודעת עילת הפסלות, אי אפשר לטעון בדיעבד לעילת הפסלות, אך אם לא יודעים לפני ויודעים רק אחרי- ניתן לטעון לכך בערעור.

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

## עילות שבחוק [משוא פנים אשר נובע מעניין אישי]

* שופט לא יישב בדין אם צד להליך או בא כוחו או בעל דין הוא בן משפחה שלו או שיש בניהם קרבה ממשית אחרת. **סע' 77א רבתי לחוק בתי משפט** מסביר מיהו **"בן משפחה".** יותר קל לומר מיהו לא בן משפחה ולכן יש להסתכל על ההגדרה ולומר מיהו לא בן משפחה. למבחן- לשים לב מיהו לא בן משפחה, הוא זה שיופיע במבחן. **במקרה שאין תשובה ממשית יש לרשום מחד ומאידך.**
* שופט לא ישב בדין אם יש לו **עניין כספי ממשי** או **עניין אישי ממשי בהליך** **או בתוצאותיו**, בצד להליך, בבא כוחו או בעד מרכזי, או שלבן משפחה מדרגה ראשונה של השופט יש עניין כאמור.
* שופט לא יישב בדין אם בטרם התמנה לשופט היה מעורב בעניין הנדון כבא כוח, בורר, מגשר, עד, יועץ מקוצעי, מומחה או בדרך דומה אחרת.
* **סייג לכללים שלעיל-** אם מפאת דחיפות העניין לא ניתן לקיים את ההליך לפני שופט אחר ועלול להיגרם נזק חמור או עיוות דין אם לא ידון בעניין; או אם העברת הדיון לשפוט אחר לא תשנה את עילת הפסלות.
* **עו"ד לא יקבל על עצמו ייצוג צד אם יש לו יסוד להניח כי קבלת הייצוג תביא לפסלות השופט בשל עילות הקשורות בעו"ד עצמו.** מצא ביהמ"ש כי הנזק שייגרם מאי הייצוג ע"י אותו עו"ד עולה על זה שבהחלפת השופט- יותר הייצוג והשופט לא יישב בדין באותו תיק. במילים אחרות, אם כתוצאה מהחלפת העו"ד ייגרם נזק רב לבעל הדין, לדוג' עיוות דין, יחליפו את השופט.
* **לעניין קשר אישי או היכרות קודמים-** שופט לא חייב לפסול עצמו רק משום שהוא מכיר את עורך הדין את מי מבעלי הדין. אפילו ייצג השופט את אחד מבעלי הדין בעבר לא יביא הדבר לפסלות אוטומטית, למשל אם חלף זמן רב מאז שייצג אותו. הפסיקה קובעת זמן רב= **חמש שנים.**
* **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. יש לבחון האם ישנו באמת חשש ממשי למשוא פנים- את המבחן הזה נחיל בזהירות מכיוון שמדובר בעניין כספי.
* **עניין אישי של שופט יוצר חזקה למשוא פנים, חריג-** אלא אם מתברר שבנסיבות המקרה העניין האישי קטן עד כדי כך שאין עמו אפשרות ממשית של משוא פנים **[פס"ד בראון].**

## עילות נוספות [עילות רשות] שאינן נובעות מעניין אישי של השופט, אילו עילות שאינן בחוק

למבחן- תמיד מחד ומאידך בעילות רשות.

* ניהול משפט **עשוי להשמיע טענת פסול נגד שופט**, למשל:
* כששופט **מתבטא** כלפי בעל דין באופן המעורר חשש שאינו אובייקטיבי (בראון).
* **כשהתנהגות** השופט במשפט מקימה רושם בעיני בעל דין כי הוא נוטה לצד זה או אחר [למשל **פס"ד דאיה מיימון**- פגישה בלשכתו עם ב"כ התביעה ללא הסנגור].
* כשהחלטות השופט לא (לדעתי המילה "לא" מיותרת, ח.כ) מקימות אצל בעל הדין חשש שעמדתו נוטה.
* לרוב אין די בהתבטאות מעליבה כלפי בעל הדין, 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 השופט. מאוד קשה להוכיח זאת ולכן למדים כי הסיכוי להוביל לפסלות שופט הוא נדיר.
* סופיות העמדה נגזרת מהאופן שבו הובעה. אין דין בהתבטאות כללית כדין התבטאות פרטנית; אין דין התבטאות שלא במסגרת הדיון כדין התבטאות בדיון; אין דין התבטאות מסויגת בהליך ביניים כדין ההתבטאות הנחרצת בסיום ההליך, מאחר ובהליך ביניים ממשיכים בהליך זאת בשונה מאמירה בסיום ההליך.
* ביהמ"ש אינו נוטה לפסול שופט בשל משוא פנים על יסוד החלטות שאותן שופט קיבל בהקשר לניהול המשפט.
* ההנחה כי במקרה הרגיל אין החלטות כאלה מלמדות על אפשרות ממשית של משוא פנים. צריך להראות שבהחלטה זו יש אפשרות ממשית של משוא פנים.
* אמירות של השופט בקשר לניהול ההליך צריכות להיות אמירות שמלמדות על אפשרות ממשית למשוא פנים, לא כל החלטה שהשופט נתן שלא נראית "טהורה" תהווה עילה לפסלותו. **אלא רק החלטות שמלמדות על חשש ממשי של משוא פנים. מדובר במבחן אובייקטיבי ולא סובייקטיבי.**
* במקרים שההחלטות לא מלמדות על חשש ממשי, 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 מחייב באופן תקין, יעיל וצודק.
* הרגישות והמתח המלווים את המשפט עשויים להוליד אצל בעל הדין תחושה שהשופט אינו מבין אותו, אינו אוהד אותו או מתנכל לו, ומכל מקום אינו צודק. אולם בפועל, גם כאשר השופט מגביל חקירה ע"י 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 כאלה פוגמות במראית הצדק, מנקודת הראות של בעל הדין, אין להעדיף את מראית הצדק על עשיית הצדק.

**למבחן- תמיד צריך להעלות את עילות הפסלות, ולכתוב גם את הפרוצדורה, לא מספיק לומר שישנן עילות ולדון בהם אלא יש להסביר איך זה נעשה.**

## העלאת הטענה על ידי בעל הדין

* בעל דין רשאי לבקש מהשופט, ויהיה זה שופט בערכאה ראשונה ובערכאת הערעור, לפסול עצמו מלשבת בדין באותו משפט בהתקיים נסיבות שיש בהם כדי ליצור חשש ממשי למשוא פנים בניהול המשפט.
* במקרה של פסלות שופט, העו"ד אומר לשופט שהוא מבקש לפסול את השופט מלדון במקרה מאחר וישנו חשש ממשי למשוא פנים. לאחר מכן, העו"ד מציין את העילות הרלוונטיות למקרה שמקימות משוא פנים.
* את הטענה 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 עניינים של הצדדים להימנע מהעלותה.
* המועד להעלאת הטענה הוא לאחר תחילת המשפט, קרי אחרי הקראת כתב האישום. ואולם נראה שניתן יהיה להעלות את הטענה גם לפני ההקראה ובכלל זה בעת דיון מעצרים, מטעמי יעילות. החוק אומר לאחר תחילת המשפט אבל אולי לשם יעילות, וע"מ להקדים רפואה למכה, יהיה ניתן להעלות את זה כבר בשלב המעצרים.
* על הטענה להיות מועלית לפני כל טענה אחרת, ואם נודעה עילת הפסלות לבעל הדין רק בשלב מאוחר יותר, מיד לאחר שנודעה לו. על בעל הדיון להראות שלא יכול היה לדעת על הטענה קודם לכן גם בשקידה סבירה. אי העלאת הטענה במועד עלולה להביא לדחייתה על הסף.
* ניתן להעלות טענת פסלות גם לאחר הכרעת הדין בשלב הטיעון לעונש.
* ההחלטה בטענת פסלות- שופט 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. מה קורה במקרה שישנו מותב של שלושה שופטים, רק השופט שכלפיו נטענה הטענה יחליט.
* הוחלט להעביר את הדיון לשופט אחר רשאי הוא לדון בתיק מהשלב שאליו הגיע השופט הקודם או מכל שלב אחר שייראה לו נכון בנסיבות.
* טענת פסלות לא תישמע ולא תשמש נימוק לערעור וניתן להתעלותה רק בהתאם לפרוצדורה שלעיל [**סע' 148 לחסד"פ**].
* כאמור, שופט רשאי לפסול עצמו מיוזמתו, על השופט להשתחרר מייצוג רק בהתקיים עילה ראויה, שאחרת תיפגע הגינות המשפט ואמון הציבור ואף ייגרם עיוות דין.

## ערעור על החלטת שופט בטענת פסלות

* החלטת שופט בטענה לפסלות שופט נתונה לערעור מצד כל אחד מהצדדים, בתוך 5 ימים מיום ההודעה על ההחלטה [באזרחי- תוך 10 ימים]
* בערעור ידון נשיא ביהמ"ש העליון, מותב של שופטי ביהמ"ש העליון או שופט אחר של ביהמ"ש העליון- בהתאם להחלטת הנשיא. ברירת המחדל היא הנשיא, אלא אם כן הנשיא החליט שמותב של ביהמ"ש העליון ידון או שופט של ביהמ"ש עליון.
* בעל דין המעוניין לערער על החלטת השופט בהחלטת פסלות, יודיע על כך לביהמ"ש, וזה יפסיק את הדיון עד להחלטה בערעור, אלא אם החליט אחרת מטעמים מיוחדים שיירשמו, תוך נטילת סיכון שהערעור יתקבל.
* היה והוחלט שלא להפסיק את הדיון, רשאי נשיא ביהמ"ש 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- כללי

סע' 149 לחסד"פ מונה 10 טענות מקדמיות. העובדה שטוענים טענה בתחילת המשפט אין זה אומר שזו טענה מקדמית [לדוג' פסלות שופט], אלא טענה מקדמית היא רק אחת מ-10 העילות שמופיעות בסע' 149 לחסד"פ. הפסיקה אמרה שזו לא רשימה סגורה.

לאחר תחילת המשפט [לאחר ההקראה] רשאי הנאשם לטעון את הטענות המקדמיות הבאות:

1. חוסר סמכות מקומית.
2. חוסר סמכות עניינית.
3. פגם או פסול בכתב האישום.
4. העובדות המתוארות בכתב האישום אינן מהוות עבירה.
5. זיכוי קודם או הרשעה קודמת בשל המעשה נושא כתב האישום.
6. משפט פלילי אחר תלוי ועונד נגד הנאשם בשל המעשה נושא כתב האישום.
7. חסינות.
8. התיישנות.
9. חנינה.
10. הגנה מן הצדק- הגשת כתב האישום או מיהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית. **למבחן- פס"ד בורוביץ והמבחן התלת שלבי. הגנה מן הצדק זו טענה מאוד חשובה שבטוח יש להעלות אותה במבחן!!!**

* הטענות המקדמיות אינן מוגבלות לעשר המפורטות בסע' 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 שניתן.
* מעצם טיבן כטענות מקדמיות מתמקדות טענות אלה בהיבטים הקשורים לניהול ההליך ולא באשמה המיוחסת לנאשם.
* לכל היותר קבלת טענה מקדמית תוביל לביטול כתב אישום, לעולם לא יהיה זיכוי.

## מועד העלאת הטענות

* טענה מקדמית תועלה לאחר תחילת המשפט או בכל שלב במהלך המשפט, לרבות בשלב הערעור. למעט שתי טענות מקדמיות שאם אינן נטענו בהתחלה, לא ניתן להעלות בשלב אחר מבלי שתהיה רשות ביהמ"ש לכך:

1. **חוסר סמכות מקומית [סע' 149(1)].**
2. **טענת פגם/ פסול בכתב האישום [סע' 149(3)].**

שתי טענות אלו הן פורמליסטיות באופיין, קבלתן מותנית בדרך כלל בגרם עיוות דין. משכך אם לא נטענו לפני הפתיחה בדיון, ראוי שהצגתן בשלב מאוחר יותר תהיה נתונה לפיקוח ביהמ"ש.

## הדיון בטענה מקדמית [סע' 150 לחסד"פ]

* זכות תגובה לתובע- נטענה טענה מקדמית, חייב ביהמ"ש 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.** ביהמ"ש לא יכול לקבל טענה מקדמית מבלי לשמוע את התובע, אך הוא כן יכול לדחות את הטענה המקדמית מבלי לשמוע את התובע.
* **ביהמ"ש רשאי להעלות טענה מקדמית אף מיוזמתו-** במקרה שכזה נדרש להעניק לצדדים הזדמנות להתייחס אליה. ביהמ"ש בד"כ יעלה את זה לחוסר סמכות עניינית לדון- **void**.
* **נטל ההוכחה** לגבי טענות מקדמיות מוטל על התביעה. מדובר בנטל "רדום" כל עוד לא מתעוררת השאלה, אך משזו התעוררה, התביעה נושאת בנטל בין היתר היעדר חנינה, קיומה של סמכות, היעדר זיכוי קודם וכו.
* **המועד למתן ההחלטה-** ביהמ"ש יחליט לאלתר אלא אם הוא סבור שיש להשהות את ההחלטה לשלב אחר במשפט, לרוב כדי לא לעכבו. לדוג' אכיפה סלקטיבית- ראש נזק של הגנה מן הצדק. לא בהכרח שיהיה ביטול של גזר הדין אלא הקלה בעונש.
* **ההחלטה-** ביהמ"ש שקיבל טענה מקדמית רשאי להורות על:

1. תיקון כתב האישום [לדוג' מקרה שבו הזכירו את עברו של הנאשם אז מתקנים את כתב האישום].
2. ביטול האישום.
3. לגבי חוסר סמכות מקומית או עניינית- להעביר את הדיון לביהמ"ש המוסמך ע"פ סע' 79 לחוק בתי המשפט.

* הגנה מן הצדק תופעל במשורה, במקרים נדירים ומיוחדים.
* הבחירה בסוג הסעד בגין קבלת טענה מקדמית תלויה בסוג הטענה המועלית:
  + ישנן טענות שתבאנה בהכרח לביטול כתב אישום [אך לא לזיכוי] כדוגמת טענה להתיישנות, היות שאין בנמצא דרך לרפא את הפגם באמצעות תיקון כתב האישום.
  + ישנן טענות שעשויות להביא לתיקון כתב אישום, לדוגמא טענה לפסול בכתב אישום.
  + טענה לחוסר סמכות מקומית או לחוסר סמכות עניינית עשויה בצד זה להביא להעברת כתב האישום לדיון בפני ביהמ"ש מוסמך. חוסר סמכות עניינית ומקומית- פשוט מעבירים את זה למקום שמוסמך לדון. ניתן להעביר סמכות רק פעמיים.

## ערעור על החלטות בנוגע לטענה מקדמית

* מקום שתוצאת ההחלטה בטענה המקדמית היא המשך הדיון- דין ההחלטה ככל החלטת ביניים בהליך פלילי, וזו נעדרת ערעור אלא במסגרת הערעור על כל פסק דין. לדוג' צד טען להגנה מן הצדק, לא ניתן לערער על כך, אלא לבלוע את הצפרדע, לחכות לגזר הדין ואז לערער על פסק הדין כולו.
* 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 הדין וניתן לערער עליה כשם שמערערים על כל פסק דין אחר.
* כלומר, ניתן לערער על ההחלטה באשר לטענה המקדמית רק כאשר העניין הסתיים ואם עודנו הסתיים, צריך לחכות עד לקבלת גזר הדין.

# טענות מקדמיות – כללי – ס' 149 לחסד"פ

קבועות בסע' 149 לחסד"פ, ישנן 10 טענות מקדמיות. הפסיקה אומרת שזו לא רשימה סגורה, אך לצורך המבחן היא סגורה. טענות מקדמיות הן לא טענות שצריך לטעון אותן מוקדם, יש טענות שחייב לטעון אותן בהתחלה, במידה ואני אטען אותן נצרך באישור של ביהמ"ש- לדוג' **טענת אליבי**. **טענת פסלות שופט**- טענה שצריך לטעון אותה בהתחלה או לפחות מיד שנודע על הפסלות אך היא לא טענה מקדמית, זו אומנם טענה שצריך לטעון אותה בשלב מוקדם, אך היא אינה קבועה בחסד"פ. **הגנה מן הצדק**- טענה מקדמית שהיא מאוד חשובה- **הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית**.

## טענות מקדמיות אחרי ההקראה

טענות מקדמיות אנו טוענים לאחר תחילת המשפט, כלומר, לאחר ההקראה של כתב האישום. **ההקראה**- שלב שבו הנאשם מגיע ומקריאים לו את כתב האישום, ההקראה אין משמעותה "אני מודה"/"אני כופר" אלא הקראה נטו. לאחר ההקראה, זה המקום לטעון לטענות המקדמיות. האם המשמעות היא שלא ניתן לטעון אחר כך? **רק שמונה מהטענות הללו ניתן לטעון בכל שלב של המשפט- אפילו בערעור, כולל הגנה מן הצדק.**

## טענות שלא ניתן לטעון במהלך המשפט

(1)חוסר סמכות מקומית ו-(3)פגם או פסול בכתב האישום. ניתן לטעון אותן רק לאחר ההקראה אלא אם כן ניתן אישור של ביהמ"ש.

**מי טוען את הטענות המקדמיות**?

הנאשם או כמובן סנגורו. לעיתים אף ביהמ"ש. אולם כמובן שלא התובע.

## טענה מקדמים לעולם לא תוביל לזיכוי, במקסימום ביטול כתב האישום

הטענות הללו לא קשורות לאשמתו של הנאשם, הן מתמקדות בהיבטים הנוגעים לניהול ההליך אך לא לאשמה המיוחסת לנאשם. במידה ומתברר שהמשטרה התנהגה באופן שערורייתי, למרות שהנאשם אכן אשם, אין זה אומר שלרשויות סמכות להתנהל באופן שערורייתי. **מהי הנפקות של קבלת טענות מקדמיות?**  אין לטענות אלו נפקות של זיכוי של הנאשם בעוד שהוא אכן ביצע את הפשע. לעולם לא יהיה זיכוי אפילו אם התקבלה טענה מקדמית. תוצאה של טענות מקדמיות לעולם לא תוביל לזיכוי, שהרי טענות אלו באות במנותק מאשמו של הנאשם. הנפקות של קבלת הטענות היא במקסימום ביטול כתב האישום. כמובן שלאחר מכן ניתן להגיש שוב פעם כתב האישום.

**הערה- סגירת תיק מחוסר אשמה למול סגירת תיק מחוסר ראיות או מחוסר עניין לציבור**- רק אם יסגרו את התיק מחוסר אשמה זה נמחק לחלוטין, במידה וזה נמחק מחוסר ראיות או מחוסר עניין לציבור כי יהיה רשום שהוגש נגדו כתב אישום, אולם הוא נסגר מחוסר ראיות או עניין לציבור.

**חוסר סמכות מקומית ופגם או פסול בכתב האישום**- אלו טענות שלא ניתן לטעון בהמשך המשפט אלא רק בהתחלה. מדוע? לא מדובר בטענות מקדמיות שהן מהותיות, שהרי מזה משנה שהמשפט יתנהל בתל אביב או בבאר שבע. לגבי פגם או פסול- במידה וטענה זו לא נטענה בהתחלה כנראה שהפגם הוא לא כה מהותי.

\*\* תמיד שישנה טענה של טענות מקדמיות, תמיד יש להפנות לסע' 149 ומיד אח"כ להתייחס לסע' 150.

## סע' 150- הדיון בטענה המקדמית

**דיון בטענה מקדמית  [134] (תיקון מס' 40) תשס"ד-2004**

150. נטענה טענה מקדמית, יתן בית המשפט לתובע הזדמנות להשיב עליה, אולם רשאי הוא לדחותה גם אם לא עשה כן; בית המשפט יחליט בטענה לאלתר, זולת אם ראה להשהות את מתן החלטתו לשלב אחר של המשפט; נתקבלה טענה מקדמית, רשאי בית המשפט לתקן את כתב האישום או לבטל את האישום, ובמקרה של חוסר סמכות - להעביר את הענין לבית משפט אחר כאמור בסעיף 79 לחוק בתי המשפט.

ביהמ"ש בד"כ נותן החלטה לאלתר, אך הוא חייב לתת לתובע הזדמנות לטעון בעניין, הזדמנות להגיב. אולם אם נטענה טענה מקדמית, והטענה הזו מופרכת, הוא לא יתן לתובע להשמיע את דבריו שכן הוא דוחה את הטענה המקדמית. במילים אחרות- **לאחר שביהמ"ש שומע את הטענה המקדמית הוא חייב לתת לתובע להגיב ולהביא אף ראיות. אולם מרגע שביהמ"ש החליט לדחות את הטענה- אין צורך לתת הזדמנות לתובע.**

## במידה וביהמ"ש טוען טענה מקדמית מיוזמתו

הוא צריך לתת לשני הצדדים להגיב.

## נטל הוכחה

נטל ההוכחה מוטל על התביעה. הסנגור שמעלה את הטענה לא צריך להוכיח שהטענה אכן מתקיימת אלא הנטל הוא על התביעה.

## המועד למתן ההחלטה

ביהמ"ש יחליט לאלתר, אלא אם הוא סבור שיש להשהות את ההחלטה לשלב אחר במשפט. לרוב זה קורה בטענת **הגנה מן הצדק**- כמעט בכל הפעמים ביהמ"ש יאמר שהוא אכן שמע והבין, אך הוא מעוניין להמשיך במשפט, זאת למרות שהייתה התנהגות שערורייתית של הרשות- זאת מאחר והשופט לא מתכוון לבטל את כתב האישום אלא הוא מעוניין להמשיך בדיון ולהקל בעונש.

## הנפקויות לקבלת טענה מן הצדק- סעדים

1. ביטול כתב אישום.
2. תיקון כתב אישום. אם ישנו פגם או פסול בכתב אישום פשוט יש לתקן את הכתב אישום.
3. העברה לביהמ"ש אחר בעל סמכות- במידה וישנו חוסר סמכות מקומית או חוסר סמכות עניינית נעביר את המקרה לביהמ"ש המתאים.
4. בהגנה מן הצדק- השופט יכול לבוא לקראתו בהקלה של גזר הדין.

הבחירה בסוג הסעד תלויה בסוג הטענה, ישנן טענות שיובילו בהכרח לביטול כתב האישום, לדוג' התיישנות. לדוג' טענה לפגם או פסול, אנו נתקן. כמו כן, חוסר סמכות עניינית או מקומית כנראה שהסעד יהיה להעביר את התיק לביהמ"ש המתאים.

## ערעור על החלטה בעניין טענות מקדמיות – רק לאחר גזר הדין

בהליך פלילי אין ערעור על החלטות ביניים אלא אם כן מדובר בהחלטה שהחוק מאפשר ערעור, לדוג' פסלות שופט וחומר חקירה. סע' 74 קובע פרוצדורה מיוחדת לערעור בנוגע לחומר החקירה. לפיכך, **כל עוד לא נקבע בחוק פרוצדורה של ערעור בהחלטת ביניים, אין אפשרות לערער. לאור האמור, לא ניתן לערער על החלטות ביניים.** במידה וביהמ"ש דחה את ההחלטה, ההליך ימשיך להתקיים. ניתן יהיה לערער רק לאחר קבלת גזר הדין יחד עם כל פסק הדין.

### התיישנות

מערערים מיד לאחר סיום ההליך, מיד לאחר שהסנגור העלה את הטענה וביהמ"ש קיבל את הטענה. אולם, במידה והנאשם טען לשתי טענות מקדמיות: התיישנות וטענת הגנה מן הצדק- ביהמ"ש החליט לבטל את טענת ההתיישנות והוא כן החליט לקבל את טענת ההגנה מן הצדק- **למרות האמור לעיל, ניתן לערער על טענת התיישנות רק לאחר שהתיק נסגר.**

**עד כה זה היה מבוא לטענות מקדמיות, לאחר מכן נבחן כל טענה וטענה.**

# חוסר סמכות מקומית (טענה מקדמית)

**סמכות מקומית מדברת על המחוז- באיזה מחוז שיפוט יידון כתב האישום?** בכל מחוז יש שישה בתי משפט שלום, ישנם 6 מחוזות- ירושלים, תל-אביב [כולל אף את הרצליה], חיפה, מרכז צפון ודרום.לדוג' מקרה שאדם גנב בפתח תקווה, והוא גם במקרה גר בפתח תקווה. לפי החדס"פ הוא צריך להתדיין בפתח תקווה. הוא קיבל דיון ברחובות, במידה ורחובות נמצא במחוז מרכז- אין אפשרות לטעון לחוסר סמכות מקומית. ניתן לבקש מביהמ"ש להעביר את מקום השיפוט אך זה לא אומר שמדובר בחוסר סמכות מקומית- כל עוד מדובר במחוז מרכז, זה לא מהווה חוסר סמכות מקומית.

## ביהמ"ש המוסמך הוא זה שבאזור השיפוט שלו נעברה העבירה או גר הנאשם

1. נעברה העבירה.
2. נמצא מקום מגורי הנאשם- אם הושלמה העבירה במקום אחר מזה שבו הוחל בביצועה, יהיה מקומה הן במקום שבו הוחל בביצוע, והן במקום שבו הביצוע הסתיים. מקום מגורי הנאשם הוא מקום מגוריו הקבוע, ולא מקום זמני או ארעי. מקום המגורים הוא המקום **הקבוע.** **(לרוב**- אזור השיפוט ייקבע לפי המקום שבו נעברה העבירה, שכן שם נמצאים העדים).

## במידה ומקום מגוריו של הנאשם אינו ידוע או שהעבירה נעברה בחו"ל

יידון הנאשם בביהמ"ש שבאזור שיפוטו נתפס. מדובר בברירה שהיא דחוקה, התובע לא יכול לבחור בין המקום שבו נעברה העבירה לבין מקום מגורי הנאשם או המקום שבו נתפס, אלא מדובר בברירת מחדל.

**באין סמכות מקומית לבית משפט כלשהו**- יידון כתב האישום בפני ביהמ"ש בירושלים.

## צירוף אישומים או נאשמים [סע' 7 לחסד"פ]

**צירוף אישומים-** סמכות עניינית- מקרה שבו האדם עשה שתי עבירות, לדוג' מישהו שדד בנק [מקרה של ביהמ"ש מחוזי] ועל הדרך הוא ביצע מעשה מגונה [מקרה של ביהמ"ש שלום]. במקרה כזה ישנו כתב אישום בעילה של שוד מזוין ומעשה מגונה. הכלל הוא- **בצירוף אישומים אחד הולך אחר השני, אחר ביהמ"ש הגדול יותר**, במקרה לעיל המקרה ידון בביהמ"ש מחוזי.

אותו דבר לגבי סמכות מקומית- נגנב רכב בפתח תקווה ואילו בתל אביב פרצתי דירה, כאשר ישנו צירוף של כתבי אישום, **יש סמכות לשני המקומות**, הבחירה נתונה לתביעה. במקרה כזה הנאשם לא יכול לטעון לחוסר סמכות מקומית או עניינית מאחר ושני המקרים תחת אותו כתב אישום.

**צירוף נאשמים**- הגשת כתב אישום נגד שתי נאשמים- לדוג' עבירה של סמים, אחד מואשם בסחר ואחד מואשם בהחזקה של סמים לשימוש עצמי. במקרה כזה הכלל הוא- לעניין סמכות עניינית- **הולכים אחר ביהמ"ש הגדול יותר**, כלומר ביהמ"ש מחוזי למרות שעבירה של סמים לשימוש עצמי הוא ביהמ"ש שלום.

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

## מה האפשרויות לבימה"ש שמגלה חוסר סמכות עניינית/מקומית

**סמכות מקומית: אם ביהמ"ש מצא- אם מיוזמתו או בעקבות טענה של בעל דין- כי העניין שבפניו אינו מצוי בסמכותו המקומית**- רשאי להורות על אחד מאלה - לבטל את כתב האישום [ואז אין מניעה להגיש כתב אישום חדש] או להעביר את הדיון לביהמ"ש המוסמך לפי חוק.

ביהמ"ש שאליו הועבר הדיון יכול להמשיך בדיון מהשלב שאליו הועבר התיק או שהוא יכול להתחיל מההתחלה, זאת במידה והוא לא הבין את הפרוטוקולים. זאת כאשר המשפט כבר התחיל והושמעו עדים, בסיטואציה שביהמ"ש אישר לקבל את הטענה גם בהמשך ההליך. **ביהמ"ש שאליו הועבר, והוא מגלה שישנו חוסר סמכות מקומית בשנית, הוא לא יעביר עוד**. כלומר, אם המקרה היה בפתח תקווה, טענו לחוסר סמכות מקומית, ואז העבירו לתל אביב, לא יעבירו עוד. זה הכלל.

**אם מדובר במקרה של חוסר סמכות עניינית**: והעבירו מהשלום למחוזי, במידה וזה בחוסר סמכותו- הוא יכול לבטל את כתב אישום או לדון במסגרת סמכותו. אם הועבר לביהמ"ש שלום ואח"כ התברר כי העניין רלוונטי למחוזי, ביהמ"ש שלום לא יכול לדון והוא מבטל את פס"ד.

# סמכות עניינית (טענה מקדמית)

הסמכות העניינית של ביהמ"ש קובעת באיזה עבירות מוסמך ביהמ"ש לדון- למשל ביהמ"ש השלום הוא בעל סמכות עניינית לדון בעבירות שעונשן עד 7 שנות מאסר, עבירה שעונשה הוא מעל 7 שנות מאסר אינה בסמכותו העניינית. **משמעות הטענה** - העבירות שבכתב האישום או חלקן אינן מצויות בסמכותו העניינית של ביהמ"ש. להבדיל מטענה של חוסר סמכות מקומית, **טענה לחוסר סמכות עניינית היא טענה מהותית, היורדת לשורש העניין**, שכן הדיון בה חורץ את כוחו השיפוטי של ביהמ"ש לדון בכתב האישום ולהכריע בו. במקרה זה, ביהמ"ש עצמו יעלה טענה של סמכות עניינית מיוזמתו מאחר וזה מהותי- הכל מבוטל אח"כ, זאת במידה ושופט שלום דן במקרה של מחוזי. להבדיל- מקרה שבו שופט מחוזי דן במקרה שצריך להיות בבית משפט שלום, ביהמ"ש רשאי לדון או לבטל.

## הרכב השיפוט לא תואם לעבירה

היבט נוסף- הריגה הינה עבירה שנידונה לפני שופט אחד בשונה מרצח, ולכן במידה ואדם הואשם בהריגה וישנם שלושה שופטים, זה מהווה חוסר סמכות עניינית. היבט נוסף- כאשר ההרכב אינו תואם לעבירה.

## כאשר הכרעת הדין בסמכות אבל העונש לא

כאשר הכרעת הדין מצויה בסמכותו של ביהמ"ש אך עונש שהטיל אינו כזה שהיה בסמכותו- הכרעת הדין קובעת שהוא אשם, ביהמ"ש שלום היה מוסמך לקבוע זאת מאחר ומדובר בעבירה שעונשה 7 שנים. אולם אם ביהמ"ש קבע עונש של שמונה שנים, מעבר לתקרת הגג שנקבע בחוק, הכרעת הדין עומדת ואילו גזר הדין בטל ומבוטל.

## הלכת מדז'ינסקי – העונש כולל כמה עניינים חלקם בסמכות וחלקם לא

**כאשר העונש שהוטל כולל כמה עניינים**- חלק בסמכות וחלק אינם בסמכות- כלומר, ביהמ"ש הטיל עונש על גניבה בידי מעביד של מאסר על תנאי, קנס ו8 שנים מאסר בפועל- במקרה זה, לא כל גזר הדין מתבטל- אלא רק 8 שנים מאסר בפועל בלבד. כלומר, מה שבסמכותו נותר ואילו מה שלא בסמכותו בטל. לעומת זאת, כשהעונש שהוטל מקים יחידה עונשית אחת, שחלק ממנה חורג מהסמכות וחלק אחר מצוי בסמכותו של בית המשפט, אין לפצל יחידה זו וכל העונש הוא בטל- ביהמ"ש קבע עונש של 15 שנה, כאשר בנימוקים שלו אפשר להבין שעל עבירה אחת הוא נתן 8 שנים ואילו על עבירה אחת הוא נתן 7 שנים, כל העונש בטל .

## התוצאות הנובעות מקבלתה של טענת חוסר סמכות עניינית

1. ביטול כתב האישום בכפוף לדוקטרינה של בטלות יחסית.
2. תיקון כתב האישום אם טרם הוחל בשמיעת הראיות והתיקון לא יסב עיוות דין לנאשם.
3. העברת הדיון לבית המשפט המוסמך לדון על פי סע' 79 לחוק בתי המשפט.

**ההחלטה באיזו אופציה לבחור תלויה לרוב בשלב הדיון-** אם הטענה הועלתה בתחילת המשפט הנטייה היא לתקן את כתב האישום כדי להביא את האישום בגדר סמכותו העניינית או לבטלו. אם הטענה הועלתה מאוחר יותר- ועוד לא הוכרע הדיון, זה יועבר לביהמ"ש. אולם אם הוכרע הדין- אנו נבטל את כתב האישום מאחר ולביהמ"ש לא הייתה סמכות לדון - וזאת רק במקרה שביהמ"ש שלום דן בעניין של ביהמ"ש מחוזי (ההפך, לא). לאחר מכן- הכלל של לא יעבירו עוד.

## סמכות עניינית של ביהמ"ש שלום

סע' 51 לחוק בתי המשפט- כל עבירה שעונש קנס בלבד או מאסר שאינו עולה על 7 שנים. למעט:

* אישום הכולל עבירה המוגדרת **כ"עניין כלכלי".** עבירות שהעונש בצידן הוא מספר שנים שהוא נמוך משבע שנים אך מדובר בעבירות כלכליות- **ידונו בביהמ"ש מחוזי אלא אם פרקליט המדינה או פרקליט המחוז התיר זאת.**
* **שוחד ועבירות צווארון לבן-** שעונשן חמש שנים או יותר, אם פרקליט מחוז החליט להגיש למחוזי, הסמכות תהיה למחוזי למרות שהסמכות הראשונית היא של ביהמ"ש שלום.
* **עבירות בחוק ההגבלים ההעסקיים** תמיד הולך למחוזי.
* **עבירות במסגרת פעילות בארגון פשיעה לפי חוק מאבק בארגוני פשיעה.**
* **עבירות לפי פקודת הסמים-** אם פרקליט המחוז או פרקליט המדינה החליט להעמיד את הנאשם לדין לפני השלום, גם אם העונש עליהן עולה על 7 שנים, ביהמ"ש לא יכול להטיל עונש גבוה משבע שנים.

**כאשר ביהמ"ש שלום מרשיע נאשם במספר עבירות שכל אחת מהן מצויה תחת סמכותו-** רשאי הוא להטיל את העונש המרבי בגין כל אחת מהן, אף אם צירוף תקופות המאסר עולה על 7 שנים, וכן עונש מאסר כולל של מעל 7 שנות מאסר, מבלי לפרט את העונש המדויק שנפסק בגין העבירה.

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

**המותב של ביהמ"ש שלום-** בביהמ"ש שלום לרוב יש שופט אחד, אלא אם השופט היושב בדין או נשיא ביהמ"ש השלום מחליטים על הרכב של שלושה שופטים, בעיקר בתיקים שיש סיקור תקשורתי.

## סמכות עניינית של ביהמ"ש מחוזי

ביהמ"ש מחוזי יכול לדון בעבירות שהן בתחום סמכות של ביהמ"ש שלום, כשהן מצורפות בכתב אישום אחד לעבירות שרק ביהמ"ש המחוזי מוסמך לדון בהם. במקביל לכך, בית משפט המחוזי מהווה **ערכאת ערעור** על פסקי דין והחלטות אחרות של בתי משפט השלום שבתחום סמכותו המקומית.

### כתב אישום שהוגש נגד שופט וראש ממשלה

יוגש לביהמ"ש מחוזי בירושלים, כלומר, העניין התברר בבית משפט המחוזי **בירושלים במותב של שלושה שופטים**. לגבי שופט וראש ממשלה החוק קובע סמכות עניינית ומקומית.

### המותב- הרכב של ביהמ"ש מחוזי

#### הרכב של שלושה

ביהמ"ש המחוזי דן בהרכב של שלושה שופטים במקרים הבאים:

* עבירות שדינן מוות או מאסר עשר שנים ויותר, למעט עבירות שבהן ידון בשופט אחד על אף שעונשן עולה על עשר שנות מאסר [הריגה].
* ערעורים על פסקי דין של השלום.
* דיון במשפט חוזר.
* שפיטה פלילית של שופט ושל ראש ממשלה- מחוזי ירושלים כפי האמור לעיל.
* וכל עניין שהנשיא או סגן הנשיא הורה כך- כאשר דיברנו על ביהמ"ש שלום אמרנו שנשיא ביהמ"ש שלום או שופט שדן בתיק יכול להרחיב את ההרכב. לעומת זאת, בביהמ"ש מחוזי- נשיא או סגן הנשיא יכולים להרחיב את המותב בלבד.

#### דן יחיד

ביהמ"ש מחוזי דן בהרכב של שופט אחד במקרים הבאים:

* 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**].
* עבירות לפי פקודת הסמים, חוק מאבק בארגוני פשיעה, חוק איסור הלבנת הון וחוק הבחירות לכנסת.
* **ערעור על עבירות תעבורה מסוימות שאינן פשע**- ביהמ"ש לתעבורה הוא כמו ביהמ"ש שלום, אמרנו שבערעורים זה שלושה שופטים, אולם אם מדובר בעבירה של תעבורה שאינה פשע אלא חטא או עוון זה יהיה בדן יחיד.

**במידה ורוצים להרחיב את המותב רק הנשיא וסגנו רשאים לעשות כן.**

# פגם או פסול בכתב האישום – טענה מקדמית (ראו הרחבה בתרגול מספר 1)

**\*\* טענה זו ניתן להעלות אותה רק בתחילת המשפט אלא אם כן ניתן אישור בביהמ"ש \*\***

## פגם – השמטת פרט מכ"א הנוגע ליס"ע וכדומה

השמטת פרט ענייני מכתב האישום הנוגע ליסוד מיסודות העבירה או פרט חיוני הנוגע להצגה הולמת של התנהגות הנאשם ונסיבות העבירה או השמטה של הוראת חיקוק. לדוג' לא רושמים בכתב האישום שהנאשם איים על הבחורה "אם לא תעבירי לי את זה אני הורג אותך", השאלה אם האיום נעשה לשם הפחדה או הקנטה? הפחדה או הקנטה זה היסוד הנפשי- ולכן זה צריך להיות רשום בכתב אישום. דוג' נוספת- כאשר נאשם גילה שאשתו בוגדת בו עם חברו הכי טוב והוא איים עליה במסרון פעמיים ביום, חשוב להציג את העובדות כהווייתם, יש משמעות לשאלה האם שני האיומים היו באותו יום או בימים נפרדים, מאחר ואם שני האיומים ניתנו בימים נפרדים זה נחשב לשתי עבירות של איומים ואילו אם האיומים הן באותו היום זה נחשב לאיום אחד ולכן זה חשוב.

**בפגם ישנו השמטה, משהו איננו.**

## פסול – מצב בו כ"א לא כשר/תקף מבחינה חוקית

אי עמידה בדרישות החוק באשר ל"כשרותו" ול"תקפותו" של כתב האישום, לדוג' הגשת כתב אישום על ידי גורם שאינו מוסמך או ללא אישור של גורם מוסמך או הכללה של פרטים בנוגע לעברו הפלילי של הנאשם. דוג' נוספת ייחסו לנאשם יותר עבירות מאשר הוא ביצע בפועל. דוג' נוספת, הדגשת עברו הפלילי של הנאשם - למעט עבירות לדוג' כמו פסילת רישיון (כיוון שהשופט חייב לדעת שהנאשם נהג ברכב לאחר שפסלו לו את הרישיון, זה אינהרנטי לעבירה).

דוגמא ממבחן- מתמחה הגישה כתב אישום בחתימה שלה, החוק דורש חתימה של עו"ד, ולכן מדובר ב-פגם בכתב האישום.

### המבחן המרכזי לטענה זו- האם קופחה הגנת הנאשם

לכן, אם ישנו פגם טכני או פורמאלי מה שלא ביטל את הגנת הנאשם, זה לא יוביל לביטול של כתב אישום. לדוג' המקרה של המתמחה. אלא- **רק מה שיורד לשורש העניין או מקפח את הגנתו עלול להצדיק את ביטול כתב האישום.**

**למבחן- חייב לכתוב במבחן תמיד מתי טוענים את הטענה הזו- לאחר הקראת כתב האישום אלא אם כן ניתן אישור של ביהמ"ש. ביהמ"ש רשאי להמשיך לבטל את כתב האישום או לתקן את כתב האישום, תלוי העבירה.**

# טענה (מקדמית) כי העובדות המתוארות בכתב האישום אינן מהוות עבירה

לדוג' הנאשם קיבל כתב אישום, הסנגור קורא אותו, והוא אומר שאין עילה לתביעה. לעומת זאת, הטענה של "אין להשיב לאשמה" היא טענה שנטענת לאחר פרשת התביעה, ההגנה אומרת שהתביעה לא עמדה בנטל ההוכחה המוטל עליה מעל לכל ספק סביר, כאשר התביעה לא מצליחה לעמוד בנטל לדעת הסנגור היא לא תוכיח את חפותו של הנאשם. כאשר טוענים טענה זו, אין זה אומר שאין עבירה. זו לא טענה מקדמית. טענה זו גם משמעותה זיכוי. לעומת זאת, טענה מקדמית זו קובעת כי העובדות המתוארות בכתב האישום לא מקימות עבירה, טענה זו מקימה סה"כ ביטול.  **משמעות הטענה- אלה נסיבות שבהן אף אם יודה הנאשם בכל עובדות כתב האישום, לא יהיה בכך בסיס נאות להרשעתו בעבירה שמיוחסות לו, או בעבירה אחרת מאותו סוג.** במצב כזה, אין טעם להמשיך בדיון לפי אותו כתב האישום, שכן התביעה "מוגבלת" להוכחת העובדות שבכתב האישום בלבד. בשונה מטענת "פגם או פסול בכתב האישום" הפגם המאפיין טענה זו נוגע לחסר רכיב משמעותי וחיוני להרשעה שאינו נובע משכחה או בלבול אלא מאי מתן הדעת לצורך בהוכחתו.  **הנחת המוצא בטענה זו**- לתביעה אין די ראיות להוכחת קיומו של אותו רכיב חיוני חסר. **המועד להעלאת הטענה-** בכל שלב משלבי הדיון [כולל בערעור]. עם זאת, ככל שהנאשם מאחר בהעלאת הטענה כך יטה בית המשפט לדחותה ובלבד שלא נגרם בגינה עוול לנאשם והוא לא קופח בהגנתו. **נעתר בית המשפט לטענה**- רשאי לתקן את כתב האישום או לבטלו אם קופחה הגנת הנאשם. לרוב נוטה הפסיקה לתקן את כתב האישום ולתקנו ולא לבטלו, כאשר מדובר בנאשם שהואשם בכמה סעיפים.

# טענה (מקדמית) "כבר זוכיתו..כבר הורשעתי" (149(5) יחד עם סע' 5 לחסד"פ)

**אין דנים פעמיים בשל מעשה אחד [2, 218]**

5.    אין דנים אדם על מעשה שזוכה או הורשע קודם לכן בשל עבירה שבו; אולם אם גרם המעשה למותו של אדם, דנים אותו על כך אף אם הורשע קודם לכן בשל עבירה אחרת שבאותו מעשה; "הרשעה", לענין סעיף זה – לרבות העמדה למבחן ללא הרשעה תחילה.

**הרשעה בעבירות אחדות [168]**186. בית המשפט רשאי להרשיע נאשם בשל כל אחת מן העבירות שאשמתו בהן נתגלתה מן העובדות שהוכחו לפניו, אך לא יענישנו יותר מפעם אחת בשל אותו מעשה.

### אין דנים פעמיים בשל מעשה אחד – ס' 5

סע' 5 קובע כי אין להעמיד לדין אדם על מעשה שזוכה או הורשע בו בעבר, **אלא אם** (1) המעשה גרם למותו של נפגע העבירה ו (2) הנאשם **הורשע** בשל עבירה אחרת בגין אותו מעשה (**תנאים מצטברים**). לאחר שהנאשם ריצה את עונשו לא ניתן להגיש כתב אישום נוסף על העבירה מאחר והנאשם כבר נתן את הדין, בין אם הנאשם זוכה ובין אם הנאשם הורשע. [**פס"ד ביטון ואזואלוס- חייב לקרוא ולבוא למבחן!!]**

### דנים אדם פעמיים במקרה שהוא הורשע ואח"כ הקורבן מת

**סייג הקבוע בסיפא**- אם מדובר בעבירת אלימות- לדוג' אדם תקף והורשע בחבלה בנסיבות מחמירות, הנאשם ריצה את עונשו. לאחר שריצה עונשו, הנתקף מת והדו"ח הפתולוגי אומר שזה כתוצאה מאותה התקיפה. ניתן להגיש כתב אישום על הריגה, מכוח עקרון קדושת החיים. אולם- אם אדם זוכה מתקיפה ולאחר מכן הנתקף מת, אין אפשרות להגיש נגדו כתב אישום על הריגה. **כלומר, יש צורך בהרשעה על מנת להטיל אחריות על המקרה החמור יותר** (הי"מ נ' ג'ועיה).

**משמעות הטענה-** הנאשם כבר הנשפט בעבר, קרי זוכה או הורשע בשל המעשה שבאישום, והכלל הוא שאים דנים אדם פעמיים בשל אותו מעשה- לבדוק מהו בשל אותו מעשה בפס"ד ביטון ואזואלוס.

**תנאי להעלאת הטענה הוא כי קיים פסק דין של זיכוי או הרשעה**- בהיעדר פסק דין כאמור= אין בסיס לטענה.

### אדם שעמד לדין והעברה בוטלה, לא נחשב כאילו הורשע/זוכה

**היה הדיון הראשון "בטל מעיקרו"**- למשל אדם הורשע בעבירה שבוטלה מספר החוקים לפני הרשעתו, הרי שאפילו ניתן במסגרתו פסק דין של זיכוי או הרשעה- אין זה נחשב פסק דין לצורך טענה זו. כלומר, לא ניתן לטעון טענה זו על עבירה בעבר שבוטלה מספר החוקים.

### ביטול כ"א לא נחשב זיכוי

**פסק דין המורה על ביטול כתב אישום**- למשל בחוסר סמכות עניינית אינו נחשב פסק דין של זיכוי ולכן אין הוא מונע הגשת כתב אישום נוסף (**נואסר נ' מד"י)**.

### תוקן כ"א תחול הטענה על העבירה בה הורשע בפועל

**תוקן כתב האישום במהלך הדיון והנאשם הורשע או זוכה בפס"ד בקשר לעבירה שונה מזו הואשם בה במקור**- תחול הטענה על העבירה שבה הורשע או זוכה בפועל ולא על זו שיוחסה לו בכתב האישום המקורי. לדוג' מקרה שבו הוגש כתב אישום על אונס, ושונה כתב האישום למעשה מגונה בהתבסס על הראיות והנאשם הורשע במעשה מגונה. העונש על המעשה המגונה. לאחר חודש, מגישים נגדו כתב אישום על אונס, הוא לא יכול לבוא עם כתב האישום לביהמ"ש ולומר "כבר זוכיתי..כבר הורשעתי" מאחר וזה לא היה על האונס אלא על מעשה מגונה.

**אין הכוונה שהנאשם המבצע מעשה אינו חשוף למספר אישומים בגין אותו מעשה בכתב אישום אחד**- באותו כתב אישום יהיו כמה עבירות, לדוג' שוד, תקיפה במהלך השוד ועוד. הסע' מקנה הגנה מפני העמדה לדין נוספת במסגרת כתב אישום אחר, מאוחר, בגין אותו מעשה שעניינו כבר נידון.

**כלל זה חל גם כשהדיון הראשון מסתיים בהחלטה להעמיד את הנאשם במבחן "ללא הרשעה"**- פס"ד ללא הרשעה, אי הרשעה לצורך טענה זו נחשב כהרשעה. אי הרשעה ניתנת במקרים שלא רוצים לפגוע בפרנסה, ביכולת ללמוד באקדמיה משפטים וכו'.

**חסר מעט להשלים מהמצגת**

### התנאי: "אותו מעשה" לצורך טענה של "כבר זוכיתי וכבר הורשעתי".

מקרה ראשון- כדי שהטענה תחול נדרשת זהות בין המעשה שבגינו נשפט הנאשם, וזוכה או הורשע בו בעבר לבין זה המיוחס לו בכתב האישום בנוסף. במקרה שאדם הורשע בעבירה מסוימת וזה אותו המעשה, לא ניתן להרשיע בעבירה הכוללת את אותו המעשה אך הוסף רכיב. לדוג' אדם הורשע בגניבה, לא ניתן להרשיע אותו בעבירה של גניבה ממעביד (כלומר אם המקרה בו הורשע הוא X והמקרה השני הוא X+Y, עומדת לו טענת כבר הורשעתי כיוון שהמקרה השני כולל את המקרה הראשון).

מקרה שני- מצב שבו לא כל רכיבי המעשה האחד כלולים במשנהו וכל אחד מהם כולל רכיב נוסף. לדוג' אפשר להגיש כתב אישום בגין מרמה ובנוסף בגין גניבה (כלומר אם המקרה בו הורשע הוא X+Y והמקרה השני הוא X+Z, לא עומדת לו טענת כבר הורשעתי כיוון שהמקרה הראשון כולל רכיב שלא מופיע במקרה השני).

### סע' 186 ביהמ"ש לא יעניש פעמיים על אותו מעשה

למרות שהוגש כתב אישום בגין איומים יכול ביהמ"ש להרשיע בגין התקיפה. **אולם הוא לא יעניש אותו יותר מפעם אחת בשל אותו המעשה.** כלומר- הוגש כתב אישום על אונס, תוך כדי ביהמ"ש אומר שישנם מעשים מגונים- ביהמ"ש לא יכול להעניש יותר מפעם אחת בגין אותו מעשה. אותה גברת בשינוי אדרת. "כבר זוכיתי כבר הורשעתי" היא טענה שצריך בשבילה כתב אישום. במקרה של סע' 186 אין פס"ד, תוך כדי המשפט מגלים עוד עובדות המובילות לייחוס של מעשים נוספים, ביהמ"ש לא יעניש אותו פעמיים על אותו מעשה. **סע' 186 לא מהווה טענה מקדמית**.

#### "אותו מעשה"

##### פס"ד ביטון- מבחן צורני-פיסי ומבחן מהותי

צריך לנתח וליישם את המבחנים. ע"מ שנדע לזהות ולנתח את המבחנים, יש לקרוא את עובדות המקרה ע"מ שנדע ליישם נכונה.

מה ייחשב לאותו מעשה? שני מבחנים לפי פס"ד ביטון:

* **מבחן פיזי-צורני**- נבחן האם מדובר בפעולות עוקבות שניתן לפצלן אף שבוצעו ברצף. **בעבירות רכוש-** אנו נבחן האם מדובר בפעולות נפרדות עוקבות שניתן לפצלן אפילו שבוצעו ברצף. לדוג' פריצה לרכב שגרמה לנזק, נשאלת השאלה- האם אפשר להרשיע גם בפריצה וגם בנזק? לא. אולם אם הוא פרץ לרכב ואף גנב, מדובר במעשים נפרדים- פריצה וגניבה. לכן, אפשר לפצל אותן אפילו שהם בוצעו ברצף. לכאורה מדובר באותו מעשה- ובכל זאת- ביהמ"ש רואה זאת כפעולות נפרדות המצדיקות הרשעה נוספת.
* **מבחן מהותי- מוסרי**- מתמקד באינטרס של קורבן העבירה. לפיו, ריבוי נפגעים הוא אינדיקציה. **רלוונטי לעבירות גוף.** לדוג' מקרה שבו מכוונים אקדח כלפי קבוצה של אנשים, לכאורה מדובר במעשה אחד שהוביל לסיטואציה של ריבוי נפגעים. ביהמ"ש קובע- אנו נבחן את האינטרס של קורבן העבירה, ריבוי נפגעים מהווה אינדיקציה לריבוי עבירות הנובעות ממעשים נפרדים. קרבה עניינית- **פס"ד אזואלוס**- גבר תפס את אשתו בוגדת בו באוטו עם מישהו אחד, אזואלוס רצח את שניהם בירייה אחת. מדובר בפעולה של קנטור- התגרתה בו, ניתן לטעון לקנטור רק במקרה של רצח. להבדיל- גבר אשר הגיע הביתה ומצא את אשתו בוגדת בו עם מישהו אחר- הוא רצח את שני האנשים, אחד אחרי השני, וביהמ"ש קבע שמדובר בפעולות נפרדות. כוונת תחילה- דורשת היעדר קנטור.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **אזואלוס נ' מד"י** | אזואלוס הורשע ברצח ובהריגה (הוא רצח את אשתו והשכן, המאהב, כאשר אלה התנשקו לידו, זאת לאחר שקודם לכן הבין כי השניים נאהבים. בפעם הראשונה איים אזואלוס על השכן אך שלט בעצמו, אולם בפעם השניה הופתע מראות אשתו מתנשקת עם השכן וירה בשניהם). בערעור נקבע כי שני המעשים היו הריגה. ביהמ"ש גזר עליו שני עונשים מצטברים. האם מדובר בשני עונשים בגין אותו מעשה? | ביהמ"ש העליון פסק שמדובר ברצף התנהגותי, שנבע מקנטור אחד לפי ס' 186 ולכן זה נחשב למעשה אחד. זה צריך להשפיע על חומרת העונש אולם העונש צריך להיות אחד. |
| **יוסף ביטון נ' מד"י** | המערער הורשע בשתי עבירות של ניסיון לרצח. בית-המשפט המחוזי גזר עליו שני עונשים וקבע שירוצו במצטבר. לטענת המערער, היה ראוי לראות במעשהו כמעשה אחד ולהטיל עליו עונש אחד. | ס' 186 קובע כי לא ניתן להעניש אדם פעמיים בשל אותו מעשה. שני מבחנים עיקריים נקבעו להבדיל בין "אותו מעשה" לבין מעשים נפרדים זה מזה: 1. מבחן צורני-עובדתי (עבירות רכוש) 2. מבחן מהותי-מוסרי (עבירות בגוף).  הקביעה אם רצף של התנהגויות הוא עבירה אחת או עבירות מספר נעשית על יסוד שני שיקולים: א. השיקול האחד מבוסס על ניתוח האירוע הפלילי – האם מדובר בפעולות נפרדות עוקבות שניתן לפצל ביניהן אף שבוצעו ברצף; ב. מהות האינטרס של קורבן העבירה – על-פי שיקול זה, ריבוי נפגעים יכול להיות אינדיקציה לריבוי עבירות הנובעות ממעשים נפרדים, אלא אם קיימת קירבה עניינית בין הנפגעים כתוצאה מקיומו של אינטרס משותף שנפגע על-ידי הפעולה העבריינית. או אז המעשה הוא אחד. כאשר מדובר במעשי אלימות קיים לכל אחד מן הנפגעים אינטרס עצמאי לשלמות גופו. הפגיעה בשלמות גופו של אחד אינה מהווה פגיעה בשלמות גופו של אחר. גם אם מבחינה "טכנית" מדובר ברצף אחד של מעשים שגרם לקורבנות מספר, יש להתייחס לכך כאל מעשי פגיעה נפרדים. הערעור נדחה.  "אשר לפרשת **אזואלוס [1]**: לדעת הרוב באותה פרשה (ארבעה לרוב שלושה למיעוט) נגלה לעיני בית-המשפט מקרה יחיד ומיוחד, ועל-כן פסק הרוב כפי שפסק. ענייננו-שלנו שונה מפרשת **אזואלוס [1]**. אשר לבחינה העובדתית-הצורנית, שלא כבפרשת **אזואלוס** [1] שני הניסיונות לרצח – בנסיבות ענייננו וכפי שקבע בית-המשפט המחוזי – היו מובדלים ומופרדים זה מזה, וגם אין דמיון בין טענת הקנטור שעלתה בפרשת **אזואלוס** [1] לבין חמת-הזעם שהמערער נתקף בה בענייננו. והרי מלכתחילה בא המערער אל בית אמה של המתלוננת חמוש בסכין. אם אדם – כמערער – בא חמוש בסכין, חזקה עליו שביקש לעשות שימוש בסכין, כפי שאכן עשה. המערער לא פעל מפאת קנטור רגעי, ואף נסע מרחק לא קטן עד שבא לבית אמה של המתלוננת וסכין שלופה בידו. יתר-על-כן, לא הרי מי שנפסק בעניינו כי עשה מעשה לאחר שקונטר – כפי שנפסק לגבי **אזואלוס [1]** – כהרי מי שנפסק בעניינו כי עשה בכוונת-מכַוון לקטול את חיי זולתו. אם אין די בכל אלה, נזכור את האיומים הרבים שהמערער איים על המתלוננת – קודם ניסיון הרצח – ואת צווי ההגנה שהוצאו נגדו ואשר המערער הפרם. אם כך באשר למבחן הצורני-העובדתי, קל-וחומר כך באשר למבחן המהותי-המוסרי. כללם של דברים: דינו של **אזואלוס [1]** – מקרה חריג-שבחריגים – נפסק כפי שנפסק. ענייננו שונה, ואין ללמוד היקש ממקרה אחד למשנהו" |

**חריג-** המתה של מספר קורבנות בהשפעת קנטור משותף אחד הוא מעשה פלילי אחד לעניין סע' 186 ואין להעניש בגינו יותר מפעם אחת **(פס"ד אזואלוס)**. בכך נבדלת המתה בגין קנטור מרצח בכוונה תחילה- מצב נפשי של רוצח הפועל בקור רוח ושליטה עצמית, עשוי להצביע על התייחסות הנפרדת לכל אחד מקורבנותיו, כך שמעשי הקטילה גם אם הם היו נעשים ברצף אחד, ייראו נפרדים, כשהקוטל היה יכול להימנע בכל עת מלהמשיך בביצועם. **קנטור סותר את המבחן של מהותי מוסרי.**

## סיכון כפול

אין לטענה זו תקדימים בארץ, היא דומה ל"כבר זוכיתי כבר הורשעתי". סיטואציה- הגשת כתב אישום, מדובר בנסיבות חיים קשות, ולכן מסיימים את ההליכים ללא הרשעה. טענה זו עשויה להקים עילה לסיכון כפול- אותו אדם עומד בסיכון נוסף להרשעה, הוא כבר היה בסיכון להרשעה וכבר התנהלו הליכים נגדו- ולכן מדובר בסיכון כפול. הרעיון הוא-מניעת חשיפתו של הנאשם להוצאות כלכליות נוספות, חרדה וחוסר ביטחון.

ההבדל טענה זו לבין "כבר זוכיתי כבר הורשעתי"- אין פס"ד של זיכוי או הרשעה, אלא עוכבו/הסתיימו ההליכים ללא הרשעה. לעומת זאת, בטענה "כבר זוכיתי וכבר הורשעתי" תנאי הכרחי הוא פס"ד. **טענה זו תועלה רק מקום שבו אין פס"ד והופסק הדיון.**

במבחן-לא נידרש להבחין בין פשע, עוון וחטא.

**פס"ד יפת**- בחינת שאלה ע"י ועדת חקירה ממלכתית המקימה סנקציות לא מצדיקה טענה זו. לא מדובר בהליך פלילי. כלומר אדם לא יכול לומר היות והוא עמד בפני ועדת חקירה ממלכתית הרי שאי אפשר לדון אותו עכשיו בבי"מש בגלל סיכון כפול. "סיכון כפול" לא מהווה סייג לאחריות פלילית- האחריות הפלילית אינה בת מימוש אך היא קיימת.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **ארנסט יפת נ מ"י** | דובר על וויסות מניות בנקאיות. המערערים טוענים כי עומדת להם טענת הגנה מן הצדק, שעניינה השתק פלילי והשתק שיפוטי. זאת משום שלאחר שעברו את ההליך המורכב והקשה של **ועדת החקירה** והוטלו עליהם סנקציות מנהליות ציבוריות, אין זה עוד מן הדין ומן הצדק לחזור ולהעמידם לדין בגין אותה פרשה. בעינוי הדין הכרוך בכך יש משום "סיכון כפול". זאת ועוד. כל שנעשה על-ידי הבנקים בקשר לוויסות המניות הבנקאיות נעשה על דעת הרשויות הממלכתיות הנוגעות בדבר:ו האוצר, בנק ישראל, הרשות לניירות ערך והנהלת הבורסה, תוך כדי שיתוף פעולה וגיבוש תכניות שיביאו להפסקה הדרגתית של פעולות הוויסות. לפיכך קיים כאן "השתק שיפוטי" המבטל את האפשרות להעמידם לדין על-ידי המדינה, שהיא עצמה הייתה שותפה למדיניות האמורה | הוחלט כי הקמתה של ועדת חקירה אינה פוסלת העמדה לדין לאחר מכן, וכשם שאין בהקמת ועדת חקירה משום פסילת הליך פלילי מאוחר, כך אין במשפט פלילי משום פסילת הקמתה של ועדת חקירה מאוחרת. חסינות מפני העמדה לדין מציעה תמריץ לעבריינים להופיע לפני ועדת החקירה ולזכות בחסינות המונעת מיצוי הליכים עמם. לא ייתכן, שוועדת החקירה תשמש לעבריין "הליך מקלט" במובן זה שכל חומר ראייתי או עדות שיבואו בין כתליה יזכו לחסינות מוחלטת. פריווילגיה זו יכולה שלא להינתן, ועדיין ייעשה צדק. תורת ה"הגנה מן הצדק" תופעל במשורה ורק אם אין כל טענת הגנה אחרת לזכותו של הנאשם. טענת ההגנה של "סיכון כפול" מוכרת במשפט הישראלי, אך היא מיושמת במקרים מיוחדים מאוד. טענה זו מוכרת לצד הטענה של "כבר נשפטתי" ובנוסף לה, הגם שמדובר בשתי טענות שונות, ובמצבים שונים:נ ההגנה "כבר הורשעתי" או "כבר זוכיתי" נסמכת על מעשה-בית-דין, היינו על פסק-דין מרשיע או מזכה, ואילו משמעותה של טענת ה"סיכון הכפול", לעומת זאת, היא שהנאשם עמד בעבר בסכנת הרשעה בשל אותו מעשה, אך הדיון בעניינו לא הוכרע מסיבה זו או אחרת. סיכון להרשעה נוצר כל אימת שהועמד אדם לדין על-פי כתב-אשמה כשר ולפני בית-משפט מוסמך. |

## טענת משפט אחר תלוי ועומד

מקרה שבו הוגש כתב אישום לשני בתי משפט במקביל, מדובר בטעות שעלולה לקרות. במידה ומדובר באותו המעשה מבטלים את הכתב האישום המאוחר.

תנאי על מנת להעלות את הטענה- ביהמ"ש מוסמך לדון בכתב האישום האחר.

במידה והתקבלה הטענה- יבוטל כתב האישום המאוחר בזמן.

## טענת התיישנות

התיישנות יכולה להיות הן לגבי עבירה והן לגבי העונש. תוצאת קבלת טענת התיישנות- ביטול כתב האישום. התיישנות העבירה משתנה לפי סוג העבירה. התיישנות בענישה- אדם שהצליח לברוח ולחמוק מהעונש לאחר שהורשע, במידה וחלפה תקופת ההתיישנות לעונש- אותו אדם לא ירצה את עונשו.

### רציונאליים להתיישנות

* שכחה ומחילה- בחלוף הזמן, הולך ופג העניין הציבורי שבהעמדת העבריין לדין.
* זכות העבריין לסיום מהיר של ההליך הפלילי- מי שעבר עבירה, אך זו לא נחקרה והוא לא הועמד לדין בגינה, באה עת שבא משתחרר ממורא מיצוי הדין עמו.

**פס"ד רוזי בן חיים-** שיהוי ניכר בהגשת כתב אישום יכול להביא לביטול כתב אישום, נעשה מעשה פשע לפני תשע וחצי שנים- ההתיישנות היא עוד חצי שנה [עשר שנים]. לכאורה עוד לא חלפה תקופת ההתיישנות ולכן ניתן להגיש כתב אישום. אולם מדובר בשיהוי שהוא מוגזם ולכן ניתן לבטל את ההגשה תחת ההגנה של "הגנה מן הצדק". **שיהוי ניכר בהגשת כתב אישום שאין לכך עילה מוצדקת, מאפשר ביטול כתב האישום. אך בית המשפט העליון דחה את הבקשה. לבדוק**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **רוזי בן חיים נ מ"י** | הערעור נסב על הכרזת בימ"ש המחוזי על המערערות, אזרחיות ישראל, כברות הסגרה לצרפת בגין עבירות הנוגעות לבלדרות סמים – כ-9 ק"ג קוקאין, בהתאם לחוק ההסגרה, התשי"ד-1954 (להלן: החוק). זאת, בהתקיים התנאי שלפיו במידה ותורשענה ויוטלו עליהן עונשי מאסר הן יהיו זכאיות לחזור לישראל, התחייבות לה הסכימו רשויות התביעה בצרפת. עיקר הדיון נסב אודות שאלת השיהוי הלכאורי בהתנהלות רשויות ישראל וצרפת בטיפול בבקשת ההסגרה, והאם שיהוי זה עולה כדי פגיעה בתקנת הציבור, במובנה בחוק, או מקים הגנה מן הצדק. כן נסב הדיון אודות שאלת ההבטחה השלטונית שניתנה כביכול למערערת 1 כי לא תוסגר לצרפת. | כדי לבדוק האם במקרה זה קמה טענת הגנה מן הצדק יבחן ביהמ"ש את עניין השיהוי בנושא ההסגרה בשני פרמטרים – אורך ההשתהות וסיבת ההשתהות. ביהמש מוצא כי למרות שהטיפול בהסגרה לקח 9 שנים זה לא עיכוב משמעותי ויוצא דופן בנסיבות המקרה ולכן לא קמה טענת הגנה מן הצדק. |

אירוע מנתק:

חקירה- מהווה אירוע מנתק, מאותו הרגע של החקירה מתחילים לספור את תקופת ההתיישנות. המשמעות של אירוע מנתק- ההתיישנות מתחילה מחדש, מנתק את מרוץ ההתיישנות ומתחילה ספירה מחדש. **בחטא אין אירוע מנתק אלא רק בעוון ופשע.**