**סדר דין פלילי / ד"ר מיכל טמיר**

**שיעור 1- 30.10.14**

בחינה חומר פתוח. 100% בחינה

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

כללים מהותיים מגדירים מה אסור ומה מותר. כלומר זכויות וחובות. כללים דיוניים עוסקים באיך ממשים את הכללים המהותיים. כללים דיונים חלים גם רטרואקטביים וכללים מהותיים חלים פרוספקטיבים.

בעונשין יש חריג, ס' 5-4 לחוק העונשין המחלים רטרואקטבית בעניינים לטובת הנאשם.

כללים דיונים אפשר לעיתים לסטות מהם, בעוד כללים מהותיים לא ניתן לסטות מהם. אם יש יסודות של עבירה לא נגמיש ונשנה בשביל המקרה הקונקרטי את יסודות העבירה. לעומת זאת ניתן לסטות לעיתים מכללים דיונים כדי למנוע עיוות דין למשל. אז מדוע מראש צריך כללים דיוניים אם ניתן לסטות מהם. הכללים נועדו כדי למנוע את עלות ההתדיינות. כדי שלא נדון כל פעם מהו הכלל. כמו כן לשלול שרירותיות, לשאוף לשוויון של כל המידניים. כמו כן כדי למנוע התרשלות בכללים – כי אם המדיניים היו יודעים שניתן לא לשמור על הכללים הם לא היו שומרים עליהם אף פעם. מתי תהיה סטייה מן הכללים? כאשר יש סמכות לסטות וכאשר לא נגרם עיוות דין.

**מאפייני הסד"פ**

1.מה שמאפיין את הסד"פ הוא שברובו חקוק בחקיקה ראשית. בגלל העיסוק בדיני נפשות, עיקרון החוקיות חשוב פה. לעומת הסד"א שם יש הרבה מאוד תקנות אבל לא חקיקה.

2. החקיקה ברובה חדשה- החל מהמהפכה החוקתית של 1992.

**חוקים שנעסוק בהם**

1. **חוק סד"פ** (נוסח משולב) 1982 = *החסד"פ.* עוסק בכל שלבי ההליך הפלילי.

2. **פקודת סד"פ** (מעצר וחיפוש) 1969= *הפסד"פ.* הליכים של טרום משפט.

3. **חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה- מעצרים)** 1996= *חוק המעצרים/ חסד"פ מעצרים.* נחקק בעקבות המהפכה החוקתית.

4. **חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה- חיפוש בגוף החשוד ונטילת אמצעי זיהוי)** 1996= *חוק החיפוש בגוף.*

**נוהגים לחלק את הסד"פ ל 4 שלבים עיקריים-**

1. שלב החקירה – הרשות החוקרת (בעיקר המשטרה, אבל יכול להיות השב"כ או רשות המיסים וכו').

2. העמדה לדין- הרשות התובעת ( רוב התיקים זה התביעה המשטרתית, חלקם הפרקליטות).

3. משפט – הרשות השופטת (השלום/המחוזי). השלב הדיוני.

4. פוסט משפט- ערעור/דיון נוסף/ משפט חוזר.

**שלבי המשפט הפלילי-**

1. שלב החקירה-

נודע למשטרה על עבירה (ע"י תלונה או דרך אחרת, כמו: פעולות חקירה שונות כמו תצפיות, מעקבים, שוטר בזירת אירוע, מידע מודיעני וכו'). המשטרה חייבת להתחיל לחקור. החריג הוא בעבירות שאינן בגדר פשע, שם קצין בדרגת פקד ומעלה יכול להורות שלא לחקור אם אין עניין לציבור בחקירה או שיש רשות מוסמכת אחרת לחקור. התפקיד של הרשות החוקרת הוא לברר את העובדות ולאסוף ראיות. זה נעשה ע"י אמצעים שונים. אמצעי החקירה רבים ומגוונים: תשאול(לשאול שאלות עד או חשוד), עיכוב, מעקב, חיפושים, תצפיות, האזנות וכו'. מעצר הוא לא מאסר. מאסר הוא עונש המתקבל לאחר הליך משפטי בביהמ"ש. מעצר הוא אמצעי מניעתי ולא עונש. לכל אורך ההליך הפלילי יש סוגים של מעצרים שמתאימים לאותו הליך. לשלב החקירה יש שני סוגים:

1- **מעצר ראשוני**: מעצר של 24 שעות. יכול להעשות בצו של שופט או ע"י שוטר בשטח. בכל מקרה תוך 24 שעות צריך להביא בפני שופט, אלא אם הוא לא שוחרר בטרם תום ה 24 שעות. לא כל שוטר יכול, אלא מדרגה מסוימת.

2- **מעצר ימים**. מעצר לפני הגשת כתב האישום. הוא מעצר לזמן החקירה והוא מוגבל בימים. המשטרה מבקשת מביהמ"ש את הצו לצורך ימי החקירה.

2.שלב העמדה לדין-

לאחר החקירה הרשות החוקרת מעבירה את הראיות לרשות התובעת . התובע הופך להיות הדמות הדומיננטית בהליך. התיקים החמורים הם בטיפול הפרקליטיות. תפקיד התובע הוא להחליט האם להעמיד לדין. בעבירות פשע כאשר האדם לא עצור, צריך להודיע לאדם על העמדתו לדין ויש לו זכות לשימוע. התביעה יכולה לסגור את התיק ב 3 סיבות: 1. **חוסר אשמה**- מגיעים למסקנה שכלל לא היתה עבירה. אין רישום ולא נעשה עם זה שום דבר. 2. **חוסר ראיות-** התובע יכול להיות בטוח באשמתו, אבל זה לא משנה כי השאלה המנחה אותם היא האם יש מספיק ראיות. 3. **חוסר עניין לציבור**- כאן יכול להיות דווקא מספיק ראיות אבל יכול להיות שאין עניין לציבור.

אם אדם לא נמצא במעצר, אין הגבלה על זמן החקירה או הגשת כתב האישום. לעומת זאת אם האדם היה ב"מעצר ימים" אז יש "**מעצר לפי הצהרת תובע".** מצב בו הרשות התובעת קיבלה את חומר החקירה ומצהירה בפני ביהמ"ש ככל הנראה יוגש כתב אישום ואז יתבקש מעצר עד תום ההליכים. ואז לביהמ"ש יש סמכות לתת מעצר עד 5 ימי מעצר. המעצר לפי הצהרת התובע נועד כדי לא ליצור ואקום עד שהוא יועמד לדין. בזמן שבין תום החקירה עד למשפט.

3. שלב המשפט-

שרביט ניהול ההליך עובר לבית המשפט. כל שלב החקירה ושלב העמדה לדין מדברים על מינוח של "חשוד". כאשר הוגש כתב אישום הוא הופך ל"נאשם". מאז הפיכתו לנאשם הוא הפוך לצד בהליך. הוא לא מקבל את חומר החקירה עד להגשת כתב האישום. יש מעצר המתאים לשלב המשפט שהוא **מעצר עד תום ההליכים.**

בחוק זה נקרא מעצר לאחר הגשת כתב אישום. הוא מוגבל ל 9 חודשים, עם אפשרויות הארכה שונות.

פתיחת המשפט- הצדדים מוזמנים **להקראת כתב האישום**. זו ההתחלה הפורמלית של המשפט. לאחר מכן הנאשם יכול לעלות **טענות מקדמיות.** זה נוגע רק לעצם ניהול ההליך (כמו חוסר סמכות של ביהמ"ש, חסינות, חנינה, התיישנות, כבר נשפטתי, הגנה מן הצדק, אכיפה סלקטיבית). כאן זה הזמן לעלות טענה של **פסלות שופט**. אם לא היו טענות מקדמיות, מגיע השלב בו הנאשם צריך **להשיב לכתב האישום**. התשובה היא הודאה או כפירה באישום. ניתן גם להודות או לכפור באופן חלקי בעובדות, לא בכולן. הנאשם יכול גם לא להשיב בכלל לכתב האישום- לשתוק. אם הוא שותק זה מחזק את התביעה (כלומר לרעת הנאשם). לעיתים מגיעים ל**הסדרי טיעון** בין התביעה לנאשם (למחוק חלק מהאישומים או לשנות אותם ובתמורה התביעה תבקש עונש מופחת). חשוב לשים לב שהשופט לא מחויב להסדרי הטיעון! חלק מעניין הסדרי הטיעון הוא שהנאשם לא צריך לגלות את ההגנות שלו אלא רק להגיד אם הוא כופר או מודה. מלבד טענת אליבי ("במקום אחר הייתי"). ואז שלב **ההוכחות (פרשת התביעה ואז פרשת ההגנה).** נטל השכנוע על התביעה ולכן המשפט מתחיל בפרשת התביעה, היא מביאה את על העדים שלה והם נחקרים חקירה ראשית, נגדית, חוזרת. בתום זה התביעה אומרת "אלו עדיי".

*לקרוא-*

*פריטים 1,3 תחת מהות ההליך הפלילי (יששכרוב- הפס"ד הכי חשוב בקורס, קניר).*

**שיעור 2 – 6.11.14** (הושלם מרוית)

## המשך פירוט כללי של ההליך הפלילי

1. חקירה
2. העמדה לדין
3. **משפט**
4. שלב ההוכחות
   1. פרשת התביעה-> טענת אין להשיב לאשמה
   2. פרשת הגנה
   3. עדויות הזמה
   4. עדים מטעם ביהמ"ש
5. שלב הסיכומים
6. פסק הדין:
   1. הכרעת הדין
   2. גזר הדין
7. פוסט משפט

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.**

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. 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.

**לאחר המשפט ישנם ההליכים הפוסט 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:

1. **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.
2. **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" 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' כבילות ראיות. הרצון של המשפט הוא שהאמת המשפטית תהיה כמה שיותר כמו האמת העובדתית אך בדרך אנו צריכים להגן על הזכויות. האמת המשפטית היא ל 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, כבילות 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.

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.

**איפה שיטת המשפט הישראלי**?

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.

הגמשת כללים לטובת גילוי האמת נדונה **בפרשת קניר.** 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. 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.

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

**פרשת דנמיוק**- נידון סע' שהוא 184 לחסד"פ. נניח שהוגש אישום על עבירה מסוימת אך במהלך המשפט לא מוכיחות עובדות העבירה הזו אך מוכיחת 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.

עובדות המקרה: הנאשם הואשם בכך שהוא ...התביעה ביקשה להרשיע אותו בכך שהוא פושע נאצי. ביהמ"ש אמר שבגלל שכל הדיון התרחש בפרשת טרבלינקה ולכן לא ניתנה לו אפשרות להתגונן מזה שהוא היוון נאיו. זו דוגמא לכך שהחוק עצמו מאפשר סטייה אבל בגלל פגיעה בהגנת הנאשם- ביהמ"ש לא אפשר את הסטייה. להשלים

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

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.

שני 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 מן המטרות 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 היחסי"- 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- האם היא פעלה בזדון או בתו"ל; 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; 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. 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.

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

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 ומצייגת אותו.
* מי שמכריע הוא השופט.
* הצדדים אחראים להבאת הראיות.
* מגבלות ראייתיות של כבילות 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'.

* **השפעה של המשפט החוקתי על סדר הדין הפלילי:**

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 מכוחו של השלטון, במשפט הפלילי כוחו של השלטון הוא רב. כבר לא מדברים 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 על 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 גנימד-** 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 חוק 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 מאוד שונה 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.

**הנפקות לכך**:

1. זכויות נפגעי עבירה- כאשר אנו מדברים בחוקות הרגילות על זכות שיש לחשוד או לנאשם, ברור לנו שהזכות ניתנת לו. כאשר במצב של השיטה המשפטית שלנו שבא אנו גוזרים זכויות מתוך זכות מהותית שניתנת לכל אדם, ניתן לבוא ולטעון 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.

המחלוקת הזו עלתה לראשונה **בפס"ד גנימד**- עסק במעצר עם תום ההליכים, לפני שחוקק חוק חדש. השאלה שהתעוררה: האם עבירה שהיא מכת מדינה יכולה להוות עילה עם תום ההליכים? פס"ד גנימד היה הראשון שקבע שמעצרים צריכים להיות ספציפיים, האם האדם הספציפי מסוכן או לא.

נקבעה הלכה חוקתית טרם פס"ד שאומנם מדובר בחסד"פ שהוא חוק משוריין, כלומר אי אפשר לפסול בו סע' לאור חוק יסוד כבוד האדם וחירותו לאור סע' שיריון דינים. 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 **שמגר** העלה את העניין שמדינה דמוקרטית שמניחה את כבוד האדם וחירותו בסולם ערכיה גם שוקדת על שלומם ואבטחת ביטחונם של הקורנות ממעשי עבירה נוספים של נאשמים מסוימים. **דורנר** באה ואומרת לו שהוא מתבלבל 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. דורנר אומרת לו שהוא מתבלבל, 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.

קריאה- פס"ד צמח, שוורץ ושי- תחת הכותרת של השפעת המשפט החוקתי.

**שיעור 3- 13.11.14 (**הושלם מרוית)

שיעור שעבר התחלנו לדבר על השפעת המשפט החוקתי על סד"פ. דיברנו על זכויות נפגעי עבירה. הנושא שאני נדבר עליו בשיעור זה הוא פגיעה בזכויות ועלויות כספיות.

**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"ץ צמח**- הסיטואציה הייתה כזו. דובר 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 בגימטרייה 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 בדיוק 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.

**עיכוב ביצוע עונש עד החלטה בערעור:**

סוגיה נוספת שהייתה לגביה רפורמה- פס"ד 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 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 גמיע 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.

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 את 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 עודת שכן הרשעתו כבר חלוטה.

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

שני מקרים מפורסמים שההלכה יושמה:

1. **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 יחד 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.
2. **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 גוואטה**- 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.

גם לאחר חקיקת חוק החיפוש, אנו יכולים לראות את השפעתו גם על דינים קודמים:

**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:**

**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 של חשוד ושל עו"ד. לכן, הסע' בוטל אך הוא חוקק באופן מידתי יותר מחדש. 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.

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

1. **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 סמים בשימוש עצמי. 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 החיל 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.

1. **פרשנות סע' 12**- 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**-

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 שי**-

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 העצור 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**-

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 עצמית 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 פסל 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.

**שיעור 4- 20.11.14**

דיברנו שיישכרוב קבעה כלל פסילה פסיקתי שיעור שעבר. אח"כ דיברנו על פס"ד אלזם. ביששכרוב ההודאה נפסלה מכוח כלל הפסילה הפסיקתי אבל לא מכוח ס'12. באלזם היה מדובר במדובב- פסלו גם מכוח כלל הפסילה הפסיקתי וגם מכוח ס' 12.

**פס"ד אלעוקה 5956/08**-

היה מדובר ברצח על כבוד המשפחה, שהיו לו שתי הודאות: אחת בפני המדובב ואחת בפני חוקרי המשטרה. ביהמ"ש פסל את ההודאה שבפני חוקרי המשטרה בשל הפגיעה בזכות ההיוועצות. מנעו מהחשוד את ההיוועצות עם עורך דינו ובנוסך אמרו לו משפטים שערערו בבטחונו בעו"ד- הערות לא ראויות מצד החוקרי. אבל בגלל שהיו שתי עודויות, לא פסלו את ההודאה בפני המדובב. בהמ"ש חוזר על כך שהפעלת מדובב בתא של עצור היא מותרת כל עוד לא הופרו זכויותיו של החשוד להימנע מהפללה עצמית ולא נפגעה זכותו להליך הוגן ועשיית הצדק. ביהמ"ש המחוזי התרשם שהפעם המדובב היה בסדר ולא השיג גבול. ולכן למרות פסילה של ההודאה בפני החוקרים, הוא עדיין הורשע ברצח בגלל ההודאה למדובב. פס"ד זה חשוב לא רק בגלל הפסילות, אלא דווקא בהיבט ההתייחסות לחומרת העבירה במסגרת מבחן הפסילה הפסיקתי. כלומר, ההתייחסות לחומרת העבירה.

ביששכרוב ביהמ"ש אומר שחלק מהנסיבות שנבחנות במסגרת השאלה האם ראוי לפסול את הראיה היא חומרת העבירה. השופט הנדל בפס"ד אל עוקה אומר שהוא מסתייג מהגישה שמעניקה משקל מממשי לחומרת העבירה. ראשית משום שלא הגיוני לומר שאסור לשלול באופן מהותי זכויות בעברית עוון אבל מותר בעבירות פשע. אי אפשר לעשות איפה ואיפה. אין היגיון. בעיברות חמורות ודאיי שגם צריך לשמור על זכויות. התוצאה מההתפתחויות האלה היא שהיום בעצם אין הרבה משקל לחומרת העבירה. למה כן ניתן משקל לפי הנדל? – **למהות הפגיעה**. כלומר, מהות הפגיעה בזכויות כן משחקת תפקיד. ככל שמהות הפגיעה בזכויות החשוד חמורה יותר, כך הנטיה לפסול את הראיה יהיה רב יותר. הנדל גם מציין את הגישה הקנדית- שלא נותנת משקל לחומרת העבירה. הגישה האמריקאית אגב כן. הגישה האמריקאית במסגרת פירות העץ המורעל כן מסתייגת מפירות העץ המורעל. פס"ד אל עוקה כן מקבל את הגישה הקנדית יותר מבחינת אי קבלת המשקל במסגרת שיקול הדעת של ביהמ"ש.

**פס"ד שמש-**

עסק בשאלה האם ניתן להרחיב את הלכת יששכרוב, כלומר את האפשרות לפסילת ראיות עוד בשלב שלפני הגשת כתב אישום. כלומר באופן שחשוד או צד שליש יוכלו למנוע העברת ראיות למשטרה. האם ניתן לטעון טענות כאלה לא בשלב המשפט, אלא עוד בשלב המשטרה מבקשת ראיה ולטעון שראיה פסולה והיא לא יכולה לקבל אותה כלל. המקרה היה תאונת רכבות כאשר הרכבת הקימה ועדת חקירה, במסגרתה נשמעו כל מיני עדויות וכו'. ס' 43 לפסד"פ : הזמנה להציג חפץ (סעיף חשוב) – פקודת סדר הדין הפלילי.

סעיף מאפשר למשטרה לבוא ולבקש צו להצגת חפץ/מידע/ראיה לצורך החקירה שלה. המשטרה מבקשת בהקשר של תאונת הרכבת, הצגת עדויות מתוך ועדת החקירה מכוח הסעיף הזה. טוענים האנשים שנתנו את העדויות כי העדויות הללו פסולות. השופט דנציגר בעליון אהד את הטענה הזו וסבר שיש הגיון להרחיב את הכלת יששכרוב גם לשלב שלפני כתב אישום. נימוקיו היו: העובדה שזה יכול למנוע את ההליך עצמו. למשל אם מדובר בראיות פסולות מראש, ניתן למנוע הליך פלילי שיתברר כמיותר ומענה את הדין עבור הנאשמים, ביזבוז משאבי ציבור וכו'. כמו כן אמר שסעיף 149 (10) טענת הגנה מהצדק. נימוק נוסף- האפקט המצנן. אם לא נחיל את הלכת יששכרוב בסיטואציות כאלה אז נגרום לאפקט מצנן, כלומר אנשים כבר לא ירצו להעיד או להעיד באופן חופשי בועדות החקירה, אם ידעו שישתמשו בעדותיהם.

העניין הגיע לדיון נוסף, בייניש חוזרת שוב על עקרונות שבבסיס הדוקטרינה של הפסילה הפסיקתית, מידת אי החוקית שבהשגת הראיה, השפעה של אמצעי החקירה הפסול על אמצעי ראיה ובמובן הרחב של עשיית הצדק. אומרת תראו כמה שיקולים מורכבים יש. גם מידת אי החוקיות, השפעה על הראיה, השפעה על הצדק בכללי. זה צריך לדעתה להיעשות בבית המשפט שדן בהליך העיקרי.

**פס"ד ולס-**

אב חרדי שהואשם בהריגת הבן התינוק שלו.

הודה בחקירה וטען שפסילת ההודאה שלו הן מכוח כלל הפסילה הפסיקתי והן מכוח ס' 12 לפקודת הראיות- ששוטרת חקרה אותו ושהיא ליטפה אותו. לכן הוא היה בסערת רגשות. בימה"ש קבע שלא היה זדון אבל יש פגיעה בכבוד האדם והמשטרה צריכה לקחת בחשבון דברים כאלה. לא היה פגיעה באוטונומיה.

**לין-**

דובר על זכות היוועצות. דובר על רצח שביצע עובד זר שרצח את חברתו. היו כמה הודאות ושיחזורים שלו. לפני ההודאה הראשונה שלו לא אמרו לו שזכותו להיוועץ בסנגור ציבורי. רובינשטיין לא שולל את זה והוא אומר שייתכנו מקים בהם לשאלת מועד ההודאה תוכנה עשויה להיות משמעות מכרעת לגבי קבילותה של הודאה וטוב יעשו הגורמים הממונים אם ייתנו דעתם על כך. משמע הוא מרחיב את חובת ההיוועצות.

**פס"ד בן חיים-**

הרחבה נוספת להלכת יששכרוב- הרחבה בנושא חיפושים.

קבילות של ראיות חפציות שנמצאו בחיפושים שנטען שלא נמצאו כדין. כלומר פגם בחיפוש. כתוצאה מהפגם מתקבלות ראיות חפציות. זה היה מקרה ראשון של זה ולכן איחדו 3 תיקים שדנו באותו נושא. בתיק אחד הסיטואציה היתה ששוטרים בסיור ביקשו מאדם להוציא מה שיש לו בכיס וגילו סכין. מקרה שני- אדם מואשם החזקת סם מסוכן כאשר הוא לא היה בבית ואמו הסכימה לחיפוש, זה היה ללא צו חיפוש. מקרה 3- אדם מואשם בהחזקת סמים והחיפוש נעשה ללא צו שיפוטי אבל לאחר מידע מודיעיני.

בפקודת הסד"פ ס' 25 מדבר על חיפוש בבית/מקום שלא על פי צו. יש צורך ביסוד סביר להניח שמבצעים שם פשע או שביצעו לא מזמן פשע שם.

ס' 29 מדבר על חיפוש באדם- גם כאן יש דרישה ליסוד סביר לחשד שהוא מסתיר חפץ שמחפשים אחריו.

הבעיה בשני מהמקרים לעיל היתה שכן היתה הסכמה, אבל לא היה יסוד סביר לחשד. כשעצרו את האדם ברחוב לא היה יסוד סביר לחשוד שיש משהו. הוא בהסכמה הוציא מהכיס. כשנכסו לבית של האמא, לא היה יסוד סביר לחשוד שיש סמים אך היא כן איפשרה לחפש. ביהמ"ש שאל האם הסכמה יכולה להוות תחליף לחשד הסביר. בייניש אומרת שכן, אבל זו צריך להיות הסכמה מדעת. המשמעות של זה בהקשר הזה היא שצריך לומר ולהבהיר לאדם שנתונה לו הזכות לסרב. לכן מכוח דוק' הפסילה נפסלו מקרה הסכין הסמים. במקרה השלישי- ההרשעה לא בוטלה כי היה מידע מודיעני שהקים את היסוד הסביר.

**פס"ד סיד-**

שאלה לגבי מצב של חקירות שב"כ, שקיימת לגביהן הגנת הצורך. לחוקרי שב"כ יש את הכוח להפעיל אמצעי חקירה לא שגרתיים במקרה של "פצצה מתקתקת". זה עלה לגבי הרוצח שתיכנן את הפיגוע במלון פארק בנתניה. העו"ד שלו טען שהעובדה שהאמצעים האלו הקימו את הגנת הצורך של חוקרי השב"כ, לא מונעת את הפסילה שלהם מכוח הלכת יששכרב. כלומר אפשר לפסול את ההודאה שלו מכוח הלכת יששכרוב. הגנת הצורך לחוד והפסילה לחוד. ביהמש מעלה את האפשרות שגם אם התנהגות חקירת השב"כ ניתנת להצדקה בשל אילוצי השעה, אין בכך לסלול את הדרך לקבילות ההודאה. ביהמש ואמר התנהגות לחוד (שהיא חוקית בגלל הגנת הצורך) וקבילות לחוד. שני דברים שונים.

**שלבי ההליך הפלילי**

1**. חקירה-**

הגוף החוקר הוא המשטרה בעיקר. אבל יש גם את רשויות המס, הרשות לני"ע, רשות המע"מ, הרשות להגבלים עסקיים. חקירה- יש משמעות רחבה של חקירה שהיא כל ההליך שבו הגוף החוקר מברר את העובדות ואוסף את הראיות. זה כולל חיפושים באדם ובמקום, האזנות סתר, עיכובים, מעקבים, טביעות אצבע, ראיות חפציות וכו'. במובן הצר משתמשים לעיתים ב"חקירה" אך מתכוונים לתשאול (לשאול שאלות אדם מסוים).

איך נפתחת חקירה? ס' 59 לחסד"פ- חקירה יכולה להיפתח בשל תלונה או דרך אחרת. דרך אחרת יכולה להיות כל דבר- שיטור, תצפיות, מעקבים וכד'. "תלונה" מגדיר ס' 58 לחסד"פ. כל אדם יכול להתלונן, גם אם רק היית עד למקרה. המשטרה חייבת לפתוח בחקירה. מתי אפשר לא לחקור? רק בעבירה שהיא לא פשע. אבל בעבירה שהיא לא פשע, קצין בדרגת פקד ומעלה יכול להחליט שלא לחקור אם אין עניין לציבור או שרשות אחרת מוסמכת לחקור. החובה לחקור היא שאלה מעניינת. אם מוגשת תלונה שאין לה בסיס ראייתי. האם המשטרה חייבת לחקור? הנושא נדון **בפס"ד צדוק.** עתירה לחקור את רפי גינת ואנשים נוספים מהתוכנית כלבוטק. כי עשו שם תחקיר שנחשפה פרשה של הטרדות מיניות מצד ראש לשכת תעסוקה מסוים. החשוד הגיש תלונה שעורכי התוכנית הגיעו לראיות תוך ביצוע פשע, כמו לקיחת שוחד וקבלת דבר במרמה. המשטרה סגרה את התלונה בשל העדר אשמה פלילית. מה הסעד של מישהו שהתלונן (לא משנה אם הוא הנפגע או לא) והמשטרה סגרה את התלונה, האופציה היא ערער.ס' 63- הודעה למתלונן על סגירת התיק. לפי ס' 64 לחסד"פ אפשר לערעור.

ליועמ"ש יש שק"ד מאוד רחב. סיכויי ההתערבות של ביהמ"ש הם לא מאוד גדולים.

**בג"צ שפטל נ' היועמ"ש-** שפטל הגיש תלונה נגד עיתונאי שכתב רשימות עיתונאיות שהיתה בהן הפרה של סוביודיצה (טוהר ההליך השיפוטי). לפי ס' 71 לחוק ביהמ"ש אסור לעשות השפעה על הליך שיפוט שהוא תלוי ועומד. ואם אתה יכול לצפות שזה קרוב לוודאי ישפיע, רואים את זה כרצון להשפיע (יס"נ של הלכת הצפיות). העבירה הזו פעם נאכפה וכיום היא אות מתה. שפטל הגיש תלונה נגד עיתונאי ניצול שואה שכתב סדרת כתבות בהן הוא טוען שדה-מניוק הוא איוון האיום. המשטרה הודיעה לשפטל שהוחלט שלא לחקור. הוא מגיש ערער שנדחה. אז מגיש בג"צ. ביהמ"ש שלל את הנימוק של המשטרה לא לחקור בגלל שהעיתונאי ניצול שואה. אמר שזה לא רלוונטי העובדה שהוא ניצול שואה. שיקול לא רלוונטי לעניינים של שיקולים מגמתיים להשפיע. (שפטל הוא העו"ד של דה-מניוק).

עד כמה חקירה והחלטות שקשורות אליה תלויות רק במשטרה? איפה מתערבים עוד גורמים (כמו הפרקליטות)?

לתביעה בארץ יש אפשרות להיות מעורבת ואפילו לתת הוראות ולהתערב בניהול החקירה. לגבי תיקים שמטופלים בפרקליטות, המשטרה גם כפופה לפרקליטות. הכפיפות הזו לא רשומה בחסד"פ אבל אפשר להקיש את זה מסעיפים שונים:

1. סעיף 64 לחסד"פ- אם המשטרה מחליטה לא לחקור ניתן להגיש ערער לפרקליטות. לכן ההגיון הוא שהפרקליטות יכולה מראש להורות למשטרה לחקור.

2. סעיף 61 לחסד"פ- עוסק בהשלמת חקירה. יכולה הרשות התובעת קבל את החוקר ולהגיד למשטרה שהיא זקוקה להשלמות חקירה. לכן ההגיון הוא שאם במועד מאוחד יותר ניתן לתת הוראות אז ניתן לתת הוראות גם מראש.

3. היועמ"ש הוא אחראי על כל רשויות האכיפה- בשורה של פס"דים ביהמ"ש חיזק מאוד את היועמ"ש וקבע שהוא עומד בראש כל מערכת האכיפה הפלילית.

בדיקה משטרתית/ פרקליטותית

כאשר החשוד הוא אדם מפורסם, הרבה פעמים כאשר החשדות הן לא ברורות המשטרה לא רוצה להתחיל ישר בחקירה (כי יש לזה השלכות לעצם החקירה המתנהלת נגדו). עושים בדיקה מקדמית האם בכלל הם רוצים לחקור. למשל היועמ"ש בודק האם בכלל להורות למשטרה לחקור. זה מצמצם נזק לחשודים פוטנציאליים. הנושא נתקף ב**בגצ 3393/01 התנועה לאיכות השלטון נ' היועמ"ש-**התנועה הגישה תלונה נגד המנהלת רשות לני"ע טענות של שחיתות. הפרקליטות החליטו על עריכת בדיקה מקיפה. בסופו החליטו לא להורות למשטרה לחקור. העתירה היא כנגד הפרקליטות שהיועמש אמר לה לא לחקור. בגצ נתן לגיטימציה לבדיקה משטרתית (שלא קבוע בחוק) הן לשק"ד של היועמ"ש מתי לקיים בדיקה כזו והן לשאלה מה תכלול הבדיקה הזו.

היועמש מופקד על אכיפת ההליך הפלילי ומוסמך להורות על פתיחת חקירה. כאשר לא ניתן לקבוע קריטריונים לגבי היקף אופי וטיב הבדיקה.

ככל שיש יותר חשש שמדובר בתלונת סרק- הבדיקה צריכה להיות יותר מקיפה.

ניתן לגיטימציה ב 3 מישורים: קיום ההליך עצמו, מתי לפתוח הליך, שאלת תוכן ההליך (היקף , טיב, אופי).

תשאול עדים

הסמכות של המשטרה לתשאל קבועה בסעיף 2 לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות). נכנה בקיצור "פקודת העדות". קצין משטרה מדרגת מפקח ומעלה או כל מי ששר המשפטים הסמיך אותו מוסמך לעשות תשאול.

זו סמכות רחבה מאוד שמאפשרת לשאול שאלות. ס' קטן 2 מחייב את האדם שנחקר להשיב.

**פס"ד הוועד נגד עינויים**- כיום הוא מתייתר בעקבות חוק השב"כ. נשאלה בו השאלה מכוח מה יש לשב"כ סמכות חוקית לחקור. נטענה הטענה שאין להם בכלל סמכות לחקור. ואם כן, מה כוללת סמכות החקירה הזו.

ביהמש אומר שסמכות החקירה היא עצמה פגיעה בזכויות יסוד. לכן חייב להיות למה מקור חוקי. ביהמש לא היה מוכן לקבל שזה מכוח הסמכות השיורית של הממשלה. ביהמש אמר שלחוקרי השב"כ יש הסמכות לפי ס' 2(1) לפי פקודת העדות. כיום השאלה הזו לא נשאלת כי יש את חוק השב"כ שכולל בתוכו את סמכויות החקירה.

השאלה השניה שהיתה – מה כוללת החקירה? כל מה שהוא ברוטאלי ולא אנושי הוא אסור תמיד. לגבי אמצעי חקירה שיכולים לגרום לחוסר נעימות וחוסר שינה וכו'- הם אפשריים רק לצורך חקירתי אינהרטי. לא רק לשם החלשה של התנגדות של נחקר. למשל אם אין סיבה שעיניו של החשוד יהיו מכוסות, אז אסור שהן יהיו. אם יש צורך שלא יראה חשוד אחר, אז אפשר לכסות את עיניו.

חוק סד"פ (חקירת חשודים) 2000 – קובע הוראות לגבי תיעוד החקירה, שפת החקירה, מיקומה וכו'.

*לקרוא-*

*בשפ 9200/12 פרץ*

*גלעד שרון*

*בפרק של פרסום חשודים- פלונית*

**שיעור 5- 27.11.14** (הושלם מרוית)

* **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.
* סע' 28(א) לחוק המעצרים.
* סע' 47 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.

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**-

עובדות המקרה: אלמליח היה חשוד 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 אלמליח בהיותו חשוד עומדת לו זכות רחבה יותר מן הזכות לאי הפללה עצמית והיא הזכות לשתיקה. לפיכך, הוא היה יכול לסרב לענות לשאלה זו למרות שהיא לא שאלה שמפלילה אותו אלא אחרים.

**פס"ד גלעד שרון**-

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.

נשאלת השאלה- מה קורה אם הופרה הזכות? כלומר אדם לא הוזהר, לא אמרו לו שזכותו לשתוק.

בעבר, ראיה זו הייתה קבילה- טיפלו בראיה זו לא במישור הכבילות 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.

התוצאה של אי מתן אזהרה היא בהתאם ליישום הלכת יששכרוב- כלל הפסילה הפסיקתי.

**זכות היוועצות:**

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

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

הרציונאליים של הזכות:

1. 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.
2. 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.
3. 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**- 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 היחסי ופסל את ההודאה של יששכרוב, כתוצאה מפסילת ההודאה יששכרוב זוכה.

**הרחבה של יששכרוב- פרשת שי**.

במקרה זה דובר בחשוד שהוא לא עצור ולא חייל, קרי חל חוק העצורים הרגיל. עובדות המקרה: אדם שגרם למוול בכביש. במחוזי הוא הורשע בהריגה, הוא 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, אל אפשרו זאת. חוק המעצרים נותן את הזכות הזו לעצורים ולא לחשודים. הוא משאיר בצריך עיון 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].

מעבר להרחבה שפס"ד שי עושה על ההרחבה של סע' 34 כחל גם על חשוד שאינו עצור, הוא קובע הרחבה נוספת של סע' 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" משנה 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".

**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**-

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 מערצו של עצור שנפל פגעם 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.

מבחינת היישום- השופטת ארבל חשבה שלא היה פגם חמור. כלומר, היה פגם בכך שקצינה ממונה מנעה את המפגש ל-24 שעות וההלכה אומרת שבשביל למנוע מפגש צריך שהפגישה עם עו"ד תסקל 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.

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.

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.

**פרסום שמות חשודים:**

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- אדם שנעצר שמור לא יפורסם מיידית ניתן לפרסם את שמו, או שעברו 48 שעות או שהוא הגיע לדיון ראשון, שופט ראה אותו.

בשלב בו החוק אומר שאסור לפרסם, נטל הראיה על מי שמבקש לפרסם. בשעה בו 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 נאמר שהמפרסם תיעוד חזותי או קולי של חקירה דינו מאסר שנה. לפי חוק חקירת חשודים יש תיעודים של חקירות, לדוג' חקירת רצח. ננית עיתונאי רוצה לפרסם תיעוד, הנטל עליו לפנות לביהמ"ש.

**פס"ד פלונית**- דן בסע' 70(ה1)(1) לחוק בתי המשפט- 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 לוחם יומם.

עקרונות כלליים של חוק המעצרים:

סע' 1 לחוק קובע שלושה עקרונות בסיסיים בדיני המעצרים:

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.**
2. 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.
3. 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, 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 לחוק 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.

מהם הדינים שחלים על עיכוב?

* ס' 73 קובע מהו משך העיכוב. לא יעוכב אדם מעל לזמן הסביר הדרוש בנסיבות המקרה לביצוע פעולה שלשמה הוקנתה סמכות 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 על נסיבת העיכוב.

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

עיכוב חשוד:

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 ברגיל 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 כעיקרון צריכה להיעשות במשטרה. 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.

השאלה הזו עלתה כבר- כאשר עו"ד חותר ישי שהיה ראש לשכת עו"ד נחשד בעניין מסוים יחד עם עו"ד אפל, אך הוא התנגד לבוא.

**שיעור 6- 4.12.14**

**עיכוב עד**

בס' 68 לחוק המעצרים. זו סמכות חריגה. יש הגבלת חירות משמעותית כי זה לא עיכוב חשוב, זה עיכוב עד גם שאין חשד שעשה עבירה כלשהו. ניתן לעכב אותו וגם לבקש שיתלווה לתחנת המשטרה.

עד- הוא כל אדם היכול למסור מידע על העבירה (לא רק עד ראיה).

לפי ס' 2 לפקודת העדות עד חייב לענות על שאלות ששוטר שואל אותו. היה לקונה כי אדם חייב להשיב על שאלות אבל לא היה כתוב בזמנו שהוא חייב לבוא לתחנת המשטרה. את החסר הזה ממלאים הוראות העיכוב.

**פס"ד דגני-** אין למשטרה סמכות לחייב עד להתייצב לחקירה במשטרה. כאשר העד או החשוד מופיע מרצונם החופשי אז הם לא יכולים לדרוש דרישות בהקשר לכך (איפה יחקרו אותם, מי יחקרו וכו').

**ס' 67-68** רק אם הזיהוי לא מספיק או אי אפשר לחקור במקום- אז מעכבים עד. אם היינו קוראים רק את הסעיפים האלה היינו חושבים שככלל החקירות עשות במקום.

**ס' 3א לחסד"פ (חקירת חשודים**)- חקירת חשוד (לא עד) למעט נסיבות חריגות מתנהלת במשטרה. כלומר הכלל הוא שחקירות מתנהלות במשטרה. גם פקודות מפכ"ל המשטרה מתייחסות לעד וחשוד. חקירות אינה חלק מהעיכוב המוסדר בחסד"פ מעצרים ולא נחשבת במניין הימים לעיכוב.

**חוטר ישי**- הוא עו"ד שהיה ראש לשכת עוה"ד זומן לחקירה במשטרה והוא סירב לבוא. המשטרה פנתה לבימ"ש שלום להוציא צו. התיק הגיע לעליון בלילה, השם השופט זמיר אמר כמה הערות: כל אדם הנדרש להגיע למשטרה להיחקר מן הראוי שיגיע כפי שהתבקש, אפילו אם אין צו. זו חובה מעין מוסרית. זמיר באמירותיו, למרות שאינם החלטה, גם זמיר הופך את הסדר הקבוע בחוק. הכלל הוא שחקירות נעשות במשטרה (אם זה לא חקירה קטנה שנעשית במקום). יש בעייתיות מבחינת עקרון החוקיות.

**ס' 69 לחסד"פ בנשוא עיכוב לצורך חיפוש**- בא למלא חסר. יש כל מיני סמכויות חיפוש בחוקים שונים. הן לא אומרות שצריך לעצור במקום אדם שצריך לחפש בבגדיו. הכל מקום שיש סמכות לחפש בכלים, על גוף האדם, בכלי- י גם סמכות לעכב את האדם/חפץ וכו'.

**ס' 75עיכוב בידי אדם פרטי-** כל אדם רשאי לעכב אדם אחר עד לבואו של שוטר במקרים הבאים: מקרי פשע, אלימות, גניבה וכו' (יש רשימה בסעיף). גם לאדם פרטי יש סמכות לעכב. בעבר אפילו היתה סמכות מעצר לאדם פרטי. כאשר מתבצעת בפניו אחת העבירות המנויות בסעיף או שמישהו קורא לעזרה. אם נעשה עיכוב ע"י אדם פרטי, צריך למסור את המעוכב ללא דיחוי לשוטר (מוגבל לעד 3 שעות). אדם פרטי רשאי להפעיל עליו כוח סביר שאינו גורם לחבלה.

מדוע שכשאר מדובר בעיכוב ששוטרים מבצעים לא הוזכר שימוש בכוח ואילו אצל אדם פרטי מדברים על הפעל כוח? הסיבה היא שהתנגדות לעיכוב יוצרת סמכות מעצר, במקרה של שוטרים. ואז מותר להפעיל כוח לפי ס' 23 ב. סמכות מעצר גוררת סמכויות של שימוש בכוח. סמכויות הכוח של שוטרים הרבה יותר מכוח סביר.

אם יש בסיטואציה מסוימת רק סמכות עיכוב צריך להתחיל בה, ורק אם יש התנגדות לעיכוב אז להפעיל את סמכות המעצר. ראינו את זה בפס"ד שימשי.

**פס"ד שמשי-**  שמשי היה עם פרוצה בתוך הרכב. שוטר בא וביקש לעצור אותה באשמת עבירה שלא ניתן לעצור בגינה. שמשי התנגד והפריע לשוטר לכן הועמד לדין על הפרעה לשוטר במילוי תפקדו. ביהמ"ש קבע שהשוטר פעל ללא סמכות. היתה לא סמכות לעכב את הפרוצה, אך לא לעצור. הוא הפעיל מראש סמכות מעצר, לפני שהיתה התנגדות בכלל.

לכן שמשי לא ביצע עבירה של הפרעה לשוטר, כי השוטר פעל בחוסר סמכות.

**23ג-** גם אם יש את שתי הסמכויות, נעדיף להשתמש קודם בפחות חמורה (עיכוב).

**סוגי מעצרים** (נרחיב על כל מעצר)

1. מעצר ראשוני ע"י שוטר- (בשני המקרים תוך 24 שעות העצור צריך להיות מובא לשופט להארכת מעצר אם הוא לא שוחרר לפני כן).
   1. מעצר ללא צו (ס' 23 לחוק המעצרים)
   2. מעצר מכוח צו (ס' 13 לחוק המעצרים)
2. הארכת מעצר ע"י שופט לפני הגשת כתב אישום ("מעצר ימים"), מכוח ס' 13.
3. מעצר לפי הצהרת תובע- אדם היה עצור ורוצים להגיש נגדו כתב אישום. ס'17ד עד 5 ימי מעצר. הוא משמש לצורך כתיבת כתב האישום.
4. מעצר לאחר הגשת כתב אישום ("מעצר עד תום ההליכים")- ס' 21 לחוק המעצרים.
5. מעצר לצורך ערעור – ס' 62,63 לחוק המעצרים. נניח סיטואציות שאדם זוכה והפרקליטות רוצה לערער. אפשר לבקש מביהמ"ש עד 72 שעות לצורך הערעור.
6. מעצר בערעור- יש לביהמ"ש של הערעור את כל הסמכויות של ביהמ"ש הדיוני.

נדבר במונחים של מסלול עיקרי ומסלול משני (זה לא המונחים המשפטיים, אלא רק לצורך ההבנה בלימוד).

מסלול עיקרי- דורש תשתית עובדתית, עילת מעצר ובחינת חלופת מעצר.

מסלול משני- מעצר בשל הפרת הוראה חוקית קודמת. כמעט בכל סוג מעצר שיש לנו יש אפשרות מקוצרת יותר של הפעלת מעצר. למשל התנגדות לעיכוב ששוטר מבצע- מפעיל מיידית את הסמכות למעצר. עצם ההתנגדות לעיכוב כבר מקימה את עילת המעצר.

**1. מעצר ראשוני ללא צו**

* **ס' 4 לחוק המעצרים-** הכלל הוא שמעצרים צריכים להיות בצו של שופט. ככל שניתן אם יש אפשרות לעצור ללא צו, אז ככל שניתן מוציאים צו של שופט.

**המסלול העיקרי-**

1. **ס' 23- מהי התשתית העובדתית בה שוטר מוסמך לעצור בגינה?**
   * + ראשית יסוד סביר לחשד באשר לעבירה בת מעצר. מהו יסוד דביר לחשד? דיברנו בשיעור שעבר. מבחן של שוטר סביר. האם אדם בר דעת רגיל היה מגבש חשד. לא מבחן סובייקטיבי האם לשוטר הספציפי היה חשד.
     + מהי עבירה בת מעצר? ס' 23 (א) (7)- כל עבירה שהיא עוון או פשע, לא חטא. טעות עובדתית לא הופכת את המעצר ללא חוקי. למשל אם השוטר טעה בעובדה ויתברר שמדובר באדם חף מפשע, לא הופכת את זה ללא חוקי. לעומת זאת טעות משפטית לגבי האם העבירה היא חטא או עוון למשל, הופכת את המעצר ללא חוקי. כלומר אם שוטר עוצר בגין עבירת חטא – המעצר אינו חוקי.
2. **מהן עילות המאסר שבגינן שוטר יכול לעצור?**

ס' 23א (1-6): עילות המעצר העיקריות הן-

1. שיבוש הליכי משפט- (23א2-3,6)הפחדת עדים, העלמת ראיות , בריחה וכו'.
2. עילת המסוכנות- (23 א1) מסוכנות לציבור/ביטחון המדינה וכו'. המסכנות יכולה להופיע בשתי דרכים:

(1) מסוכנות אינדיבידואלית-

* ס' 23(א)(1)האדם עצמו מסוכן. עבר עבירה מול השוטר עבירה בפניו ומקרוב. כלומר אם נקלטת בחושיו. "בוצעה זה מקרוב"- אם עבר זמן בין מועד ביצועה לבין הגעת השוטר (נמדד בשעות ולא בימים).
* ס' 23(א)(4)- סעיף דומה לקודם. בלי הדרישות שהעבירה נעברה זמן מקרוב או בפני השוטר, יש לשוטר חשש שהחשוד יסכן את ביטחונו של אדם. לא ברור למה יש כפילות כזו בסעיפים. המרצה מניחה שכאשר העבירה נעברה זה מקרוב ובפני השוטר- אז הצורך בתשתית העובדתית קטן יותר.

(2) מסוכנות שנלמדת מעצם העבירה- יש תשתית ראיית לביצועה.

* ס' 23 (א)(5)- כאשר יש חשד לרצח יש מסוכנות בטוח. לא צריך שזה יהיה בפניו או מקרוב. חשדות לעבירת אלימות במשפחה, סחר בסמים וכו' הם מקימים את העילה.

1. **בחינת חלופה למעצר-**

* ס' 25- שוטר שעצר אדם ללא צו יביא אותו לתחנה ללא דיחוי אל מול קצין ממונה בתחנה. פה מתחילה הפרוצדורה של אל מול הקצין וכאן נבדוק את החלופה מול הקצין הממונה (ולא מול שוטר בשטח).
* ס' 27- בירור מטעם הקצין הממונה- בודק האם המעצר היה כדין, כלומר התקיימו תנאי ס' 23. גם אם לא התקיימו התנאים הוא לא חייב לשחרר. אם הוא רואה שהתקיימו עילות מעצר לפי ס' 13- מעצר ע"י שופט. אבל הוא יכול גם לשחרר בערובה. בעצם הקצין הממונה מפעיל כאן את השק"ד שלו להפעיל את החלופה למעצר (כמו שחרור בערובה). איזה ערובות הקצין יכול לדרוש- זה קבוע בחוק בסעיף ס' 42 בחוק המעצרים.

**המסלול המשני-**

פונים אל המסלול כי הופרה הוראה קודמת.

* 23(ב)- עצם ההתנגדות לעיכוב מקימה את עילת המעצר.
* 23(א)(6)- עצם העובדה שאדם משוחרר בערובה והוא מפר תנאי מתנאי השחרור, מקימה עילת מעצר לשוטר.
* 29- אם גם הקצין הממונה עוצר אז החשוד צריך להגיע להארכת מעצר תוך 24 שעות (מהמעצר ע"י השופט) בפני שופט.
* ס' 30- מקרים חריגים בהם אפשר להאריך את ההבאה ל 48 שעות.

**2. מעצר ראשוני ע"פ צו של שופט**

* ס' 13- עוסק בשתי סיטואציות (הוא המקור לשתיהן, אותו מקור סמכות):

1. צו מעצר ראשוני- המשטרה מבקשת מביהמ"ש לקבל צו, שלא בנוכחות החשוד.

2. הארכת מעצר- אחרי שהחשוד כבר מובא בפני השופט.

נרחיב בסיטואציה השניה מבינהן.

* ס' 15- קובע מה השוטר צריך לבקש כאשר הוא מבקש מבית המשפט צו מעצר. עוסק בסדרי הדין של הגשת הבקשה.
* ס' 17 ג- זו סיטואציה שבה צו המעצר הוא ללא נוכחות. מצב של צו מעצר תוך 24 שעות מביצוע המעצר הוא צריך להיות מובא בפני שופט ואז זה יהיה בנוכחותו.
* ס' 19ב- כמה זמן יש לשוטר לבצע את המעצר? 180 יום. ברגע שהיא עצרה וביצעה את הצו- יש להביא את החשוד בפני שופט תוך 24 שעות.

\*בין אם המעצר הוא בצו ובין אם לא בצו- הביצוע הראשוני נעשה ע"י השוטרים, לכן יש לדון **בחוקיות הביצוע.**

**ביצוע המעצר- חוקיות הביצוע**

* ס' 24- העוצר אדם יזהה עצמו בפני החשוד, יבהיר לו את סיבת המעצר. יש חריגים לזה כמובן.
* ס' 24ג- מעגן הלכה ישנה מהיועמ"ש נ' קדושים, בה אמר ביהמ"ש שאדם זכאי לדעת מדוע שוללים ממנו את חופש התנועה. השוטר לא חייב להגיד לו בצורה פורמאלית ובציון סעיפי העבירה, אלא הסבר פשוט.
* טעות עובדתית- לא שוללת חוקיות מעצר.
* טעות משפטית- שוללת את חוקיות המעצר.
* אי הבאת החשוד לתחנת המשטרה באופן מיידי- כנראה שכן. אם לא חלו החריגים בחוק ואדם לא הובא ללא דיחוי נראה שזה לא חוקי.
* האם מעצר בלי צו כאשר ניתן היה לעצור בצו ישלול חוקיותו?-
* שימוש במעצר כאשר ניתן היה להסתפק בעיכוב- לדון לכאן ולכאן. יכול להיות שיבחנו את המידתיות והסבירות של המעשה.

*לקרוא-*

*פס"ד אנקוניה ובירמן.*

**שיעור 7- 11.12.14**

שיעור עם המתרגלת

החומר ללימוד עצמי שהמתרגלת לימדה בשיעור 7 + 12 נמצאים בסוף המחברת.

**שיעור8- 25.12.14**

המשך לשיעור 6 (בלי השיעור של המתרגלת)-

**יש מקרים בהם אפשר להכשיר מעצר לא חוקי ולהופכו לחוקי-**

1. **ס' 27**- הקצין הממונה יכול לבדוק האם קיימת עילת מעצר לפי ס' 13 (מעצר ע"י שופט) ולהכשיר את המעצר.
2. **הכשרת המעצר ע"י בית משפט**- העובדה שסמכות אכיפה כלשהי נפל פגם בפעולתה לא שוללת את סמכות ביהמ"ש. כלומר אם אדם הגיע לביהמ"ש, והדרך שבה הוא הגיע נפלו בה פגמים, בכל זאת ביהמ"ש יכול להורות על מעצר אם האינטרס הציבורי מחייב זאת. דוגמאות:
   1. **פס"ד ג'אנח**- אדם שעוכב למשך 3 שעות ואז נעצר. בעליון טען שהעיכוב היה פגום ולכן המעצר הוא בלתי חוקי. ביהמ"ש קבע שגם אם בשביל מסוים העיכוב היה פגום, הרי שמשהובא העצור לבית המשפט, עליו היה לבחון האם יש מקום לעצור אותו בלא קשר לחוקיות הדברים שנעשו קודם.
   2. **פס"ד אשרף**- אדם שטען שהמעצר שלו לא חוקי כי הוא הוארך שלא בנוכחותו תוך 24 שעות. החשוד הובא בפני שופט אבל סירב להיכנס כי הסנגור שלו לא הגיע. ביהמ"ש אמר שגם מקום שבו נפל פגם במעצר אין, לא רשאי ביהמ"ש להתעלם מהחומר שלפניו.

**הסעדים בגין מעצרים בלתי חוקיים-**

1. **תביעה נגד שוטר** ס' 44 לחסד"פ מעצר וחיפוש: שוטר לא יישא באחריות אם ביצע את המעצר בתו"ל מתוקף תפקידו. אבל אפשר לנקוט בהליכים משמעתיים אם הממונים עליו ימצאו זאת לנכון (הדין המשמעתי). אבל עולה מפה האפשרות שאפשר לתבוע שוטר אישית.
2. **תביעה נגד המדינה-** ס' 38 (א) לחוק המעצרים. אם נעצר אדם ללא כתב אישום או ללא יסוד המצדיק זאת, רשאי הוא לתבוע את המדינה ולדרוש פיצוי מאוצר המדינה. שר המשפטים מוסמך בסעיף לקבוע תקנות בעניין- סכומים מירביים וכו'. הפיצוי המירבי הוא בערך השכר הממוצע במשק ליום אחד.
3. **תביעת המתלונן**- ס' 38(ב) לחוק המעצרים: אם נמצא שהמעצר היה עקב תלונות סרק שהוגשה שלא בתו"ל אפשר לדרוש מהמתלונן פיצוי.
4. **התנגדות למעצר**- כאשר מדובר במעצר לא חוקי או משמורת לא חוקית- בריחה לא תחשב לבריחה לא חוקית. כמו בפס"ד שמשי. ביהמ"ש ידון בשאלה האם מדובר באמת במשמורת לא חוקית. דוגמאות:
   1. **פס"ד קנוש-** נדחתה הטענה שהמשמורת לא היתה חוקית. האדם טען שלא עשו שום פעולה פיזית כדי לעצור אותו. ביהמ"ש קבע שאין צורך בפעולה פיזית שתמחיש הלכה למעשה את העובדה שמטילים פיקוח. כלומר מספיק שאדם מזדהה כשוטר ואומר לאדם שהוא עצור אז הוא עצור. לא צריך שיעשה פעולה פיזית.
   2. **פס"ד סוויסה-** הוטל עונש מאסר על אדם במשפט. דחו לו את מועד הכניסה לכלא. הוא לא הגיע לכלא במועד החדש. הוא הואשם בבריחה ממשמורת חוקית. ביהמ"ש אמר שזה לא בריחה ממשמורת חוקית כי לא היתה מראש כניסה למשמורת. כאילו הוא לא ברח משום מקום. ס' 184 לחסד"פ מאפשר להאשים בעבירה אחרת שיסודותיה התגלו בכתב האישום. כאן הוא הורשע בסעיף 287 (הפרה של הוראה חוקית).
5. **פסילת ראיות-** היום בעקבות **פס"ד יששכרוב,** יש שק"ד שיפוטי לפסול ראיות שהושגו כתוצאה ממעצר לא חוקי.

**סמכויות נלוות למעצר-**

* סמכות להפעיל כוח- לאדם פרטי יש סמכות להפעיל כוח שלא גורם לחבלה.
* בעניין של שוטר, אם יש התנגדות לעיכוב, קמה לו סמכות מעצר שגוררת איתה שימוש בכוח בלאוו הכי בהתאם לנסיבות.
* ס' 19 לפסד"פ- מי שמוסמך לעצור אדם רשאי להשתמש בכל אמצעי סביר אם האדם מנסה להתחמק וכו'. מהו אמצעי סביר? זה תלוי בהקשר ובנסיבות.
* **עובדיה נ' היועמש-** שוטרים באו לעצור דייג בגין אחזקה אסורה של חומרי נפץ. החשוד לא התנגד למעצר. הם ניסו לאזוק אותו ואז הוא התנגד ותקף את השוטר. הוא זוכה מעבירת תקיפת שוטר כי השימוש באזיקים לא היה הפעלת כוח הסביר, כי לא היה צורך באמת לאזוק אותו (כי הוא לא התנגד מלכתחילה למעצר).
* **מתי שימוש בכוח ממית יכול להיחשב שימוש סביר-** ביהמש גיבש את התנאים בפס"ד **גולד ואנקונינה.**
* **פס"ד גולד-**אדם עצור בתחנת המשטרה בעט בשוטר גולד וניסה להימלט. השוטר אמר אזהרה מילולית, ואז ירה באוויר, ואז ירה ברגל, בסוף הוא גרם למותו. ביהמש קבע ששימוש בכח קטלני מותר ב3 תנאים:

1. המעצר היה חוקי
2. העצור חשוב בעבירה מסוג פשע
3. הירי הוא האמצעי האחרון (וגם אז לא יורים כדי להרוג, אלא בנוהל פתיחה באש: אזהרה מילולית>יריה באוויר>יריה לרגל>וכו').

* **פס"ד אנקונינה-** שוטר מג"ב עמד במחסום שהקימו לאחר קבלת התראה לביצוע פיגוע. נוצר תור לפני המחסום. היתה מכונית שניסתה להסתובב אחורה כנראה כי לא רצה לעמוד בתור. אבל השוטר מג"ב קרא לו בערבית לעצור, ואז שהוא לא עצר הוא ירה 2 יריות באוויר, ואז ירה לעבר גלגלי הרכב כי הוא לא עצר, הנהג ברכב נהרג כתוצאה מכך. ביהמ"ש חוזר על התנאים של גולד אבל מדייק אותם בעיקר את התנאי שהעבירה היא מסוג **פשע מסכן חיים.** השוטר חשד שהמכונית מסתובבת כי רוצה לברוח מהמחסום שהקימו לצורך מניעת הפיגוע עליו קיבלו התראה.
* **סמכויות כניסה למקום-** מתי לצורך ביצוע של מעצר ניתן להיכנס למקום כלשהו. כאשר יש צו מעצר ההוראה היא פשוטה בסעיף 26 לחסד"פ. כאשר לשוטר יש צו מעצר ביד הוא יכול להיכנס לכל מקום ולהשתמש בכוח אם הוא צריך כדי לבצע את הצו.
* השאלה היותר מורכבת היא כאשר רוצים לבצע **מעצר שלא בצו.**
* **פס"ד בירמן-** ס' 45 לפסד"פ **:** האם הוא יכול לשמש כמקור לשוטר שרוצה להיכנס לכל מקום? הסעיף אומר שכאשר יש רשות לעצור או לחפש, האדם הנמצא במקום צריך לאפשר את הכניסה הזו. השאלה היא האם הסעיף כשלעצמו יכול להוות לבד עילה לכניסה או שיש צורך בצו והסעיף לא עומד לבד.
* **המחלוקת עלתה בפס"ד בירמן-** חייל ברח ממשמורת חוקית. השוטרים שבאו לעצור אותו נכנסו לביתו ללא הסכמה. נשאלה השאלה האם הם יכלו להיכנס לביתו ללא צו מעצר כדי לבצע את המעצר. השופטים נחלקו. דעת הרוב היתה שס' 45 לא מקנה סמכות עצמאית, אלא כל שקובע זה שכאשר יש סמכות מכוח הוראה אחרת אז מי מחזיק בבית חייב לאפשר את הכניסה. כלומר הסעיף אינו עצמאי וחייב למצוא מקור הסמכות להיכנס לבית. הם מצאו את הסמכות בס' 25 לפסד"פ העוסק במתי שוטרים יכולים להיכנס בלא צו חיפוש ע"מ לעשות חיפוש בבית. הוא מקנה כמה אפשרויות: יש לשוטר יסוד להניח שבוצע שם פשע מקרוב או בזמן אמת ועוד דברים. ס' 25(4) מדברת על מי שנמלט ממשמורת חוקית. דעת הרוב פירשה את הסעיף כרדיפה שלא חייבת להיות תכופה- כלומר לא חייב הרגע להיות נמלט. דעת המיעוט של השו' איילון אמר שהסעיף הזה עוסק רק ברדיפה תכופה. אבל כן היה אפשר להיכנס מכוח ס' 45, שהוא ס' עצמאי.

לדעת המרצה זה דיון תיאורטי כי זה בקושי קורה מקרים כאלה שיש מעצר בלי צו.

סוג מעצר נוסף-

2**. הארכת מעצר ע"י שופט לפני הגשת כתב אישום ("מעצר ימים"), מכוח ס' 13.**

**המסלול העיקרי:**

* מעצר ע"י שופט/הארכת מעצר ע"י שופט—ס' 13 לחסד"פ הסמכות של השופט נמצאת בס' 12. בסיפא כתוב "בהיעדרו"- הכוונה להוצאת צו ראשוני ע"י השופט שהמשטרה צריכה ללכת ולבצע את הצו הראשוני (להביא את האדם). נוכחות החשוד היא מכוח 16 (2).
* עילות למעצר ימים הן מכוח ס' 13:
  + **תשתית עובדתית, ס' 13(א)-** חשד סביר שמתקיימת עבירה שאיננה חטא. עבירה ברת מעצר ע"י שופט היא רק עבירה של עוון או פשע (כמו שוטר). מה זה חשד סביר של שופט? זו סיטואציה מעגלית. כי החשוד מובא תוך 24 שעות אל השופט. למשטרה לא היה מספיק זמן לחקור אותו ורוצים לאפשר לה להמשיך. מצד שני היא צריכה להראות משהו (עילה כלשהי) כדי שהשופט יתנו את הארכת המעצר להמשך חקירה. מצד שני לא בטוח שהמשטרה הצליחה להביא משהו תוך 24 שעות.
    - ב**פס"ד רוזנשטיין-** השופט אומר שבהכרעה יש בה הרבה מן האינטואיציה השיפוטית המושכלת ובוודאי הם כן פני הדברים במתן הדעת לכך שלא ניתנת לחשוד ולבא כוחו יכולת להגיב עליהם. זו סיטואציה שהחשוד לא יודע איזה ראיות יש למשטרה. כי מדובר בלפני הגשת כתב אישום. לכן המושג "חשד סביר" משמש בית קיבול גם לראיות לא קבילות. כי מדובר בכל הראיות הקושרות את החשוד לעבירה במידת סבירות ראויה המצדיקה במאזן האינטרסים שתינתן למשטרה האפשרות להמשיך ולסיים את החקירה.
    - **פס"ד לנצברגר**- כל מידע שיש לשופטים, גם אם זה חומר חסוי או ראיות לא קבילות- ישמש לצורך מתן צו הארכת מעצר.
    - **פס"ד שקארנה-**  מעצר לצורכי חקירה יוצר בעיה מעגלית כי הצורך להשלמת החקירה לשם ביסוס החשדות מול החשוד חייב להיבחן אל מול זכותו של החשוד לחירות בשלב שאין למשטרה עוד מספיק ראיות נגדו. אם הוא ישורר זה יסכל את החקירה.
  + **עילת המעצר:**

1. **מסוכנות-** ס' 13(א)(2)- יסוד סביר לחשוש שהחשוד יסכן את ביטחון הקורבן, הציבור, או המדינה.
2. **שיבוש-** ס' 13(א)(1)- יסוד סביר לחשש ששחרור יביא לשיבוש הליכי משפט או החקירה, פגיעה בראיות וכו'.
3. **מעצר לצורכי חקירה-** 13 (א)(3)- עילה ייחודית לכאן. מדברים על הליכי חקירה שאפשר לקיים אותם רק במעצר. סמכות מאוד מרחיקת לכת כי אותו חשוד הוא לא מסוכן (או לפחות לא ידוע לנו שהוא מסוכן ואין עילת שיבוש נגדו) ובכל זאת אנחנו ועוצרים אותו כאשר יש לו חזקת חפות וכו', ובכל זאת עוצרים אותו רק לצורך החקירה. בגלל שזו עילת מעצר כה חריגה, דורש הסעיף:
   1. **נימוקים מיוחדים שירשמו-** המנמקים שיש צורך בחקירה כאשר החשוד נמצא במעצר.
   2. **אורך תקופת המעצר-** בעוד שמעצר ימים באופן כללי התקופות מנוית בסעיף 17 (שופט יכול לאריך מעצר עד 15 יום, ובסך הכל זה לא יהיה מעל 30 יום. מעל 30 יום היועמ"ש יכול להגיש בקשה בתקופה של עד 75 ימים. מעל 75 ימים- העליון יאשר). המעצר כאן לא יעלה על 5 ימים לתקופה. וסה"כ לא יהיה יותר מ 15 ימים.

**פס"ד ברונסון-** נשאלה השאלה "מהם הליכי חקירה שלא ניתן לקיים רק במעצר"? כי ברור שתמיד למשטרה יהיה נוח לקיים חקירה במעצר. חשין אמר שהכבדה על חקירת המשטרה שהיא לעצמה לא נכנסת לגדר ההוראה הזו של 13 א(3). זה לא מספיק. אבל פגיעה חמורה וקשה ביכולת ניהול סביר של חקירה כן תבוא בגדרי העילה. מהם הנימוקים המיוחדים שיש לרשום? חשין אומר שהשופט צריך לרשום ברמת הפשטה שמצד אחד לא תמחק את "מיוחדותם" של הנימוקים ומצד שני רמת הפשטה שלא תסכל את החקירה.

**פס"ד סינהרשקו**-

דן במעצר באירוע המוני. דובר על אנשים שנעצרו במהלך האירועים של פינוי כפר דרום. הרבה מעורבים התבצרו על גג בית כנסת והם נעצרו. ביניש מתייחסת למעצר באירוע המוני גם לזיקה הראייתית וגם לתשתית העובדתית. היא אומרת שדי בזיקה ראייתית שבאה לידי ביטוי בנוכחותו במקום העבירה. כדי לבסס חשד סביר נגד החשודים ולקשור אותם באופן ראשוני לעבירות שלכאורה בוצעו. מספיק שהם היו שם על הגג וזה החשד הסביר. אמרה שכאשר יש הרבה מעורבים בעבירה יש חשש שהיתה התארגנו תמראש לביצוע העבירה, ויש חשש טבוע לשיבוש הליכים.

**בש"פ 92/0 פלוני נ' מ"י-**

האם אפשר לעצור אדם לתכלית של בדיקת מצבו הנפשי? ביהמ"ש אומר שניתן להאריך מעצר של חשוד רק אם מוכחת עילת מעצר לפי ס' 13. למעצר של חשוד חייבת להתקיים אחת מ 3 עילות המעצר.

**פרשת מקסימוב-**

מעצר ימים רגיל הוא עד 30 יום במצטבר. השאלה מה קורה כאשר אדם ישב קודם לכן בהסגרה.

הוא נעצר ברומניה ב 15.5.02 . ב 13.6.02 הגיע לישראל ונעצר עד לתאריך 26.6. מקסימוב טען שהוא כבר היה עצור קודם ולכן זה עובר את ה 30 יום. ביהמ"ש קבע שימיי מעצרו של אדם בחו"ל לצורך הסגרתו אינם נכללים במניין התקופה שבה ניתן להחזיק חשוד במעצר.

* **חלופת מעצר:**

13 ב'- ביהמ"ש יש סמכות לעצור אבל הוא חייב לשקול חלופת מעצר. בהתקיים תשתית עובדתית ועילת מעצר אז אפשר לשלוח לחלופת מעצר (כלומר חייבים להתקיים קודם שני התנאים הראשונים).

היכן מעוגנת סמכות ביהמ"ש להאריך תוקף של תנאי שחרור בערובה?

ס' 16 מדבר על התקופות שאפשר להאריך מעצר, אבל אין סעיף האומר את הארכת התקופות בחלופת מעצר. כלומר מה קורה אם אדם שהוא למשל במעצר בית- כמה אפשר להאריך את המעצר שלו?

**בש"פ 5536/13 מ"י נ' פלוני-** השופט עמית אמר שמי שמוסמך לפעול על גבול השלם יכול לפעול גם בחלקים של השלם. כלומר אם לביהמ"ש יש סמכות להאריך מעצר אז יש לו גם סמכות להאריך חלופת מעצר. המגבלות הן מה שקובע החוק. צריך להגיש בקשה לפי ס' 58 לחוק המעצרים- העוסק בהטלת תנאי שחרור. אפשר דרכו להטיל תנאים עד 180 יום.

**המסלול המשני:**

* מעצר בשל הוראה חוקית קודמת. אז לא צריכים לעבור את כל המסלול שהצגנו, כי עצם הפרת הוראה חוקית יוצרת עילת מעצר.
* **ס' 14 לחוק המעצרים-** עצם המלטות ממשמורת חוקית מאפשרת לשופט להוציא צו מעצר. הוא לא צריך תשתית עובדתית וכו'. רק הצהרה בכתב של שוטר שאדם נמלט ממשמורת חוקית יכולה לאפשר הוצאה של צו מעצר.
* **ס' 51 לחוק המעצרים-** הפרת תנאי שחרור. אם אדם הפר תנאי שחרור בערובה (לא לצאת מהבית אחרי שעה מסויימת נגיד וכו') השופט יכול לעצור אותו אם יש עילת מעצר.

**שיעור 9 – 8.1.15**

**מעצר לפי הצהרת תובע-**

המשטרה סיימה את החקירה ולכאורה חייבת לשחרר את העצור. אבל אם מדובר באדם שמתכוונים להגיש נגדו כתב אישום ואחר רוצים להמשיך את מעצרו עד תום ההליכים- זה אדם שיש חשש למסוכנות מצידו – יש בעיה כי נוצר ואקום. מצד אחד צריך לשחרר אותו , מצד שני צריך לכתוב כתב אישום. לצורך זה התובע יכול להצהיר שהוא הולך להגיש כתב אישום ואז החוק מאפשר עד חמישה ימי מעצר. ביהמ"ש אפילו לא נותן את החמישה האלה אלא רק 2-3 ימים. ס' 17 ד' לחוק המעצרים: חמישה הימים חייבים להיות בתוך מסגרת 30 היום של מעצר ימים. לא יכול להיות בנוסף. השופט ישלים לכמה שאפשר במסגרת ה30 יום עד חמישה ימים.

**ישנם מספר פסקי דין שקבעו הלכות בעניין:**

**פס"ד בדווי –**

קבע שהצהרת התובע לא חייבת לכלול התחייבות של התובע להגיש כתב אישום אלא רק הצהרה שזו כוונתו, אחרת זה היה שולל את שיקול הדעת של התובע. אי אפשר לחייב אותו לכך מלפני. מספיקה הצהרה על כוונה ולא התחייבות.

**פס"ד אלטוויל**- אחרי בדווי. הסניגור ניסה לטעון שהתובע צריך לכתוב את סעיפי האישום שהוא מתכוון להגיש בגינם כתב אישום. גם כאן ביהמ"Aלא קיבל את זה ואמר שאין צורך לפרט את הסעיפים בהצהרת התובע. כי זה בקו התפר בין סיום החקירה לבין שקילת הגשת כתב אישום.

**בעקבות הפס"דים האלה הפרקליטות הוציאה נוסח אחיד להצהרות תובע.**

**פס"ד שימול-**

האם בזמן מעצר על הצהרת תובע, ניתן לחזור ולבקש מעצר לפי סעיף 13? ( השלמת חקירה). הכל במסגרת ה30 יום בכל מקרה. השאלה היא יותר עקרונית. בעצם לחזור לחקריה. ביהמ"ש לא שלל את זה לחלוטין אבל קבע שזה ייתכן רק בנסיבות חריגות ביותר- ממש לא כמקצה שיפורים לרשויות החקירה בתביעה. מהן הנסיבות החריגות שיכולות להיות: צריך להראות שהתגלה מידע חדש של ממש שישפיע על תוכנו של כתב האישום ( ולא סתם מידע חדש שלא משנה). במקרה של שימול הראו באמת דו"חות סודיים שלא ראו בחקירה הראשונה. ובסוף נתנו מעצר לפי ס' 13 ולחזור לחקירה.

**פס"ד פלוני בש"פ 4829/14 –**

של השופט עמית. היה נער קטין שתקף מדריכים וחניכים במעון שהוא היה מצוי בו. ביהמ"ש השלום הורה על החזרתו למעון. ( הוא היה במעצר). כנראה היה חשש כבד בתוך המעון למסוכנות שלו והוגש ערר למחוזי. המחוזי קבע שהוא יישאר במעצר עד יום למחרת בשעה 10 בכפוף לכך שעד שעה זו תוגש הצהרת תובע. זאת כיוון שהמשטרה העידה שהחקירה הסתיימה. אמרו שההחלטה של המחוזי היא חסרת סמכות כי החקירה נגמרה- אז מאיפה הסמכות לעצור אותו? חייבים לשחרר אותו. ( בעצם נוצר מצב ביניים שבו החקירה הסתיימה ולא הייתה הצהרת עדיין הצהרת תובע). השופט עמית דחה את זה מייד- טעם מעשי: הדבר הגיע אליו בצהריים, הסיפור הוא פשוט עוד לילה במעצר. הוא אומר שהוא לא מזלזל ביום מעצר אבל מבחינה מעשית הוא כבר שבועיים במעצר, מזה עוד חצי יום. טעם משפטי: זה העיקר ויש פה חידוש- פרשנות תכליתית של הוראת סעיף 17 ד' רישא מחייב לבחון אם קיימת מסוכנות גם אם הסתיימה החקירה. שאם לא כן, עלולה להיווצר תוצאה בלתי הגיונית לפיה עבריין מסוכן עלול להשתחרר אך ורק מהטעם שהחקירה הסתיימה אך משום מה לא ניתנה הצהרת תובע. בעצם עמית אומר שעילות המעצר של מסוכנות ושיבוש הם אינהרנטים לס' 17ד – אם נוצר ואקום שכזה, לא נשחרר רק מהטעם שטרם ניתנה הצהרת תובע. השופט עמית צודק באמירה זו. מצד שני יש בעייתיות מבחינת הכשרה של מחדל של רשויות האכיפה- זה בעיה של הרשויות שהם לא מכינים מראש את הצהרת התובע.

**מעצר עד תום ההליכים (מעצר לאחר הגשת כתב אישום)-**

ברגע שהוגש כתב אישום המעצר הולך לבית המשפט אליו הוגש כתב האישום. לא בפני אותו השופט שדן בתיק ככל שניתן (כי שופט מעצרים רואה ראיות שאינן קבילות במשפט רגיל). מדובר בדן יחיד שדן במעצר ("שופט מעצרים").

מרגע שמוגש כתב אישום הנאשם מקבל את כל חומר החקירה ואז הוא יכול להתמודד עם כל המעצר שלו בצורה יותר מושכלת. מעצר עד תום ההליכים מוגבל ל 9 חודשים (ס' 61 לחוק המעצרים).

ס' 62 לחוק המעצרים – מאפשר להגיש בקשה לעליון להארכת התקופה. הוא יכול להאריך בכל פעם ב 90 יום.

בתיקון חדש יש מצבים שהעליון יכול להאריך אפילו ב 150 יום בפעם אחת.

יש תיקים עם המון עדים שהגיעו ל7 פעמים הארכות.

במעצר עד תום ההליכים האדם חייב להיות מיוצג.

**1. תשתית ראייתית**

הדרישה הראייתית היא ל"ראיות לכאורה".

* מה כוללת "ראיה לכאורה"?

בניגוד למצב שהיה לפני הגשת כתב האישון, שאז סעיף 15 ו' קובע שניתן להשתמש גם בראיות לא קבילות, במקרה הזה ראיות לכאורה צריכות להיות קבילות. כי לא ניתן לבסס הרשעה של אדם על בסיס ראיות לא קבילות. לפעמים אמנם יש "ספק קבילות", שלעניין זה יש את **הלכת פרץ** האומרת שאם ברור שראיה לא תהיה קבילה במשפט, או במידה רבה של סבירות היא לא תהיה קבילה, אז אין להתחשב בה. למשל פוליגרף או האזנת סתר זה בוודאות לא קביל. אבל אם מדובר בהודאה של הנאשם שאומר שהיא לא חופשית ומרצון. אז ניתן להשתמש בה במשפט ובהמשך הסנגור יוכל לטעון שזה לא היה קביל וכו'.

**הלכת פרץ אחרת (**מה שלמדנו על זכות היוועצות)- **-- להשלים.**

* **מוגרבי-** כתב אישום שיוחס לו רצח. נעצר עד תום ההליכים. העד המרכזי מת. מוגרבי פנה למחוזי בבקשה לשחרר אותו מהמעצר מחמת אובדן תשתית ראייתית. המשטרה התנגדה בטענה שהיא מנהלת חקירה כדי להכשיר את ההודאה שנתן העד המרכזי שהיה שותף, לפי 10 א' לפקודת הראיות (הסעיף אשר מכשיר עדות של מי שאי אפשר להעיד, כלומר מדובר בחריג לעדות השמועה). ניתן להגיש חומר חסוי לשופט כאשר מדובר בעניין רלוונטי לעניין מעצרו של הנאשם, ובתנאי שלא קשור במישרין לעבירות המיוחסות לנאשם (כלומר החומר החסוי יהיה קשור למעצר ולא למשפט עצמו).
* מה אמת המידה?

זמן רב היתה ההלכה שהמבחן של ראיות לכאורה הוא **סיכוי סביר להרשעה**. השופטת דורנר הודתה שהיא מעלה את הרף וכבר בשלב המעצר, אם יש ספק סביר, אז לא ניתן לעצור.

* **פרשת זאדה-** העליון ישב בהרכב מורחב כדי להחליט מהן ראיות לכאורה. דעת הרוב (ברק) מדבר על **מבחן הסיכוי הסביר להרשעה/מבחן כור ההיתוך:** ראיות לכאורה הן ראיות גולמיות אשר לגביהן קיים סיכוי סביר שעיבודן במהלך המשפט, תוך בחינתן בקביעת אמינות ומשקל, יוביל לראיות רגילות אשר מבססות את אשמת הנאשם מעל לכל ספק סביר. כלומר קודם ביהמ"ש צריך לשמוע את כל הראיות ולשכלל את כל החומרים שלפניו, ואז יראה אם הכל יחד יביא להרשעה מעל לכל ספק סביר. דורנר בדעת מיעוט עושה את מבחן הספק הסביר המובנה- אין לעצור נאשם עד תום ההליכים כשבחומר הראיות נגדו מובנה ספק הפוגע בסבירות הסיכוי להרשעתו, וזאת אף אם חומר ראיות זה אינו מופרך ודיי בו לצורך העברה אליו של נטל הבאת הראיות במשפט עצמו.
* **ס' 158 "אין להשיב אשמה"-** התביעה צריכה להעביר את נטל ההוכחות להגנה כדי שהיא תוכל לנהל את ההגנה. כל השופטים מסכימים שלצורך ראיות לכאורה במעצר צריך יותר מאשר ראיות לכאורה לעניין העברת הנטל. למה? כי במעצר הפגיעה בחירות היא גבוהה מאוד. דורנר אומרת שאם יש ספק סביר מובנה בראיות בהתחלת המשפט היא לא תעצור את האדם.
* **כיום המבחן הוא מבחן הסיכוי הסביר להרשעה.**
* האם נדרשת תוספת ראייתית?

ישנם מצבים בהם נדרש סיוע לתשתית ראייתית מסוימת.

**פסד אברג'יל**- ברמה הלכאורית ביהמ"ש צריך לבחון כבר בשלב של מעצר עד תום ההליכים את דבר קיומה של תוספת ראייתית, מקום שהיא נדרשת לביסוס הרשעה.

* ראיות מוחלשות-

**בש"פ חסיד**- הלכת הראיות המוחלשות של השופט רובינשטיין. מסכת ראיות שיש סימני שאלה באשר לעוצמתה עשויה להצדיק חלופת מעצר. ביהמ"ש יצר דבר שהוא לחלוטין מנוגד ללשון החוק. הלכה שמשתמשים בה הרבה.

**2. עילת המעצר**

עילה ראשונה- ס' 21א' כולל את העילות. 21 א' (1) (א) כולל את שיבוש ראיות.

עילה שניה- 21 א' (1) (ב) עילה קלאסית של מסוכנות אינדיבידואלית- סכנה לביטחון הציבור,המדינה, הקורבן וכו'.

ס21 א' (1) (ג) יוצר חזקת מסוכנות. ברגע שיש תשתית עובדתית נניח לרצח, אז יש אוטומטית עילת מסוכנות.

ההיסטוריה של עילת המעצר

* **עד 1988**- כל מעצר עד תום ההליכים היה מוסדר בסעיך 21 לחסד"פ, ולא חור המעצרים והוא בכלל לא פירט עילות מעצר. הפסיקה יצרה את עילות המעצר. היתה מחלוקת בפסיקה לגבי עילה שנקראה "חומרת העבירה"-האם חומרת העבירה שאדם מואשם בה יכול להוות עילת מעצר? זה בעיית מכמה סיבות: זו גם טענה מעגלית, וגם זה אמצעי מניעתי ולא עונשי. דעת הרוב היתה שעילת "חומרת העבירה" היא עילה למעצר. רק השופט איילון סבר שזה לא עילת מעצר.
* **1988**- נעשה תיקון לחסד"פ בסעיפים 21 א' רבתי. הוא יצר גישת ביניים בין דעת הרוב למיעוט. קבע רשימות עבירות סגורה שלגביהן חומרת העבירה היא העילה ( עבירות סמים חמורות, אלימות חמורות). חוץ מהמקרים האלה, חומרת העבירה היא לא עילה. ואז נוצר ויכוח חדש- עמדת הרוב קיבלה את החוק כפי שהוא. לעומת זאת איילון אומר שהעבירות שברשימה הן עבירות שעדיין הנאשם יכוך להפריך את עילת המסוכנות.
* **1992**- נחקק ח"י כבוה"א. **פס"ד גנימאט-** דובר על עבירת גניבת רכבים שהיתה באותה תקופה מכת מדינה. תיקן הלכה חוקתית לפיה גם חוקים שקדמו לחוק היסוד יתפרשו ברוח חוקי היסוד. השופטים קבעו שהעובדה שעבירה היא מכת מדינה לא יכולה לשמש כשלעצמה עילת מעצר. החוק מחייב שהעילות תהינה אינדיבידואליות, שהאדם לא ישמש כאמצעי להרתעת אחרים וכו'.
* **חוק המעצרים**- קובע חזקת מסוכנות. אין עבירות שתמיד חומרת העברה חייבת להיות עילה, אלא יוצרת חזקה. ברגע שאדם מפריך את חזקת המסוכנות זה מוביל לבסוף שהאדם לא יצא לגמרי לחופשי, אלא נניח למעצר בית. החוק גם ביטל את חובת המעצר בעבירות של רצח. כלומר אין שום עבירה שיש בה חובת מעצר.
* **תיקון נוסף לחוק המעצרים**- 21(א(1)(ב)- כתוב "ביטחון הציבור" (לעומת החסד"פ שכתוב "שלום הציבור"). זה הוביל סנגורים לטעון שלא ניתן היום לעצור בגין עבירות רכוש. כי עבירות רכוש זה לא מסוכן לציבור. ביהמ"ש לא קיבל את זה בשתי הלכות שקבע:
  + **פרנקל-** בייניש אומרת שעבירות רכוש שמבוצעות באורח שיטתי או היקף ניכר או תוך התארגנות של מס' עבריינים או תוך שימוש באמצעים מתוחכמים, כלולות לפי מהותן ונסיבות ביצוען לסכן את ביטחון האדם וביטחון הציבור.
  + **מזרחי-** קשירת קשר לזיוף דרכון. ביהמ"ש אמר שבנסיבות מיחדת גם עבירות רכוש, ובכללן עבירות מרמה וזיוף עשויות להקים עילת מעצר.

**3. חלופת מעצר-**

* אם יש ראיות לכאורה, לפי החוק צריך לבדוק חלופת מעצר. ב' 21 ב(1). צריך לבחון את האמצעי המידתי יותר של חלופת מעצר.
* אין חובת מעצר כיום. בכל מקרה אפשר לשקול חלופה.
* המשמעות של צמצום עילות המעצר היא בעצם יצירת יותר חלופות מעצר.
* תסקיר המעצר- ס' 21 א רבתי מאפשר לבית המשפט לבקש תסקיר של שירות המבחן. בעת בחינת חלופת מעצר ביהמ"ש צריך לשקול המון דברים שאין לביהמ"ש אפשרות לבדוק אותם (כמו האם הוא מביע חרטה, איפה הוא גר וכו'). התסקיר עוזר לביהמ"ש בהחלטה אם לשחרר לחלופת מעצר, ואם כן איזו.
* מעצר בלתי חוקי יכול להיות שיקול בחלופת המעצר. **בש"פ 8203/01 פלוני נ' מ"י**- נדרש מעצר עד תום ההליכים של אדם שעברו יותר מ 30 יום בין המעצר עד ההקראה דל כתב האישום (תחילת המשפט). קבוע בסעיף 60. האי חוקיות במקרה הזה היתה שהוא היה עצור 8 ימים יותר והמשפט עוד לא התחיל. ביהמ"ש אמר שמעצר בלתי חוקי אומנם זה שיקול שיש לשקול בעת חלופת המעצר, אבל הוא לא שיקול מכריע.

**4. סנגור**

סימנו כאן את השיעור.

**שיעור 10- 15.1.15**

**חלופות מעצר**  
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.

**מה קורה כאשר נאשם שומר על זכות השתיקה?**  
**בעניין קורמן,** החליט השופט זמיר החלטה שהתקבלה בפסיקה. דובר ברכז ישוב שהואשם בהריגת ילד, הגיעה אליו הודעה שהיה יידוי אבנים על מכוניות ובעקבותיה הוא רדף אחרי ילד והיכה אותו והילד מת. 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 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 מ30 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.

**מעצר ביניים**  
ס' 21ד' לחוק המעצרים, 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 והבנגור 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' 21א2 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.

**המצגת של המרצה-**   
חלופות מעצר מטרתן להשיג את אותה מטרה של מעצר בכלי אחר. אם העילה היא מסוכנות נחפש חלופה שתנטרל את המסוכנות. לא מגיעים למצב של חלופה ללא ראיות לכאורה וללא עילה. אלו 2 תנאים מקדימים. חלופות מעצר הן בעצם התגלמות של דרישת המידתיות שמעוגנת בס' 8 בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, ובס' 1ב' לחוק המעצרים שקובע שהמעצר יהיה בדרך שמירה מירבית על כבוד האדם וחירותו. ס' 21ב' ברמה הפרקטית של מעצרים מאפשר חלופת מעצר.

ההיפותזה של המחקר של המרצה היא שיש הרבה פעמים קפיצה לחלופות מעצר כאשר יש לנו חולשה ברכיבים הקודמים כלומר ראיות מוחלשות או קשיים בהערכת המסוכנות. ראיות מוחלשות הן ראיות שיש בהן חולשה בעוצמתן והן מצדיקות על פי הלכת חסיד חלופת מעצר. הבעיה היא שהחוק הוא בינארי- או שיש ראיות לכאורה או שאין, החוק לא מדבר על ראיות מוחלשות רק הפסיקה יצרה אותה. ראיות שכאלו לא יצדיקו מעצר ממש אלא רק חלופת מעצר.

קשיים בהערכת המסוכנות- העובדה שיש היום את האפשרות להפריך את חזקת המסוכנות, יצרה את הנטיה לפנות לחלופות מעצר. חומרת העבירה אינה עילת מעצר, אלא רק אפשרות להפריך ומשמעותה אפשרות ללכת לחלופת מעצר. אין באמת בחינה אמיתית של המסוכנות, כדבר שבשגרה מתבקש תזכיר מעצר של שירות מבחן.

ממצאי המחקר- המשתנה המשפיע ביותר על המעצר הוא הראיות כי לכאורה היינו מצפים שעילת המעצר תשפיע הכי הרבה. כלומר יש כאן פגיעה בחזקת החפות של נאשמים, מפני שהראיות האלה הן רק לכאורה ואינן מוכחות לחלוטין בביהמ"ש. בכל המקרים כמעט דובר על מסוכנות, יכול להיות שזה בגלל שאלו מקרים יותר חמורים אך בשום מקרה לא הופרכה לחלוטין חזקת המסוכנות. החסקה הזו כמעט חלוטה, במובן זה שאם יש חזקת מסוכנות אף פעם היא לא תסתיים בשחרור, היא תמיד תסתיים במעצר או בחלופת מעצר. לדעת המרצה זה טבעי מפני שזה תלוי בנתונים לא וודאיים.

**שוויון במעצרים**   
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 הספר 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 בערעור**  
לאחר שמסתיים המשפט יש כמה אפשרויות- זיכוי או הרשעה או הרשעה ללא מאסר. נניח שמאסר הסתיים בזיכוי או בהרשעה ללא מאסר, קודם כל יש לאפשר לתביעה מעצר עד למועד הגשת הערעור.

ס' 63 מדבר על אדם שזוכה- ביהמ"ש יכול לתת עד 72 שעות לצורך ערעור. ס' 62 מדבר על מצב של הרשעה ללא מאסר- במצב דברים זה, רשאי ביהמ"ש לצוות על מעצרו לתקופה של עד 72 שעות לצורך הגשת הערעור.

ס' 22ב'-אם כבר הוגשה הודעת הערעור על הרשעה ללא מאסר, לביהמ"ש של הערעור יש את סמכות המעצר של ביהמ"ש הדיוני ויכול לצוות על מעצר עד סוף ההליכים. החוק כביכול שותק במקרה של ערעור על זיכוי, ס' 2(3) לחוק המעצרים קובע שהסמכות היא של בית המשפט לערעורים. בעניין עפיף נקבע שהשילוב בין 2 ההוראות האלה, נותן סמכות של מעצר עד תום ההליכים גם בערעור.

ערר- קבוע בס' 53 לחוק המעצרים, (מדבר על כל סוג מעצר חוץ מראשוני על ידי שוטר) בכל מעצר יש אופציה לערר, שהוא סוג של ערעור. בקשה מערכאה גבוהה יותר לבדוק את הטעות שנטענת לגבי המעצר. ס' קטן ג' קובע שהערר צריך להיות מוגש תוך 30 יום, ערר ראשון בזכות וערר שני ברשות. **פס"ד ג'ריס** מאמצת את הלכת חניוני חיפה שאומרת שרשות ערעור תינתן בשאלות בעלות חשיבות חוקתית, נושאים בהם יש החלטות סותרות של ערכאות נמוכות או מקרים בהם יש בעיה משפטית. כלומר ההלכה יוצאת מנק' הנחה שיש את עקרון סופיות הדיון, וכדי לחרוג מהעיקרון הזה צריך משהו שיחרוג מהבעייתיות שסביב שני הצדדים. בג'ריס אומרת ארבל, במקרה של בקשת רשות ערר אין מניעה להשתמש בהלכת חניוני חיפה אך אם ביהמ"ש סובר שיש נסיבות מיוחדות אפשר גם לחרוג מההלכה. השופט דנציגר אומר אפילו בנסיבות לא נדירות אפשר לחרוג מחניוני חיפה כי מדובר בדיני נפשות.

**עיון חוזר**  
עיון חוזר קבוע בס' 52. יש להבחין בין ערר לעיון חוזר בעיון חוזר זה מצב שמבקשים מאותו בית משפט עיון חוזר בהחלטה בתיק. זה קורה בשני מקרים: א. אם עבר הרבה זמן מההחלטה.   
ב. שינוי נסיבות- למשל סניגור טוען שיש כרסום בראיות. העיון החוזר יכול לבוא משני הצדדים. על ההחלטה בעיון החוזר יש ערר. אדם שמוחזק במעצר בגלל שאין לו יכולת להביא ערובה, יכול להגיש עיון חוזר בכל עת. פס"ד רביזדה- הגיש עיון חוזר לאחר תקופה קצרה וביהמ"ש אמר לו לחכות. בערעור נתנו לו להגיש כי היה מדובר בעניין כספי.

**שיעור 11- 22.1.15**

**שחרור בערובה**

ערובה- ס' 41 לחוק המעצרים.

ס' 42- קובע איזה תנאים רשאי קצין ממונה לקבוע למשוחרר בערובה.

ס' 48- התנאים שרשאי בית המשפט להטיל.

נשאלת השאלה מה קורה מקום שבו החוק מקנה סמכות מעצר אבל לא מקנה סמכות שחרור בערובה. כלומר יש סעיפים שהם שותקים, לא אומרים שאפשר לשחרר בערובה. ההלכה אומרת שאם החוק שולל זאת מפורשות אז לא ניתן להטיל כמובן שחרור בערובה.

ס' 27 ה'- שולל מקצין ממונה את הסמכות לשחרר בערובה מי שברח ממשמורת חוקית. צריך להביא אותו בפני שופט.

ס' 14- מעצר בצו של שופט על יסוד הצהרה של שוטר שאדם נמלט ממשמורת.

בהתקיים סמכות מעצר- מתקיים גם הסמכות לשחרר בערובה, כי זו סמכות פחותה יותר (לכן היא "מובלעת" בתוך הסמכות המעצר).

התנאים לערובה נקבעו **בבש"פ 1760/01 פלוני נ' מ"י**-

אדם ששוחר במעצר עד תום ההליכים בתנאים, תוך הפקדת ערבויות. לאחר שחרור הוא ביקש שהסכום שהוא הפקיד בביתה משפט יוחזר לידו. המדינה התנגדה לבקשה בטענה שהיא הגישה ערעור על גזר הדין ולכן ההליכים לא הסתיימו. ביהמ"ש היה צריך לפרש מהו שטר הערבות. קבע שמשוחרר בערובה מחויב רק בתנאים שכתובים באורח מפורש בכתב הערובה עליו הוא חתם.

במקרה זה ההתחייבות היתה להתייצב למשפט בכל מועד שיקבע כדין. בהיעדר פירוט הכוונה למשפט הדיוני ולא לבית המשפט של ערעור. היה צריך להחזיר לו את הערבות כי נוסח כתב הערבות דיבר על המשפט הדיוני.

**פס"ד רבינוביץ'-**

ס ' 58 לחוק מאפשר להטיל ערובה ל 180 יום ולהאריך אותה תוך כדי ה 180 יום. באותו עניין המדינה הגישה בקשה להארכת תוקף הערבות בתום ה 180 יום (לאחר סיום התקופה). העליון קבע שלבית המשפט סמכות להאריך את תקופת הערובה בתוך (תוך כדי) תקופת הערובה. כלומר מדובר בהארכה ולא בחידוש, אחרת הסעיף ירוקן מתוכן.

יש הבדל בין ערובות המוטלות כתחליף למעצר לבין ערובות הניתנות רק לצורך הבטחת הגעה למשפט.

ס' 44 ב' לחוק המעצרים- נוגע להבטחת התייצבותו של הנאשם במשפט.

חלופות מעצר באות להשיג את המטרה המקורית לשמה רצינו מעצר. במקרה של הגשת כתב אישום רוצים להבטיח שהחשוד יגיע למשפט.

הלכת הורוביץ אומרת שבמקרים שהערובה היא לא תחליף למעצר, אלא רק להבטחת התייצבות- יש למעט בהטלת תנאים מגבילים. למשל בפס"ד הזה דיברו על צו עיכוב יציאה מהארץ. אם אין חשש הימלטות לא צריך להוציא צו עיכוב יציאה. מעצר בית בד"כ לא יתיישב עם ערובה לפי ס' 44 ב'.

**אכיפה סלקטיבית**

**הגדרה-**

אכיפה חלקית פסולה, שיסודה בהפעלה שלא כדין של שיקול הדעת, באופן המביא להבחנה לא ראוי הבין מקרים דומים.

אכיפה חלקית פסולה היא לא ההפך מאכיפה מלאה. אין דבר כזה אכיפה מלאה. היא תמיד תהיה חלקית. הסיבה היא מחסור במשאבים אנושיים (כמו שוטרים), משאבים מנטליים (זמן, ידע), משאבים כספיים.

לפי הגישה הכלכלית למשפט- אכיפה אופטימלית קורת כאשר תועלת השולית מעוד אכיפה תהיה שווה לעלות השולית.

למה בהגדרה המרצה לא קוראת לזה אכיפה "בררנית"- כי היא מעדיפה להשתמש במילה "סלקטיבית" כדי להדגיש את השליליות שבמשמעות המילה.

למה לא בהגדרה לא אומרת אכיפה "מפלה"- כי לא תמיד השיקול הפסול הוא אפליה. לפעמים הפגם יכול להיות שרירותיות, רשלנות פושעת, שיקולים זרים וכו'.

**סוגי אכיפה סלקטיבית-**

1. אכיפה אקראית (RANDOM ENFORCEMENT)-

לעיתים יש אכיפה אקראית סבירה, כמו שוטרים שבודקים מדי פעם באופן אקראי מכוניות לשם בדיקת אלכוהול. אבל כאשר עוצרים לבדיקה כזאת רק אנשים בעלי חזות מזרחית- זה כבר זה לא לגיטימי.

2. אכיפה מדגמית (SAMPLE ENFORCEMENT)-

הפרקליטות לוקחת מדגם. להשלים מה זה אומר.

3. אי אכיפה סלקטיבית-

יש מגזרים שלא אוכפים נגדם. זה יכול להיות לפעמים מכל מיני סיבות- תרבותית וכו'. למשל בעבר בארה"ב היתה אי אכיפת חוקי מס נגד שמורות אינדיאניות. היום זה מעוגן בחוק. או לדוגמא אי אכיפת דיני התכנון והבניה בכפרים ערביים. או ירי בחתונות. חוק שעות עבודה ומנוחה נאכף כמעט רק כלפי יהודים כמעט רק בערים גדולות.

4. בחירה סלקטיבית-

בחרנו משהו ספציפי כדי "ליפול עליו". כמו המקרה של הלנה תורג'מן שעבדה בבית בושת ונבחרה באופן סלקטיבי לעמוד לדין, למרות שיש עוד המון בתי בושת שלא פונים אליהם.

**השוויון כזכות עצמאית-**

לא יכולנו לטעון טענה של אכיפה סלקטיבית אם לא היינו מקבלים את השוויון כזכות עצמאית.

כלומר יש טענה שנכתבה במאמר בארה"ב האומרת שהשוויון הוא הוא כלי שריק מתוכן. כי כל פעם צריך להצמיד את השוויון לזכות מסוימת. אם אין זכות בבסיס- אין שוויון.

מדגים את זה פס"ד חוקה לישראל- שואלים האם אדם יכול לטעון שלא סתם מפלים אותו, אלא נתנו הטבה לאחר וגם הוא רוצה את אותה הטבה. ברק חילק את זה ל 3 מצבים:

1. יש לי זכות בדין והרשות נותנת לאחרים ולא לי- אז מגיע לי סעד חיובי.

2. אין זכות בדין ולרשות יש שק"ד לתת את ההטבה.

3. אין שק"ד דעת או סמכות בדין לרשות לתת את ההטבה. אם בכל זאת נתנה הטבה- הסעד שאני אקבל הוא סעד שלילי (כלומר ביהמ"ש יחייב את הרשות להפסיק לתת את ההטבה).

מהפס"ד הזה אנחנו למדים ששוויון בישראל הוא זכות עצמאית. גם כאשר לאדם אין זכות בדין- זכותו ליחס שוויוני מהרשויות.

**פרשת הנגבי-**

הנגבי הואשם בעבירה של הפרת אמונים (בגלל מינויים פוליטיים). היה שופט אחד שהרשיע אותו לחלוטין, שופט אחר שזיכה אותו לחלוטין. שופט אחר זיכה אותו בגלל אכיפה סלקטיבית.

יש רק מקרה אחד בבימ"ש העליון שיש בו זיכוי מאכיפה סלקטיבית:

**פס"ד לסקוב-**

תושב מבשרת ציון חנה בת"א במקום אסור ורכבו נגרר. הוא מצלם ומראה שנגד תושבי ת"א לא אוכפים את החוק. טוען בעליון לאכיפה סלקטיבית.

העליון אומר שהעבירה באה להגן על אינטרס מסוים. האיסור לחנות על מדרכה בא להגן על הבטיחות של הולכי הרגל. העירייה הפכה את המטרה הזו לפנות מקומות חניה לתושבים.

**הדוקטרינה האמריקאית-**

תחילת בפס"ד מ 1886 המכונה "המכבסות הסיניות"-

הוראה מקומית בסן פרנסיסקו שמכבסות יהיו רק בבתי לבנים או אבן. לסיני היתה מכבסה מעץ שלא קיבל אישור. הוא הראה מבחינה מספרית שהיו המון מכבסות בבתי עץ שהחוק לא נאכף עליהן, רק על מכבסות של סינים.

כלומר נראה שיש עילה מאוד מפותחת של אכיפה סלקטיבית בארה"ב.

**מהן הדרישות האמריקאיות להוכחת אכיפה סלקטיבית ("הדרישה המשולשת")?**

1. קבוצת ביקורת

2. מניע להפלות

3. הפליה על בסיס לא חוקתי

**מדוע זה לא מתאים בישראל?**

1. השיטה המשפטית בארץ שונה מארה"ב. בישראל רשויות האכיפה הן רשויות מנהליות אשר כפופות לדין המנהלי. בארה"ב רשויות האכיפה נבחרות באופן פוליטי לכן חל עליהן רק החוקה ולא הדין המנהלי.

2. בישראל ההלכה מאוד ברורה כי טענות ההפליה נבחנות במבחן התוצאה, במנותק מהכוונה. לעומת ארה"ב, שההלכה היא שכאשר זו הפליה שאינו מכוונת אלא נובעת מאפקט לא זהה כלפי קבוצות שונות- אז צריך להראות כוונה.

3. השוויון כזכות עצמאית- ההלכה בארה"ב פחות ברורה (וגם למה היא מתכוונת פה, גם לא ברור).

4. בטלות יחסית- קשה להוכיח בארה"ב את זה כי התוצאה היא קשה. התוצאה היא בטלות כתב האישום. אבל אצלינו זה בטלות יחסית- מהתוצאה הקיצונית של לבטל כתב אישום ובדרך יש תוצאות שונות כמו הפחתת סעיפי כתב האישום וכו'.

**סקירת ההלכה הישראלית:**

**פרשת תורג'מן-**

היתה בתקופה שהיו המון בתי בושת בתל אביב. המדיניות המוצהרת של המשטרה והתביעה היתה לא לאכוף את החוקים הקשורים לזה (שידול לזונות, סרסרות וכו'). למה? כי זונות תמיד תהיינה.

תורג'מן הפריעה לשכנים, לכן "נבחרה" לעמוד לדין.

המקרה מדגים מהי אכיפה סלקטיבית- אכיפת החוק שלא למטרה שקבע המחוקק.

אין כאן אפליה חוקתית, אין אפליה מינהלית ואין שיקולים זרים.

בית המשפט אומר שאמנם למשטרה אין את כל המשאבים לאכוף את הכל, אבל לבית המשפט לא יקח חלק באוזלת היד של המשטרה. חשין בדעת מיעוט אומר שהם לקחו עבירה שהמטרה שלה היא הגנה על נשים והפך אותה לעבירה של מטרד לשכנים, לכן התייחס לזה כעבירת מטרד ונתן לה יום אחד מאסר.

**פרשת זקין-**

הפעם הראשונה שהמילה אכיפה סלקטיבית מופיעה.

הסיפור היה עם עריית באר שבע לפני הבחירות. ראש העיר הורה להוריד שלטים של מתנגדיו, ולהשאיר את השלטים של תומכיו. זמיר אמר שהאכיפה הסלקטיבית פוגעת בשוויון במובן זה שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או על יסוד שרירותי.

**פרשת מוטיל-**

צלם בטלוויזיה החינוכית. היה נוהג שצלמים כותבים כאילו עבדו 8-13:00 ובנוסף את שעות העבודה בפועל.

ההנהלה הגישה נגד מוטיל דין משמעתי וקיבל עונשים על כך שהעביר כרטיס סתם כאילו.

זה הגיע לזמיר בעליון ואמר – שאמנם זה מאוד לא יפה שהוא העביר כרטיס סתם (דיווח כוזב), אבל בגלל שהוא כביכול "שעיר לעזאזל" אז הוא הקל עליו בעונש.

**מקור הרתיעה מהעילה-**

1. המסורת האנגלו- אמריקאית- של שק"ד של רשויות האכיפה. בארץ יש עצמאות שק"ד של היועמ"ש. כלומר יש רתיעה מלהתערב בשק"ד של רשויות האכיפה.

2. התייחסות לטענה במסגרת ההגנה מן הצדק- יש לעיתים מניעה חוקתית להגשת כתב אישום. צריך התנהגות שערורייתית של התביעה. למשל בפרשת הר שפי. "התנהגות שערורייתית של הרשות שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם. במקרים בהם המצפון מזדעזע ..."

**פרשת בורוביץ-**

ביהמ"ש מכיר באפשרות, שמטבעה תהיה נדירה, שהפגיעה בתחושת הצדק וההגינות תיוחס לא להתנהגות שערורייתית של הרשות אלא למשל לרשלנותן.

בייניש יוצרת מבחן תלת שלבי:

1. זיהוי הפגמים בהליך ועוצמתם, במנותק משאלת האשמה.

אם הפגם קשה עוברים ל..

2. איזון בין הפגיעה בנאשם לבין האינטרס הציבורי והצורך בקיום ההליך הפלילי.

אם פגיעה קשה בצדק ובהגינות עוברים ל..

3. בחינה האם ניתן לרפא את הפגמים באמצעים מידתיים יותר מאשר ביטול כתב אישום.

זה מבחן קשה להבחנה באכיפה סקלטיבית, מצד שני הוא הרחבה אחרי ההגדרות הצרות של הגנה מן הצדק.

**עיגון הגנה מן הצדק בחקיקה**:

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 ל"כאוס":**

**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.

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.**

**פרשת אליצור סגל- מחוזי-**

**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.

**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.

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 מקרין 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 במקרי בהן 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 צריל 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 12 אחרון- 29.1.15**

**שיעור עם המתרגלת- חומר ללימוד עצמי**

סיכום חומר ללימוד עצמי (רק מה שהמתרגלת לימדה, יש ללמוד עוד חומר לבד מהסילבוס)

סיכום של אוראל.

**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**

1. **כללי**

הנושא מופיע בס' 77 א רבתי לחוק בתי המשפט. זה נכון הן לגבי הליך אזרחי וגם לגבי הליך פלילי בהבדל קטן. שופט לא יישב בדין אם יש **חשש ממשי למשוא פנים.** פסלות שופט היא טענה מהותית, ולכן גם השופט מיוזמתו יכול לפסול את עצמו וזה לא רק לבקשת בעל דין. גם אם השופט חושב שהוא יכול לשפוט אובייקטיבית, אם למראית עין זה יראה לא צודק עדיף שהוא יפסול את עצמו (למשל קרבת משפחה). השופט יצטרך לנמק מדוע הוא פוסל את עצמו. יש עילות שבהן חובה על השופט לפסול את עצמו ויש עילות רשות.

הרציונל מאחורי הטענה הזו היא רצון למנוע דעה קדומה על אחד מבעלי הדין. אם לשופט יש דעה קדומה על אחד מבעלי הדין ישנו חשש ממשי למשוא פנים. אם לשופט יש דעה קדומה הסיכוי שלו להשתכנע בדעה אחרת היא אפסית ולכן נפסול אותו מלשפוט. דעה קודמת לא פוסלת שופט מלשפוט, דעה קדומה היא דעה שממש מושרשת בשופט והיא זו שמעלה את החשש.

1. **עילת הפסלות**

יש צורך ב"חשש ממשי" ולא די בחשד סתם ואפילו לא חשד סביר. משוא פנים נוגע למצב שבו דעתו של השופט ננעלת וסופית מלכתחילה בנוגע לתוצאות ההליך, כך שאין עוד טעם להמשיך בדיון. לא כל דעה רופפת שיש לשופט בעניין הנדון תביא לפסלות. לשופט, ככלל אדם דעות בעניינים שונים, בוודאי בשאלות משפטיות. רק כשמדובר בדעה נחרצת וסופית ללא אפשרות סבירה של שכנוע.

**המבחן הוא מבחן אובייקטיבי** לשם זיהוי משוא פנים, להבדיל ממבחן סובייקטיבי של תחושת בעל הדין. לא חשוב מה בעל הדין מרגיש- ואם הוא מרגיש שהשופט שונא אותו זה לא יעלה ולא יוריד לעניין.

אין די בפגיעה במראית פני הצדק כדי להצדיק פסלות שופט, שאחרת ייתן משקל יתר לתחושה הסובייקטיבית של בעל הדין וייפתח פתח לפסילה גורפת של שופטים גם באין חשש ממשי למשוא פנים. המבחן הוא מאוד צר.

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

1. **עילות חובה- עילות שבחוק (משוא פנים אשר נובע מעניין אישי):**

* שופט לא יישב בדין אם בעל דין או בא כוחו הוא בן משפחה שלו או שיש ביניהם קרבה ממשית אחרת. ס' 77 לחוק בתי המשפט מגדיר מיהו בן משפחה. (אם לא בטוחים לגבי הקרבה הממשית לכתוב מחד ומאידך במבחן)
* שופט לא יישב 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. (גם בן משפחה מדרגה ראשונה מוגדר ב77 א)
* שופט לא יישב בדין אם בטרם התמנה לשופט היה מעורב בעניין הנדון כבא כוח/בורר/מגשר וכו...

**החריג לכללים שלעיל-** אם השופט עונה על אחת העילות שלעיל, אך 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 לשופט אחר לא תשנה את עילת הפסלות.

**לגבי עורכי הדין-** עורך דין לא יקבל על עצמו ייצוג צד אם יש לו יסוד להניח כי קבלת הייצוג תביא לפסלות השופט בשל עילות הקשורות בעורך דין עצמו. חריג- אם ביהמ"ש מצא שהנזק מכך שעורך הדין הזה לא ייצג גדול על הנזק שבהחלפת שופט, הייצוג יהיה מותר והשופט לא יישב בדין באותו תיק.

* לעניין קשר אישי או היכרות קודמים- שופט אינו חייב לפסול עצמו רק משום שהוא מכיר את עורך הדין או 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.
* לעניין כספי או עניין אישי- אין מדובר בפסלות אוטומטית, השאלה צריכה להיות אם הנגיעה הכספית או החפצית יצרה אפשרות ממשית למשוא פנים. עם זאת, נדרשת הקפדה וזהירות מיוחדת במקרה של נגיעה כספית או חפצית.
* עניין אישי של שופט יוצר חזקה למשוא פנים, אלא אם מתברר שבנסיבות המקרה העניין האישי קטן עד כדי כך שאין עמו אפשרות ממשית של משוא פנים- פס"ד בראון.

1. **עילות נוספות-עילות רשות:**
2. ניהול משפט עשוי להצמיח טענת פסול נגד שופט למשל:

* כששופט מתבטא כלפי בעל דין באופן המעורר חשש שאינו אובייקטיבי.
* כשהתנהגות השופט במשפט מקימה רושם בעיני בעל דין כי הוא נוטה לצד זה או אחר (למשל פגישה בלשכתו עם ב"כ התביעה ללא הסנגור). כמו בפס"ד דיה מיימון.
* כשהחלטות של השופט מקימות אצל בעל הדין חשש שעמדתו מוטה.

1. לרוב אין די בהתבטאות מעליבה כלפי בעל דין, כדי לפסול את השופט. צריך שההתבטאות תלמד כי השופט גיבש עמדה סופית כלפי הנאשם או אשמתו, השוללת אפשרות סבירה של ניהול המשפט באופן אובייקטיבי והכרעה על יסוד הראיות והטענות שהובאו לפני השופט. מאוד קשה להוכיח כזה דבר. יש מעט מאוד מקרים בהם נפסל שופט.
2. סופיות העמדה נגזרת מהאופן שבו הובעה. אין דין התבטאות כללית כדין התבטאות פרטנית. אין דין התבטאות שלא במסגרת הדין כדין התבטאות בדיון. ואין דין התבטאות מסויגת בהליך ביניים, כדין התבטאות נחרצת בסיום ההליך. אם זה בסיום ההליך נראה את זה יותר בחומרה מאשר באמצע ההליך.

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

3**. העלאת הטענה על ידי בעל דין**

בעל דין רשאי לבקש משופט- ויהיה זה שופט של ערכאה ראשונה או של ערכאת ערעור, לפסול את עצמו מלשבת בדין באותו משפט בהתקיים נסיבות שיש בהן כדי ליצור חשש ממשי למשוא פנים. על בעל הדין לפרט את העילה בגינה הוא טוען לפסלות. את הטענה ניתן להעלות רק על ידי בעלי הדין או אדם מן הציבור במידה ויש עניין לציבור (נדיר מאוד).

ע"פ החוק המועד להעלאת הטענה הוא לאחר תחילת המשפט, קרי **אחרי הקראת כתב אישום**. ואולם ניתן יהיה מטעמי יעילות להעלות את הטענה גם עובר להקראה ובכלל זה בעת דיון מעצרים.

על הטענה להיות מועלית לפני כל טענה אחרת, אלא אם כן הטענה לא נודעה ואז יש לטעון אותה מיד כשנודעה. על בעל הדין להראות שלא יכול היה לדעת על הטענה קודם לכן גם בשקידה סבירה. אי העלאת הטענה במועד עלולה להביא לדחייתה על הסף.

ההחלטה בטענת פסלות- שופט שנטענה לגביו טענת פסלות, יחליט בה לאלתר לפני כל החלטה אחרת באותו דיון. אותו שופט שכנגדו יש את הטענה יחליט לגבי הטענה. אם 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 להעלותה רק בהתאם לפרוצדורה שלעיל.

בחסד"פ הס' הרלוונטיים הם 146-148.

4**. 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 זה תוך 10 ימים). מיום ההודעה הכוונה מיום שהודיע השופט שהוא לא פוסל את עצמו.
* בערעור ידון נשיא ביהמ"ש העליון, מותב של שופטי ביהמ"ש העליון או שופט אחר של ביהמ"ש העליון- בהתאם להחלטת הנשיא. **הערעור הוא לעליון בלבד ללא חשיבות לערכאה הראשונה.** **ברירת המחדל היא נשיא ביהמ"ש העליון אלא אם הוא החליט אחרת.**
* בעל דין המעוניין לערער על החלטת שופט בהחלטת פסלות, יודיע על כך לביהמ"ש, וזה יפסיק את הדיון עד להחלטה בערעור (באזרחי ממשיכים את הדיון). אלא אם החליט אחרת **מטעמים מיוחדים** שיירשמו, תוך נטילת סיכון שהערעור התקבל.
* 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**  
טענות מקדמיות נמצאות בס' 149 לחסד"פ שמונה 10 טענות. פסלות שופט/ אליבי אינן טענות מקדמיות אע"פ שיש לטעון אותן בתחילת המשפט. רק הטענות המנויות באותו ס' נחשבות לטענות מקדמיות.

לאחר תחילת המשפט (ההקראה של כתב האישום) רשאי הנאשם לטעון את הטענות המקדמיות.  
1. חוסר סמכות מקומית  
2. חוסר סמכות עניינית  
3. פגם או פסול בכתב האישום  
4. העובדות המתוארות בכתב האישום אינן מהוות עבירה.  
5. זיכוי קודם או הרשעה קודמת בשל המעשה נושא כתב האישום  
6. משפט פלילי אחר תלוי ועומד נגד הנאשם בשל המעשה נושא כתב האישום  
7. חסינות  
8. התיישנות  
9. חנינה  
10. הגנה מן הצדק- פס"ד בורוביץ המבחן התלת שלבי **(חשוב!!! למבחן)** טענה שמופעלת לעיתים נדירות מאוד.

הטענות המקדמיות אינן מוגבלת לעשר המפורטות בס' 149 לחסד"פ. תיתכנה טענות נוספות שמקומן להתברר לפני בירור האישום עצמו שכן לפי טיבן קבלתן כרוכה בתיקון כתב האישום, בביטולו או בהעברת הדיון לבית משפט אחר ומשכך מן הראוי שיועלו מוקדם ככל הניתן.

מעצם טיבן כטענות מקדמיות, מתמקדות טענות אלה **בהיבטים הקשורים לניהול ההליך ולא באשמה המיוחסת לנאשם. לכל היותר, קבלת טענה מקדמית תוביל לביטול כתב אישום, ואז יהיה ניתן להגיש כתב אישום חדש. לעולם היא לא תוביל לזיכוי.**

**מועד העלאת הטענות:**  
טענה מקדמית תועלה לאחר תחילת המשפט **או בכל שלב במהלך המשפט, לרבות בשלב הערעור.** כלומר תמיד. **למעט 2 טענות מקדמיות שאותן אם לא נטענו בתחילת המשפט אי אפשר לטעון אלא ברשות ביהמ"ש- טענת חוסר סמכות מקומית+ טענת פגם/פסול בכתב האישום.** מפני ששתי טענות אלו לא יורדות לשורש העניין, ולכן אם זה לא נטען בהתחלה זה לא מהותי ויש לבקש את רשות ביהמ"ש.

**מי מעלה את הטענות?**  
רק הסנגור או הנאשם עצמו רשאי להעלות את הטענות המקדמיות, או שביהמ"ש יעלה את זה בעצמו כשזה פגם היורד לשורש העניין כמו חוסר סמכות עניינית, תובע לעולם לא יעשה זאת

**הדיון בטענה מקדמית ס' 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. אם בית המשפט דוחה את הטענה המקדמית על הסף אין צורך לתת לתובע להגיב. הזכות להשיב לטענה כוללת גם את **הזכות להביא ראיות**.

בית המשפט רשאי להעלות טענה מקדמית מיוזמתו, במקרה כזה נדרש להעניק לשני הצדדים הזדמנות להתייחס אליה. **נטל ההוכחה לגבי טענות מקדמיות מוטל על התביעה**. כלומר נטל ההוכחה על התביעה להוכיח שהטענה אינה מתקיימת. מדובר בנטל רדום כל עוד לא מתעוררת שאלה, אך משזו התעוררה, התביעה נושאת בנטל בין היתר היעדר חנינה, קיומה של סמכות וכו'...

ביהמ"ש יחליט לאלתר, אלא אם הוא סבור שיש להשהות את ההחלטה לשלב אחר במשפט (לרוב כדי שלא לעכבו). בטענת הגנה מן הצדק לרוב ביהמ"ש ישהה את ההחלטה באשר לטענה לשלב אחר במשפט, לרוב בהגנה מן הצדק לא יהיה ביטול כתב אישום אלא הקלה מסוימת בגזר הדין ולכן הוא ממשיך את המשפט במקרה כזה. ביהמ"ש שקיבל טענה מקדמית רשאי להורות על:   
1.תיקון כתב אישום 2.ביטול האישום 3. לגבי חוסר סמכות מקומית או עניינית- להעביר את הדיון לביהמ"ש המוסמך ע"פ ס' 79 לחוק ביהמ"ש.

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

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

בהליך פלילי אין ערעור על החלטות ביניים אלא אם נקבע בחוק שניתן כמו למשל פסלות שופט. מקום שתוצאת ההחלטה בטענה המקדמית היא המשך הדיון, אז היא החלטת ביניים שלא ניתן לערער עליה. אפשר לערער רק במסדרת הערעור על כל פסק הדין. אם תוצאת ההחלטה 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 פס"ד וזה אומר שניתן לערער עליה.

**1.סמכות מקומית**  
סמכות מקומית קובעת באיזה מחוז יידון כתב האישום. בסה"כ קיימים 6 בתי משפט מחוז, אחד בכל מחוז. בכל מחוז יש מס' בתי משפט שלום. איזור השיפוט של בית משפט שלום מסוים כולל את כל המחוז שבו הוא נמצא, גם אם מצויים באותו מחוז בתי משפט שלום נוספים. לפיכך, ניתן להגיש את כתב האישום בכל בית משפט שלום באותו מחוז. ניתן לבקש העברת דיון מבית משפט אחד לאחר אך זה לא אומר שאין סמכות מקומית לאותו בית משפט.

ביהמ"ש המוסמך הוא זה שבאיזור השיפוט שלו מתקיים אחד משניים, לפי סדר חשיבות: 1. נעברה העבירה 2. נמצא מקום מגורי הנאשם. אם הושלמה העבירה במקום אחר מזה שבו הוחל בביצועה יהיה מקומה, הן במקום שבו הוחל בביצוע, הן בזה שבו הביצוע הסתיים. מקום מגורי הנאשם הוא מקום מגוריו הקבוע, ולא מקום זמני או ארעי.

אם מקום העבירה או מגורי הנאשם אינם ידועים או שהעבירה נעברה בחו"ל, יידון הנאשם בביהמ"ש שבאיזור שיפוטו נתפס. באין סמכות מקומית לבית משפט כלשהו- יידון כתב האישום בפני ביהמ"ש בירושלים.

**צירוף אישומים ונאשמים-** במצב שבו נאשם עבר כמה עבירות, חלק מהן עבירות שהדיון בהם במחוזי וחלק מהן עבירות שהדיון בהם צריך להיות בשלום, הכלל הוא שבצירוף אישום הקל הולך אחר החמור כלומר שני האישומים יידונו במחוזי. אותו דבר גם בנוגע לסמכות מקומית- בעת צירוף מס' אישומים או נאשמים, הסמכות נתונה לכל בימ"ש שלו סמכות לדון באחת העבירות או באחד הנאשמים (ס' 7 לחסד"פ)

משמעות טענה לחוסר סמכות מקומית היא שכתב האישום הוגש בפני בית משפט נעדר סמכות לדון בהתאם לכללים. בית המשפט שמצא, אם מיוזמתו או בעקבות טענה של בעל דין, כי העניין שבפניו אינו מצוי בסמכות המקומית, רשאי להורות על אחד מאלה: ביטול כתב אישום, או העברת הדיון לביהמ"ש המוסמך לפי חוק. בפרקטיקה היות שהיעדר סמכות מקומית אינו נחשב לפגם הכרוך בעיוות דין, הנטייה היא להעביר את הדיון ולא על ביטול כתב האישום.

ביהמ"ש שאליו הועבר הדיון יכול להמשיך את עבודת ביהמ"ש שהיה בהתחלה או לשמוע מחדש את הראיות מראשיתן. ביהמ"ש שאליו הועבר העניין בשל חוסר סמכות מקומית, אינו מוסמך להעבירו בשנית, גם אם שגה בית המשפט שהעביר את הדיון אליו. גם בעניינית זה אותו דבר- אם הועבר הדיון בעילה של חוסר סמכות עניינית בשגיאה, ביהמ"ש שאליו הועבר הדיון לא רשאי להעביר שוב את הדיון.

**2.טענה לחוסר סמכות עניינית**

הסמכות העניינית של ביהמ"ש קובעת באיזה עבירות מוסמך ביהמ"ש לדון למשל ביהמ"ש מוסמך לדון בעבירות שעונשן עד 7 שנות מאסר כולל. עבירה שעונשה מעל 7 שנות מאסר אינה בסמכותו העניינית. היבט אחר של סמכות עניינית נוגע למס' השופטים היושב במותב מסוים. גם במס' השופטים ניתן לטעון לחוסר סמכות עניינית- למשל בהריגה אמור לשבת שופט אחד ויושבים בפועל 3 שופטים במשפט, יהיה אפשר לטעון לחוסר סמכות עניינית.

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

ביהמ"ש מוסמך לבחון את סמכותו לדון בעניין שבפניו אף בלי שהועלתה טענה מצד בעלי הדין. ניתן להעלות את הטענה הזו בכל שלב לרבות בערעור.

כאשר הכרעת הדין מצויה בסמכותו של בית המשפט, אך עונש שהטיל אינו כזה שהיה בסמכותו-הכרעת הדין עומדת ואילו גזר הדין בטל ומבוטל. כאשר העונש שהוטל כולל כמה עניינים- חלקם במכות בית המשפט וחלקם אינם בסמכותו- הדין הוא שהמרכיב העונשי שמצוי בגדר הסמכות עשוי להמשיך ולעמוד, ובלבד שיש לו ייחוד משלו, באופן שניתן להפריד בינו לבין החלק הבטל. לדוגמא: ביהמ"ש הטיל עונש על גניבה ממעביד-8 שנים, קנס, ומאסר על תנאי. הקנס והמאסר על תנאי שהוא בסמכות השלום נשאר, ושמונה שנות המאסר בטלות. לעומת זאת, כשהעונש מקים יחדה עונשית אחד כשחלש ממנה מצוי בסמכותו וחלק ממנה לא, אין לפצל יחידה זו וכל העונש בטל. (למשל ביהמ"ש השלום נותן 9 שנות מאסר על עבירה מסוימת, כל העונש מתבטל)

התוצאות שיכולות לנבוע:  
1. ביטול כתב האישום  
2. תיקון כתב האישום אם טרם הוחל בשמיעת הראיות והתיקון לא יסב עיוות דין לנאשם.  
3. העברת הדיון

ההחלטה באיזו אופציה לבחור תלויה לרוב בשלב הדיון. אם הטענה הועלתה בתחילת המשפט, הנטייה היא לתקן את האישום כדי להביא את האישום בגדר סמכותו העניינית או לבטלו כדי שיוגש מחדש לביהמ"ש. אם הועלתה מאוחר יותר ובטרם הוכרע הדין הנטייה תהיה להעביר את הדיון, לאחר הכרעת הדין הנטייה היא לבטל את האישום. וגם כאן עומד הכלל של לא יעבירנו עוד.

**סמכויות ענייניות של ביהמ"ש שלום:**

1. כל עבירה שעונשה קנס או מאסר שאינו עולה על 7 שנים. למעט: אישום הכולל עבירה המוגדרת כעניין כלכלי כמו למשל עבירות נייר ערך- שיידונו במחלקה הכלכלית של ביהמ"ש המחוזי אלא אם החליט פרקליט המדינה או פרקליט המחוז להעמיד לדין בשלום.
2. שוחד ועבירות צווארון לבן למשל: גניבה בידי מנהל,קבלת דבר במרמה, רישום כוזב וכו'... שעונשן חמש שנים או יותר אם פרקליט מחוזי החליט להגישן למחוזי.
3. עבירות לפי חוק ההגבלים העסקיים
4. עבירות במסגרת פעילות בארגון פשיעה לפי חוק מאבק בארגוני פשיעה
5. עבירות לפי פקודת הסמים המסוכנים, אם פרקליט המחוז או פרקליט המדינה החליט את הנאשם לדין לפני השלום, גם אם עונש המאסר לגביהן עולה על 7 שנים, ובלבד שלא יוטל עונש בגין מאסר העולה על שבע שנים.

סמכות עניינית של ביהמ"ש שלום היא סמכות ייחודית ביחס לסמכות העניינית של המחוזי, משמע מקום שיוגש למחוזי כתב אישום שבסמכות השלום תהיה בכך חריגה בסמכות, אך הדיון יוכל להתקיים שם עד גובה עונש של 7 שנות מאסר. המותב-בית המשפט השלום דן בשופט אחד אלא אם השופט היושב בדין או נשיא בית המשפט החליט שהדיון יהיה בפני שלושה שופטים.

**סמכויות ענייניות של מחוזי:**

1. למחוזי סמכות שיורית, כל מה שאינו בסמכות השלום מצוי בסמכותו.
2. ערכאת ערעור על פסקי דין והחלטות אחרות של בתי המשפט השלום שבתחום סמכותו המקומית
3. סמכויות הקבועות בדבר חקיקה ספציפיים למשל: כתב אישום נ' שופט ונ' ראש ממשלה יהיה תמיד בבית המשפט המחוזי בירושלים בפני 3 שופטים.

**המותב: הרכב- המחוזי דן בהרכב של שלושה שופטים באלה:**

1. עבירות שדינן מוות או מאסר עשר שנים ויותר, למעט עבירות שבהן ידון בשופט אחד על אף שעונשן עולה על עשר שנות מאסר.
2. ערעורים על פסקי דין של השלום
3. דיון במשפט חוזר
4. שפיטה פלילית של שופט ושל ראש ממשלה
5. כל עניין שהנשיא או שסגן הנשיא הורה כך

**המותב: דן יחידי- המחוזי דן במותב של דן יחיד באלה:**

1. בכל עניין שהוא לא דן בהרכב
2. בעבירות המנויות בחלק א' של התוספת הראשונה לחוק בתי המשפט (הריגה, חבלה בנסיבות מחמירות, גניבה בידי עובד ציבור, שוד, סחר בבני אדם לעיסוק בזנות)
3. עבירות לפי פקודת הסמים, חוק מאבק בארגוני פשיעה, חוק איסור הלבנת הון וחוק הבחירות לכנסת.
4. ערעור על עבירות תעבורה מסוימות שאינן פשע. בית משפט לתעבורה זה כמו בית משפט שלום, אך אם זה תעבורה שהיא חטא או עוון זה יהיה בדן יחיד אפילו שזה ערעור על שלום.

**3.פגם או פסול בכתב אישום**

פגם בכתב האישום הוא השמטת "פרט ענייני" מכתב האישום הנוגע ליסוד מיסודות העבירה או פרט חיוני הנוגע להצגה הולמת של התנהגות הנאשם ונסיבות העבירה או השמטה של הורת חיקוק. פסול בכתב האישום הוא 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 (כמו מתמחה למשל) או הכללה של פרטים בנוגע לעברו הפלילי של הנאשם (למעט מקרה של הפרת הוראה חוקית כמו הפרת מעצר בית או הפרת פסילת רישיון)

המבחן המרכזי לטענה זו הוא אם קופחה הגנת הנאשם. לכן, פגם טכני או פורמאלי, קרי כזה שלא קיפח את הגנת הנאשם או גרם לעיוות דין, לא יביא לרוב לביטול כתב האישום או לפסילת הדיון שקוים לפיו. רק פגם או פסול מהותיים, היורדים לשורש העניין, או כאלה המקפחים את הנאשם בהגנתו- עשויים להצדיק במקרים מסוימים את ביטול כתב האישום. תמיד לרשום מתי צריך לטעון את הטענה המקדמית!!

התוצאות האפשריות: 1.ביטול כתב אישום 2.תיקון כתב אישום הנטייה היא ללכת תמיד לתיקון.

**4.טענה כי העובדות המתוארות בכתב אישום אינן מהוות עבירה**

אלה הן נסיבות שבהן אף אם יודה הנאשם בעל עובדות כתב האישום, לא יהיה בכך בסיס נאות להרשעתו בעבירה שמיוחסת לו, או בעבירה אחרת מאותו סוג. **(לא לבלבל את זה עם אין להשיב לאשמה- שאת זה אפשר לעשות רק אחרי פרשת התביעה וזהו מקרה שבו טוענים שהתביעה לא עמדה בנטל ההוכחה המוטל עליה מעל לכל ספק סביר. ביהמ"ש במקרה של קבלת אין להשיב לאשמה יזכה בשונה מטענות מקדמיות בהם יקבלו מקס' זיכוי)** במצב שכזה אין טעם להמשיך בדיון לפי אותו כתב האישום, שכן התביעה "מוגבלת" להוכחת העובדות שבכתב האישום בלבד. בשונה מהטענה לפגם או פסול בכתב אישום, הפגם בטענה זו נוגע לחסר של רכיב משמעותי וחיוני להרשעה, שאינו נובע משכחה או בלבול אלא מאי מתן הדעת לצורך בהוכחתו.

המועד להעלאת הטענה בכל שלב מכל שלבי הדיון. 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.

**5.טענת "כבר זוכיתי"...(כבר הורשעתי)**

אין להעמיד לדין אדם על מעשה שזוכה או הורשע בו בעבר, אלא אם המעשה גרם למותו של נפגע העבירה והנאשם **הורשע** בשל עבירה אחרת בגין אותו מעשה. פס"ד ביטון ופס"ד אזואלוס

משמעות הטענה היא שהנאשם כבר נשפט בעבר, קרי זוכה או הורשע בשל המעשה שבאישום והכלל הוא שאין דנים אדם פעמיים בשל אותו מעשה. תנאי להעלאת הטענה הוא כי קיים פסק דין של זיכוי או הרשעה. בהיעדר פסק דין כאמור אין בסיס לטענה.

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. פסק דין שמורה על ביטול כתב אישום אינו נחשב פסק דין של זיכוי ולכן אין מניעה להגיש כתב אישום נוסף.

תוקן כתב האישום במהלך הדיון והנאשם הורשע או זוכה בפס"ד בקשר לעבירה שונה מזו שהואשם בה במקור, תחול הטענה על העבירה שבה הורשע או זוכה בפועל ולא על זו שיוחסה לו בכתב האישום המקורי.

אין הכוונה שנאשם המבצע מעשה אינו חשוף למספר אישומים בגין אותו מעשה בכתב אישום אחד. הסעיף 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" שאז לא ניתן להעמידו לדין פעם נוספת באותו מעשה. אי הרשעה נחשב לצורך המבחן של טענה מקדמית זו- להרשעה. עם קבלת הטענה, מבוטל כתב האישום.

התנאי: אותו מעשה

כדי שהטענה תחול נדרשת זהות בין המעשה שבגינו נשפט הנאשם, וזוכה או הורשע בו בעבר לבין זה המיוחס לו בכתב האישום הנוסף. דוגמא: א+ב= מעשה א'. א+ב+ג=מעשה ב'. מעשה א' נכלל במעשה ב' כלומר המעשים זהים למשל מעשה א' הוא גניבה ומעשה ב' הוא גניבה ממעסיק. לפיכך מעשה עבירה של גניבה נחשב זהה למעשה עבירה של שוד שכן כל רכיביו של הראשון כוללים בשני והתוספת שבשוד אינה פוגמת בזהות. לעומת זאת, עבירה של גניבה אינה זהה לעבירה של קבלת דבר במרמה, שלא כל רכיביו של האחד כלולים בשני, גם אם קיימים מרכיבים זהים בשניהם.

שני מבחנים לאותו מעשה: מבחן פיזי- צורני ומבחן מהותי ומוסרי. לקרוא במצגת!!