**שיעור מס' 1 – 17/10/13 + שיעור מס' 2 – 24/10/13**

**משפט מהותי** הוא המשפט הקובע את החובות והזכויות המשפטיות. כלל מהותי הוא כלל שקובע מה אסור ומה מותר.

**סדר דין** כלל דיוני עוסק במימוש הכללים המהותיים.

**ההבדל –** כללים מהותיים תמיד יחולו פרוספקטיבית (מכאן והלאה) ואילו כללים דיוניים יכולים לחול רטרוקאטיבית.

1. **דיני העונשין הוא הדין המהותי –** אך שם יש 2 סעיפים שכן יכולים לדון רטרואקטיבית ס' 4-5 העוסקים בעבירה שבוטלה או עבירה ששונתה.
2. **אפשרות הסטייה מכללים –** כלל מהותי הוא כלל שלא משנים אותו ולא ניתן לסטות ממנו – אי אפשר לבקש בקשה מיוחד מבית המשפט שסעיף מהותי כלשהו לא יחול עליי אך לעומת זאת כלל דיוני ניתן, במקרים מסוימים, לאפשר סטייה.

אם אפשר לסטות מהכללים הדיוניים אז מדוע צריך אותם?

1. מניעת רשלנות
2. עלות ההתדיינות – אם בכל מקרה מחדש נדון מהו הכלל שיש לנקוט בו אז ידרוש עלויות רבות.
3. מניעת שרירות – שיהיה בסיס לכלל ולא ננקוט בכל מקרה בכלל אחר לפי רצונו של השופט או כל סיבה אחרת.

עיקר הכללים בסד"א הוא בתקנות משנה, לעומת זאת, עיקר הכללים בסד"פ הוא בחקיקה ראשית – מדוע?

* הדין הפלילי כולו כרוך בפגיעה בזכויות אדם – אפילו העניין הפעוט ביותר כמו עיכוב ע"י שוטר. לכן, הדברים חייבים להיות מעוגנים בחקיקה ראשית.
* הרבה מאוד חוקים בסד"פ נחקקו אחרי 1992 – יש להתאים את החקיקה לחוקי היסוד – יש התאמה של דיני הסד"פ לעידן החוקתי.

העידן החוקתי שבעקבותיו זכויות נאשמים, חשודים וקורבנות עלו למדרגה החוקתית הפך את השיח לחוקתי ואת ההתדיינות לכזו המאפשרת יצירתיות; לדוג' יצירתיות של סנגורים הטוענים טענות לטובת המיוצגים שלהם וכו'.

ארבעת החוקים המרכזיים בסדר דין פלילי:

1. חוק סדר דין פלילי (נוסח משולב)-1982 , **חסד"פ** – עוסק בכל השלבים של ההליך הפלילי, הוראות הקשורות בכל השלבים. בעבר, הוא כלל בתוכו גם הוראות לגבי המעצרים אך כעת יש חוק נפרד למעצרים.
2. פקודת סדר דין פלילי (מעצר וחיפוש) 1969, **פסד"פ** – עוסקת בנושא החיפושים-בחצרים, מחשב, תפיסת מחשב, חיפוש על גוף, סמכויות נלוות לחקירות 🡨 בעבר היא עסקה במעצרים לפני כתב אישום וגם בחיפוש בגוף אך עם חקיקת חוקי היסוד הפרידו בין החוקים.
3. חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים) 1996- **חוק המעצרים** – חובק בתוכו את כל ההוראות הקשורות במעצרים.
4. חוק סדר דין פלילי (סמכויות אכיפה –חיפוש בגוף החשוד ונטילת אמצעי זיהוי) 1996 – **חוק החיפוש בגוף.**

**שלבי ההליך הפלילי:**

1. **חקירה** – על שלב זה חולשת הרשות החוקרת – בעיקר המשטרה אך לא רק, ישנם גופים נוספים שהם חלק מהרשות החוקרת.

* החקירה נפתח כשנודע למשטרה על ביצוע עבירה – באמצעות תלונה או בדרך אחרת – שוטר שנקלע למקום פשע, מידע מודיעיני וכו'.
* כשנודע למשטרה על עבירה היא חייב לפתוח בחקירה- החריג –קצין בדרגת פקד ומעלה יכול להורות שלא לפתוח אם אין עניין לציבור בחקירה או שיש רשות אחרת המוסמכת לחקור את העבירה אבל גם זה רק בעבירות שאינן פשע (עבירות שהעונש המירבי עליהן הוא מתחת ל-3 שנים).
* תפקיד החקירה הוא בירור העובדות ולאסוף ראיות. הבירור הזה נעשה באמצעים שונים כאשר האמצעי המרכזי הוא תשאול (מה שנקרא בשפת העם "חקירה"). אם מתשאלים חשוד שהוא לא עד חייב להיות מוזהר-הוא נחקר תחת אזהרה. דרכי איסוף הראיות ובירור העובדות יכולות להיות שונות- חיפוש, תצפיות, מעקבים, האזנות וכו'.
* בשלב החקירה קיימים שני מעצרים:

1. מעצר ראשוני – בצו או שלא בצו – מעצר של 24 שעות עד להבאה בפני שופט.
2. מעצר ימים – מעצר לפני הגשת כתב אישום.

אם המשטרה סיימה את החקירה והיא ממליצה על העמדה לדין היא מעבירה את התיק לתביעה ואז עוברים לשלב הבא.

1. **העמדה לדין** – על שלב זה חולשת התביעה – רוב התביעה היא התביעה המשטרתית והתיקים היותר רציניים הם תיקים של הפרקליטות. בנוסף, יש תובעים של רשויות מקומיות, מיסים וכו'. לאחר סיום החקירה וההמלצה להעמיד לדין, התביעה מקבלת לידיה את כל החומר ושוקלת האם להעמיד לדין או לא.

* אם מחליטים לסגור את התיק ולא להעמיד לדין - ישנן 3 סיבות לסגירת תיק:

1. חוסר אשמה – לא נשאר שום דבר ברישום הפלילי – זוהי סגירה נדירה ביותר, אין כמעט סגירה מחוסר אשמה.
2. חוסר ראיות – יכול להיות שהתובע משוכנע שהחשוד הוא אשם אך אין לו מספיק ראיות והוא חושב שאין סיכוי סביר להרשעה אז התיק נסגר מחוסר ראיות.
3. חוסר עניין לציבור – לא מה שמעניין את הציבור אלא יש שיקולים שונים הבודקים מה נחשב לעניין הציבור. על ההחלטה לסגור תיק יש אפשרות לערער.

* אם מחליטים להעמיד לדין – עבירה שהיא פשע – ישנה חובה לעדכן את החשוד על הגשת התביעה ולתת לחשוד אפשרות לשימוע – בשימוע נותנים הרבה מאוד מחומר החקירה לנאשם מכוח הנחיית היועמ"ש (ולא מכוח החוק).

לפני הגשת כתב האישום ישנו מעצר מכוח הצהרת תובע- תובע יכול להצהיר בפני בימ"ש כי הוא קיבל את חומר החקירה וככה"נ הוא יגיש כתב אישום ולבימ"ש יש סמכות לתת תקופת מעצר של עד 5 ימים.

1. **משפט** –במידה והוחלט להגיש כתב אישום אנו עוברים לשלב הזה. על שלב זה חולשת הערכאה הדיונית – שלב המשפט עצמו בשלום או במחוזי 🡨 לאמירה זו יש נפקויות. בשלב המשפט החשוד הופך להיות לנאשם, הוא הופך להיות צד להליך – המדינה נגד הנאשם 🡨 הוא מקבל את כל חומר החקירה והנאשם לא צריך לגלות את קו ההגנה שלהם, את העדים שלהם וכו'.

* מעצר עד תום ההליכים – מעצר לאחר הגשת כתב אישום. זהו מעצר שאמור להיות עד תום ההליך המשפטי אך בפועל הוא מוגבל עד 9 חודשים עם אפשרות להאריך.
* שלב ההקראה – המשפט מתחיל בהקראת כ. האישום. בימ"ש מקריא לנאשם את כ. האישום ושואל אותו אם הוא מבין אותו.
* שלב הטענות המקדמיות – נושא הלימוד העצמי שלנו. יש טענות מקדמיות שהנאשם יכול להעלות נגד ניהול התיק: סמכות מקומית ועניינית, התיישנות, חנינה, הגנה מן הצדק וכו' – ס' 149 לחסד"פ המונה 10 סעיפים קטנים שהם הטענות המקדמיות שהנאשם יכול להעלות. טענה נוספת שהוא יכול להעלות, אך היא לא נחשבת לטענה מקדמית, היא טענת פסלות שופט – אם הנאשם יודע מראש (למשל ניגוד אינטרסים) או חושב שהשופט פסול אז הוא צריך לטעון את זה כבר בשלב הטענות המקדמיות. במידה והטענות המקדמיות נדחו או לא היו בכלל טענות מקדמיות, עוברים לשלב הבא:
* שלב התשובה לאשמה – בימ"ש שואל את הנאשם איך הוא משיב לכ. האישום – כופר או מודה בעובדות כ. האישום? נאשם יכול להכחיש חלק מהעובדות ולהודות בחלק מהעובדות – הנאשם אמור להבין את העובדות הנטענות אך לא את סעיפי האישום. במצב של עסקת טיעון הנאשם יודה בכל העובדות ובימ"ש ירשיע אותו על סמך ההודאה הזו ויעבור ישר לשלב גז"ד. זכותו של נאשם לשתוק ולא להשיב לאשמה – כאשר השתיקה הזו אינה הודיה. בסוף ההליך, התביעה צריכה להוכיח מעל לכל ספק סביר שהוא אשם אך שתיקתו של הנאשם במהלך המשפט מהווה ראייה מסוג דבר לחיזוק. מעבר לתשובה, הנאשם לא צריך לגלות את קו הגנתו אלא אם יש לו טענת אליבי – דהיינו, הוא מתכוון לומר "במקום אחר הייתי", הוא צריך לומר את זה בשלב התשובה לאשמה 🡨 בימ"ש צריך להודיע לו שהוא צריך לטעון כעת את טענת האליבי אך אם בימ"ש לא הודיע לו, קמה לו זכות לטעון טענת אליבי במועד מאוחר יותר במשפט משום שהנאשם לא צריך לדעת לבד שכעת עליו לטעון טענת אליבי.
* הוכחות-:
* פרשת התביעה – התביעה מביאה את העדים שלה – הם נחקרים חקירה ראשית, נגדית וחוזרת. בסוף פרשת התביעה התובע מכריז "אלו עדיי" ומסיים את פרשת התביעה. כשמסתיימת פרשת התביעה מתחילה פרשת ההגנה. בין פרשת התביעה לפרשת ההגנה עלולה לעלות טענה מאוד נדירה שהיא "אין להשיב לאשמה"- הטענה הזו, משמעה, התביעה לא הרימה את נטל ההוכחה (לא נטל השכנוע) 🡨 הנאשם יכול לבוא ולומר התביעה לא הוכיחה כלום, היא לא הצליחה לגרום לכך שאני עכשיו אצטרך לנהל פרשת הגנה. בשלב של פרשת התביעה, התביעה לא צריכה להוכיח מעל לכל ספק סביר אלא במידה כזו שהשופט יראה כי יש צורך שהנאשם יגן על עצמו. הטענה של אין להשיב לאשמה היא טענה שנטענת ומתקבלת לעיתים מאוד נדירות. במידה וטענה כזו מתקבלת, הנאשם מזוכה. כדי שטענה כזו תתקבל התביעה צריכה להיות מאוד רשלנית כדי להגיש כתב אישום שאי אפשר אפילו להוכיח איתו את אשמת הנאשם. שנית, ההלכה היא שבימ"ש יקבל את הטענה הזו לעיתים נדירות משום שהפגיעה בזכות הנאשם היא לא גדולה – הוא בסה"כ צריך לנהל פרשת הגנה שלא פוגעת בו במיוחד.
* פרשת ההגנה – הנאשם מביא את העדים שלו – אם הוא לא שותק הוא יהיה העד הראשון. גם כאן יש חקירה ראשית, נגדית וחוזרת לכל עד. בסוף פרשת ההגנה תכריז ההגנה "אלו עדיי". במידה והתביעה לא ידעה מראש מי יהיו העדים של ההגנה היא תוכל לבקש "עדויות הזמה" –עדויות שיפריכו דברים בלתי צפויים שעלו מעדויות ההגנה.

בנוסף, בימ"ש יכול לזמן עדים מטעמו – אחד החריגים לשיטה האדברסרית.

* שלב הסיכומים – יש סיכומים של התביעה וסיכומים של ההגנה.
* הכרעת הדין – קובעת האם הנאשם מורשע – זה יכול להיות בחלק מן האישומים או בכולם או בכלל לא.
* שלב הטיעונים לעונש – ראיות תביעה, ראיות הגנה ובימ"ש –
* התביעה תבוא ותראה גיליון הרשעות קודמות, להביא הקורבן וכו'
* ההגנה תביא עדי אופי וכו'
* גם בשלב הזה יהיו סיכומים.
* גזר הדין – בשלב הזה יינתן גזר הדין. יינתן פס"ד הכולל את הכרעת הדין+גז"ד.

כמה נקודות נוספות חשובות לשלב המשפט:

* מעצר – מעצר עד תום ההליכים הוא הרלוונטי לשלב המשפט – מעצר לזמן ההליך, לזמן ניהול ההוכחות. המעצר הזה מוגבל ל-9 חודשים עם אפשרות של בימ"ש להאריך מעבר ל-9 חודשים משום שיש משפטים שנמשכים שנים.
* עיכוב הליכים – כל צד במשפט יכול לפנות ליועמ"ש בבקשה לעכב הליכים. בד"כ התביעה תפנה כאשר מדובר בסיטואציה של עד שברח והיא לא יכולה להמשיך את המשפט בלעדיו ולכן היא מבקשת עיכוב הליכים. נאשמים מבקשים את זה בד"כ במצב בו הם חולים סופניים.

1. **פוסט משפט**

* ערעור – ערעור בזכות לערכאה שמעל – מהשלום בזכות למחוזי והמחוזי בזכות לעליון 🡨 יש זכות ערעור רק פעם אחת – הערעור השני הוא ברשות. בהליך הפלילי, להבדיל מהליך אזרחי, אין ערעורי ביניים – הערעור הוא על הכל, יש לכך שני חריגים:

1. פסלות שופט – מצב של בקשה לפסלות שופט אפשר להגיד על דחיית הטענה ערעור. השופט של הערכאה הקודמת יכול להחליט אם הוא ממשיך או לא ממשיך את המשפט.
2. חומר חקירה – התביעה צריכה להעביר את כל החומר החקירה לנאשם- אם הנאשם טוען שלא קיבל את כל חומר החקירה ובימ"ש לא קיבל את הטענה – יש לו אופציה לערער על הנושא הזה ולכן אין טעם לחכות עם הערעור הזה לסוף ההליך משום שזה חלק חשוב מהליך המשפט.

* גם כאשר בימ"ש לערעור מקבל טענה מסוימת של נאשם – הוא לא חייב לשנות את התוצאה אם לדעתו לא נגרם עיוות דין.
* משפט חוזר – ייחודי למשפט הפלילי בלבד – מצבים מאוד קיצוניים ייחודיים, חריג מיוחד לעקרון סופיות הדיון. החלטה בפס"ד חלוט היא החלטה סופית, לא ניתן לפתוח אותה. חוק בתי המשפט מאפשר מצבים מאוד מיוחדים בהם נאשם יכול לבקש משפט חוזר – מצבים בהם נגרם עיוות דין חמור, התגלו ראיות חדשות ומשמעותיות שיכולות לשנות את כל התמונה וכו'.
* דיון נוסף – קיים גם במשפט האזרחי וגם במשפט הפלילי. כאשר יש עניין שעסק בו בימ"ש במותב של 3 ניתן לבקש דיון בהרכב מורחב במצבים בהם בימ"ש פסק הלכה משפטית חדשה או הפך הלכה או כאשר מדובר בעניין משפטי עקרוני וכו' 🡨 לא מקיימים דיון נוסף על עניין עובדתי אלא על עניין של הלכה או עקרון משפטי. בד"כ ההרכב החדש יכלול את השופטים שהיו בע"פ ומוסיפים עוד שופטים.

עד כאן הסקירה של ההליך הפלילי – ומכאן מתחילים את הנושא של שיעור מס' 2:

אמת משפטית ואמת עובדתית:

* אמת עובדתית – האמת כפי שהיא הייתה יכולה להראות ע"י מתבונן ניטראלי מבחוץ.
* אמת משפטית- האמת כפי שמשתקפת דרך שיחזור השופט על בסיס הראיות שהוצגו בפניו.

האמת המשפטית לא תמיד זהה לאמת העובדתית – הרבה פעמים דיני ראיות, דיני קבילות ומגבלות המציאות מונעים מהאמת העובדתית להפוך לאמת המשפטית. כמובן ששאיפת המשפט היא לצמצם את הפער הזה אך הוא לא נסגר לחלוטין – הפער קיים. לעיתים, תובע בטוח שהחשוד אשם אך הוא לא מגיש כתב אישום משום שאין לו סיכוי סביר להרשעה משום שאין לו מספיק ראיות 🡨 הפער קיים כבר בשלב ההתחלתי ומתעורר גם בשלב המשפט עצמו.

המשפט הישראלי עבר תהליך מאוד מעניין בנושא המתח בין החיפוש לאחר האמת לבין הנושא של כיבוד פרוצדורה וכללים. פרוצדורות וכללים מונעים מאיתנו פעמים רבות מלהגיע לאמת. בסד"פ מדברים על 2 מודלים אשר יש ביניהם מתח תמידי והשאלה בכל החלטה שניתנת היא – איפה המשפט שם את ההחלטה בספקטרום של שני המודלים הללו:

1. המודל הראשון – criminal control model - מודל מיגור הפשיעה – שם את הדגש על חיפוש האמת.
2. המודל השני - deu process model - מודל ההליך ההוגן אשר שם דגש על כללים והפקדה על זכויות חשודים.

כל החלטה נמצאת באיזושהי נקודה בסקלה שבין שני המודלים האלה.

עם קום המדינה, הייתה נטייה יותר למודל הראשון – המשפט הפלילי מטרתו להרשיע אשמים ולזכות חפים, המטרה היא גילוי האמת. ולכן, בכפוף לזה שלא יהיה עיוות דין, נאפשר לעיתים סטייה מכללים. הרטוריקה של בית המשפט הייתה שההליך הפלילי הוא הליך לצורך גילוי האמת 🡨 טעות קטנה של התביעה לא תחרוץ גורלות, אנחנו מתעסקים בלחפש את האמת ולכן בימ"ש התיר סטייה מכללים.

פס"ד סילווסטר, שנת 1948 – הערעור הפלילי הראשון של המדינה וכבר בערעור הזה בימ"ש אומר שההליך הוא למען גילוי האמת. עובד חב' חשמל שהואשם בריגול וזוכה מחמת הספק – התביעה לא הצליחה להוכיח מעל לכל ספק סביר ולא בגלל טענות פרוצדוראליות אבל בין היתר הסנגור שלו טען טענות פרוצדורה – ליקויים טכניים בכתב האישום. בימ"ש אמר כי ברור שצריך למנוע עיוות דין אך אנחנו לא נהפוך את ההליך הפלילי למשחק שחמט, לא כל טעות של התביעה תגזור גורלות. זה חזר גם בפס"ד אפללו (לא ברשימת הקריאה)– השופט ברק "*מטרתו של ההליך הפלילי להביא לזיכוי של החף משפע והרשעתו של האשם, ההליך אינו תחרות ספורטיבית ולא כל תחרות אחרת, ההליך אינו משחק ומטרתו להוציא את האמת....".* בנוסף, זה התבטא באפשרות סטייה מכללים הקבועים בחוק – פס"ד קניר – דובר על סמכות בית המשפט להביא ראיות מטעמו – הסמכות הזו קבועה ב-ס' 167 לחסד"פ:

**ראיות מטעם בית המשפט**

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

בימ"ש לאחר פרשת התביעה וההגנה, עפ"י הסעיף הזה מוסמך לזמן ראיות. מה שקרה בפרשה זו הוא שבימ"ש זימן עד לאחר הסיכומים – האם יש לו סמכות לכך? "..*בצד הכלל כי הראיות צריכות להיות מובאות בזמנם הרגיל, יש להכיר בשיקול דעת בימ"ש לסטות מהכלל במקרה בו הוא ימצא זאת לנכון.."* 🡨 כמובן רק במצב בו בימ"ש סבור כי לא יגרם עיוות דין.

דוג' למצב בו בימ"ש לא אפשר סטייה משום שהוא סבר שיגרם עיוות דין- פס"ד דמאניוק – היה "איוון האיום מטרבלינקה" ועל כך נוהל כל המשפט. במהלך המשפט נראה כי התביעה לא הצליחה להוכיח מעבר לכל ספק סביר את הזהות שלו בתור פושע נאצי. בימ"ש התבקש בסמכותו ולהרשיע אותו על כך שהוא היה פושע נאצי. לבימ"ש יש סמכות ב-ס' 184 לחסד"פ:

**הרשעה בעבירה על פי עובדות שלא נטענו בכתב האישום**

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

נניח שנאשם מואשם בעובדות מסוימות אבל מתגלות עובדות אחרות שמקימות עבירה אחרת – בימ"ש רשאי להרשיע בשני תנאים:

1. הייתה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן גם בפני העבירה החדשה.
2. הנאשם לא יקבל עונש חמור יותר ממה שהיא בעבירה המקורית.

נניח שהתביעה לא הצליחה להוכיח את יסוד הכוונה בהריגה אך הצליחה להוכיח את יסוד הפזיזות – בימ"ש, יכול על סמך הסעיף הזה, להרשיע אותו על עבירת הריגה.

בפרשה של דמניוק נטען כי לא הייתה הזדמנות סבירה להתגונן מפני האופציה הזו – כל המשפט נותב האם דמניוק הוא איוון האיום ולא סביב השאלה האם הוא פושע נאצי אחר לכן נטען כי היה פה עיוות דין כי אל היה לו מספיק זמן להתגונן.

כיום, נק' האיזון שונות לחלוטין – המפנה הגדול חל בפס"ד יששכרוב- אחד מפסקי הדין הכי חשובים. אחד הביטויים של העובדה שבימ"ש מאוד לנושא של גילוי האמת היה בנוגע לדחיית דוק' פירות העץ המורעל – דוק' אמריקאית – אם יש פגם בקבלת הראיות, הראייה התקבלה שלא כדין – היא פסולה. דוק' אמריקאית מאוד קשיחה וידועה ובימ"ש הישראלי לא קיבל אותה אפילו אם הוכח כי הראייה התקבלה שלא כדין – זה השפיע על המשקל של הראייה אך לא על קבילותה. הנושא ה זה עלה שוב בעקבות חקיקת חוקי היסוד – השפעת המשפט החוקתי על המשפט הפלילי (הפרק הבא שנלמד) **–** עם חקיקת חוקי היסוד התחילו לצוץ הרבה מאמרים ופסיקות שהגנו על זכויות נאשמים – זכויות הנאשמים עלו לדרגה חוקתית. סנגורים התחילו לומר במס' במקרים שההודאה שניתנה הייתה פגומה ולכן היא פסולה. בפס"ד יששכרוב לא התקבלה במלואה תורת העץ המורעל אך היה שינוי באיזון – חייל שהואשם בעישון סמים לצריכה עצמית – עבירת צבאית שיושבים עליה בכלא. יששכרוב הודה והסנגור שלו טען שלא ניתנה לו הודעה על כך שהוא יכול להיוועץ בעו"ד לפני שייחקר וכאן בעצם הגיעה השעה הנכונה ל-ש' בייניש לעשות שינוי והיא באמת סוקרת את התפיסה ששלטה בפסיקה, לפיה התכלית העיקרית של ההליך הפלילי היא חשיפת האמת ובעבור כך אין למנוע מבימ"ש ראיות ולחשוף את השופט המקצועי בפני כמה שיותר ראיות והשופט יקבע את המשקל; היום, יש לתת חשיבות לתכלית של **הגנה על זכויות הנאשם**. דברים אלו גורמים לשינוי נק' האיזון – ההלכה שנקבעה היא – במצב בו ראייה התקבלה שלא כדין או היה פגם בגילוי הראייה, לבימ"ש שק"ד לפסול את הראייה 🡨 פתח ליצירתיות של בימ"ש ולחוסר צפיות לגבי השאלה מה יחליט בימ"ש. השיקולים שבימ"ש לוקח בחשבון הם מאוד מגוונים – החל מסוג העבירה, זהות הנאשם, נסיבות, מהות הפגם, זדון או שגגה בפגם, ראייה עצמאית כמו DNA שלא יכול להיות מושפע מכלום או ראייה לא עצמאית כמו הודאה שיכולה להיות מושפעת מתנאים שונים. יששכרוב היה המקרה הקל בו בימ"ש היה יכול לשנות את ההלכה – מקרה דיי ברור שהעבירה היא לא כ"כ קשה אך מצד שני היה ברור כי היה זדון של השוטר הצבאי אשר במכוון לא הודיע על הזכות להיוועץ בעו"ד והאינטרס הציבורי לשים את החייל הזה בכלא אשר עישן סמים קלים לצריכה עצמית הוא לא גדול ולכן הוא זוכה.

מהות ההליך הפלילי בישראל השתנתה כאשר נק' המפנה הייתה פס"ד יששכרוב – כאשר אנחנו לא מדברים רק על גילוי האמת אלא גם על מציאת נק' האיזון הראויה בין גילוי האמת לבין זכויות הנאשם.

הכלל שנקבע בפס"ד יששכרוב יצר שיח עם דעות שונות – יש כאלה הסוברים כי לאמץ את תורת פרי העץ המורעל ולפסול כל ראיה אשר התקבלה שלא כדין באופן אוט' ואילו יש כאלה הסוברים כי יש לתת לשופטים לחקור את האמת ולחשוף אותם לכל הראיות והם יחליטו איזה משקל לתת.

שיטה אדברסרית לעומת שיטה אינקביזיטורית:

* ההליך האדברסרי מקובל בשיטות המשפט האנגלו-אמריקאיות אשר אנחנו הולכים אחרי המסורת שלה (למרות שלנו אין מושבעים) אשר מבוסס על עימות בין שני צדדים יריבים אשר השופט הוא ה"בורר" ביניהם.
* ההליך האינקביזיטורי אשר מקובל בשיטות משפט קונטיננטליות, אירופאיות – לשופט יש חלק בחקירה והוא לא רק מכריע.

סוג השיטה משפיע על מהות ההליך:

* בשיטה האדב' הצדדים אחראים על הבאת ראיות ואילו בשיטה האינ' השופט פעיל ויכול לזמן ראיות.
* בשיטה האדב' יש הרבה מגבלות ראייתיות משום שהצדדים הם האחראים על הבאת הראיות ואילו בשיטה האינ' יש הרבה פחות מגבלות על הראיות.

אין שיטה אדב' או אינק' שהן טהורות לחלוטין – גם שיטת המשפט הישראלית לא – לנו יש מעיין שיטת ביניים:

1. אצלנו, השופט יכול לתקן טעויות פרוצדוראליות.
2. אצלנו, השופט יכול לזמן עדים בסוף שמיעת פרשות התביעה וההגנה.
3. אצלנו, השופט לא כפוף לקביעת עונש בהסדר טיעון – הוא לא חייב להסכים לעונש הזה. בד"כ הם מסכימים לעונש הזה אבל כעקרון יש להם אופציה כזו שלא לקבל את העונש אלא להעניש על פי עונש אחר מזה שהסכימו התביעה והנאשם.

השאיפה צריכה להיות גילוי האמת אך בשיטה האדב' השאיפה של התובעים היא לא לגלות את האמת בהכרח אלא "לנצח", הם צד להליך 🡨 הם רוצים להצליח ולהכניס את הנאשם לכלא גם אם זה לא האמת, זו לא המטרה שלהם.

מושבעים – הישראלי הוא הליך ללא מושבעים. תפקיד המושבעים הוא לקבוע את העובדות – השופט מומחה במשפטים ואילו המושבעים, ההדיוטות, יכולים גם הם לקבוע את העובדות. בשיטות משפט בהם יש מושבעים – העובדות בהכרעת המושבעים והשאר ביד השופטים. השופט מנחה את המושבעים – אם אתם הגעתם למסקנה X אז התוצאה המשפטית תהיה Y 🡨 אם הגעתם למסקנה שהייתה כוונה אז מדובר ברצח וכו' – משום שהוא זה שיודע את הכללים המשפטיים, הוא מנחה אותם לגבי משמעות הקביעות העובדתיות שלהם.

עד כה דנו בנושא "מהות ההליך הפלילי", הנושא הבא הוא הנושא החוקתי.

**השפעת המשפט החוקתי על ההליך הפלילי**

חוקי היסוד שנחקקו בשנת 1992 השפיעו השפעה עצומה על סדר הדין הפלילי ואפשר לומר שההשפעה הזו היא הכי משמעותית והכי טבעית. הכי משמעותית משום שזהו תחום המשפט אשר השתנה לבלי היכר מאז חקיקת חו"י 🡨 כל תחומי המשפט הושפעו מהמהפכה החוקתית אך התחום של סד"פ השתנה לבלי היכר –חקיקה השתנתה (מעצרים, חיפוש וכו'), הפסיקה החוקתית אשר נעשתה לאחר חו"י, בחלקה הגדול עוסקת בסד"פ. הכי טבעית משום שחוקות, במהותן, עוסקות בזכויות חשודים ונאשמים – בחוקות בכל העולם חלק גדול מהסעיפים עוסק בזכויות נאשמים וחשודים 🡨 חוקי היסוד שלנו הם הכי דומים לחוקה ולכן טבעי שישנו את זכויות הנאשמים והחשודים.

**חירות אישית**

5.    אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת.

ס' 5 לחוק לא עוסק בנאשמים וחשודים אלא באופן כללי במאסר ומעצר. הזכות העיקרית שחו"י מגן עליה היא הזכות לכבוד. לאחר חקיקת החוק נכתבו מאמרים רבים שטענו כי הזכויות המקובלות בחוקות העוסקות בנאשמים ובחשודים מוגנות בישראל ע"י חו"י:כב"ה וחירותו ונגזרות מהזכות לכבוד ובימ"ש קיבל את הטענה הזו.

העובדה כי אצלנו הזכויות הללו נגזרות מזכות כללית ולא מזכות ספציפית של נאשמים וחשודים מעלה הרבה סוגיות:

1. סוגיית זכויות נפגעי עבירה – אם אנחנו אומרים שגם זכויות של קורבנות עלו למעמד חוקתי, יכולים להשתמע מזה שני דברים:

* יכול להיות חוק שייפסל כי הוא לא נתן מספיק הגנה לזכות של קורבן
* יכול להיות מצב שדווקא חוק יפגע בזכות של חשוד\נאשם לטובת זכות של קורבן – האיזון לא חייב להיות תמיד לטובת חשוד\נאשם 🡨 אנחנו גוזרים את זה מזכות ערטילאית לכבוד, אז החוקים הספציפיים הבאים למצוא נקודות איזון שונות, יכולים דווקא בנק' מסוימת למצוא איזון דווקא לטובת הקורבן 🡨 הרי אצלנו זה לא זכות בפני עצמה כמו בחוקות שיש בעולם המגנות באופן ספציפי על חשוד\נאשם אלא זכות הנגזרת מהזכות לכבוד, להגנה על החיים וכו' – זה פועל הן לטובת הנאשם\חשוד והן לטובת הקורבן ולכן יכולים להיות מצבים שנפגע בזכות קרובן לטובת נאשם\חשוד ולהפך.

הוויכוח הזה, ברמה העקרונית והלא מעשית, עלה בפס"ד גנימאת – מעצר עד תום ההליכים – האם מכת מדינה יכולה לשמש עילה למעצר עד תום ההליכים? האם ראוי שבעידן החוקתי ייעצר אדם לא בגלל שספציפית הוא מסוכן אלא בגלל שזוהי מכת מדינה ואנחנו צריכים להגן על אמון הציבור? השופטים הסכימו כי מכת מדינה אינה יכולה לשמש עילת מעצר בעידן החוקתי. פס"ד נתן הלכה כי גם חוקים שהם חוקים "משוריינים" יתפרשו לאור חו"י – כך גם את החסד"פ. התעורר שם דיון שלא ממש היה נדרש אלא התעורר בגלל ששמגר העלה אותו – דיון בנושא הקורבנות – חשוב לשמור על זכויות נאשמים אך בל נשכח את זכויות הקורבנות 🡨 הש' דורנר התנגדה לתפיסה הזו – תורת זכויות האדם באה להגן על הפרט, על זכות של נאשם ספציפי. קורבנות פוטנצאליים הוא אינטרס הציבור – לא משווים בין אינטרס לזכות: *"הקניית מעמד של זכות יסוד למכלול האינטרסים הפרטיים המאוגדים בערך הכללי של שלום ציבור עשויה להביא לשלילת זכויות הפרטים האינדיבידואלים...".* ברק בא ואומר שהוא נוטה לעמדה של שמגר – גם זכויות הקורבנות עלו לעמדה חוקתית אך זה לא נדרש כאן להכרעה משום שאין העניין עוסק בקורבן ספציפי אלא מול קורבנות פוטנציאליים שאינם ידועים.

מה משתמע מתוך החקיקה הישראלית? משתמע כי שיטת המשפט שלנו קיבלה את ההכרה כי גם זכויות הקורבנות עלו לדרגה חוקתית – זה התחיל **בחוק זכויות נפגעי עבירה אשר נחקק ב-**2001. פס"ד פלוני – נעשתה עסקת טיעון והמתלונן טען בפני בימ"ש כי לא ניתנה לו זכות טיעון לפי ס' 17 לחוק זכויות נפגעי עבירה – בימ"ש אמר כי בסיטואציה הזו בה ברור כי נעשה פגם, הוא בודק שני דברים:

1. מישור הזמן – ככל שחלף הזמן והנאשם הסתמך על הסדר הטיעון והודה – ככה יהיה קשה יותר לסגת.
2. מישר הנסיבות הקונקרטיות – בימ"ש מסתכל על הסדר הטיעון עצמו – אם הוא בהחלט בלתי סביר אז יבטלו אותו וישמעו את התביעה מחדש.

במקרה של פלוני, הנאשם הודה וההסדר היה בלתי סביר – הן במישור הזמן והן במישור העובדות הקונקרטיות הוחלט שלא לבטל את ההסדר.

איפה כמעט ביטלו את ההסדר בדעת מיעוט כי לא נתנו זכות שימוע? במקרה של קצב – המתלוננת הראשונה שהעלתה את הפרשה, לא יכלה לטעון בהסדר הטיעון – במישור הזמן לא הייתה הודאה ובמישור הנסיבות 2 שופטים סברו כי יש חוסר סבירות בהסדר 🡨 הייתה דעת מיעוט, הסדר הטיעון לא בוטל אך בסופו של הליך קצב עצמו ביטל את הסדר הטיעון.

**חוק מגבלות על חזרתו של עבריין מין לסביבת נפגע העבירה** – מדובר על עברייני מין. החוק מאפשר לשופט לקבוע שעבריין מין, מעבר לעונש שהוא מרצה, לא יגור או יעבוד בסביבת קורבן העבירה 🡨 זה מאוד מרחיק לכת. זה דוג' לחוק שבאיזון מעדיף את זכותו של הקורבן.

לשיעור הבא – פס"ד צמח ושוורץ תחת השפעת המשפט החוקתי.

**שיעור מס' 3 – 31/10/13**

בשיעור שעבר דיברנו על העובדה שיש לנו חו"י שיש בהם זכויות מהותיות אשר פורשו ככאלה המגנות על כל הזכויות הדיוניות בהליך הפלילי, בשונה מחוקות אחרות בהן מפורטות בצורה מדויקת כל הזכויות הדיוניות וכאן זה דבר נגזר וזה מעלה את השאלה של זכויות הקורבנות.

**הסוגיה השנייה – עלויות כספיות**

אין ספק שהגנה על זכויות עולה כסף ונשאלת השאלה האם לאור העידן החוקתי אנחנו אומרים כי כל הגנה על זכות צריכה להינתן ללא שום קשר לעלויות הכספיות שלה או שלעלויות הכספיות יש איזשהו תפקיד? ואם כן, באיזה משקל?

פס"ד צמח – שם נקבע כי העלויות הכספיות נמדדות לפי פסקת ההגבלה ומבחני המידתיות. ההלכה העולה מפס"ד צמח, מבחינה חוקתית, שגם תיקון מיטיב כפוף לפסקת ההגבלה. יש חוקים משוריינים שנחקקו לפני חו"י אבל התיקונים שלהם כן כפופים לפסקת ההגבלה – שם תיקנו את החוק מ-105 שעות ל-96 שעות והעתירה טענה כי 96 זה הרבה מידי 🡨 מדובר בתיקון מיטיב שגם הוא כפוף לפסקת ההגבלה. אין ספק שכאשר מדברים על מעצרים מדובר על החירות הבסיסית ביותר – האם השופט זמיר לא מתייחס לטיעונים הכספיים שמעלה הצבא? הוא בהחלט מתייחס, הצבא העלה טיעונים של משאבים אנושיים (שופטים, שוטרים, משאבי זמן וכו') והשופט זמיר לא דוחה את זה על הסף אלא אומר שצריך להתייחס לכסף אבל במסגרת פסקת ההגבלה – הטיעונים של הצבא לא הצדיקו מעצר של 96 שעות כשבוחנים את זה בפסקת ההגבלה. הנושא של עלויות כספיות הוא נושא שלא מספיק נותנים עליו את הדעת – מחקרים מעידים על כך שהשינויים שאמורים להועיל לזכויות אדם לא באמת עוזר – קיצרו את תקופת המעצר הראשוני מ-48 ל-24 אבל בסופו של דבר ישר מביאים בפני שופט והוא מאריך את המעצר כי המשטרה לא הספיקה כלום, השופט הופך להיות מעין "חותמת גומי" וזה למעשה גורם להארכת המעצר ולא לקיצורו.

**הסוגייה השלישית: ביצוע עונש בעקבות החלטה להגיש ערעור**

סיטואציה בה אדם מורשע ומקבל עונש מאסר ומבקש את עיכוב ביצוע העונש. בעבר, ההלכה הייתה שעיכוב ביצוע בזמן ערעור הוא חריג – האדם הורשע ולכן חזקת החפות כבר לא חלה ולכן כמעט ולא אישרו עיכוב ביצוע. פס"ד שוורץ, לאחר חקיקת חוקי היסוד – בימ"ש משנה את נק' האיזון וקובע כי נכון שחזקת החפות נפגעה במידה רבה אבל כל עוד פס"ד אינו חלוט חזקת החפות עדיין קיימת, אמנם לא במלוא עוצמתה אך קיימת. הגשת ערעור כשלעצמה לא תעכב את ביצוע עונש המאסר אלא זה יהיה בשק"ד בימ"ש, אך מצד שני הגישה לפי העיכוב הוא חריג ויינתן רק בנסיבות יוצאות דופן כבר לא עומדת. בימ"ש יתחשב באינטרס הציבורי באכיפה מיידית מול אינטרס הפרט בעיכוב המאסר – הנטל הוא על המורשע לשכנע את בימ"ש שבמקרה זה האינטרס הציבורי באכיפה מיידית נסוג בפני האינטרסים האחרים המעורבים בסוגיה. כשבימ"ש בא לשקול את הנושא הזה – האם להסכים או לא להסכים לעיכוב הביצוע, הוא שוקל את השיקולים הבאים:

1. **חומרת העבירה** – ככל שהעבירה חמורה יותר כך תהיה עוצמה גדולה יותר לאינטרס הציבורי וירצו לאכוף את המאסר.
2. **אורך המאסר** – ככל שהמאסר ארוך יותר זה מעיד על חומרת העבירה אבל גם מעורר חשש גדול יותר לבריחה של המורשע. מצד שני, כשהתקופה היא קצרה ואדם מערער – הוא יכול תוך כדי ערעור כבר לרצות את רוב העונש ולכן תהיה נטייה יותר לאשר עיכוב ביצוע.
3. **סיכויי הערעור** – נקודה מאוד משמעותית וחשובה בשיקולים האלו.
4. **סוג הערעור** – אם הערעור הוא רק על חומרת העונש או גם על ההרשעה – אם רק על חומרת העונש תהיה פחות נטייה לעכב משום שנושא ההרשעה הוא חלוט.

פס"ד קצב– מדובר בעבירות חמורות של אונס והמאסר שנקבע הוא 7 שנים אך אין חשש להימלטות מן הדין והוא בכלל לא היה במעצר. מה שהכריע את הכף זה שהשופט דצניגר סבר שכאשר נאשם עושה שטויות, התפקיד של בימ"ש הוא לעזור לו. בערעור קצב טען שכן היה רומן אבל הוא היה בהסכמה לעומת ההכחשה שהייתה לאורך כל המשפט 🡨 הייתה פה איזושהי רמיזה לגבי סיכויי הערעור ובכ"ז אישרו לו עיכוב ביצוע. ושופטי ההרכב לא קיבלו את הערעור. דוג' להחלטה שמיישמת את שוורץ – עבירה חמורה לטווח ארוך אך מצד שני לא היה חשש להימלטות משום שהוא לא ישב אפילו יום אחד במעצר, הערעור הוא גם על ההרשעה 🡨 מה שנותר פה להכריע הוא סיכויי הערעור אבל דנציגר רומז שהמטרה היא להגיע לחקר האמת ומשתמע ממנה שהוא חושב שיש סיכוי לטענה הזו, כלומר שיש סיכויי ערעור והוא דן יחיד בהחלטה לעיכוב ביצוע ולכן הוא אישר את עיכוב הביצוע אבל בתכלס לא קיבלו את הערעור בסופו של ההליך.

**הסוגיה הרביעית- סמכויות חיפוש**

ההשפעה העיקרית של חו"י על סמכויות החיפוש הוא ביטול ההוראות הקיימות וחקיקת חוק חדש שאמור לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה. עוד לפני שהיה חוק חדש, ההחלטה בגואטה של השופט איילון דיברה על כך שכבוד האדם מחייב, שאפילו אם חיפוש בגוף נעשה בהסכמה, הוא ייעשה בצורה השומרת במידה המירבית על זכויות האדם. באותו מקרה, היה מצב שחשדו באדם שהוא מסתיר סמים, הוא נעצר והסכים לחיפוש – לקחו אותו לסמטה וחיפשו "באחוריו" – בהסכמה, אך השופט אילון אומר שזה לא משנה שאדם הסכים, עדיין מדובר בצנעת הפרט. ב-1996 נחקק חוק החיפוש בגוף הדורש מכניזם של הסכמה והוראות מאוד מדויקות. בנוסף לכך, הוא קובע כי הוראותיו חלות על חוקים אחרים אשר עוסקים בחיפוש בגוף – כל עוד החוק האחר לא קובע הסדר ספציפי נוגד, אז הוראות חוק החיפוש תגברנה. זה בא לידי ביטוי בפס"ד לאוניד לוין- שם דובר על בדיקת שכרות, בדיקת דם לגילוי אלכוהול. הטענה של המערער הייתה שגם בדיקות שכרות הנעשות עפ"י תקנות התעבורה כפופות היום לכללי חוק החיפוש בגוף, כלומר דורשות הסכמה. בימ"ש, מכוח הכלליות של חוק החיפוש בגוף, קיבל את העמדה הזו אפילו שפקודת התעבורה היא חוק משוריין. פקודת התעבורה היא הקובעת את העילות מתי חשודים באדם שהוא שיכור , היא משוריינת ובימ"ש מחיל עליה בכ"ז את פקודת החיפוש.

**הסוגיה החמישית – פסלות חוק שהתיר הארכת מעצר ללא נוכחות חשוד**

בש"פ 8823/07- פלוני – חסד"פ (עצור החשוד בעבירות בטחון)(הוראת השעה)🡨 בחוק זה יש הוראות מיוחדות לגבי עצורים בעבירות בטחון. בעבירות האלו יש מאפיינים מיוחדים כשמדובר בעבירות בטחון, הרבה פעמים הם לא תושבי ישראל והיכולת לאסוף עליהם מידע היא מוגבלת יותר וכו'; במקרים קיצוניים חלק מהחקירות צריכות להיעשות באופן מיידי כדי לסכל פיגוע למשל, בין היתר היה ס' 5 שאפשר להאריך מעצר של חשוד בעבירת בטחון ללא נוכחות החשוד. בימ"ש קבע שהזכות להליך הוגן כוללת בחובה את הזכות להיות נוכח במשפט והזכות הזו נפגעה ע"י ס' החוק הנ"ל. השאלה הייתה – עמידה בתנאי פסקת ההגבלה:

1. תכלית – התכלית היא כמובן ראויה – לשפר את היכולת לקדם חקירה עם מאפיינים מיוחדים.
2. מידתיות – בימ"ש קבע שההוראה הזו היא לא מידתית:
3. ההוראה פוגעת באפקטיביות של ההליך עצמו, בימ"ש נסמך רק על צד אחד.
4. המדינה טענה שלעיתים נדירות משתמשים בזה, רק במקרים חריגים מאוד 🡨 בייניש אמרה, אם משתמשים בזה רק במקרים חריגים, למה צריך הוראת חוק כזו? במקרים חריגים יש לנו איך לטפל (היא לא מפרטת איך..) ואנחנו לא צריכים הוראה כ"כ פוגענית בספר החוקים.

בייניש קבעה את בטלות החוק והשופטים האחרים מסכימים איתה אם כי הם חושבים שיש להחליף זאת בהסדר מידתי יותר.

בסופו של דבר, חוקק הסדר מידתי יותר – חוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירות בטחון) – יש הסדר ביניים, אם נעשתה הארכת מעצר בנוכחות עד 20 יום, יש אפשרות להאריך עד בעוד 20 יום נוספים שלא בנוכחות (לא כל כך חשוב לדעת).

חשוב לראות שהנושא של ההגנה על הזכויות – במקרה הזה הזכות להיות נוכח בהחלטת מעצר שלך – יכולה להביא לפסלות של חוקים.

**הסוגיה השישית – טענה שאין להרשיע אלא בפה אחד**

זו טענה שלא התקבלה אך חשוב להכיר את הטענה הזו. פס"ד סיבוני – לאור חו"י, הרשעת אדם בדעת רוב היא לא חוקתית 🡨 כך נטען שם. בימ"ש לא קיבל את הטענה הזו וקבע כי ס' 80 לחוק בתי המשפט הוא משוריין וקובע איך מקבלים הכרעות במשפט – הן בפלילי והן באזרחי – והכלל בפלילי הוא שדעת הרוב קובעת – מספיק רוב על מנת להרשיע ולא צריך פה אחד.

**הסוגיה השביעית – ההשפעה העיקרית ביותר של חוק יסוד- השפעה על קבילות ראיות**

לפני המהפכה החוקתית – דיכוטומיה בין הדין לחוק למעט 2 חריגים: המשפט הישראלי שם דגש מאוד גדול על גילוי האמת ואחד הביטויים של זה היה דחיית דוק' פירות העץ המורעל – דוק' הקובעת כי ראייה שהתקבלה שלא כדין, היא לא קבילה במשפט הפלילי. בעבר היו, 2 חריגים במשפט הישראלי היו קובעים אי-קבילות לראיות, וכל השאר הראיות היו מתקבלות לפעמים גם אם הם עברו על החוק:

1. חוק האזנת סתר – ראייה שהתקבלה כתוצאה מהאזנת סתר היא לא קבילה, מלבד מקרים בהם יקבלו אותה מטעמים מיוחדים שירשמו.
2. חוק הגנת הפרטיות – ראייה שהתקבלה כתוצאה מפגיעה בפרטיות היא לא קבילה מלבד מקרים בהם יקבלו אותה מטעמים מיוחדים שירשמו.
3. "חצי חריג" – ס' 12 לפק"ר – מאפשר לבימ"ש לפסול הודאה שאינה חופשית ומרצון – במצב כזה, זו לא פסילה אוט' אלא מתנהל "משפט זוטא" שבו בימ"ש בודק האם לפסול את ההודאה או לא. בעבר, לפני ה"מהפכה החוקתית", טענות כאלו התקבלו רק במצבים של הוכחה לפגיעה בשלמות הגוף או הנפש.

בעבר, בכל שאר המקרים – בהם הפרו חוק כלשהו והביאו ראיה שהיא כביכול לא קבילה – בימ"ש קיבל אותה פעמים רבות.

אחרי המהפכה החוקתית – סנגורים החלו לנסות לטעון שהודאות שנתנו הלקוחות שלהם והיו פגומות, הן הודאות בטלות שאינן קבילות.

* פס"ד בלחניס, השופט קדמי – אדם נאשם ברצח וטען שלא הוזהר בחקירותו. קדמי אומר – דבר לא השתנה, תמיד הייתה חובה להזהיר את החשוד ואם לא הזהירו זה לא פסל את ההודאה אלא ניתן לה משקל נמוך – מבחינת קדמי, המצב בכלל לא השתנה בעקבות חו"י. חו"י וחוק המעצרים מחדדים את מה שהיה קודם אך לא משנים את ההלכה.
* פס"ד סמירק – גרמני שהתאסלם וסייע לחזבאללה ואיך שהוא הגיע לארץ השב"כ עצר אותו וכנראה שלא הזהירו אותו. זה מגיע לבייניש שחוזרת על הגישה שהשתרשה במשך השנים – היעדר אזהרה כשלעצמה לא פוסלת את ההודאה "*כשלעצמי נוטה אני לדעה כי המגמה הפרשנית הנובעת מחוק היסוד מחייבת בחינה מחודשת של האיזון בין זכויות הנאשם לבין הצורך ההגנה על זכויות הציבור. בהתאם לכך עשויות להיות נסיבת בהן יהיה היעדר אזהרת חשוד כדי להביא לפסילת ההודאה אולם אין לקבוע בעניין זה כלל פסילה גורף"* 🡨 היא לא פוסלת, היא למעשה אומרת "זה לא בדיוק המקרה המתאים", אבל אני מאותת שיכולים להיות מקרים בהם אני יופעל שק"ד ואם לא תינתן אזהרה כראוי אולי יפסל ואת ההודאה.
* פס"ד יששכרוב – חייל שהואשם באחזקת סמים לשימוש עצמי. בצבא, זוהי עבירה חמורה אך באזרחות עברה יחסית קלה. השוטר הצבאי לא הודיע לו על זכותו להיוועץ בעו"ד בזדון ויששכרוב הודה. הסנגור שלו טוען לפסלות ההודאה. פס"ד זה הוא תפנית גדולה בדין הפלילי בישראל. בייניש משנה פה את נק' האיזון ב-2 הלכות:
* התכלית של סד"פ היא לא רק גילוי האמת (דיברנו על זה בשיעור הקודם) אלא גם הגנה על זכויות.

1. שינוי ההלכה בנוגע ל-ס' 12 לפק"ר – הודאה חופשית ומרצון. הגישה בעבר הייתה שהחוק הזה בא להגן על שלמות הגוף והנפש – בייניש אומרת שזו לא התכלית היחידה אלא החוק בא להגן גם על האוטונומיה של הרצון החופשי 🡨 ניתן לפסול הודאה מכוח ס' 12 כהודאה שהיא לא חופשית ומרצון גם במצבים בהם לא הייתה פגיעה בגוף ובנפש אך הופעלו אמצעים שיש בהם כדי לפגוע ביכולת האדם להביע רצון חופשי ובאוטונומיה שלו 🡨 זה נקבע כהלכה אך ביששכרוב לא נפסלה על בסיס ס' 12 לפק"ר - נקבע שאי האזהרה לא פגע באוטונומיה של החשוד.
2. כלל פסילה פסיקתי – לא מקבל לחלוטין את דוק' העץ המורעל האמריקאית אלא משאיר שק"ד לבימ"ש. ייתכנו מצבים בהם בימ"ש יפסול ראיות שהתקבלו שלא כדין – בימ"ש לוקח הרבה שיקולים בחשבון:
3. אופייה וחומרתה של אי-החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראייה. התנהגות זדונית תעודד את בימ"ש לפסול את הראייה.
4. השפעת האמצעי הפסול על הראייה שהושגה – האם יש קשר בין הפסול לראייה?
5. הנזק מול התועלת החברתית בפסילת הראייה – אם בימ"ש יכול להרשיע בלי הראייה הזו, הוא תמיד יפסול את הראייה אבל אם בימ"ש לא יכול להרשיע אם הוא יפסול את הראייה הזו, הוא ישקול את זה לכאן או לכאן.

סיכום הלכת יששכרוב – ביששכרוב, בימ"ש מגיע למסקנה שהוא פוסל את הראייה:

* אי החוקיות – בכוונה לא הודיעו לו על זכותו להיוועץ.
* השפעת אי החוקיות – יכול להיות שהייעוץ היה גורם לו לא להודות.
* הנזק מול התועלת – עבירה קלה יחסית וזה לא כ"כ נורא לשחרר אותו.

פס"ד יששכרוב פתח פתח להרבה יישומים והרחבות – יששכרוב היה יחסית מקרה קל, מקרה שאפשר "לסבול" את התוצאה – לאט לאט הרחיבו את היישומים ואת ההלכה.

פס"ד אלזם – אדם מואשם ברצח. מכניסים לו מדובב שככל הנראה חרג מהמותר לו – מדובב אמור "לנצל" את המצוקה של הנאשם ולהוציא ממנו הודאה. מה שעשה המדובב בפרשת אלזם זה "הסגת גבול", הוא ערער מאוד את הבטחון של אלזם בעו"ד, הוא השמיץ את העו"ד ואמר לו שהוא זנח אותו, שלא יקשיבו לו וכו'. בימ"ש קבע שנפגעו זכות השתיקה והזכות להיות מיוצג ע"י עו"ד. בימ"ש מיישם את 2 החלקים של הלכת יששכרוב:

1. פוסל את ההודאה של אלזם עפ"י ס' 12 לפק"ר – היא לא ניתנה כחופשית ומרצון בשל פגיעה באוטונומיה של הרצון העצמי – אין טענה שהמדובב הכה אלא הסיג את הגבול, גרם לערעור האמון בעו"ד.
2. פוסל את ההודאה עפ"י כלל הדוק' הפסיקתית

חומרת העבירה כאן פועלת לשני הכיוונים:

* מצד אחד, אינטרס ציבורי גדול באכיפה
* מצד שני, ככל שהעבירה חמורה יותר כך נקפיד יותר עם זכויות נאשמים

לכן מזכים אותו – זה מקרה גם קל יחסית, הוא התאבד בכלא. המשפחה שלו, לאחר מותו, התעקשה על הערעור וזאת הייתה הפסיקה – זיכו אותו. מהבחינה הפורמאלית זיכו ברצח בגלל אי קבילות ההודאה אך בתכלס אי אפשר לדעת מה היה קורה אם הוא לא היה מתאבד.

פס"ד אסף שי – פגיעה בזכות ההיוועצות – הרחבה בהלכות. אדם שנחשד והואשם בהריגה בכביש. במקרה הזה, הסיטואציה היא על היס"נ. הוא זומן לחקירה, כאשר החוקר המשטרתי לא מודיע לו על זכותו להיוועץ בעו"ד וכששי כבר מבקש עו"ד השוטר לא מפסיק את החקירה אלא ממשיך אותה ולא מחכה לעו"ד שיגיע. זכות ההיוועצות קבוע ב-ס' 34 לחוק המעצרים:

**הסברת זכויות לעצור**

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

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

**זכות העצור להיפגש עם עורך דין**

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

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

ס' 32(1) מדבר על החובה להודיע לעצור על זכותו להיוועץ עם עו"ד ו-ס' 34 מדבר על כך שכאשר עצור מבקש להיוועץ עם עו"ד מאפשרים לו את זה ללא דיחוי.

התעוררה כאן בעיה פרשנית – האם לכל נחקר מגיעה הזכות להיוועץ עם עו"ד ולא רק לעצור? הרי אסף שי היה נחקר רגיל ולא עצור. **בימ"ש מרחיב בפרשת שי את הזכות להיוועץ כאשר נחקרים מבקשים להיוועץ – כלומר ס' 34(ב) ולא לסעיף 32 – כלומר להודעת הזכות להיוועץ 🡨 אם לא היו ממלאים רק את החובה להודיע, לא היו פוסלים אך בגלל שהוא ביקש ולא הפסיקו את החקירה ונתנו לו להיוועץ בעו"ד פסלו את זה.**

מה זה "ללא דיחוי"? כאשר ברור שהחקירה היא לא דחופה – כמו במקרה הזה, הוא נחקר ולא עצור הוא בא בכלל מהבית – צריך להפסיק את החקירה ולתת לו אפשרות להיוועץ על עו"ד, ועל זה פסלו את ההודאה. תוצאת פסילת ההודאה במקרה דנן –פסלו את ההודאה וזה הוביל לאי הוכחת היס"נ, הוא הורשע בגרם מוות ברשלנות ולא בהריגה.

פס"ד פרחי – במהלך חקירת רצח עו"ד ענת פלינר. נלקחו הרבה דגימות דם לצורך DNA מ"מתנדבים" 🡨 אמרו להם שלוקחים את זה לצורך חקירת הרצח בלבד, ומעבר לזה ישנו סעיף 14א. לחוק החיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי:

**הגבלת השימוש במה שנתפס בחיפוש (תיקון מס' 1) תשס"ה-2005**

14א.   (א)  לא תיערך השוואה לפי הוראות סעיף 11יד, בין נתוני הזיהוי שהופקו ממה שנתפס בחיפוש לפי פרק זה והמזהים את האדם שבו נערך החיפוש, לבין נתוני הזיהוי שבמאגר, אלא **לצורך חקירת העבירה שלשמה נערך החיפוש**, או לצורך חקירת עבירה בתיק חקירה משטרתי אחר ולאחר שאותו אדם הסכים לכך, בכתב, על גבי טופס שקבע השר, ובהתאם להסכמה שנתן; ההסכמה יכול שתינתן לגבי כל תיק חקירה בנפרד, לגבי סוגי עבירות או לגבי השוואה לכלל תיקי החקירה.

ה-DNA היה צריך להיבדק רק לצורך חקירת עו"ד פלינר. השוטרת ראתה ש-DNA של פרחי זהה לזה של אנס סדרתי. המשטרה עוצרת אותו, נותנים לו סיגריה לעשן ולוקחים מבדל הסיגריה DNA ויוצא שהוא זהה אחד לאחד לאנס הסדרתי. מגיע הגשת כתב אישום יחד עם בקשה למעצר עד תום ההליכים לפרחי. הסנגור טוען שה-DNA הושג שלא כדין.

במחוזי – הטענה לא מתקבלת – הוא טוען שהוא מיישם את הלכת יששכרוב שהיא הלכה שבשק"ד ולפי שק"ד שלו אין לפסול את הראייה. במאזן שבין האינטרס הציבורי לבין הפגיעה הזכויות בימ"ש העדיף את האינטרס הציבורי – איך הוא מתמודד עם הפגיעה עם הפגיעה ב-ס' 14א? הוא קובע כי זהו לא סעיף קבילות אלא סעיף שקובע דין ללא קביעת את התוצא ולכן חזרו להלכה הישנה – כשאין סעיף שהוא סעיף קבילות, בימ"ש ייקבע את התוצאה 🡨 כל עוד החוק לא קובע אם הראייה קבילה או לא, בימ"ש ייקבע את קבילות הראייה.

בעליון- ההרשעה נותרה על כנה אך פסלו את ה-DNA. השופט לוי מנתח את אי החוקיות של הראייה הראשונה – DNA של חקירת הרצח של עו"ד – עוצמת אי החוקיות במקרה זה היא עצומה, הפרת הבטחה היא פגיעה בזכות להליך הוגן והיא חלק מהביטוי של הזכות לאי הפללה עצמית וכו' ולכן הוא מקנה לכך חומרה רבה. לגבי ס' 14א. הוא אומר שיש כאן פגיעה קשה בסעיף, נאמר בסעיף שלא תערך השוואה וכן נעשתה השוואה. לכן, לשיטתו, ראיית ה-DNA הראשונה פסולה:

1. יש פגם קשה ולא טכני
2. חומרת העבירה כחרב פיפיות – אמנם עבירה חמורה שהאינטרס הציבורי מחייב את מיצוי הדין אך דווקא בגלל חומרתה חייבים להקפיד על זכויות הנאשם.
3. תועלת מול נזק – הראייה הזו לא נדרשת, אפשר להרשיע אותו גם בלי זה- היו ראיות נגזרות:
4. DNA שני
5. איכון טלפון סלולארי
6. ההתנהגות במהלך החקירה והמשפט

השופט לוי אומר – מתי תהיה זיקה בין הראייה הראשונה לראייה הנגזרת שנגיד שיש פגם בראייה הנגזרת? מבחינה עובדתית נדרש קשר של סיבתיות בין קיומה של הראייה הראשונה לאפשרות השגתה של הראייה הנגזרת ולכך יש להוסיף דרישה של סיבתיות משפטית הטומנת בחובה שק"ד שיפוטי באשר לנסיבות התומכות בפסילת הראייה הנגזרת 🡨 אם לא היה את ה-DNA הראשון לא היה את ה-DNA השני, אבל כאן מכניסים שק"ד שיפוטי 🡨 הזיקה של ה-DNA השני היא כל כך חזקה ל-DNA הראשון כך שהוא פוסל את ה-DNA השני 🡨 פוסל את הראייה הראשונה ואת הנגזרת.

הוא לא פוסל את הראיות הנגזרות האחרות – כאלו שהקשר הסיבתי שלהן רחוק יותר, יש להן זיקה עובדתית ולא משפטית. אמנם לא היו מגיעים אליהן לולא הראייה הראשונה אבל מבחינה שיפוטית הוא לא פוסל אותן, וזה מספיק להרשעה. אמנם הראיות הללו הן "לא נקיות", כי בכ"ז הם הגיעו אליו רק באמצעות הראייה הראשונה.

השופטת חיות – היא לא רוצה להבחין בין כל הראיות הנגזרות ומבחינתה כשמדברים על ראיות נגזרות צריך להחליט אם קבלת הראיה תהפוך את המשפט בכללותו ללא הוגן 🡨 התשובה תיגזר מהשאלה עד כמה אי פסילת הראיות תביא למשפט לא הוגן? מבחינה קבלת הראיות הנגזרות לא תביא למשפט לא הוגן ומדברת גם על הוגנות כלפי הקורבנות.

החשיבות של פס"ד פרחי היא בהלכה שנוצרת ממנו – גם ראיות נגזרות יכולות להיפסל. בסופו של דבר השופטים מסתכלים על מה שחיות אומרת –האם קבלת ראיות נגזרות יכולות לפגוע בהליך ההוגן או לא? מעבר לכך, פס"ד הוא איתות עצום להתנהגות רשויות החקירה. שופטים לא אוהבים לסגת מההלכות שלהן ובפעם הבאה שיגיע מקרה כזה לבימ"ש התוצאות יהיו קשות יותר והאדם ישוחרר וכו' ולכן מאותתים לרשויות האכיפה לנהוג לפי הכללים במקרים הקלים כדי לא להגיע למקרים הקשים בהם משחררים נאשמים כאלה.

פרשת לין – ביתור גופה שנמצאה במזוודה. עובד זר שרצח את החברה שלו, ביתר את הגופה ושם אותה בפח אשפה. בפרשה הזו היו כמה הודאות וכמה שחזורים שלו ובשורה הסופית לא היה ספק לגבי האשמה שלו. כשכבר היה לו סנגור ציבורי, הוא טען טענה שלא נשמע בפני השופט רובינשטיין כה מופרכת – הדין קובע, לפי ס' 19א לחוק הסנגוריה הציבורית, שכאשר אשם חשוד בעבירה ומגיע לו סנגור ציבורי צריך להודיע לו על זכותו. טענת הסנגור הייתה – לא רק אי הודעת על עצם הזכות להיוועצות יכולה לפסול אלא גם אם היא הודעה על זכות לסנגור ציבורי יכולה לפסול את ההודאה. יש אנשים כמו עובדים זרים שלא מכירים כאן כלום, אז גם אם אמרו להם שיש להם זכות להיוועץ זה לא מעלה ולא מוריד בשבילם כלום – אין להם אמצעים בכלל. לכן, מבחינה מהותית מה שחשוב זה ההודעה שמגיע לך סנגור ציבורי בלי כסף – בימ"ש קובע שלא נגרם כאן עיוות דין כי הייתה הודאה ראשונה שנייה ושחזור אחרי שהיה כבר עו"ד. רובינשטיין אומר ייתכנו השלכות במישור של הקבילות שאדם לא היה מודע לזכותו להיות מיוצג ע"י הסנגוריה הציבורית. ייתכנו מקרים בהם למועד ההודאה תהיה משמעות – אם הוא הודה ורק אח"כ אמרו לו שמגיע לו סנגור ציבורי, יכול להיות שההודאה הזו לא תהיה קבילה. במקרה של לין לא יישמו את זה אבל זה שוב איתות אזהרה לרשויות החקירה והאכיפה.

פרשת וואלס – ניסיון לפסול הודאה. אב חרדי הואשם שרצח את הילד שלו בן 3 חודשים. הטענות של האב:

* יש לפסול את ההודאה מבחינת ס' 12 – הטענה המרכזית הייתה שהוא נחקר ע"י שוטרת והוא אדם חרדי שלא רגיל להיות בחדר אחד עם אישה שהיא לא אשתו ולכן זה גרם לו לפגיעה באוטונומיה של הרצון עצמי. בימ"ש לא מקבל את זה ונקבע כי ההודאות חוזקו גם ע"י בדיקות רפואיות וכו'. בימ"ש קובע שכב"ה מחייב גם להתחשב ברגישויות של נחקרים, לא היה זדון מצד המשטרה אך היה חוסר רגישות מצד המשטרה.
* יש לפסול את ההודאה מתוקף הלכת יששכרוב.

**שיעור מס' 4 – 07/11/13**

ממשיכים את נושא קבילות הראיות – שני פסקי דין בהם יש ניסיון להרחבה של הלכת יששכרוב:

1. **דנ"פ שמש** (ניסיון להרחיב שלא הצליח) – בע"פ בימ"ש קיבל את הטענה להרחבת יששכרוב גם על השלב הראשוני בו מתקבל חומר מכוח ס' 43 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) –

**הזמנה להציג חפץ**

43.   ראה שופט שהצגת חפץ נחוצה או רצויה לצרכי חקירה או משפט, רשאי הוא להזמין כל אדם, שלפי ההנחה החפץ נמצא בהחזקתו או ברשותו, להתייצב ולהציג את החפץ, או להמציאו, בשעה ובמקום הנקובים בהזמנה.

הוצא צו ע"י המשטרה להביא עדויות אשר ניתנו במסגרת וועדת חקירה פנימית שניהלה הרכבת לצורך חקירה. בוועדה לא היו אזהרות של חקירה כמו במשטרה, לא היו עו"ד וכו'. עולה הטענה שאין לתת את העדויות הללו למשטרה בשל הלכת יששכרוב – הם לא הוזהרו ולא מימשו את זכותם לאי הפללה עצמית, לא היו עו"ד וכו'. השאלה שעלתה – האם אפשר להפעיל את דוק' הפסילה היחסית עוד לפני הגשת כתב האישום? האם אפשר להקדים את הטענה הזו ולדון בה כבר בשלב בו מתבקש החומר ע"י המשטרה?

השיקולים בעד ההקדמה:

* ברע"פ – השופט דנציגר העלה את האפשרות שזה יימנע העמדה לדין – יכול להיות שבאמת מדובר בחומר שבסופו של דבר ייקבע שהוא בלתי קביל וזה יכול למנוע העמדה לדין.
* הגנה מן הצדק – העובדה שההגינות בהליך הפלילי עלתה מדרגה.
* האפקט המצנן – אנשים נתנו עדויות במסגרת של וועדת חקירה – אנשים לא ישתפו פעולה עם וועדות החקירה בעתיד אם ייראו שזה יכול לשמש נגדם במשטרה.

השיקולים הללו נדחו בדנ"א, בייניש ממש מתנגחת עם השופט דנציגר בפס"ד. האיזון המורכב של כל השיקולים שבגדר הלכת יששכרוב צריך להיעשות בפני בימ"ש שדן בהליך העיקר – כלומר רק כאשר יוגש כ. אישום.

1. פס"ד בן חיים – ניסיון להרחיב שכן הצליח -חוקיות חיפושים – חיפוש של ראיות חפציות שנמצאו בחיפושים אשר לא נערכו כדין. ס' 25 לפסד"פ וס' 29:

**חיפוש שלא על פי צו חיפוש**

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

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

(2)   תופש הבית או המקום פונה לעזרת המשטרה;

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

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

**חיפוש באדם (תיקון מס' 7)  תשנ"ו-1996**

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

ס' 25 מסדיר חיפוש שלא עפ"י צו שופט אלא עפ"י שק"ד של שוטר כשיש חשד סביר חיפוש וס' 29 מסדיר חיפוש של גוף אדם אגב חיפוש במקום – יש סמכות לחפש באיזשהו מקום ותוך כדי המשטרה חושדת באדם שהוא מסתיר משהו שהיא מחפשת, היא יכולה לעשות חיפוש בגופו (חיפוש מאוד חיצוני – כיסים תיק וכו'). אלו חיפושים שניתן לעשות אותם ללא צו שיפוטי בהם יש חשד סביר שאדם מחזיק בחפץ כלשהו, הסכמה יכולה להוות תחליף לאותו חשד סביר. השאלה מהי ההסכמה? במקרה זה נדונו שלושה מקרים שאוחדו יחד לצורף ההשפעה של הלכת יששכרוב בנושא חיפושים.

* במקרה הראשון – שוטרים ערכו סיור, הם ביקשו מאדם להוציא את מה שיש לו בכיס והיה לו שם סכין ולכן עיכבו אותו 🡨 לא היה שום חשד סביר לגביו, למרות שהוא הסכים ונתן את הסכין עדיין חיפשו עליו ולכן זה פסול.
* במקרה השני – אדם הואשם בעבירה של החזקת סם מסוכן, חיפשו בבית אימו בהסכמתה וללא צו חיפוש 🡨 האמא הסכימה ללא הסכמה מדעת ולכן זה נפסל.
* במקרה השלישי – אדם הואשם בהחזקת סמים לאחר שבביתו נמצא כדורים, נעשה ללא צו שיפוטי אבל לאחר קבלת מידע מודיעיני 🡨 המקרה הזה לא נפסל משום שמידע מודיעיני מספק את החשד הסביר ולכן ההרשעה באותו מקרה נותרה על כנה.

השופטת בייניש אומרת שהסכמה יכולה להוות תחליף לאותו חשד סביר אבל ההסכמה חייבת להיות במצב שהאדם מודע לזכותו לסרב לחיפוש. כדי להבטיח שההסכמה לחיפוש היא הסכמת אמת, צריך שהאדם יהיה מודע לכך שיש לו זכות לסרב לחיפוש. פס"ד זה מראה את רוחב היריעה – עד לאן מתפרסת הלכת יששכרוב.

סיימנו עם נושא החוקתי וקבילות הראיות ועכשיו אנחנו עוברים לדון בשלבי ההליך הפלילי – הראשון, שלב **החקירה הפלילית** – המשטרה היא הגוף החוקר העיקרי. ס' 3 לפקודת המשטרה:

**תפקידי המשטרה**

3.    משטרת ישראל תעסוק במניעת עבירות ובגילוין, בתפיסת עבריינים ובתביעתם לדין, בשמירתם הבטוחה של אסירים, ובקיום הסדר הציבורי ובטחון הנפש והרכוש.

יש גם גופים חוקרים נוספים – הממונה על הגבלים עסקיים, קשויות מע"ד ועוד. ברוב הזמן נתמקד במשטרה לרמות שהיא לא ממתה את ההליך הפלילי.

**חקירה –** רובנו מתבלבלים בין המנוח תשאול לבין המונח חקירה. התשאול הוא חלק מפעולות החקירה – תשאול של עדים הוא לא כל מהות החקירה. חקירה היא – תצפיות, האזנות סתר, עיכובים וכו'. המטרה של חקירה היא בירור העובדת ואיסוף ראיות. איך נפתחת חקירה? עפ"י ס' 59 לחסד"פ :

**חקירת המשטרה**

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

**תלונה**

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

1. **תלונה** – ס' 58 לחסד"פ עוסק בתלונות:
2. **כל דרך אחרת** – תצפית, מעקב, שוטר שנקלע לאירוע וכו'.

כאשר נודע למשטרה על עבירה היא חייבת לחקור אך יש אפשרות, במצב של עבירה שהיא לא פשע שקצין בדרגת פקד ומעלה יורה שלא לחקור משני טעמים:

1. יש רשות אחרת שמוסמכת לחקור את העבירה.
2. היעדר עניין לציבור

* בפועל – אנחנו יודעים שהמשטרה סוגרת מסיבות נוספות – יש שוטרים רבים שהם תובעים משטרתיים והם סוגרים בטענה של חוסר ראיות ובמקרים נדירים גם מחוסר אשמה כשהיא מחליטה שלחלוטין לא קרה דבר.

האם בהכרח יש חובה לחקור ללא כל בדל ראייה שהוא?

בג"צ צדוק – עתירה לחקור את רפי גינת. בכלבוטק היה תחקיר בו נחשפה לכאורה פרשה של הטרדות מיניות שביצע העותר במסגרת תפקדו בלשכת התעסוקה ובעקבות התחקיר הזה הוגש כ. אישום. בין היתר, הוא הגיש תלונה במשטרה על רפי גינת ותחקירנים אחרים שבמהותם הם עבירות מסוג פשע – קיבלו חומרים במרמה וכו' 🡨 המשטרה לא פתחה בחקירה ולכן הוא הגיש בג"צ. בימ"ש אומר יש הרבה תלונות סרק ולא על כל תלונה מופרכת יש חובה לפתוח בחקירה, גם אם מדובר בפשע.

לפי ס' 63 לחסד"פ נמסרת הודעה למתלונן; לפי ס' 64 לחסד"פ ניתן לערור – מפרט באופן ספציפי למי מוגש הערר בכל מקרה ומקרה. אם הערר לא מצליח ניתן לערור לבג"צ. פס"ד שפטל – הגיש תלונה על עיתונאי ניצול שואה שבמהלך המשפט פרסם כתבות – שביצעו את עבירת הסוביודיצה – חווה דעת על אותו עניין פלילי של דמניוק עוד לפני שניתן פסק דין ולכן לפי הכתבות האלה הצטייר כי דמניוק הוא איוון האיום. הייתה התחשבות בעיתונאי שהוא ניצול שואה אך בימ"ש אמר שהשיקול הזה היה רלוונטי אם הוא היה צועק במהלך המשפט ומפריע לניהול אך הוא עבר על עבירת הסוביודיצה ובמקרה הזה היותו ניצול שואה לא היה רלוונטי. בימ"ש הטיל על היועמ"ש שהמשטרה כן תתחיל לחקור. העבירה הזו כיום היא כמו אות מחתה, קיימת אך לא אוכפים אותה משום שהיא כביכול פוגעת בחופש הביטוי.

מעורבות התביעה: לכאורה נראה כי בחקירה מתעסקת רק הרשות שחוקרת עד שהיא מעבירה את החומר לרשות התבועת. בפועל, התביעה כן מתערבת ויכול להנחות את המשטרה לגבי פתיחת חקירה ולגבי דרכי הניהול של חקירה.

כאשר מדובר בתביעה משטרתית, תובעים וחוקרים שנמצאים במשטרה ולכן הקשר ביניהם קרוב אך כאשר מדברים על הפרקליטות אז כביכול אין שום סעיף אשר מסמיך את הפרקליטות להנחות את המשטרה לפתוח בחקירה אך אנחנו יכולים להבין את מקורות הסמכות האלה ממספר סעיפים אחרים:

* תיק שנפתח בעקבות תלונה – יש סמכות ערר לפי ס' 64 – אז אם היא מוסכמת להורות למשטרה לחקור בעקבות ערר אז כנראה שהיא מוסכמת להורות למשטרה לחקור קודם לערר.
* ס' 61 לחסד"פ – השלמת חקירה – אחרי קבלת חומר, רשאי תובע לבקש מהמשטרה להשלים את החקירה – אם התביעה מוסכמת לבקש השלמת חקירה אז היא גם מוסכמת לבקש פתיחת חקירה.
* סמכות היועמ"ש לממשלה – בשורה של פס"ד, בימ"ש חיזק את מעמדו וסמכויותיו של היועמ"ש והוא הכותר כראש מערכת האכיפה בישראל– ליועמ"ש בארץ יש סמכות שאין לה אח ורע בעולם.

בדיקה משטרתית או בדיקה פרקליטותית – מונח שלא קיים בחוק אלא בהנחיות היועמ"ש – אין לו עיגון חקיקתי. הוא נועד לצמצם נזק לחשודים. למשל – כשמדובר באישיות חשובה והבסיס עדיין לא ברור – אפשר לעשות בדיקה מקדמית שהיא עדיין לא חקירה רשמית. אחרי הבדיקה הזו, היועמ"ש מחליט אם לפתוח או לפתוח בחקירה.

בג"צ התנועה לאיכות השלטון נ' היועמ"ש 3993/01 – התנועה למען איכות השלטון התלוננה נגד יו"ר הרשות לני"ע – טענו שהיא ביצעה עבירה פלילית. הפרקליטות החליטה שהיא עורכת בדיקה. במסגרת הבדיקה אספו מסמכים, דיברו עם אנשים והחליטו לא לפתוח בחקירה. התנועה לאיכות השלטון לא אהבה את התוצאה ופנתה לבג"צ עצם היכולת לערוך בדיקה כזו ועל תוכנה. בימ"ש נתן לגיטימציה בשני מובנים לנושא של הבדיקה:

1. האם עורכים בדיקה ובאילו מצבים – כאשר מדובר באיש ציבור זה בהחלט יכול להשפיע בגלל החשש לתלונות סרק וכו' אבל זו לא הסיבה היחידה לעריכת בדיקה אלא יש עוד סיבות.
2. היקף הבדיקה.

**מקור הסמכות לתשאל –** מכוח פקודה מנדטורית, ס' 2 לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות):

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

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

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

ס' (1) – מקור הסמכות לתשאל אנשים כאשר לכל קצין משטרה יש סמכות לחקור – לא רק קציני משטרה אלא כל מי שמוסמך ע"י שר המשפטים. האם שוטר בדרגת סמל יכול להיות מוסמך? כן – במקור, היה רשום OFFICER שזה לא רק קצין אלא גם פקיד ולכן שר המשפטים יכול להסמיך שוטרים שהם לא קצינים או בכלל אנשים אחרים להיות חוקרים.

בג"צ הוועד נגד עינויים – דן בסמכויות השב"כ, למרות שהסוגיות שנדונו בו נפתרו משום שמאז נחקק חוק שב"כ אבל עדיין הפסיקה הזו חשובה לנו מבחינה עקרונית:

1. מכוח מה יש לשב"כ סמכות לחקור? הטענה הייתה שאין להם בכלל סמכות לחקור.
2. במידה ומותר להם לחקור, מה כוללת הסמכות והאן היא כוללת שימוש באמצעים פיזיים?

משנת 2002 קיים חוק שירות הביטחון הכללי המונה ב-ס' 8 את סמכויות השב"כ ואת סמכות החקירה – סמכות חקירה ספציפית לשב"כ. איך בימ"ש פתר את הסוגיה באותה תקופה, לפני שהיה את חוק שירות הביטחון הכללי?

בימ"ש דחה את הטיעון שהסמכות הזו קיימת מכוח הסמכות השיורית משום שהסייג לסמכות השיורית הוא שהשימוש בסמכות לא יפגע בזכויות אדם. הסמכות השיורית של הממשלה, מעבר למה שכתוב בסעיף, הוספו לה גם סעיפי פסיקה – שהיא לא נוגדת זכויות אדם והיא לא יכולה להיות סמכות ראשונית אלא סמכות ביצוע בלבד – סמכות ראשונית חייבת להיות מעוגנת בחוק ולא יכולה להיכנס תחת "סמכות שיורית".

1. תשובה לשאלה הראשונה – לשב"כ יש סמכות לחקור מכוח הסמכות של שר המשפטים אשר ניתנה לו בסעיף 2(1) והוא זה שהסמיך את השב"כ.
2. תשובה לשאלה השנייה – בימ"ש אומר שעצם החקירה היא דבר פוגעני אשר פוגע בזכויות ומעמיד את הנחקר במצב קשה. בימ"ש אסר מחוץ לתחום בכל מקרה, גם לא במקרה של צורך – אמצעים ברוטלים ובלתי אנושיים. האמצעים המותרים בנסיבות קיצוניות הם אמצעים אשר גורמים לחוסר נעימות כמו חוסר שינה ובימ"ש מתיר אותם רק כאשר הם נועדו לקיים צורך חקירתי אינהרנטי – כלומר לא כדי להחליש התנגדות של נחקר – הרי ברור שכל חוקר רוצה להחליש התנהגות של נחקר ואי אפשר להפעיל את האמצעים הללו.

בעקבות חוק השב"כ יש גם תקנות שב"כ אשר בהן נקבעו כללים מתי אפשר ואסור להשתמש באמצעים מסוג זה.

בפרשת אל-סיד – בימ"ש מעלה "הרהור" בשילוב שבין התרה להשתמש באמצעים קיצוניים במקרה הצורך לבין פס"ד יששכרוב. זהו הרהור שלא הגיע לידי מימוש משום שפס"ד במחוזי ניתן לפני פס"ד יששכרוב. פס"ד זה מדבר על מחבל רוצח אשר תכנן את הפיגוע במלון פארק ופיגועים נוספים. השאלה שעלתה שם היא מה היחס בין הגנת הצורך שיש לחוקרי שב"כ במקרים של "פצצה מתקתקת", לבין הלכת יששכרוב. בימ"ש מעלה את האפשרות שגם אם התנהגות חקירת השב"כ ניתנת להצדקה בשל אילוצי השעה (למנוע פיגוע במקרה זה) – הגנת הצורך, זה לא בהכרח סולל את הדרך לקבלת הראיות בבימ"ש. בעניין זה כאמור זה לא נדרש להכרעה משום שהלכת יששכרוב ניתנה אחרי פס"ד במחוזי ובכל מקרה היה ניתן להרשיע אותו גם ללא ההודאה ולכן לא הכריעו בעניין.

להשלמת התמונה של נושא חקירת חשודים, לפני שנעבור לזכויות נחקרים – חוק סדר דין פלילי (חקירת חשודים)-2000, כדאי להכיר אותו – הוא עוסק בתיעוד החקירה (משנת 2000 חובה לתעד תיעוד קולי או חזותי של רצח, משנת 2007 גם כל חקירת הריגה למעט הריגות בכביש), שפת החקירה (מתורגמנים וכו'), מיקום החקירה (תעשה בד"כ במשטרה ולא במקום אחר) וכו'.

ס' 13 לחוק עוסק בפרסום תיעוד חקירה –

13. המפרסם תיעוד חזותי או קולי של חקירה, כולו או חלקו, בלא רשות בית משפט, דינו – מאסר שנה; לענין סעיף זה, "חקירה" – לרבות חקירה בידי רשות אחרת המוסמכת לחקור על פי דין, שהוצא לגביה צו לפי סעיף 16(ג).

כדי לחשוף את תיעוד החקירה, צריך לבקש רשות מבימ"ש ומי שרוצה להתנגד מבקש איסור פרסום. בפס"ד בעניין גיא פלד- כתב לעניינים פליליים בערוץ 1 ביקש לשדר שיחזור של רצח כאשר המשפט עדיין לא הסתיים, הראיות עדיין לא הוגשו במשפט. בימ"ש אמר שהערכים עליהם מגן הסעיף הוא פרטיות ותקינות ההליך המשפטי – הפרטיות היא לא רק פרטיות הנאשם אלא גם פרטיות הקורבנות. באותו מקרה לנאשם לא היה אכפת שיפרסמו את השחזור אבל בימ"ש אמר שזה לא מספיק וצריך לשאול את משפחת הקורבן ובכל מקרה ישנה פגיעה בתקינות ההליך משום שהראיות עוד לא הוגשו לבימ"ש.

**זכויות נחקרים – חשודים ועצורים**

**הזכות לאי הפללה עצמית**

* 3 סעיפי חוק:

1. ס' 2(2) לפקודת הפרוצדורה:

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

1. ס' 28(א) לחוק המעצרים:

28.  (א)  לא יחליט הקצין הממונה על מעצרו של אדם, על המשך מעצרו או על שחרורו בערובה, ולא יקבע את סוג הערובה, גובהה ותנאיה, בלי שיתן תחילה לאותו אדם הזדמנות להשמיע את דברו, לאחר שהזהירו **כי אינו חייב לומר דבר העלול להפלילו, כי כל דבר שיאמר עשוי לשמש ראיה נגדו וכן כי הימנעותו מלהשיב על שאלות עשויה לחזק את הראיות נגדו**.

צריך להודיע לנחקר שכל דבר שהוא אומר יכול להפליל אותו ולכן הוא יכול לשתוק – אך השתיקה יכולה לשמש כנגדו ולהוות חיזוק לראיות.

1. ס' 47 לפק"ר:

**ראיות מפלילות**

47.  (א)  אין אדם חייב למסור ראיה אם יש בה הודיה בעובדה שהיא יסוד מיסודותיה של עבירה שהוא מואשם בה או עשוי להיות מואשם בה.

הזכות לאי הפללה עצמית עומדת לכל עד ולא רק לחשוד.

* מעבר לסעיפי החוק יש את **זכות השתיקה** – זכות שלא כתובה בחוק והמקור שלה הוא אוסף "תקנות השופטים" מאנגליה. לפיכך צריך להסביר לחשודים ולהגיד להם שיש להם זכות לא לומר דבר (ולא רק לא לומר דברים שעלולים להפליל אותם) ולהבהיר להם שהשתיקה שלהם יכולה לשמש כנגדם ולהוות חיזוק לראיות אחרות.

הרציונאלים של זכות השתיקה:

1. קודם כל דאגה לחשוד שניצב מול החזקים ללא כל סיוע משפטי ואז קיים חשש שהחוקים ישתמשו לרעה בכוח המצוי בידיהם כדי לגבות הודאות מחשודים.
2. הגנה על שיטת המשפט מפני הודאות שווא של חשודים – אם לא יתאפשר לחשוד לזכות יכול להיות שהוא יודה הודאת שווא.
3. הימנעות מהטלת חובות "עשה" על החשוד.

רע"פ אלמליח – אדם שנחשד בזיוף מסמך ונחקר כחשוד אך לא בחר לשתוק. הוא ענה על שאלות אך כשנשאל על שמות של אנשים אחרים אשר היו מעורבים בפרשה, הוא בחר שלא להשיב. הוא הועמד לדין על הפרת חובה חקוקה – הפרת ס' 2 לפקודת העדות המחייבת אותו לענות, ושיבוש הליכי חקירה. בימ"ש העליון זיכה אותו וקבע כי אילו הוא היה עד אז הייתה עומדת לו רק הזכות לאי הפללה עצמית ואם היו שואלים אותו על אחרים הוא היה חייב לענות אך מאחר ומדובר בחשוד עומדת לו זכות רחבה יותר מהזכות לאי הפללה עצמית והיא זכות השתיקה החולשת על כל השאלות בחקירה- זכותו לא לענות על מה שבא לו ולא רק על דברים שיכולים להפליל אותו.

כרסום נרחב בזכות השתיקה נעשה בפס"ד גלעד שרון – נגד כ\גלעד שרון התנהלה חקירה והמשטרה הוציאה צו להצגת מסמכים מכוח ס' 43 לפסד"פ שהזכרנו מקודם בפרשת שמש. לא עשו חיפוש בבית שלו משום שהיה מדובר בבית רוה"מ שם יש חסינות. כנגד הצו גלעד שרון טוען שהוא חשוד ויש לו את ס' 47 שמאפשר לו לא להעביר מסמכים משום שזכות השתיקה חלה גם על מסמכים. בימ"ש עובר על הרציואנלים שהצגנו לעיל והראה כיצד אף אחד מן הרציואנלים הללו לא מתקיימים – הוא לא במצב שהוא לבד מול חוקר ויש לחשוש לו; כמו כן גם החשש של הודאת שווא לא קיים משום שמסמכים הם ראיות אובייקטיביות, אלו לא ראיות המושפעות ממצב של חקירה; הטלת חובת עשה – אנחנו לא מטילים עליו חובת עשה אך המסמכים קיימים, לא מבקשים ממנו ליצור מסמך. מה שהטריד את בימ"ש הוא שבאמצעות הטענה הזו אפשר להתעלם מצו שיפוטי.

איך בכ"ז ניתן להגן על הזכות לאי הפללה עצמית אם הוא צריך להגיש מסמך מפליל? בימ"ש מעיין במסמכים ואם יש משפט שיכול להיות מ\פליל בימ"ש נותן לא חיסיון לשימוש נגד הנאשם 🡨 הנק' פה היא קריטית, מי מחליט מה נחשב מפלילי ומה לא? בכל מקרה, באמצעות הדבר הזה אפשר להגן על עצמך מהפללה עצמית אך לא מהפללת אנשים אחרים – יכולים לתת חיסיון למשפטים שיפלילו אותך אך לא משפטים שיכולים להפליל אנשים אחרים.

מד"י נ' לגזיאל – הוגש כ. אישום נגד אדם. כאשר מוגש כ. אישום, זוהי הנקודה בה התביעה חייבת לתת את כל חומר החקירה לנאשם – מתהפכות היוצרות. במעבר החומר בין הנאשם לפרקליטות – החומר נאבד. הפרקליטות ביקשה לצלם את החומר מהסנגור והוא ביקש שלא להעביר לו את המסמכים כדי למנוע הפללה עצמית 🡨 בימ"ש משתמש בסמכותו הטבועה – אמנם הפרקליטות לא רשאית לעיין במסמכים מפלילים אך במקרה הזה מדובר בלהשיב את המצב לקדמותו והוא בסה"כ מחזיר את המצב הטבעי למקום ולכן על הסנגור להעביר את המסמכים לפרקליטות.

האם לאור חוק יסוד:כב"ה וחירותו השתנה מעמדה של האזהרה לאי הפללה עצמית ולזכות השתיקה? בארה"ב אם האזהרה לא נאמרת כמו שצריך, ההודאה בטלה לחלוטין. בארץ, לאחר גלגולים שונים (שהצגנו בשיעור הקודם) – הגענו לגישת יששכרוב – פגיעה באחת מן האזהרות הללו היא פגיעה חוקתית אשר עלולה להוביל לפסלות ההודאה עפ"י שק"ד שיפוטי. בנוסף, יש את ס' 12 לפק"ר – חופשית ומרצון.

**שיעור מס' 5 – 14/11/13**

**זכות ההיוועצות –** מורכבת משתי חובות:

1. החובה להודיע על זכות ההיוועצות.
2. החובה לתת את הזכות להיוועץ.

ס' 32 לחוק המעצרים - **הסברת זכויות לעצור**

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

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

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

ס' זה עוסק בהודעה לעצור על זכות ההיוועצות.

ס' 34 לחוק המעצרים - **זכות העצור להיפגש עם עורך דין**

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

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

ס' זה מדבר על הזכות עצמה.

בפרשת יששכרוב לא הייתה בעיה משום שהסעיף המקביל בחוק השיפוט הצבאי מדבר על כל נחקר ולא עלתה השאלה האם מדובר בעצור או בנחקר רגיל ושם נקבע שבמצב בו נפגעה הזכות ניתן לקבוע את פסלותה של ההודאה.

פרשת אסף שי-אדם שגרם למוות בכביש והגיע לחקירה (לא בסמוך לאירוע) – לא הודיעו לו על זכותו להיוועץ וגם כשהוא ביקש לא הפסיקו את החקירה כדי לתת לו להיוועץ בעו"ד. ביהמ"ש אמר שככל הנראה יש להרחיב את הסעיף גם לנחקר שהוא לא עצור, אבל לא היו פוסלים את ההודאה שלו רק בגלל הפגם הזה – ההודאה נפסלה בגלל שהוא ביקש ולא נתנו לו ולא בגלל שלא הודיעו לו.

מה הכוונה בביטוי "ללא דיחוי"? החוק הקודם השתמש בביטוי "בהקדם האפשרי" – אין המשמעות היא הפסקת החקירה אלא אפשר להמשיך את החקירה בינתיים עד שעו"ד הגיע. האם העובדה שחוק המעצרים קובע "ללא דיחוי" ולא "בהקדם האפשרי" אומר שצריך להפסיק את החקירה עד שיגיע עו"ד או שממשיכים את החקירה כמו בעבר? בפס"ד חסון הפרשנות עדיין לא השתנתה אלא בפרשת שי – אם עו"ד מגיע תוך זמן סביר והחקירה לא דחופה צריך להמתין לו; אם עו"ד לא מגיע בתוך זמן סביר אבל החקירה לא דחופה צריך להפסיק את החקירה 🡨 כלומר אם החקירה לא דחופה יש להפסיק את החקירה עד שעו"ד יגיע.

בש"פ פרץ – השופטת ארבל עומדת על מספר טעמים שבבסיס זכות ההיוועצות:

1. תורמת להבנת זכויות הנחקר במהלך החקירה – יוצאים מנק' הנחה שעו"ד יסביר לחשוד את הזכויות שלו.
2. הסנגור עשוי לתרום לשמירה על תקינות החקירה – כשבימ"ש רואה שיש סנגור, והחשוד אומר "הסנגור הסביר לי", זה סוג של בקרה לבימ"ש על כך שהחקירה מתנהלת כראוי.
3. הסנגור יכול לסייע בהשגת ראיות להוכחת חפותו של החשוד ואף למנוע הודאות שווא מחשודים:
4. היום, זכות ההיוועצות נתפסת כחלק מהזכות לאי הפללה עצמית וזכות השתיקה– הסנגור אמור להודיע לחשוד ולהסביר לו שיש לו זכות שתיקה ואת המהות שלה, ולכן זוהי נגזרת של הזכות לאי-הפללה עצמית.
5. אי אפשר להגזים בחשיבות העניין של מניעת הודאות שווא – אדם יכול להודות מתוך לחץ חקירה בדברים שהוא לא עשה.

השאלה שעלתה בפרץ - האם פגיעה בזכות להיוועצות עם עו"ד תהיה נפקות גם בשלב המעצר? הליכי המעצר הם הליכים נפרדים מהליכי המשפט – שופטים שונים וכו'. הליך המעצר הוא הליך מניעתי. אם נפל פגם חמור בזכות ההיוועצות של עצור – האם זוהי טענה לגיטימית בהליך המעצר?המשך מעצר של עצור שנפל פגם משמעותי בזכויותיו הבסיסיות כעצור עלול בנסיבות מתאימות לפגוע בלגיטימיות של הליך המעצר – הסיבה היא הצידוק המוסרי למעצר 🡨 העובדה שנפגעו זכויות בסיסיות משמיטה את הצידוק להליך המעצר 🡨 זהו לא ערך מוחלט ובימ"ש יאזן בין זכויותיו של החשוד לבין האינטרס הציבורי בהליך המעצר. במקרה הזה – השופטת ארבל קובעת שמצד אחד באמת הייתה פגיעה אך מצד שני ההסברים שניתנו הניחו את דעת והיא קבעה כי שהפגם לא מצדיק שחרור ממעצר.

**פרסום שמות חשודים**: מצד אחד, זכות הציבור לדעת ומצד שני האינטרס הציבורי בפרסום ובפומביות הדיון. הפגיעה שנגרמת בפרסום שמות חשודים היא פגיעה עצומה. חוק בתי המשפט מצא לעצמו את האיזון בס' 70 – איסור פרסומים:

(ד1) (1) לא יפרסם אדם שמו של חשוד שטרם הוגש נגדו כתב אישום, עד תום 48 שעות מהמועד שבו התייצב החשוד לחקירה או שהיה עליו להתייצב לחקירה, או עד סיומו של הדיון הראשון שהתקיים לפני שופט בעניינו, לפי המוקדם מביניהם; לעניין זה לא יובאו שבתות ומועדים במניין השעות;

70א. (א) בקשה לאסור פרסום שם חשוד לפי סעיף 70(ה) או (ה1) או להתיר פרסום שם חשוד לפי סעיף 70(ד1)(2) (בסימן זה – בקשה בעניין פרסום שם חשוד) תוגש לבית משפט שלום כמפורט להלן, לפי העניין, ותידון לפני דן יחיד:

בקשה בעניין פרסום שם חשוד

(תיקון מס' 69) תשע"ב-2012

(1) בקשה לפי סעיף 70(ה) – לבית משפט השלום שבאזור שיפוטו נעברה לפי החשד העבירה שבקשר אליה מוגשת הבקשה, כולה או חלקה, או נמצאת היחידה הממונה על חקירת העבירה ברשות החוקרת;

(2) בקשה לפי סעיף 70(ד1)(2)(א) או (ה1) – לבית משפט השלום שבאזור שיפוטו נמצא מקום מגורי החשוד.

ס' 70-71 כולל הסעיפים הקטנים עוסקים באיסור פרסום.

פס"ד חברה פלונית נ' פלוני – מטפל נעצר בחשד לביצוע מעשה מגונה בקטינה ובהתחלה היה איסור פרסום כולל על הפרשה. בימ"ש דיבר באופן עקרוני על האיזון שיצר המחוקק בחוק בתי המשפט – נק' האיזון שיצר בית המשפט היא פומביות כאשר כדי שהפומביות תיסוג צריכים להתקיים שני תנאים:

1. החשוד צריך להוכיח שייגרם לו נזק מהפרסום
2. ראוי להעדיף את מניעת הנזק לחשוד על פני העניין הציבורי שבפרסום.

העקרונות המתנגשים כאן – מצד אחד הזכות לפרטיות, כבוד האדם ולשם טוב ומצד שני זכות הציבור לדעת וחופש הביטוי של עיתונאים וכו' 🡨 כל הזכויות האלו הן זכויות חוקתיות במד"י. בימ"ש עומד על 2 התנאים הללו ואומר שאלו תנאים קשורים –ככל שיש עניין גדול יותר בפרסום כך החשוד נדרש להוכיח שהנזק שייגרם לו הוא גדול יותר. במקרה זה, נקבע כי משקל הראיות כלפי החשוד יגרום לנזק רב אך בימ"ש חשב שיש עניין בפרסום הפרשה ללא פרסום שם החשוד – זכות העיתונאים אשר רוצים לספר את זה בזמן אמת וכן גם אינטרס הציבור לדעת את הדברים הללו ולהיזהר בהתאם.

**עיכוב**

כל נושא העיכוב והמעצרים מעוגן היום בחוק המעצרים– זה לא היה מעוגן בעבר בחוק וכעת זה מעוגן באופן ספציפי בחוק. כל נושא העיכוב היה קיים אך לפני החוקים החדשים, הסמכות הזו נלמדה בצורה מסתברת.

חוק יסוד:כב"ה וחירותו לא מזכיר בכלל את המונח "עיכוב", ס' 5 לחוק קובע –" *אין נוטלין ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת"* 🡨 האם עצם העובדה שהעיכוב לא מצויין בחו"י מעידה על כך שעיכוב לא מהווה פגיעה בחירותו של אדם? למרות שהמילה "עיכוב" לא מופיעה באופן מפורש, אין ספק שעיכובו של אדם פוגע בזכויותיו.

עיכוב מוגדר ב-ס' 66:

**הגדרות (תיקון מס' 1)  תשנ"ז-1997**

66.  בפרק זה, "עיכוב" – הגבלת חירותו של אדם לנוע באופן חופשי, בשל חשד שבוצעה עבירה או כדי למנוע ביצוע עבירה כאשר הגבלת החירות מסויגת מראש בזמן ובתכלית, הכל כאמור בפרק זה.

"מסויג בזמן ובתכלית" – ס' 73 עוסק במשך העיכוב:

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

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

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

הכלל הוא שיש לעכב עד 3 שעות, זהו הזמן הסביר – אך כאשר מדובר בהרבה מעורבים (למשל הפגנה), ניתן להאריך את העיכוב ב-3 שעות נוספות.

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

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

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

**ס' 72 מפנה לס' 24 לחוק המעצרים:**

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

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

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

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

(2)   אם מילוין עלול לסכל את ביצוע המעצר;

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

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

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

ס' 24 עוסק בביצוע מעצר ע"י שוטר – על עיכוב חלים, בשינויים המחויבים, הוראות ביצוע מעצר:

1. השוטר צריך לזהות את עצמו לפי ס' 5א. לפקודת המשטרה – אשר קובע שאם שוטר לבוש מספיק שיש לו תג אך אם הוא לא לבוש כשוטר הוא חייב להראות תעודה וכו'.
2. הודעת על סיבת מעצר – ובעניינו, סיבת העיכוב.

נושא זיהוי השוטר והודעת סיבת העיכוב הוא תנאי לחוקיות – אם לא יתקיימו הסייגים המופיעים ב-ס' 24 ולא התקיימו גם התנאים הנ"ל, העיכוב הוא לא חוקי.

**עיכוב חשוד – ס' 67 לחוק המעצרים:**

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

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

מהו יסוד סביר לחשד כי אדם עבר עבירה או עומד לעבור אותה? פס"ד דגני ושמשי הם פסקי דין ישנים והחוקים השתנו מאז אך הם קבעו עקרונות שלא השתנו – פס"ד דגני קבע מהו יסוד סביר לחשד 🡨 כלומר יש בהם עקרונות שאנחנו יכולים עדיין להשתמש בהם.

פס"ד דגני – יסוד סביר – השופט שוקל את כל העובדות שבפניו ואם מצטיירות בפניו תמורה לאורה אדם בר דעת היה מגבש חדש, נוצר יסוד סביר לחשד. השאלה היא האם שוטר סביר יכול היה לגבש חשד שנעברה עבירה או שעומדת להיעבר עבירה? המבחן הוא מבחן סובייקטיבי. החשד הוא שנעבירה עבירה – כל עבירה, כולל חטא (ולא רק עוון ופשע כמו במעצרים).

מטרת העיכוב של החשוד היא בעיקר חקירה או בירור זהות.

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

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

(2)   הזיהוי היה בלתי מספיק, או לא ניתן לחקור אותו במקום הימצאו. מדבר על התלוות לתחנת המשטרה

מתי אפשר לבקש מאדם להתלוות למשטרה?

1. אם לא ניתן לזהות את האדם
2. או לא ניתן לחקור אותו במקום הימצאו.

חוק החיפוש בגוף קובע ששוטר שעיכב אדם לפי חוק המעצרים ואותו אדם לא יכול לזהות עצמו – יכול השוטר בהסכמת האדם, לקחת ממנו תביעת אצבע ולבצע השוואה.

לכאורה, מי שקרוא את ס' 67 יכול לחשוב שרוב החקירות נעשות במקום – הרי אם אפשר לחקור במקום אין צורך לעצור או להתלוות למשטרה. אך חוק חקירת חשודים – ס' 3(א) קובע כי "*חקירת חשוד תנוהל בתחנת המשטרה למעט בנסיבות חריגות*" ופקודות המטא"ר קובעות כי בזמן חקירה, חשוד לא נחשב מעוכב ולכן לא חלות המגבלות של 3 שעות 🡨 יש פה בעייתיות כביכול –יש פה שני חוקים שהם לא לגמרי תואמים – מצד אחד אפשר לחקור במקום עד 3 שעות ומצד שני החקירה, לפי חוק אחר, חקירה צריכה להיעשות במשטרה ולא בחוץ ואין לזה הגבלת זמן. זה בא לטובת החשוד – החקירה במקום היא לא בהכרח נעימה, ולפעמים דווקא במשטרה זה יותר מפוקח ומסודר ובצורה בה הזכויות נשמרות הרבה יותר טוב ולכן יש בזה היגיון שחקירות יתנהלו במשטרה ולא ברחוב 🡸 הבעיה היא שאין לזה כיסוי חוקי הרמטי משום שיש פה 2 הוראות חוק סותרות כביכול וזה הגיע בפרשת חוטר ישי – זומן לחקירה בתחנת המשטרה והוא סירב להגיע וביקש שיחקרו אותו במשרד שלו ולא במשטרה – מכוח מה אתם מזמנים אותי למשטרה? אחרי כמה תהפוכות דיוניות התיק הגיע לעליון בשעה 2 בלילה. ה-ש' זמיר, לא הכריע בתיק איך היו לו כמה אמרות מעניינות: "*במהלך הדברים הרגיל כל אדם שמתבקש ע"י המשטרה להתייצב במשטרה כיד למסור עדות או להיחקר מן הראוי שיעשה כך בדרך המקובלת ובמקום המקובלים גם בלי צו. כאשר מוצא צו עיכוב לפי ס' 67 חוק המעצרים– התכלית והתוצאה היא שניתן יהיה לחקור את המעוכב במשרדי המשטרה, המעוכב אינו יכול להקציב למשטרה את משך ומקום החקירה.."*🡨 הכלל הוא היום שאם לא מדובר בחקירה של כמה דקות, החקירה צריכה להיעשות במשטרה.

**עיכוב עד** – זה יותר מרחיק לכת מעיכוב חשוד – עדים הם לא חשודים בביצוע עבירה וזה יכול להיות מאוד פוגעני בחירותם על לא עוול בכפם – ס' 68 לחוק המעצרים:

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

68.  (א)  היה לשוטר יסוד סביר לחשד שנעברה עבירה, רשאי הוא לעכב אדם שיכול למסור לו מידע הנוגע לאותה עבירה, כדי לברר את זהותו ומענו וכדי לחקור אותו במקום הימצאו; וכן רשאי הוא לזמן אותו לתחנת משטרה קרובה למועד סביר אחר שיקבע לצורך ביצוע אותן פעולות.

          (ב)  היה הזיהוי בלתי מספיק, או היה חשש כי האדם לא יתייצב לחקירה במועד, רשאי השוטר לבקש מאותו אדם להילוות עמו לתחנת המשטרה לשם גביית העדות.

עד ראייה הוא כל אדם שיכול למסור מידע על ביצוע העבירה – זו בהחלט סמכות חריגה. השוטר, לפי ס' ב', יכול לא רק לעכב את העד אלא יכול לדרוש ממנו גם להגיע מאוחר יותר למשטרה ולמסור מידע או להילוות אליו באותו רגע לתחנת המשטרה כדי למסור עדות.

**עיכוב לצורך חיפוש** – ס' 69 לחוק המעצרים -**עיכוב לחיפוש ולבדיקת מסמכים (תיקון מס' 1)  תשנ"ז-1997**

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

בעבר בחוקים היו סמכויות חיפוש אבל בשום מקום לא היה כתוב שמותר בכלל לעכב 🡨 חייבת לסמכות החיפוש גם סמכות עיכוב ועל זה עונה ס' 69. במקום שיש סמכות חיפוש, מתלווה לסמכות זו גם סמכות לעכב. סמכויות חיפוש קיימות במקומות שונים בחוק – כשיש חשד סביר לעבירה, חיפוש נלווה לחיפוש במקום וכו' – למדנו כבר.

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

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

(1)   האדם חשוד כי ביצע בפניו עבירת אלימות, פשע, גניבה או עבירה שגרמה נזק של ממש לרכוש; **למשל אם מישהו מכייס מולנו אדם אחר.**

(2)   אדם אחר הקורא לעזרה מצביע על אדם החשוד שביצע בפניו עבירה, כאמור בפסקה (1), **לא ראינו את הכיוס אבל מישהו קורא ומצביע על אדם אחר שכייסו אותו.**

והכל אם יש חשש שהחשוד יימלט או שזהותו אינה ידועה.

          (ב)  חשוד שעוכב לפי סעיף קטן (א), יימסר לשוטר ללא דיחוי, ובלבד שהעיכוב לא יעלה על שלוש שעות. **זה כבר לא זמן סביר אלא מעבר למגבלה של 3 שעות צריך להזעיק משטרה ללא דיחוי ובצורה מיידית כדי למסור את המעוכב לשוטר.**

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

נשאלת השאלה – איך זה שלאדם פרטי נתנו יכולת להשתמש בכוח סביר ולשוטרים לא?

שוטר לא צריך כוח סביר משום שיש לו הרבה יותר מזה – ברגע שמסרבים לשוטר קמות סמכויות המעצר – ס' 23ב. לחוק המעצרים:   *שוטר מוסמך לעצור אדם ולהביאו לתחנת המשטרה לתכלית שלשמה ביקש לעכבו, אם האדם אינו מציית להוראותיו שניתנו על פי סמכויות העיכוב המסורות לו בדין, או אם הוא מפריע לו להשתמש בסמכויות העיכוב*. 🡨 סמכויות המעצר מקימות סמכויות של שימוש בכוח. לפעמים, סמכויות מעצר יכולות להגיע עד כדי כוח קטלני (נלמד בהמשך) – נניח שיש עצור בעבירת פשע מסוכנת בורח ממעצר – ההוראות הן יריות אוויר, אח"כ ברגליים ובסופו של דבר ירייה כללית 🡨 המשטרה יכולה להגיע למצב של עד שימוש בכוח קטלני במסגרת המעצר – כך שהסמכויות שנתונות לשוטרים הם ממילא גדולות.

פס"ד שמשי ואברג'יל מבהירים בצורה מאוד ברורה שלמרות שההתנגדות לעיכוב יכולה להקים סמכות למעצר – עדיין, עיכוב לחוד ומעצר לחוד – העובדה שעיכוב יכול להקים סמכות למעצר לא מקימה את סמכות המעצר באופן אוטומטי.

פס"ד שמשי – אדם היה עם פרוצה ברכב. שוטר רצה לאחוז את הפרוצה על שוטטות ושמשי הפריע לשוטר למילוי תפקיד וזוכה 🡨 למה? השוטר לא פעל במילוי תפקידו, לא הייתה לו סמכות לעצור את הפרוצה אלא רק לעכב אותה – הוא היה צריך לעכב, לקבל סירוב ורק אח"כ לעצור – לא לעצור אותה מלכתחילה. הוא השתמש בסמכות שלא הייתה לו ולכן הוא לא היה ב"מילוי תפקיד".

פס"ד אברג'יל – ברח ממשמורת ובימ"ש הגיע למסקנה שאפשר היה לעכב אותו אך אי אפשר היה לעצור אותו. ברגע שהוא ברח, הוא לא ברח ממשמורת חוקית משום שהמעצר לא היה תחת "משמורת חוקית", משום שזה היה מעצר לא חוקי – עצרו אותו בלי סמכות.

**עיכוב לחוד ומעצר לחוד – סמכות העיכוב לא מקימה באופן אוטומטי את סמכות המעצר!** אחד הכללים במעצרים הוא מידתיות – גם כשיש סמכות מעצר ואפשר לעכב, חוק המעצרים מנחה להעדיף עיכוב ולא מעצר.

**שיעור מס' 6 – 21/11/13**

מעצרים

ס' 1 לחוק המעצרים:

**מעצר ותחולה**

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

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

**(תיקון מס' 1) תשנ"ז-1997**

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

**קובע כמה עקרונות:**

1. ס' 1(א) עקרון החוקיות – מעצר מחייב להיות מכוח חוק🡨 אמירה פרטנית של האמירה הכללית ב-ס' 8 לחו"י:כב"ה וחירותו.

פס"ד מורזובה – אדם נשפט והורשע, הוא ערער וההרשעה בוטלה, אך הוא לא זוכה, אלא התיק הוחזר לערכאה הקודמת (הדיונית). נשאלה השאלה מי מוסמך לעצור עד תום ההליכים, במידה ומוצו 9 החודשים האפשריים. בייניש אמרה כי בכל סיטואציה שבה הייתה לקונה בסמכות מעצר, המחוקק בא ומילא את הלקונה, ולכן לא ייתכן מעצר ללא סמכות בחוק. סמכות מעצר פוגעת בחירויות ולא יכולה להילמד מכוח היקש או סמכות טבועה. יש לבקש הארכת מעצר מביהמ"ש העליון.

1. ס' 1(ב) עקרון המידתיות – חלק מעקרון כב"ה. ס' 1(ב) לחוק המעצרים. לצד האמירה המאוד כללית לפיה יש לשמור בדרך מירבית על כב"ה, כל חוק המעצרים טומן בחובו הוראות שהן התגלמות של דרישת המידתיות 🡨 העדפת עיכוב על מעצר, העדפת מעצר בצו על מעצר בלא צו וכו'. בכל סמכות מעצר שאנחנו נלמד נראה כי חובה על הגורם ששוקל על הפעלת סמכות המעצר לשקול חלופת מעצר מידתית יותר.
2. ס' 1(ג) עקרון התחולה הכללית – אם אין הוראות ספציפיות גוברות בחוקים אחרים, הוראות חוק המעצרים יחולו. באמצעות זה משיגים שני דברים:

* אחידות.
* הרחבת הדינים המודרניים גם על הוראות שנקבעו לפני שנים.

סוגי מעצרים:

1. מעצר ראשוני- מעצר ללא צו או מעצר בצו. המעצר הזה יכול להיעשות ע"י שוטר בשטח או ע"י שוטר בבימ"ש ומבקש צו מעצר. בשני המקרים מי שמבצע את הצו הראשוני הוא שוטר – גם אם יש צו וגם אם אין צו. בשני המקרים תוך 24 שעות צריך להביא בפני שופט.
2. מעצר ימים – בלשון חוק המעצרים הוא נקרא "מעצר לפני הגשת כתב אישום" או "מעצר לצרכי חקירה". הכינוי מעצר ימים הוא בגלל שהמעצר הזה מוגבל בימים – מדובר על הארכת מעצר. אחרי המעצר הראשוני מובא החשוד בפני שופט ואז ניתן להאריך את מעצרו למספר ימים.
3. מעצר לפי הצהרת תובע – אדם שהיה במעצר ימים, הסתיימה החקירה המשטרתית והעבירו לתביעה או לפרקליטות המלצה להעמיד לדין. במידה וירצו להמשיך ולבקש את מעצרו גם לאחר כ. האישום בגלל שהוא מסוכן וכו' – מצד אחד הסתיימה הסמכות למעצר ימים והסמכות למעצר עד תום ההליכים טרם התחילה – מה עושים? מגישים הצהרת תובע בה הוא מצהיר שהוא הולך להגיש כתב אישום ובימ"ש רשאי לאשר בתקופת הביניים הזו מעצר עד 5 ימים – ובד"כ מאשרים הרבה פחות.
4. מעצר עד תום ההליכים – בחוק המעצרים הוא נקרא "מעצר לאחר הגשת כתב אישום". הוא מכונה מעצר עד תום ההליכים ובכ"ז יש לו מגבלות שנלמד. זה לא בדיוק עד תום ההליכים אלא עד 9 חודשים ולאחר מכן ההארכות הם בידי בימ"ש העליון.
5. מעצר לצורך ערעור – בערכאה הדיונית אדם זוכה או הורשע ולא קיבל עונש מאסר בפועל והוא צריך לצאת לחופשי, והתביעה מבקשת לערער – היא יכולה לבקש מעצר עד הערעור ובזמן הערעור לערכאת הערעור יש גם סמכות מעצר.

נלמד כל סוג מעצר בשני מסלולים:

1. מסלול עיקרי – בכל סוג מעצר נבדוק שלושה תנאים:

* תשתית עובדתית
* עילת המעצר
* חלופת מעצר

1. מסלול משני – מעצר שנובע מהפרת הוראה חוקית קודמת – למשל במסגרת המסלול העיקרי במעצר ע"י שוטר ללא צו אבל יש גם סמכות שקמה רק בשל סמכות לעיכוב, הפרעה לסמכות העיכוב- היא כשלעצמה מקימה עילת מעצר ואז השוטר לא צריך לבדוק את 3 התנאים ל המסלול העיקרי אלא עצם הפרת הסמכות של העיכוב מקימה את המסלול המשני למעצר.

ההבחנה בין מסלול עיקרי למשני לא קיימת בחוק אלא המרצה עושה אותה כדי שיהיה לנו יותר נוח.

חוקיות המעצר ע"י שוטר מותנית ב-2 תנאים – מעבר לתנאי המסלול העיקרי או המשני אלא ב-2 תנאים נוספים:

1. קיום התנאים למעצר.
2. ביצוע המעצר.

**מעצר ראשוני בלא צו – ס' 4 לחוק המעצרים:**

**עדיפות למעצר בצו**

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

לשוטר יש סמכות לעצור בלא צו אבל אם יש אפשרות ללכת ולהוציא צו, זה עדיף.

המסלול העיקרי במעצר ללא צו ע"י שוטר – ס' 23 לחוק המעצרים:

**סמכות שוטר לעצור בלא צו**

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

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

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

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

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

(5)   האדם חשוד שעבר אחד מאלה:

(א)   עבירה שדינה מיתה או מאסר עולם;

(ב)   עבירת בטחון כאמור בסעיף 35(ב);

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

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

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

(6)   האדם משוחרר בערובה, ויש יסוד סביר להניח כי הוא הפר תנאי מתנאי השחרור או כי הוא עומד להימלט מהדין, או שיש יסוד סביר לחשש שהוא נמלט ממשמורת חוקית;

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

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

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

* התשתית העובדתית:

1. יסוד סביר לחשד שהאדם עבר עבירה. מדובר במבחן אובייקטיבי כפי שלמדנו, מבחן השואל האם באותו זמן נתון היה יכול להתגבש אצל השוטר חשד – פס"ד דגני קובע "אדם בר דעת רגיל".
2. עבירה בת מעצר – עוון או פשע בלבד – לא ניתן לעצור בעבירת חטא. כאן לא מדובר באדם הסביר אלא במבחן משפטי – אם השוטר טעה וחשב שעבירה מסוימת היא עוון והיא בכלל חטא, המעצר הוא לא חוקי – השוטר צריך לדעת את החוק המבחן הוא משפטי ולא מבחן של סבירות.

* עילות המעצר – יש בס' 23 שתי קבוצות של עילות מעצר:

1. **עילות השיבוש** –
2. 23(א)(2) – יש לו (לשוטר) יסוד סביר לחשש שהחשוד לא יופיע להליכי חקירה – זוהי עילת שיבוש הליכי משפט מחשש של בריחה.
3. 23(א)(3) – יש לו יסוד סביר לחשש ששחרור החשוד או אי-מעצרו יביא לידי שיבוש הליכי משפט ובכלל זה העלמת רכוש, השפעה על עדים או פגיעה בראיות בדרך אחרת – שיבוש הליכי משפט מהסוג של השפעה על עדים.
4. 23(א)(6) – האדם משוחרר בערובה, ויש יסוד סביר להניח כי הוא הפר תנאי מתנאי השחרור או כי הוא עומד להימלט מהדין, או שיש יסוד סביר לחשש שהוא נמלט ממשמורת חוקית;
5. **עילות המסוכנות** –
6. מסוכנות ספציפית הנלמדת מהאדם הספציפי – שוטר או שופט סבור כי האדם מסוכן:

* ס' 23(א)(1) – האדם עובר בפניו או עבר זה מקרוב עבירה בת מעצר, והוא סבור, בשל כך, שהוא עלול לסכן את בטחונו של אדם, את בטחון הציבור או את בטחון המדינה; 🡨 אם בנוסף לחשד הסביר שיש לשוטר שהאדם עבר עבירה העבירה גם נעברה בחושיו של השוטר ובכך השוטר סבור שהוא יכול לסכן את בטחון הציבור.

ס' 23(א)(1) מדבר על "לפניו" או "זה מקרוב" – עבירה נעשית בפניו של השוטר אם היא נקלטה בחושיו. עבירה נעשית "זה מקרוב" אם עבר זמן קצר ממועד הביצוע להגעת השוטר – "זה מקרוב" נמדד בשעות ולא בימים, זה נקבע בע"פ כהן נ' התובע הצבאי – נהג צבאי שעבר עבירת תנועה והצטווה להתייצב בתחנת המשטרה למחרת ושם הוא נעצר ללא פקודת מעצר – המקבילה הצבאית לצו מעצר. בימ"ש אמר שלא ניתן לומר שהעבירה נעשתה "זה מקרוב", העבירה נעשתה אתמול ולכן אי אפשר לעצור אותו למחרת ללא צו – מדובר בשעות ולא בימים.

* ס' 23(א)(4) – יש לו יסוד סביר לחשש שהחשוד יסכן את בטחונו של אדם, את בטחון הציבור או את בטחון המדינה 🡨 בנוסף לחשד הסביר שאדם עבר עבירה, יש לשוטר יסוד סביר לחשש שהחשוד יסכן את ביטחון הציבור. מאוד דומה למסוכנות הקודמת – גם בלי שהוא עבר מולו עבירה הוא מסכן את הציבור.

1. מסוכנות ספציפית הנלמדת כי התשתית העובדתית הוא לעבירה מסוכנת – עצם העובדה שיש חשש לרצח, יש עילת מסוכנות:

* ס' 23(א)(5) – מונה את העבירות:

(5)   האדם חשוד שעבר אחד מאלה:

(א)   עבירה שדינה מיתה או מאסר עולם;

(ב)   עבירת בטחון כאמור בסעיף 35(ב);

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

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

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

אם מדובר באחת העבירות הנ"ל יש בעבירות הללו חזקת מסוכנות וזה לכשעצמו מקנה את עילת המעצר לשוטר.

יש בחוק המעצרים החדש צמצום לחוק הקודם – כל עבירת פשע נתנה עילת מעצר לשוטר באופן אוטומטי – היום לא כל עבירת פשע אלא רק העבירות הנ"ל.

* **חלופת מעצר** – חלופת מעצר נבדקת ע"י הקצין הממונה –כאשר אדם נעצר ללא צו, עפ"י ס' 27 לחוק המעצרים:

**בירור מטעם הקצין הממונה**

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

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

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

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

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

אם אדם נעצר ללא צו – הקצין הממונה צריך לבחון האם הוא עוצר אותו או מטיל עליו ערובה. ס' 42 קובע אילו סוגי ערובות יכול הקצין הממונה להטיל. כאשר אנחנו מדברים על מעצר בידי שוטר, החלופה נבדקת ע"י הקצין הממונה – או שהוא מחליט לעצור או שהוא משחרר בערובה.

עד כאן המסלול העיקרי. המסלול המשני במעצר ללא צו ע"י שוטר:

* סמכות מעצר בס' 23(ב) בשל התנגדות לעיכוב - שוטר מוסמך לעצור אדם ולהביאו לתחנת המשטרה לתכלית שלשמה ביקש לעכבו, אם האדם אינו מציית להוראותיו שניתנו על פי סמכויות העיכוב המסורות לו בדין, או אם הוא מפריע לו להשתמש בסמכויות העיכוב **🡨** מצב של התנגדות והפרעה לעיכוב, מקימה אוטומטית סמכות למעצר.

למרות שהתנגדות לעיכוב מקימה סמכות מעצר – אם מלכתחילה הייתה סמכות לעכב בלבד, צריך להתחיל בעיכוב ואז לעבור למעצר, לא מתחילים יש ממעצר 🡨 למדנו את זה שיעור שעבר בפס"ד שמשי ואברג'יל.

ס' 25 קובע כי כאשר שוטר עוצר אדם הוא יכול גם לשחרר אותו במקום, אם הוא לא משחרר הוא צריך להביא אותו ללא דיחוי לתחנת המשטרה מלבד כמה חריגים אשר מופיעים שם:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

אלו החריגים אבל בד"כ מביאים באופן אוטומטי לתחנת המשטרה ואז יחול ס' 27 –

**בירור מטעם הקצין הממונה**

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

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

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

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

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

ס' 27(ב) – הקצין הממונה יבדוק אם המעצר היה חוקי. גם אם הקצין הממונה יראה שהשוטר טעה, הוא עדיין לא חייב לשחרר אותו ויכול הוא לעצור אותו לפי ס' 13 (מעצר ע"י שופט לפני הגשת כתב אישום) או, לפי ס' 27(ג) לשחרר אותו לשחרור בערובה 🡨 לא מתקיימת עילת מעצר לפי ס' 23 אך מתקיימת לפי ס' 13 וחייבים להביא בפני שופט.

ס' 27 (ד) – יכול להיות שאדם הגיע כשהוא לא עצור, כמו אבא של אייל גולן – הוא לא הגיע עצור אלא מעוכב לחקירה אבל אח"כ הקצין הממונה עצר אותו והביא בפני שופט.

ס' 27(ה) – חריג – אם העצור נמלט ממשמורת חוקית, כאן לקצין הממונה אין שק"ד אם לעצור או לשחרר אלא הוא חייב לעצור.

ס' 29 הוא חשוב משום שהוא קובע לנו את מועד ההבאה בפני שופט – תוך 24 שעות ואילו לפי ס' 30 אם יש פעולות חקירה דחופות הקצין הממונה רשאי להאריך ל-48 שעות. ב-ס' 29 יש לו"ז מיוחד שנקבע לשבתות וחגים.

**מעצר ראשוני על פי צו של שופט**

מקור הסמכות – ס' 13:

**עילות המעצר לפני הגשת כתב אישום**

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

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

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

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

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

ס' 13 חל על שתי סיטואציות:

1. הוצאת צו מעצר במעמד צד אחד – שוטרים רוצים לעצור מישהו, הולכים ומוציאים צו מעצר משופט – במעמד השוטרים בלבד, החשוד לא נמצא בכלל. במצב כזה, למשטרה יש 180 יום לקיים את הצו. ברגע שהיא קיימה אותו, תוף 24 שעות האדם צריך להיות מובא בפני שופט.
2. מעצר ימים – הארכת מעצר בנוכחות החשוד.

זה קצת מבלבל משום שיש לנו ס' אחד שעוסק בכל סמכויות השופטים למעצר לפני הגשת כתב אישום. נדון ב-ס' 13 בהרחבה במעצר ימים.

מהו הנוהל של מעצר בצו שופט?

הצו מוצא מכוח ס' 13 לחוק המעצרים. אין חובה להביא את העצור בפני הקצין הממונה כאשר עוצרים לפי צו, לעומת מעצר ללא צו. כאמור ישנה חובה להביא את העצור בפני שופט תוך 24 שעות מרגע המעצר. ס' 20:

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

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

אם בצו המקורי לא השופט לא כתב שהאדם לא ישוחרר אא"כ הוא הובא בפני שופט אז קצין משטרה יכול לשחרר אותו.

לקרוא ס' 15,17,18-20 – הם חשובים.

ין אם המעצר הראשוני היה בצו ובין אם הוא לא היה בצו, הביצוע נעשה ע"י שוטר – במעצר הראושני החוקיות של המעצר מותנית בשני תנאים מצטברים כאמור – תנאי המעצר וביצוע המעצר 🡨 בשני המקרים – בצו או בלי צו – יש לבדוק את זה.

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

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

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

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

(2)   אם מילוין עלול לסכל את ביצוע המעצר;

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

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

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

ס' 24(א) זה עוסק בביצוע המעצר – יש פה שני כללים עיקריים:

1. הזדהות השוטר
2. הודעה על סיבת המעצר

תנאי שלישי – כשיש מעצר בצו (וזהו ההבדל היחיד מבחינת ביצוע המעצר בין מעצר לצו לבין מעצר בלא צו):

1. מסירת הצו.

יש פה עיגון של פסיקה – פס"ד קדושים – פס"ד ישן. בימ"ש אומר "*זכאי אזרח לדעת בשל מה עומדים לשלול ממנו את זכותו לחופש התנועה ואין הוא חייב להסכים להגבלת זכותו לחופש זה אם הוא לא יודע את הסיבה*.." הרעיון של פס"ד – השוטר לא צריך להגיד סעיפי חוק מדויקים בהם הוא חשוד אלא הוא צריך להסביר בצורה לא טכנית, בצורה ברורה לאדם מהי מהות העבירה בה הוא חשוד.

ס' 24(ב) – חריג, מתי השוטר לא חייב להזדהות ולא חייב להודיע את סיבת המעצר. אין שום חריג לאי מסירת הצו – אותו תמיד צריך למסור ככל שהוא קיים. אך ישנם מצבים בהם אין חובה להזדהות או לא חייב להודיע מהי סיבת המעצר. ברגע שחלפו הנסיבות שבגללו הוא לא היה יכול להזדהות השוטר חייב לקיים את הדברים הללו ולהזדהות ולתת את סיבת המעצר.

ס' 24(ג) – מילוי החובות הנ"ל הוא התנאי לחוקיות המעצר.

מה הופך מעצר למעצר לא חוקי?

1. אי הזדהות או אי מסירת סיבת המעצר – הופכת את המעצר למעצר לא חוקי.
2. טעות עובדתית – למשל שהשוטר חשב שאדם עבר עבירה אבל הוא לא עבר עבירה – לא הופכת מעצר למעצר לא חוקי כל עוד היה חשד סביר שהוא אכן עבר עבירה.
3. טעות משפטית – לא מדובר בעבירה בת מעצר אלא בחטא – הופכת את המעצר למעצר לא חוקי.
4. יש בחוק המעצרים הוראות של העדפת אמצעים פחותים על פני האמצעים החמורים – לדוג' ס' 4 אומר לנו להעדיף מעצר בצו; ס' 23(ג) מעדיף עיכוב וכו' 🡨 במידה והשתמשו באמצעי חמור למרות שניתן היה להשתמש באמצעי קל יותר, האם זה הופך את המעצר למעצר לא חוקי? בגדול, מדובר בהוראות המנוסחות כהוראות עדיפות – אין לזה תשובה מוחלטת. אפשר לחשוב על מקרים מאוד קיצוניים בהם ניתן היה לעכב ולא עיכבו וישר עצרו, יכול להיות שזה ייחשב ללא חוקי ובמקרים קלים יותר לא 🡨 בכל מקרה אין תשובה לזה.

סעדים על הפרת התנאים:

1. פסילת ראיות – בעבר, לא הייתה קיימת אפשרות כזו אך מאז שבימ"ש אימץ את דוק' העץ המורעל בימ"ש כן פוסל ראיות כשיש מעצר לא חוקי.
2. תביעה נגד השוטר – האם אפשרי? ס' 44 לפסד"פ – *"שוטר לא ישא באחריות אזריח או פלילית בשל ... אשר ביצע אותם בתום לב אך זה לא ימנע הממונים עליו לנקוט בדין משמעתי"* שוטרים לא צריכים לחשוש כל עוד הם פועלים בתום לב אך זה לא אומר שלא יפעילו נגדם דין משמעתי. אפשר להגיש תביעה אישית נגד שוטר רק אם הוא לא פעל בתום לב אלא בזדון; כל עוד הוא פעל בתום לב אי אפשר לתבוע אותו תביעה אישית.
3. תביעה נגד המדינה –  **פיצוי בשל מעצר**

38.  (א)  נעצר אדם ושוחרר בלא שהוגש נגדו כתב אישום, ומצא בית המשפט שלא היה יסוד למעצר, או שראה נסיבות אחרות המצדיקות פיצוי האדם, רשאי הוא לצוות כי אוצר המדינה ישלם לו פיצוי על מעצרו והוצאות הגנתו בסכום שיקבע בית המשפט.

אם בימ"ש חושב שלא היה יסוד למעצר וכו' – הוא יכול להורות על פיצוי כאשר יש תקנות של שר המשפטים הקובעות את גובה הפיצוי – בערך שכר המשק ליום.

1. תביעה נגד המתלונן – ס' 38(ב): נעצר אדם ושוחרר, ומצא בית המשפט שהמעצר היה עקב תלונת סרק שהוגשה שלא בתום לב, רשאי בית המשפט לחייב את המתלונן, לאחר שנתן לו הזדמנות לטעון טענותיו לענין זה, לשלם, למי שנעצר, פיצוי על מעצרו והוצאות הגנתו, בסכום שיקבע בית המשפט” בד"כ אם התלונה היא לא תלונת סרק, לאדם המתלונן בתו"ל לא מטילים עליו הוצאות ופיצויים. אולם, אם התלונה היא תלונת סרק שהוגשה לא בתום לב, בית המשפט יכול לחייב את המתלונן לשלם פיצוי לאדם שנעצר בשל תלונת השווא.
2. התנגדות למעצר – כמו שראינו בפס"ד אברג'יל ושמשי – שאלת חוקיות המעצר מאוד חשובה במצב של התנגדות או בריחה ממעצר – אם מדובר בבריחה ממעצר לא חוקי או בהתנגדות למעצר לא חוקי – זה לא מהווה הפרת תנאים. שני פסקי דין שמדגימים את זה:

* פס"ד קנוש שנות ה-80– אדם נעצר כאשר איש המשטרה הזדהה וגם אמר לו את סיבת העבירה אך הוא לא ביצע שום אקט פיזי – הוא לא שם לא יד על הכתף, לא אזק אותו וכו'. הטענה הייתה שכשהוא ברח הוא לא ברח ממשמורת חוקית. בימ"ש לא קיבל את הטענה – משנמצא העוצר בקרבת הנעצר ואומר לו באופן ברור שהוא עוצר אותו, אין עוד צורך בפעולה פיזית מצד העוצר שתמחיש הלכה למעשה את העובדה שהעוצר הטיל את פיקוחו על העצר.
* פס"ד סוויסה שנות ה-80– סיטואציה בה אדם קיבל עונש מאסר אבל תחילת ביצוע העונש נדחה והוא פשוט לא הופיע ביום שהוא היה אמור להופיע בבית הסוהר והואשם בבריחה ממשמורת חוקית. בימ"ש קבע שזוהי לא בריחה ממשמורת חוקית משום שצריך המחשה כלשהי של כניסה למשמורת בכלל – ובמקרה הזה הוא בכלל לא נכנס למשמורת חוקית, הוא בכלל לא הגיע אליה. הרשיעו אותו בהפרת הוראה חוקית – סד 184 לחסד"פ – אם בימ"ש מתגלה בפניו עבירה שהיא לא בכתב האישום אך העובדות שלה הוכחו ולנאשם יש אפשרות להתגונן בפניה אז אפשר להרשיע אותו 🡨 הוא הפר הוראה חוקית משום שהוא לא התייצב למשמורת.

הכשרת מעצר לא חוקי – זה יכול להתבצע בשתי סיטואציות:

1. ע"י הקצין הממונה – דיברנו על ס' 27 שקובע שכאשר שוטר עוצר אדם ללא צו, האדם מובא בפני הקצין הממונה. בנוסף, הקצין הממונה אם השוטר פעל כחוק – כלומר האם התקיימו התנאים של ס' 23 – במידה ולא התקיימו התנאים, זה לא אומר שהחשוד ישוחרר באופן אוטומטי אלא זה מחייב את הקצין הממונה לבדוק האם התקיימו תנאי ס' 13 – התנאים למעצר ע"י שופט. במידה והתקיימו התנאים למעצר ע"י השופט, הקצין הממונה יכול להורות על מעצרו של החשוד ולהביאו בפני שופט תוך 24 שעות.
2. ע"י בימ"ש – בכל המקרים העיקרון הוא – כאשר לבימ"ש יש סמכות מעצר, יש לו סמכות מעצר תמיד – שום דבר שנעשה לפני כן לא שולל את הסמכות של בית המשפט לעצור אלא רק להשפיע על החלטת בימ"ש – מול האינטרס הציבורי נשקלים כל מיני אינטרסים – לפעמים העבירה שהאדם עשה כל כך קשה, שאינטרס החשוד קטן אל מול האינטרס הציבורי לעצור אותו.

מד"י נ' דרור ג'נאח – אדם עוכב מעל ל-3 שעות. המעצר שלו הוארך ע"י שופט והטענה של העצור הייתה שמאחר והעיכוב היה פגום אז הארכת המעצר ע"י השופט פגומה גם היא – בימ"ש העליון קבע כי משהובא עצור בפני בימ"ש על בימ"ש לבחון אם יש מקום להשתמש בסמכותו לעצור את החשוד בלא קשר לחוקיות ההליכים קודם לכן.

פס"ד אשרף – רשאי בימ"ש להתעלם מהחומר שבפניו ועליו להחליט – גם טענה שנפל פגם צריכה להיבחן באינטרס הציבורי בהתחשב בטיבן של העבירות הנחקרות, בחשש לפגיעה בחקירה ושיבושה.

פס"ד פרץ – יכול להיות שפגמים ישפיעו כבר בשלב המעצר- הרחבת הלכת יששכרוב על מעצר. יכול להיות שפגמים בחקירה ובזכויות החשוד ישקלו ע"י בימ"ש כבר בשלב בו הוא דן במעצר.

הסמכות להפעיל כוח סביר – סמכות להפעיל כוח לצורך ביצוע מעצרים – אנחנו עדיין נמצאים בשלב מעצר ע"י שוטרים בו יש סמכות נלווית של שימוש בכוח. על הנושא הזה חולש ס' 19 לפסד"פ. הפסד"פ עסק בכל נושא המעצר לפני כתב אישום וכיום כל נושא המעצרים הוא בחוק המעצרים אך יש נושאים שנשארו בפסד"פ – כך הסמכות הנלווית לשימוש בכוח, חיפושים וכו'. ס' 19: "*מי שמוסמך לעצור אדם חב מעצר, רשאי להשתמש בכל אמצעי סביר הדרוש לביצוע המעצר אם האדם מתנגד למעצר או מנסה להתחמק ממנו"* 🡨 לשוטרים יש סמכות נלווית של שימוש בכוח סביר. השאלה מהו כוח סביר היא בהתאם לנסיבות. פס"ד משנת 61 – עובדיה נ' היועמ"ש – שוטרים באו לעצור דייג על אחזקת חומרי נפץ לצרכי דייג. הוא לא התנגד למעצר אך כשבאו לאזוק אותו הוא התנגד והוא תקף את השוטר 🡨 בימ"ש זיכה את עובדיה מתקיפת שוטר משום שהשוטר לא פעל כדין, אין לאזוק אדם אם הוא לא מתנגד למעצר.

מתי כוח סביר או כוח ממית יכול להיחשב כסביר? בעניין הזה יש לנו שני פסקי דין שקובעים אותו דבר אך אחד מצמצם את השני:

פס"ד גולד – אדם שהיה עצור בתחנת המשטרה וניסה להימלט. לאחר אזהרה מילולית וירייה באוויר – ירו בו ברגליים והוא מת. בימ"ש קבע שאפשר להשתמש בכוח קטלני בהתקיים שלושה תנאים מצטברים:

1. המעצר הבסיסי בגינו נעצר האדם חוקי.
2. העצור חשוד בעבירה מסוג פשע.
3. הירי הוא האמצעי היעיל האחרון – וגם כשזה האמצעי היעיל האחרון צריך להשתמש בנוהל המעצרים – רק אם הוא ברוח ואז לנקוט באזהרה מילולית, ירייה באוויר ואח"כ ירייה ברגליים לא על מנת להרוג אלא על מנת לעצור.

פס"ד אנקונינה – אירוע חבלני ברצועת עזה ושוטרי המג"ב חסמו כביש. נוצר תור במחסום, מכונית עשה אחורה פנה כדי להימלט מהפקק. שוטר מג"ב התקרב לרכב, קרא לו בערבית לעצור, הוא לא עצר, הוא ירה באוויר-הוא לא עצר ולכן הוא ירה לעבר הגלגלים כי הוא חשב שזה המחבל – אדם נהרג. בימ"ש חוזר על התנאים של גולד ומדייק ומצמצם אותם:

1. מעצר חוקי
2. עבירת פשע אשר מסכן את חיי אדם - היה פה ניסיון למעצר כי היה מדובר בפיגוע
3. האמצעי היעיל האחרון – באמת צריך לנסות הכל לפני שיורים והשימוש בירי צריך להיות שלא על מנת להרוג.

**שיעור מס' 7 – 12/12/13**

סמכויות כניסה למקום ע"י שוטרים – כחלק מסמכות מעצר ע"י שוטר – סמכות נלווית למעצר שנעשה ע"י שוטר.

* מעצר בצו – ס' 26 לחסד"פ :

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

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

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

כאשר יש מעצר בצו העניין הוא מאוד פשוט ואין בעיה.

* ס' 45 לפסד"פ – אם אין צו

**כניסה למקום**

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

כאשר אדם נמצא בבית כאשר מותר להיכנס אליו מכוח צו אז אדם חייב לתת את האפשרות להיכנס. האם הסעיף הזה הוא סעיף עצמאי המקנה לשוטרים אפשרות כניסה כאשר הם מבצעים מעצר ללא צו או שלא? הסעיף הזה היה במחלוקת בפס"ד בירמן – חייל נמלט ממשמורת ושוטרים צבאיים הגיעו לביתו והוא התנגד למעצר והתעוררה השאלה האם הם היו מוסמכים להיכנס לביתו ללא צו מעצר? כל השופטים הסכימו שהמעצר הוא חוקי אך הייתה מחלוקת. רוב השופטים סברו ש-ס' 45 הוא לא ס' עצמאי – כלומר, אנחנו צריכים למצוא סמכות אחרת והם הלבישו עליו את ס' 25(4) לפסד"פ:

**חיפוש שלא על פי צו חיפוש**

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

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

(2)   תופש הבית או המקום פונה לעזרת המשטרה;

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

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

ס' 25 מאפשר לשוטרים להיכנס למקום לחיפוש ללא צו חיפוש. רוב השוטרים פירשו את זה כך שהרדיפה לא חייבת להיות רדיפה תכופה – כלומר זה לא חייב להיות מצב שממש רודפים אחרי הנמלט אלא גם אם לא רדפו אחריו והגיעו אליו שבוע הביתה אחר כך זה בסדר. דעת המיעוט סברה כי ס' 45 הוא ס' עצמאי ואין צורך למצוא סמכות להלביש עליו.

המרצה טוענת שבכל מקרה, נראה שהפלפולים הללו הם תיאורטיים משום שכאשר יש סמכות לשוטר לעצור ללא צו אז בד"כ יתקיימו אחד מהסעיפים של ס' 25. העילות דומות מאוד למצב בו יש סמכות לעצור ללא צו.

מעצר לפני הגשת כתב אישום – מעצר ימים (מעצר ע"י שופטים) –

**סמכות שופט**

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

ס' 12 לחוק המעצרים מתייחס לצווי מעצר הניתנים ע"י שופטים – מתייחס לשני מצבים:

1. בקשת מעצר ראשוני אשר נעשית בהיעדר החשוד – הולכים לשופט לפני המעצר ומבקשים ממנו צו מעצר ראשוני. יש להם 180 יום לבצע את צו המעצר ומרגע שביצעו אותו צריך להביא את העצור בפני שופט תוך 24 שעות
2. בקשת הארכת מעצר אשר נעשית בנוכחות החשוד – ס' 16(2) לחוק המעצרים קובע כי הארכת מעצר חייבת להיעשות בנוכחות החשוד (ויש גם חריגים לכך אשר ס' 16 קובע אותם). בפרק החוקתי למדנו על בש"פ פלוני שבו בוטל ס' חוק שאפשר הארכת מעצר בעבירות בטחון ללא נוכחות החשוד 🡨 במד"י הנושא של נוכחות בזמן הארכת מעצר נתפס כחלק מהזכות החוקתית להליך הוגן ולכן יש חשיבות מאוד רבה לנוכחות בעת הארכת מעצר- לא מסתפקים בנוכחות סנגור אלא חייבים גם נוכחות של החשוד עצמו.

**עילות המעצר לפני הגשת כתב אישום**

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

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

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

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

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

את עילות המעצר נלמד באופן הבא – תשתית עובדתית, לאחר מכן עילת מעצר ובסופו של דבר – האם יש חלופה?

* תשתית עובדתית במעצר ימים – חשד סביר לביצוע עבירה שאינה חטא (עבירת מעצר היא עבירת עוון או פשע כפי שלמדנו). כיצד מתגבש חשד סביר אצל שופט? השופט יכול לגבש את החשד הסביר מכל ראייה בשלב הארכת המעצר – גם על בסיס חומרים בלתי קבילים בהליך העיקרי. בפס"ד רוזנשטיין – ההכרעה מהו חשד סביר יש בה הרבה מהאינטואיציה השיפוטית המושכלת. המושג חשד סביר עשוי גם לשמש בית קיבול לראיות שאינן קבילות בהליך העיקרי. זהו ביטוי עמום – "אינטואיציה שיפוטית מושכלת" – האם מה שיש בפניהם מצדיק לתת למשטרה להמשיך במעצר? אנחנו מצויים בבעיה מעגלית בנושא הזה – זה הודגש בפס"ד שקארנה בש"פ 11109/03 – בייניש אומרת שאנחנו בבעיה מעגלית – כדי לעצור צריך חשד סביר אך המשטרה רוצה לחקור בכדי לבסס ראיות 🡨 מצד אחד המשטרה מבקשת זמן לחקור אך מצד שני היא באה להראות משהו שישכנע את השופט לתת לה לחקור 🡨 בעיה מעגלית ולכן אין הרבה מה להגיד חוץ מאינטואיציה שיפוטית. חלק מהמפכה החוקתית הייתה קיצור התקופות ולכן מביאים את העצור תוך 24 שעות ולא תוך 48 שעות והשופט הופך להיות "חותמת גומי" 🡨 מה כבר אפשר להשיג ב-24 שעות? הוא רוצה לתת למשטרה את האפשרות להמשיך ולחקור ולכן בכלל לא בטוח שהבעיה המעגלית הזו נפתרה באמצעות הקיצור. בתקופה הזו הסנגור הוא די "סומא בערפל" – המשטרה יכולה להראות לשופטים חומר חיסוי מעבר לחשדות הכלליים כנגד החשודים וכו' 🡨 דברים שהסנגורים לא רואים ולכן הויכוח העיקרי בבית המשפט הוא על קיומן של עילות מעצר ולא על קיומה של תשתית ראייתית מספקת. לאחר הגשת כתב האישום זה דיי מהתפך – הסנגור יודע הכל והנאשם הוא זה שלא חייב לגלות כלום לתביעה והיא לא יודעת את זה קו ההגנה של האנשם וחייבת לתת את כל חומר החקירה.
* עילות מעצר במעצר ימים – 2 עילות קלאסיות בתוספת עילת מעצר ספציפית של מעצר ימים:

1. **עילת השיבוש** – 13(א)(1) - קיים יסוד סביר לחשש ששחרור החשוד או אי-מעצרו יביא לשיבוש הליכי חקירה או משפט, להתחמקות מחקירה מהליכי שפיטה או מריצוי עונש מאסר, או יביא להעלמת רכוש, להשפעה על עדים או לפגיעה בראיות בדרך אחרת
2. **עילת המסוכנות –**  קיים יסוד סביר לחשש שהחשוד יסכן את בטחונו של אדם, את בטחון הציבור או את בטחון המדינה;

פס"ד לסברג – השופט יסתכל על הפרמטרים הבאים בעת הכרעה בעילת שיבוש ומסוכנות– מהות העבירה וחומרתה, עברו של החשוד, חשש שימלט מאימת הדין, חשש שהוא יעשה לשם טשטוש עקבות העבירה, חיבול בחומר ההוכחה, הטלת אימה על עדים וכו,.

פס"ד סינהרשקו – לשופטת בייניש יש 2 אמירות מעניינות על תשתית עובדתית באירוע המוני והתגבשות חשד וגם לגבי עילת המעצר של שיבוש:

* לגבי חשד – באירועי כפר דרום האנשים התבצרו על הגג. השופטת בייניש מקלה מבחינת הדרישות לגבי החשד באירוע המוני – עצם ההימצאות במקום העבירה מגבש את החשד הסביר – היכולת של המשטרה בשלב כזה להגיד מה כל אחד עשה באירוע כ"כ המוני היא נמוכה ולכן עצם הימצאותם במקום מגבש את החשד הסביר לצורך מעצר.
* לגבי השיבוש – יש התארגנות מראש – במצב של מעורבים רבים והתארגנות מראש ישנו חשש טבוע לשיבוש הליכים.

1. עילה מיוחדת למעצר ימים – ס' 13(א)(4) – **מעצר לצורך הליכי חקירה שלא ניתן לקיימם אלא במעצר:**

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

זוהי סמכות שנותנת עילת מעצר בה אין חשש שהאדם מסוכן ואין חשש שהוא ימלט אלא ישנה פעולת חקירה שניתן לבצעה רק במעצר, לדוג' – מדובב 🡨 זה מאוד מקומם ששמים אדם במעצר רק כדי להכניס מדובב. עילה זו היא מאוד קיצונית בעלת 2 מגבלות:

1. בימ"ש שוכנע מנימוקים מיוחדים שירשמו שיש הליכי חקירה שיש לנקוט בהם אך לא ניתן לבצען ללא מעצר.
2. מגבלת הזמן:

* במעצר ימים לפי העילות הרגילות: אפשר להאריך מעצר כל פעם ב-15 ימים. המקסימום שאפשר להאריך מעצר במצטבר בעילות הרגילות הוא 30 יום סה"כ.
* בעילת צרכי חקירה ניתן להאריך מעצר כל פעם ב-5 ימים ובמצטבר עד 15 ימים.
* במקרים החריגים בהם רוצים להאריך יותר מזה ל-75 ימים מבקשים מהיועמ"ש לממשלה – ס' 59 לחוק המעצרים ואם גם ה-75 ימים לא מספיקים פונים לבימ"ש העליון לפי ס' 62.

פס"ד ברונסון – השופט חשין ניתח מהם הליכי חקירה שלא ניתן לבצעם אלא במעצר ומהם אותם נימוקים מיוחדים שירשמו?

* לגבי הליכי החקירה – סתם הכבדה על הליכי החקירה של המשטרה לא מספיקה כדי שנעצור אדם לצרכי חקירה. יחד עם זאת, המשטרה לא צריכה להראות שהחקירה תסוכל מכל לכל אלא היא צריכה להוכיח כי תהיה פגיעה חמורה וקשה ביכולת ניהולה הסביר של חקירה.
* לגבי נימוקים מיוחדים – בימ"ש צריך לרשום את הנימוקים כך שמצד אחד לשמור על מיוחדות של נימוקים אך מצד שני ברמת הפשטה כזו שלא תסכל את מטרת החקירה. הוא הרי לא יכול לרשום שהוא מאשר מעצר כדי להכניס מדובב אך מצד שני הוא לא יכול לא לרשום נימוק בכלל 🡨 חשין אומר שצריכה להיות רמת הפשטה שתדגיש מיוחדות ולא תסכל את החקירה. הוא מציע הצעה שעשויה לסייע לערכאת הערעור – השופט יכול לפנות לחומר החסוי ואז בערר השופט שידון בערר יוכל לדעת מהם הנימוקים המיוחדים, אך הסנגור עדיין לא יוכל לדעת מהם אותם נימוקים מיוחדים אך זה יאפשר ביקורת שיפוטית מושכלת יותר.

**הבהרה:** מעצר ימים תמיד נעשה ע"י שופט שלום – זה קבוע ב-ס' 2 לחוק המעצרים:

**סמכות ענינית**

2.    הסמכות הענינית לדון בענין שחוק זה דן בו תהא נתונה –

(1)  כל עוד לא הוגש כתב אישום – לבית משפט השלום;

(2)  לאחר הגשת כתב אישום – לבית המשפט המוסמך לדון בכתב האישום;

(3)  בערעור – לבית המשפט שלערעור.

תמיד מעצר ימים יהיה בבימ"ש שלום; במעצר עד תום ההליכים נראה שאם כ. האישום מוגש לבימ"ש שלום אז זה יהיה בסמכות בימ"ש שלום ואם כ. האישום מוגש לבימ"ש מחוזי אז זה יהיה בסמכות בימ"ש מחוזי.

פס"ד מקסימוב- נעצר ברומניה ב-15/5/02 בעקבות בקשת הסגרה שהוגשה ע"י מ"י והגיע לישראל ב-13/06/02, נעצר בנתב"ג והובא בפני שופט והשופט האריך את מערכו עד 26/06/02, ב-13 יום. הוא טען שלא ניתן לעצור אותו משום שגם ברומניה הוא היה במעצר ולכן זה עובר את ה-30 ימים. בימ"ש קובע שימי מעצרו של אדם בחו"ל לצרכי הסגרתו אינם נכללים במניין תקופה בה ניתן להחזיק חשוד במעצר.

פס"ד פלוני 92/00- המשטרה ביקשה להאריך את המעצר לצורך בדיקת מצבו הנפשי של העצור ולא לצורך עילת מעצר כלשהי. השופט חשין אומר שניתו להאריך מעצר חשוד רק אם מוכחת עילת מעצר מהעילות של ס' 13. אבל אם אין עילת מעצר אפשר להורות רק על בדיקה פסיכיאטרית שלא בתנאי אשפוז כפוי. אנחנו מדברים כמובן על מעצר ימים.

* האם יש חלופה? ס' 13(ב)

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

צריכים להתקיים שני התנאים המקדמיים כדי לתת חלופת מעצר – יש תשתית עובדתית ויש עילת מעצר 🡨 רק בהתקיים אלו בוחנים אפשרות לחלופת מעצר.

בש"פ פלוני 5536/13– החלטה בעניינה בשאלה מכוח מה ניתן להאריך חלופת מעצר? החוק נותן לנו תקופות מעצר למעצר בפועל ולא לחלופות מעצר – כל מה שנאמר על חלופת מעצר הוא שניתן לשקול חלופת מעצר – מכוח מה מאריכים את מעצר הבית, זה לא כתוב בחוק? השופט עמית אומר שמי שמוסמך לפעול על "גבול השלם" מוסמך לפעול גם על חלקים מהשלם – אם יש לו סמכות לעצור אז מן הסתם יש לו סמכות גם לתת חלופת מעצר – כמה זמן נמשכת הסמכות הזו? משך הזמן בו השופט יכול להאריך מעצר – דהיינו, 30 ימים או 75 ימים אם מבקשים אישור מהיועמ"ש. מה קורה מעבר לזמן זה במידה ורוצים להמשיך ולהאריך את המעצר? ס' 58 לחוק המעצרים:

**תוקף הערובה**

58.  (א)  הערובה ותנאי השחרור בערובה יתבטלו אם לא יוגש כתב אישום נגד החשוד תוך 180 ימים; ואולם בית המשפט רשאי, בתוך תקופת הערובה, להאריך אותה ואת תנאיה, לתקופה נוספת שלא תעלה על 180 ימים, אם הוגשה בקשה באישור תובע.

          (ב)  **בית המשפט רשאי להורות על הארכה נוספת של הערובה ותנאיה לתקופה שלא תעלה על 90 ימים, אם הוגשה בקשה לכך באישור היועץ המשפטי לממשלה**.

מפס"ד עולה ששופט יכול להאריך מעצר בית עד 180 יום והדעת נותנת שיעשה זאת רק במקרים מאוד נדירים 🡨 מתוקף סעיף זה נראה כי ניתן לשחרר בערבות עד 180 יום וכן גם למעצר בית אך במקרה של מעצר בית זה יהיה מאוד נדיר.

**המסלול המשני למעצר** – הפרת תנאים קודמים – אילו סמכויות יש לשופט בתקופה של מעצר ימים לגבי הפרת תנאים קודמים?

* ס' 14 לחוק המעצרים- **מעצר של נמלט ממשמורת**

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

לכאורה, כשיש הצהרה של שוטר שאדם נמלט ממשמורת אין את הבדיקה של תשתית עובדתית ועילת מעצר אלא הצהרת השוטר כי האדם נמלט מהווה עילת מעצר.

* ס' 51 לחוק המעצרים – **תוצאות הפרת תנאי שחרור בערובה**

51.  (א)  שופט הדן בענינו של משוחרר בערובה, שהובא לפניו בשל הפרת תנאי מתנאי השחרור, רשאי להורות על חילוט הערבות, ואם התגבשה עילת מעצר, לעצרו או לשחררו בערובה בתנאים שיקבע.

          (ב)  נוכח שופט כי משוחרר בערובה הפר תנאי מתנאי השחרור וכי ולא ניתן להביאו בפניו, רשאי הוא להורות על חילוט הערבות.

          (ג)   בקשה לחילוט ערבות שניתנה על ידי ערב לא תידון אלא אם כן ניתנה לערב הזדמנות להשמיע את טענותיו.

משוחרר בערובה שהפר תנאי שחרור, יכול להיעצר ע"י שופט – לדוג' אדם שהיה במעצר בית והפר את תנאי המעצר.

מבחינת השופט, כאשר מגיע אליו אדם למעצר – לשופט יש את הסמכות לעצור לפי החוק. כל מיני עוולות ופגמים שנעשו קודם לכן, עלולים להשפיע על שק"ד השופט אך הם לא פוגמים בסמכות שיש לשופט.

פס"ד דרור ג'נח – אדם שעוכב ליותר מ-3 שעות, לאחר מכן נעצר ובסופו של דבר הובא להארכת מעצר ע"י שופט. בהארכת המעצר הטענה הייתה שהוא עוכב ליותר מ-3 שעות, עיכוב בלתי חוקי ולכן המעצר בלתי חוקי. בימ"ש קובע כי העובדה שהיה עיכוב בלתי חוקי לא שוללת את סמכותו של שופט לעצור.

פס"ד אשרף – הסנגור שלו לא הגיע להארכת מעצר ולכן הוא לא הסכים להגיע לדיון והמעצר שלו הוארך שלא בנוכחותו. לפי ס' 17(ג) מעצר של חשוד שלא בנוכחותו לא יעלה על 24 שעות. בימ"ש קובע שאין לחשוד להלין אלא על עצמה – הוא לא הסכים להגיע; שנית, מקום שנפל פגם בהליכי הארכת המעצר אין בימ"ש שדן בבקשה רשאי להתעלם מהחומר שבפניו ושומה עליו לדון בבקשה לגופה ולהחליט בה. כלומר, גם טענה לפגם צריכה להתאזן אל מול האינטרס הציבורי במעצר.

פס"ד פרץ – הרחיב את יששכרוב. סיטואציה בה אדם טוען לפגם בזכות ההיוועצות ובימ"ש אומר שניתן לשקול את הטענה לפגם כבר בשלב המעצר – אך זה לא שולל את סמכות המעצר אלא זה חלק מהשיקולים למעצר.

מעצר לפי הצהרת תובע

החקירה הסתיימה ויש המלצה להעמיד לדין וברור שלא ניתן לשחרר את החשוד הזה – בד"כ מסיבות של מסוכנות או שיבוש – מה קורה אז – האם משחררים אותו? ס' 17(ד) – מעצר לפי הצהרת תובע:

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

אם השופט משתכנע שהולך להיות מוגש כ. אישום וכשהוא יוגש תהיה עילת מעצר עד תום ההליכים אז אפשר לתת לתביעה פרק זמן להגשת כתב אישום – עד 5 ימים. בד"כ נותנים לתביעה אפילו פחות – יומיים שלושה להגשת כתב אישום. גם מעצר עפ"י הצהרת תובע צריך להיות במסגרת 30 הימים של מעצר ימים לפני הגשת כתב אישום – אלא אם כן זה באישור היועמ"ש ואז זה יותר מ-30 ימים כפי שלמדנו.

פס"ד באדווי –בימ"ש אומר שמה שתובע צריך להצהיר זה לא שהוא בטוח יגיש כתב אישום אלא שהוא עתיד להגיש כתב אישום – לאחר עיון בחומר החקירה הוא ככל הנראה יגיש כתב אישום. אין פה התחייבות להגיש כתב אישום אלא על כוונה מתגבשת להגשת כתב אישום.

פס"ד אלטוויל – בימ"ש קבע שהתובע לא חייב לפרט את סעיפי כתב האישום בהם הוא עומד להאשים את החשוד. הייתה טענה שהצהרת התובע צריכה לכלול את העבירות וסעיפי כתב האישום ובימ"ש קבע שאין מקום לדרישת פירוט סעיפי העבירות במסגרת הצהרת תובע.

פס"ד שימול – מקרה שהפרקליטות ביקשה מעצר עפ"י הצהרת תובע ואז נתן הופיע חומר חקירה חדש ולכן הם חזרו ל-ס' 13 – הם ביקשו הארכת מעצר לפני כתב אישום לצורכי חקירה. בימ"ש קבע כי ניתן לחזור מ-ס' 17 ל-13 :

* רק במקרה בו התביעה תוכיח כי לא ניתן היה לבצע בשקידה סבירה את החקירה הזו – כלומר רק אם תוכח שלא הייתה התרשלות וכו'
* חלה התפתחות משמעותית
* ההתפתחות הזו משליכה על כתב האישום ועל סיכויי ההרשעה.

כלומר, לא מדובר במקצה שיפורים לתביעה אלא בחומר ראייתי חדש ומשמעותי. ההחלטה הזו היא מאוד חשובה משום שדברים כאלו יכולים לקרות בפרקטיקה.

**שיעור מס' 8 – שיעור עם ורד המתרגלת שלה – 17/12/13**

מעצר עד תום ההליכים – שלא כמו במעצר ימים שהסמכות היא לבימ"ש שלום בכל עבירה, הסמכות לעצור עד תום ההליכים היא לבימ"ש אליו הוגש כתב האישום – עד 7 שנים בימ"ש שלום ומעל בבימ"ש מחוזי. ככל שניתן, השופט שיפסוק במעצר עד תום ההליכים יהיה שופט מעצרים ולא השופט שדן בהליך העיקרי.

חומר חקירה ס' 74: **עיון בחומר החקירה [67] (תיקון מס' 19) תשנ"ה-1995**

74.  (א)  הוגש כתב אישום בפשע או בעוון, רשאים הנאשם וסניגורו, וכן אדם שהסניגור הסמיכו לכך, או, בהסכמת התובע, אדם שהנאשם הסמיכו לכך, לעיין בכל זמן סביר בחומר החקירה וכן ברשימת כל החומר שנאסף או שנרשם בידי הרשות החוקרת, והנוגע לאישום שבידי התובע ולהעתיקו.

          (ב)  נאשם רשאי לבקש, מבית המשפט שאליו הוגש כתב האישום, להורות לתובע להתיר לו לעיין בחומר שהוא, לטענתו, חומר חקירה ולא הועמד לעיונו.

          (ג)   בקשה לפי סעיף קטן (ב) תידון לפני שופט אחד ובמידת האפשר היא תובא בפני שופט שאינו דן באישום.

          (ד)  בעת הדיון בבקשה יעמיד התובע את החומר שבמחלוקת לעיונו של בית המשפט בלבד.

          (ה)  על החלטת בית משפט לפי סעיף זה ניתן לערור לפני בית המשפט שלערעור שידון בערר בשופט אחד; הערר יוגש בתוך 30 ימים מיום שניתנה החלטת בית המשפט, ואולם בית המשפט רשאי להאריך את המועד להגשת הערר מטעמים שיירשמו.

          (ו)   אין בסעיף זה כדי לפגוע בהוראות פרק ג' לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971.

מרגע הגשת כ. אישום הנאשם יכול לעיין בחומר חקירה – רק בעבירת עוון ופשע, לא בעבירת חטא.

תקופת המעצר – לכאורה עד תום ההליכים במשפט.

* אסור שיעברו יותר מ-30 ימים מהגשת כ. האישום עד להקראת האישום – ס' 60 לחוק המעצרים- **שחרור באין משפט**

60.  נאשם, שלאחר הגשת כתב האישום נגדו היה נתון במעצר בשל אותו כתב אישום, תקופה המצטרפת כדי 30 ימים ומשפטו לא החל, ישוחרר מן המעצר, בערובה או ללא ערובה; ואולם רשאי בית המשפט לדחות את מועד תחילת המשפט, בלא שישוחרר, ל-30 ימים נוספים, אם ביקש זאת הנאשם או סניגורו.

* מעצר עד תום ההליכים לא יהיה יותר מ-90 ימים –ס' 62 לחוק המעצרים - **הארכת מעצר או חידושו**

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

          (ב)  על אף האמור בסעיף קטן (א), סבר שופט בית המשפט העליון כי לא יהיה ניתן לסיים את הליכי המשפט בתוך התקופה של 90 ימים האמורה בסעיף קטן (א), בשל סוג העבירה, מורכבותו של התיק או ריבוי של נאשמים, עדים או אישומים, רשאי הוא לצוות על הארכת המעצר לתקופה שלא תעלה על 150 ימים, ולחזור ולצוות כך מעת לעת, וכן להורות על שחרורו של הנאשם, בערובה או בלא ערובה.

מעל 9 חודשים יש צורך באישור של בימ"ש העליון. הסמכות של בימ"ש אליו מוגש כ. האישום מוגבלת ל-9 חודשים ואז צריך לבקש הארכה מבימ"ש העליון.

* ס' 15 לחוק טיפול בחולי נפש – נותן לבימ"ש עליון, במעצר עד תום ההליכים, סמכות להורות על בדיקה פסיכיאטרית של נאשם בתנאי אשפוז או שלא בתנאי אשפוז כדי לקבוע מסוגלות לעמוד לדין או לקבוע אחריות פלילית 🡨 במקרה כזה לא נדרשת עילת מעצר.
* תשתית ראייתית -

1. אילו ראיות? לאחר שהוגש כתב האישום הדרישה היא שגם התשתית הראייתית תהיה קבילה – לעומת מעצר ימים, אבל אם יש ספק אז יכול להיות שבימ"ש יתיר להשתמש בראייה. כלומר, במקרה של ספק קבילות נשתמש בראייה ובמהלך בימ"ש יחליט לגבי הקבילות- במידה ובמהלך המשפט יוכיחו שהיא לא קבילה, אז לא יוכלו יותר להסתמך על ראייה זו לצורך הארכת מעצר עד תום ההליכים. יש הבדל בין ביסוס התשתית הראייתית-עובדתית לבין ביסוס עילות המעצר – כדי לבסס תשתית ראייתית יש להשתמש בראיות קבילות לעומת זאת, הראיות לביסוס עילת המעצר יכולות להיות לא קבילות כמו גיליון הרשעות או בדיקות פוליגרף.
2. רמת ראיות – ראיות לכאורה – בש"פ זדה – מבחן הסיכוי הסביר להרשעה – הצורך בקיומן של ראיות לכאורה לצורך מעצר עד תום ההליכים – ראיות לכאורה להוכחת האשמה הן ראיות גולמיות אשר קיים סיכוי סביר שעיבודן במהלך המשפט, בחקירות, בקביעת אמינות ומשקל ובהשתלבות עם גרסת ההגנה יבסס את אשמת הנאשם מעבר לכל ספק סביר – כלומר, סיכוי סביר שאשמתו של הנאשם תוכח מעבר לכל ספק סביר. דעת מיעוט דורנר – צריך להוכיח כי יש אשמה מעבר לכל ספק סביר – אם יש לנו ספק באשמתו, לא נעצור אותו עד תום ההליכים משום שעומדת לו חזקת החפות.

היחס בין ראיות לכאורה במעצר עד תום ההליכים לבין ראיות לכאורה ב-ס' 158 לחסד"פ אשר עוסק בטענה "אין להשיב לאשמה", במקרה בו לא הוכיחו את האשמה אפילו לא קצת אז משחררים את האנאשם: **זיכוי בשל העדר הוכחה לכאורה**

158. נסתיימה פרשת התביעה ולא הוכחה האשמה אף לכאורה, יזכה בית המשפט את הנאשם – בין על פי טענת הנאשם ובין מיזמתו – לאחר שנתן לתובע להשמיע את דברו בענין; הוראות סעיפים 182 ו-183 יחולו גם על זיכוי לפי סעיף זה.

עושים הבחנה בין הראיות לכאורה ב-ס' 158 לבין הראיות לכאורה בהארכת מעצר עד תום ההליכים – לא מדובר באותן ראיות לכאורה. כל השופטים מסכימים שראיות לכאורה במעצר עד תום ההליכים הם ברמה ראייתית גבוהה יותר במעצר משום שההליך נגמר במעצר של אדם שחזקת החפות עדיין עומדת לו, שוללים את חירותו. ס' 158 עוסק במקרה של "אין להשיב לאשמה" – צריך להוכיח רף נמוך יותר של ראיות – מספיק שהתביעה מראה שיש סיכוי כלשהו, ואף הקלוש ביותר להרשעת הנאשם כדי להמשיך ולנהל את האשמה משום שהתוצאה במקרה הכי גרוע תהיה ניהול האשמה ובסופו של דבר הוא ייצא זכאי.

1. דיות הראיות, תוספת ראייתית – האם נדרשת תוספת ראייתית בשלב מעצר עד תום ההליכים. בש"פ אברג'יל – ברמה הלכאורית צריך להראות סיוע כבר בשלב של מעצר עד תום ההליכים – בימ"ש יכול וצריך לבחון ברמה הלכאורית את שאלת קיומה של תוספת ראייתית מסוג סיוע מקום נדרשת תוספת ראייתית מסוג זה.
2. ראיות מוחלשות – בפרשת חסיד – נקבע כי מסכת ראיות שקיימת שאלה לגבי עוצמתן עשויה להצדיק חלופת מעצר 🡨 כשהראיות הן חלשות זה מאוד בעייתי וזה לא יצדיק מעצר אלא חלופה למעצר. המצב הזה יותר בעייתיות – מצד אחד כדי לעצור עד תום ההליכים – בין אם זה בחלופת מעצר ובין אם זה מעצר בפועל – יש דרישה לראיות לכאורה וחלופת מעצר היא בסה"כ אמצעי מידתי יותר במצבים בהם מתקיימים התנאים למעצר אך הן הפכו במקרה הזה למעשה לפתרון למצב בו יש חולשה באחד המרכיבים המוקדמים.
3. הלכת מוגרבי ונושא הקבילות – פרשת מוגרבי –כתב אישום ברצח והוא נעצר עד תום ההליכים. העד המרכזי בפרשה מת ומוגרבי פנה לבימ"ש לשחררו מחמת אובדן תשתית ראייתית למעצרו. המשטרה התנגדה לשחרורו היא רצתה לנהל חקירה כדי להכשיר את הודעת העד למרות שהוא מת – ביקשה חיסיון על תיק החקירה. בימ"ש קבע כי ניתן להגיש חומר חסוי לעיונו של השופט רק לעניין עילת המעצר ולא לעניין הקשור במישרין לעבירות המיוחסות לו. נקבע כי שאלת הקבילות בעדות המרכזית של הפרשה היא רלוונטית להמשך מעצרו של מגורבי.

* עילות המעצר:שתי עילות מרכזיות – מסוכנות ושיבוש. תוצאת חוק המעצרים היא השתלשלות היסטורית – בעבר ההייתה עילת מעצר שנקראה " חומרת העבירה "- עוצרים אדם עד תום ההליכים לא בגלל שהוא ביצע את העבירה אלא בגלל העבירה שהוא ביצע. עד 1988 נושא מעצר עד תום ההליכים היה מוסדר ב-ס' 21 לחסד"פ ולא היו מוגדרות בו עילות המעצר אלא הן התפתחו בפסיקה. בשנת 1988 נעשה תיקון 9 לחסד"פ והוספו סעיפים 21א. ו-ס' 21ב. לחסד"פ – 21א. קיבל את העמדה של רוב השופטים רק לגבי עבירות מסוימות של רשימה סגורה (כאשר לפני כן זו לא הייתה רשימה סגורה אלא עבירות מעל X שנים). עצם העובדה שיש תשתית ראייתית לעבירות הללו מהווה עילת מעצר ומעבר לרשימה הזאת חומרת העבירה לא תהווה עילת מעצר. ס' 21ב. קבע מעצר חובה כאשר מדובר בעבירה שעונשן מוות או מאסר עולם. גם כאן, התפתח וויכוח לגבי ס' 21א. – כל השופטים קיבלו את החוק כמו שהוא מלבד השופט אלון בדעת מיעוט שאמר כי לא צריך לקבל את החוק כמו שהוא אלא העבירות הללו הן רק חזקה הניתנת לסתירה. עם חקיקת חוק היסוד ב-1992 כל החקיקה שקדמה לו שוריינה ונושא המעצר עד תום ההליכים הגיע לדיון מורחב בפרשת גנימאת – האם מכת מדינה כשלעצמה יכולה לשמש עילת מעצר? רוב השופטים קבעו שלא. יש לפרש חקיקה שקודמת לחו"י לאור חו"י ולא יעלה על הדעת שעילת מעצר תתייחס להרתעת אנשים או לאמון הציבור אלא רק אם יש חשש ספציפי ממנו. עם חקיקת חוק המעצרים ב-1996 התקבלה עמדתו של אילון לגבי חזקת המסוכנות – כיום עילת המסוכנות מוגדרת בשני אופנים –

1. מסוכנות ספציפית של האדם עצמו.
2. רשימת עבירות היוצרות חזקת מסוכנות אך החזקה הזו ניתנת לסתירה 🡨 החוק ביטל את מעצר החובה בעבירות רצח אלא זו חזקה הניתנת לסתירה. לכאורה, יש מצב בו עבירות מסוימות יוצרות חזקת מסוכנות ואדם יכול להפריך את המסוכנות ואז אין עילת מעצר. בפועל, עילת המסוכנות קשה לסתירה והיא כמעט מוחלטת.

התוצאה הפרקטית של העובדה שהמחוקק קבע חזקה הניתנת לסתירה נותנת לשופט "לחפוץ" בחלופת מעצר בעוד שבעבר השופט היה מחויב במעצר בעבירות מסוימות ללא אפשרות לחלופת מעצר.

**שיעור מס' 9 – 26/12/13**

בנושא עילות המעצר נותר נושא של מעבר מביטחון הציבור לשלום הציבור – בעוד החסד"פ דיבר בעבר על בטחון הציבור, חוק המעצרים מדבר על שלום הציבור. כשזה הפך להיות "שלום הציבור" סנגורים החלו לטעון שלא ניתן לעצור בעבירות רכוש בכל הנוגע "לשלום הציבור" 🡨 בפס"ד פרנקל בימ"ש אומר שמעשים שנועדו לפגוע ברכוש נועדו לפגוע בזכויות היסוד של האנשים ויש בהם כדי לסכן את בטחון האדם והחברה ולכן ההלכה היא שעבירות רכוש המבוצעות באורח שיטתי או בהיקף ניכר או תוך התארגנות של מספר עבריינים או תוך שימוש של אמצעים מתוחכמים עלולות לפי מהותן ונסיבות ביצוען לסכן את בטחון האדם ואת בטחון הציבור. יישום של זה ניתן לראות בפס"ד מזרחי שם מדובר באדם שמזייף דרכונים באופן שיטתי. בימ"ש יישם את ההלכה ודחה את הטענה שלא ניתן להעלות סכנה לביטחון הציבור משום שזה עבירות זיוף ולא עבירות גוף – בימ"ש קבע שאדם כזה שעובר עבירה באופן שיטתי כן עובר עבירה כנגד ביטחון הציבור. בימ"ש מקבל את העובדה שהמעבר הזה משלום הציבור לביטחון הציבור מחייב יותר קפדנות בנושא בדיקת המסוכנות אך עדיין לא מקבל קטגורית את הטענה כי כל עבירת רכוש לא פוגעת בביטחון הציבור.

**חלופות מעצר –** כזכור, במעצר עד תום ההליכים יש כמה תנאים שצריכים להתקיים:

1. תשתית עובדתית
2. עילת מעצר
3. חלופת מעצר
4. חובת ייצוג – סנגור

כעת נעסוק בתנאי השלישי – חלופת מעצר – כאשר מתקיימים שני התנאים הראשונים, חובה על בימ"ש לבחון חלופת מעצר. אחד החידושים של חוק המעצרים הוא ביטול חובת מעצר בעבירות מאסר עולם או מיתה; בעבר, ב-ס' 21ב. לחסד"פ נקבע כי יש חובת מעצר בעבירות שעונשן מאסר עולם ומיתה ולכן בעבירת רצח לא הייתה אפשרות שלא לעצור. חוק המעצרים ביטל את ההסדר הזה – אין חובה לעצור בעבירות מאסר עולם או עונש מוות. המקרה הראשון בו יישמו חוק זה היה בפרשת עודא – אישה מוסלמית שבעבר נאנסה ע"י בן-דודה. בעלה ואביה הכריחו אותו, תוך כדי שהיא בהיריון, לקבוע עם אותו אדם בפרדס ואז הם רצחו אותו. היא הייתה שותפה לרצחה ונאשמת ברצח – אין ספק שאין לה מסוכנות ובוודאי בנסיבות בהן היא בהיריון ולכן אין טעם להחזיקה במעצר.

החלטת מעצר בעניין קורמן – החלטה של השופט זמיר ויש בה בעיה רעיונית אך חזרו על החלטה זו כמה פעמים אח"כ. קורמן היה סיפור של הילד חילמי שושה. רכז הבטחון קורמן באדר ביתר קיבל הודעה על ידויי אבנים, הוא רדף אחרי הילד אך לא התכוון להרוג אותו, הכה אותו והוא מת – הילד הזה הוא חילמי שושה. הוא לא התכוון להרוג אותו ואף ניסה להחיות אותו – בסופו של דבר הוא הואשם בהריגה וסנגורו טען לחלופת מעצר. בנסיבות רגילות, זה נשמע כמקרה שאולי חלופת מעצר מתאימה לו כי האדם אומנם הואשם בהריגה אך לא מדובר באדם מסוכן לסביבתו – האירוע קרה בסיטואציה מאוד ספציפית. אותו נאשם שמר על זכות השתיקה והשופט זמיר קבע שבגלל שהנאשם שמר על זכות השתיקה, הנאשם לא עזר לעצמו להפריך את חזקת המסוכנות. יש פה בעיה רעיונית – כאשר הנאשם שותק הוא למעשה מחזק את הראיות שיש לתביעה נגדו – השתיקה שלו כשלעצמה לא יכולה להוות בסיס להרשעה לבדה. המסוכנות אינן קשורות לשתיקה – השאלה אם אדם מסוכן או לא אינה קשורה לשאלה העובדתית-ראייתית אך השופט זמיר קושר בין שני הדברים הללו. לזכות השתיקה יש מחיר בהרשעה אך נוצר כאן "עוד מחיר" לזכות השתיקה – זה משפיע גם על שאלת המעצר שלו 🡨 לא אמור להיות קשר בין שתי השאלות – בין השאלה ראייתית-עובדתית לבין שאלת קיום עילת המעצר. יש פה עוד פגיעה, מחיר לזכות השתיקה שהיא למעשה זכות של הנאשם. ההחלטה הזו השתרשה והיא חוזרת על עצמה בהחלטות אחרות בפסיקה.

בש"פ 8203/01 פלוני נ' מד"י – העובדה שאי חוקיות שקרתה קודם לכן לא מונעת מבימ"ש לשקול את נושא המעצר עד תום ההליכים – לא שוללת את סמכות בימ"ש לעצור עד תום ההליכים. אדם היה עצור במעצר ימים 8 ימים יותר מידי -38 ימים במקום 30. נטען שאין להמשיך את המעצר ואין לעצור עד תום ההליכים – בימ"ש קבע שמעצר לא חוקי הוא אחד השיקולים שיש לשקול בעת קביעת בשאלת המעצר אך במקרה הזה הוא מואשם במעשים מאוד חכמים ויש לו עבר של הרשעות קודמות ומעשים חמורים; לכן, העובדה שהייתה אי חוקיות קודם לכן, לא הטתה את הכף לטובתו של הנאשם. ברגע שיש סמכות לבימ"ש לעצור, אירועים שקרו בעבר יכול להישקל ע"י בימ"ש במסגרת השיקולים בשאלת המעצר עד תום ההליכים.

חידוש נוסף של חוק המעצרים – תסקיר מעצר – ס' 21א. לחוק המעצרים: - **תסקיר מעצר**

21א.  (א)  בדיון בבקשה למעצר לפי סעיפים 12 ו-21 ובערר על החלטה לפי סעיפים אלה, רשאי בית המשפט להורות על הגשת תסקיר מעצר, ורשאי הוא להורות על שחרור בפיקוח קצין מבחן, כאמור בסעיף 48(א)(6); תסקיר מעצר לא ישמש תסקיר קצין מבחן לענין העונש, על פי הוראות סעיף 37 לחוק העונשין, תשל"ז–1977 (להלן – חוק העונשין); על תסקיר מעצר יחולו הוראות סעיף 191 לחוק סדר הדין הפלילי; ואולם, בבקשה למעצר לפי סעיף 12, לא יורה בית המשפט על הגשת תסקיר מעצר, בענינו של מי שהיה עצור פחות מחמישה ימים עד למתן החלטתו, אלא במקרים מיוחדים.

          (ב)  תסקיר מעצר יכלול את נסיבותיו האישיות של הנאשם, משמעות המעצר, החלופות למעצר ולשחרור, או המלצה בדבר תנאים  מיוחדים לשחרור בערובה והפיקוח עליהם.

בבוא בימ"ש להחליט בשאלת חלופות המעצר הוא צריך מידע שהתביעה לא מעניקה לו – מי האדם; מהי סביבתות; מקום עבודה; האם אפשר לסמוך על חלופת מעצר או על קרוביו שיישמרו עליו וכו' 🡨 לצורך העניין הזה יש תסקיר מעצר – בימ"ש מבקש תסקיר משירות המבחן שנותן לו את המידע הזה. תסקיר המעצר נעשה כמעט כעניין שמשגרה כאשר קורלים חלופת מעצר.

**מעצר ביניים –** ס' 21(ד) לחוק המעצרים –  על אף הוראות סעיף קטן (ב) רשאי בית המשפט, על פי בקשת הנאשם או סניגורו, לדחות את הדיון, כדי לאפשר לנאשם או לסניגורו לעיין בחומר החקירה ולצוות שהנאשם יהיה במעצר לתקופה שלא תעלה על 30 ימים.

למדנו שלכל מעצר צריך שתהיה הוראה חוקית; כמו כן למדנו שהנאשם וסנגורו מקבלים את חומר החקירה עם קבלת כ. האישום וביחד עם הגשת כ. האישום מוגשת גם בקשה להארכת מעצר עד תום ההליכים. לעיתים, הסנגור מקבל הרבה מאוד חומר חקירה והוא לא יכול להספיק לקרוא ולעיין את כל החומר ויש לי הסגות על התשתית העובדתית – מטרתו היא לקעקע את הראיות לכאורה ולצורך כך עליו ללמוד את חומר החקירה. החוק מאפשר לנאשם להסכים למעצר של 30 יום מבלי שיבדקו את התשתית הראייתית (כלומר מבלי שידונו במעצר עד תום ההליכים, אלא יהיו עצור מבלי שידונו בכך) כדי שהסנגור יוכל ללמוד את החומר ולהגיע מוכן לדיון של מעצר עד תום ההליכים. האם אפשר להסכים ליותר מ-30 יום מעצר ביניים? לפני חקיקת חוק המעצרים הלכת הררי קבעה שצריך שתהיה תשתית כלשהי לראיות לכאורה כדי לעצור בכלל מעצר ביניים. בהלכת כהן בימ"ש אומר שכדי לעצור מעבר ל-30 יום לצורך עיון בחומר חקירה, צריך להתמלא תנאי מוקדם של תשתית כלשהי לקיומן של ראיות לכאורה.

עד כאן כל המסלול העיקרי של מעצר עד תום ההליכים – תשתית עובדתית, עילות מעצר, חלופת מעצר וחובת ייצוג של סנגור.

כעת נעבור למסלול המשני – במסלול המשני בודקים את אפשרות המעצר הנובעת מהפרת התנאים הקודמים. במעצר עד תום ההליכים יש את ס' 21(א)(2):

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

(2)   בית משפט ציווה על מתן ערובה והערובה לא ניתנה להנחת דעתו של בית המשפט או שהופר תנאי מתנאי הערובה, או שנתקיימה עילה לביטול השחרור בערובה.

ביסוס העילה – אם יש מעצר עד תום ההליכים והאדם הפר את חלופת המעצר שניתנה לו, בימ"ש לא צריך לבחון שוב את התשתית העובדתית וכו' אלא יכול לעצור את הנאשם באופן מיידי עד תום ההליכים מבלי לבדוק את התשתית העובדתית, העילה וחלופת המעצר 🡨 הפרת חלופת מעצר עד תום ההליכים מקימה באופן אוטומטי מעצר עד תום ההליכים.

**שוויון** – החלטות מעצרים ניתנות ע"י שופט אחד – יכול להיות תיק בו יש כמה נאשמים ובמקרה זה הגיע לשופטים שונים. האם עצם העובדה ששופט אחד שיחרר נאשם א' ושופט אחר עצר נאשם ב' באותו כתב האישום 🡨 מה קורה אז? בהמשך לקו שעובר בכל סדר הדין הפלילי – בימ"ש יגיד שמה שחשוב הוא האינטרס הציבורי. כלומר, שוויון היא זכות מאוד חשובה אבל היא לא זכות מוחלטת; זכות השוויון תתאזן מול אינטרסים אחרים.

בש"פ מזרחי– היו שני נאשמים, אחד שוחרר לחלופת מעצר והשני נעצר עד תום ההליכים. כאן הייתה הבחנה רלוונטית – הנאשם שלא שוחרר ביצע את העבירה כשהוא היה כבר בחלופת מעצר על עבירה אחרת אז בימ"ש קבע כי יש פה שוני רלוונטי ומוסיף שגם אם לא היה שוני רלוונטי השוויון היה מהווה שיקול אחד מתוך כמה שיקולים ולא השיקול היחיד.

בש"פ בקייב – בקייב ומירפולבסקי – שני גיסים, הואשמו שביצעו יחד רצח. הם נעצרו עד תום ההליכים בבימ"ש מחוזי ושניהם הגישו ערעור. הערעור של מירפולבסקי הגיע לדורנר שהיו לה דעות משלה איך לבדוק תשתית עובדתית ולפי המבחנים המחמירים שלה לא היו ראיות לכאורה ושיחררה אותו לחלופת מעצר; לעומת זאת, בקייב הגיע לשופטת פרוקצ'יה שחשבה שהתקיימו ראיות לכאורה ועצרה את בקייב. "*אני ערה לקושי שעלול להיווצר בעקבות השוני בין התוצאות בשאלת מעצרם של שני החשודים המואשמים שניהם באותה העבירה .... אולם עקרון השוויון איננו עקרון על אלא שומה לאזנו כנגד שיקולים חשובים אחרים ולהעריך משקלו בהתאם.. כך למשל כנגד עקרון השוויון עשוי לעמוד עקרון הגנה על ביטחון הציבור והגנה על תקינותו של ההליך השיפוטי.. בעניינו הגעתי לכלל דעה כי הבטחת בטחון הציבור והבטחת משפט תקין יותר חשובים מעקרון השוויון..*" שיקול השוויון הוא שיקול שיישקל אך הוא לא היחיד או המכריע.

**מעצר בערעור** –

כשנגמר ההליך המשפטי יכול להיות שהנאשם זוכה או הורשע בלי עונש מאסר 🡨 הוא אמור ללכת הביתה. נניח שהתביעה רוצה לערער, מה עושים? לצורך הגשת הערעור יש את ס' 63 לחוק המעצרים –

**שחרור והפטר בתום המשפט**

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

אם נאשם זוכה או הורשע ללא עונש מאסר, בימ"ש של ערעור יכול לעצור את האדם שזוכה ל-72 שעות כדי לערער על הזיכוי.

מה קורה בערעור עצמו?

* אם אדם הורשע ללא עונש מאסר– ס' 22(ב) מאפשר לבימ"ש של ערעור להורות על המשך מעצר:

**סמכות מעצר עד לערעור**

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

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

* אם אדם זוכה, האם בתקופת הערעור ניתן לעצור אותו? הלכת אפיף – בימ"ש לומד את הסמכות של בימ"ש של ערעור להמשיך לעצור אדם כזה משילוב של שני סעיפים – ס' 63 הנ"ל ו-ס' 2(3) לחוק המעצרים:

**סמכות ענינית**

2.    הסמכות הענינית לדון בענין שחוק זה דן בו תהא נתונה –

(3)  בערעור – לבית המשפט שלערעור.

ס' 63 נותן לבימ"ש אפשרות לעצור עד 72 שעות; ס' 2(3) נותן סמכות לבימ"ש של ערעור לעצור 🡨 שילוב של שני הסעיפים הללו נותן סמכות מעצר של אדם שזוכה במסגרת הערעור. מה יכריע כאן? סיכויי הערעור.

המאמר של המרצה – המחקר התחיל בגלל סיפור כזה – אדם נאשם בגלל בחבלה אבל דווקא המתלונן היה ה"איש הרע" – הוא תקף את הנאשם בעבר וגם יש על זה בכלא. כשהוא יצא מהכלא הוא כל הזמן הטריד והציק לנאשם והוא ניסה להימלט ממנו עד שהוא תקף אותו והנאשם שלף סכין ודקר אותו. הוא הואשם בבימ"ש שלום – שופט המעצרים שלח אותו לתסקיר מעצר ובמהלך המשפט התחלפה שופטת המעצרים 🡸 אותה שופטת אמרה שלא רק שלא צריך לבדוק אם תסקיר המעצר אלא בכלל עילת המעצר הופרכה לחלוטין, הוא לא צריך להיות בכלל מעצר בית. המקרה הזה עורר במרצה את השאלה של הבעייתיות הזו בקפיצה לחלופת מעצר כשאין תשתית ראייתית או עילת מעצר. כשהסתיים המחקר הזה יצא פס"ד של השופט עמית שאומר את אותם הדברים שאומר המאמר הזה – ששכחנו שיש שני תנאים מוקדמים לפני שמגיעים בכלל למצב של חלופת מעצר, כלומר החוק הוא מאוד ברור. החוק קובע שלצורך מעצר יש צורך בהתקיימות הבאים:

1. ראיות לכאורה
2. עילת מעצר
3. בהתקיים הנ"ל – יש לבדוק חלופת מעצר כאמצעי מידתי יותר למעצר. כלומר, חלופות המעצר אמורות להיות אמצעי מידתי יותר למצבים בהם התקיימו שני תנאי המעצר המוקדמים.
4. ייצוג של סנגור

השערת המחקר: חלופות מעצר משמשות לא רק כאמצעי מידתי למעצר אלא גם כאמצעי נוח יותר לשופטים במצבים בהם יש חולשה באחד משני התנאים המוקדמים. המקרה המובהק ביותר הוא הלכת הראיות המוחלשות בהלכת חסיד – הלכה של בימ"ש העליון 🡨המחקר נועד להראות עד כמה משתמשים בהלכה הזו מבחינה כמותית. הלכת חסיד – ראיות שיש חולשה בעוצמתן מצדיקות חלופת מעצר – ראיות שיש חולשה בעוצמתן לא יצדיקו מעצר אך יצדיקו חלופת מעצר.

**הבעיות העולות מהלכה זה:**

1. התשתית העובדתית היא דיכוטומית –או שיש או שאין 🡨 הגישה יצרה גישת ביניים של ראיות מוחלשות.
2. הפרכת חזקת המסוכנות –אם הפרכנו את חזקת המסוכנות זה אומר שהאדם לא מסוכן ולכן הוא לא צריך לשבת במעצר ולא באף חלופת מעצר אחרת 🡨 אך לא כל הדברים אלא שהפרכת חזקת מסוכנות מביאה באופן אוטומטי לחלופת מעצר.

במחקר המרצה בדקה 200 החלטות מעצרים – 100 שלום ו-100 מחוזי והמטרה הייתה לבדוק את המשתנים השונים – ראיות, חלופות מעצר, תסקרי וכו' לעומת התוצאה.  **תוצאות המחקר**:

1. באף אחת מההחלטות לא הייתה שיחרור מוחלט.
2. הממצאים הראו על השפעה בולטת ביותר של משתנה הראיות באופן שמאשש את ההנחה שבישראל קיימת הסתמכות רבה יותר על הראיות 🡨 זה כבר בעייתי משום שעצם העובדה שהראיות הוא המשתנה הכי משפיע היא בעייתית משום שמה צריך לקבוע יותר הוא קיומה של עילת מעצר.
3. עילת המסוכנות היא חזקה כמעט חלוטה – אף פעם הפרכת החזקה לא הובילה לשחרור מוחלט. ברור שקל יותר לתביעה שדיני הראיות הם לטובתה ולכן מראש במקרה כזה הסיכוי להפריך את החזקה הוא נמוך יותר; עם זאת, הפרכת החזקה יכולה להוביל לשחרור בחלופה ולא לשחרור מוחלט כפי שעולה מן המחקר.
4. בבימ"ש שלום חלופות מעצר התחלקו שווה בשווה בין מצבים שהתקיימו באופן ברור שני התנאים המקדמיים – ראיות ועילת מעצר, לבין המקרים בהן הייתה חולשה במרכיב הראיות כלומר שהיו ראיות מוחלשות 🡨 זה מעיד על כך שתוך כדי שחלופות מעצר משמשות אמצעי מידתי יותר לסנקציית המעצר, הן משמשות גם פתרון של בימ"ש למצבים של חולשת ראיות.
5. ראיות משפיעות יותר מתסקיר על השאלה האם יש חלופה שהיא טובה או לא טובה לאותו נאשם. השופט עמית אומר שיש מקבילית כוחות – ככל שהראיות חזקות יותר יש נטייה למעצר וככל שיש ראיות חלשות יותר יש נטייה לחלופת מעצר 🡨 זה לא כתוב בשום מקום בחוק!!

לממצאים הללו יש הסברים מבניים של שיטת המשפט והסברים פסיכולוגיים:

* **הסברים מבניים:**
* עוצמתה של גישת האיזון בישראל – תרבות גישת האיזון בישראל. במשפט הפלילי קיימים שני מודלים – מודל מיגור הפשיעה ומודל ה-DUE PROCESS (פרוצדורה) 🡨 בהתחלה המודל בישראל היה מיגור הפשיעה וגילוי האמת; לאט לאט עם חקיקת חו"י וחירותו בו התחילה הגישה השנייה – אבל הכל במסגרת שיטת האיזונים - לא נפסול ראייה באופן אוטומטי בגלל פגם כמו בארה"ב אלא נביא אותה לבימ"ש ונדון בה. בתרבות כזו של איזונים, לבימ"ש מבחינה מבנית, מאוד קשה לחיות עם חוק שהוא דיכוטומי ולכן אנחנו מנסים ליצור הסדר ביניים – ספקטרום של שק"ד שיאפשר החלטות שהן במרחב בזה.
* הצבעת אמון חזקה בשק"ד התביעה – אחת מהמאפיינים של מודל מיגור הפשיעה הוא שיש בו מן חזקת אשם – אם התביעה הגישה כ. אישום חזקה היא שהאדם אשם 🡨 בישראל יש הרבה סממנים כאלה, מתן משקל גדול לשק"ד התביעה.
* זכויות קורבנות – בישראל, התחיל מהלך של התייחסות לזכויות קורבנות ולכן יש השפעה של האינטרסים של הקורבנות על המשפט. גם זכויות הקורבנות הן זכויות חוקתיות שצריכות איזון.
* תקופות מעצר ארוכות – משפטים נמשכים זמן רב ולכם השופט מעדיף חלופת מעצר ואפילו תיקנו את החוק והאריכו את תקופות המעצר המותרות
* התחושה הציבורית של התגברות הפשיעה המאורגנת – יש טענה שאין התגברות פשיעה בישראל, יש טענה שיש פשע מאורגן ויש טענה שיש פשיעה מאורגנת 🡨 בקיצור יש טענות לכל הכיוונים. התחושה של כולם היא שהפשיעה התגברה וזה יוצר אווירה ציבורית של מעצרים – גם אם זה מעצרים של אנשים שהם לא ארגוני פשע.
* **הסברים פסיכולוגיים:**
* גישת הרתיעה מקיצוניות ואפקט הפשרה – הגישה כלכלית למשפט אומרת שאדם הוא רציונאלי והמטרה שלו היא למקסם תועלת וכך היא בוחנת ומנתחת מצבים והחלטות. לעומת זאת, הגישה ההתנהגותית למשפט לא מקבלת את זה שאדם הוא רציונאלי אלא הוא נתן להטיות ושיפוטים ולא פועל בהכרח בצורה רציונאלית. ההטיות עליהן נדבר הן - רתיעה מקיצוניות ואפקט הפשרה. אנשים מנסים להירתע מקיצוניות ורתיעה זו גורמת להם לחפש את הפשרה. אותו מעצר בית שיכול להיות כשלעצמו מנורא, כשהוא מוצג כחלופה למעצר בכלא – זה נראה כמו פשרה טובה 🡨 כלומר הרתיעה מקיצוניות משפיעה על סדר הצגת החלופות – כשמציגים את חלופת המעצר לעומת חלופת המעצר המוחלט היא נראית לא כ"כ נוראית.
* גישת הרווח וההפסד –מבחינת שופטים, במצבים בהם קיימת חזקת מסוכנות הרווח מכך שיפסק שהחזקה נסתרה והנאשם ייצא לחופשי נתפס כקטן יותר מאשר ההפסד שייגרם אם נעשתה טעות ונאשם מסוכן ייצא לחופשי. השופט יבטח את עצמו – חלופת המעצר נותנת תעודת ביטוח לאותו סיכון. זה חלק מההחלטות של קבלת החלטות בתוך אי וודאות.

עד כאן המצב המצוי – אז מה המצב הרצוי? המטרה הייתה לתאר את המצב ולאו דווקא להגיד שהוא לא טוב; יכול להיות שמה שבימ"ש עושה הוא בסדר משום שהעולם לא דיכוטומי וקשה לחיות עם כן ולא. מה שבטוח זה שהמצב נוגד את אמירת בימ"ש שאין מעצר ללא חוק. המלצות לשיפור - הבניית שק"ד – אי אפשר בלי שק"ד ולכן מה שכן אפשר לעשות לשק"ד הוא להבנות אותו – אפשר ליצור בצורה מובנת את המדרג הזה. בארה"ב למשל יש הבנייה על פי איזו עוצמת ראיות אתה יכול לתת חלופות מעצר שונות. ככל שיש יותר כללים כך יש פחות שק"ד ואולי אפשר ליצור בצורה מובנית את המדרג הזה.

**קבילות ראיות במעצרים** – החוק קובע שצריך ראיות לכאורה – אילו ראיות אלו? ראיות קבילות משום שאנחנו בשלב מתקדם בו מגישים כתב אישום, לעומת השלב של מעצר ימים שם אפשר להביא איזה ראיות שרוצים. יש כמה הלכות חשובות:

1. במצב בו הראייה לחלוטין לא קבילה אי אפשר להשתמש בכלל – למשל האזנת סתר
2. במצב של ספק קבילות – אפשר להשתמש בזה וזה יתברר בהמשך במשפט זוטא – למשל הודאה שספק אם היא חופשית ומרצון
3. הלכת מוגרבי- כתבנו בשיעור הקודם
4. אם יש צורך בסיוע וכו' יש להראות לפחות סיוע לכאורה.
5. נק' חשובה מאוד – כשמדברים על ראיות קבילות אנחנו מדברים לראיות קבילות לצורך ראיות לכאורה ולא על ראיות קבילות לצורך עילת המעצר 🡨 ראיות לצורך התשתית הראייתית חייבות להיות קבילות כי על בסיסן מגישים כתב אישום; ראיות של עילת המעצר כמובן שהן לא קבילות –גיליון הרשעות קודמות וכו' 🡨 חשוב להבין שיש הבדל בין קבילות לצורך התשתית לעומת קבילות לצורך העילה.
6. אין להשיב לאשמה – בפרשת זדה נעשתה השוואה בין הראיות לכאורה של מעצר לבין הראיות לכאורה של אין להשיב לאשמה 🡨 כל השופטים הסכימו פה אחד כי עוצמת הראיות של ראיות לכאורה לצורך מעצר עד תום ההליכים גדולה יותר מהראיות לכאורה של אין להשיב לאשמה.

**שיעור מס' 10 – 09/01/14**

ס' 41 לחוק המעצרים נותן הגדרה לערובה. מבחינת המינוח "שחרור בערובה" = "הטלת ערובה".

ס' 42 קובע את התנאים שרשאי קצין ממונה לקבוע במקרים של שחרור בערובה, ואילו ס' 48 מביא את התנאים שרשאי ביהמ"ש להציב למשוחרר בערובה.

מאחר וערובה פוגעת בחירות האדם בצורה פחותה בערובה, בכל מקום שיש סמכות להטיל מעצר, יש גם סמכות להטיל שחרור בערובה, בתנאי שהדבר לא מצוין במפורש בחוק. לדוגמא, ס' 27 קצין ממונה אינו יכול לשחרר בערובה מי שנמלט ממשמורת חוקית

**שחרור בערובה-** שחרור בערובה יכול להתבצע בכל אחד מהשלבים של המעצר, הוא יכול להתבצע עוד בתחנת המשטרה ע"י השוטר שעצר את החשוד והביאו לתחנת המשטרה ומסרו לקצין הממונה.

לפי ס' 27 לחוק המעצרים על הקצין הממונה לברר האם המעצר מוצדק והאם יש עילה למעצר:

**בירור מטעם הקצין הממונה**

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

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

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

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

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

* אם הקצין הממונה מוצא כי נפל בגם במעצר לפי ס' 23, הוא בודק האם מתקיימות עילות המעצר של ס' 13 🡨 אם הוא מוצא כי יש עילת מעצר לפי ס' 13 הוא יכול לעצור את החשוד; במידה והוא מוצא כי לא מתקיימות עילות המעצר לא לפי ס' 13 ולא לפי ס' 23 – הוא משחרר את החשוד.

השחרור בערובה הוא ערבות לכך שאדם מבטיח להתייצב לחקירה בהמשך, ערבות יכולה להיות גם רק חתימה.

הקצין קובע 2 החלטות בערבות – ס' 42 לחוק:

1. ס' 42(א) – הערבויות הכספיות, ההפקדה והחתימה – הוא קובע זאת ללא הסכמת החשוד. קובע לפי השיקולים שבסעיף 46 לחוק – מהות העבירה, עבר פלילי וכו'. ערעור על החלטה זו הוא זכות – לכל אדם יש זכות לערער על גובה הערבות ולטעון שתנאי הערבות הם לא סבירים בבימ"ש שלום.
2. ס' 42 (ב) – לקצין הממונה סמכות לקבוע תנאים מגבילים שהם נלווים לשחרור בערובה – אותם הוא קובע בהסכמת החשוד – לדוג' – מעצר בית עד 5 ימים, איסור כניסה לאזור וכיו"ב. ערעור על החלטה זו הוא רק במידה והיה שינוי בנסיבות בלבד.

* חשוד (טרם הוגש נגדו כתב אישום) ואין תשתית ראייתית לחשד סביר או לראיות לכאורה – משחררים אותו בלי ערבות. לעומת זאת, במקרה של נאשם, לפי ס' 44 (ב):

**שחרור בערובה על ידי בית המשפט**

44.  (א)  חשוד שטרם הוגש נגדו כתב אישום, נאשם או נידון שערעור תלוי ועומד על פסק דינו, והוא נתון במעצר או במאסר, רשאי בית המשפט, לבקשתו, לצוות על שחרורו בערובה או ללא ערובה.

**(ב)  בית משפט רשאי לצוות על נאשם או על נידון, שערעור תלוי ועומד על פסק דינו, לתת ערובה, אף אם אינו מוסמך להורות על מעצרו לפי סעיף 21, כדי להבטיח את התייצבותו למשפט, ומשעשה כן, יראו את הנאשם או את הנידון כמי ששוחרר בערובה.**

- אם אין תשתית ראייתית לחשד סביר או ראיות לכאורה, ואין עילת מעצר בימ"ש חייב לשחרר את הנאשם אבל הוא יכול כן לקבוע לגביו ערבויות שיבטיחו את התייצבותו להמשך המשפט או ההליך הפלילי שכנגדו, אך לא להורות על תנאים מגבילים/ מכבידים כגון מעצר בית, כגון איסור כניסה לאזורים מסוימים וכו'.

**עיכוב יציאה מהארץ-** במקרה של בקשה של המדינה או בכל מקרה שבו רוצים לעכב יציאה מן הארץ של חשוד או של נאשם יש למעשה חלוקה לשתי קטגוריות:

1. **אין עילת מעצר** – בבש"פ שוורץ- כאשר לא קיימת עילת מעצר לגבי אותו משוחרר בערובה, התנאים להוצאת צו עיכוב יציאה מהארץ קשיחים יותר וזה אומר שצריכים להתקיים שני תנאים מצטברים:

* קיימת אפשרות סבירה שהמשוחרר לא יתייצב לחקירה או לדיון.
* לא ניתן להבטיח את ההתייצבות בערבויות מתאימות אחרות.

1. **יש עילת מעצר** – במקרה הזה התנאים פחות קשיחים. ביהמ"ש יוכל להורות על עיכוב יציאה מהארץ גם אם לא קיימת אפשרות סבירה לכך שהמשוחרר לא יתייצב.

**אי המצאת ערובה – ס' 47 לחוק:**

**תוצאות אי המצאת ערובה**

47.  (א)  שוחרר אדם בערובה ולא המציאה במועד שנקבע, ייעצר ויובא בפני שופט תוך 24 שעות מעת מעצרו. (מהרגע שתפסו אותו ברחוב צריך להביא אותו תוך 24 שעות לראות שופט).

          (ב)  היתנה השופט את השחרור בהמצאת ערובה, ולא הומצאה הערובה במועד שנקבע, יובא העצור בפני שופט תוך 24 שעות מתום המועד האמור.

          (ג)   לא קבע השופט מועד להמצאת הערובה ולא הומצאה הערובה, יובא העצור בפני שופט תוך 48 שעות מעת מתן ההחלטה.

          (ד)  מיד עם המצאת הערובה הנדרשת ומילוי תנאי הערובה, ישוחרר האדם ממעצרו.

**הפרת תנאי ערובה –ס' 51 לחוק –** מהסעיף הזה עולה שלמעשה השופט יכול לעשות מה שהוא רוצה, עומדות בפניו כל האופציות.

**תוצאות הפרת תנאי שחרור בערובה**

51.  (א)  שופט הדן בענינו של משוחרר בערובה, שהובא לפניו בשל הפרת תנאי מתנאי השחרור, רשאי להורות על חילוט הערבות, ואם התגבשה עילת מעצר, לעצרו או לשחררו בערובה בתנאים שיקבע.

          (ב)  נוכח שופט כי משוחרר בערובה הפר תנאי מתנאי השחרור וכי ולא ניתן להביאו בפניו, רשאי הוא להורות על חילוט הערבות.

          (ג)   בקשה לחילוט ערבות שניתנה על ידי ערב לא תידון אלא אם כן ניתנה לערב הזדמנות להשמיע את טענותיו.

**תוקף הערובה**

58.  (א)  הערובה ותנאי השחרור בערובה יתבטלו אם לא יוגש כתב אישום נגד החשוד תוך 180 ימים; ואולם בית המשפט רשאי, בתוך תקופת הערובה, להאריך אותה ואת תנאיה, לתקופה נוספת שלא תעלה על 180 ימים, אם הוגשה בקשה באישור תובע.

          (ב)  בית המשפט רשאי להורות על הארכה נוספת של הערובה ותנאיה לתקופה שלא תעלה על 90 ימים, אם הוגשה בקשה לכך באישור היועץ המשפטי לממשלה.

מה משך תוקף הערבויות כאשר מדובר בחשוד שטרם הוגש נגדו כתב אישום? ס' 58(א) לחוק המעצרים קובע שהערבויות לגבי חשוד, יהיו בתוקף עד 180 ימים ואם לא יוגש כתב אישום תוך 180 ימים יתבטלו התנאים מאליהם. הרבה פעמים לא מוגש כתב אישום תוך 180 יום, ניתן להאריך את תוקף הערבויות אך רק בתום תקופת הזמן לעוד 180 יום באישור התובע. כאשר לאחר מכן ניתן להאריך לעוד 90 יום באישור היועמ"ש, על מנת להגיש את הבקשה לביהמ"ש. תוקף הערבויות כשמדובר בנאשם שביהמ"ש במסגרת השחרור שלו לאחר הגשת כתב האישום יהיו עד לסיום ההליך באותה ערכאה.

**עיון חוזר וערר**-

ס' 52-53 לחוק המעצרים- הכללים רלוונטיים הן למעצר ימים והן למעצר עד תום ההליכים. מדובר בשתי דרכים להשיג ולתקוף החלטה של שופט בעניין מעצר או שיחרור בערובה.

**עיון חוזר בהחלטת בית המשפט**

52. (א)    עצור, משוחרר בערובה או תובע רשאי לפנות לבית המשפט בבקשה לעיון חוזר, בענין הנוגע למעצר, לשחרור או להפרת תנאי השחרור בערובה, לרבות בהחלטה לפי סעיף זה, אם נתגלו עובדות חדשות, נשתנו נסיבות או עבר זמן ניכר מעת מתן ההחלטה.

          (ב)  אדם המוחזק במעצר בשל אי יכולתו להמציא ערובה, רשאי לפנות בכל עת בבקשה לעיון חוזר.

          (ג)   הוטל פיקוח קצין מבחן לפי סעיף 48(א), רשאי קצין המבחן לפנות לבית משפט בבקשה ליתן צו המשנה את החלטתו; הבקשה תהיה בכתב ותלווה בתסקיר.

ס' 52- עיון חוזר יכול להתבצע אם מתקיימת אחת מהעילות הבאות:

• נשתנו הנסיבות.

• נתגלו עובדות חדשות.

• עבר זמן ניכר מעת מתן ההחלטה.

בקשה לעיון חוזר מוגשת לאותה ערכאה של השופט שנתן את החלטת המעצר או השחרור. בש"פ רביזדה- עוסק באפשרותו של משוחרר או נאשם בערובה להגיש בקשה לעיון חוזר במידה ואינו יכול לעמוד בערבויות שנקבעו לו 🡨 בזה עוסק ס' 52(ב).

בקשה לעיון חוזר לאחר שבימ"ש **עליון** האריך את המעצר:

* הארכת מעצר לפחות מ-9 בבימ"ש עליון: מרגע שביהמ"ש מאריך את המעצר הסמכות לדון בהארכות מעצר נוספות נשארות אצלו. יחד עם זאת הסמכות לדון בבקשה לעיון חוזר חוזרת לערכאה הדיונית הקודמת – במידה וההגנה רוצה לבקש בקשה לעיון חוזר היא חוזרת לערכאה הדיונית שעצרה עד תום ההליכים, בה הוגש כתב האישום והארכת המעצר המקורית 🡨 נקבע בבש"פ גולדין ונוספים.
* הארכת מעצר מעל ל-9 חודשים בעליון: רק העליון יכול לדון בבקשה לעיון חוזר.

**ערר על החלטת בית המשפט**

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

          (א1) (1)   על החלטת בית המשפט המחוזי בערר לפי סעיף קטן (א) רשאי כל אחד מהמפורטים באותו סעיף קטן לפנות בבקשה למתן רשות לערור לפני בית המשפט העליון;

(2)   בית המשפט העליון ידון בבקשה בשופט יחיד, ואולם רשאי בית המשפט העליון לדחות את הבקשה על הסף, בלא דיון בנוכחות הצדיים; ניתנה רשות לערור כאמור, ידון בו בית המשפט העליון בשופט יחיד ורשאי הוא לדון בבקשת רשות ערר כאילו היתה ערר.

          (ב)  השופט הדן בערר, רשאי להיזקק לחומר ראיות חדש, שניתוסף מאז הדיון בבית משפט קמא.

          (ג)   ערר כאמור בסעיף קטן (א) ובקשה למתן רשות לערור כאמור בסעיף קטן (א1), יוגשו בתוך 30 ימים מיום שניתנה החלטת בית המשפט, ואולם בית המשפט רשאי להאריך את המועד האמור מטעמים שיירשמו.

תיקון מס' 8 לחוק המעצרים במרץ 2011 עשה שינוי גדול בנושא הגשת הערר.

הערר מוגש לערכאה אחת גבוהה יותר מאשר הערכאה אליה הוגשה בקשת המעצר. בערר יושב שופט אחד ודן בעררים.

לפני התיקון הייתה זכות ערר אינסופית עד אין קץ עד לבימ"ש עליון גם אם מדובר ביותר מערר אחד. התיקון לחוק שינה זאת וכיום הזכות ערעור היא אחת, אם אתה בבימ"ש שלום אפשר להגיש ערר למחוזי אך אם המחוזי דחה את הערר, ניתן להגיש ערר נוסף, רק ברשות 🡨 גם ערעור בזכות וגם ערעור ברשות יש להגיש תוך 30 ימים.

**מתי תינתן הרשות**? המחוקק לא התייחס לתנאים. במעצרים יוצא שיש הרבה החלטות הפוכות משום שיושב שופט אחד. באחת ההחלטות- בש"פ ברטלר- בימ"ש עליון למעשה מאמץ את **הלכת חניון חיפה**🡨 כאשר מדובר בשאלה משפטית חשובה רוחבית שחורגת מעניינם של הצדדים. זה היה מעין גול עצמי משום שאין ספק כי הלכת חניון חיפה היא רחוקה מלהתאים למסגרת של דיוני המעצר. רוב הדיונים במעצרים הם לא דיונים עם השלכות משפטיות רוחביות או שאלות משפטיות. בד"כ מדובר בשאלות עובדתיות פשוטות של מסוכנות. כשביהמ"ש החיל את הלכת חניון חיפה כאן הוא יוצר סיטואציה משפטית בה הרוב המוחלט של בקשות ערעור ברשות שיוגשו אליו לא יוכלו מטבען לענות על דרישות הלכת חניון חיפה, כי אין פה באמת שאלות רוחביות. מסיבה זו, השופט דנצינגר בפס"ד ברטלר הרחיב את היריעה ואמר שלא רק הלכת חניון חיפה אלא גם אותם מקרים בהם ביהמ"ש סבור כי החלטת המעצר היא לא סבירה ופוגעת בזכויות הנאשם מעבר למידה.

חיפושים:

* חיפוש על הגוף - חיפוש שמתבצע כששוטר או סוהר מקבל אדם למשמורת של מעצר או כששוטר מחפש על הגוף ברחוב- החיפוש הזה מוסדר **בפסד"פ** – פקודת סדר דין פלילי (מעצר וחיפוש) 1969.
* חיפוש בגוף מוסדר בחוק סדר דין פלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף השחוד ונטילת אמצעי זיהוי) 1996 – **חוק החיפוש בגוף** – נקבע בחוק כי הדבר צריך להתבצע תוך שמירה מרבית על כבודו ופרטיותו של אדם, באופן המינורי ביותר, למשל לא בפרהסיה. עקרונות יסוד של חוק החיפוש בגוף:

1. החיפוש בגוף של החשוד דורש הסמכתו של החשוד והחיפוש יכול להיעשות רק לאחר שנתבקשה ההסכמה שלו ולאחר שהוסבר לו שאפשר יהיה לעשות שימוש בנתוני הזיהוי שיופקו גם לצורך הכללתם במאגר משטרתי או לצורך השוואתם לנתוני הזיהוי שנמצאים במאגר.
2. החיפוש מתבצע ע"י בן מינו של החשוד (ס' 2(ה) לחוק החיפוש). גם לכך חריגים, ובמקרים הבאים החיפוש לא בהכרח יתבצע ע"י בן מינו של החשוד:

* אם בנסיבות העניין לא ניתן לערוך את החיפוש ע"י בן מינו של החשוד ודחיית החיפוש תגרום לסיכון בלתי סביר לשלום הציבור.
* אין נפקות למין המחפש אם החיפוש נעשה ע"י בעל מקצוע רפואי למעט כאשר החשוד ביקש שהחיפוש יערך ע"י בן מינו והבקשה לא מטילה נטל כבד על הרשות החוקרת.
* כאשר החיפוש הוא נטילת טביעת אצבעות לרבות טביעת כף היד.

כאמור, חוק החיפוש בגוף עוסק בחיפוש בגוף ולא בחיפוש על הגוף. ס' 1 לחוק החיפוש בגוף מגדיר מהו חיפוש חיצוני ומהו חיפוש פנימי:

    "חיפוש חיצוני" - אחד מאלה:

(1)   בחינה חזותית של גופו העירום של אדם, לרבות צילומו;

(2)   נטילת טביעה של כל חלק מהגוף;

(3)   לקיחת חומר שמתחת לציפורניים;

(4)   גזירת ציפורניים;

(5)   לקיחת חומר מתוך הנחיריים;

(6)   לקיחת שיער, לרבות שורשיו;

(7)   לקיחת חומר מעל הגוף;

(8)   בדיקה על העור;

(9)   מתן דגימת שתן;

(10)  מתן דגימת רוק;

(11)  מתן דגימה של אוויר באמצעות בדיקת נשיפה;

(12)  נטילה של דגימת תאי לחי;

**חיפוש חיצוני**

3.    (א)  היה לשוטר יסוד סביר לחשוד שבגופו של חשוד נמצאת ראיה להוכחת ביצועה של עבירה או להוכחת הקשר שבין החשוד לבין ביצוע העבירה, רשאי הוא לערוך בו חיפוש חיצוני, להורות שייערך בו חיפוש כאמור בידי מי שנקבע לכך בסעיף 5, או לבקש מהחשוד מתן דגימה, כאמור בסעיף 1, והכל אם החשוד נתן את הסכמתו לכך.

שוטר יכול לעשות חיפוש חיצוני בגוף החשוד בהסכמתו באחד מהמקרים הבאים:

• יש לאותו שוטר יסוד סביר לחשד שבגוף החשוד נמצאת ראיה להוכחת ביצועה של עבירה מסוג עוון או פשע.

• יש חשד סביר שבגוף החשוד יש ראייה להוכחת הקשר בין החשוד לבין ביצוע העבירה.

יש חריגים בהם ניתן לבצע חיפוש חיצוני ללא הסכמת החשוד: החיפושים החיצוניים נחלקים לשניים:

1. חיפוש חיצוני חודרני
2. חיפוש חיצוני שאינו חודרני.

בס' 3 לחוק החיפוש בגוף נקבע כי שוטר יכול לבצע חיפוש שלא בהסכמת החשוד ובכוח סביר בהתקיים ארבעת התנאים מצטברים הבאים, כאשר החיפוש יהא חיפוש חיצוני שאינו חודרני:

1. צריך להביא את החשוד בפני קצין משטרה שנתן לו הזדמנות להסביר את הסיבות מדוע מסרב.
2. קצין המשטרה מסביר לחשוד שאפשר יהיה להשתמש בכוח סביר לשם עריכת החיפוש.
3. קצין המשטרה מסביר לחשוד שבמידה והוא מסרב הדבר ישמש כחיזוק לראיות כנגדו.
4. אישור בכתב של קצין המשטרה לעריכת חיפוש.

חשוב לציין שכאשר קיים חשש סביר שעריכת החיפוש יכולה לפגוע בבריאות החשוד עקב פגיעה שאינה נובעת ממהות החיפוש דרוש אישור של רופא לשם עריכת החיפוש.

**סירוב החשוד**

11.  (א)  סירב החשוד שייערך חיפוש בגופו, בין באמירה ובין בהתנהגות המונעת את החיפוש, ולא נערך החיפוש בשל סירובו, עשוי סירובו לשמש חיזוק למשקל הראיות של התביעה;

בס' 11 נקבע כי רק במידה והחיפוש לא נערך בסופו של דבר הוא יכול לשמש חיזוק לראיות.

          "חיפוש פנימי" – אחד מאלה:

(1)   בדיקת דם;

(2)   הדמיית פנים הגוף באמצעות מכשיר גלים על-קוליים;

(3)   שיקוף פנים הגוף באמצעות מכשיר רנטגן;

(4)   הדמיית פנים הגוף באמצעות סורק מסוג כלשהו;

(5)   בדיקה גינקולוגית, לרבות לקיחת חומר;

(6)   נטילת דגימת דם מזערית;

**חיפוש פנימי**

4.    (א)  היה לקצין משטרה יסוד סביר לחשוד שבגופו של חשוד נמצאת ראיה להוכחת ביצועה של עבירה מסוג פשע או להוכחת הקשר שבין החשוד לבין ביצוע עבירה כאמור, רשאי הוא להורות שייערך בחשוד חיפוש פנימי **אם החשוד נתן את הסכמתו לכך כאמור בסעיף קטן (ה).**

          (ב)  על אף הוראות סעיף קטן (א), ניתן לערוך חיפוש פנימי כהגדרתו בפסקה (1) גם בשל עבירה מסוג עוון.

חיפוש פנימי- עריכת חיפוש פנימי ע"י קצין משטרה תיערך בהסכמת החשוד. כאשר יש חשד סביר לעבירה מסוג פשע אפשר לעשות חיפוש פנימי ולכך החרגה אחת לעבירות מסוג עוון- רק בדיקת דם.

* מעבר לאישור של החשוד צריך אישור של רופא שאין מניעה בריאותית לעריכת החיפוש וזאת לאחר שהרופא מברר את מצבו הבריאותי של החשוד.
* תנאי נוסף הוא שלא מדובר בבדיקה גניקולוגית. גם הסכמת החשוד לא מספקת כאן.
* אם יש כשלים באופן ביצוע החיפוש מבחינת המשטרה – כלומר, במשטרה לא עמדו בתנאים באופן מובהק, הדבר לא יפסול את הראיה אלא זה ילקח בחשבון רק לגבי המשקל.

מקרים בהם נדרש היתר מבימ"ש על מנת לבצע חיפוש פנימי: כאשר החשוד לא מסכים לביצוע החיפוש הפנימי וכאשר מדובר בבדיקות גניקולוגיות. הבקשה מוגשת לביהמ"ש בכתב ע"י קצין משטרה ובהתאם לס' 8 לחוק החיפושים רשאי בימ"ש, לאחר שהוא שמע גם את הטענות של החשוד ובא כוחו, להתיר חיפוש פנימי באמצעות צו כאשר מתקיימים התנאים הבאים:

* ראשית יש לבדוק כי אכן מתקיימים התנאים לעריכת חיפוש בהסכמת החשוד.
* ביהמ"ש יבדוק שיש צורך בהשגת הראיה או בהוכחת הקשר בין החשוד לביצוע העבירה וכי הצורך הזה גובר על הפגיעה בחשוד שכרוכה בביצוע החיפוש.
* ביהמ"ש בודק אם אין דרך סבירה אחרת להשגת הראיה או להוכחת הקשר שבין החשוד לעבירה באופן שיפגע בחשוד באופן מזערי יותר.

במסגרת הדיון בימ"ש יכול לקבל גם מידע שנסתר מעיניו של החשוד (ס' 8(ד))- מידע לעיניו בלבד שהסניגור לא נחשף אליו. בימ"ש יכול בהתקיים כל התנאים להוציא היתר, תוקפו של ההיתר יהא לשלושה ימים בלבד כאשר שבתות וחגים לא יבואו במניין הימים, אך יש גם אפשרות להאריך את תוקפו של ההיתר ב-3 ימים נוספים (ס' 9(ב)) וזאת מנימוקים מיוחדים שיירשמו.

**שיעור מס' 11 – 16/01/14 -מדניאל**

המבחן הסופי הוא מבחן בשאלות פתוחות, מבחן על כל החומר + חומר בלימוד עצמי. הציון הסופי בקרוס מנורמל. השאלות לא יהיו קייסים מפלצתיים אלא בקיאות ומחשבה נקודתיים.

**אכיפה סלקטיבית:**

הנושא שמשלים את נושא ההגנה מן הצדק שלמדנו לבד.

נתחיל בהגדרה: אכיפה סלקטיבית היא אכיפה חלקית פסולה שסודה בהפעלה שלא כדין של שיקול הדעת באופן המביא להבחנה לא ראויה בין מקרים דומים. אכיפה חלקית פסולה ולא סתם אכיפה חלקית- לא מדובר בהפך מאכיפה מלאה. אכיפה לעולם לא תהא מלאה. למה? הנחת המוצא היא שבגלל שיש מחסור במשאבים אנושיים, מנטליים ומשאבים ככספיים אף פעם אי אפשר להגיע לאכיפה מלאה. לכן מדברים על אכיפה אופטימלית.

**2 הערות טרמינולוגיות:**

1.הפסיקה קוראת לכך אכיפה בררנית בשל העובדה שזוהי מילה בעברית. המרצה לא אוהבת את המילה הזו כיוון שלבררנות יש מתחם סמנטי רחב, והיא רוצה להדגיש את הנושא השלילי שבעניין.

2.לא נקרא לכך אכיפה "מפלה" כי אכיפה סלקטיבית היא לא בהכרח פגם של אפליה.

**סוגי אכיפה סלקטיבית:**

1.אכיפה אקראית- אכיפה אקראית יכולה להיות אכיפה כשרה (שוטר עוצר כל מכונית שלישית לבדיקה), אבל אם נשנה נתון (נעצור כל מכונית ב.מ.וו שחורה) האקראיות תהפוך לשרירות ואז נגיד שיש פה פסול: שרירות, שיקול זר וכו'.

2.אכיפה מדגמית- כאשר לוקחים מדגם מסוים ונגדו אוכפים את החוק, יכול להיות לגיטימי (ערוץ 7- המדינה נלחמה בשימוש בתדרים באופן לא חוקי, הגישו נגדם כתב אישום, הערוץ אומר שזו אכיפה סלקטיבית, השלום מקבל את הטענה והמחוזי הופך אותה- לגיטימי שהמדינה החליטה שאין אכיפה והחליטו להתחיל להילחם נגדה, ומתחילים מהגוף הגדול ביותר).

3.אי אכיפה סלקטיבית- אי אכיפת החוק נגד קבוצות מסוימות. לדוגמא בארה"ב: אי אכיפת חוקי מס בשמורות אינדיאנים, בסופו של דבר עוגן בחוק. בארץ יש דוגמאות של אי אכיפה סלקטיבית נגד מיעוטים: למשל בבנייה באופן כללי בכפרים ערביים.

4. בחירה סלקטיבית- לבחור פטר או קבוצה. לדוגמא בארה"ב: מכבסות סיניות- הייתה הוראה בסן פרנסיסקו שמכבסות יכולות להיות רק בבית אבן/לבנים, ורק סינים לא קיבלתו היתר לנהל מכבסות בבית עץ. דוגמא נוספת: בית בושת בת"א שהמדיניות לא הייתה לאכוף את החוק ואז אוכפים את החוק נגד בית בושת אחד.

**השוויון כזכות עצמאית:**

זו טענה שדורשת לקבל שהשוויון הוא זכות עצמאית. זה אומר שאדם יכול לומר שלמרות שאני עברתי על החוק ושאין לי זכות לעבור על החוק אני חושב שמגיע לי יחס שוויוני. הטענה של השוויון היא טענה עצמאית וזה לא לגמרי ברור מאליו.

בארץ די ברור ששיווין הוא זכות עצמאית- פס"ד חוקה לישראל. זה אומר שראוי לתת דגש לשוויוניות באכיפה. בא לידי ביטוי בדברים של השופט רומנוב בפס"ד הנגבי: צחי הנגבי הועמד לדין בגין מינויים פוליטיים כאשר אין עבירה כזו אלא יש עבירת סל של הפרת אמונים. שופט אחד בשלום זיכה לחלוטין, השני הרשיע לחלוטין והשלישי שהכריע את הכף קיבל טענה של אכיפה סלקטיבית. הוא אומר: " במקרה שבפנינו, החליט היועץ המשפטי לממשלה 'להעלות מדרגה' בכל הנוגע לאופן טיפולו בתופעת המינויים הפוליטיים. אני סובר, כי מדובר בהחלטה ראויה. הקושי הוא שהמדיניות החדשה הוחלה בדיעבד על הנאשמים מבלי שניתנה להם אזהרה מוקדמת. ובנסיבות בהם היו יכולים לסבור שמעשיהם אינם מגיעים לידי עבירה פלילית. זאת משום שאין הוראת חוק מפורשת האוסרת על מינויים פוליטיים, אלא העבירה אותה עברו היא "עבירת מסגרת", והן נוכח העובדה שבמשך עשרות שנים לא נעשה שימוש באופציה הפלילית, וכל הנראה שכמעט לא דובר בה"- גם אם רוצים להטמיע את העובדה שזה עבירה- צריך שזה יהיה ברור כי מעולם לא נעשה בזה שימוש.

פס"ד לסקוב- בעליון בו יש זיכוי בשל קיום של אכיפה סלקטיבית- הראשון שיש בו זיכוי באכיפה סלקטיבית: לסקוב היה תושב מבשרת ציון שבא לבלות בת"א והחנה את רכבו במדרכה כי בת"א אין מקומות חנייה, גוררים לו את הרכב והוא מקבל קנס. הוא מגיע לעליון בטענה של אכיפה סלקטיבית- המשטרה אוכפת רק כנגד תושבים שאינם תושבי ת"א. השופט לוי ניתח נכון את האכיפה הסלקטיבית- הוא אומר שהעירייה לוקחת חוק שהוא למטרה מסויימת ומשתמשת בו למטרה אחרת, אם זה מסוכן לחנות על המדרכה אז זה מסוכן כשכל אחד חונה על המדרכה ולא רק תושבים שאינם תושבי ת"א. אם אתם מצהירים שהחנייה על מדרכה מסוכנת לא ייתכן לאכוף את החוק רק נגד אנשים שאינם תושבי ת"א.

**המצב בארה"ב:** בארה"ב יש רק פס"ד אחד בעליון הפדרלי משנת 1886 של אכיפה סלקטיבית- yick wo v. hopkins. המקרה הוא מקרה של המכבסות הסיניות שתואר- אדם בשם ייק וו תקף אכיפה של צו בסן פרנסיסקו שקבע שמכבסות יהיו בבתי אבן/לבנים אלא אם מקבלים היתר. הוא הראה בנתונים ברורים שרק סינים לא קיבלו היתר. ביהמ"ש העליון האמריקאי מכיר בזה שההגנה החוקתית בחוקה היא לא רק באפליה ישירה של החוק אלא יכול להיות חוק שהוא על פניו ניטרלי אבל הוא נאכף בצורה מפלה ואז זה לא חוקתי. הבעיה היא שבארה"ב התפתחו תנאים נוקשים להוכחת העילה והם- הדרישה המשולשת:

1.צריך להוכיח קבוצת ביקורת- הקבוצה שטוענים שהיא עוברת את אותה עבירה אבל לא מוגש נגדה כתב אישום.

2.צריך להראות מניע להפלות- לא סתם ששיש אכיפה סלקטיבית על פניו אלא שהייתה כוונה.

3.מניע לאפליה על בסיס חוקתי- בשל היותך שייך לקבוצה מסוימת (דת,מוצא, צבע עור וכו').

דרישות קשות שקשה להוכיח אותן.

**למה השיטה של ארה"ב לא מתאימה לארץ?**

1.רשויות האכיפה אצלנו הן רשויות מנהליות הכפופות לדין המנהלי (ולא רק למשפט החוקתי) ובארה"ב רשויות האכיפה הן חלק מההליך הדמוקרטי והן לא רשויות מנהליות.

2.עוד שוני: אצלנו טענות אפליה נבחנות במבחן התוצאה ולא במבחן הכוונה.

3.אצלנו ברור שהשוויון הוא זכות עצמאית- אין טענה שהשוויון דורש זכות בבסיסו.

4.נקודה חשובה- בטלות יחסית: בארץ נהוגה תורת הבטלות היחסית. אנחנו מדינת האיזונים, רואים למשל בנושא של פירות העץ המורעל- אצלנו יש שק"ד ולא פסלות מיידית בניגוד לארה"ב. אותו כנ"ל לגבי אכיפה סלקטיבית: בארה"ב יש בעיה עם העילה כי שם קבלת עילת "אכיפה סלקטיבית" תביא לבטלות כתב האישום. בארץ קל יותר לקבל את הטענה ולהרחיב אותה כי בביהמ"ש התוצאה לא תהיה בהכרח בטלות כתב האישון ויכולות להיות כל מיני תוצאות: אולי נתחשב בגזרת העונש או בגזרה אחרת.

פרשת תורג'מן: המקרה הראשון בו הגיעה וענה אכיפה סלקטיבית לעליון ובכלל לא קראו כך לטענה. הייתה תקופה של טרום הסיפור של סחר בנשים כשהמדיניות הייתה- לא אוכפים את הנושא של מכוני ליווי. חריג: כשיש תלונה של השכנים. בפרשה זו רואים שאכיפה סלקטיבית זה משהו תוצאתי שיכול לקרות בעקבות אכיפת חוק לא למטרה שלשמו הוא יועד. התחושה שלנו היא תחושה לא נעימה- למה דווקא אכפו אצלה והיא גם קיבלת מאסר בפועל. דעת הרוב לא קיבלה טענה של אכיפה סלקטיבית. דעת המיעוט של חשין קבעה שמדיניות המשטרה הפכה חלק מהדין- הפכתם דין שמטרתו להגן על נשים למטרד. כשמסתכלים על האכיפה אנו למדים שמכוני ליווי זה דבר מותר כל עוד זה לא מטרד לשכנים. חשין התחשב בכך בגזרה של העונש ולא בהרשעה עצמה (מאסר בפועל).

**מתי הפעם הראשונה ביהמ"ש מגדיר את העילה בישראל-** בפרשת זקין: נטענת הטענה בתקיפה ישירה בפרשה של בחירות בב"ש. היו בחירות בעיר ובכל עיר יש חוק עזר שילוט, צריך לקבל אישור מהעירייה לתלות שלטים במרפסות. המשטרה החלה לאכוף אץ החוק רק כלפי שלטים שאינם לטובת ראש העיר. השופט זמיר מגדיר לראשונה אכיפה סלקטיבית: " אכיפה הפוגעת בשוויון במוזן זה שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או על יסוד שרירות גרידא".

בפרשת מוטיל השופט זמיר משנה את דעתו- " יהיה המניע... אשר יהיה, ברור כי במקרה זה, ההנהלה מילאה את חובתה בהגשת התלונה נגד המערער ואין לבוא כלפיה בטרוניה על כך". צלמים היו מדווחים על שעות עבודה שונות מאלה שעבדו בפועל, ההנהלה ידעה את זה אך לא עשתה כלום בנידון ובגלל שלא אהבו את מוטיל האשימו אותו בבית דין משמעתי על דיווח כוזב- מקבל לילה של כמה משכורות.

**מה מקור הרתיעה מהעילה- גם בארה"ב וגם בישראל?**

1.מסורת אנגלו- אמריקאית: שיקול דעת רשויות האכיפה. אנחנו נמצאים בשיטה הישראלית במסורת אנגלו אמריקאית שנותנת כבוד רב לשק"ד רשויות האכיפה. לכן יש רתיעה מלהתערב בשק"ד רשויות האכיפה.

2.התייחסות לטענה זו במסגרת ההגנה מן הצדק- דוקטרינה שפותחה ע"י הפסיקה בישראל שאומצה מפסיקה אמריקאית שאומרת לעיתם בגלל התנהגות שערורייתית של הרשות זה הופך להיות לא חוקתי להגיש כ"א. התקבל באופן עקרוני בפס"ד יפת אך זה התקבל תחת אותם מבחנים של התנהגות שערורייתית. חשין בפס"ד הר שפי: התנהגות שערורייתית של הרשו תשיש בה משום רדיפה דיכוי והתעמרות בנאשם... במקרים בהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסאלית נפגעת, דבר שבית המשפט עומד פעור פה מולו ואין הדעת יכולה לסובלו".

התפתחות הייתה בפרשת בורוביץ': הכרה באפשרות- שמטבעה תהיה נדירה: יכול להיות מצב כי אכיפה סלקטיבית תהיה תוצאה של התנהגות שהיא התנהגות לא יהיה של הרשות אך היא לא שערורייתית- למשל רשלנות. רוב המקרים אומר בימש ה יהיה מקרים של מניע פסול אך יכול להיות מקרים שזה לא יהיה מניע פסול אלא זה יהיה מקרים נדירים יותר. הוא יוצר את **המבחן המשולש**🡨 תחילה יש לזהות את הפגמים שטוענים- זה מנותק משאלת האשמה, יכול אדם להיות אשם. אם יש פגמים קשים יש לאזן ביניהם לבין הזכויות של הנאשם. אם הפגיעה בצדק וההגינות קשה בוחנים האם ניתן לרפא את הפגמים באמצעים מידתיים יותר מאשר ביטוח כ"א. שוב רואים את תורת הבטלות היחסית, מזהים פגמים, מאזנים אותם ורואים אם זה יכול להיות תרופה סעד אחר ולא ביטול כ"א.

התפתחות נוספת: ב-2007 הוסף ס"ק 10 לס' 147- שאומר כי *"הגשת כ"א או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית*"🡨 זו טענה מקדמית, זה אומר כי לא הוגן, לא צודק להגיש נגדי כ"א. היו בתימ"ש שאמרו כי לא משנה להם זה שיש נוסח שונה והמחוקק שינה את החוק, הם הולכים לפי ההלכה של העליון. היו בתימ"ש שאמרו כי לא השתנה דבר, זו אותה הלכה של העליון של הגנה מן הצדק🡨 של אותה התנהגות שצריך, צריך אותה התנהגות שערורייתית בעיקר. **בגדול- ממשיכים עם בורוביץ'**. אולם פס"ד אחר מהעליון אומר🡨 יש כאן הכרה בזה שהנוסח החדש של החוק אולי מרחיב יותר. הפס"דים שקיבלנו לשיעור הזה, ג'וליאני ופרץ, מעידים כי בימ"ש מקבל את זה, הבדיקה היא לא של שערורייה אלא הבדיקה היא האם יש סתירה מהותית לצדק מהגינות משפטית.

**תכנית ההתנתקות כביטוי לכאוס**   
פרשת אליצור סגל: העלבת עובד ציבור. אחת הבעיות היא מעגל שוטה- אני רוצה להוכיח כי הרשות לא פעלה כחוק אך הנתונים מצויים אצל הרשות והיא לא רוצה לתת לי את המידע. זה קרה בהתנתקות, מגיש למחוזי בקשה לפי חוק חופש מידע (תמיד יגישו למחוזי בחוק חופש מידע). העליון אומר כי יש הכבדה ממשית על הרשויות ולכן מוריד את זה מ-7 שנים ל- 3שנים, היה עליהם לתת לאליצור מידע על 3 שנים ולא על 7 שנים. מורידים את זה על בסיס האיזון של חריג 8(1) אומר לתת 3 שנים אחורה מידע במקום 7 שנים אחורה שאומר חוק חופש המידע.

פס"ד ג'ולאני: **השופטת ברק ארז** מנסה לעשות סדר בין ההבדלים בין בקשת מידע לפי ס' 74 לחסד"פ, בקשת עיון בחור חקירה- כשמוגש נ אדם כ"א הוא צריך לקבל את כל חומר החקירה. האם הוא יכול לומר כי חומר הדרוש לי הוא חומר חקירה? בעיקרון, בגדר ס' 74 נכנס רק חומר חקירה ותיאורטית בגדר חוק חופש מידע נכנס מה שהוא לא חומר חקירה. **74 רק על חומר חקירה, חוק חופש מידע מוציא מגדרו את חומר החקירה**. היא עוזרת לעותרים ואומרת כי מה שהם מבקשים זה לא חומר חקירה, הם לא מבקשים את הנתונים עצמם אלא רק את המקרים בהם התיקים נסגרו ולמה התיקים נסגרו וכך זה נכנס לגדר חוק חופש מידע. כך היא מתייחסת רק לחריג של הכבדה ממשית ואז היא עושה איזון בין האינטרסים שלהם לבין האינטרסים של התביעה. האם ניתן לקבל לפי ס' 74 חומר שהוא לצורך טענה של אכיפה סלקטיבית, זה חומר לצורך טענה של אכיפה סלקטיבית.   
**אבחנה נוספת בין שני הסעיפים**- חוק חופש מידע תמיד הולכת למחוזי וס' 74 פונים לבימ"ש אליו הוגש כ"א. כשלא אותו שפט ידון בזה וזה אחד החריגים משני המקרים בהם יש ערר בתוך ההליך הפלילי: קבלת חומר חקירה ופסלות שופט. בנוסף, לצורך ס' 74, חשוב מאוד שתהיה זקוק לחומר הזה, בימ"ש מתייחס לחומר חקירה ככל שהוא רלוונטי יותר לנאשם, כך בימ"ש ייטה יותר לתת את זה. תיאורטית, אם אנו מבקשים מידע אנו לא צריכים להראות כי אנו צריכים אותו כי הרעיון הוא הזכות ל מידע היא זכות בפני עצמה. השופט ברק ארז, ס' 39 לפס"ד שלה, אומרת כי אם נכנסים לסייג הזה של הכבדה ויש לעשות איזון אינטרסים ההבדל הזה מיטשטש- תיאורטית במצבים הרגילים בחוק חופש מידע אנו מבקשים את ההוצאות על רה"מ אנו לא חייבים להראות כי אנו צריכים אותו אלא המידע הזה הוא בגדר זכות הציבור לדעת. אם זה לא חומר חקירה🡨 נכנס לחופש מידע🡨 האינטרס כן יעזור כאן.

**טענה סלקטיבית מהכיוון ההפוך**   
חוק החנינה למתנגדי ההתנתקות- מחק אישומים של אנשים מתנגדי התנתקות. המון מתנגדים בתק' ההתנגדות טענו לכאיפה סלקטיבית ספציפית נגדם, נתקפת כל החוקתיות של החוק לא חוקתי כי הוא אוכף סלקטיבית- כולם עוברים עבירות ונאכף החוק אך למתנגדי ההתנתקות יש חנינה. דעת הרוב הייתה כי החוק אכן פוגע בשוויון🡨 החוק הזה קובע אכיפה סלקטיבית, אך התכליתת שלו ראויה: מניעת קרע בעם וההשפעה שלו לא כ"כ גדולה- מחיקת אישומים מינוריים.

**תוצאה של אכיפה סלקטיבית**

1. השפעה על הענישה- מוטיל, תורג'מן
2. אי הרשעה בעבירות הדורשות יס"נ- למשל עבירות מס, מאחר וישנה בעיה להוכיח שיש כוונה לעבירות מס.
3. פיצוים בנזיקין- **שפילמן**- היה עניין של רישוי חניונים, סלקטיביות בהתייחסות העירייה לחניונים ובימ"ש אמר כי הייתה רשלנות ונתן פיצויים.
4. זיכוי- פס"ד **לסקוב**.
5. שחרור ממעצר.
6. צו עיכוב ביצוע- קולנוע דקל שאמר "רק אותי סוגרים כי אני פותח בשבת".
7. הכרה עקרונית בטענת הגנה כנגד צו סגירה.
8. צו המורה לרשות לאכוף את החוק.

סוגיית ההוכחה   
הדין היום ברור מבחינת העובדה כי לא צריך להוכיח מניע, אכיפה בררנית יכולה להיות תוצאה של שימוש בחוק לא למטרה שלשמה הוא נועד- לסקוב או תורג'מן. אך רוב הסוגיות דורשות דיון: פרץ: מה נטל ההוכחה כדי שיאמרו כי זו לא אכיפה בררנית? שופט אחד אומר כי רוב המידע הוא בידי הרשות ולכן מספקי שהנאשם ראה כמה מקרים כדי שיעביר את הנטל לרשות והיא תוכיח כי זה לא אכיפה סלקטיבית. שני השופטים האחרים אומרים כי על הנאשם להראות התנהגות סיסטמטית של הרשות, לא התנהגות אחת בודדת.