**סדר דין פלילי – תשע"ו**

[1. מבוא והקדמה 2](#_Toc458629501)

[1.1 הבחנה בין המשפט המהותי למשפט הדיוני 2](#_Toc458629502)

[1.2 המאפיינים של סדר הדין הפלילי 2](#_Toc458629503)

[1.3 תמונת-על של ההליך הפלילי 3](#_Toc458629504)

[1.3.1 שלב החקירה 4](#_Toc458629505)

[1.3.2 שלב ההעמדה לדין 5](#_Toc458629506)

[1.3.3 שלב המשפט 5](#_Toc458629507)

[1.3.4 שלב פוסט המשפט 7](#_Toc458629508)

[1.4 מושגי יסוד 7](#_Toc458629509)

[1.5 היחס שבין ההקפדה על הכללים לבין גילוי האמת 8](#_Toc458629510)

[2. סדר הדין הפלילי בראי המהפכה החוקתית 9](#_Toc458629511)

[2.1 סדר הדין הפלילי לפני המהפכה החוקתית 9](#_Toc458629512)

[2.2 סדר הדין הפלילי לאחר המהפכה החוקתית 10](#_Toc458629513)

[3. החקירה המשטרתית וזכויות החשוד 17](#_Toc458629514)

[3.1 פתיחת ההליך הפלילי: תלונה וחקירה משטרתית 17](#_Toc458629515)

[3.2 זכויות החשוד: הזכות לאי הפללה עצמית וזכות ההיוועצות 19](#_Toc458629516)

[3.2.1 הזכות לאי הפללה עצמית 19](#_Toc458629517)

[3.2.2 זכות ההיוועצות 21](#_Toc458629518)

[3.2.3 הזכות למינוי סנגור ציבורי (לימוד עצמי) 22](#_Toc458629519)

[3.2.4 הזכות לפרסום שמות של חשודים 22](#_Toc458629520)

[4. עיכוב 23](#_Toc458629521)

[4.1 רקע היסטורי 23](#_Toc458629522)

[4.2 מאפייני סמכות העיכוב – הוראות כלליות 23](#_Toc458629523)

[4.3 עיכוב חשוד 24](#_Toc458629524)

[4.4 עיכוב עד 24](#_Toc458629525)

[4.5 עיכוב לצורך חיפוש ובדיקת מסמכים 25](#_Toc458629526)

[4.6 עיכוב כלי רכב 25](#_Toc458629527)

[4.7 עיכוב ע"י אדם פרטי 25](#_Toc458629528)

[4.8 מעצר בהתנגדות לעיכוב 25](#_Toc458629529)

[5. מעצרים 26](#_Toc458629530)

[5.1 דיני מעצרים - כללי 26](#_Toc458629531)

[5.2 שישה סוגי מעצרים 27](#_Toc458629532)

[5.2.1 מעצר ראשוני ע"י שוטר ללא צו שופט – מעצר שטח 28](#_Toc458629533)

[5.2.2 מעצר ראשוני ע"י שוטר בצו שופט 29](#_Toc458629534)

[5.2.3 הוראות כלליות בדבר מעצר ראשוני ע"י שוטר (בצו ושלא בצו) 30](#_Toc458629535)

[5.2.4 הארכת מעצר – "מעצר ימים" (לפני הגשת כתב האישום) 33](#_Toc458629536)

[5.2.5 מעצר לפי הצהרת תובע (לפני הגשת כתב האישום) 35](#_Toc458629537)

[5.2.6 מעצר עד תום ההליכים (מעצר לאחר הגשת כתב אישום) 36](#_Toc458629538)

[5.2.7 מעצר לצרכי כתיבת ערעור (מטעם הפרקליטות כמובן) 41](#_Toc458629539)

[5.3 שחרור בערובה 44](#_Toc458629540)

[6. חיפוש בגוף האדם 45](#_Toc458629541)

[6.1 שלושת סוגי החיפושים מכוח חוק החיפוש בגוף 45](#_Toc458629542)

[6.2 עקרונות בחיפוש בגוף 47](#_Toc458629543)

[6.3 ראיות שהושגו שלא כדין – מה דינן? 48](#_Toc458629544)

[7. עיון בחומר חקירה 48](#_Toc458629545)

[7.1 מהו חומר החקירה? 49](#_Toc458629546)

**הרצאה מספר 1 - 28.2.2016**

100% בחינה בחומר פתוח. חומר לימוד עצמי מלווה במצגות שיועלו למודל.

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

# 1. מבוא והקדמה

## 1.1 הבחנה בין המשפט המהותי למשפט הדיוני

נבחין בין **כלליים מהותיים** – חובות וזכויות, **לכללים דיוניים** – הדרך שבה מממשים אותן.

מדוע חשוב להבחין מהו כלל מהותי ומהו כלל דיוני?

* **כלל דיוני חל רטרואקטיבית בעוד שכלל מהותי לא** - כך למשל, ס' 4 לחוק העונשין (חלק מתיקון 39) קובע כי אם בוטלה עבירה והחלו כבר הליכים כנגד אדם – הם יבוטלו.
* **האפשרות של סטייה מהכללים** - מכללים מהותיים אנחנו לא יכולים לסטות, גם לא לשם עשיית צדק. לא ניתן לשנות יסודות של עבירה לצורך אדם ספציפי או מקרה ספציפי. לעומת זאת, מכללים דיוניים החוק מאפשר לסטות, בד"כ כדי למנוע עיוות דין ולצורך עשיית צדק.
* מדוע צריך כללים דיוניים אם ניתן לסטות מהם?
1. **בל ייתפס ההליך כרשלני** – אי הקפדה על כללי דיון הופכת את ההליך המשפטי לרשלני. הסטייה צריכה להיות החריג וזה יהיה רק במקרים נדירים הראויים לכך.
2. **מניעת שרירותיות** – נרצה לשמור על זכויות החשודים ועל טובת הציבור.
3. **עלות ההתדיינות** – עבודה בכללים קבועים היא חיסכון הליכים מצרפי.
* מסקנה: הכללים מאוד חשובים למרות שניתן לסטות מהם במקרים מסויימים.

המטרה של **דיני העונשין** היא להגן על אינטרסים ציבוריים שונים (כמו שלמות הגוף). המטרה של **סדר הדין הפלילי** היא לממש את המטרות של דיני העונשין.

## 1.2 המאפיינים של סדר הדין הפלילי

הפרוצדורה הפלילית קבועה בחקיקה ראשית: עקב העיסוק בדיני נפשות וכיוון שמדובר בעניינים שפוגעים בזכויות אדם, חל **עקרון החוקיות** הבסיסי, לפיו לא מענישים אדם (ולא פוגעים בזכויותיו) אלא בחוק (ואף לא בתקנות כמו בסד"א).

מעבר לכך, **הרבה מהחקיקה היא חדשה (=לאחר 1992)**. המשפט החוקתי השפיע רבות על סדה"פ ושינה אותו. כך למשל, חוקים חדשים כמו חוק המעצרים וחוק חיפוש הגוף משנות ה-90 המאוחרות ביטלו חוקים קודמים והסדירו עניינים בהלימה לדרישות חוה"י.

ארבעת החוקים העיקריים הרלוונטיים לסדר הדין הפלילי:

1. חוק סדר הדין הפלילי (**חסד"פ**): חוק רחב שעוסק בכל סדה"פ **ובכל** **שלביו של ההליך הפלילי** - מתחילתו ועד סופו [חקירה, העמדה לדין, משפט, פוסט משפט (=ערעור) ועוד].
* בעבר החסד"פ עסק גם במעצרים שלאחר הגשת כתב אישום (=מעצר עד תום ההליכים) אך הסעיפים הללו בוטלו כי כיום יש את חוק המעצרים החדש.
1. פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) (**פסד"פ**): פקודה מנדטורית שעוסקת בכל הנושא של **סמכויות המשטרה**, בין היתר חיפושים במקומות, תפיסת חפצים, חילוטים ועוד.
* בעבר היא עסקה במעצרים שלפני הגשת כתב אישום (=מעצר ע"י שוטר) אך בעקבות חוק המעצרים החדש שמאחד את כל נושא סמכויות המעצר סעיפים רבים בה בוטלו. עדיין, החקיקה חשובה כי היא **נוגעת לסמכויות המשטרה בשלב החקירה**.
1. חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) (**חוק המעצרים**): נחקק לאחר חו"י כבוה"א וביטל את הסעיפים בפסד"פ ובחסד"פ שעסקו במעצרים כדי לאחד את כל הפרטים בנושא זה. החוק כולל **הוראת אחידות** (=גובר על חוקים אחרים שאין בהם הוראה ספציפית אחרת) ויחול כ-Default. הוא מודרני יותר ומותאם לדרישות העידן החוקתי.
2. חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי) (**חוק החיפוש בגוף**): חוק שביטל ס' מסוימים מהפסד"פ ויצר חוק מאוד מפורט שעוסק בכל הנושא של חיפוש בגוף ובדיקות שונות לאמצעי זיהוי כמו טביעות אצבע, לקיחת דגימות שונות, בדיקות גניקולוגיות ועוד. החוק מ-1996 ונחקק לאור חוקי היסוד. **הוא קובע לפרטי פרטים את כל מערכת ההסכמות שנדרשת עקב הפגיעה בזכויות אדם בשל הפרוצדורות**.

## 1.3 תמונת-על של ההליך הפלילי

ניתן לחלק את ההליך הפלילי לארבעה חלקים, אשר בכ"א מהם חולשת רשות עיקרית:

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

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

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

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

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

**טבלה מסכמת**

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

### 1.3.1 שלב החקירה

ס' 59 לחסד"פ: **חקירה משטרתית נפתחת כשנודע למשטרה על ביצוע עבירה** [בתלונה או בדרך אחרת (כתבה, מידע מודיעיני, שוטר בשטח, תצפיות, מעקבים, חיפושים, מעצרים ועוד)]. לכאורה יש למשטרה חובה לחקור אך יש **חריג** - עבירות שאינן פשע.

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

**בחטא ועוון** יכול קצין משטרה בדרגת פקד ומעלה להורות שלא לחקור משתי סיבות:

1. חוסר עניין לציבור.
2. ישנה רשות אחרת שמוסמכת לחקור (כמו הרשות לניירות ערך).
* על ההחלטה שלא לחקור קיימים מנגנוני ערר לגורם בפרקליטות שניתן להפעיל.
* **אמצעי חקירה**: התפקיד של הרשות החוקרת הוא לברר עובדות ולאסוף ראיות, כאשר החקירה כוללת דרכי חקירה רבות:
* **דוגמאות שונות** – תצפיות, מעצרים, מעקבים, חיפושים ועוד. מטרת החקירה היא לבחון האם יש בסיס להעמדה לדין או לא ולהעביר את הממצאים לרשות התובעת בעניין.
* **גם תשאול** **החשוד או העד** הוא אמצעי חקירה מובהק. הסמכות של המשטרה היא לשאול שאלות והחובה של האדם היא לענות.
* כאשר מתשאלים חשוד, להבדיל מעד, חייבים להזהיר אותו ולומר לו את הזכויות שלו.
* **מעצרים מותאמים להליך**: לכל שלב בהליך יש את המעצר (המניעתי, לא עונש) שמקביל לו.

ישנם שני מעצרים המקבילים לשלב החקירה:

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

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

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

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

### 1.3.2 שלב ההעמדה לדין

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

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

* התובע מקבל את החומר לידיו ומחליט האם להגיש כתב אישום.

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

* לפני שחוקק ס' 06א השימוע היה מיועד בעיקר לאנשי ציבור בשל הנזק העשוי להיגרם להם בהעמדה לדין.

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

1. **חוסר אשמה** – הסגירה הכי טובה מבחינת החשוד. הדבר אומר שהוא לא ביצע כלל את העבירה. במקרה זה **אין שום רישום פלילי**. התביעה מאוד לא אוהבת את זה.
2. **חוסר ראיות** – מצב שבו זה לא משנה אם הנאשם אשם או לא - התובע סבור שאין מספיק ראיות להעמדה לדין. המבחן הוא **סיכוי סביר** להרשעה (ולא משנה מה התובע חושב).
3. **חוסר עניין לציבור** – האינטרס הציבורי אינו מספיק חזק כדי להעמיד לדין, גם אם קיימות ראיות נגד הנאשם. כיום זה כמעט לא תופס.

על החלטה שלא להגיש כתב אישום המתלונן יכול להגיש ערר. לאחר הערר ניתן ללכת לבג"ץ. ההתערבות היא מאוד נדירה.

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

לחקירה ולההעמדה לדין **אין הגבלת זמן**. כל עוד אדם לא נמצא במעצר - אין לנו בעיה של זמנים. החקירה יכולה להימשך לנצח וכנ"ל לגבי זמן כתיבת כתב האישום. **מגבלות הזמן הן רק על מעצרים**.

### 1.3.3 שלב המשפט

רק אם הוחלט להגיש כתב אישום (כ"א) נעבור לשלב זה.

למעבר יש מספר השלכות חשובות:

1. מי **שאחראי** על ההליך מעתה אינו התובע אלא ביהמ"ש. הדבר משפיע על ניהול ההליך.
2. **שינוי מעמד החשוד מחשוד לנאשם**. פתאום קולו נשמע והוא מעתה צד להליך.
3. **קבלת כל חומר החקירה**. טרם להגשה, חשוד נמצא בערפל ולא יודע מה הראיות שיש נגדו. המשטרה יכולה להגיש לשופט המעצרים חומר חסוי ולא קביל והחשוד מתמודד עם המצב בעיניים קשורות. כעת הגלגל מתהפך והוא אף לא חייב לגלות את ההגנה שלו.
* מכאן והלאה הנאשם מנהל את ההליך בצורה יותר מושכלת.
* **מעצרים רלוונטיים להליך**: כאן הנאשם **עשוי** להיות במעצר עד תום ההליכים (בלשון החוק מעצר שלאחר הגשת כתב אישום). כלומר, **אפשר** שעם הגשת כתב האישום תוגש גם בקשה למעצר. מדובר בשני הליכים מקבילים שונים שינוהלו שלא בפני אותם שופטים.
* מעצר זה הוא **עד 9 חודשים כשלאחר מכן צריך להגיש בקשה להארכה לעליון**.

**שלבי התנהלות המשפט**

1. **הקראה**: לאחר הגשת כתב אישום הצדדים מוזמנים להקראה בה **השופט מקריא את כתב האישום** ומסביר אותו לנאשם (אלא אם כן הוא מיוצג).
* זו נקודה חשובה - ההתחלה הפורמאלית של המשפט.
1. **טענות מקדמיות**: לאחר ההקראה הנאשם יכול להעלות טענות מקדמיות. **אלה הן טענות שלא קשורות לאשמה עצמה, אלא תוקפות את עצם ניהול ההליך**. מדובר בעשר טענות המנויות בס' 149 לחסד"פ כמו: כבר זוכיתי, כבר הורשעתי, חוסר סמכות עניינית או מקומית של ביהמ"ש, חנינה, חסינות, התיישנות, הגנה מן הצדק ועוד.
2. **טענת פסלות שופט**: אם נודע לנאשם כי ישנה סיבה לפסלות שופט עליו לטעון אותה כעת. כעיקרון הכלל הוא שאם יש עילה שיודעים עליה זה השלב אבל כמובן שיש חריגים. הדבר מתבקש שכן לא ראוי לנהל משפט ואז לאחר מכן "להיזכר" בפסלות.
* יש לציין כי בניגוד לסד"א, במשפט הפלילי אין ערעורים על החלטות ביניים והכל מתנהל בערעור על פסק הדין הסופי (=יש לחכות לסיום ההליך באופן טוטאלי ולערער לערכאה שמעל), **וזאת** **מלבד האפשרות לערער על (1) פסלות שופט ועל (2) חומר חקירה חסר/שלא קיבל הנאשם** [ס' 74(ה) לחסד"פ].
* הערעור על פסלות שופט יהיה לעליון, לא משנה באיזו ערכאה ההליך החל.
1. **תשובה לאשמה**: **על הנאשם להשיב לעובדות כתב האישום: לכפור/להודות בהן**. ההודאה/הכפירה אינה בס' האישום (=מודה שנעבר ס' X בחוק העונשין) אלא בעובדות.
* אם הנאשם לא משיב לאשמה כלל, זה נחשב לשתיקה שיכולה לחזק את הראיות כנגדו אך לא יכולה להוות הודיה (שתיקה אינה כהודיה).
* הנאשם **יכול להסתיר את הגנתו ולא לספק עוד פרטים** מעבר להודאה/כפירה בעובדות. הוא לא צריך לתת כתב הגנה או לפרוס את טענותיו.
* החריג היחידי הוא טענת אליבי - ביהמ"ש צריך להזהיר את הנאשם שאם יש לו טענה של "במקום אחר הייתי" **עליו לומר אותה עכשיו אחרת הוא לא יוכל לטעון אותה**. אם הוא לא הזהיר אותו הוא יכול לטעון את זה גם אחר כך.
1. **פרשת התביעה - שלב ההוכחות**:
2. **ראיות** - כל צד מביא את הראיות שלו והצדדים **חוקרים את העדים האחד של השני**.
* במעבר בין שלב פרשת התביעה לפרשת ההגנה ייתכן שלב שקרוי "אין להשיב אשמה – No case to answer". במצב זה התביעה לא הצליחה להעביר את הנטל על הנאשם – לא הצליחה להוכיח את המינימום. זה כמעט ולא מתקבל בכל אופן.
1. אם הטענה לא התקבלה/לא נטענה עוברים לניהול **פרשת ההגנה**. כאן, אם הנאשם בוחר להעיד, הוא יהיה העד הראשון ואחריו יבואו עדים אחרים. הנאשם לא חייב להעיד אלא יכול לשמור על זכות השתיקה אך הדבר יכול לשמש כסיוע/חיזוק ראייתי נגדו.
2. לאחר שלב ההגנה, התביעה יכולה לבקש **עדויות הזמה** – עדויות המפריכות את העדויות של ההגנה שהפתיעו אותה.
3. בהמשך תיתכנה **ראיות מטעם ביהמ"ש**. ביהמ"ש עשוי להחליט לזמן שוב עד שהעיד או כל עד אחר ולחקור אותו במשפט.
* בכל שלב זה נטל ההוכחה על התביעה הוא לא מעבר לכל ספק סביר אלא פחות.
1. **סיכומים**: סיכומי התביעה (קודם) וסיכומי ההגנה (אח"כ).
2. **הכרעת דין**: אם יש זיכוי מכל האישומים פה ההליך נעצר אך אם יש הרשעה אפילו באישום אחד עוברים לשלב הטיעונים לעונש.
3. **טיעונים לעונש**: טיעוני תביעה והגנה וכן עדים מטעם ביהמ"ש (מיני משפט לגזר הדין).
4. **סיכומים**: סיכומי התביעה (קודם) וההגנה (אח"כ) לעניין העונש.
5. **גזר דין**: הכרעת הדין + גזר הדין.

**עיכוב הליכים** – בכל שלב שלאחר הגשת כ"א היועמ"ש יכול להודיע על עיכוב הליכים ולקבוע מתי יחודש הדיון. הדבר יכול להיות לבקשת נאשם (חולה) או לבקשת התביעה (עד שנמלט).

### 1.3.4 שלב פוסט המשפט

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

* **ערעור**: **ערעור במשפט פלילי הוא על כל פסק הדין יחד**. כלומר, אנחנו מערערים הן על הכרעת הדין והן על גזר הדין בבת אחת. אי אפשר לערער על החלטות ביניים. שני חריגים:
1. עיון בחומר החקירה – לנאשם מגיע לקבל את כל חומר החקירה וכשזה לא קרה הוא יכול לפנות לביהמ"ש העליון ועל כך יש זכות ערעור מיידית [ס' 74(ה) לחסד"פ].
2. פסילת שופט – אם ביקשו וסרבו, הערעור הוא לביהמ"ש העליון בדן יחיד והוא מיידי.

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

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

## 1.4 מושגי יסוד

* אמת עובדתית מול אמת משפטית:

**אמת עובדתית** משקפת את ההתרחשות ע"פ מבט של מתבונן אובייקטיבי מהצד.

לעומת זאת, **אמת משפטית** משקפת את ההתרחשות דרך שחזור של שופט מקצועי את המציאות, על בסיס הראיות שהוצגו בפניו ובכפוף לסייגים ולפרוצדורה.

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

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

דוג' נוספת: במקרה של רצח ארלוזרוב היו שני נאשמים שזוכו. זו אמת משפטית. עם זאת, כן פתחו ועדת חקירה שמטרתה היתה למצוא את הרוצח האמיתי – האמת העובדתית.

* השיטה האדברסרית מול השיטה האינקוויזיטורית:

השיטה שלנו היא שיטה אדברסרית בהתאם למסורת המשפט המקובל.

* **השיטה האדברסרית** מושתתת על עימות בין הצדדים **והאינקוויזיטורית** על חקירה.
* **בשיטה האינקוויזטורית** הש' חוקר את הצדדים ולכן יש פחות מגבלות מבחינה ראייתית.
* **באדברסרי** - הצדדים מביאים את הראיות. **באינקוויזטורי** הש' יכולים לחקור בעצמם.
* בשיטה שלנו יש נאשם מול תביעה המגנה על האינטרס הציבורי ובתווך ישנו שופט עצמאי שבורר בין הצדדים היריבים. לעומת זאת יש כמה חריגים כמו ראיות מטעם ביהמ"ש, חריגה מענישה, הסדרי טיעון ועוד. סנגור לא מתעניין באמת העובדתית, אלא מה שמעניין אותו הוא איך הוא יגיב לכתב האישום. התביעה לא מעוניינת באמת העובדתית אלא במה שהיא יכולה ומסוגלת להוכיח כדי להרשיע.
* המעוניינים העיקריים באמת העובדתית הם נפגעי העבירה שאינם צד להליך.
* במאמר של **קרמניצר** הוא מדבר על מקרים בהם יש לחרוג מהשיטה האדברסרית. לטענתו, **השיטה האדברסרית מקריבה את האמת העובדתית ומוותרים עליה כי השופט לא שואל מה היה אלא הוא שואל מה אפשר להוכיח**.
* לדעת **המרצה**, התביעה רק רוצה לנצח כי היא צד למשפט ולא פועלת כמו בשיטות משפט אחרות בהן התביעה היא Officer of the court שמחפש את האמת. כשההליך בנוי כך והתובע רוצה לנצח בתיק (ואולי גם קידום) אנו מצויים בבעיה.
* שיטת מושבעים מול שיטת שופט מקצועי: בשיטה שבה קיימים מושבעים תפקיד השופט הוא לסנן את החומר שמגיע ולא מגיע אל המושבעים, להחליט מה קביל ומה לא ולהנחות אותם מה לעשות עם החומר שמוצג לפניהם - לקבוע כללים לפסיקתם. הרעיון הוא **שהקביעות המשפטיות הן של השופט בעוד שהקביעות העובדתיות הן של המושבעים**. הרציונל הוא שלשופטים מקצועיים אין יתרון על הדיוטות בקביעת עובדות אלא רק בעניינים המשפטיים.
* אצלנו אין מושבעים והדבר משפיע כמובן על הדין הפלילי.
* לקרוא תחת מהות ההליך הפלילי – פס"ד קניר ופס"ד יששכרוב

**הרצאה מספר 2 - 13.3.2016**

## 1.5 היחס שבין ההקפדה על הכללים לבין גילוי האמת

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

אלה מודלים קיצוניים אך נוחים להבנה. כל שיטת משפט בכל סוגיה מנסה למצוא את עצמה בין המודלים הללו. שיטת המשפט הישראלית וסדה"פ נוצרו תוך שימת דגש משמעותי על מיגור הפשיעה וגילוי האמת, גם ע"ח סטייה מכללים דיוניים מסוימים. הרטוריקה של ביהמ"ש הייתה שהמטרה של ההליך הפלילי היא **לגלות את האמת**. לאור מטרה זו - ההליך הפלילי הוא לא משחק שח-מט ולא יתכן שמהלך אחד לא נכון של צד יביא להכרעה.

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

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

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

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

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

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

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

פרשת דמיאניוק: ס' 184 לחסד"פ **מאפשר להרשיע אדם אם עובדות עבירה מסוימת הוכחו במשפט, גם אם ס' האישום עצמו לא נכתב בכתב האישום**. הסייג הוא שלנאשם הייתה הזדמנות להתגונן מפני העבירה האחרת ושלא יינתן עונש חמור יותר מהעונש שניתן היה לתת בעבירה שכן נכתבה בכתב האישום. הדוג' הכי מובהקת כאן היא רצח והריגה; דמיאניוק נחשד שהוא פושע המלחמה שכונה 'איוואן האיום' ממחנה ההשמדה טרבלינקה. הוא הורשע ונידון למוות במחוזי בשנת 88', אך בערעור לעליון הוא זוכה, לאחר שנמצאו ראיות המצביעות על אדם אחר. היות והתביעה לא הצליחה להוכיח מעל לכל ספק סביר את זהותו, היא טענה שצריך להרשיע אותו לפחות בכך שהיה פושע נאצי. ביהמ"ש קבע כי אין אפשרות לעשות זאת כי לא הייתה לו אפשרות להתגונן. ביהמ"ש סירב לעשות שימוש בס' כדי למנוע עיוות דין.

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

# 2. סדר הדין הפלילי בראי המהפכה החוקתית

## 2.1 סדר הדין הפלילי לפני המהפכה החוקתית

עם המהפכה החוקתית המשפט שלנו מתקדם גם לכיוון **מודל ההליך הראוי** (Due Process) ולא רק **למודל של הליך מיגור הפשיעה** (Crime Control Model). אחד הביטויים שאפיינו את התקופה שקדמה למהפכה החוקתית היה שביהמ"ש **סירב לקבל** את דוקטרינת פירות העץ המורעל. ע"פ דוקטרינה זו, כשראיה הושגה שלא כדין, הראיה פסולה וגם כל דבר שהושג כתוצאה ממנה. **המשפט הישראלי סירב** במשך שנים לקבל את הדוקטרינה ולפסול ראיות שהושגו שלא כדין, **למעט** כשהיא קבועה במפורש בחקיקה (ס' 13 לחוק האזנות סתר, ס' 32 לחוק הגנת הפרטיות וס' 12 לפק' הראיות - ראיות שהושגו שלא מרצון ומהסכמה חופשיים).

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

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

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

פסלות הודאתו: **בייניש** טענה כי יש שתי מטרות (סותרות) להליך הפלילי – (1) חשיפת האמת העובדתית ו(2) הגנה על זכויות החשודים והנאשמים. האיזון שלה הוא **כלל הפסילה הפסיקתית** שאומר כי לש' יש סמכות להפעיל שק"ד ולפסול ראיה שהושגה תוך פגיעה בדין.

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

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

על הש' לשקול 3 קבוצות שיקולים במסגרת דוקטרינת הפסילה הפסיקתית היחסית:

1. **מידת חומרת הפרת הדין והפגיעה**: כאן ייבחן תו"ל מול זדון של רשויות האכיפה.
2. **מהות הראיה שהוגשה אגב הפגיעה**: ישנן ראיות שמושפעות מחוקיות כמו זכות השתיקה. עם זאת, ישנן ראיות בעלות ערך עצמאי כמו ראיות פורנזיות (DNA לא ישתנה).
3. **מכלול האינטרסים**: אכיפה ומיצוי הדין למול האינטרס של ההגנה על זכויות הנאשם.
* ביששכרוב עצמו בתוך קבוצת השיקולים השלישית נכנס לאיזון עניין חומרת העבירה אך במקרים מאוחרים יותר הוציאו את החומרה מהמאזן שכן היא מושכת לשני הצדדים.

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

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

* מהפכה נוספת שנעשתה ביששכרוב היא שינוי פרשנות ס' 12 לפקודת הראיות: הס' עוסק בהודאה שצריכה להיות חופשית ומרצון. בעבר שמו דגש על הגנה של שלמות הגוף והנפש שיכולה להשפיע על אמיתות ההודאה (בעיקר בהוצאת הודאה באלימות). בייניש מרחיבה ואומרת כי **כיום אנו מחויבים להגן על האוטונומיה של הרצון העצמי**. לטענתה, כשנפגעה היכולת החופשית להודות מתוך הבנה והגנה (ע"י עו"ד למשל) - ההודאה לא תהיה קבילה.
* ספציפית אצל יששכרוב ההודאה לא נפסלה מכוח ס' 12 וחוקי היסוד, אלא רק מכוח כלל הפסילה הפסיקתית, אך ההלכה יושמה לאחר מכן בפסקי דין מאוחרים יותר.

## 2.2 סדר הדין הפלילי לאחר המהפכה החוקתית

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

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

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

הוויכוח החל בפרשת גאנימת:פסה"ד נדון בתקופה שבין 1992 לחקיקת חוק המעצרים. עד אז מעצרים בוצעו לפי החסד"פ. למה זה חשוב? כי ההלכה מפסה"ד היא שגם פרשנות של חוקים משוריינים (כמו החסד"פ שמשוריין בשמירת דינים) תבוצע ברוח הוראות חוה"י.

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

בנושא איזון הזכויות התעורר ויכוח בין שמגר לדורנר:

* **שמגר**:בפירוש עילות המעצר עלינו לזכור שכבוד האדם הוא גם כבוד הנפגעים. **שמגר** בעצם המיר אינטרס לזכות 🡨 לקח את שלום הציבור (=קורבנות פוטנציאליים) וקבע שיש להם זכות.
* **דורנר**:שמגר מפרש את הוראת זכויות האדם לא נכון. היא טוענת כי הקניית מעמד של זכות יסוד למכלול האינטרסים הפרטיים המעוגנים בערך הכללי של שלום הציבור עשויה להביא לשלילת המשמעות של זכויות היסוד של הפרטים האינדיבידואלים. עניינה של תורת זכויות היסוד של האדם ועניינו של חו"י כבוה"א הוא באיזון בין הצרכים הספציפיים של הפרט לבין האינטרסים של הציבור. אם אין סכנה לנפגע ספציפי, עניין זכות-מול-זכות לא צריך לעלות.
* **ברק** עונה - ההתנגשות לא קיימת בכלל כשאין סכנה לקורבן.

**שיטת המשפט שלנו** קבעה כי גם לנפגעי עבירה יש זכויות, וזכויות אלה עלו למעמד חוקתי. דוג' - חוק זכויות נפגעי עבירה. מטרת החוק היא להגן על כבודו של אדם מבלי לפגוע בזכויות של נאשמים וחשודים. יש גם את חוק מגבלות על חזרתו של עבריין מין לסביבת נפגע העבירה. החוק מגן על נפגע העבירה גם אם הדבר יפגע בעבריין המין שכבר נידון (אך במידה שלא עולה על הנדרש). זה לא ברור מאליו כי זו פגיעה מסוימת במי ששילם את חובו לחברה.

**נדגים אוסף נקודות ספציפיות שבהן המהפכה החוקתית השפיעה**

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

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

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

השאלה עלתה בבג"ץ צמח: דובר על מעצר ראשוני ע"י שוטר צבאי. בעבר ניתן היה לעצור חייל למשך 105 שעות לפני הבאתו בפני שופט צבאי. תיקון לחוק קיצר זאת ל-96 שעות. באותה תקופה וכמעט במקביל מעצר ראשוני באזרחות קוצר ל-24 שעות. עלתה השאלה האם ניתן לתקוף תיקון שהוא בכ"ז מיטיב ודבר נוסף זה האם אפשר לתקוף חוק משוריין. בפס"ד המזרחי למדנו כי תיקון לחוק משוריין כפוף לבחינה חוקתית. **ההלכה שעולה מצמח היא שגם תיקון שמיטיב עם הנאשם כפוף לבחינה במבחני פסקת ההגבלה**.

ולגבי ענייני המשאבים - זמיר טוען שההבדל בין המצוי לרצוי הוא כסף. כשמולנו יש חירות מחד, זכות בסיסית ביותר ומנגד יש את אילוצי המשאבים, הזמן והכסף - לטענת זמיר האילוצים הללו לא מספיק חזקים לפגיעה בחירות, זכות אדם בסיסית ביותר.

תוצאת פסק הדין: הורו לתקן את החקיקה כך שהמעצר הראשוני יהיה 48 שעות.

**פעמים רבות, כשאנו רוצים להגדיל זכויות ובמקביל אין הגדלת משאבים אז הרפורמה בעצם לא עוזרת**. כך למשל, קיצור המעצר הראשוני באזרחות ל-24 שעות עד הבאה בפני ש' פגע בעצורים. הרעיון הוא כמובן אצילי אבל בפועל כיום ההתעסקות היא במי השופט ובהגשת הבקשה מהר ככל האפשר. הש' עצמו, ברוב המקרים, משמש כחותמת גומי להארכת מעצר ע"מ לאפשר למשטרה להמשיך לחקור. מחקרים מראים שהרפורמה לא הפחיתה מעצרים.

**עיכוב ביצוע עונש מאסר עד החלטה בערעור**

מורשע מבקש לעכב את העונש כי הוא רוצה להגיש ערעור/חושב שיש הצדקה לכך ועוד.

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

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

**השיקולים כוללים**:

* מסוכנות.
* כלל הנסיבות.
* סיכויי הערעור – אם הייתה דעת מיעוט יש סיכוי שהיא תתהפך, אם הייתה סוגייה משפטית מיוחדת שיש סיכוי שביהמ"ש של הערעור ישנה אותה.
* אורך תקופת המאסר שהאדם קיבל – תקופה ארוכה מעידה על אפשרות לברוח.
* האם הערעור הוא על גזר הדין או על הכרעת הדין – אם האדם לא מערער על הכרעת הדין, אלא רק על חומרת העונש, ההכרעה היא חלוטה ויש פחות סיכוי לעיכוב ביצוע.

מקרה קצב מהווה דוג' לשימוש בעיכוב ביצוע. הוא קיבל שנות מאסר רבות ולכן לא הייתה סיבה לגיטימית לעיכוב ביצוע. אולם, מדובר באדם חזק שלא ישב לפני כן במעצר. קצב טען במשך שנים כי לא היה דבר אך בערעור הוא כן טען שהיה רומן, אך בהסכמה. השופט דנציגר ראה סיכוי בטענה הזו ולכן עיכב את הביצוע. אדם נוסף שקיבל עיכוב ביצוע הוא אולמרט.

**ביטול חוק העוסק בחיפוש בגוף**

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

פרשת גואטה – הש' אלון: החשוד נעצר ובהסכמה השוטרים חיפשו בין פלחי ישבנו סמים, בסימטה חשוכה. החיפוש נעשה לפי הדינים שקדמו לחוק החיפוש בגוף. **הש' אלון הדגיש את כבוה"א ואמר כי גם אם יש הסכמה זה לא אומר שהכל פרוץ ומותר**. העובדה שמדובר בפגיעה בכבודו של אדם ובצנעת הפרט יש בה כדי לחייב שמירה על מידה סבירה של הגינות **גם כאשר החיפוש נעשה בהסכמה** כדי שלא לפגוע בזכויותיו של החשוד.

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

פס"ד לאוניד לווין: עוסק בבדיקות שכרות שנעשות מכוח פקודת התעבורה ותקנות התעבורה.

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

**ביטול חוק שפוגע בזכויות באופן לא חוקתי**

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

משקבענו שיש פגיעה, נפנה ונבדוק האם היא מותרת (ע"פ פסקת ההגבלה) – ביהמ"ש חשב כי התכלית היא ראויה שכן עבירות ביטחון מדברות על סיטואציות מיוחדות שמצדיקות פחות מעורבות של נאשמים. אולם, ביהמ"ש סבר כי **זה לא מידתי** שניתן להאריך את המעצר ללא נוכחותו של העצור באופן קטגורי וגורף. **בייניש** – התביעה אמרה שממעטים להשתמש בס'. לכן, לדעתה לא צריך להיות חוק על כך. בהמשך בוטל הס' ונחקק ס' מתון יותר.

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

**ניסיון (שנכשל) לקבוע שאין להרשיע בדעת רוב**

בפס"ד סיבוני נטען שכיום לאור המהפכה החוקתית לא חוקתי ולא ראוי להרשיע בדעת רוב שכן אם יש דעת מיעוט כנראה שיש ספק סביר. הטענה נדחתה, ביהמ"ש קבע כי ס' 80 לחוק בתי המשפט (שקובע את הדרך שבה מכריעים במשפט) הוא **ס' משוריין**. המחוקק יכול לשנות זאת אם ירצה אך ביהמ"ש לא יכול לשנות את הבסיס לשיטה המשפטית בישראל.

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

**השפעה על קבילות ראיות**

התפיסה במ"י לאורך שנים היתה דיכוטומיה בין הדין לתוצאות הפרתו: הפרת הדין לא בהכרח הובילה לחוסר קבילות ראיות. כלומר, **למעט** ס' קבילות ספציפיים כמו ס' 13 לחוק האזנות סתר, ס' 2 לחוק הגנת הפרטיות וס' 12 לפקודת הראיות, **כאשר תהיה הפרה של הדין, התוצאה לא תהיה חוסר קבילות**. נניח שלא הודיעו לחשוד על זכותו לשתוק או על זכותו לעו"ד או שהתבצע חיפוש בלתי חוקי - הכלל היה שהשופטים יתנו לכל דבר את המשקל בהתאם אבל זה לא פסל ראיות. עם חו"י כבוה"א והעליה של זכויות נאשמים וחשודים למדרגה חוקתית החלו להעלות שוב את הטענות לגבי פסלות ראיות שהושגו כתוצאה מהפרת הדין.

כך למשל בפס"ד יששכרוב: מקרה פשוט של שימוש קל בסמים אך הפגם היה חמור כי הראיה הייתה מושפעת (=יתכן שיששכרוב לא היה מודה אם הוא היה מדבר עם עו"ד). למען האמת, הפגיעה באינטרס החברתי אם הראיה תיפסל הוא לא גדול. לכן - זה מקרה בוחן מעולה.

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

* לדעת המרצה - רשויות התביעה חונכו גם מבלי שביהמ"ש התכוון לכך.

פס"ד אלזם:אדם הורשע ברצח ונרצח בעצמו עת ישב בכלא. משפחתו המשיכה את הערעור על מנת לזכות את השם שלו. לאלזם הכניסו מדובבים לכלא. ביהמ"ש אמר כי המדובבים עברו את הגבול בכך שאמרו לו שלא ישמור על זכות השתיקה, שלא ישמע בעצת עורך דינו והשחירו את שמו. ביהמ"ש קבע שנפגעה זכות ההיוועצות וזכות השתיקה של אלזם וכי במעשיהם הם גרמו לו להודות. לכן, **ביהמ"ש מיישם את שתי ההלכות** מיששכרוב ואלזם מזוכה.

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

* פס"ד זה יישם את שני החידושים של יששכרוב (כלל הפסיקה וס' 12).

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

בחור היה מעורב בת"ד והרג אדם. הוא זומן לחקירה חודשיים לאחר האירוע שם לא הודיעו לו על זכותו להיוועץ בעו"ד וגם לאחר שהוא ביקש עו"ד לא הפסיקו את החקירה. ס' 32 לחוק המעצרים מדבר על החובה ליידע על הזכות להיוועץ והוא מתייחס רק לעצור (ס' הזכויות). ס' 34 לחוק המעצרים מדבר על החובה לתת זכות להיוועץ ללא דיחוי שכן הוא מדבר רק על עצורים.

מה קורה עם אסף שרק זומן לחקירה ואינו עצור? **האם זכות ההיוועצות חלה על נחקר חשוד לא עצור?** ביששכרוב זה לא הוכרע כי החוק הרלוונטי היה החש"צ שמחיל את הס' גם על נחקר שאינו עצור ולכן בייניש השאירה זאת בצ"ע. כאן, מנגד, כבר היה צריך להכריע בזה.

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

עד פס"ד זה היה מקובל שכאשר אדם מבקש עו"ד אפשר להמשיך את החקירה עד שהוא מגיע.

בפס"ד זה ביהמ"ש קובע כי כאשר עוה"ד עתיד להגיע בתוך זמן סביר יש להפסיק את החקירה. יתרה מכך, בחקירות שאינן דחופות יש לחכות גם אם הוא אפילו לא בדרך.

במקרה הזה היה ברור שלא מדובר בעניין דחוף שכן הוא נחקר רק חודשיים לאחר התאונה. לכן, ביהמ"ש פוסל את ההודאה. **פסילת ההודאה גרמה לכך שלא היה ניתן להוכיח את היסוד הנפשי של הריגה, בפזיזות, ולכן הוא הורשע בגרם מוות ברשלנות**.

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

למרצה קשה מאוד עם העניין של יששכרוב ונפגעי עבירה - שלא מתחשבים בזה בשיקולים. בפס"ד זה **הש' רובינשטיין** כן מזכיר את קורבנות העבירה ואומר כי לא מדובר בזיכוי אלא בהרשעה בעבירה פחותה יותר. אולם, נפגעי עבירה מוגדרים גם כמשפחות של אנשים שנהרגו ולהם משמעותי אם האדם יורשע בהריגה או בגרימת מוות ברשלנות כי מבחינתם זה בכלל רצח.

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

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

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

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

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

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

* לקרוא פרחי ושמש תחת השפעת חוק היסוד

**הרצאה מספר 3 - 27.3.2016**

הרחבת הלכת יששכרוב גם לראיות נגזרות

פס"ד מ"י נ' פרחי: במסגרת חקירת רצח של עו"ד ענת פלינר, אותה שודד דקר למוות, המשטרה נקלעה למבוי סתום. לכן, היא התחילה לאסוף DNA ממתנדבים ע"מ להרחיב את המאגר תוך הבטחה כי לא ייעשה בכך שימוש לרעתם. יצוין גם שס' 14א לחוק סדר הדין הפלילי (חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי) – חוק מאוד מפורט היות והוא עוסק בפגיעה בזכויות – מדבר על הגבלת השימוש במה שאדם נתן וקובע שלא תיערך השוואה מנתונים שהופקו בחיפוש לבין נתוני זיהוי במאגר **אלא לצורך העבירה הספציפית שלשמה נועד החיפוש**.

אגב החקירה, קצינת המשטרה עלתה על כך שה-DNA של פרחי (שלא נחשד בתור הרוצח) זהה ל-DNA של אנס סדרתי שחיפשו במשך שנים. לכן, עצרו אותו, ביקשו ממנו דגימה והוא סרב אז נתנו לו לעשן סיגריה ומשם לקחו דגימה שגם תאמה לאותו אנס (שזה כן חוקי כשלעצמו).

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

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

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

* לכן, פרחי מורשע במחוזי ומקבל 25 שנות מאסר. הוא מערער לעליון שם יש מהלך מעניין של השופט לוי שמרחיב את הלכת יששכרוב גם לראיות נגזרות.

**לדעת הש' לוי** הפגם חמור עקב הפרת הזכות להליך הוגן והזכות לפרטיות ולכן יש לפסול את הראיה שניתנה בהתנדבות. לגבי הראיות האחרות, הנגזרות, הוא אומר כי צריך להחליט **מהו המבחן המשפטי** לפסילתן כי הן לא היו נולדות ללא הדגימה הראשונה. קש"ס עובדתי מתקיים – זולת ההסכמה למסור את דגימת הרוק הוא לא היה נחשד בביצוע עבירות המין.

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

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

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

בועז סנג'רו - החור השחור: נפסק שאפשר לאשרר את ההרשעה גם ללא ה-DNA ע"ב חוסר שת"פ ואיכון הטלפון. לא מרשיעים במקרי אונס רק ע"ס ראיות נסיבתיות. השופט יודע שזה הוא בוודאות והעובדה שיש ראיה פורנזית כזו מקלה את ההרשעה רק שזה לא נקי לגמרי מבעיות.

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

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

**הש' חיות** מסכימה להרחבת הלכת יששכרוב לראיות נגזרות אבל קשה לה עם ההבחנה בין הראיות הרגילות לנגזרות: היא טענה כי **פסילת ראיה נגזרת תיבדק לפי איך שהיא תשפיע על מלאכת הצדק**. היא כוללת בפנים את זכויות הקורבנות ולכן מבחינתה דווקא אין טעם לעשות הבחנות בין ה-DNA השני לאיכון הטלפון (גישת לוי) ואין לפסול אף אחת מהראיות.

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

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

פרשת ולס: חרדי הורשע בהריגת ילדו בן ה-3 חודשים. הוא טען בטענה המרכזית כי החוקרת נגעה בו ולכן יש לפסול את ההודאה מכוח ס' 12 לפקודת הראיות וכן מכוח הלכת יששכרוב כי החקירה היתה פסולה ונגעה בנפשו ובאוטונומיה שלו (הרי היא שוטרת ממין נקבה).

**הטענה לא התקבלה**: ביהמ"ש מקבל כי הייתה פה פגיעה בכבוד (החוקרת פעלה בתו"ל) אך לא רואה זאת כפגם בראיה. ביהמ"ש אומר כי המשטרה צריכה לגלות רגישות למגוון האנושי ולכן חקירה של אדם חרדי צריכה להיעשות ככל האפשר ע"י גבר. אולם, הניתוח שלאחר מות התינוק אימת את הדברים שהוא אמר בהודאה ולא היה חשש לאמיתות ההודאה - זה תאם ולכן ההודאה לא נפסלה. **הש' מלצר בדעת מיעוט** חשב שיש להפחית מעונשו.

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

ניסיון כושל להרחיב את הלכת יששכרוב להליכים שלפני הגשת כ"א

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

עוה"ד של הרכבת טענו כי **יש להפעיל את דוקטרינת הפסילה באופן שתמנע את העברת הראיות למשטרה**. הס' הרלוונטי הוא ס' 43 לפסד"פ שמכוחו המשטרה יכולה לבקש ראיות.

עובדי הרכבת טענו שאין לתת את העדויות האלה שניתנו במסגרת של חקירה פנימית בלי אזהרה - לא אמרו שהם חשודים, לא אמרו שזה ישמש נגדם בהמשך בפוטנציאל וכהנה.

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

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

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

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

הרחבה מסוימת של ההלכה – זכות היידוע על הזכות לסנגור ציבורי

פס"ד לין:עובד זר הורשע ברצח של חברתו תוך ביתור הגופה. הוא הודה ושיחזר את הרצח מספר פעמים. הייתה לו טענה שלא הודיעו לו על זכותו לסנגור ציבורי אלא הודיעו לו על הזכות להיוועץ בעו"ד באופן כללי וטען שרק ובשל העובדה שלא היה לו כסף לסנגור רגיל הוא לא ביקש עו"ד. לכן, לדידו הודאתו צריכה להיפסל בשל כך. **הש' רובינשטיין** אומר באמרת אגב כי יידוע על זכות ההיוועצות צריך להיות אפקטיבי כולל הודעה על סנגור ציבורי ושבמקרים מסוימים העיתוי של ההודאה יהיה משמעותי. אולם, במקרה זה לין הודה מס' פעמים, גם לאחר שהיה לו סנגור ולכן לא הייתה משמעות מבחינת קבילות ההודאה. היה גם חומר חקירה נוסף חוץ ההודאה שלו. **רובינשטיין** אומר כי במקרה אחר יתכן כי נפסול את ההודאה. כך למשל, אם הוא היה מודה לפני הסנגור, אך אחרי ייצוג הוא היה חוזר בו, אולי ההודאה הייתה נפסלת.

* תיאורטית ההרחבה תיתכן אך היא לא התקבלה במקרה הקונקרטי.

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

פס"ד אלסיד: עסק בשאלה מה היחס בין הגנת הצורך שיש לחוקרי השב"כ, במקרים של חקירות מיוחדות, לבין הלכת יששכרוב. בפסק הדין דובר על המחבל שתכנן את הפיגוע במלון פארק בנתניה ולכן הוא לא נחקר ע"מ להשיג הודאה על מה שעשה, אלא כדי למנוע את הפיגוע הבא (היו אמצעי לחץ מיוחדים בחקירה). עורך דינו ניסה לטעון שגם אם החקירה מוצדקת בשל אילוצי השעה (ואז אין להעניש את החוקרים לגבי האמצעים שבהם השתמשו בשל הגנת הצורך), עדיין אפשר להפעיל את הלכת יששכרוב רק לעניין ההודאה (שתיפסל).

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

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

הרחבה של ההלכה - חיפוש ראיות חפציות ופסילתן

פס"ד בן חיים: בפעם הראשונה מדובר על פסילת ראיות חפציות עקב חיפוש לא חוקי, כאשר עד לפסק דין זה דובר בעיקר על פסילת הודאות. כדי שהמשטרה תבצע חיפוש יש צורך בצו חיפוש או שיתקיים חשד סביר (מכוח ס' 25 ו-29 בפסד"פ). כאן בייניש אומרת שאת החשד הסביר לחיפוש יכולה להחליף הסכמה לחיפוש, בתנאי שהיא תהיה הסכמה מדעת, כלומר, שאומרים לאדם שיש לו את האפשרות לסרב ושהסירוב לא ישמש נגדו.

פס"ד זה הוא איחוד של שלושה מקרים:

1. אדם הלך ברחוב, שוטר ביקש ממנו לראות מה יש לו בכיסים ומצא אצלו סכין.
2. באו לבית החשוד, ביקשו מאמו לערוך חיפוש ומצאו סמים. הוא הואשם בהחזקת סמים.
3. בעקבות מידע מודיעיני נכנסו לבית וערכו חיפוש ונמצאו שם סמים.

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

# 3. החקירה המשטרתית וזכויות החשוד

## 3.1 פתיחת ההליך הפלילי: תלונה וחקירה משטרתית

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

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

ס' 59 לחסד"פ קובע כי אם נודע למשטרה על ביצוע עבירה, בין בתלונה ובין בדרך אחרת, היא תפתח בחקירה. לפי ס' 58 כל אדם רשאי להגיש תלונה על עבירה שבוצעה. כלומר, לא רק הנפגע יכול להתלונן. "כל דרך אחרת" יכולה להיות שוטר שנקלע לזירת האירוע, אדם שנתן מידע מודיעיני ועוד.

מס' 59 עולה כי חובת החקירה היא על המשטרה ובהמשך הסעיפים מופיעים חריגים: אם (1) אין עניין לציבור או אם (2) הייתה רשות אחרת מוסמכת ע"פ דין לחקור, קצין משטרה בדרגת פקד ומעלה יכול לסרב לחקור משני הטעמים ורק בעבירות מסוג חטא/עוון.

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

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

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

בג"ץ שפטל נ' היועמ"ש: כאן בג"ץ התערב. עו"ד שפטל, שייצג את דימאניוק, הגיש תלונה נגד עיתונאי, ניצול שואה, שבמהלך פרשת דימאניוק כתב סדרת כתבות בהן כתב שדימאניוק הוא איוון האיום. טענתו של שפטל היתה כי העיתונאי עבר על עבירת הסוביודיצה[[1]](#footnote-1) בניסיונו להשפיע על ההליך השיפוטי. המשטרה החליטה שלא לחקור וערר לפרקליטות נדחה בנימוק שהעיתונאי הוא ניצול שואה. בג"ץ אמר שאין רלוונטיות לכך שהוא ניצול שואה ושכן היה צריך לחקור.

הקשר שבין הגוף החוקר לגוף התובע

לכאורה, החקירה שנעשית ע"י הגוף החוקר מנותקת מההעמדה לדין (ע"י התביעה), אך בפועל התובעים מנחים את המשטרה בדברים רגישים ואף בהחלטה לפתוח חקירה ובניהולה.

מה מקור הסמכות של התביעה להנחות את המשטרה?

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

1. הערר – אם בתיק שנפתח בעקבות תלונה יש ערר לפרקליטות והיא יכולה לשנות את ההחלטה, אז אין סיבה שגם מראש היא לא תוכל להורות למשטרה לפתוח בחקירה.
2. השלמת חקירה (ס' 61 לחסד"פ) – גם אחרי שמועבר חומר חקירה מהרשות החוקרת לרשות התובעת, יש אפשרות לבקש השלמת חקירה. מכאן, אם התביעה יכולה לתת הוראות במועד מאוחר יותר, קל וחומר שתוכל לעשות זאת גם בשלב מוקדם יותר.
3. הפסיקה – זו, בסדרת החלטות, חיזקה מאוד לאורך השנים את מעמד היועמ"ש כמי שאחראי על כל רשויות האכיפה. באחד מפסה"ד אף נקבע שהפצ"ר כפוף מבחינת מדיניות ליועמ"ש. לכן ברור שהיועמ"ש, ראש כל מע' האכיפה, יכול לתת הוראות למשטרה.
* "חקירת ביניים" שלא כתובה בחוק - בדיקה משטרתית/בדיקה פרקליטותית: אלה מצבים שבהם לפני החקירה מבצעים בדיקה האם בכלל לחקור, כאשר המטרה היא למנוע נזק לחשודים. משנפתחת חקירה נפתח תיק פלילי ואילו בדיקה היא הליך לא פורמאלי ועדיין אין תיקים או חשודים. הפסיקה נתנה לגיטימציה לעצם הליך כזה וכן לשיקול דעתו של היועמ"ש מתי לפתוח בבדיקות ומה תכלול הבדיקה.

בג"ץ התנועה לאיכות השלטון נגד היועמ"ש: התנועה לאיכות השלטון הגישה בג"ץ כנגד יו"ר הרשות לניירות ערך והפרקליטות החליטה לבצע בדיקה שבמסגרתה תשאלו אנשים ואספו מסמכים ברשות. בעקבות הבדיקה הוחלט שלא לפתוח בחקירה ואז התנועה לאיכות השלטון טענה שהפרקליטות לא רשאית לבצע בדיקה שבה היא אוספת מסמכים ושומעת אנשים.

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

מבחינת היקף הבדיקה - ככל שמדובר בעבירה חמורה יותר או בחוסר וודאות חזק יותר כך היקף הבדיקה צריך להיות מעמיק יותר.

* עושים שימוש בכלי זה אצל אנשי ציבור, למרות שההליך אינו ייחודי להם, אך הנזק מעצם החקירה עלול להיות עצום אצלם. לכן שומעים על זה בעיקר בהקשר הזה.
* לקרוא בזכויות חשודים ונאשמים פרץ נ' מ"י וגלעד שרון

**הרצאה מספר 4 - 3.4.2016**

* התשאול (חקירה במובן הצר): מקור הסמכות של השוטר/החוקר לשאול אדם שאלות נעוץ בס' 2(1) לפק' הפרוצדורה הפלילית (עדות). זוהי פקודה מנדטורית ולכן הנטייה שלה היא לתת סמכות מאד רחבה לרשויות. הס' מקנה סמכות לקצין משטרה או לכל אדם ששר המשפטים הסמיך לחקור לשאול אדם שאלות. הפקודה מדברת על officer, כלומר על פקיד ולא קצין ולכן שר המשפטים יכול להסמיך גם כל שוטר שאינו קצין או אפילו מי שאינו שוטר.

מה כולל התשאול?

בג"ץ הועד הציבורי נגד עינויים נ' מ"י: זהו בג"ץ שתקף את סמכות השב"כ לחקור. פסה"ד ניתן לפני חוק השב"כ שמסדיר את סמכות חוקרי השב"כ בשוטף ובמסגרת החקירה.

הטענה של הועד הייתה שחוקרי השב"כ פועלים ללא סמכות בחקירתם ומעבר לכך, גם אם יש לשב"כ סמכות לחקור, בוודאי שאין להם סמכות להשתמש באמצעים קשים בחקירות.

ביהמ"ש קבע שחקירה היא הליך שפוגע בזכויות. כלומר, מזה שאדם נמצא בסיטואציה של חקירה ישנה פגיעה בזכויות ולכן חייב להיות מקור סמכות. ביהמ"ש קיבל את הטיעון שמדובר בהסמכה של שר המשפטים (המרצה: מדובר בסמכות שניתנה בצורה רטרואקטיבית).

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

מה יכולה לכלול חקירה? ביהמ"ש מדגיש שחקירה לא יכולה לפגוע בשלמות הגוף והנפש ולכן מה שמוגדר כעינויים אף פעם לא יהיה כשיר.

לגבי אמצעים שאינם עינויים אך הם לא נעימים (כיסוי עיניים, מניעת שינה וכולי), ביהמ"ש אומר שזה תלוי בצורכי החקירה. בשום פנים ואופן אי אפשר להשתמש באמצעי החקירה רק על מנת להחליש את התנגדות הנחקר וצריכה להיות תכלית ראויה לשימוש באמצעי "לא נעים".

חוק סדה"פ (חקירת חשודים) משנת 2000 עוסק בהוראות שונות לגבי חקירה. כך למשל, ישנה חובת תיעוד חזותי או קולי בעבירות מסוימות, ישנה חובה ששפת החקירה תהיה שפה שהנחקר מבין, נדרש שמיקום החקירה יהיה בחדר במשטרה ועוד.

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

### 3.2.1 הזכות לאי הפללה עצמית

זכות זו מופיעה בשלושה מקורות:

1. ס' 2(2) לפק' הפרוצדורה הפלילית (עדות) – אדם חייב לענות לכל שאלות החוקר, למעט שאלות שיש בתשובות להן כדי להעמידו בסכנת הפללה עצמית. בשיטה האדברסרית אדם לא חייב לספק לתביעה את הנתונים להפללתו וזה אחד מהרציונאלים לסעיף.
2. ס' 28(א) לחוק המעצרים – כשקצין ממונה מחליט על מעצר או על שחרור, הוא צריך להזהיר את האדם שכל דבר שהוא אומר עלול להפלילו (המקבילה לאזהרת מירנדה).
3. ס' 47 לפקודת הראיות – אדם לא חייב למסור ראיות ומסמכים שיש בהם הפללה עצמית.

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

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

רע"פ מ"י נ' גלעד שרון: הרציונאלים של זכות השתיקה. כאמור לעיל, ס' 47 לפק' הראיות אומר שאין חובה למסור מסמך שעלול להפליל. גלעד שרון נחשד בעבירות והמשטרה הוציאה צו למסירת מסמכים. היא לא הייתה יכולה להוציא צו חיפוש כי גלעד גר בחוות השקמים ולאביו ראש הממשלה יש חסינות. בתגובה לצו, גלעד שרון טען שבגלל שהוא חשוד (ולא עד) עומדת לו זכות השתיקה ולכן הוא יכול שלא למסור אף מסמך (ולא רק את המסמך המפליל).

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

1. דאגה לחשוד: במהלך החקירה החשוד ניצב לבדו מול החוקרים ללא סיוע וקיים חשש שהחוקרים ישתמשו בכוח שבידיהם כדי לגבות ראיות. כאן הרציונל לא מתקיים כי הוא כבר קיבל צו למסירת מסמכים והוא יכול להיוועץ בעו"ד שיכול לפעול ע"מ לבטל את הצו.
2. מניעת הודאות שווא של נאשמים: חקירה זו סיטואציה מלחיצה והחשוד יכול להודות בדברים שלא עשה. כאן הרציונל לא מתקיים כי מדובר במסמכים ולא בהודאה.
3. הימנעות מהטלת חובת עשה על החשוד: לפי השיטה האדברסרית מי שצריך לגייס את הראיות זו התביעה ולא הנאשם ולכן לא נטיל חובות עשה על החשוד. במקרה שלנו הרציונל לא מתקיים כי לא צריך ליצור מסמכים אלא למסור מסמכים קיימים.
* על כן, המסקנה היא שבכל הקשור למסמכים, קיימת לחשוד רק הזכות לחיסיון מפני אי הפללה עצמית ולא זכות השתיקה. ביהמ"ש לא רצה שבאמצעות זכות השתיקה הוא יוכל להתחמק מקיום הצו ולכן נפסק שהוא מחויב למסור את המסמכים.

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

מהו מעמד האזהרה לאי הפללה?

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

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

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

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

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

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

הלכת יששכרוב (שינוי): אומנם הלכה זו ניתנה לגבי זכות ההיוועצות אך היא חלה ביתר שאת גם לגבי זכות השתיקה והזכות לאי הפללה עצמית בהיעדר אזהרה. ההלכה נותנת לביהמ"ש שק"ד בשאלה עד כמה הפגם היה חמור ועד כמה היעדר האזהרה השפיע.

ביהמ"ש לא קבע ככלל גורף שכאשר אדם אינו מוזהר אז האוטונומיה שלו נפגמת, אבל מלומדים רבים בישראל חושבים שיש לומר שבכל פעם שאדם אינו מוזהר אין לו אוטונומיה של רצון עצמי. אולם, כן רצוי לטעון את הטענה הזו כי במצבים מסוימים היא תתקבל.

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

### 3.2.2 זכות ההיוועצות

 לזכות ההיוועצות יש מספר רציונאלים (**הש' ארבל** בבש"פ פרץ):

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

הזכות מופיעה בס' 34-32 לחוק המעצרים:

* **ס' 32**: חובת הסברת הזכויות לעצור, היינו, הזכות ליידוע בדבר זכותו להיוועצות.
* **ס' 34**: זכות ההיוועצות עצמה - לא לעדים אלא רק לעצורים.
* **ס' 35** – **חריג**: בעבירות ביטחון יש אפשרות לעכב פגישה עם עורך דין.

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

ס' 32 וס' 34 עוסקים בזכויות עצורים. **האם ניתן להרחיב את ס' 32 גם לנחקר שאינו עצור** (**דוגמת אריה דרעי בימים אלה**)**?** השאלה הושארה בצ"ע בפס"ד יששכרוב משום שבפס"ד זה עסקו בחש"צ ולא בחוק המעצרים. התשובה לשאלה זו הוכרעה בפס"ד אסף שי שנחקר חודשיים לאחר התאונה אך **לא היה עצור**. בחקירה לא הודיעו לו על זכותו לעו"ד וכשהוא ביקש לא חדלו את החקירה. ביהמ"ש קבע כי אם הפגם היה **רק ס' 32** (=אי הודעה על הזכות) הוא לא היה פוסל את ההודאה (אך זה לא היה הפגם היחיד).

* נכון לומר ששאלת הרחבת חובת ההודעה לחשוד שאינו עצור (ס' 32) עודנה בצ"ע. לעומת זאת, כן נעשתה הרחבה לחשוד שאינו עצור לענייןס' 34 (זכות ההיוועצות עצמה).
* **לפגיעה בזכות ההיוועצות יש נפקות גם בשלב המעצר עצמו ולא רק בשלב המשפט**:

בפס"ד פרץ **הש' ארבל** הרחיבה את היכולת לטעון לפגיעה בזכות ההיוועצות כבר בשלב המעצר. לשיטתה, פגם משמעותי מאוד כמו פגיעה בזכות העצור להיוועצות **עלול** לפגוע בלגיטימיות של ההליך ולשמוט את הצידוק המוסרי להמשך המעצר.

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

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

ההלכה לגבי "בהקדם האפשרי": פרשנות החסד"פ הייתה שגם כשחשוד מבקש להיפגש עם עורך דין, עד שהאחרון הגיע ניתן להמשיך עם החקירה. עם חקיקת חוק המעצרים נטען בפס"ד חסוןב-98'כי השינוי במינוח בחוק המעצרים מחייב למעשה לשנות את ההלכה ולומר שכבר אי אפשר להמשיך בחקירה. ביהמ"ש סירב לקבל את הטענה, ואיפשר להמשיך בחקירה.

* ביהמ"ש אומר כי כל עוד החשוד הוזהר כדבעי לא צריך להפסיק חקירה, אבל כן חובה ליצור קשר עם עוה"ד כמה שיותר מהר.

**הרחבה** - הדבר צף שוב בפס"ד אסף שישם ביהמ"ש משנה את הפירוש של "ללא דיחוי" ומבהיר שכאשר חשוד מבקש לדבר עם עורך דין אז כל עוד עורך הדין מודיע כי יגיע תוך זמן סביר **יש להפסיק את החקירה ולהמתין להגעתו**. יתרה מכך, כאשר החקירה אינה דחופה יש להמתין לעורך הדין גם אם הוא לא מגיע תוך זמן סביר.

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

ניסיון הרחבה לזכות היוועצות בשימוע מנהלי נעשה בעניין קוטלאייר:כאן לא דובר בהליך פלילי אלא בשימוע מנהלי. האם כשאדם מוזמן לשימוע מנהלי יש להודיע לו על זכותו לייצוג?

אין מחלוקת כי אדם שרוצה להיות מיוצג ע"י עו"ד יכול. הדבר נובע מחוק לשכת עורכי הדין שאומר כי עוה"ד יכול לייצג בפני בימ"ש או כל רשות שפועלת ע"פ דין. **ביהמ"ש לא הסכים להרחיב את חובת היידוע ורצה לתת ביטוי להבדל בין שימוע מנהלי לבין הליך פלילי**.

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

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

### 3.2.3 הזכות למינוי סנגור ציבורי (לימוד עצמי)

ס' 15 לחוק סדה"פ מדבר על מינוי סנגור מטעם ביהמ"ש. ס' 19 לחוק הסנגוריה הציבורית מדבר על הודעה לעצור על האפשרות למנות סנגור ציבורי. בפס"ד ליןשלמדנו במסגרת השפעת המשפט החוקתי **הש' רובינשטיין** אומר כי ניתן לפסול הודאה של נאשם בשל העובדה שלא יידעו אותו על זכותו לסנגור ציבורי.

### 3.2.4 הזכות לפרסום שמות של חשודים

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

בעבר לא הייתה מגבלה על פרסום שמות והיתה על כך ביקורת משום שאפילו פרסום שמו של אדם כחשוד יכול לפגוע בשמו הטוב כשייתכן שיתברר בהמשך כי הוא כלל לא אשם.

סימן ו' לחוק בתי המשפט **העוסק בפומביות הדיון** – ס' 70-70ה – קובע הסדר מפורט (=**הכלל**) לפיו שם של חשוד לא יפורסם עד תום 48 שעות מהמועד שבו הוא התייצב לחקירה או עד סיום של דיון ראשון של שופט בעניינו, לפי המוקדם [ס' 70(ד1)(1)].

**החריגים** – ייתכן שתהיה בקשה לפרסום לפני הזמן או לחיסיון לאחר תום הזמן. למשל, בס' 70(ה1)(1) נאמר שביהמ"ש רשאי לאסור פרסום שם של חשוד כאשר הדבר יגרום לו נזק חמור גדול יותר מהעניין הציבורי שבפרסום וזאת עד להגשת כתב אישום.

פס"ד חברה פלונית נגד מ"י: זהו סיפור של מטפל שנעצר בחשד לביצוע מעשה מגונה בקטינה שהוא טיפל בה. היה צו איסור כולל שהוטל על הפרשה. בעליון ביהמ"ש נדרש לנתח את ס' 70(ה1)(1) וקבע כי הוא כולל **שני תנאים מצטברים שצריכים להתקיים**:

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

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

# 4. עיכוב

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

## 4.1 רקע היסטורי

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

## 4.2 מאפייני סמכות העיכוב – הוראות כלליות

**הגדרת העיכוב**: ההגדרה נמצאת בס' 66 שקובע כי עיכוב הוא הגבלת חירותו של אדם לנוע באופן חופשי בשל חשש שבוצעה עבירה או כדי למנוע ביצוע עבירה כשהגבלת החירות מסוייגת מראש בזמן ובתכלית. כלומר, הגבלת חירות שהיא פחותה ממעצר ושהסיבה לה היא חשד שנעברה עבירה או מניעת עבירה עתידית.

**משך העיכוב**: ס' 73- לא יעוכב אדם או כלי רכב מעבר לזמן סביר הדרוש בנסיבות המקרה לביצוע הפעולה שלשמה הוקנתה סמכות העיכוב. ס"ק (ב) יותר ספציפי וקובע זמן סביר המוגבל ל-3 שעות עיכוב אך ניתן להאריך ב-3 שעות נוספות אם מדובר במס' רב של מעורבים.

**הביצוע**: ס' 72 מפנה לס' 24 **שעוסק בנוהל מעצר** ואומר כי הוא יחול בשינויים המחייבים.

ס' 24 דורש שמי שעוצר אדם יעשה שלושה דברים:

1. יזדהה (תעודה, מדים).
2. יודיע לו שהוא עצור.
3. יסביר לו את סיבת מעצר – לא מדובר על ס' בחוק אלא על המעשה שהחשוד עשה.
* ס' 24(ג) - מילוי החובות האמורות הוא **תנאי לחוקיות המעצר**.

## 4.3 עיכוב חשוד

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

פס"ד דגני: השאלה היא אם מצטיירת תמונה שלאורה אדם רגיל בר דעת היה מגבש חשד. כלומר, מבחן אובייקטיבי. קושי: מדובר על משהו מאוד לא מדויק - חשד סובייקטיבי של שוטר - אך המבחן הוא אובייקטיבי **שבוחן את הנסיבות** **באותו הרגע**. לכן, אם בסופו של דבר התברר שהאדם תמים לחלוטין זה לא אומר שבנסיבות שבאותו הרגע לא היה צריך לעכב אותו.

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

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

חקירה בתחנת משטרה: ס' 67(ב) דן בדרישה מאדם להתלוות לתחנה משטרה וקובע שמדובר במקרים בהם יש יסוד סביר לחשוד שהוא עבר עבירה או שיש הסתברות גבוהה שהוא עומד לעבור עבירה וכן שהזיהוי היה בלתי מספיק או לא ניתן לחקור אותו במקום הימצאו (**מצטבר!**).

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

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

* ס' 3 לחוק סדה"פ (חקירת חשודים) אומר כי חקירת חשוד תתנהל בתחנת משטרה אלא בנסיבות חריגות שמצדיקות את חקירתו מחוץ לתחנה.
* פקודות המטה הארצי אומרות כי חקירה של עד או חשוד בתחנת משטרה אינה נלקחת בחשבון לצורך חישוב משך העיכוב.
* מצירוף ההוראות אנו מבינים כי בניגוד לפרשנות הס' שנוגעת לעיכוב, חקירות דווקא לרוב יהיו בתחנת המשטרה ואף במקרים כאלו **אין הגבלה על שעות העיכוב** (כי הוא מצוי בזמן זה בסטאטוס של נחקר כחשוד ולא בסטאטוס של מעוכב).

פרשת דרור חוטר ישי: זהו המקרה היחידי שבו הנושא הגיע לבחינה שיפוטית. עו"ד דרור חוטר ישי שהיה ראש לשכת עורכי הדין הוזמן לחקירה בתחנת משטרה. היה חשוד נוסף והמשטרה רצתה לחקור אותם במקביל. חוטר ישי סירב לבוא לתחנת המשטרה וכאשר נשלחו אליו שוטרים הוא סירב להתלוות אליהם. מטעמי זהירות המשטרה לא עצרה אותו למרות שסירוב לעיכוב הוא עילת מעצר. המשטרה פנתה לביהמ"ש והעניין התגלגל לשופט התורן של העליון.

**השופט זמיר** החליט שהוא לא מכריע בתיק עצמו אך דן בחובה לציית לזימון לחקירה: הוא קובע כי במהלך הדברים הרגיל כל אדם שמתבקש ע"י המשטרה להתייצב ע"מ למסור עדות או להיחקר, מן הראוי שיעשה כך בדרך המקובלת ובמקום המקובל גם ללא צו המחייב אותו להגיע למשטרה. כאשר מוצא צו עיכוב לפי ס' 67 לחוק המעצרים, התכלית והתוצאה היא בד"כ שניתן יהיה לחקור את המעוכב אם אין מדובר בחקירה פשוטה וקצרה, במשרדי המשטרה.

לדידו, המעוכב אינו רשאי להכתיב למשטרה את מועד החקירה או את מקום החקירה.

* עינינו רואות כי גם **הש' זמיר** מחליף את ברירת המחדל. הוא אומר כי החובה היא קודם כל מוסרית ואומר כי תוצאות של עיכוב הן בד"כ חקירה בתחנת המשטרה.

## 4.4 עיכוב עד

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

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

## 4.5 עיכוב לצורך חיפוש ובדיקת מסמכים

ס' 69 לחוק המעצרים מדבר על **עיכוב לצורך חיפוש ובדיקת מסמכים**. עד לחוק המעצרים היו סמכויות חיפוש מכוח הפסד"פ אבל לא הייתה סמכות לבצע עיכוב לצורך החיפוש.

ס' 69 אומר כי מקום שבו הוקנתה בחיקוק הסמכות לחפש במקום, בכליו או בגופו של אדם, או הסמכות לדרוש מאדם הצגת מסמכים - רשאי בעל הסמכות לעכב אדם או כלי רכב כדי לאשר את החיפוש או העיון במסמכים וכן רשאי הוא לדרוש מהאדם למסור את שמו ומענו.

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

## 4.6 עיכוב כלי רכב

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

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

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

## 4.7 עיכוב ע"י אדם פרטי

ס' 75קובע כי כל אדם רשאי לעכב אדם אחר עד לבואו של שוטר אם התקיים אחד מאלה:

1. האדם חשוד כי ביצע בפניו עבירת אלימות, פשע, גניבה או עבירה שגרמה נזק של ממש לרכושו. **או**
2. אדם אחר הקורא לעזרה מצביע על אדם החשוד שביצע בפניו עבירה כאמור בפסקה (1).
* \*והכל אם יש חשש שהחשוד ימלט או שזהותו לא ידועה.

ס"ק ב אומר כי האדם המעוכב צריך (1) **להימסר לשוטר** **ללא דיחוי** ו(2) **עד שלוש שעות**.

ס"ק ג אומר כי אדם כזה **רשאי להשתמש בכוח סביר** אם החשוד סירב להיעתר לבקשת העיכוב, ובלבד שלא יהיה בשימוש בכוח בכדי לגרום לחשוד חבלה.

מדוע שוטר שמעכב לא יכול לעשות שימוש בכוח ואילו אדם אחר כן? אם אדם מתנגד לעיכוב על ידי שוטר קמה לשוטר סמכות מעצר שמאפשרת לו שימוש בכוח סביר עד שימוש בנשק קטלני. לעומת זאת, לאדם פרטי אין סמכות מעצר גם אם האדם בורח ולכן הוא יכול רק להשתמש בכוח סביר שלא גורם חבלה כדי להחזיק אדם במקום עד שיבוא שוטר.

## 4.8 מעצר בהתנגדות לעיכוב

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

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

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

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

טענתו התקבלה כי ברגע שהוא עצר אותה הוא השתמש בסמכות שלא הייתה לו ולכן ההתנגדות של שמשי לא הייתה הכשלה.

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

דוג' נוספת הממחישה את ההבדל בין סמכות עיכוב לסמכות מעצר היא פס"ד אברג'יל.אברג'יל הואשם בבריחה ממשמורת חוקית עקב בריחה ממעצר. אולם, היה ניתן רק לעכבו ולא לעוצרו ולכן המשמורת שלו לא הייתה חוקית. **מכאן, הבריחה לא הייתה בריחה ממשמורת חוקית**. ביהמ"ש מדגיש שוב שלא ניתן להצדיק בדיעבד מעצר לא חוקי דרך סמכות לעכב.

* לקרוא פס"ד דגני ופס"ד מורזובה במעצרים.

**הרצאה מספר 5 - 10.4.2016**

# 5. מעצרים

## 5.1 דיני מעצרים - כללי

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

1. **עיקרון החוקיות [ס' 1(א)]** – **אין מעצר ועיכוב אלא בחוק או לפי חוק ומכוח הסמכה מפורשת בו**. חוק המעצרים מנסה לכסות על מצב ביניים וקובע כי לא ייתכן אפילו מעצר של שעה ללא סמכות חוקית. במהלך השנים בכל פעם שהמציאות גילתה שחסר משהו (=היה צורך בסמכות מעצר שלא צפו) היו מתקנים את החוק על מנת להוסיף סמכות (=סמכויות עזר).

החריג לסמכויות עזר הוא שסמכויות אלה לא יכולות לפגוע בזכויות אדם.

הנושא עלה בפס"ד ילנה מורזובה נ' מ"י: הואשמה במחוזי ברצח אך במסגרת הסדר טיעון היא הורשעה בהריגה ונגזרו עליה 11 שנות מאסר. בערעור על הרשעתה החליט העליון להתיר לה לחזור מהסדר הטיעון ומהודאתה. זה קרה לאחר שהיא כבר ריצתה למעלה מ-3 שנות מאסר.

בדיון מחדש במחוזי התביעה ביקשה לעצור אותה עד לתום ההליכים. היא טענה כי המחוזי לא מוסמך לדון בבקשה כי חלפו למעלה מ-3 שנים מאז נעצרה. לטענתה, יש להביא בחשבון לעניין התקופה המצטברת שבה שהתה במעצר את תקופת המאסר שריצתה ולכן הסמכות להארכת המעצר היא בידי העליון, בהתאם להוראת ס' 62 לחוק המעצרים.

המחוזי לא הסכים עימה ואישר מעצר עד תום ההליכים. **מכאן הערעור**.

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

**השאלה** – איזה בימ"ש מוסמך לעוצרה (עליון או מחוזי)? ס' 61 לחוק המעצרים אומר שביהמ"ש יכול לעצור אדם עד 9 חודשים (ובאיזוק אלקטרוני – חידוש – עד 18 חודשים). האם בגלל שהתחיל ההליך מחדש סופרים שוב 9 חודשים או שצריך אישור מהעליון להארכה? **הש' בייניש** אומרת שאין מעצר ללא סמכות ומכריעה כי הסמכות היא לעליון כי לא ייתכן שהיא תהיה למחוזי ואז תשעת החודשים הקודמים שהיא ריצתה פשוט "יימחקו".

* פסה"ד חשוב לא רק לסיטואציה הספציפית הזו אלא גם לנושא של עיקרון החוקיות ולהדגשה כי **לכל מעצר צריכה להיות סמכות חוקית מאוד ברורה ומוגדרת**.
1. **עיקרון כבוד האדם, עיקרון המידתיות [ס' 1(ב)]** – מעצר ועיכוב של אדם יהיו בדרך שתבטיח שמירה מירבית על כבוד האדם ועל זכויותיו. מעבר להצהרה הכללית על כבוד האדם יש **בכל חוק המעצרים** הוראות של מידתיות. צריך להעדיף מעצר בצו על פני מעצר שלא בצו, עיכוב על פני מעצר, חלופת מעצר על פני מעצר ועוד 🡨 נעדיף את האמצעי שפגיעתו פחותה.
* תכליות המעצר חייבות להיות תכליות אינדיבידואליות הקשורות בחשודים ולא במטרות כלליות חיצוניות לו (דוגמת מכת מדינה כמו פס"ד גנימאת, אמון הציבור וכולי).
1. **עיקרון התחולה הכללית [ס' 1(ג)]** – **ככל שאין הוראה סותרת נלך לפי חוק המעצרים**.

הוראות חוק זה יחולו על מעצר ועל עיכוב לפי כל חוק, אא"כ נקבעו בחוק הוראות אחרות.

* הרציונל: (1) אחידות; (2) העובדה שהחוק מודרני ומותאם לדרישות חו"י כבוה"א.

פס"ד לאוניד לוין: כאן הרחיבו את עקרון התחולה הכללית של עקרון החיפוש על תקנות התעבורה מתוך רצון שהדין המודרני יחול גם על הוראות שנקבעו בחיקוקים אחרים כל עוד לא היתה הוראה אחרת נוגדת. בהמשך ובעקבות פסק הדין החוק הסדיר את נושא הסכמת בדיקת השכרות ולכן **כיום** יש הוראה ספציפית נוגדת, אבל בהיעדרה חלו ההוראות הכלליות.

**עילות מעצר – שתיים כלליות ואחת ספציפית**

* **"שיבוש"** –כל דבר שיכול להפריע לתהליך החקירה – בריחה מהארץ, הפחדת עדים ועוד.
* **"מסוכנות"** – זו יכולה להופיע בשתי צורות:
* מסוכנות אינדיבידואלית שנלמדת פשוט מהאדם עצמו (עבר פלילי וכדומה);
* מסוכנות שנלמדת מהבסיס העובדתי של עבירה מסוימת (מעצם זה שיש בסיס עובדתי לרצח ברור שהאדם מסוכן).
* **עילת "לצורכי חקירה מיוחדים"** – ס' 13(ג) לחוק המעצרים: קיים רק בתקופת החקירה עצמה (באם נפתחה כזו בכלל) ולא לפני כן. כאן האדם לא מסוכן ואנחנו רק רוצים להחזיק אותו במעצר כדי שנוכל להפעיל אמצעי חקירה מיוחדים (מדובב בתאו, עיתון פיקטיבי ועוד).

## 5.2 שישה סוגי מעצרים

1. **מעצר ראשוני ע"י שוטר**: **בצו** (ס' 13 לחוק המעצרים) **ושלא בצו** – **בשטח** (ס' 23 לחוק המעצרים). מעצר זה הוא מעצר של עד 24 שעות.
2. **"מעצר ימים" – מעצר לפני הגשת כתב אישום**: למעשה - **הארכת מעצר או מעצר על ידי שופט**. מעצר זה מתבצע לפני הגשת כ"א (ס' 13 לחוק המעצרים).
3. **מעצר לפי הצהרת תובע**: זהו מעצר **לזמן ימי כתיבת כתב האישום** (לאחר החקירה המשטרתית) שיבוקש אם מאמינים שעדיף לא לשחרר את העצור [ס' 17(ד) לחוק המעצרים].
4. **מעצר עד תום ההליכים**: "מעצר שלאחר הגשת כתב אישום". זהו מעצר לתקופת המשפט, עד 9 חודשים. לאחר מכן הארכות מעצר יתאפשרו רק ע"י העליון (ס' 21 לחוק המעצרים).
5. **מעצר לצרכי כתיבת ערעור**: מהשהסתיים המשפט, אם האדם זוכה או הורשע ולא קיבל מאסר והמדינה רוצה לערער (ס' 22 וס' 63 לחוק המעצרים).
6. **מעצר בתקופת הערעור**:(ס' 22 וס' 63 לחוק המעצרים).

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

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

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

* המסלול העיקרי הוא המסלול שדורש את שלושת התנאים (**דרך המלך**):
1. בסיס עובדתי-ראייתי לעבירה שבוצעה (דרוש חשד סביר).
2. עילה למעצר (מסוכנות או שיבוש).
3. בחינת חלופת מעצר (כמו שחרור בתנאי ערבות).
* במסלול המשני: מדובר על **מעצר בשל הפרת הוראה חוקית קודמת**.כלומר, מעצר במסלול מקוצר שנובע מהפרה של הוראה חוקית קודמת שקשורה למעצר – היא זו שמכוננת את עילת המעצר. אין צורך לבחון את הפרמטרים שהצגנו במסלול העיקרי. למשל, התנגדות לעיכוב.

### 5.2.1 מעצר ראשוני ע"י שוטר ללא צו שופט – מעצר שטח

* **המסלול העיקרי**: ס' 4 לחוק המעצרים אומר כי מעצר אדם יהיה בצו של שופט אא"כ הוענקה סמכות בחוק לעצור ללא צו. כלומר, שוטר אמור להעדיף מעצר בצו אך יש מקרים אחרים.

ס' 23(א) לחוק המעצרים הוא הס' שעוסק בסמכויות השוטר לעצור שלא על פי צו.

**הבסיס העובדתי** – **יסוד סביר לחשד שאדם עבר עבירה בת מעצר**. עבירה בת מעצר היא עבירה **מסוג עוון או פשע**. הגדרה של עבירה בת מעצר ניתן למצוא בס' 23(א)7.

מהו יסוד סביר לחשד של שוטר?

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

בג"ץ זה קודם לחוק המעצרים אבל משתמשים בו על מנת לפרש את מטבע הלשון. ביהמ"ש אומר כי **יסוד סביר לחשד** הוא מבחן של אדם בר דעת רגיל. כלומר, מבחן אובייקטיבי: האם אדם בר דעת רגיל היה מגבש בנסיבות האלה חשד (**אף אם החשד בסוף התברר כשגוי**).

* אמונה סבירה באשמת פלוני היא סיבה מספקת להפעלת סמכויותיו של השוטר (**שמגר**).

**עילות המעצר (את זה נצרף לבסיס העובדתי)**

**שיבוש** – ס' 23(א)2 מדבר על יסוד סביר לחשש (של השוטר) שהחשוד לא יופיע להליכי חקירה. ס' 23(א)3 מדבר על יסוד סביר לחשש שהחשוד ישבש הליכי חקירה בהעלמת ראיות.

ס' 23(א)6מדבר על יסוד סביר להניח שהחשוד ימלט מהדין או יפר את תנאי השחרור ועוד.

* בהתקיים החשד הסביר ותנאי הסעיף השוטר יכול לעצור את החשוד גם בלי צו.

**מסוכנות** –

* העילה האינדיבידואלית מופיעה בס' 23(א)(1) מדבר על מקרה בו האדם עובר **בפני השוטר** או **זה מקרוב** (=בשעות האחרונות) עבירה בת מעצר והשוטר סבור בשל כך שהאדם עלול לסכן בטחון של אדם, ציבור או המדינה.
* מה הכוונה בפניו או זה מקרוב?
* **בפניו** = העבירה נקלטה בחושיו של השוטר, לאו דווקא בחוש הראיה.
* **זה מקרוב** נמדד בשעות ולא בימים.

פס"ד כהן נ' התובע הצבאי: נהג צבאי עבר עבירת תנועה והתבקש להתייצב למחרת בתחנת המשטרה. כשהוא הגיע עצרו אותו ללא פקודת מעצר (המקבילה לצו מעצר בצבא). ביהמ"ש אמר כי לא ניתן לומר שהעבירה נעברה זה מקרוב כי היא נעשתה יום לפני ובמהלך זמן זה היו יכולים להוציא צו מעצר. כלומר, מדובר בשעות.

ס' 23(א)4 מדבר על חשש שהחשוד יסכן את בטחונו של אדם, ציבור או מדינה. לדעת המרצה ההבדל בין הסעיפים למרות הכפילות הוא ההסתברות שצריכה להיות גבוהה יותר בס' 23(א)4 שכן החשש בו הוא ללא שנעברה עבירה זה מקרוב או בפניו של השוטר.

* ס' 23(א)5 מדבר על מסוכנות שנלמדת מסוג העבירה. זו רשימה של עבירות – עבירה שדינה מיתה או מאסר עולם, עבירת ביטחון, עבירה לפי פקודת הסמים המסוכנים למעט שימוש או החזקה לשימוש עצמי, אלימות חמורה או שימוש בנשק חם וכן אלימות בתוך המשפחה.
* אם לשוטר יש חשד שהעבירה היא אחת מרשימה זו קמה עילת מסוכנות רק מעצם החשד.

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

**בחינת חלופת המעצר** – ס' 23(ג) קובע כי לא יעצר אדם לפי סעיף זה אם ניתן להסתפק בעיכוב. ספציפית במעצר ע"י שוטר יש לנו גם גורם ביניים לפני שופט והוא הקצין הממונה.

ס' 25קובע כי אם השוטר מחליט שלא לשחרר את החשוד במקום - הוא חייב להביא את העצור ללא דיחוי לתחנת המשטרה ולהביא אותו לקצין הממונה. **לנו חשוב מה קורה בפניו**.

ס' 27 עוסק בקצין הממונה ואומר כי אם אדם נעצר ללא צו והובא לתחנת המשטרה על הקצין הממונה לבדוק האם מתקיימים התנאים של ס'23והאם המעצר הוא חוקי.

אם הקצין הממונה רואה שלא מתקיימים תנאי ס' 23 עליו לשחרר אותו אא"כ מתקיימים התנאים של ס' 13 שמדברים על עילות לצו מעצר מטעם שופט, עד להבאה בפני שופט מעצרים.

* אם הקצין הממונה מצא שיש עילת מעצר לפי ס' 13 הוא רשאי לעצור את החשוד או לשחררו בערובה. המקרה היחידי שהקצין הממונה לא יכול לשחרר בערובה הוא בס' 27(ה) – אדם שיש סביר להניח שנמלט ממשמורת חוקית.
* ס' 42קובע את סוגי הערובות שיכול להטיל הקצין הממונה.
* **המסלול המשני**: קבוע בס' 23(ב) ומדבר על הפרעה בסמכויות עיכוב. כלומר, **אם אדם מפריע לשוטר לעכב אותו או לעכב אדם אחר, לשוטר יש סמכות לעצור אותו**.
* לפי פרשיות שמשי ואברג'יל יש להפריד בין עיכוב למעצר. אם העיכוב לא היה חוקי לא ניתן לעצור בטענה שאילו היה מתנגד לעיכוב היה ניתן לעצור. אם יש סמכות עיכוב יש קודם לעכב!

סעיף נוסף במסלול המשני הוא ס' 47לחוק המדבר על מעצר בשל אי המצאת ערובה. גם כאן (כמו בהתנגדות לעיכוב) עצם הפרת ההוראה החוקית היא זו שיוצרת את עילת המעצר.

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

**המסלול העיקרי**:

הוצאת הצו היא **מכוח** ס' 13. **הס' שנדבר עליהם עוסקים הן בצו הראשוני שמוציא ש' והן בהארכות מעצר** ויש לקרוא אותם בשינויים המחייבים. ס' 15מסביר איך מגישים את הבקשה.

ס' 12עוסק בסמכות שופט – ש' רשאי לצוות בהחלטה המנומקת בכתב על מעצרו של אדם או על שחרורו בערובה או שלא בערובה בפניו או **שלא בפניו**. כמובן שפה מדובר על מקרה שלא בפני החשוד, ורק בעניין מעצר ראשוני, שהרי בדיון הארכת מעצר יש צורך בנוכחות החשוד.

זהו הליך המורכב משני שלבים: (א) הוצאת הצו על ידי ביהמ"ש; (ב) ביצוע המעצר ע"י שוטר.

לפי ס' 19(ב) ביצוע המעצר מוגבל ל-180 יום אא"כ הש' מאריך זאת בהחלטה מנומקת בכתב.

ס' 17(ג) אומר כי עלינו להביאו תוך 24 שעות בפני שופט.

ס' 20 מדבר על מקרה בו שופט לא כתב בצו כי "האדם לא ישוחרר אא"כ הוא יובא בפני שופט" – במקרה כזה קצין המשטרה יכול לשחררו ולא יצטרך להביא אותו לשופט תוך 24 שעות.

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

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

**5.2.3.1 אופן ביצוע המעצר**

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

**יש חריגים** בתוך ס' 29שבהתקיימם לא יהיו חייבים להביא את החשוד לתחנה ללא דיחוי כמו בחג. לפי ס' 30 יש גם אפשרות לקצין הממונה להאריך ל-48 שעות בחקירות דחופות.

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

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

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

(2) אם מילוין עלול לסכל את ביצוע המעצר;

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

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

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

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

חוקיות המעצר מותנית בכך שהביצוע יהיה כדין. ס' 24לחוק המעצרים עוסק באופן ביצוע המעצר. דיברנו קצת על הס' הזה בעיכוב ועכשיו נדבר עליו בהקשר המקורי של מעצרים.

השוטר צריך: (1) **להזדהות** (2) **להודיע** על דבר המעצר ו(3) **להסביר** את סיבת המעצר.

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

ס"ק ב' קובע את החריגים - מתי לא חלה חובה להודיע לחשוד על סיבת המעצר?

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

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

מתי נדע שאנחנו במעצר?

בפס"ד קנוש היה אדם שטען שלא ברח ממשמורת חוקית משום שכאשר עצרו אותו הקצין לא שם עליו יד. כלומר, הקצין אמר לו שהוא עצור אבל לא נגע בו ולא אזק אותו. ביהמ"ש קבע שכאשר עוצר נמצא בקרבת הנעצר ואומר לו באופן ברור שהוא עוצר אותו אין צורך בפעולה פיזית מצד העוצר שתמחיש את הפיקוח שהוטל הלכה למעשה.

**5.2.3.2 סמכויות נלוות למעצר**

מעצר ראשוני, בצו או שלא בצו, הוא מעצר שמבוצע ע"י שוטר ולו יש סמכויות נלוות.

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

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

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

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

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

ביהמ"ש קבע כי שימוש בכוח קטלני מותר בהתקיימות 3 תנאים:

1. המעצר הבסיסי היה חוקי – כדי שתהיה סמכות נלווית.
2. המעצר הוא בגין עבירת פשע.
3. הירי הוא האמצעי האחרון היעיל - כשאין ברירה, ניסינו הכל לפני כן וגם כאן יורים לפי נוהל פתיחה באש - אזהרה מילולית, יריה באויר ויריה לרגל שלא במטרה להרוג.

ביהמ"ש חזר על התנאים בפס"ד אנקונינה: שוטר מג"ב עמד במחסום שהוצב לאחר פיגוע ונוצרו תורים. רכב שראה את המחסום ניסה להסתובב לאחור. השוטר קרא לו בערבית לעצור ולאחר שלא עצר ירה 2 יריות באוויר ואז ירה לעבר גלגלי הרכב אבל בטעות הרג את הנהג.

ביהמ"ש יישם את מבחני גולד אבל שיכלל אותם, בדגש על המבחן השני (וקצת השלישי).

בעניין המבחן השני, נקבע כי לא מדובר על סתם עבירת פשע אלא על עבירת פשע שמסכנת חיי אדם. ברגע שהנהג ברכב ניסה להסתובב היה ניסיון לעצור אותו בחשד שהוא המחבל ולכן זה תקף פה. בעניין המבחן השלישי, חשוב שזה באמת יהיה האמצעי האחרון שניתן להשתמש בו, לאחר אזהרה מילולית וירייה באוויר. גם כאן השוטר זוכה.

1. סמכות כניסה למקומות: ס' 26 לחסד"פ קובע כי מי שמבצע צו מעצר רשאי להיכנס לכל מקום שיש יסוד סביר לחשד שהעצור נמצא בו וגם להשתמש בכוח סביר לצורך הכניסה.

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

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

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

כל השופטים הסכימו שהכניסה הייתה חוקית אבל המחלוקת הייתה לגבי ההנמקה. דעת הרוב השאירה בצ"ע את האפשרות שס' 45 מקנה סמכות להיכנס לבית לביצוע מעצר גם ללא צו.

יחד עם זאת, את מקור הסמכות הם מצאו בס' 25 לפסד"פ שמגדיר מתי אפשר להיכנס לחפש בבית ללא צו חיפוש. ס"ק (4) מתייחס למצב ששוטר רודף אחרי אדם המתחמק ממעצר או נמלט ממשומרת חוקית. לטענתם, הרדיפה לא חייבת להיות תכופה ולכן זהו מקור הסמכות.

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

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

**5.2.3.3 מתי מעצר יחשב לבלתי חוקי?**

1. אם השוטר לא מזדהה, מודיע על דבר המעצר או על סיבתו שלא בהתאם לס' קטן (ג).
2. טעות משפטית בסיווג העבירה (=אם שוטר חשב שהעבירה היא עוון ומתברר שהיא חטא). אולם, טעות עובדתית של השוטר **לא** פוגעת בחוקיות המעצר (אם בסוף החשד מוטעה).
3. לעיתים השתהות בהבאת חשוד לתחנת המשטרה (כי צריך להביא אותו ללא דיחוי).
4. אם המעצר נעשה ללא צו אבל היה ניתן להביא צו עולה שאלת התקיימות תנאי ס' 4 או תנאי ס' 23. חשוב לשים לב אם המעצר בוצע מסמכות או לא למרות שלא ניתן צו.
5. ס' 23(ג) - אם עצרו כשהיה ניתן להסתפק בעיכוב. במקרה זה לא היה שימוש בכלי המידתי יותר, למרות שהיתה סמכות לעשות כן.
* **הש' קדמי** – בגלל שכן היתה סמכות ולמרות שזה פחות מידתי, המעצר לא בלתי חוקי.

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

1. הכשרת מעצר על ידי הקצין הממונה: ס' 27 קובע כי אם אדם נעצר ע"י שוטר ללא צו מעצר על השוטר להביא אותו אל הקצין הממונה.

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

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

1. הכשרת מעצר על ידי ביהמ"ש: שופט המעצרים יכול לבוא לקראת החשוד בדברים שנעשו קודם לכן. כך, הוא יכול למשל לשחררו בערובה בגלל הדברים הלא תקינים שנעשו עימו.

אולם, ביהמ"ש יכול להכשיר גם **דברים לא חוקיים** שקרו כי יש לו את הסמכות לעצור.

מ"י נגד דרור ז'אנח: אדם עוכב למעלה מ-3 שעות (**עיכוב לא חוקי**) ואז נעצר. לאחר המעצר הוא הובא בפני ש' שלום והמעצר הוארך. הסיפור התגלגל עד לעליון בטענה שהשלום לא יכול לבצע הארכת מעצר משום שבמקור העיכוב היה לא חוקי ולכן המעצר לא חוקי.

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

* בפס"ד ז'אנח אמרו זאת בצורה קיצונית.

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

פס"ד פרץ: לפעמים פגמים יכולים לשלול את הבסיס המוסרי תחת המעצר, אך זה לא הכרחי.

פס"ד אשרף: **לפי** ס' 16(2) **הארכת מעצר צריכה להיות בנוכחות החשוד**.

במקרה זה אשרף הובא להארכת מעצר ולא הסכים להיכנס ללא עורך דינו. ביהמ"ש עצר אותו ובערר עורך הדין שלו טען כי המעצר היה לא חוקי שכן הוא נעצר ליותר מ-24 שעות. ביהמ"ש קבע כי הס' לא חל על מצבים בהם החשוד עושה דין לעצמו ומסרב להתייצב להארכת מעצר.

מעבר לכך, **גם במקום בו נפל פגם בהליכי המעצר אין ביהמ"ש הדן בבקשה רשאי להתעלם מהחומר שלפניו ועליו לדון בבקשה ולהחליט בה לאור כל הנסיבות**. כלומר, גם כאשר נפל פגם, מוטל על ביהמ"ש לדון ולראות מהו האינטרס הציבורי במעצר.

**5.2.3.4 הסעדים בגין מעצר לא חוקי**

1. **פסילת ראיות**: הלכת יששכרוב - שק"ד לפסול ראיות שהתקבלו ע"ב מעצר או עיכוב לא חוקי.
2. **תביעת השוטר (אחריות שוטר)**: ס' 44 לפסד"פמדבר על פטור לשוטר מאחריות אזרחית או פלילית בשל מעצר או עיכוב שלדעת ביהמ"ש בוצע בתום לב ולטובת הציבור.

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

1. **פיצוי מהמדינה**: ס' 38(א) לחוק המעצרים קובע כי אם אדם נעצר ושוחרר בלא שהוגש נגדו כתב אישום וביהמ"ש מצא שלא היה יסוד למעצר (או שראה נסיבות אחרות המצדיקות פיצוי), רשאי הוא לצוות כי **אוצר המדינה** ישלם לו פיצוי על מעצרו והוצאות הגנתו בסכום שיקבע ביהמ"ש. את השכר המירבי קובע שר המשפטים והוא השכר הממוצע במשק על כל יום מעצר. מעבר לכך יכול המתלונן לתבוע בנזיקין אך יהיה עליו להוכיח עוולה.
2. **פיצוי מהמתלונן**: ס' 38(ב) לחוק המעצרים קובע כי אם אדם נעצר ושוחרר ומצא ביהמ"ש שהמעצר היה עקב תלונת סרק שהוגשה שלא בתום לב, רשאי ביהמ"ש **לחייב את המתלונן** לשלם לנעצר בגלל תלונת הסרק בפיצוי על מעצרו והוצאות הגנתו, בסכום שיקבע ביהמ"ש.
3. **התנגדות למעצר**: כאשר מעצר הוא לא חוקי **האדם שבורח מבצע הגנה עצמית** ואינו נחשב למי שבורח ממשמורת חוקית או מפריע לשוטר במילוי תפקידו.
* פס"ד שמשי: היות והשוטר היה מוסמך רק לעכב את הפרוצה ולא לעוצרה, שמשי לא הפריע לשוטר במילוי תפקידו. לכן, הבריחה ממעצר שאינו חוקי אינו בריחה ממשמורת.
* פרשת סויסה: הורשע במחוזי בבריחה ממשמורת חוקית משום שלא התייצב לריצוי עונש מאסר שהוטל עליו במשפט קודם ושמועד תחילתו נדחה. הוא טען כי **הוא לא ברח אלא פשוט לא התייצב חזרה**. ביהמ"ש אמר כי המשמורת הנורמטיבית יכולה להיווצר רק לאחר שהייתה קליטה ראשונית ומאחר שלא הייתה קליטה לתוך המשמורת לא מדובר בבריחה. אולם, ס' 184 לחסד"פ מאפשר לביהמ"ש להרשיע בעבירה אחרת שיסודותיה התגלו בכה"א וביהמ"ש הרשיע אותו בהפרת הוראה חוקית (ההוראה להגיע לבית הסוהר).

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

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

מקור הסמכות למעצר ימים באותם ס' שמכוחם ש' מוציא צווים ראשוניים למעצר ע"י שוטר.

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

* ס' 13 מונה את עילות המעצר בהארכת מעצר, כאשר גם כאן יש לנו מסלול עיקרי ומשני.

המסלול העיקרי

1. תשתית עובדתית: ס' 13(א) לחוק המעצרים קובע כי בשביל הארכת מעצר יש צורך בחשד סביר לביצוע עבירה שאיננה חטא. יש פה בעיה מעגלית: מחד, המשטרה צריכה להראות לש' קצה חוט כדי שייתן הארכת מעצר ומאידך הרי היא מבקשת את המשך המעצר כדי להמשיך לחקור. לכן יש פה מקום להרבה אינטואיציה שיפוטית מושכלת (פס"ד רוזנשטיין).

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

פס"ד זאב רוזנשטיין ופס"ד לנדסברגר: נקבע כי המושג 'חשד סביר' יכול לכלול כל ראיה שמוצגת בפני הש', כולל ראיה לא קבילה וחומר חסוי, שיכולה לקשור את החשוד לעבירה.

* גם ס' 15(ו) מאפשר לש' להחליט בבקשה למעצר ימים ע"ס ראיות שאינן קבילות במשפט.

בש"פ שקארנה: לפי בייניש על הצורך להשלמת חקירה לשם איסוף חשדות להיבחן מול זכויות החשוד, שלא רק שהוא בחזקת חף מפשע, אלא שזהו שלב שהחשדות נגדו מאוד התחלתיים.

מהי התשתית העובדתית הנדרשת כשיש אירוע המוני?

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

1. עילות מעצר:
2. שיבוש: ס' 13(א)(1) לחוק המעצרים קובע כי ניתן להאריך מעצר אם קיים יסוד סביר ששחרור העצור או אי מעצרו יביא לשיבוש הליכי חקירה או משפט, להתחמקות מחקירה, הליכי שפיטה או ריצוי עונש מאסר או להעלמת רכוש, השפעה על עדים או פגיעה בראיות.

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

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

בשיבוש ובמסוכנות אפשר לעצור למעצר ימים עד 15 יום בכל פעם ולא יותר מ-30 יום ברצף [ס' 17(א)]. אולם, במקרים מיוחדים היועמ"ש יכול לבקש הארכה עד ל-75 ימים ברצף [ס' 17(ב)] ואז יש לשחרר את העצור (ס' 59), אלא אם העליון (שיכול להאריך ב-3 חודשים בכל פעם) התערב (ס' 62).

* תיאורטית, אפשר להגיע להארכות אולם זה נדיר (כשמם כן הם - נמשכים ימים ספורים).
1. צרכי חקירה שלא ניתן לקיימם אלא במעצר: עילה ייחודית ביותר שקבועה בס' 13(א)(3). אלה מצבים בהם האדם לא מסוכן וגם אין סכנה לשיבוש, אבל המשטרה אומרת שיש הליכי חקירה שהיא יכולה לקיים רק במעצר. הדוג' הקלאסית היא מדובב.
* במקרה כזה על הש' לרשום נימוקים מיוחדים להחלטתו להאריך את המעצר.

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

חשין אומר שמצד אחד הכבדה על חקירת המשטרה לא מספיקה כדי להיכנס לסעיף כי תמיד למשטרה נוח יותר לחקור במעצר, אך מצד שני המשטרה לא צריכה להראות שהחקירה תסוכל מכל וכל אם החשוד לא יהיה במעצר.

נפסק שעל המשטרה להראות פוטנציאל פגיעה חמורה וקשה ביכולת הניהול הסביר של החקירה. לא סיכול החקירה ולא הכבדה. פגיעה חמורה.

לעניין נימוקי השופט שיירשמו, חשין אומר שצריך לנמק ברמת הפשטה כזו שמצד אחד לא תמחק את מיוחדותם של הנימוקים ומצד שני לא תסכל את הליכי החקירה עצמה. אחד הפתרונות לנושא הזה הוא שהשופט מפנה בהנמקה שלו לחומר חסוי.

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

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

בש"פ פלוני נ' מ"י: האם אפשר לעצור כי רוצים להעביר חשוד בדיקה פסיכיאטרית?

חשין אמר שניתן להאריך מעצר של חשוד אך ורק אם מוכחת אחת מעילות המעצר המנויות בס' 13. כל עוד העצור הוא חשוד ולא הוגש כ"א, ביהמ"ש לא מוסמך להורות על בדיקה פסיכיאטרית בתנאי אשפוז אלא רק על בדיקה פסיכיאטרית שלא בתנאי אשפוז.

1. חלופות מעצר: ס' 13(ב) קובע כי ש' לא יצווה על מעצר לפני שיבדוק אם מתקיימת חלופת מעצר. כמובן שלא נגיע בכלל לבדיקת החלופה אם אין תשתית עובדתית או עילת מעצר.

המסלול המשני: (מעצר בשל הפרת הוראה קודמת)

1. הימלטות ממשמורת חוקית: ס' 14 לחוק המעצרים קובע כי מספיקה הצהרת שוטר לפיה אדם נמלט ממשמורת חוקית כדי לאפשר לש' להוציא צו מעצר. ההימלטות היא העילה.
2. הפרת תנאי שחרור בערובה: ס' 51 לחוק המעצרים קובע כי אם יש הפרה של תנאי שחרור בערובה אז אפשר לעצור. עצם ההפרה מהווה עילת מעצר חדשה כשלעצמה.

מעצר ימים – פרוצדורות ומועדים

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

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

היכן מעוגנת סמכות השלום להאריך תוקף חלופות מעצר במסגרת הליכי מעצר ימים?

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

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

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

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

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

מקסימוב טען שלא ניתן לעצור אותו כי יש למנות גם את הימים בהם הוחזק כעצור ברומניה, אך העליון קבע כי ימי מעצרו של אדם בחו"ל לצורכי הסגרתו אינם נכללים במניין תקופה זו.

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

כשמסתיימת חקירה אדם אמור להיות משוחרר. אולם, לעיתים התביעה צריכה עוד כמה ימים כדי להגיש כתב אישום. לשם כך קובע ס' 17(ד) כי אם הצהיר תובע בפני ביהמ"ש שהוא עומד להגיש כתב אישום ניתן להאריך את מעצר החשוד ב-5 ימים וכל זאת בכפוף לס"ק (ב) שקובע כי סך ימי המעצר (במצטבר) לא יעלה על 30 ימים. בד"כ ביהמ"ש נותן 2-3 ימים וזה מספיק.

פס"ד בדווי – צמצום חובת התובע: הסנגורים ניסו לטעון כי על התובע להתחייב שיגיש כתב אישום בוודאות, אבל זה לא התקבל. די שהתובע יצהיר שלאחר עיון בחומר יש ראיות לכאורה להגשת כתב אישום ואין צורך בהצהרה חד משמעית שאומרת שהוא מתחייב להגיש.

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

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

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

ביהמ"ש אומר שייתכנו מקרים חריגים שבהם זה יתאפשר לאחר שהמעצר כבר הוארך לפי ס' 17(ד), אך התביעה תצטרך להראות התפתחות מהותית שמשליכה באופן ממשי על תוכן כה"א.

* ביהמ"ש הדגיש כי לא מדובר במקצה שיפורים לתביעה ולכן עליה להראות שלא ניתן היה בשקידה סבירה לבצע קודם את פעולות החקירה האלה. במקרה זה הראו לביהמ"ש דו"חות סודיים שלא ניתן היה לצפות קודם לכן ולכן נדרשו פעולות חקירה נוספות.

פס"ד 14/4829 פלוני נ' מ"י: Hard cases make bad law - השלום הורה על שחרור קטין ממעצר והחזרתו למעון שהוא נמצא בו. המעון פחד שהקטין יחזור משום שזה יסכן את השוהים במקום ולכן הגיש ערר למחוזי. הערר התקבל וביהמ"ש הורה על המשך המעצר.

הבעיה: בשלום נציג המשטרה אמר לפרוטוקול שהמשטרה סיימה את החקירה ולכן, בהיעדר הצהרת תובע, לא הייתה סמכות למשטרה לעצור. מכאן התיק מגיע לעליון.

השופט עמית דחה את בקשת הקטין. הוא אומר שבמקרה הזה הוא מתיר את המעצר עד למחרת בבוקר, קודם כל מהטעם המעשי שהתיק הגיע בשעות אחה"צ והדיון נקבע למחרת בבוקר ואז התביעה תגיש הצהרת תובע. מעבר לכך, הטעם המשפטי הוא שפרשנות תכליתית של ס' 17(ד) מחייבת לבחון אם התקיימו עילות המעצר של מסוכנות ושיבוש גם אם נסתיימה החקירה. הוא בעצם אומר שס' 17(ד) כבר מכיל בתוכו את העילות, על אף שזה לא מצוין במפורש, כי לא יעלה על הדעת שאם יש תקלה ואין הצהרת תובע אדם מסוכן ישוחרר ממעצר.

**הרצאה מספר 6 - 15.5.2016**

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

מעצר עד תום ההליכים הוא כינוי שלא מופיע בחוק למעצר שקורה אחרי הגשת כתב אישום. (\*יש מאמר של המרצה בנושא והוא יחליף את הצורך בקריאת פסיקה.)

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

1. **סמכות**: לפי ס' 2(2) לחוק המעצרים הסמכות לדון במעצרים שלפני הגשת כתב אישום נתונה לבית משפט השלום בלבד בעוד לאחר הגשת כתב האישום הסמכות היא לביהמ"ש שאליו מוגש כתב האישום (לרוב הש' שידון יהיה שונה מש' המעצרים).
2. **החשוד הופך לנאשם**: הוא הופך לצד אקטיבי להליך, מה שלא היה עד כה.
3. **הנאשם מקבל את כל חומר החקירה**: לפי ס' 74 לחסד"פ ברגע שמוגש כתב אישום הנאשם מקבל את כל חומר החקירה. מכאן שבבקשה למעצר עד תום ההליכים עיניו כבר לא "קשורות" כמו בעבר והתמודדותו עם התשתית העובדתית כנגדו היא מושכלת יותר.
4. **אורך המעצר**: תקופות המעצרים עד כה היו מאוד קצרות בעוד שכאן לפי ס' 61 לחוק המעצרים ביהמ"ש הדיוני יכול לתת עד 9 חודשים (ובאיזוק אלקטרוני – עד 18 חודשים), כלומר **הוא** **מוגבל**. לפי ס' 62(א)הארכת המעצר מעבר לזמן זה היא **באישור העליון** שמוסמך להאריך בכל פעם ל-90 יום, ובנסיבות מסוימות כמו ריבוי עבירות ל-150 [ס"ק (ב)].

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

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

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

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

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

האם ניתן להאריך זאת למעבר ל-30 יום? בפס"ד כהן (אחרי חוק המעצרים) שמפנה לפס"ד הררי (לפני חוק המעצרים) נקבע כי לשם כך צריך תשתית כלשהי לקיומן של ראיות לכאורה להוכחת אשמה, וגם אז ההארכה תהיה רק בנסיבות נדירות ולתקופה קצרה של ימים אחדים.

**המסלול העיקרי: ס'21 לחוק המעצרים**

המסלול העיקרי מורכב מארבעה חלקים:

1. **תשתית עובדתית**: ס' 21(ב) לחוק המעצרים – הוכחה שיש "ראיות לכאורה להוכחת האשמה".

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

בניגוד להליכים הקודמים לכתב האישום **בהם ניתן להשתמש בראיות לא קבילות ובחומר חסוי** [ס' 15(ו) לחוק המעצרים] כעת דורשים שהראיות תהיינה גם קבילות.

בש"פ פרץ: **כשיש ספק קבילות (טיעון שהסנגור יעלה כמובן) מותר להשתמש בראייה לצורך המעצר עד תום ההליכים ושאלת הקבילות תוכרע במשפט עצמו**. אם הראיה תיפול במהלך המעצר יוכל הסנגור לבקש עיון חוזר בנושא המעצר לאור הנסיבות החדשות.

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

לעניין זה נכונה פרשת מוגרבי: כנגד מוגרבי הוגש כתב אישום על רצח והוא נעצר עד תום ההליכים. למוגרבי היה שותף שהיה אמור להיות עד תביעה מרכזי בפרשה והשותף מת. או אז, מוגרבי פנה למחוזי וביקש לשחררו ממעצר מחמת אובדן תשתית עובדתית של התביעה. המשטרה התנגדה ואמרה שהיא מנסה להכשיר את הודאת השותף לפי ס' 10א לפק' הראיות בעזרת ראיות חסויות. הסנגור מנגד טען שלא ניתן להגיש חומר חסוי במעצר עד תום ההליכים.

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

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

**מהי אמת המידה עבור ראיות לכאורה?**

היסטורית, ראיות לכאורה הן ראיות שעומדות במבחן הסיכוי הסביר להרשעה (או בשמו האחר - מבחן כור ההיתוך). בכמה פס"ד **הש' דורנר** **העלתה את הרף הראייתי** וקבעה כי אם יש ספק סביר בתחילת המשפט לגבי סיכוי הראיות להרשיע אז אין תשתית עובדתית למעצר. גישתה הקלה מאוד עם נאשמים ויצרה כאוס - ערכאות נמוכות התלבטו איך לפסוק וגם כל הערעורים הוגשו אליה כי הבחינה מקלה יותר.

השאלה הגיעה לדיון מורחב בפרשת זאדה: **ברק** **בדעת הרוב** קבע כיהמבחן הוא מבחן של סיכוי סביר להרשעה.כלומר, נסתכל על הראיות הגולמיות שניצבות כרגע ונבדוק **שני דברים**:

* + - 1. האם יש סיכוי סביר שהן יעברו את כור ההיתוך של המשפט ואת מבחני הקבילות והמשקל?
			2. אם כן, האם הן יובילו להוכחת האשמה מעבר לכל ספק סביר?

נסביר - לפני שיש משפט יש ראיות גולמיות: הן לא עברו את מבחן המיהמנות, אין חקירות נגדיות וכולי. לפי מבחן הסיכוי הסביר ביהמ"ש מסתכל עליהן **כרגע, כמו שהן** ושואל את עצמו האם הן עוברות את כל המבחנים ויש סיכוי סביר שהן יביאו להרשעה בסוף הדרך.

**מנגד, הש' דורנר בדעת מיעוט** חזרה על תפיסתה לגבי "מבחן הספק הסביר המובנה".

לטענתה, "אין לעצור עד תום ההליכים נאשם שבחומר הראיות נגדו מובנה ספק הפוגע בסבירות הסיכוי להביא להרשעתו וזאת אף אם חומר ראיות זה אינו מופרך ודי בו לצורך העברה אליו של נטל הבאת הראיות במשפט עצמו". כלומר, אם יש ספק עכשיו בתחילת המשפט (מקדימה את הספק כבר להתחלה) אז אסור לעצור את הנאשם גם אם חומר הראיות מראה שיש מספיק חומר להעברת נטל הראיה במשפט מהתביעה אליו.

* **דורנר** למעשה משווה את זה לס' 158 לחסד"פ שאומר שאין להשיב אשמה (טענה שניתן להעלות בין פרשת התביעה לפרשת ההגנה). ס' זה אומר שאם התביעה לא הוכיחה אשמה אף לכאורה, **יזכה** בית המשפט את הנאשם.

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

* ההלכה היא עמדת **ברק** והמבחן הוא "מבחן הסיכוי הסביר להרשעה"/"מבחן כור ההיתוך".

מה לגבי **דיות הראיה**? לפעמים לא די בראיה מסויימת אלא נדרשת לה תוספת ראייתית:

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

**נניח שבתשתית העובדתית יש ראיה שזקוקה לתוספת ראייתית. האם כבר בשלב המעצר צריך לבדוק את קיומה של התוספת הראייתית?** בפרשת אברג'יל נקבע שכן ושברמה הלכאורית על ביהמ"ש לבחון כבר בשלב הזה את קיומה של התוספת הראייתית.

**ראיות מוחלשות**: **ביטוי שלא קיים בחוק, אלא יציר הפסיקה**. החוק הוא בינארי - או שיש ראיות או שאין. אולם, בחיים אין שחור ולבן ולכן בבש"פ חסיד אומר **הש' רובינשטיין** כי "מסכת ראיות שיש סימני שאלה באשר לעוצמתה עשויה להצדיק חלופת מעצר" (זה חוזר בפסיקה שאחרי). **לזה קורא רובינשטיין 'ראיות מוחלשות'**. במקרים אלו ייעשה שימוש באמצעי המידתי יותר (חלופת מעצר, מעצר בית למשל). כך, חלופת המעצר בעצם הופכת לפתרון ביניים קל יותר (למרות שהנאשם אמור להשתחרר). זו הלכה ומשתמשים בזה הרבה.

* **הביקורת של המרצה** - זה נוגד את החוק. זה לא שזה לא מוצדק - המרצה דווקא מבינה את זה שהשופטים מפחדים לקחת אחריות על שחרור נאשם. לכן, אולי הפיתרון הראוי הוא לתקן דווקא את לשון החוק ולהתאים אותו למציאות. אפשרות אחרת היא ליצור הבניית שיקול דעת – מעין מדרגים בחלופות מעצר.

1. **עילת מעצר**:
2. **שיבוש הליכי משפט**: ס' 21(א)(1)(א) לחוק המעצרים. נדרש יסוד סביר להניח שאם לא נעצור את הנאשם הוא ישבש הליכי משפט (בבריחה/השפעה על עדים/העלמת ראיות...).
3. **מסוכנות**: ס'21(א)(1)(ב). הדרישה היא ליסוד סביר לחשש שהנאשם יהווה סיכון לבטחון אדם, ציבור או מדינה (לא ברור אם פגיעה בעצמך נכנסת בגדר זה).

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

**הש' בייניש** קובעת כי מעשים שנועדו לפגוע ברכוש באופן שיטתי או בהיקף ניכר או תוך התארגנות של כמה עבריינים או תוך שימוש באמצעים מתוחכמים עלולים לסכן את בטחון האדם והציבור (יש סיכון אינהרנטי שיתבצעו באלימות תוך סיכון חיי אדם).

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

1. **חזקת מסוכנות עקב חומרת העבירה**: ס' 21(א)(1)(ג) קובע רשימת עבירות שיוצרות חזקת מסוכנות – **סוג העבירה קושר בין התשתית העובדתית לעילת המעצר**.
* לא מדובר בחזקה חלוטה אלא בחזקה הניתנת להפרכה על ידי הנאשם.

**ההיסטוריה החקיקתית של עילה זו**: עד 88' מעצר עד תום ההליכים הוסדר בס' 21 לחסד"פ בעוד **שהעילות עצמן** התפתחו בפסיקה וחומרת העבירה גם נתפסה כעילת מעצר. כך למשל, אפילו עבירות צווארון לבן חמורות, עקב חומרתן, הביאו למעצר עד תום ההליכים. **דעת המיעוט של הש' אלון** באופן כללי בנושא הזה הייתה שחומרת עבירה איננה עילת מעצר כשלעצמה. ב-1988 תוקן החסד"פ והוספו ס'21א/ב לחסד"פ.

ס' 21א קבע את עילות המסוכנות והשיבוש ויצר גישת ביניים לפיה חומרת העבירה היא עילת מעצר ברשימה סגורה של עבירות, דוגמת סמים חמורים ואלימות. **רוב השופטים** פירשו את הסעיף הזה כפשוטו (=עצם העובדה שהוא מואשם בתקיפה זו עילת מעצר) אך **אלון** פירש את הרשימה כרשימת מקרים בהם נוצרת חזקת מסוכנות הניתנת לסתירה על ידי הנאשם – היינו, הוא לא ראה בזה עילה מוחלטת בפני עצמה.

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

ד"נ גנימאת: נקבע בדעת רוב שלאור עליית המעמד של זכויות הנאשמים יש לפרש את החסד"פ ברוח חוקי היסוד ולכן עילות מעצר חייבות להיות **אינדיבידואליות**, כלומר לא עוצרים בגלל מכת מדינה, לא משתמשים באדם כאמצעי להרתעת אחרים ועוד.

**השלב האחרון** הגיע ב-96' עם **חקיקת חוק המעצרים** שפנה לרשימת עבירות סגורה שיוצרות חזקת מסוכנות שניתנת להפרכה. עם כניסת החוק בוטלו הסעיפים אותם סקרנו (ס'21א/ב לחסד"פ). לכאורה, גם ברצח אפשר להפריך את חזקת המסוכנות.

פס"ד עודה: **המקרה הראשון של הפרכת חזקת המסוכנות בסיטואציה של רצח**. אישה בדואית הוטרדה מינית ע"י בן דודה. היא מספרת לבעלה ולאביה והם מכריחים אותה לקבוע איתו בפרדס. היא עושה זאת והם רוצחים אותו והיא מואשמת כשותפה לרצח. בזמן המשפט היא בהריון והיא משוחררת למעצר בית כי לא ראו סיבה לשים מישהי שמאוד ברור שהיא לא מסוכנת במעצר, במיוחד שהיא בהריון. זה מהפכני כי בעבר זה היה מחייב מעצר.

**הפרכת חזקת המסוכנות ושתיקת הנאשם**: בפס"ד קורמן רכז הבטחון של הישוב בית"ר עילית עודכן על זריקת אבנים. הוא רדף אחרי ילד פלשתינאי שזרק אבנים, תפס אותו והיכה אותו למוות. אמנם הוא לא התכוון וניסה להחיות אותו, אך הוא הואשם בהריגה.

בעניין המעצר עד תום ההליכים, קורמן טען להפרכת חזקת המסוכנות – הוא טען שהוא אדם נורמטיבי ושהוא לא מסוכן. אולם, במשפט הוא שתק **והש' זמיר** קבע ששתיקתו עומדת לו לרועץ בנסיונו להפריך את חזקת המסוכנות, מה שהקים את עילת המעצר.

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

התוצאה היא שבכל עבירה, חמורה ככל שתהיה, אפשר להפריך את חזקת המסוכנות. דבר נוסף שלא כתוב בחוק הוא שהפרכת חזקת המסוכנות בפועל לא מובילה לרוב לשחרור מלא אלא להעדפה של חלופת מעצר. זו לא כוונת המחוקק אלא שחרור אבל צריך הרבה אומץ כדי לשחרר.

1. **העדר חלופת מעצר**: ס' 21(ב)(1) לחוק המעצריםקובע שאם ניתן להשתמש באמצעי שפגיעתו פחותה - יש להעדיפו.

על-פי פסיקת העליון (דוג' בש"פ אבדולייב נ' מ"י), בדיקת חלופת מעצר נעשית בשני שלבים:

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

2. **בחינת החלופה עצמה**.

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

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

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

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

**תסקיר מעצר**:לצורך שקילת חלופת מעצר השופט בוחן פרטים שלא קשורים כלל לאישום, כמו מיהי המשפחה של האדם, מה מקום העבודה שלו, מי יכול לשמור עליו, מי יכול לקחת עליו אחריות ועוד. הכלי שנקבע לצורך זה הוא בקשת תסקיר משירות המבחן. כלי זה נקבע בס' 21א שכותרתו 'תסקיר מעצר'. היום נעשה בכלי זה שימוש נפוץ. זה מאוד הגיוני כי כששופט בוחן חלופת מעצר אין לו מספיק מידע. התביעה מביאה מידע על מסוכנות וכולי אבל זה לא מספיק.

1. **חובת ייצוג ע"י סנגור**: ס' 21(ב)(2) לחוק המעצרים קובע כי לנאשם צריך להיות סנגור או שהוא צריך להודיע שהוא רוצה לא להיות מיוצג על ידי סנגור. זה תנאי הכרחי, זאת בניגוד למעצרים הקודמים עליהם דיברנו, שניתן לבצע גם בלי ייצוג או ויתור על הייצוג.

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

בהקשר זה נזכיר אתס' 21(ד): אם הסנגור מבקש יותר מ-30 ימים, ביהמ"ש, לעיתים נדירות ובמקרים חריגים יאריך את המעצר וגם אז רק תחת תשתית כלשהי לקיומן של ראיות לכאורה.

* כך נקבע בפס"ד כהן (אחרי חוק המעצרים) שמפנה לפס"ד הררי (לפני חוק המעצרים).

**המסלול המשני**: יתקיים כשכבר אושר מעצר עד תום ההליכים במסלול העיקרי והופרו תנאיו.

**העילה למעצר** היא הפרת הוראה מוסמכת קודמת. הס' המסמיך לעניין זה הוא ס'21(א)(2) לחוק המעצרים שקובע שאם הופרו תנאים (לדוג' הופרו תנאי מעצר בית) זו עילה למעצר.

**מועדים שונים של מעצר עד תום ההליכים**

ס' 60: כשאדם נעצר עד תום ההליכים, תוך 30 יום חייבים להתחיל את המשפט (=הקראה) ובאיזוק אלקטרוני תוך 60 יום. אם לא עושים זאת – הוא משוחרר ממעצר.

ס' 61: אחרי תקופה של 9 חודשים (ובאיזוק אלקטרוני 18 חודשים) הנאשם ישוחרר מן המעצר אם טרם הוכרע דינו בערכאה הדיונית.

ס' 62(א): ש' העליון רשאי לצוות על הארכה של 9 חודשים נוספים מעת לעת.

ס' 62(ב): בעבר פנו לעליון פעמים רבות כי יש משפטים שלוקחים המון זמן (ארגוני פשיעה למשל) ולכן המחוקק קבע אופציה של 150 יום בבת אחת בנסיבות 'מורכבות'.

**דיני מעצרים וערך השוויון**

הערר על מעצר עד תום ההליכים מוגבל ל-30 ימים. עד לפני מספר שנים הגשת ערר על מעצר לא הייתה מוגבלת בזמן ואז היו מחכים לשופט "נוח". זו כמובן פגיעה בערך השוויון.

האם חייבים שוויון כאן? העמדה הרווחת היא ששוויון הוא ערך חשוב אך לא מוחלט. העובדה שבמקרה דומה אדם שוחרר לא מחייבת את השופט לשחרר את החשוד, מכיוון שהאינטרס הציבורי יכול לגבור על השוויון. כלומר השוויון, כמו אי חוקיות, הוא שיקול חשוב, אך לא מכריע.

אם השופט חושב שהנאשם צריך להיות במעצר זה לא באמת משנה מה היה קודם. הוא ייקח זאת בחשבון אבל אם האינטרס הציבורי מראה שהוא צריך להיות במעצר הוא ידחה את הערר.

* כיום, שופטי המעצרים מתמחים במעצר עד תום ההליכים ולכן אי-השוויון מתאזן.

פרשת קייב ומירופולסקי: גיסים שהואשמו יחד ברצח ונעצרו עד תום ההליכים. שניהם הגישו ערר לעליון. הערר של מירופולסקי הגיע **לדורנר** והיא טענה שאין מספיק ראיות ושיחררה אותו לחלופת מעצר. הערר של קייב הגיע **לפרוקצ'יה** והיא על בסיס אותה מסכת ראיות בדיוק אמרה שיש ראיות לכאורה. או אז, כמובן שהסניגור שלו העלה את טענת האפליה.

**פרוקצ'יה** אומרת שעקרון השוויון חשוב אבל יש אינטרס ציבורי ושהוא גובר. שוויון הוא עיקרון יחסי ולא מוחלט. אם ש' חושב שאדם מסוכן יש סמכות לעצור אותו למרות הפגיעה בשוויון.

* **המרצה** - כששופט חושב שבסופו של יום יש הצדקה לכך שאדם יישב במעצר, כל מה שנעשה לפני הוא שיקול אבל הוא לא מכריע. כנ"ל שוויון.

פרשת מזרחי: שם **דווקא כן היה גורם מבחין** אבל ביהמ"ש חוזר על ההלכה מהמקרה הקודם ששוויון הוא לא מוחלט - שני שותפים לעבירה נעצרו עד תום ההליכים, אחד שוחרר לחלופת מעצר והשני לא אבל השני ביצע את העבירה כשהוא היה משוחרר בחלופת מעצר בעבירה אחרת - גורם מבחין. ביהמ"ש אמר שיש הבדל מהותי - אחד כבר הפר אמון והשני לא. אולם, גם פה אושרר באוביטר שגם ערך השוויון אינו מוחלט אלא צריך לאזן אותו מול בטחון הציבור.

### 5.2.7 מעצר לצרכי כתיבת ערעור (מטעם הפרקליטות כמובן)

ישנם שני מצבים שניתן עליהם את הדעת: תיתכן סיטואציה של **זיכוי** ואז הנאשם ישוחרר. אולם, שחרור הנאשם יהיה גם במצב שבו הנאשם **הורשע אך לא קיבל עונש מאסר**.

מה קורה אם הפרקליטות רוצה לערער? ס' 22(א) עוסק במקרה של **הרשעה ללא עונש** מאסר ומאפשר **לביהמ"ש שהרשיע** להורות על 72 שעות מעצר תחת חשש הימלטות. אם אין חשש, עליו להורות על שחרור בערובה. בשתי האופציות האלה, מכיוון שהערעור טרם הוגש - הערכאה שדנה במעצר היא הערכאה שבה הנאשם הורשע.

ומשהוגש הערעור? ס' 22(ב) אומר כי בתקופת הערעור הסמכות תהא **לביהמ"ש שלערעור** - **כמו במעצר עד תום ההליכים**. זה גוזר את הסמכויות של ס' 21.

ס' 63 לחוק המעצרים קובע כי במקרים של **זיכוי**, אם התביעה הודיעה שהיא רוצה להגיש ערעור **ביהמ"ש שזיכה** רשאי להורות על שחרור בערובה או על 72 שעות מעצר שבמסגרתן התביעה תגיש את הערעור (היא צריכה זמן להגיש את הערעור).

לגבי ערעור שהוגש אחרי זיכוי יש לאקונה כי אין ס' שקובע למי הסמכות לעצור [=אין 63(ב)]:

ס' 2(3) לחוק המעצרים אומר שסמכות המעצר בערעור נתונה לביהמ"ש של הערעור.

פס"ד עפיף: **קושר בין שני ס' חוק –** 63 ו-2(3). פסה"ד קובע שפרשנות של ס' 63 מחייבת שיש סמכות לעצור במקרים של ערעור לאחר זיכוי אחרת לא היו נותנים מראש את 72 השעות. אין הגיון בכך שאי אפשר לעצור אחרי הגשת הערעור, אחרת נשחרר אותו כבר עכשיו.

* מצירוף ס' 2(3) עלינו להסיק שמשהוגש ערעור על נאשם שזוכה - **לביהמ"ש** **שלערעור** יש את הסמכות לעצור אותו לתקופת הערעור, בהתאם להוראות ס' 21 לחוק המעצרים.

טבלה לסיכום הנושא:

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

**בכל מקרה אין מעצר שלא מכוח חוק – אנחנו חייבים את החוק תמיד!**

נזכור – תמיד אפשר גם להפעיל חלופות מעצר, אא"כ החוק אסר על כך במפורש.

**הבחנה בין ערר לעיון חוזר**

קריטי **להבחין** בין עיון חוזר לערר. מעצרים הם אף פעם לא דבר סופי. על כל **החלטת מעצר** יש אפשרות של עיון חוזר ויש אפשרות של ערר - שני דברים שונים.

* **עיון חוזר** זו סיטואציה של שינוי נסיבות או חלוף זמן שבגינה פונים **לאותו בימ"ש** שנתן את המעצר ומבקשים עיון חוזר בהחלטה.
* **ערר** פותח את ההחלטה בפני **ביהמ"ש שלמעלה** ולא קשור לשינוי נסיבות או חלוף זמן. ערר יכול להיות על גזר דין או פס"ד וכן על ערובות ובעצם - כל החלטה שקשורה במעצר.
* **עיון חוזר**: ס' 52 לחוק המעצרים קובע כי אדם (עצור, משוחרר בערובה או תובע) יכול לפנות בבקשה לעיון חוזר במצבים של (**1**) עובדות חדשות שהתגלו או שינוי נסיבות או (**2**) חלף מספיק זמן (יקרה בעיקר במעצר עד תום ההליכים).
* הפנייה תהיה **לאותו ביהמ"ש שבו ניתנה ההחלטה לעצור**.

הסעיף קובע – "לרבות בהחלטה לפי ס' זה", היינו שניתן אף לבקש עיון חוזר על עיון חוזר.

מצב נוסף - (**3**) ס"ק (ב) אומר כי אדם שמוחזק במעצר בשל אי יכולתו לשלם ערובה יכול לפנות בכל עת לבקשה לעיון חוזר.

* ההבדל מערר הוא שזו פנייה לאותו בימ"ש לעיון חוזר בהחלטה שנוגעת למעצר. זה לא ערעור על המעצר עצמו.

בג"ץ רביזדה: רביזדה הואשם עם נאשמים נוספים בשורת עבירות כולל קשירת קשר, הלבנת הון, זיוף מסמכים ועוד. ביהמ"ש קבע כי אין עילה למעצרו, אולם שמדובר בעבירות חמורות ביותר המקימות חשש רציני להימלטות. על כן, הורה ביהמ"ש לשחררו אך בתנאים שיבטיחו את התייצבותו למשפט ויימנעו את בריחתו – ערבות בנקאית של 10 מיליון ₪. עד אז הוא יישאר במעצר. בקשות לעיון חוזר שהוא הגיש כדי להפחית את הסכום נדחו, **מכאן הערר שהתקבל**.

השאלה המשפטית: מה הדין כשנאשם טוען שאין ביכולתו להמציא ערובה לשחרור ממעצר?

העליון (**הש' טירקל**) פסק כי לפי ס' 52(ב) לחוק המעצרים, אדם המוחזק במעצר בשל אי יכולת להמציא ערובה רשאי בכל עת לבקש עיון חוזר. המשמעות – לא תיקבע ערובה לשחרור שלא יהיה בכוחו של הנאשם לעמוד בה כך שזה ייגרום להישארותו במעצר שדינו להשתחרר ממנו. גם תחושת הצדק וגם עקרון המידתיות שבחו"י כבוה"א מביאים לכך.

מה שצריך לעשות זה "**חקירת יכולת**" (בדומה לחוק ההוצאה לפועל). אם לא עשו זאת בשלב הדיון בבקשה למעצר או לשחרור בערובה, יש לעשות זאת בעיון החוזר.

* כאן רביזדה מוחזק במעצר כרבע שנה למרות שהמחוזי קבע כי אין עילה למעצרו והורה על שחרור בערובה. מדובר בשימוש בכסף כדי לעצור אותו וזה לא תקין.

ביהמ"ש קבע שס"ק (ב) קובע הסדר שונה מס"ק (א): כאשר הבקשה היא בגלל חוסר יכולת להמציא ערובה הבקשה לעיון חוזר לא מותנית בחלוף זמן.

* **ערר**:ס' 53 לחוק המעצרים. על החלטה שקשורה במעצר - עצור, משוחרר בערובה, תובע או ערב **יכולים לערור לביהמ"ש של הערעור שידון בערר בדן יחיד**. ההלכה אומרת כי ביהמ"ש בערר יכול להיזקק לחומרים שהתווספו מאז ההחלטה הקודמת [ס' 53(ב)].
* האם ניתן להגיע לעליון מהשלום? עד לפני 4 שנים היו שני עררים בזכות. כלומר לא היה צורך לבקש ר"ע לעליון (בשונה מסד"א שם צריך לבקש ר"ע בערעור שני). מעבר לכך, גם לא הייתה מגבלת זמן להגשת הערר. הדבר גרם לצרות כי אנשים חיכו לשופט שיותר נוח להם איתו.

לכן, נעשו שני תיקונים לחוק:

1. ס' 53(א1)(1) – על החלטת מחוזי שהגיעה לאחר ערעור למחוזי יש צורך בר"ע לעליון.
2. ס' 53(ג) – אולטימאטום לערעור תוך 30 ימים.

על תיקונים אלה הייתה עתירה (שנדחתה) בטענה שהם לא חוקתיים ופוגעים בזכויות. ביהמ"ש אמר כי השיטה המשפטית שלנו היא שיטה של ערר אחד בזכות ואחד ברשות.

השאלה המתבקשת היא באילו נסיבות ביהמ"ש יתן את רשות הערעור?

בפס"ד ג'ריס **הש' ארבל** אימצה את הלכת חניון חיפה מסד"א.הלכה זו אינה פלילית אלא **בוחנת מתי נותנים רשות ערעור**. היא קובעת כי רשות ערעור תינתן כשלהכרעה יש חשיבות מעבר לצדדים הקונקרטיים. כלומר, יש חשיבות ציבורית כמו שאלות בעלות חשיבות חוקתית, נושאים בהם יש החלטות סותרות של ערכאות נמוכות או מקרים בהם יש בעיה משפטית.

* **ארבל** גם מסייגת ואומרת כי כשביהמ"ש סבור שיש נסיבות מיוחדות וחריגות אפשר לסטות מהלכת חניון חיפה (ואז **כן ייתנו** רשות ערעור **למרות** שאין סוגייה עקרונית מהותית).
* **המרצה** טוענת שההלכה הזו העלתה ספקות מהסיבה שדיני מעצרים זה דיני נפשות, אולם בשל הסייג שהכניסה ארבל היא מקבלת אותה.

פס"ד ברטלר: **הש' דנציגר מרחיב את החריג של ארבל עוד יותר**. הוא אומר כי הנסיבות החריגות לא חייבות להיות נדירות. אם ביהמ"ש מרגיש כי יש נסיבות יוצאות דופן הוא יכול לחרוג מההלכה ולתת רשות ערעור. מאחר שמדובר בדיני נפשות - **אם ההחלטה פוגעת בזכויות הנאשם או שההחלטה בלתי מידתית או בלתי סבירה הוא ייתן רשות**.

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

* לקרוא בשחרור בערובה את רבינוביץ.

**הרצאה מספר 7 - 22.5.2016**

## 5.3 שחרור בערובה

ערובה מוגדרת בס' 41 לחוק המעצרים כ"ערבון כספי או ערבות עצמית של חשוד או נאשם בין לבדם ובין בצירוף ערבות מכל סוג שהוא, ערבות או ערבון כספי של ערבים, הכל כפי שיורה ביהמ"ש או הקצין הממונה לפי העניין".

בכל סוג של מעצר יש הוראה לבחון חלופת מעצר. במעצר ראשוני ע"י שוטר מי שבוחן את האפשרות הוא **הקצין הממונה** ובשאר המקרים **ביהמ"ש** הוא שבוחן את החלופה.

הדעת נותנת שחלופות שיכול קצין ממונה להטיל לא דומות לאלה שביהמ"ש יכול לתת.

ס' 42 קובע אילו תנאים רשאי קצין ממונה לקבוע למשוחרר בערובה וס' 48 קובע אילו תנאים ביהמ"ש רשאי להציב למשוחרר בערובה.

* תנאי שחרור בערובה זה לאו דווקא כסף - גם מעצר בית יכול להיות תנאי שחרור וכנ"ל עיכוב יציאה מהארץ, הפקדת דרכון וכולי.

בש"פ פלוני: **מסכם את כל הנושא של שטר ערבות**. ההלכה המרכזית היא שמשוחרר בערובה מחוייב רק בתנאים שכתובים במפורש בכתב הערבות שהוא חתם עליו.

בפסה"ד מדובר באדם שנעצר עד תום ההליכים וכתחליף התחייב בכתב הערובה להתייצב בכל מועד שיקבע כדין. המשפט הסתיים, הוא הורשע ללא מאסר וביקש שתוחזר לו הערובה. המדינה התנגדה ואמרה שההליכים לא הסתיימו כי הם מתכוונים להגיש ערעור על גזר הדין.

ביהמ"ש אמר **שהמשמעות של משפט** (אא"כ נאמר אחרת) **היא למשפט הדיוני** ולא לערעור ולכן יש להחזיר לו את הערובה. אם היה מדובר גם על ערעור היה צריך לציין זאת בשטר.

**יש גם ערובות שאינן חלופת מעצר** - כך למשל, יש מקרים שבהם אין עילה למעצר או תשתית עובדתית ולכן מטילים ערובות פרטניות לצורך הבטחת התייצבות למשפט [ס' 44(ב)].

הפסיקה אומרת שהמטרה של ס' זה היא רק הבטחת ההתייצבות ושהוא מניח בבסיסו שאין עילת מעצר לגבי האדם הזה. לכן, התנאים צריכים להיות פחותים יותר (כך למשל, מעצר בית ייתפס כחזק מדי ולא יתיישב עם מטרת הס'). נדגים:

פס"ד הורוביץ: **אילו ערובות ניתן לתת לפי** ס' 44(ב)? ניתן צו עיכוב יציאה מהארץ. ביהמ"ש אמר כי תכלית הס' היא להבטיח התייצבות של הנאשם למשפט ולא מדובר על תחליף מעצר ולכן עצם הגשת כתב האישום והעובדה שיש משפט לא יספיקו בשביל להטיל צו עיכוב יציאה מהארץ כי אין נגדו עילת מעצר. אם אפשר להבטיח התייצבות באמצעות המצאת ערובה זה מספיק וזה מידתי יותר, נניח לבקש הפקדת דרכון או ערובה כספית.

פס"ד אדזיאשווילי: ביהמ"ש קבע כי אדם שאין לגביו עילת מעצר הוא בהכרח אדם שאין ראיות לכאורה לאשמתו או שאין עילה למעצרו ולכן אי אפשר לעצור אותו. הערובה שתוטל עליו אינה תחליף מעצר אלא מטרתה לוודא שהוא יתייצב ולכן **מעצר בית** לא מתיישב עם ערובה כזו.

* תאורטית, כל מי שמוגש נגדו כתב אישום יכול להיות חשוף לס' 44(ב).

**תוקף הערובה**

ס' 58 לחוק המעצרים עוסק **בתוקף הערובה**. הס' קובע כי כל ערובה ותנאי שחרור בערובה יתבטלו **אם לא הוגש כ"א** **נגד החשוד** תוך 180 ימים אך ביהמ"ש רשאי בתוך תקופת הערובה להאריך אותה ואת תנאיה לתקופה נוספת שלא תעלה על 180 יום אם הוגשה בקשת תובע.

בש"פ רבינוביץ: נעצר בחשד לעבירות הונאה. בהסכמת הצדדים הוא שוחרר בתנאים מגבילים עד לסיום ההליכים. משתמו 180 יום הוא פנה לשלום לביטול הערובה בטענה שאם המשטרה לא ביקשה הארכה תוך 180 יום – תוקפה פקע. יומיים לאחר מכן המשטרה עשתה כן וביהמ"ש דחה את בקשתו בטענה שתוקפה טרם פג. ערעור למחוזי נדחה, **מכאן הערעור שהתקבל**.

השאלה המשפטית: האם מוקנית לביהמ"ש הסמכות לחדש ערבויות לאחר שפקעו?

העליון (**הש' בייניש**) פסק כי לשון ס' 58 לחוק המעצרים **ברורה כשמש** – לביהמ"ש סמכות להאריך רק בתוך תקופת הערובה ללא שק"ד בנושא. תוך 180 יום הערבות בטלה אוטומטית. בהתחשב במגבלות שהערבות מטילה – אין לפעול אלא ע"פ ההסמכה המפורשת של המחוקק.

ניזכר בפס"ד פלוני של הש' עמית. איך מאריכים חלופות מעצר? בדיוק כמו שאפשר להאריך מעצר (=סמכות לפעול גם בחלק מהשלם). שם, אם זה מעבר ל-30 יום מאריכים מכוח ס' 58. אבל, ההגבלה היא 180 ימים ואם רוצים מעבר - הבקשה צריכה להיות מוגשת תוך כדי ה-180.

יש מצבים שבהם החוק אומר במפורש שיש מעצר ושאפשר לשחרר לחלופת מעצר בערובה. אולם, יש מצבים שבהם זה לא נאמר. ההלכה (מ"י נ' חוטר ישי) היא שכל עוד החוק לא אוסר על שחרור בערובה – אפשר לעשות זאת. כלומר, תמיד אפשר להשתמש בסמכות פחותה יותר (ממעצר למשל) של ערובה אא"כ החוק אוסר זאת במפורש. **בהימלטות ממשמורת חוקית למשל אסור לשחרר בערובה**.

**עד כאן לגבי מעצרים וכל הדברים הנלווים לכך. נתקדם לנושא חדש!**

# 6. חיפוש בגוף האדם

חוק החיפוש בגוף הוא אחד החוקים שנחקקו לאחר חו"י כבוה"א והוא חוק מפורט בנוגע לחיפוש בגוף. כ"כ למה הפירוט? כי הבינו שזה דבר פוגעני ולכן היה צורך שכל פגיעה כזו תעשה בחוק.

עד לחוק לא הוגדרו חיפושים שונים אלא היו ס' בחוקים שונים שאמרו "חיפוש **על** גוף האדם". כך למשל, ס' 22 לפסד"פ (דאז) דיבר על "חיפוש **על** גוף אגב מעצר של שוטר".

בתקופה דאז, ביהמ"ש פירש את החוק ועשה שתי הבחנות:

1. הבחנה בין ניתוק דברים מהגוף כמו נטילת דגימת עור לבין הסרה שאינה ניתוק (חומר מתחת לציפורניים): **ניתוק מהגוף דרש הסכמה בעוד שהסרה לא דרשה הסכמה**.
2. הבחנה בין חודרני ללא חודרני: **מה שחודרני דרש הסכמה**. פרשת קטלן: פס"ד זה עסק בחוקן שנעשה לאסירים מכוח פקודת בתי הסוהר - הסמכות של שב"ס בשגרה לעשות חוקן באסירים שמגיעים לבית הכלא כדי לבדוק שהם לא מסתירים סמים.

ביהמ"ש קבע כי הדבר לא אפשרי ללא הסכמה. מאז תוקנה גם פקודת בתי הסוהר.

בשנת 1996 נחקק חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה, חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי). החוק הוא מאוד מפורט ולא משאיר פינות פתוחות. **חוק זה יוצר שלושה סוגי חיפושים**.

## 6.1 שלושת סוגי החיפושים מכוח חוק החיפוש בגוף

בס' 1 לחוק החיפוש מוגדרים חיפוש חיצוני ופנימי - ההגדרות הן באמצעות רשימה סגורה.

* רשימה של **סוגי חיפוש פנימי**.

לכן, לא לנחש במבחן!

* רשימה של **סוגי חיפוש חיצוני**.
* יש גם **חיפוש על הגוף** לפי ס' 22 לפסד"פ (=חיפוש אגב מעצר) שקובע סט של כללים בנוגע לחיפוש על פני גוף אדם, בבגדיו או בכליו שאינו חיפוש חיצוני או פנימי כהגדרתם בחוק החיפוש בגוף. מדובר בעצם **בחיפוש שטחי ביותר** שאינו פנימי או חיצוני. יש הגדרה שיורית - החיפוש הכי שטחי בבגדים שהוא לא חיצוני ולא פנימי לפי חוק החיפוש בגוף.
* נשאל כעת **שתי שאלות** לגבי כל אחד מסוגי החיפוש הללו.

**נתחיל בסוג #3 - חיפוש על הגוף**

**שאלה #1** - מתי קמה סמכות לערוך את החיפוש?

* לפי ס' 22 לפסד"פ הסמכות קמה אגב מעצר ובכל מקרה בו בעל סמכות מקבל לידיו עצור.
* בס' 29 לפסד"פ נקבע כי כאשר (1) אדם נמצא במקרקעין בהם מחפשים כדין ו(2) יש יסוד סביר לחשוד שהאדם מסתיר אצלו חפץ שמחפשים - ניתן לערוך חיפוש על גופו.
* מעבר לכך, יש שורת הוראות נוספות שנמצאות בחיקוקים שונים שהמינוח בהם הוא "חיפוש **על**" כמו ס' 28 לפק' הסמים המסוכנים. **יודגש כי בכל אלה לא צריך הסכמה**!

**שאלה #2** - מהן התוצאות של סירוב לערוך חיפוש?

שאלה זו נחלקת לשתי שאלות משנה:

1. האם קיימת סמכות לערוך חיפוש בכוח? בפסד"פ אין הוראה מפורשת שמסמיכה שוטר להפעיל כוח לביצוע חיפוש אך ניתן ללמוד זאת בהשאלה מס' אחרים.

יש שתי אופציות:

* **דרך מעצר** - במעצר אפשר להפעיל כוח סביר לפי ס' 19 לפסד"פ.
* **דרך סמכות חיפוש** - יש גם סמכות לעכב (ס' 69) + סמכות לעצור כשמתנגדים לעיכוב [ס' 23(ב)] + סמכות להפעיל כוח סביר במעצר (ס' 19 לפסד"פ).
1. האם יש השלכות ראייתיות לסירוב? לפי הלכת חורי (שקודמת לחוק החיפוש בגוף) כשאדם מסרב שיעשו לו חיפוש על הגוף כדין עשוי הסירוב לשמש כחיזוק הראיות נגדו, אם עקב הסירוב החיפוש לא נערך. מדובר באדם שסירב לטבול את ידו בתמיסה כימית שמזהה שאריות סם. החיפוש לפי הדין הקודם היה מותר כי לא מדובר בחדירה או בניתוק מהגוף ולמרות זאת השוטרים החליטו שלא להפעיל כוח לצורך הטבילה למרות שהיתה להם סמכות לעשות זאת. **ביהמ"ש ראה בסירובו חיזוק לראיות התביעה**. הסירוב לא יכול להוביל להרשעה כשאין דבר נוסף אלא הוא משמש כחיזוק ראיה נגדו.

**סוג #2 - חיפוש חיצוני**

**שאלה #1** - מתי קמה סמכות לערוך את החיפוש? ס' 3 לחוק החיפוש עוסק בחיפוש חיצוני.

אם יש **לשוטר** יסוד סביר לחשוד שבגוף של חשוד נמצאת ראיה להוכחת ביצועה של עבירה או להוכחת הקשר של החשוד לביצוע העבירה, רשאי הוא לערוך בו חיפוש חיצוני, להורות שייערך בו חיפוש כאמור או לבקש מהחשוד מתן דגימה **והכל אם החשוד נתן את הסכמתו לכך**.

מה קורה אם אין הסכמה? ס' 3(ג): יש להביא את החשוד בפני **קצין משטרה** שיסביר את חובתו להסכים ואת השלכות סירובו. רק אחרי ההסבר קמה הסמכות לחפש באופן חוקי.

**שאלה #2** - מהן התוצאות של סירוב לערוך חיפוש?

1. האם קיימת סמכות לערוך חיפוש בכוח? כאשר יש סירוב לחיפוש חיצוני וקצין המשטרה לא עוזר נבחין בין חיפושים חיצוניים שאפשר לבצע בכוח לבין כאלו שלא ניתן.

ס' 3(ב) קובע את המקרים בהם ניתן לערוך חיפוש חיצוני בכוח סביר ואת שאר החיפושים לא ניתן לבצע למרות שיש סמכות.

צריך לדעת אילו חיפושים אלה - פסקאות 3-1 ו-8-6: בחינה חזותית של גוף ערום למשל ולקיחת חומר מתחת לציפורניים **אפשר**. גזירת ציפורניים **אסור** לעשות בכוח.

1. האם יש השלכות ראייתיות לסירוב? ס' 11 לחוק החיפוש מעגן את הלכת חורי שקדמה לחוק החיפוש. ס' זה אומר כי אם החשוד סירב שיערך חיפוש בגופו (באמירה או בהתנהגות) והחיפוש לא נערך בשל סירובו, הסירוב יכול לשמש כחיזוק לראיות התביעה (=תוספת ראייתית בינונית). הסירוב אף יכול לשמש כחיזוק לתביעה גם אם יש סמכות להשתמש בכוח והמשטרה בחרה שלא או שמדובר בסוג חיפוש שאסור לבצע בכוח.
* יש מצבים שבהם מעבר לחיזוק לראיות – סירוב יהווה עבירה עצמאית ונפרדת.

**סוג #1 - חיפוש פנימי**

**שאלה #1** - מתי קמה סמכות לערוך את החיפוש? ס' 4 לחוק החיפוש עוסק בחיפוש פנימי.

היה **לקצין משטרה** יסוד סביר לחשוד שבגוף החשוד נמצאת ראיה להוכחת ביצוע **עבירה מסוג פשע**, או להוכחת הקשר בין החשוד לביצוע עבירה כאמור, רשאי הוא להורות שייערך בחשוד חיפוש פנימי **אם החשוד נתן את הסכמתו** לכך לאחר **שרופא** קבע שאין מניעה.

* החריג לכלל זה הוא דגימת דם שאותה ניתן לקחת **גם לצורך חקירת עוון**.

מה קורה אם אין הסכמה? ס' 4(ח) - אם לא נתן החשוד את הסכמתו לחיפוש פנימי - רשאי **קצין המשטרה** להגיש בקשה לביהמ"ש כאמור בס' 7 לקבלת היתר לעריכת חיפוש.

* **חריג**: אם הקצין שוכנע שהעיכוב שייגרם מהצורך בקבלת ההיתר עלול לפגוע בראיה.
* **חריג - בדיקה גניקולוגית**: גם אם יש הסכמה חייבים היתר של ביהמ"ש.

**שאלה #2** - מהן התוצאות של סירוב לערוך חיפוש?

1. האם קיימת סמכות לערוך חיפוש בכוח? אסור לבצע בכל מקרה בכוח גם אם ביהמ"ש נתן היתר. **אין חריגים**. גם אם הולכים לביהמ"ש כדי שתקום סמכות, זה לא מתיר את הכוח.
* לאי הסכמה תיתכנה השלכות אחרות אבל לא שימוש בכוח.
1. האם יש השלכות ראייתיות לסירוב? ראה לעיל לעניין חיפוש חיצוני - זהה.

**ענישה**: זוהי תוצאה נוספת של סירוב. ס' 12 לחוק החיפוש הוא ס' מאוד ספציפי שקובע כי אם חשוד בעבירת רצח, עבירה על פק' הסמים המסוכנים או עבירות ביטחון (שדינן 10 שנות מאסר או יותר) סירב (1) שיערכו בו חיפוש חיצוני ולא ניתן היה לערוך באופן סביר את החיפוש בשל כך; או (2) סירב לחיפוש פנימי שביהמ"ש אישר – עובר עבירה פלילית שדינה מאסר שנתיים.

**גם בחיפוש פנימי וגם בחיפוש חיצוני, בניגוד לחיפוש 'על גוף' – נדרשת הסכמה!**

**עניין אחר - התערבות רפואית שלא לצורך השגת הראיה אלא לצורך הצלת חיים**

פס"ד קורטאם: פס"ד בטרם חוק החיפוש. אדם בלע סמים ונעשה לו ניתוח בצו שיפוטי שלא בהסכמתו על מנת שהשקית לא תתפוצץ בקיבה שלו ותגרום למותו. ביהמ"ש קיבל את הראיה ואמר שהחיפוש אינו בלתי חוקי כי ישנו צו שיפוטי והדבר נועד לצורך הצלת חיים. **המרצה** מציינת כי לא מדובר בחריג להשגת ראיה שכן מדובר בהצלת חיים ולא לצורך השגת הראיה.

* אז היה אפשר להשתמש בזה כראיה, כי טרם נפסקה הלכת יששכרוב, אך היום זו שאלה לאור פסה"ד אם ראיה שהושגה שלא כדין תיחשב כראיה (ניתוח = חיפוש פנימי בכוח).

## 6.2 עקרונות בחיפוש בגוף

ס' 2 לחוק החיפוש קובע הוראות כלליות. הדבר נכון לכל חוק החיפוש וככל שאין הסדר ספציפי שונה (כמו בבדיקת שכרות למשל) חוק החיפוש חל כיוון שהוא יותר 'חוקתי' [ס"ק (ב)].

ס' 2(ג) מדבר על הסכמה – אין עורכים חיפוש בגוף של חשוד אלא לאחר שנתבקשה הסכמתו.

ס' 2(ד) קובע כי חיפוש בגופו של חשוד יערך בדרך ובמקום שיבטיחו שמירה על כבוד האדם, פרטיותו ובריאות ותוך פגיעה מועטה ככל האפשר ומניעת אי נוחות וכאב.

פס"ד גואטה: **אדם נעצר ואגב המעצר חיפשו בישבנו סמים**. לקחו אותו לסמטה מאחורי בית. הדבר נעשה בהסכמה ואף היה מותר לפי הדינים שקדמו כי מדובר בהסרה ולא בניתוק.

**הש' אלון** אמר כי אפילו משהו שהוא בסמכות ובהסכמה צריך להתבצע בצורה שמכבדת את האדם, במקום מוצנע ובמקום שלא פוגע בכבודו. **היום** אף נדרשת הסכמה אז מקל וחומר.

ס' 2(ה) קובע כי חיפוש בגופו של חשוד יעשה על ידי בן מינו של החשוד למעט שלושה חריגים (כמו טביעת אצבע). יש **שוני** בחיפוש על הגוף שלגביו ההוראה בס' 46 לפסד"פ היא שאישה יכולה לעשות חיפוש על גבר אבל לא להיפך. רק אישה תחפש על אישה בפסד"פ.

ס' 5: אנשי מקצוע מיוחדים לביצוע חיפוש בגוף. כך למשל, יש סוגי חיפוש שיבוצעו ע"י גורם מומחה כמו טביעת או מנשך שיניים, לקיחת שיער ממקום מוצנע בגוף, רנטגן ועוד.

## 6.3 ראיות שהושגו שלא כדין – מה דינן?

לפני פס"ד יששכרוב היו רק שני סעיפים שקבעו חוסר קבילות של ראיות (ס' 13 לחוק האזנות סתר וס' 32 לחוק הגנת הפרטיות). בנוסף, היה גם את ס' 12 לפק' הראיות שדיבר על הודאה.

כלומר, לא היה ס' שמדבר על ראיות שהושגו בחיפוש לא חוקי. לא הייתה תורת העץ המורעל.

פס"ד ועקנין: קודם כרונולוגית ליששכרוב ולחוק החיפוש. חייל שהיה כלוא בכלא צבאי בלע שלוש שקיות של סם. הסוהרים חשדו בו וביקשו ממנו לשתות מי מלח שגורמים להקאה. בשלב הראשון הוא הסכים והקיא את השקית הראשונה ואז סירב. החוקרים השקו אותו בכוח וכך הוא פלט את שתי השקיות האחרות. שלוש השקיות הובאו כראיה נגדו והוא הורשע בעבירה של החזקת סם. האם החיפוש היה חוקי? התשובה היא לא כי מדובר בחיפוש חודרני. לכן, הוא טען טענה יצירתית - הראיה לא קבילה מכוח חוק הגנת הפרטיות. הוא טוען כי מדובר ב"הטרדה אחרת" מכוח ס"ק (1) לס' ההגדרות לחוק הגנת הפרטיות. בערעור הטענה התקבלה אך בדיון הנוסף הטענה נדחתה. ביהמ"ש אמר כי הטרדה אחרת בחוק הגנת הפרטיות מתייחסת לדברים דומים לרישא של הסעיף כמו בילוש, התחקות ועוד ולא למה שביצעו פה.

אם כך, בדין שקדם ליששכרוב לא הייתה דרך לפסול ראיות שהושגו בחיפוש לא חוקי.

לאור יששכרוב - כעת לביהמ"ש יש שיקול דעת בפסילת הראיות בחיפושים לא חוקיים.

דוג' מצויינת לכך ראינו בפס"ד פרחי (ראיות נגזרות) בעניין נטילת אמצעי זיהוי לא חוקיים:

ס' 14א לחוק החיפוש בגוף נמצא תחת פרק שעוסק בלקיחת אמצעי זיהוי מאנשים שאינם חשודים. הסעיף קובע כי כשמדובר באדם שאינו חשוד אין לעשות שימוש והשוואה באמצעי הזיהוי שניטל לעניין עבירות אחרות אלא רק לצורך העבירה שלשמה לקחנו אותו.

בפס"ד זה הייתה הפרה של הבטחה וכן של ס' 14א. בסופו של דבר ה-DNA נפסל לא מכוח ס' 14א שכן הוא לא ס' של חוסר קבילות (כמו האזנות סתר) אלא מכוח הלכת יששכרוב.

כלומר, ס' 14א לבדו לא הופך ראיה ללא קבילה אלא קובע כי החיפוש הוא לא כדין (מה שהיום יוביל לפסילת הראיה ולאי קבילותה מכוח הלכת יששכרוב).

# 7. עיון בחומר חקירה

זהו נושא מאוד שנוי במחלוקת בפרקטיקה. הס' השולטים כאן הם ס' 74 לחסד"פ ואילך.

ס' 74 לחסד"פ: כשהוגש כ"א **בפשע או בעוון** (לא בחטא), **רשאים** הנאשם וסניגורו וכן אדם שהסניגור או הנאשם הסמיכו לכך לעיין בחומר החקירה שנוגע לנאשם ולהעתיקו.

* כשמוגש כתב אישום יש מהפך חשיבתי ודיוני - אם עד עכשיו לא היה כלום לנאשם וכל החומר היה בידי המשטרה, כעת הנאשם מקבל את חומר החקירה לידיו.

אפשר לחשוב על שני מקרים קודמים להגשת כ"א בהם נאשם ירצה לקבל חומר החקירה:

**הארכת מעצר (מעצר ימים)** – הוא ירצה להתנגד ולכן ירצה לקבל את החומר.

**שימוע -** ס' 60א לחסד"פ: כאשר התביעה מקבלת חומר חקירה בפשע והיא רוצה להגיש כתב אישום כנגד נאשם **שאינו עצור** עליה לתת לו זכות שימוע, אך הוא לא מקבל פה את חומר החקירה. הנחיות היועמ"ש אומרות שבמידת האפשר יש לתת לאדם לצורך השימוע לכל הפחות קווים כלליים של אשמתו לכאורה (אך החוק לא מחייב זאת).

בעניין קצב - קצב דרש לעיין בכל חומר החקירה כשהיה בשימוע. ביהמ"ש אישר את הנחיות היועמ"ש ואמר שבאמת אפשר לתת את החומר בקווים כלליים, אך לא את הכל. ספציפית לקצב נמסר חומר רחב היקף ומה שלא נמסר היה שולי.

## 7.1 מהו חומר החקירה?

לשם קביעת **מהו חומר חקירה** יש שני מבחנים: מבחן הרלוונטיות ומבחן השליטה.

שניהם מפורשים בפסיקה באופן רחב מאוד והמקור לשניהם הוא בחוק עצמו.

* **מבחן #1 – מבחן הרלוונטיות**: בג"ץ צוברי:"**כל ראיה העשויה להיות רלוונטית לשאלות העומדות להכרעה במשפט**, במישרין או בעקיפין, בין שהיא תומכת בגרסת התביעה ובין שהיא לכאורה עומדת בסתירה לה או נראית ניטרלית לגבי השאלות השנויות במחלוקות, **חייבת להיכלל בחומר החקירה העומד לעיון הסניגוריה**."

הווה אומר - מבחן רחב: גם אם הדברים נמצאים יותר בפריפריה של האישום והם רלוונטים לאישום – זה חומר חקירה וזה יינתן (כמובן שתחת המגבלות שבחוק).

אולם, בפס"ד התובע הצבאי הראשי נקבע **שאם מול מתן החומר עומדים שיקולים אחרים (כמו פרטיות) – ככל שהזיקה תהיה רחוקה יותר, כך משקל השיקולים האחרים גדל**.

במקרה זה הלינו על תרשומות פוליגרף שהפצ"ר עשה למתלוננת אבל לא לגבי האישום אלא לגבי טכניקת הבדיקה. נפסק כי אומנם הרלוונטיות לאישום נראית לעין, אך שצריך לתת משקל הולם לזכות המתלוננת לפרטיות ולכן נקבע שזה לא חומר חקירה ולא יינתן לסנגוריה.

פרשת אל הוזייל: תיק מב"ד (=ממתין לבירור דין, תלוי ועומד). כאן היה עד מדינה ואח"כ נפתחו לו עוד תיקים והנאשם מבקש לקבל תיקים תלויים ועומדים של העד. גם כאן ביהמ"ש אומר שראיות שהרלוונטיות שלהן רחוקה ושולית אינן חומר חקירה (היו תיקים שלא קשורים לאישום).

פס"ד אבו חטאב: הנאשם שערער לגבי חומר חקירה ביקש לעיין בחומרי משטרה (יומן חקירה, סיכומי חקירה) ובנוסף בכל המידע שיש בידי המשטרה בנוגע למעורבים אחרים בפרשה.

ביהמ"ש הבחין בין סוגי המידע. נקבע **שבאופן כללי** תרשומות של המשטרה (**בכל סוגי המקרים והתיקים**) הן לא חומר חקירה שלנאשם באותו תיק יש זכות לעיין בו, אבל מידע בדבר פעולות חקירה שבוצעו **בתיק מסויים** הוא כן חומר חקירה כאמור.

* במקרה זה, בגלל הנסיבות שבגינן המשטרה והפרקליטות החליטו לסגור תיקים של אחרים נקבע שזה לא חומר חקירה.

זה משהו שנוי במחלוקת שקשור לטענה לגבי אכיפה סלקטיבית: האם אדם יכול לקבל חומר שמצד אחד לא נוגע לאישום נגדו אך מן הצד השני רלוונטי לו לטענת הגנה מן הצדק (כי אם לא הוגשו כתבי אישום נגד אף אחד אז מדוע שיוגש כתב אישום נגדו)? יש פסיקה סותרת בערכאות הדיוניות ואין הכרעה של העליון האם מדובר בחומר חקירה לפי ס' 74 לחסד"פ.

פס"ד מסארווה נ' מ"י: המערער הואשם במחוזי בעבירות של ביצוע מעשים מיניים במתלוננת, אשר עבדה עמו במפעל. הוא ביקש לצוות על מסירת תיקי משרד הביטחון ותיקי בתי הספר שבהם למדה המתלוננת בטענה שמדובר בחומר חקירה כאמור בס' 74(ב), הדרוש לו לשם בירור מצבה הנפשי של המתלוננת. בקשתו נדחתה. **מכאן הערר (שנדחה)**.

העליון (**הש' בייניש**) פסק כי היה עליו לבקש מכוח ס' 108 ולא ס' 74. אין מדובר בחומר שבידי התביעה ומטרת בקשתו היא לחפש ולאתר חומר הנוגע למצבה הנפשי של המתלוננת, כאשר אין כל אינדיקציה כי בתיקים המבוקשים יש חומר כזה, וכי הוא עשוי להיות רלוונטי.

* **מבחן #2 - מבחן השליטה**: **מי שולט בחומר**?מבחן זה הורחב בשנים האחרונות. תחילה דובר רק על הסיפא לס' 74 – החומר שבידי התובע בלבד. אח"כ באה ההרחבה שהרציונאל שלה הוא שישנם מצבים שבהם החומר לא יהיה ממש בידיים של התביעה אבל בגלל שלתביעה יש את הכלים להשיג אותו ביהמ"ש ניתן להורות לה להשיג ולהעביר לסנגוריה אותו.

בג"ץ היומנים - בג"ץ של מ"י כנגד החלטת בימ"ש השלום: **מקרה חריג –** **הרחבה למסארווה**.

השלום הורה למדינה להשיג יומן אישי של מתלוננת. בג"ץ אמר שייתכנו מקרים שבהם ביהמ"ש יימצא שחומר מסויים מהווה חומר חקירה על אף שהוא לא מצוי בידי התביעה **ובלבד שיש בסיס לקבוע ע"פ אופיו של החומר שזיקתו לחקירה מצדיקה את תפיסתו בידי התביעה או בידי רשויות החקירה**. כלומר, ביהמ"ש אומר שצריך לעשות איזון בין הזכות של הנאשם להליך הוגן לבין הזכות של המתלוננת לפרטיות. פרקטית - ביהמ"ש יקבל את היומנים ויתן לנאשם רק חלקים שרלוונטים לאישום כדי לא לפגוע בפרטיות ובמקביל לא לפגוע בנאשם.

**מה קורה בפרקטיקה?**

הנאשם מקבל את חומר החקירה ולפעמים יש לו טענות - שיש משהו שהוא לא קיבל, משהו שמהווה חומר חקירה לדעתו והתביעה אומרת שלא ועוד. ס' 74(ב) מקנה לו את הזכות לבקש לעיין. בקשה זו תידון לפני שופט אחד ובמידת האפשר לא אותו שופט שדן בכתב האישום.

בעניין דרעי החליטו שופטי ההרכב שהם דנים בבקשה ישירות ודרעי עתר נגד זה. ביהמ"ש קבע שכל מה שנתון בסמכותו של דן יחיד בוודאי יכול להיות נתון להרכב.

ס' 74(ד): כאשר דנים בזה התובע נותן לביהמ"ש את החומר לעיון שיחליט אם זה חומר חקירה.

* ס' 74(ה): על ההחלטה ניתן לערער תוך 30 יום וזהו **אחד משני המקרים הבודדים שיש ערר בתוך ההליך הפלילי מבלי לחכות לפסה"ד הסופי**.

ס' 74 אומר שאפשר לעיין **ברשימת כל החומר שנאסף** – על התביעה להמציא רשימה של החומר, כולל חומר חסוי. התביעה לא יכולה להתעלם ולא להגיד שיש חומר חסוי - זה צריך להופיע ברשימה כדי שהנאשם יוכל לדעת שהוא יכול לפנות ולבקש להסיר את החיסיון.

כעקרון הזכות היא **לעיון ולהעתקה**: ביהמ"ש קבע כי **עיון** זו הזכות המרכזית **וההעתקה** היא הזכות המשנית. כך למשל, סנגור רצה להעתיק קלטות. ביהמ"ש קבע כי הוא רשאי לראות את הקלטות אך לא להקליט אותן בגלל פרטיות המתלוננת. הזכות העיקרית – עיון – לא נפגעה ואילו העתקה היא עניין של נוחות. לכן, ההעתקה נסוגה מול הזכות לפרטיות של המתלוננת.

**אופציה נוספת להשגת חומר - ס' 108 לחסד"פ**

**צו להמצאת מסמכים ומוצגים** - 108. בית המשפט **רשאי**, לבקשת בעל דין או מיזמת בית המשפט, לצוות על עד שהוזמן או על כל אדם אחר להמציא לבית המשפט במועד שיקבע בהזמנה או בצו, אותם מסמכים הנמצאים ברשותו ושפורטו בהזמנה או בצו.

* ס' 74 – הנאשם מקבל את החומר מראש ועם תחילת המשפט אולם לפי ס' 108 הוא מקבל את החומר רק במהלך המשפט ולכן לא מתכונן מראש.
* ס' 74 – יש חובה למסור חומר חקירה ולפי ס' 108 – זה תלוי שק"ד של ביהמ"ש.
* ס' 74 מקנה ערר מיידי אם נקבע שזה לא חומר חקירה. בס' 108 - רק דרך הערעור הכולל.
* בס' 74 זה שופט אחר ככל שאפשר ובס' 108 זה השופט הדן בתיק.
* מכל הסיבות האלה נאשמים תמיד ירצו לילך לפי ס' 74 והתביעה דרך ס' 108.

בג"ץ היומנים: התביעה רצתה להוציא החלטה עקרונית שבכל מה שקשור לצנעת הפרט כמו יומנים תמיד הבקשה תהיה לפי ס' 108, אך זה לא צלח. ביהמ"ש לא היה מוכן להגיד את זה בצורה גורפת וקבע כי האיזון ייעשה בכל מקרה לגופו.

נסכם את ההבדלים בין ס' 74 (**הנאשם** יעדיף) לס' 108 (**התביעה** תעדיף)

|  |  |
| --- | --- |
| **ס' 74** | **ס' 108** |
| נותן את הראיה מראש – עם הגשת כתב האישום | יש להגיש בקשה במהלך הדיון ורק במהלך ראיות ההגנה |
| - | הנאשם לא יודע אם הראיה תועיל או תזיק |
| חובה על התביעה לתת | תלוי בשק"ד ביהמ"ש |
| יש זכות ערר ספציפי | אין זכות ערר ספציפי על זה אלא במסגרת ערר כללי |

**אכיפה בררנית - ס' 149(10) לחסד"פ**

זוהי טענה שנטענת במסגרת הגנה מן הצדק. מדובר באכיפת הדין נגד אדם אחד והימנעות מאכיפתו נגד אחרים, במקרים דומים שאין ביניהם שוני רלוונטי. בשביל שנאשם יוכל להצביע על מגמה של אכיפה סלקטיבית, הוא זקוק להמון מידע שלא ברשותו אלא ברשות המשטרה.

יש שלושה כלים לקבלת החומר מהתביעה: (1) ס' 74; (2) ס' 108; (3) חוק חופש המידע.

* **לדעת המרצה** כשיש ראשית ראיה לאכיפה סלקטיבית צריך לתת את חומר החקירה המדובר דרך ס' 74 ובתחילת המשפט (הרי טענת ההגנה מן הצדק היא מקדמית).

**הפסיקה**: לא התקבל, מחשש שנאשמים ידרשו מלא חומרים כדי להוכיח זאת, מה שיצור עומס והצפה על הפרקליטות. לכן, העדיפו לתת לנאשמים את המידע הזה דרך ס' 108.

פס"ד הלל וויס: בהליך פלילי נעדיף להיכנס לס' 108 ולא לחוק חופש המידע.

1. סוביודיצה (מלטינית: sub judice) הוא מונח המתאר תיק שנמצא בדיון בביהמ"ש, בטרם קבעו הש' את פסה"ד. ע"פ עיקרון הסוביודיצה, אסור לכלי תקשורת לחוות דעה או לדווח על הליך משפטי תלוי ועומד לפני שנפסק הדין. [↑](#footnote-ref-1)