**סד״פ – מחברת קורס**

הציון מורכב מ-2 בחנים מקוונים במשקל של 10% כאשר הגבוה מבין השניים הוא זה שנכנס לציון. 10 שאלות קצרות, שורה של תשובה בכל אחת מהן. לא חייב לגשת לשניהם אם מרוצים מהציון בראשון. המתרגלת היא ורד זגורי שתפתור איתנו את הבחנים לאחר מכן. אין נוכחות חובה והמבחן הוא בחומר פתוח.

**שיעור 1 – 08.03.21**

מה מאפיין את סד״פ

סד״א מאופיין בתקנות סד״א בעוד סד״פ **מאופיין בחקיקה ראשית** כי אנחנו מדברים על פגיעה בזכויות אדם. העניין הוסדר עוד לפני חקיקת היסוד **בפס״ד בז׳ראנו**. מאפיין שני הוא שיש הרבה חקיקה חדשה המותאמת לתנאי חו״י: כבוה״א (נחקקו אחרי 92׳). החוקים הללו נעשו לתכלית ראויה ובאופן מידתי.

הסד״פ, להבדיל מעונשין, מסדיר כללים דיוניים. כלל מהותי מסדיר את האסור והמותר ואת הזכויות והחובות בעוד הכלל הדיוני עוסק בשאלה **כיצד מממשים את הכללים המהותיים**. כללים דיוניים מאפשרים סטייה, אפילו אם במקרים חריגים, בניגוד לכלל המהותי. ההבדל השני הוא שכלל דיוני יחול גם רטרואקטיבית, בניגוד לכללים מהותיים אשר לא מאפשרים להרשיע אדם במעשה שלא היה מוגדר כעבירה בזמן עבירתה. כללים דיוניים יכולים להשתנות גם במהלך משפט תלוי ועומד, שלא כמו בכללים המהותיים.

למה בכל זאת חשובים לנו כללים?

אם ניתן לסטות מהם, מדוע הם חשובים?

1. **על מנת למנוע שרירותיות** – עלינו לדעת מהם הכללים החלים עלינו.
2. **עלות ההתדיינות** – אם כל פעם נצטרך לדון על מהם הכללים ההתדיינות הייתה מתארכת ומתייקרת.
3. **מניעת רשלנות ואי התייחסות לכללים**.

הסטייה מהכללים מתאפשרת על מנת למנוע **עיוות דין**. דוגמה לכך ניתן למצוא **בפרשת קניר** – בה נידון סעיף 167 בחסד״פ הקובע כי ביהמ״ש, כחריג להליך האדברסרי, יכול לזמן עד מטעמו, לאחר סיום פרשות התביעה וההגנה, בין אם הוא כבר נשמע או לא. בפרשת קניר ביהמ״ש רוצה לזמן עד בשלב הסיכומים, לא בתום פרשות התביעה וההגנה ונשאל אם זה אפשרי מאחר והדבר מהווה סטייה מכללי סד״פ. ביהמ״ש אומר שהדבר לא רצוי אבל אם הוא סבור שזה דרוש לשם עשיית צדק וגילוי האמת הוא יכול לעשות את זה.

לעומת זאת **בפרשת דמאניוק** היה מצב בו דווקא החוק מאפשר סטייה מהכללים כאשר ביהמ״ש לא הסכים לכך משום שהוא חשב שבאותו עניין הסטייה תוביל לעיוות דין. דמאניוק היה פושע נאצי שהואשם בישראל בכך שהוא היה רוצח נאצי בשם איוון האיום מטרבלינקה (הואשם בכך שהיה מישהו מסוים). לפי ס׳ 184 לחדס״פ ייתכן כי מה שנאמר במשפט יכול להוכיח גם עבירה אחרת אם יתקיימו 2 תנאים: אם הנאשם יכל להתגונן בפניה ובתנאי שלא יוטל עונש חמור יותר ממה שהיה ניתן להטיל. הדוגמה הפשוטה ביותר היא רצח והריגה – אם התביעה לא הצליחה להוכיח כוונה תחילה אבל כן הוכח היסודות שבעבירת ההריגה, אם לנאשם הייתה אפשרות להתגונן ומאחר והעונש קל יותר, לא צריך לתקן את כתב האישום וניתן להרשיע בהריגה, על אף שתחילה הואשם ברצח. לכן, במקרה שלנו אם התביעה לא הצליחה להוכיח שהוא היה איון האיום ביהמ״ש מתבקש להרשיע אותו בהיותו נאצי אחר. ביהמ״ש קובע כי לנאשם לא הייתה אופציה להתגונן סביב אישום אחר אלא רק במה שקרה בטרבלינקה ולכן הוא לא הורשע בכך.

אמת עובדתית מול משפטית

**אמת עובדתית** משקפת התרחשות על פי **מבט אובייקטיבי של מתבונן מהצד**, אילו היה כזה. אפילו למצלמה לפעמים יכול להיות קושי בכך בגלל ייסודות שלא ניתן לראות, כדוגמת שאלת ההסכמה באונס.

**אמת משפטית** משקפת את ההתחרשות דרך שחזור שופט מקצועי את המציאות על בסיס הראיות שהוצגו בפניך ובכפוף לכללים ופרוצדורה. במשפט פלילי השאלה אם אדם אשם או לא תיקבע האם הוכחה אשמתו מעל לכל ספק סביר, מבלי להתייחס לשאלה מה חושב השופט או האם זה קרה באמת. **הלכת יששכרוב** – ניתן לפסול ראיות שהתקבלו שלא כדין. המשמעות של הדבר היא וויתור על האמת העובדתית לטובת הגנה על זכויות של חשודים ונאשמים. **בפרשת אלון** (רצח ארלוזרוב) נאשמים זוכו ולאחר שנים הממשלה רצתה להקים וועדת חקירה. הייתה כנגד כך עתירה בטענה כי אנשים כבר זוכו אז לא ניתן לפתוח מחדש את הנושא. ביהמ״ש קבע כי וועדת חקירה היא עניין אחר ואינה כפופה לכללים ופרוצדורה משפטית, זכותה של הממשלה לבדוק בעצמה את האמת העובדתית, מבלי לערב את המשפט הפלילי. אין מניעה לברר אמת עובדתית אם כבר נקבעה אמת משפטית.

מושבעים מול שופט מקצועי

**בשיטת המשובעים** הרעיון הבסיסי הוא שהשופט מקצועי בקביעות משפטיות בעוד בקביעות עובדתיות אין לשופט יתרון על פני אנשים רגילים. בשיטה כזו את הקביעות המשפטיות קובע השופט תוך סינון החומר שמגיע למושבעים (מה קביל ומה לא) תוך הנחייה שלהם בעוד הקביעות העובדתיות מתקבלות ע״י המושבעים.

**בשיטת המשפט שלנו אין מושבעים**. העניין השפיע מאוד על נושא הסירוב לקבל את פירות העץ המורעל ועל התפישה המוקדמת שלפיה נותנים דגש לאמת ולא להליך ההגון. לפי עמדה זו השופטים מקצועיים ולא יושפעו מכל מני שיקולים חיצוניים.

הליך אדברסרי מול הליך אינקוויזיטורי

**הליך אדברסרי** מאפיין את השיטה שלנו והוא מבוסס על עימות בין שני צדדים יריבים (תובע-נתבע/מדינה-נאשם). המדינה נתפסת כמייצגת את האינטרס הציבורי תוך שהיא מפקיעה את הכוחות מנפגע העבירה. בשיטה כזו, מאחר שהשופט הוא ״בורר ניטרלי״ שלא מעורב במשפט במובן הבאת הראיות והחקירות אלא הוא זה שמנהל את המשפט מלמעלה. הצדדים הם אלו שאחראים על הבאת הראיות ולכן ישנן הרבה מגבלות על כך.

**הליך אינקוויזיטורי** הוא הליך המבוסס על חקירה. הגורם האחראי לו חוקר בצורה אקטיבית את הצדדים ולכן ישנן פחות הגבלות על הראיות. מאפיין את המשפט הקונטיננטלי.

אין שיטה טהורה בה אין שילוב בין שתיהן. חריג לשיטה האדברסרית הוא סעיף 167 שראינו בפרשת קניר (ביהמ״ש יכול לזמן עדים). חריג נוסף הוא אי קבלת הסדר טיעון אליו הגיעו הצדדים, הוא אינו חותמת גומי ויכול לסטות מהם. לטענת **המרצה** אחת הבעיות שלה עם השיטה האדברסרית היא שאין ספק שכל צד רוצה לנצח ולכן ישנה תפיסה לפיה התביעה היא עזר לשופט לצורך הגעת האמת. התביעה לא צריכה לנצח אלא להגיע לחקר האמת, גם אם היא תוביל ל״הפסד״ של התביעה, מה שגורר מתח. **פרופ׳ קרמינצר** כתב בעבר מאמר על הבעיות של התביעה בהליך האדברסרי כאשר לטענתה של המרצה ישנו שיפור במצב כיום בעקבות עבודתה של הסנגוריה הציבורית.

## **התאוריה של הרברט פקר**

בקרימינולוגיה מדברים על שני מודלים לפי תאוריה זו:

1. **מודל מיגור הפשיעה** – מודל ששם דגש על החיפוש אחר האמת ומיצוי הדין.
2. **מודל ההליך הראוי** – מודל ששם דגש על זכויות חשודים ונאשמים.

אף מדינה לא בוחרת רק בצד אחד אבל לכל שיטת משפט יש נטייה כלשהי. שיטת המשפט עם קום המדינה ובשנים הראשונות, עד המהפכה החוקתית, נטתה מאוד למודל מיגור הפשיעה. **בפס״ד סילבסטר נ׳ היועמ״ש** ביהמ״ש טען שאנו לא נמצאים במשחק שחמט בו מהלך אחד לא נכון של מישהו מכריע את הכף לכאן או לכאן אלא בהליך שאמור לדאוג לזכויות הנאשמים כאשר מטרתו לגלות את האמת.

שנים לאחר מכן **ברק** אמר **בפס״ד אפללו** כי מטרת ביהמ״ש היא לחשוף את האמת ולא להעניק יתרונות טקטיים לא לתובע ולא לנאשם. העניין גרר השלכות רבות, בעיקר בעניין קבילות הראיות כאשר יצאו מנק׳ הנחה שהשופטים הם מקצועיים שידעו לתת לכל ראיה את המשקל הנכון לה. אחת ההשלכות הייתה לסרב לקבל את **דוקטרינת פירות העץ המורעל** – אם הייתה הפרה של הדין, הראיה שהתקבלה על כל נגזרותיה פסולה כראיה. זהו הכלל בארה״ב בכפוף לחריגים. בארץ חוסר קבילות אפשרית רק ב-3 מקרים שנקבעו בחוק: 1) האזנת סתר 2) פגיעה בפרטיות 3) סעיף 12 לפקודת הראיות העוסק בהודאה שלא התקבלה מרצון. בכל שאר המקרים הייתה דיכוטומיה בין הפרת הדין לפי ההפרה – יתכנו מקרים בהם נשללו מהנאשם זכויות אך התוצאה לא הייתה חוסר קבילות.

הגישה לאחר המהפכה החוקתית

**בפס״ד יששכרוב** הנאשם לא ידע שהוא עצור, לא עדכנו אותו על זכותו להיוועץ עם עו״ד ועוד. התיק מתגלגל כתיק עקרוני מבית הדין הצבאי עד לעליון. נדבר על ההלכה בהרחבה בהמשך כאשר חשוב לנו להדגיש כי זהו **הפס״ד המהווה את נקודת המפנה בין המודלים** לכיוון מאזן יותר עם מודל ההליך הראוי. **השופטת ביניש** אומרת שתכלית ההגנה על זכויות הנאשם ותכלית חשיפת האמת משרתות את תוכנית העל של המשפט שהיא עשיית צדק ומניעת עיוות דין.

התוצאה שביהמ״ש מגיע אליה היא קביעה של **כלל פסלות פסיקתי יחסי** – גם ביהמ״ש מגיע לביהמ״ש שהיה פגם הוא לא חייב לפסול את הראיה ויש לו שיקול דעת בנושא לפי קריטריונים מנחים.

כיום אנו מבצעים איזון בין שני המודלים מבלי להגיע לקיצון באף אחד מהם. המשמעות היא לעיתים ויתור על האמת העובדתית לטובת הגנה על זכויות הנאשמים. המרצה כתבה על כך מאמר כאשר ההלכה בעייתית ביחסה אל נפגעי העבירה (המדינה עשתה ״פשלה״ והקורבן ישלם על כך).

חקיקה

1. **חסד״פ** - חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982. חוק זה כולל הוראות על כל שלבי ההליך הפלילי – חקירה, העמדה לדין, המשפט עצמו והערעור. בעבר היו גם הוראות על מעצר עד תום ההליכים אך הוראות אלו בוטלו בעקבות חקיקת חוק המעצרים.
2. **הפסד״פ** - פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש), תשכ"ט-1969. חולשת על עבודת המשטרה בזמן החקירה – חיפושים במקום, במחשבים, כניסה למקומות, חילוט חפצים ועוד. בעברה עסקה גם במעצרים בתוקפת החקירה אך גם הוראות אלו בוטלו והועברו לחוק המעצרים אך עדיין נמצאות שם סמכויות הקשורות למעצר (חיפוש אגב מעצר).
3. **חוק המעצרים** - חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996. נחקק לאחר חו״י: כבוה״א העוסק בכל סוגי המעצרים כאשר הוא תואם לחו״י. לכל אורכו נראה הוראות הקשורות במידתיות המעצר והעילות המצדיקות אותו.
4. **חוק חיפוש בגוף** - חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), תשנ"ו-1996. גם כן נחקק לאחר חו״י: כבוה״א מההבנה כי נדרשות הוראות מפורשות לפגיעה כל כך חמורה בגופו של אדם. החוק לא משאיר דבר לדמיון ומסדיר כל דבר, אפילו הקטן ביותר.

שלבי ההליך הפלילי

מחלקים את ההליך ל-4 שלבים. בכל שלב יש את הגורם שאחראי לו ויכולים גם להיות מעצרים (לא חייבים להיות).

1. **שלב החקירה** - הגורם האחראי הוא הרשות החוקרת, בדר״כ המשטרה אך יכולים להיות גם השב״כ או הרשות לני״ע. בשלב הזה יכולים להיות 2 סוגי מעצרים: 1) מעצר ראשוני ע״י שוטר, בצו או שלא בצו. זהו מעצר קצר של עד 24 שעות שלאחריו יש להביא את האדם בפני שופט על מנת להאריך את מעצרו 2) מעצר ימים הינו המעצר שנעשה לאחר הבאת החשוד בפני חוקר. חשוב לציין שהמשטרה יכולה לחקור גם מבלי שהאדם עצור, המעצר הוא אמצעי מניעתי כאשר ישנה מסוכנות או חשש לבריחה.
2. **שלב ההעמדה לדין** – חומרי החקירה מועברים לתביעה (משטרתית או פרקליטות) שמחליטה האם להעמיד לדין. גם בשלב הזה יכול להיות מעצר אם התובע חושב שצריך להמשיך את מעצרו – מעצר על פי הצהרת תובע לפיו התובע מצהיר שהוא עומד להגיש כתב אישום עם מעצר עד תום ההליכים. אז ניתן אישור למעצר של כמה ימים לצורך כתיבת כתב האישום.
3. **שלב המשפט הדיוני** – תיקים מתחילים או בשלום או במחוזי בהתאם לסמכויות הקבועות בחוק. בשלב זה יכול גם כן להיות מעצר עד תום ההליכים.
4. **הליכי פוסט משפט** – בראשם נמצא הערעור, ישנו גם מצב של דיון נוסף או משפט חוזר (ייחודי להליך הפלילי). בעניין זה יכול להיות מעצר בערעור.

שלב החקירה – סקירה בסיסית

חקירה נפתחת משנודע למשטרה על עבירה, לפי **ס׳ 59 לחסד״פ**. משטרה יודעת על עבירה ע״י תלונה או בדרך אחרת. כל אחד יכול להגיש תלונה ולא רק קורבן העבירה לפי **ס׳ 58 לחסד״פ**. ״כל דרך אחרת״ היא רשימה לא סגורה בה יכול להיוודע למשטרה על עבירה – תחקיר עיתונאי, מידע מודיעיני, פעולות חקירה עצמאיות ועוד. הסעיף נוקט בלשון סמכות חובה – המשטרה חייבת לפתוח בחקירה כאשר נודע לה על עבירה, אין לה אפשרות לשיקול דעת אלא במקרה חריג בו מדובר על עבירה שאינה פשע כאשר הקצין מחליט שיש רשות אחרת שמוסמכת לחקור או שכלל הנסיבות אינן מתאימות לחקירה (״אין עניין לציבור״ כפי שהיה נודע פעם). על החלטה שלא לחקור רשאי המתלונן להגיש ערר לגורמים המנויים בחוק.

מטרת החקירה היא לברר עומדות ולאסוף ראיות. **תשאול** = חקירה במובן הצר, שאלות המופנות לעד או לחשוד כאשר **עד** הוא מי שנחקר ללא אזהרה בעוד **חשוד** הוא זה שנחקר תחת אזהרה לאחר שהוצגו לו זכויותיו. חקירה לא חייבת להיות של חשוד בלבד, ניתן לחקור גם עד. במובן הרחב חקירה כוללת אמצעים מגוונים כדוגמת האזנות, חיפושים, תצפיות ועוד. בשיטה הישראלית נכון להיום אין הגבלה על משך זמן החקירה. המגבלה נובעת רק ממצבים בהם יש מעצר ואז ביהמ״ש מגביל את המשטרה לצורך המשך ההליך.

בשלב זה ישנם 2 סוגי מעצרים:

1. מעצר ראשוני ע״י שוטר בצו או שלא בצו.
2. הארכת מעצר בפני שופט – ״מעצר ימים״ או ״מעצר לפני הגשת כתב אישום״ כפי שמנסח החוק.

העמדה לדין – סקירה כללית

מרכז הכובד מועבר לתביעה המשטרתית או לפרקליטות שצריכה להחליט האם להעמיד לדין. כיום בעבירות פשע (מעל 3 שנות מאסר) מגיע לאדם שלא עצור **שימוע לפני החלטה** לפי **ס׳ 60א לחסד״פ**. בעבר זה לא היה נהוג אלא לאנשי ציבור אך כיום כולם מקבלים את האפשרות הזו. התביעה יכולה להחליט שלא להעמיד לדין ולסגור את התיק מסיבות שונות:

1. **חוסר אשמה** - הטעם הטוב ביותר עבור הנאשם, לא משאיר שום רישום.
2. **חוסר ראיות**.
3. כלל הנסיבות אינן מתאימות להעמדה לדין.

על החלטת התובע שלא להעמיד לדין ניתן להגיש ערר.

המעצר הרלוונטי הוא מעצר לפי הצהרת תובע לצורך כתיבת כתב האישום כאשר אין הגבלה על זמן ההעמדה לדין אלא אם כן האדם עצור (ביהמ״ש יכול לתת 5 ימים ובד״כ ניתנים אפילו פחות). אם האדם לא עצור אין הגבלה על זמן ההעמדה לדין. אם הוחלט להעמיד לדין מוגש כתב אישום כאשר החשוד הופך להיות **נאשם**. כתב האישום כולל את פרטי הנאשם, העובדות, סעיפי האישום וכן את רשימת כל עדי התביעה.

שלב המשפט – סקירה כללית

הגורם הדומיננטי הופך להיות ביהמ״ש כאשר החשוד הופך להיות נאשם, צד למשפט ובעל מעמד. ברגע שמוגש כתב אישום הנאשם מקבל את כל חומר החקירה בעוד הוא לא צריך לגלות את ההגנה שלו לצד השני.

יתכן מעצר עד תום ההליכים לתקופת המשפט כאשר ישנו **עיכוב הליכים** המוסדר **בס׳ 231 לחסד״פ** המסדיר סיטואציה בה צד מבקש עיכוב של המשפט, לדוגמה, נאשם חולה סופני שמבקש לא לבלות את חודשיו האחרונים במעצר או תביעה שברח לה אחד העדים.

המשפט מתחיל בהקראת כתב האישום לנאשם ולברר שהנאשם מבין אותו כאשר כיום כולם מיוצגים ע״י סנגור שהסביר להם את פרטי כתב האישום. אם לנאשם יש טענות מקדמיות הוא יכול להעלות אותן אחרי ההקראה לפי **ס׳ 149 לחסד״פ**. אלו טענות שלא קשורות לחשדות או לניהול המשפט עצמו (חוסר סמכות עניינית, חסינות, חנינות, התיישנות או טענת ההגנה מן הצדק הטוענת למשפט שנוהל בתקשורת או אכיפה סלקטיבית כמו במקרה של קצב או רמון). ישנה גם טענת פסלות שופט אשאר יש להעלות מיד לאחר פתיחת המשפט.

אם לא היו טענות מקדמיות או שהיו ונדחו מגיעה תשובה לאשמה שהיא כפירה או הודיה בעובדות כתב האישום (לא באישומים עצמם אלא רק בעובדות). הנאשם יכול לשתוק מה שיהווה חיזוק לראיות התביעה. במשפט פלילי אין כתב הגנה כתוב. כיום ישנם מקרים רבים בהם מגיעים להסדרי טיעון ואז תהיה הודיה של הנאשם עפ״י הסדר הטיעון וקפיצה לטיעונים לעונש.

בהנחה ולא הגיעו להסדר טיעון, לנאשם יש זכות להסתיר את הגנתו למעט את **טענת אליבי ״במקום אחר הייתי**״ כאשר על הנאשם להעלות טענה זו מראש ולא בטיעוני ההגנה. ישנם נאשמים אשר מוותרים על השימוע שלהם כדי לא לחשוף את טענות ההגנה שלהם, בהנחה והם חוששים שלא יצליחו לבטל את כתב האישום בשימוע עצמו.

כעת מגיעים **לשלב ההוכחות** – כל עד נחקר חקירה ראשית ע״י התובע, נגדית וחוזרת. בין פרשת התביעה לבין פרשת ההגנה יכולה להיות **טענת אין להשיב אשמה**. נטל הוכחת האישום מעבר לכל ספק סביר הוא על התובע כאשר אם בסוף פרשת התביעה אין מספיק ראיות המוכיחות את האשמה לכאורה הנאשם יכול לטעון שהתביעה לא עשתה דבר ולא הוכיחה כלום ולכן הוא לא צריך לנהל את פרשת ההגנה, לפי **ס׳ 158 לחסד״פ**.

בפרשת ההגנה אם הנאשם בוחר להעיד הוא יהיה העד הראשון ולאחר מכן יתר העדים שיעברו את כל שלבי החקירה. מאחר והנאשם לא צריך לגלות את העדים שלו מראש, התביעה יכולה לבקש להוסיף עדויות הזמה אשר יפריכו את הטענות של הנאשם. לבסוף ביהמ״ש רשאי גם הוא לזמן עדים כחריג לגישה האדברסרית.

בשלב הסיכומים יטענו גם התביעה וגם ההגנה ואז הכרעת הדין. במשפט הפלילי קודם כל ישנה הכרעת דין כאשר הכרעת דין תהווה פסק דין רק אם הנאשם יהיה זכאי בכל האישומים. אם יש אפילו הרשעה אחת ישתכלל פס״ד רק לאחר גזר הדין.

בשלב הטיעונים לעונש כל צד מביא את טענותיו לעונש כאשר התביעה תביא הרשעות קודמות ועדות נפגע בעוד ההגנה תביא עדי אופי. ביהמ״ש מצרף תסקיר קצין מבחן ולאחר סיכומי הצדדים ניתן גזר הדין. **כשיש גזר דין יש לנו פס״ד שאפשר לערער עליו**.

ערעור – סקירה כללית

רק לאחר שיש גזר דין שלם ניתן לערער עליו ברשות. ערעור ברשות ניתן במקרים בהם הדיון התחיל בשלום ורוצים לערער לעליון. לא משנה על מה מערערים – נאשם יכול לערער על הרשעה או על העונש בעוד התביעה יכולה לערער על זיכוי. כל הטענות נשמעות יחדיו על פסק הדין הכולל. **אין ערעורי ביניים בהליך הפלילי**. יש לכך 2 חריגים עליהם ניתן להגיש ערר:

1. **עיון בחומרי חקירה** – אם הנאשם טוען שלא קיבל את כל חומרי החקירה או משהו דומה הוא יכול לפנות לביהמ״ש בו הוגש כתב האישום (לשופט אחר). מדובר בעניין אקוטי ולכן חייבים לטפל בכך באופן מיידי.
2. **פסילת שופט** – ערעור על החלטת השופט ישירות לעליון.

**על המעצר תמיד ישנה אפשרות לערער!**

**שיעור 2 – 15.03.21**

במסגרת הפוסט משפט ישנן שתי פונקציות נוספות המהוות חריגים לעיקרון סופיות הדיון.

דיון נוסף

**מעוגן בס׳ 30 לחוק בתי המשפט.** לא ייחודי למשפט הפלילי. כאשר ישנה הלכה ייחודית או מעניינת מבקשים דיון נוסף בהרכב מורחב. רלוונטי רק לעניינים משפטיים ולא עובדתיים – לא דנים האם האדם עבר או לא עבר עבירה. לפעמים השאלה המשפטית תשליך על העובדות אך היא אמורה להיות משפטית. **בפס״ד שבס** דנו האם ניגוד עניינים כלול בעבירות מרמה והפרת אמונים.

משפט חוזר

**ס׳ 31 לחוק בתי המשפט**. ייחודי להליך הפלילי ונוגע להליכים עובדתיים. אם אדם הורשע ויש איזשהן נסיבות קיצוניות יינתן משפט חוזר. הליך נדיר מאוד, חריג לעיקרון סופיות הדין. דוגמה לכך היא **בפס״ד ברנס** בו התביעה ויתרה על קיום המשפט החוזר והוא זוכה או **בפס״ד דני כץ** בו הנאשמים הורשעו שוב.

סד״פ - העידן החוקתי

לא מדובר על עניין תיאורטי אלא פרקטי, העידן החוקתי השפיע על סד״פ בצורה רצינית מאוד.

המהפכה החוקתית

התבטאה בעליית המעמד של הזכויות כאשר עוד לפניה ידענו שלא ניתן לפגוע בזכויות אדם אלא בצורה מפורשת ע״י חוק (**פס״ד בז׳רנו**). המשמעות של המהפכה החוקתית היא לא בכך שנהיו לנו זכויות אלא בכך שחוק צריך לעמוד בדרישות פסקת ההגבלה על מנת לפגוע בזכויות. **ס 8׳ לחו״י: כבוה״א** קובע את התנאים. כבר לא מספיק שיהיה רק חוק אלא צריך שהוא יהיה מידתי ולתכלית ראויה. המהפכה גם אפשרה לבקר חוקתיות של חוקים.

ההשפעה על סד״פ

המהפכה החוקתית השפיעה כל תחומי המשפט ולא רק על תחום המשפט הציבורי. ההשפעה על סד״פ הייתה הכי טבעית והכי משמעותית.

**מדוע הכי טבעית**? כי חוקות בעולם מגינות על זכויות חשודים ונאשמים. כך לדוגמה בארה״ב או בקנדה.

**מדוע הכי משמעותית**? ראינו שינוי מפליג בחקיקה ובפסיקה. כל החקיקה הראשית השתנתה על מנת להתאים את עצמה לדרישות חוקי היסוד. נראה גם הרבה הלכות חוקתיות חדשות שניתנו אגב דיון בסד״פ.

אם נחזור לתיאוריה של **הרברט פקר**, הגישה המוקדמת של ביהמ״ש הייתה חתירה בלתי מתפשרת לאמת, לעיתים על חשבון הגנה על זכויות הנאשמים, כאשר אחר המהפכה החוקתית בימה״ש מציב את שתי התכליות על אותה סקאלה – כל כלל משפטי יאזן בין הזכויות הללו.

הבדלים בין חוק היסוד שלנו לבין חוקות בעלום

1. **לא כולל במפורש זכויות של חשודים ונאשמים** אלא מקנה זכויות ״לאדם באשר הוא אדם״. לכן עלתה השאלה האם זכויות חשודים ונאשמים עלו לדרגה חוקתית?
2. **חו״י כולל זכויות מהותיות ולא פרוצדוראליות** – כבוד וחירות ולא זכות להליך ראוי. במאמרו **ברק** טען כי כל זכויות הנאשמים המוכרות לנו מהעולם נקראות מתוך כבוד וחירות, כאשר עם הזמן הפסיקה קיבלה את זה.

הלכות חוקתיות שנקבעו אגב דיון בסד״פ

**פס״ד גנימאת**

הפס״ד מדבר על מעצר עד תום ההליכים לפני חוק המעצרים החדש, מעצר עד תום ההליכים היה מעוגן בסחד״פ כאשר הפס״ד מעורר שאלת פרשנות חקיקה ישנה שחל עליה סעיף שמירת הדינים. החידוש של הפס״ד הוא כי **פרשנות חקיקה ישנה תיעשה ברוח חוק היסוד**, זה הוביל לפרשנות חדשה לאותו סעיף שעסק במעצר עד תום ההליכים. השאלה שעלתה הייתה **האם מכת מדינה יכולה להוות עילת מעצר**? תושב נפת חברון הואשם בגניבת שני רכבים, באותה תקופה התאפיינה בגניבת רכבים כמכת מדינה. האם מכת מדינה יכולה להוות כשלעצמה עילת מעצר. נקבע כי **כל עוד אדם בחזקת חף מפשע לא ניתן לעצור אותו על מנת להרתיע אחרים או בשל שיקולים של אמון הציבור**. הרעיון מתחבר לתורה של **קאנט** לפיה האדם הוא רעיון בפני עצמו ולא אמצעי. המעצר מהווה אמצעי מניעתי להתמודדות עם סיטואציות של מסוכנות או שיבוש הליכי משפט.

לאחר הפס״ד נחקק חוק המעצרים – מותאם לתנאי חו״י; עיקרון החוקיות – אין מעצר אלא מכוח חוק; תכלית ראויה - מתבטא בעילות המעצר, מסוכנות או שיבוש; מידתיות – העדפת מעצר בצו על פני שלא בצו, העדפת עיכוב על פני מעצר, העדפת חלופת מעצר.

**פס״ד צמח**

פס״ד נוסף שנותן לנו חידוש חוקתי עקרוני. פס״ד זה עוסק בתיקון לחוק השיפוט הצבאי שקבע שמעצר ראשוני ע״י שוטר יהיה 96 שעות ולא 105 שעות (סה״כ תיקון מיטיב). הפס״ד ניתן לאחר חקיקת חוק המעצרים החדש שבו, באזרחות, מעצר ראשוני ע״י שוטר צומצם ל-24 שעות במקום 48 שעות. בפס״ד נתקף התיקון. החידוש העקרוני של הפס״ד הוא **שגם תיקון מיטיב כפוף למבחני פסקת ההגבלה**. חוק השיפוט הצבאי כפוף לסעיף שמירת הדינים אך התיקון הוא תיקון חדש שלא נכלל בסעיף. הזכות שנפגעת היא הזכות לחירות כאשר מנגד הצבא טען למשאבים מוגבלים. ביהמ״ש לא מנפנף את השיקול הכלכלי של הצבא, במקרה הזה התכלית הכלכלית ראויה אך אינה מידתית. לא ייתכן שחייל יהיה עצור 96 עד שיראה שופט **והורה למחוקק לקצר את התקופה ל-48 שעות**. מאז החוק תוקן שנית והושווה לאזרחות – מעצר ראשוני בצבא הוא 24 שעות.

קבילות ראיות

ההשפעה הגדולה ביותר על סד״פ הייתה בנושא קבילות ראיות. אחת ההשפעות של הגישה הקודמת הייתה סירוב לקבל את דוקטרינת פירות העץ המורעל בישראל. לפי דוקטרינה זו כאשר הייתה הפרת דין, הראיות שהושגו כתוצאה מכך, אין קבילות. בארץ הפרת הדין גוררת חוסר קבילות רק אם היא מופיעה בחוק (האזנת סתר, הגנת הפרטיות, ס׳ 12). בהלכת יששכרוב ביהמ״ש בוחר לאזן בין שתי התכליות.

**פס״ד יששכרוב**

חייל נקלט כאסיר בכלא 6, לאחר חיפוש שגרתי נמצאו עליו סמים. הוא נעצר ונחקר מבלי שאמרו לו שיש לו זכות להיוועץ בעורך דין, בזדון (ולכן גם לא ידע שזכותו לשתוק). לאחר מכן הוא הודה בשימוש בסמים. זהו תיק עקרוני שמתגלגל מביה״ד הצבאי לעליון, הרבה לאחר שיששכרוב השתחרר מהצבא. השאלות המשפטיות שעלו מהפס״ד:

1. האם יש לפסול את ההודאה שלו בשל הפגיעה בזכות היוועצות (פירות העץ המורעל)?
2. האם יש לפסול את ההודאות מכוח ס׳ 12 לפקודת הראיות (הודאה שאינה חופשית ומרצון)?

עלו מהפס״ד כמה חידושים:

1. **יצירת כלל פסילה פסיקתי ויחסי** – בניגוד לכללי פסיקה נוספים שמופיעים בחוק. מדובר במתן שק״ד לביהמ״ש ולא בכלל מוחלט. **הכלל קובע כי לביהמ״ש יש שק״ד לפסול ראיה אם הוא נוכח לדעת שהיא הושגה שלא כדין וקבלתה תיצור פגיעה מהותית בזכותו של הנאשם להליך הוגן**. איזון בין הרצון לחשוף את האמת לבין הרשות להגינות בהליך הפלילי. אם יש שק״ד ביהמ״ש גם צריך להתוות את הקריטריונים המנחים להפעלתו:
2. אופי וחומרת אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה – מהי מידת אי החוקיות, איזו זכות נפגעה, עד כמה הזכות חשובה, האם היה זדון בהתנהגות התביעה, האם יש נסיבות מקלות וכו.
3. מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה – האם הראיה עצמאית או ראיה מושפעת? ראיה פורנזית, מדעית, בדרך כלל עצמאית ולא מושפעת מהתנהגות של הרשויות.
4. הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראיה – מה יהיה יותר גרוע, לקבל את הראיה ולזהם את ההליך או לפסול אותה ולהזיק לאינטרס החברתי? מזכיר את מבחן הסבירות של המידתיות. בהלכת יששכרוב הכניסו בדרישה השלישית את חומרת העבירה – ככל שהעבירה חמורה יותר ניטה יותר לאכוף את הדין.

עשור לאחר יששכרוב, **בפרשת אל עוקה** הוציאה את חומרת העבירה מהמשוואה כי השיקול יכול לקחת אותנו לשני הכיוונים – ככל שהעבירה חמורה יותר נרצה יותר למצות את הדין, ומצד שני, ככל שהעבירה חמורה יותר צריך להקפיד יותר על זכויות. **חומרת העבירה אינה שיקול יותר**.

ביששכרוב ביהמ״ש קבע כי מדובר היה על אי חוקיות קיצונית שנפגעה בזדון, כאשר הראיה המדוברת מסוג מושפעת והנזק החברתי מפסילת הראיה לא גדול לעומת הפגיעה בזכויות הנאשם מקבלתה.

1. **הרחבת פרשנות סעיף 12 לפקודת הראיות** – לפני הלכת יששכרוב מטרת הסעיף הייתה להגן על אמיתות ההודאות. ביששכרוב ביהמ״ש אומר **שהסעיף מגן לא רק על אמיתות ההודאות אלא גם על אוטונומיה של רצון חופשי, חופש הבחירה של האדם**. לכן, גם פגיעה משמעותית וחמורה באוטונומיה של נאשם תוביל לפסילת ההודאה, אפילו אם אין חשש לאמיתות ההודאה.

**במקרה הזה לא הייתה פגיעה באוטונומיית הרצון החופשי למרות הפגיעה בזכות ההיוועצות ולכן ההודאה לא נפסלת מטעם זה**.

לסיכום – לעיתים יעדיפו זכויות על פני האמת העובדתית.

רציונלים

ביהמ״ש מדבר על 3 רציונלים שיש בעולם לפסילת ראיות:

1. **חינוך והרתעת המשטרה**.
2. **הגנה על זכויות הנחקר**.
3. **הטעם המוסרי** – שמירה על לגיטימיות הכרעת הדין וטוהר ההליך המשפטי. זהו הרציונל עליו שם ביהמ״ש את הדגש בהלכת יששכרוב.

על הלכה זו באו הרבה יישומים או הרחבות אך מעבר לכך, ההלכה הזו שינתה את עבודת המשטרה.

יישומים של הלכת יששכרוב

ההלכה נינתה במקרה קל כאשר המקרים הבאים כבר מהווים עבירות נפגעי עבירה עם מקרים יותר קשים. זה מה שהוביל את המרצה לכתוב מאמר על מקומם של נפגעי עבירה במסגרת הדוקטרינה.

**פס״ד אסף שי**

נחזור אליו גם כשנלמד את נושא ההיוועצות. נהג משאית שהואשם והורשע בהריגה במחוזי בשל מוות בכביש. בהודאתו הוא אמר שהסתכל במפת דרכים כשקרתה התאונה ובכך הוא גיבש את היסוד הנפשי של פזיזות בעבירת ההריגה. הוא נחקר כחודשיים לאחר המקרה ולא הוזהר בכך שהוא יכול להיוועץ עם עו״ד וכשהוא כבר ביקש עו״ד לא הפסיקו את החקירה. הפס״ד דרש ללבן סוגיות שלא לובנו בפס״ד יששכרוב כי אז עסקו בחוק השיפוט הצבאי, בעוד בפס״ד זה מדובר על חוק המעצרים – **ס׳ 32 ו-34**:

**הסברת זכויות לעצור**

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

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

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

**זכות העצור להיפגש עם עורך דין**

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

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

ס׳ 32 מדבר על הסברת הזכויות ועל ההודעה על הזכות להיוועץ עם עו״ד בעוד ס׳ 34 מדבר על הזכות עצמה. סעיף 34 מדבר על עצור כאשר אסף שי לא היה עצור. עולה השאלה האם חשוד שנחקר כשהוא לא עצור זכאי לאותן זכויות? ביהמ״ש משאיר זאת בצריך עיון אבל טוען שהוא לא היה מבטל את ההודאה של אסף שי רק כי לא אמרו לו שהוא רשאי להיוועץ. עם זאת הוא **מרחיב את סעיף 34 גם לנחקר או חשוד שאינו עצור**.

פרשנות נוספת נדרשה למילים **ללא דיחוי** – הפרשנות שקדמה להלכת אסף שי הייתה כי כל עוד עו״ד בדרך ניתן להמשיך את החקירה. באסף שי ביהמ״ש קבע כי **ברגע שעו״ד מגיע תוך זמן סביר צריך להפסיק את החקירה**. כאשר החקירה לא דחופה מפסיקים את החקירה גם כשלא מדובר על זמן סביר.

כאמור אסף שי לא נחקר בדחיפות וביהמ״ש קבע כי הפגיעה בזכות ההיוועצות שלו גוררת לפסילת ההודאה. הדבר המעניין בפס״ד הוא כי פסילת ההודאה לא מובילה לזיכוי אלא להמרה מהריגה, כפי שנקבע במחוזי, לגרימת מוות ברשלנות (בלי ההודאה לא ניתן לבסס את יסוד הפזיזות).

**השופט רובינשטיין** מצטרף לפס״ד הרוב של **בייניש** בלב כבד בטענה כי האמת מתפספסת לאור האיזון שיש לייצר בין הזכויות השונות.

**פס״ד אלזם**

אלזם הורשע במחוזי ברצח כאשר בזמן הערעור שלו הוא נרצח בכלא. לאלזם הכניסו מדובבים לתא כאשר **השופטת חיות** אומרת כי הם השיגו את הגבול – הכפישו את הסנגור של אלזם; ייעצו לו לוותר על זכות השתיקה. לפי בימה״ש הם נכנסו למתחם הנפשי אליו למדובבים אסור להיכנס כי הם פגעו בצורה פוזיטיבית בזכות השתיקה. **פוסלים את ההודאה לפי 2 הסעיפים של יששכרוב, גם לפי כלל הפסיקה היחסי והן לפי סעיף 12 משום שהאוטונומיה של הרצון העצמי שלו נפגעה**. יש לפס״ד זה חשיבות רבה ביחס להשלכה על מקרים אחרים, בהם הרוצח לא נרצח. בעקבות הפס״ד הזה קציני משטרה בכירים טענו כי נעשה שינוי באופן העסקתם של מדובבים – הם נכנסים בלי פרטים על החשוד על מנת שלא ייפלו כמו המדובב במקרה הזה.

**פס״ד חייבטוב**

חייבטוב היה אסיר שריצה מאסר על הצתה. מגיע מידע מודיעיני על כך שהוא היה מעורב ברצח והמשטרה שולפת אותו מהמאסר ועוצרת אותו. המשפחה שלו לא יודעת שהוא עצור ולא בבית הסוהר. במשך כשבועיים הוא מבקש להיפגש עם עו״ד ולא מקבל זאת. שמים לו בתא מדובבים (עבריינים) שמעשנים איתו סמים קשים שהם הכניסו; אומרים לו שישיגו לו עו״ד למרות שהוא כלל לא צריך כזה. **השופט שהם** קובע כי **בשל הפגיעה הקשה בזכות ההיוועצות יש לפסול את ההודאה מכוח כלל הפסיקה היחסי**. הדבר המעניין הוא שלא צריך לפסול אותה מכוח ס׳ 12 לפקודת הראיות כי למרות ההתנהגות הלא ראויה של המדובבים חייבטוב לא פיתח בהם תלות שפוגעת ברצון החופשי שלו. **השופטת ברק-ארז** מדגישה את עישון הסמים בפסק דינה וכי הם מודעים לכך שהם כנראה משחררים רוצח אך מחדלי החקירה לא מאפשרים להם לדעת את האמת.

**תרגול 1 – 05.04.21**

מבוא לטענות מקדמיות

**סעיף 149 לחסד״פ** מונה 10 טענות מקדמיות (לא לכתוב במבחן טענת פסלות שופט או אליבי -טענות שיש להעלות בהקדם - טענות מקדמיות מכוונות רק לטענות **המנויות** בסעיף):

**טענות מקדמיות**

149. לאחר תחילת המשפט רשאי הנאשם לטעון טענות מקדמיות, ובהן –

(1)   חוסר סמכות מקומית;

(2)   חוסר סמכות ענינית;

(3)   פגם או פסול בכתב האישום;

(4)   העובדות המתוארות בכתב האישום אינן מהוות עבירה;

(5)   זיכוי קודם או הרשעה קודמת בשל המעשה נושא כתב האישום;

(6)   משפט פלילי אחר תלוי ועומד נגד הנאשם בשל המעשה נושא כתב האישום;

(7)   חסינות;

(8)   התיישנות;

(9)   חנינה;

**(תיקון מס' 51) תשס"ז-2007**

(10)  הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית.

ככלל, מי שמעלה את הטענה הוא הנאשם ולא הגוף התובע. לא מדובר ברשימה סגורה לטענת העליון, יתכן ובהמשך יכניסו עוד טענות לרשימה (למבחן – הרשימה הזו סגורה).

טענות מקדמיות הן **לא טענות הגנה** אלא טענות הנטענות כנגד ההליך הפלילי עצמו, לא מתמקדות באשמה של הנאשם. לדוגמה, אם טענת רצח מתיישנת לאחר 20 שנה ואין אירועים מנתקים, האדם יכול להיות אשם לגמרי ועדיין לא יעמוד בפני כתב אישום.

מועד העלאת הטענות

למבחן - חשוב מאוד להיות מדויקים. ברירת המחדל – **לאחר שלב הקראת כתב האישום ולפני המענה** על הנאשם לטעון טענות מקדמיות. עם זאת, 8 מתוך ה-10 ברשימה ניתן להעלות בכל שלב אחר, אפילו בערעור, מבלי להידרש לאישור ביהמ״ש. 2 הטענות שלא ניתן להעלות ללא אישור ביהמ״ש הן **חוסר סמכות מקומית ופגם או פסול בכתב האישום**.

הדיון בטענה המקדמית

קבוע ב**סעיף 150 לחסד״פ**.

* הנאשם מעלה את הטענה אך לעיתים גם **ביהמ״ש רשאי להעלותה** – ביהמ״ש הוא לא הסנגור של הנאשם ויתערב רק במקרים בהם ההחלטות עומדות להיות בטלות מעיקרן (אם ישנה התיישנות חבל לדון בכלל בתיק). במקרה כזה ביהמ״ש **חייב לתת לשני הצדדים להגיב**. יש לתת לנאשם להגיב כי ייתכנו מצבים בהם הנאשם ירצה להוכיח את חפותו ולקבל זיכוי ולא סגירה של תיק מחמת התיישנות (אם יטען זאת לא ניתן יהיה לטעון להתיישנות אם בסוף יצא אשם).
* **זכות התובע להגיב** – ביהמ״ש חייב לאפשר לתובע להגיב לטענה המקדמית, כל עוד הוא לא דחה אותה בעצמו. לא ניתן לקבל את הטענה מבלי לתת לתביעה להגיב. הזכות להגיב כוללת את הזכות לדחות את הדיון על מנת להביא ראיות הסותרות את טענת הנאשם.
* **נטל ההוכחה לגבי טענות מקדמיות מוטל על התביעה**. זהו נטל רדום וכל עוד לא מתעוררת השאלה, אין צורך להוכיחה. בטענה 149(10) על הנאשם להוכיח את הטענה! אם טוענים טענה יש לומר כמה מילים על הטענה המקדמית ולא ניתן לטעון את כולן בבת אחת בלי הסבר קצר.
* **זמן מתן ההחלטה** – ברירת המחדל היא שביהמ״ש יחליט מיד, אלא אם הוא סבור שיש להשהות את ההחלטה לשלב אחר במשפט כדי לא לעכב אותו. בדרך כלל ביהמ״ש יחליט במקום אלא במקרים בהם נטענת טענת הגנה מן הצדק.
* **ההחלטה** – נפקויות קבלת הטענה המקדמית:
1. תיקון של פגם האישום (לדוגמה, במקרה בו חשפו עבר פלילי כבר בכתב האישום) – פסול בכתב אישום.
2. העברת התיק לגורם המוסמך (במקרים בהם אין סמכות עניינית או מקומית).
3. לבטל כתב אישום (**ביטול כתב אישום אינו מונע הגשת כתב אישום חדש**! בטענת הגנה מן הצדק לא מבטלים את כתב האישום אלא ממתיקים את העונש) – התיישנות, חסינות.

ביהמ״ש רשאי תמיד לבטל את כתב האישום (בעיקר במקרים בהם נגרם עיוות דין חמור לנאשם)! **ביהמ״ש לעולם לא יוכל לתת סעד של זיכוי** בעקבות טענות מקדמיות!

* בסד״פ אין ערעורים על החלטות ביניים למעט מקרים חריגים הקבועים בחוק ולכן גם **לא ניתן לערער על קביעה בדבר טענות מקדמיות**. אם התקבלה טענה מקדמית התובע יוכל לערער באותו הרגע – החלטה על ביטול כתב אישום כמוהה כפסק דין. בכל שאר המקרים, בהם ההליך ממשיך באופן רגיל וממשיכים להיפגש, ניתן יהיה לערער רק בסופו של ההליך לאחר פסק הדין.

טענה לחוסר סמכות מקומית

**יש לשים לב שיש הבדל בין סמכות מקומית בגשת כתב אישום לבין סמכות מקומית למעצר ימים**. הטענה דנה בשאלה באיזה מחוז שיפוט ידון כתב האישום? אזור שיפוט של ביהמ״ש שלום כולל את כל המחוז בו הוא נמצא גם אם יש בתי משפט נוספים. לדוגמה, אם אדם גר בפתח תקווה וגנב מהמעביד שלו בפתח תקווה, כל התיק שייך למחוז מרכז וניתן להגיש את כתב האישום לכל בית משפט במחוז מרכז, לדוגמה לפ״ת, לנתניה או לרמלה. אם במקרה כזה הנאשם יעלה טענת חוסר סמכות מקומית ביהמ״ש כנראה ידחה אותה על הסף ולא ייתן בכלל את זכות התגובה לתביעה. כן ניתן לבקש להזיז את התיק בתוך המחוז אבל זוהי פרוצדורה אחרת. כמו כן יש לשים לב שסמכות מקומית אינה קשורה למרחק גיאוגרפי אלא לשיוך טכני.

ביהמ״ש המוסמך מקומית הוא זה שבאזור השיפוט שלו מתקיימים אחד משני אלו, לפי סדר חשיבות:

1. **במחוז השיפוט בו נעברה העבירה** - אם העברה הושלמה במקום אחר מזה שבו הוחל הביצוע שלה ישנם 2 מחוזות רלוונטיים, כנ״ל אם יש 2 נאשמים.
2. **במחוז השיפוט נמצא מקום מגורי הנאשם** (מקום מגורים קבוע ולא ארעי).

פלוני גר בפתח תקווה וביצע את העבירה בתל אביב – התביעה יכולה להגיש את כתב האישום גם בתל אביב וגם במחוז מרכז. עם זאת **התביעה תעדיף את המחוז בו נעברה העבירה כי שם גם נמצאים העדים**. אפילו שיש עדיפות עדיין אפשר לבחור בכל אחד מהם.

רק אם שני אלה לא ידועים לתביעה מגישים את כתב האישום לפי **מקום התפיסה** (כעיקרון, זאת לא אופציה).

**אם אין סמכות מקומית לאף בית משפט** (לדוגמה, עבירה שנעשתה דרך המחשב ואין לנאשם מקום מגורים קבוע והוא הסגיר את עצמו) **כתב האישום יידון בביהמ״ש בירושלים**.

**צירוף נאשמים או אישומים** – אם שני נאשמים פרצו לחנות בפתח תקווה, אחד גר ת״א והשני באילת יהיו 3 אפשרויות לסמכות מקומית – מרכז, דרום ות״א. כנ״ל אם מאחדים כתבי אישום שונים בהם היו עבירות בערים שונות – כל עברה מקימה סמכות מקומית אפשרית.

כזכור – **יש להעלות את טענת חוסר הסמכות המקומית ישר עם פתיחת המשפט** כי אחרת הנאשם ייאלץ לקבל אישור לכך. בדרך כלל ביהמ״ש לא יעלה את הטענה הזו בעצמו. ביהמ״ש שמצא כי הוא חסר סמכות הוא רשאי להעביר את התיק למחוז אחר או לבטל את כתב האישום. הנטייה כמובן תהיה להעביר את התיק. **בית המשפט הנעבר** (זה שהעבירו אליו את התיק) **רשאי לדון בכתב האישום כאילו הובא כתב האישום בפניו מלכתחילה** ולהמשיך בדיון מהשלב שאליו הגיע קודמו או מכל שלב אחר לפי שיקול דעתו.

אם גם לאחר העברת התיק מבינים שעדיין מתקיימת חוסר סמכות עניינית – **לא יעבירנו עוד**. ביהמ״ש שאליו הועבר תיק בשל חוסר סמכות מקומית לא מוסמך להעביר בשנית גם אם ביהמ״ש שהעביר לו שגה.

טענה לחוסר סמכות עניינית

הסמכות קבועה בסעיף 79 לחוק בתי המשפט. הסמכות העניינית של ביהמ״ש קובע באילו עבירות מוסמך ביהמ״ש לדון. הכלל הוא **שלביהמ״ש השלום יש סמכות לדון בעבירות שעונשן עד וכולל 7 שנות מאסר**. עבירות מעל ל-7 שנות מאסר הן בסמכות בית משפט מחוזי. היבט אחר של חוסר סמכות עניינית נוגע **למספר השופטים שיושבים במותב מסוים** – בהריגה צריך לשבת שופט 1 ולא 3 כך שאם נמצאים 3 שופטים המותב ישנו מקרה של חוסר סמכות עניינית.

משמעות הטענה היא שהעבירות המצויות בכתב האישום או חלקן אינן נמצאות בסמכותן של ביהמ״ש. זוהי טענה מהותית היורדת לשורש העניין, אינה טכנית, **כל החלטה שמתקבלת בעניין כל עוד ישנה חוסר סמכות עניינית בטלה מעיקרה**. ביהמ״ש לא ידון בתיק אם ישנה טענה לחוסר סמכות עניינית גם אם הטענה לא הועלתה ע״י הנאשם.

יש להעלות את הטענה מיד בתחילת המשפט אך ניתן להעלותה גם בהמשך ללא אישור ביהמ״ש. אם ביהמ״ש מקבל את הטענה באפשרותו לבטל את כתב האישום (גם אם באופן חלקי), לתקן את כתב האישום או להעביר את הדיון לביהמ״ש המוסמך. ביהמ״ש יחליט באיזו אופציה לבחור בכפוף לשלב בו נמצא המשפט – אם הועלתה בתחילת המשפט יתקנו את האישום כדי שיכנס בגדר הסמכות העניינית או לבטל את כתב האישום כדי להגישו מחדש. ככל שההליך הדיוני מתקדם מאוד או שכבר הייתה הכרעת דין הנטייה תהיה לבטל את כתב האישום.

**גם כאן פועל הכלל לפיו לא יעבירנו עוד** ובמקרים בהם ישנה טעות ותיק רצח הגיע לשלום ולא למחוזי, ביהמ״ש השלום יכול רק לבטל את כתב האישום. לעומת זאת, אם הועבר בשגגה מהשלום למחוזי אין באפשרותו להחזיר את התיק לשלום ועליו לדון בתיק או לבטל את כתב האישום. **חשוב להדגיש** כי אם בטעות הוגש תיק שלום למחוזי כל החלטה בו בטלה ומבוטלת, **לשלום יש סמכות ייחודית**, כל עוד לא פועל כלל לא יעבירנו עוד אין סמכות עניינית!

סמכות עניינית של בית משפט השלום

קבועה **בסעיף 51 לחוק בתי המשפט**. כאמור הסמכות היא לעבירות אשר עונשן קנס או עד 7 שנים מאסר, למעט:

1. **אישום הכולל עבירה המוגדרת כעניין כלכלי** – למשל עבירות בניירות ערך, עבירות לפי חוק הסדרת עיסוק בייעוץ השקעות ועוד, ידונו במחלקה הכלכלית של המחוזי **אלא** אם החליט (1) פרקליט המדינה או (2) פרקליט המחוז שהתיק ידון בשלום.
2. **עבירות שוחד ועבירות צווארון לבן** – לדוגמה, גניבה בידי מנהל, קבלת דבר במרמה, רישום כוזב במסמכי תאגיד **שעונשן 5 שנים ומעלה**, ברירת המחדל היא שהן **יידונו בשלום אלא אם** פרקליט המחוז יחליט שאלו ידונו במחוזי.
3. **עבירות לפי חוק ההגבלים העסקיים** – ידונו במחוזי בירושלים בלבד!
4. **עבירות במסגרת פעילות בארגון פשיעה לפי חוק המאבק בארגוני פשיעה** – בניתוח הקייס חשוב לבדוק לפי איזה חוק הוגש כתב האישום. עבירת איומים רגילה מקומה בשלום (לפי חוק העונשין), רק אם מדובר בכתב אישום על איומים מכוח חוק המאבק בארגוני הפשיעה ידון במחוזי!
5. **עברות לפי פקודת הסמים המסוכנים –** אלא אם פרקליט המחוז או המדינה החליטו להעמיד את הנאשם לדין בפני השלום, אפילו אם העונש בדין מעל 7 שנים, למרות שביהמ״ש יוכל לתת רק 7 שנים.

אם ביהמ״ש השלום מרשיע במספר עבירות תחת סמכותו העניינית הוא רשאי להטיל את העונש המרבי על כל אחת, כך **שיכול להיווצר מצב בוא אדם ישב בכלא 30 שנה לאחר שנשפט בשלום**.

המותב בשלום

ברירת המחדל בשלום היא דן יחיד אבל ניתן להרחיב מוטב. רשאי לכך נשיא משפט השלום – מיוזמתו או לבקשת השופט היושב בתיק. קבוע בסעיף 47 לחוק בתי המשפט. לפני שטוענים לחוסר סמכות עניינית במקרה של 3 שופטים יש לבחון האם הייתה הרחבת מותב.

סמכות עניינית של המחוזי

קבועה בסעיף 40(1) לחוק בתי המשפט. יש לו סמכות שיורית לכל מה שלא בסמכות השלום. לצד זה המחוזי מוסמך לדון בעבירות שבתחום הסמכות של השלום רק כשהן מצורפות בכתב אישום עם עבירות בסמכות המחוזי (מצורפת כאחות קטנה). במקביל המחוזי משמש כערכאת ערעור להחלטות של השלום בתחום הסמכות המקומית שלו. כמו כן **כתב אישום שמוגש כנגד שופט מכהן או ראש ממשלה מכהן יידונו במחוזי בירושלים בהרכב של 3 שופטים בלבד**.

המותב במחוזי

עבירות שדינן מוות או מאסר של 10 שנים ומעלה ידונו מול 3 שופטים למעט עברות ספציפיות המנויות **בחלק א בתוספת הראשונה לחוק בתי המשפט** (אז ידון שופט אחד גם אם העונש הוא מעל 10 שנים). בין היתר מדובר על:

1. חבלה בנסיבות מחמירות.
2. גניבה בידי עובד ציבור.
3. גרימת מוות.
4. שוד.
5. במקרים של סחר בבני אדם יש לתת את הדעת על המטרה לשמה נעשה הסחר (זנות, עבדות, סחר באיברים וכו) כאשר רק סחר לעיסוק בזנות ידון בדן יחיד, כל היתר יהיו בהרכב של 3.
6. עבירות לפי פקודת הסמים המסוכנים שידונו במחוזי, עבירות לפי חוק מאבק בארגוני פשיעה, חוק הבחירות לכנס וכו ידונו מול שופט אחד.
7. ערעורים על בביהמ״ש לתעבורה, שנמצא ברמה של בית משפט שלום, יידון מול שופט אחד, בעבירות מסוימות שאינן מסוג פשע (בעבירת גרימת מוות ברשלנות יהיו 3 שופטים).

3 שופטים יהיו גם בערעורים על השלום, משפט חוזר, שפיטה פלילית של שופט או ראש ממשלה מכהן ובהרחבת מותב. במחוזי יכולים להרחיב מוטב הנשיא או סגנו. ידונו בדן יחיד בכל מקום בו לא דנים בהרכב.

**שיעור 3 – 12.04.21**

**פס״ד פרחי**

מרחיב את הלכת יששכרוב לעבר **הראיות הנגזרות**. חקירת רצח של עו״ד מרמת השרון (התחיל בשוד שהתדרדר לרצח). החקירה הייתה במבוי סתום זמן רב. המשטרה מבקשת ממתנדבים DNA (לא מחשודים, סתם לפי סטטיסטיקה) ומבטיחה שישתמשו רק לצורך חקירת הרצח. אף אחד לא עולה כרוצח של עו״ד אך קצינת משטרה עולה על כך שה-DNA של פרחי מתאים ל-DNA של אנס סדרתי (לא הצליבה בכוונה אלא בתום לב). המשטרה עוצרת את פרחי ומבקשת שייתן DNA מרצון אך הוא מסרב. נותנים לו סיגריה ואז לוקחים ממנה DNA שיוצא זהה לאנס. גם איכון של הטלפון שלו תואם למיקומים של האונס. הוא מועמד לדין כאשר הסנגור שלו טוען לפסילת הראיות, לא רק בשל הפרת האבטחה אלא גם בשל הפרת הוראות חוק – חוק החיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי. זהו חוק חדש משנת 96׳ ועוסק בדרכים לחפש בגוף. מאפשר הצלבות DNA של חשודים כאשר פרק בחוק עוסק במי שאינו חשדו. סעיף 14א אומר בפרוש כי כאשר נוטלים DNA ממי שאינו חשוד מתייחס רק למטרה שלשמה נלקח ולא עושים הצלבה עם המאגר המשטרתי. למעשה מתרחשת כאן הפרת חוק והפרת הבטחה. **המחוזי** קובע כי החוק לא קובע קבילות אלא כללים ולכן מפעיל את הפסילה היחסית של יששכרוב כאשר לפיה לא מוצאים לנכון לפסול את ה- DNAהשני (הסיגריה) ויתר הראיות ולכן מרשיע אותו. **בעליון** מדגישים את החומרה המיוחדת שהייתה בפגיעת הזכויות – פגיעה בסיסית בהליך הראוי בעקבות הפרת ההבטחה המפורשת. כלל הפסילה הפסיקתי במקרה הזה פוסל את ה- DNAהראשון בגלל הפגיעה הקשה בזכות אבל ממשיכה לדון בשאר הראיות הנגזרות. **ראיה נגזרת היא ראיה שלא הייתה מושגת אילולא הראיה המקורית** **הפסולה**. השופט **לוי** אומר שנבחן את הראיה הנגזרת על פי קשר סיבתי עובדתי – מבחן האלמלא, אך עם זאת מבחן זה לא מספיק כי הוא תמיד יפסול כל ראיה ולכן יש להשתמש גם בקשר סיבתי משפטי – יש להעביר את הראיה הנגזרת את כל המבחנים שיש להעביר ראיה רגילה – מבחני יששכרוב, סעיף 12 ועוד. כמו כן יש להוסיף את **מבחן הזיקה לראיה הראשית** – ככל שנתרחק מהראיה הראשית כך יהיה קל יותר להכשיר אותה. ביישום המבחנים על המקרה של פרחי לוי אומר כי ה- DNAהשני כל כך צמוד לראיה הראשונה שהוא פוסל את הראיה השנייה. יתר הראיות (האיכונים וכו) מספיק עצמאיים.

**פרופ׳ סנג׳רו** קורא לכך החור השחור של הפס״ד בטענה כי לא מספיק להרשיע אדם באונס עם עונש של 25 שנים על בסיס ראיות נסיבתיות. לפי **המרצה** למרות שהשופטים פסלו את הראיה הם עדיין התייחסו אליה ולא יכלו להתעלם ממנה, ידעו בוודאות שהוא האנס. לפי **המרצה** ההנמקה של **חיות** משכנעת יותר – מקבלת את הראיות הנגזרות בעקבות המבחן השלישי של הלכת יששכרוב בו בודקים את רמת ההשפעה על נפגעי העבירה כחלק מבחינת ההליך ההוגן. היא טוענת שצריך לבחון עד כמה קבלת הראיות תפגע בהליך ההוגן – לא רואה סיבה לעשות דיפרנציאציה בין כלל הראיות ולקבל את כולן.

**פס״ד ולס**

אדם חרדי הורשע בהריגתו בנו על סמך הודאתו. בערעור בעליון הוא טוען גם לפסילת הודאתו לפי ס׳ 12 וגם מכוח הלכת יששכרוב כאשר יש לו טיעונים בפגיעה בזכות ההיוועצות וגם טיעונים לכך ששוטרת חקרה אותו בעוד הוא אדם חרדי שלא רגיל להיות בחדר אחד עם אישה. פס״ד חשוב כי ביהמ״ש לא מנפנף את העמדה לפיה **המשטרה צריכה לקחת בחשבון רגישויות של נחקרים** גם אם הדברים לא נעשים בזדון או על מנת להשפיל. אף אחד מהשופטים לא חשב שהייתה פגיעה ממשית בזכות ההיוועצות המגיעה לכדי פסילת ההודאה. יש לשים לב לעמדת מיעוט של **מלצר** – טען כי יש **להפחית את העונש בגלל הפגיעה בזכות ההיוועצות**.

**פס״ד לין**

עובד זר, סיני, שרצח את חברתו ברצח מזעזע. המשטרה חקרה אותו במהירות בין היתר כי בגלל בעיות תרגום. נאמר ללין שזכותו להיוועץ בעו״ד ולא אמרה לו שזכותו לקבל סנגור ציבורי. כשכבר היה לו סנגור ציבורי הוא טען במשפט כי ההודעה שנאמרה לו לא הייתה אפקטיבית. ביהמ״ש מקבל את הטענה וקובע כי **ההודעה צריכה להיות אפקטיבית** – **אם מגיע סנגור ציבורי צריך להגיד את זה**. במקרה הזה לא הייתה לכך השלכה מאחר שהוא הודה שוב גם לאחר שהיה לו סנגור. השופט רובינשטיין קובע כי **לעיתוי ההודעה ותוכנה יהיו השלכות** ועל המשטרה יש לקחת זאת בחשבון.

**פס״ד בן חיים**

יישום הלכת יששכרוב לראיות חפציות (חיפושים לא חוקיים). העליון איחד 3 מקרים בהם דנו ברמה העקרונית – **האם הסכמה יכולה להיות תחליף לחשד סביר במקרים של חיפושים**? חיפושים מצריכים בדרך צו חיפוש או חשד סביר של השוטר. בשלושת המקרים שאוחדו לא היה שחד סביר אלא הסכמה (בקשה להוציא מה שיש בכיסים/הסכמה לחיפוש בבית/חיפוש בהסכמה בבית בעקבות מידע מודיעיני). **ביהמ״ש קבע כי ההסכמה צריכה להיות הסכמה מדעת – יש להודיע לאדם שזכותו לסרב והסירוב לא יהווה ראיה כנגדו ולרעתו**. כאשר ביהמ״ש מיישם את הכלל הוא פוסל 2 מתוך 3 המקרים בטענה כי המידע המודיעיני מהווה חשד סביר (על אף שככל הנראה היה זמן להוציא צו).

הפס״ד עשה בלגאן במשטרה – יצא נוהל לפיו לא מבצעים חיפוש בהסכמה, למעט מקרים בחוק הדורשים הסכמה.

מקרה בו ביהמ״ש סירב להרחיב את הלכת יששכרוב

**פס״ד שמש**

התרחשה תאונת רכבת שלאחריה הרכבת ערכה חקירה פנימית של עובדים. לאחר מכן המשטרה החלה לערוך חקירה פלילית וביקשה את החומרים שנאספו בחקירה הפנימית (עדויות עובדים). הרכבת לא רצתה להעביר את החומרים ולכן המשטרה ביקשה צו מכוח **סעיף 43 לפסד״פ**:

**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.

הסעיף מאפשר למשטרה ללכת ולבקש מאדם לתת את החפץ או את הראיה. הדיון כולו נעשה במסגרת הסעיף כאשר הרכבת טוענת להלכת יששכרוב – לא יכולים לתת ראיות הפוגעות בזכות השתיקה או ההיוועצות. העובדים נתנו עדויות בצורה חופשית בוועדת בדיקה פנימית, ללא ייעוץ וללא אזהרה וכי לא ניתן למסור זאת למשטרה. נשאל **האם אפשר להפעיל את דוקטרינת יששכרוב עוד לפני הגשת כתב אישום**, באופן המונע העברת ראיה למשטרה? **דנציגר עונה על השאלה בחיוב** באומרו כי ניתן כך לייעל את ההליך הפלילי ולמנוע אפקט מצנן שיימנע מעובדים לדבר בעתיד. הוא פונה **לסעיף 149(10)** בטענה כי לא יהיה זה הוגן וצודק להגיש כתב אישור בנסיבות כאלה. יישום ההלכה מוביל לפסילה. עם זאת, יש לשים לב כי הלכה זו התהפכה! בדיון הנוסף **בייניש** יוצאת נגד הקדמת טיעונים אלו. היא אומרת שהלכת יששכרוב על שיקוליה היא הלכה הבונה על כך שלשופט היושב במשפט יש את התמונה הכוללת. היה ויוגש כתב אישום וישתמשו בראיות הללו יש לטעון זאת במהלך המשפט כאשר השופט היושב בדין הוא זה שיכריע בכך.

זכויות נפגעי עבירה

הנושא מעורר שאלה משום שחו״י: כבוה״א לא אומר דבר על חשודים או נאשמים אלא על אדם באשר הוא אדם. אם כך, מה לגבי זכויות הנפגע? השאלה לא מתעוררת בארה״ב או בקנדה כי שם הזכויות ניתנות באופן פרטני לחשודים או לנאשמים. נחזור **לפס״ד גנימאת** – התעורר וויכוח בין השופטים לגבי האופן בו יש לקחת בחשבון את נפגעי העבירה. השופט **שמגר** אומר כי לא ניתן להסתכל רק על החשודים והנאשמים אלא על ביהמ״ש להיות מקיף ומאוזן. **דורנר** מתווכחת איתו וטוענת כי כעת דנים על מעצר, זכות של נאשם, כאשר כעת אנחנו בוחנים זכויות אדם למול הכוח השלטוני. לטענת דורנר שמגר מעלה את האינטרס הציבורי לכדי זכות חוקתית העשויה לשלול זכויות אינדיבידואליות. **ברק** מסכים עם שמגר אבל טוען כי העניין לא מתעורר כאן כי אין סכנה לקורבן.

אם זכות נפגעי עבירה עולה לכדי זכות חוקתית, האם באפשרותנו לפגוע בזכויות נאשמים כדי לשמור על זכויות נפגעי העבירה? **לטענת המרצה התשובה היא לא**. כן הייתה בישראל מהפכה בכל הקשור לנפגעי עבירה באמצעות חוק נפגעי עבירה אך החוק בעיקר מעניק לנפגעים את הזכות להישמע ולא לפגוע בזכויות נאשמים וחשודים (החוק אומר זאת במפורש).

המקום היחיד בו המדינה מוכנה לפגוע בזכויות היא במקרה של נידון, **בחוק מגבלתו של חזרתו של עבריין מין לסביבת נפגע עבירה** – החוק מאפשר לבימה״ש לקבוע כל מני מגבלות על אדם שהורשע בעבירת מין מבחינת מגורים או עבודה. יש כאן מגבלה על זכויות אך גם היא מידתית.

**חוק הגנה על הציבור מפני עברייני מין** פוגע גם הוא בזכויות הנידונים אך לטובת שמירה על הציבור ולא נפגעי עבירה. חוק זה מאפשר לקבוע שעבריינים מסוימים יהיו בפיקוח לפי דרגת המסוכנות שלהם בהתאם לעבירה שלהם. לדוגמה – אדם שמתחכך בנשים באוטובוסים, ייתכן שיאסרו עליו לעלות על אוטובוס. האכיפה נעשית באמצעות יחידת צור של השב״ס.

פגיעה בזכויות ועלויות כספיות

השאלה היא האם כשאומרים שזכויות של חשודים ונאשמים עלו למדרגה חוקתית זה אומר שצריכים להשקיע כל סכום כסף ושאין לקחת בחשבון את העניין של הוצאות או שאפשר לקחת זאת בחשבון בדרך מסוימת. התשובה היא כמובן שעלויות כספיות בהחלט יכולות להיות תכלית ראויה, זה תלוי בנושא הנדון. אין מנוס מלהתחשב בעלויות כספיות, אבל כל דבר הוא בהתאם לנסיבות העניין. עלויות כספיות ישקלו לאור פסקת ההגבלה, וישאלו האם זו תכלית ראויה. אם זו תכלית ראויה, נשאל האם זה מידתי.

**בפס״ד צמח** נאמר כי חיסכון היא תכלית ראויה אך יש לעשות זאת במידתיות. עניין זה עלה גם בפרשת **הפרטת בתי הסהר**. המדינה הציגה שתי תכליות, צמצום עלויות ושיפור רווחת האסיר. ביהמ"ש אמר שאילו התכלית הכלכלית הייתה עומדת בפני עצמה לבד היא לא הייתה ראויה. ביהמ"ש למעשה ממשיך את הבדיקה בשל העובדה שיש עוד תכלית שהיא תכלית ראויה. בסופו של דבר החוק הזה נפסל ע"ב המבחן השלישי של המידתיות (מאזן בין פגיעה לתועלת). עדיין, זה משמש כדוגמה לאמירה של ביהמ"ש לפיה תכלית כלכלית בלבד אינה תכלית ראויה.

עיכוב ביצוע עד החלטה בערעור

הלכה שהשתנתה לחלוטין. כאשר אדם מורשע בשלום או במחוזי ומקבל עונש מאסר הוא יכול לבקש עיכוב ביצוע של העונש. ההלכה עד חו״י: כבוה״א הייתה שנדיר מאוד שביהמ״ש יתן עיכוב כי חזקת החפות כבר לא קיימת (האדם הורשע). **בעניין שוורץ** ביהמ״ש אמר שנכון שחזקת החפות כורסמה אך היא לא לגמרי בוטלה בעקבות קיומה של זכות הערעור – ההחלטה לא חלוטה. לכן עלינו לקחת בחשבון את הזכות לחירות. ביהמ״ש משנה את נקודת האיזון כך שהגישה לפיה העיכוב הוא חריג כבר לא עומדת. יש לעשות איזון בין רצונה של המדינה להוציא לפועל באופן מיידי את העונש לבין רצונו של הנידון כאשר ביהמ״ש יקח בחשבון מס׳ שיקולים:

1. **חומרת העבירה ומכלול נסיבותיה**.
2. **האם האדם היה עצור או לא** (אם ממילא היה במעצר אין סיבה לעכב את המאסר).
3. **אורך התקופה** (ככל שהמאסר ארוך יותר מעיד על עבירה וחמורה ותמריץ לאדם לברוח).
4. **טיב הערעור וסיכויי הצלחתו**.
5. **האם הערעור הוא גם על ההרשעה וגם על העונש** (ככל שהערעור הוא רק על העונש אז ההרשעה חלוטה ואין חזקת חפות).

ניתן לראות לדוגמה את **מקרה קצב** – השיקולים משכו לכיוונים מנוגדים. במחוזי הוא קיבל 7 שנות מאסר. מצד אחד העבירה חמורה מאוד ועונש המאסר ארוך בעוד הוא לא היה במעצר ולא נטען למסוכנות או חשש מבריחה. קצב ערער גם על ההרשעה וגם על העונש. **דנציגר** עיכב את העונש בטענה כי יש סיכוי לערעור (שינה את ההגנה שלו), גם אם לא באופן מפורש. לבסוף הורשע מחדש בעליון.

דוגמה נוספת היא של **אולמרט** – הורשע בשוחד במחוזי וקיבל 6 שנות מאסר. מצד אחד מדובר בעונש ובעבירה חמורה ומצד שני לא ישב במעצר ולא הייתה סכנת בריחה. כאן היה סיכוי לערעור כי רוב הראיות היו נסיבתיות (לא נמצאו מעולם מעטפות). הערעור באמת התקבל בחלקו וקיבל עונש מופחת. העונש עוכב לבסוף.

המרצה מבקשת לחדד כי ההלכה הזו לא שמורה לאנשים מפורסמים אלא גם לאחרוני העבריינים.

סמכויות חיפוש בגוף

יצא חוק חדש (**חוק חיפוש בגוף**) המהווה את ההשפעה של המהפכה החוקתית. החוק מסדיר בצורה רחבה מאוד את כל הפרטים. **פס״ד גואטה** קדם לחוק ובו השופט **אלון** הדגיש מאוד את עניין הכבוד בעת החיפוש על גופו של החשוד. פס״ד זה הוביל בין היתר לחוק החיפוש בגוף. חוק זה כמו חוק המעצרים קובע הוראת אחידות לפיה כל עוד אין הוראה אחרת הגוברת, יחולו הוראותיו של חוק זה, כך שיגברו החוקים המעודכנים.

**שיעור 4 – 19.04.21**

לבוחן: לא להסתמך על החומר הפתוח. צריך להפעיל מחשבה וללמוד לקראתו.

**פס״ד אוריך**

בפס״ד זה ישנו יישום יפה של **פס״ד פרחי ושמש**. עסק בחיפוש בטלפונים של יועצי רוה״מ, ללא צו ולא לפי הכללים. הצו לחיפוש הושג רק לאחר מכן. נשאלה שאל הקשר הסיבתי בין הפגם הראשוני לצו שהוצא? האם הלכת שמש חלה או כאן או שיש לאבחן אותה מהסיבה שיש לנו מקרה מיוחד שלא סתם נטען לפגם בשלב החקירה עצמה אלא טענה לפיה **הפגיעה מתרחשת כבר עתה** ולא תתרחש רק בשלב המשפט. בפס״ד זה יש לנו דעות של 3 שופטים. **השופט סולברג** אומר שאכן ישנו דימיון רב בין שמש למקרה הזה, בשני המקרים יש קושי לרדת לפרטים בשלב הזה אבל קובע שיש להחיל את הלכת יששכרוב כבר בשלב הזה כי הפגיעה נעשית כבר עתה – בגלל המידע שנמצא בתי המשפט מעניקים את הצו. כמו כן, בשמש לא דובר על הפרת חוק אלא על הבאת ראיות בעוד במקרה הזה עצם קביעת ביהמ״ש לתת צו אם יש קשר סיבתי הופכת את הראיה לכזו שמלכתחילה יש בה הפרה של החוק. הבחנה נוספת בין פסקי הדין היא שבפס״ד שמש לא היו בטוחים בכלל שהמידע שהובא יוגש בכלל בהליך עצמו. כאן רלוונטית לנו **ההרחבה שנעשתה בפס״ד פרחי**. סולברג מגיע למסקנה כי ניתק הקשר הסיבתי העובדתי בין החיפוש הראשוני הלא חוקי לבין הצו שניתן לאחר מכן ע״י ביהמ״ש (לא בטוח שביהמ״ש נתן את הצו על בסיס החומר שהתקבל מהטלפון) ולכן ניתן להכשיר את התוצרים שהתקבלו מהטלפון.

**השופט קרא מגיע לאותה תוצאה אבל בדרך שונה לגמרי**. הלכת שמש חלה – לא ניתן בשלב הזה לבחון טענות באמצעות יששכרוב, כל הטענות לגבי צווי החיפוש יטענו בבתי המשפט ולכן כרגע ניתן להשתמש בתוצרים (בחקירה). ההבחנות בין מקרה זה לפס״ד שמש דקות מדי ולא מספקות.

**השופט מלצר בדעת מיעוט** הולך עם הרציונל של סולברג ואומר שכן צריך לאבחן את שמש ולדון במקרה הזה בשלב המקדמי אבל היישום שלו שונה – חושב שיש קש״ס בין החיפוש הלא חוקי לצווי החיפוש שנתנו לאחר מכן. אומר שהפגיעה בזכות להליך הוגן קשה מדי ופוסל את צווי החיפוש.

המרצה ממליצה לקרוא אותו על מנת ללמוד כיצד שופטים מיישמים את הלכות שמש ופרחי, כל אחת כשלעצמה. האם זו הלכה מחייבת? כרגע מתנהל דיון נוסף במקרה ועלינו להתעדכן בנושא עד בחינות הלשכה. לטענת המרצה המילה האחרונה טרם נאמרה כאן.

המשך - סמכויות חיפוש בגוף

**פס״ד לאוניד לוין**

החקיקה שינתה את התוצאה של פסק הדין. עסק בבדיקות דם הבאות לבדוק נהיגה בשכרות. הבדיקות הללו נעשו מכוח תקנות התעבורה שנחקקו לפני חו״י: כבוה״א. הטענה הייתה שיש להחיל את דרישת ההסכמה שבחוק החיפוש בגוף על הבדיקות האלו משום שגם חוק המעצרים וגם חוק החיפוש בגוף כוללים עיקרון של **תחולה כללית** – ככל שאין הוראה ספציפית גוברת אז יחולו עקרונות חוקים אלו. הסיבה לכך היא כפולה: אחידות הדינים וכדי שהדין המודרני יחול כמה שיותר ובצורה רחבה. בפס״ד זה נטען כי דרישת ההסכמה שקיימת בחוק החיפוש בגוף חלה גם ביחס לבדיקת שכרות עפ״י תקנות התעבורה. ביהמ״ש הסכים לכך, אפילו שפקודת התעבורה קודמת לחוק החיפוש בגוף, הרי שהבדיקות עצמן נעשות עפ״י תקנות התעבורה, נורמה פחותה מחוק, ולכן עיקרון ההסכמה חל עליהן. המרצה מביאה את הפס״ד כדי להבהיר עד כמה ביהמ״ש מפרש בצורה רחבה את העקרונות התואמים את חו״י: כבוה״א. המחוקק לא יכל להשלים עם תוצאות הפס״ד וכעת ישנה חזקה לפיה **סירוב לבצע בדיקת שכרות יוצר בעצמו חזקת שכרות**. כאן צורכי האכיפה גוברים על חזקת החפות.

נוכחות במשפט

**פס״ד בש״פ פלוני**

לא מלמדת אותו בגלל התוצאה אלא בגלל העיקרון שבו – פסלות של סעיף בחוק על בסיס פגיעה בלתי מידתית בזכויות. **חוק סד״פ (עצור החשוד בעבירת ביטחון)** מוסיף הוראות ספציפיות לגבי עצירים ביטחוניים בגלל הייחודיות שבהם. **ס׳ 5 לחוק** אישר הארכת מעצר ללא נוכחות החשוד. הטענה הייתה לפגיעה בחוק היסוד. ביהמ״ש שאל האם ישנה פגיעה בזכות חוקתית וקבע כי נוכחות בהליך פלילי היא זכות חוקתית כחלק מההליך ההוגן. רואים איך בהדרגה זכויות חשודים ונאשמים עלו למדרגה חוקתית. ביהמ״ש קבע כי הפגיעה נעשית לתכלית ראויה אך האם זה מידתי? לפי דעת הרוב התשובה היא לא – לא מידתי שיהיה סעיף כל כך גורף בספר החוקים שלנו, ללא שום הגבלה או סייג. המדינה טענה כי נדיר שמשתמשים בסעיף זה **והשופטת בייניש** אמרה שדווקא אם הוא כל כך נדיר מדוע צריך להיות סעיף כ לכך דרקוני בספר החוקים שלנו? נקודה מעניינת נוספת היא האפקט המצטבר של פגיעה – אם מצמידים את **סעיף 35 לחוק** המעצרים העוסק בדחיית היוועצות הגוררת חוסר ייצוג בעבירות ביטחוניות, להארכת המעצר שלא בנוכחותו של הנאשם, מתקיימת פגיעה חמורה מאוד. כתוצאה מכך סעיף זה בוטל ולאחריו הוא **נחקק מחדש בצורה מידתית יותר**.

הרשעה בדעת רוב

עלתה טענה בעקבות חקיקת חוק היסוד שאין להרשיע יותר בדעת רוב. הרשעה בדעת רוב היא הרשעה לא חוקתית משום שאין הרשעה מעל לכל ספק סביר. ברגע שיש דעת מיעוט אז יש ספק כלשהו. ביהמ"ש דחה את הטענה הזו משום שהוראת **ס' 80 לחוק בתי המשפט** קובעת את האופן שבו מקבלים החלטות במשפט ואת העובדה שבמשפט פלילי צריך רוב לכל אחד מיסודות העבירה. על סעיף זה חלה שמירת הדינים, והוא מאוד בסיסי בשיטת המשפט בישראל. נכון שנחקק חו"י כבוד האדם, אבל יש שמירת דינים, ולכן אם רוצים לשנות את הסעיף צריך הכרעה חקיקתית. בדרך כלל הרוב מצליח לשכנע את המיעוט להצטרף אליו. לטענת המרצה אין היגיון בטענה שהרשעה חייבת להיות בפה אחד אבל זאת חייבת להיות הכרה מושכלת ולא באמצעות פסיקה אלא באמצעות המחוקק. **בפרשת זדורוב** השופט **דנציגר** היה במיעוט בהרשעה ולאחר מכן התבטא בפומבי ואמר כי לדעתו לא ראוי שתהיה הרשעה בדעת רוב אלא פה אחד.

החקירה

חקירה מיועדת לברר את העובדות ולאסוף ראיות. במובן הצר, לפעמים משתמשים במילה חקירה כדי לדבר על שאילת שאלות בעוד שאילת שאלות נקראת תשאול, שהיא חלק מפעולות החקירה. חקירה במנעד הרחב כוללת רשימה אין סופית של אמצעי חקירה. תשאול חשוד או עד מבוחן ע״י ההזהרה כאשר הגוף החוקר בישראל הוא המשטרה (בה נתמקד) או גופי חקירה אחרים. כיום במדינת ישראל חקירה אינה מוגבלת בזמן אלא אם אדם עצור. לעיתים ישנן חקירות שנמשכות שנים. היו שרי משפטים שחשבו לתקן זאת ולהגביל את זמן החקירה אך כרגע זהו המצב המשפטי בישראל.

התחלת חקירה

מוסדר בסעיף 59 לחסד״פ. סעיף 58 לחסד״פ קובע כי כל אדם רשאי להגיש תלונה ולא רק קורבן העבירה. דרך אחרת יכולה להיות רשימה בלתי סגורה של אופציות לגלות על עבירה – תחקיר עיתונאי, מודיעין, שוטר שמגיע לזירה ועוד. סעיף 59 מנוסח בלשון חובה הכפופה לחריגים – אם נודע למשטרה על עבירה היא חייבת לפתוח בחקירה. **החריגים** – נסיבות העניין אינן מתאימות לפתיחה בחקירה או היעדר עניין לציבור או שרשות אחרת מוסמכת לחקור, **כל עוד העבירות אינן פשע**! אם מחליטים שלא לחקור נותנים הודעה למתלונן לפי סעיף 63 לחסד״פ, ואז הוא רשאי להגיד על כך ערר (סעיף 64 לחסד״פ). הערר עולה לפונקציה מסוימת בפרקליטות וכאשר ישנה תשובה לערר מוצה ההליך המנהלי שבתוך הרשויות. הדרך היחידה להמשיך משם היא הגשת בג״צ על היועמ״ש. נדיר מאוד שבג״צים על היועמ״ש מתקבלים. החלטות אכיפה נתפסות כהחלטות מקצועיות עם שק״ד רחב מאוד ולכן נדיר שביהמ״ש יתערב בהחלטות של השאלה האם להעמיד לדין.

לשון החובה הזו עוררה את השאלה מה קורה בעבירות פשע, שלכאורה לפי סעיף 59 אין שום מצב בו המשטרה יכולה לא לחקור.

**בג״צ צדוק**

קולבוטק עשתה תחקיר על אדם שהטריד נשים בלשכת התעסוקה. בעקבות התחקיר העיתונאי הזה נפתחה חקירה משטרתית והוגשו כתבי אישום כנגד צדוק. צדוק הגיש תלונות במשטרה כנגד רפי גינת ועורכים בתוכנית בעברות שמהותן היא פשע – מרמה, שוחד ועוד. המשטרה החליטה לסגור את החקירה כנגד רפי גינת. צדוק מגיש תלונה כנגד המשטרה בה הוא מבקש מהיועמ״ש שיורה למשטרה לחקור את רפי גינת. הוא טוען כי הוא הגיש תלונות על עבירות של פשע ולכן לא ניתן לסגור את התלונה. ביהמ״ש קבע כי **אם מדובר בתלונה מופרכת המשטרה לא חייבת לפתוח בחקירה, גם אם מדובר בעבירת פשע**.

**בג״צ שפטל נ׳ היועמ״ש**

מקרה נדיר של קבלת עתירה כנגד היועמ״ש. דובר על עו״ד שפטל שהיה העו״ד של דמניוק, התלונן נגד עיתונאי על עבירת הסוביודיצה (ניסיון להשפיע על הליך משפטי תלוי ועומד, כיום חלה על הליכים פליליים). לטענת המרצה מדובר בעבירה המהווה אות מתה למרות שפעם היו מעמידים לדין בגינה. המשטרה החליטה שלא לחקור את הטענה ושפטל הגיש ערר שנדחה. לאחר מכן הוא הגיש בג״צ בו בג״צ מטיל למשטרה לחקור. הוא בחן את הנימוקים וטען כי ההתחשבות בכך שהעיתונאי הוא ניצול שואה אינה רלוונטית לעבירה מאחר שהפרסומים לא נבעו מסערת רגשות.

מעורבות התביעה בחקירה

לכאורה בחקירה מצפים שהכל יהיה נתון בחוק אבל הרבה מהפרקטיקות של חקירה לא כתובות מפורשות בחוק. הדוגמה הראשונה לכך היא מעורבות התביעה בחקירה. אם נקרא את החסד״פ נראה סקירה של שלבי ההליך הפלילי כאשר בפועל היועמ״ש והתביעה מעורבים מאוד בהחלטות על פתיחת החקירה ולפעמים בניהול החקירה עצמה. זה קורה כי רוב התיקים מעורבים בכלל ע״י התביעה המשטרתית ולכאורה מדובר באותו גוף. גם אם מדובר בפרקליטות יש הרבה פעמים **פרקליט מלווה לחקירה** (מונח שלא קם ע״י החוק אלא ע״י הפרקטיקה אבל מוזכר בחקיקה, כביכול אימץ אותו). מושג הנובע מיעילות – אין מנוס שפרקליט ילווה את החקירה על מנת לכתוב את כתב האישום תוך ימים ספורים לאחר תום החקירה. לטענת **המרצה** יש עליו גם הרבה ביקורת, כאשר אדם הוא חלק מההליך קשה לו לבקר את ההליך והוא כבר לא סטרילי. אם כך, מהו מקור הסמכות של הפרקליט לתת הוראות למשטרה?

1. בתיקים הנפתחים בעקבות תלונה ממילא אם החקירה נסגרה יש אפשרות להגיש ערר לפרקליטות, מכוח סעיף 64 לחסד״פ. נטען כי אם הפרקליטות היא גורם מבקר למה שלא תוכל לתת הוראות מראש?
2. סעיף 61 לחסד״פ מאפשר לפרקליטים לבקש השלמות חקירה – ביצוע מהלכים נוספים לאחר קבלת החומר. נטען כי אם פרקליט יכול לבקש השלמות חקירה למה שלא יוכל לתת הוראות מראש?
3. מקום המדינה ביהמ״ש מבסס מאוד את המעמד של היועמ״ש כזה שאחראי על כל מערכת האכיפה בישראל, כולל על המשטרה.

בדיקה משטרתית ופרקליטותית

פרקטיקה נוספת שלא מעוגנת בחוק (לצד הסדרי טיעון ופרקליט מלווה). הבדיקה נועדה לבדוק האם יש מקום לפתוח בחקירה. זה טוב כי אם לא נפתחת חקירה אין חשודים, אין תיק חקירה פורמלי וכו ולכן נגרם פחות נזק. העניין הגיע פעם אחת **לבג״צ 3993/01 התנועה למען איכות השלטון.** התנועההגישה תביעה כנגד ראש הרשות לני״ע ולאחר הבדיקה הוחלט שלא לפתוח בחקירה. התנועה לאיכות השלטון עותרת לבהימ״ש בטענה כי לא יתכן שהיועמ״ש לוקח את תפקיד המשטרה וחוקר בעצמו. ביהמ״ש נתן הכשר לסמכות היועמ״ש להחליט מתי הוא עושה בדיקה, להחליט מהו תוכן הבדיקה וכו. **היועמ״ש מופקד על אכיפת החוק ומוסמך בין היתר להחליט על בדיקה מקדמית לפני חקירה** כאשר היקף הבדיקה נתון לשיקול דעתו.

כיום ישנן הנחיות של היועמ״ש לגבי אותה בדיקה כאשר כשזכור לא מדובר ביציר החוק.

תשאול

מהו מקור הסמכות של החקירה במובן הצר – התשאול? מקור הסמכות נמצא **בפקודת הפרוצדורה הפלילית עדות, בסעיף 2.** קצין משטרה בדרגת מפקח ומעלה או כל עובד ציבור ששר המשפטים הסמיך אותו (שופט שאין קצין או עובד ציבור אחר) מוסמך לתשאל אנשים.

**בג״צ הוועד נגד עינויים**

לשב״כ ישנה סמכות לחקור מכוח חוק השב״כ ולכן גם כאן לא מעיינת אותנו התוצאה אלא העיקרון. העותרים טוענים כי לשב״כ אין סמכות לחקור כאשר גם אם יש סמכות לחקור אין לשב״כ רשות לבצע עינויים. ביהמ״ש אומר **שגם החקירה הפשוטה ביותר היא אמצעי הפוגע בזכויות ולכן חייב להיות לה מקור חוקי – לא מוכן לקבל שזוהי סמכות שיורית של הממשלה**. הפתרון שנמצא הוא הסמכות שנינתנו לחוקרי השב״כ מכוח סעיף 2 לפקודת העדות (שר המשפטים נותן). לאחר הפס״ד, בשנת 2002 נחקק חוק השב״כ שמעניק לשב״כ את הסמכות לחקור. לגבי האמצעים ביהמ״ש טוען כי דברים הפוגעים בצלם גופו או נפשו של נחקר אסורים בעוד אמצעים אחרים כדוגמת מניעת שינה אפשריים רק ״לצורך חקירתי אינהרנטי״ ולא להחלשת התנגדותו של הנחקר. כזכור היום אנחנו לא נדרשים לכך כי האמצעים מוסדרים בכללי השב״כ ונתונים לביקורת שיפוטית.

**פס״ד אל אסיד**

מעין יישום של הלכת יששכרוב. דובר על אחד מהרוצחים שהשתתפו בפיגוע במלון פארק בנתניה. במסגרת תפיסתו הוא נחקר בנוהל ״פצצה מתקתקת״ ולאחר מכן הועמד לדין בעבירת רצח בהקשר לפיגוע במלון והורשע במחוזי. לקראת הערעור שלו לעליון יצא פס״ד יששכרוב ואז הסנגור שלו טען כי הגנת הצורך לחוד והלכת יששכרוב לחוד. יתכן וחוקרי השב״כ פעלו כדין בהתאם לנוהל פצצה מתקתקת (מניעת פיגועים בעתיד) ואם אגב זה יוצאת הודאה על דבר שנעשה בעבר, ייתכן והודאה זו תיפסל בזכות הלכת יששכרוב כי הושגה באמצעים פסולים. ביהמ״ש ברמה העקרונית הסכים לכך אבל השאיר זאת בצריך עיון כי ניתן היה להרשיע את הנאשם גם בלעדי ההודאה.

חוק סד״פ (חקירת חשודים)

החוק עוסק ב-3 עקרונות מרכזיים:

1. **חקירה צריכה להיות בשפת החשוד** – **סעיף 2. בפס״ד לין** דיברנו על כך שבאותו מקרה ביהמ״ש מרחיב את חובת ההודעה על היוועצות לאפקטיביות. סיפור נוסף היה כי בחקירה הראשונית המתרגם לא הבין את הניב המדויק של החשוד (מנדרינית) כאשר אי תרגום אפקטיבי יכול להוביל לבטלות (במקרה הזה היו הודאות נוספות כך שלא הייתה בעיה להרשיעו).
2. **מקום החקירה** – **סעיף 3.** החקירה צריכה להתקיים בתחנת המשטרה! אלא אם כן הממונה סבור שיש לקיימה במקום אחר, זהו חריג שיש לנמק. אפילו אם מעכבים אדם ולא לתשאול קצר צריך לבקש ממנו להגיע לתחנת המשטרה כדי שעיקר החקירה תיעשה שם.
3. **תיעוד חקירת החשוד** – **סעיף 4**. תיעוד חזותי או קולי בעבירות חמורות (מתעדכן כל פעם). במקרים כאלה לא מספיקה כתיבה של החקירה אלא יש לצלמו.

סעיף 13 לחוק חקירת חשודים

הסעיף קובע באופן חד משמעי **שפרסום של תיעוד החקירה אסור**. תמיד הנטל יהיה על מי שרוצה לפרסם להוכיח כי הדבר ראוי. הסעיף לא מתנה את האיסור בשום צורה, תמיד יש צורך באישור של ביהמ״ש.

**פס״ד תורג׳מן**

אדם שהורשע בהסדר טיעון בשלב שלאחר ההרשעה ולפני גזר הדין, הנידון ביקש לפרסם קלטת חקירה כדי להוכיח שהיו בה פגמים. ביהמ״ש מסביר שחוק חקירת חשודים נועד להבטיח את תקינות תהליכי חקירה. ביהמ״ש קבע כי ושהפרסום משתרע על כל סוגי החקירה או הנחקרים, אינו מוגבל בזמן או בקיומו של משפט. בבקשת הפרסום ביהמ״ש ישקול את הבקשה אם יש צורך בחשיבות ממשית לצורך בחינת ההתנהלות. יש התחשבות בהסכמת הנחקר אבל עמדתו לא מכרעת. יש לתת את הדעת גם לזכויות לפרטיות של גורמים אחרים. ההחלטה לפרסם קלטת יכולה להיות מידתית – יאפשרו פרסום חלקים אפשריים על מנת למנוע פגיעה בצדדים שלישיים. בנסיבות דנן ביהמ״ש קבע כי אין חשש לפגיעה בהליך השיפוטי מאחר שלא היו צפויות עדויות נוספות ולכן אפשרו את פרסום הקלטת תוך איסור פרסום של צדדים שלישיים או קטינים המעורבים בפרשה. הסעיף חל גם על חקירה של קטין.

**בג״צ מדינת ישראל נ׳ ביהמ״ש המחוזי**

הפרקליטות נוהגת לרענן עדים לפני העדות שלהם. יש על כך ביקורת שלעיתים הדבר זולג לכדי השלמת חקירה. הפסיקה אמרה לתביעה שאם היא מרעננת עדים ויש בה תוספת או שינוי מהותי יש להעביר זאת לסנגורים. השופטת מיכל אגמון גונן קבעה כי על התביעה לתעד תיעוד קולי או חזותי את ריענון העדים. באופן חריג, בגלל שאין ערעורים בהליך פלילי, המדינה הגישה בג״צ בו נהפכה ההחלטה של השופטת אגמון גונן. ביהמ״ש אימץ את הקביעה לפיה יש להעביר תיעוד כתוב לשינויים. לא נקבע בפסיקה כי אי תיעוד כאמור מוביל לפסילת הראיה אלא רק לערעור משקל הראיה. פסילה כזו גם לא עולה מהלכת יששכרוב וגם לא מחוק חקירת חשודים. בג״צ עמד על כך שסוגיית תיעוד קולי או חזותי של ראיון עד מעלה שאלות ודילמות לא פשוטות והוא חושב כי הסדרת הסוגיה יעשה בחקיקה ראשית ולא בחקיקה שיפוטית ובטח שלא בהחלטת ביניים בהליך פלילי במחוזי.

**שיעור 5 – 26.04.21**

זכויות נחקרים - הזכות לאי הפללה עצמית

נמצאת ב-3 חיקוקים **בס׳ 2(2) לפקודת העדות**, מי שמתושאל חייב לענות על כל שאלה מלבד אלו שיש בהן להפלילו. **ס׳ 28(א) לחוק המעצרים** אומר שזכותו של אדם לא לענות על שאלות העלולות להפליל אותו, כחלק מהאזהרה של הקצין לחשוד. **ס׳ 47 בפקודת הראיות** קובע כי אדם לא חייב למסור מיוזמתו ראיה שמפלילה אותו, אם בכל זאת הוחלט שאדם חייב למסור ראיה כלשהי לא ניתן להגיש אותה במשפט של האדם עצמו (**חיסיון שימוש**).

**הזכות נתונה גם לחשוד וגם לעד, כל אדם שמתושאל**!

זכות השתיקה

זוהי זכות רחבה יותר, מאפשר לשתוק. הזכות הזו לא חלה על עדים אלא **נתונה רק לחשודים**. ירשנו אותה מאנגליה, דרך **סימן 46 לדבר המלך**.

**פס״ד גלעד שרון**

בנו של רוה״מ היה חשוד. כאשר המשטרה רוצה לקחת מסמכים היא מוציאה צו חיפוש ואוספת אותם. באותו עניין גלעד גר בבית רוה״מ שבו יש חסינות. מכוח סעיף 43 לסחד״פ המשטרה הוציאה צו להבאת ראיה. גלעד שרון טען כנגד הצו כי ישנו סעיף 47 לפקודת הראיות הקובע כי אדם לא חייב למסור מסמכים שמפלילים אותו. הוא טוען שהוא חשוד ולכן יש לו זכות רחבה יותר מהזכות לאי הפללה, הזכות לשתוק ולכן הוא יכול לא למסור אף מסמך. ביהמ״ש בדק את הרציונלים לזכות השתיקה כדי לוודא האם הם חלים גם על מסמכים:

1. **דאגה לחשוד** – בזמן החקירה החשוד נמצא לבד ולכן ישנו חשש שהוא יודה בדברים שהוא לא עשה. מתוך הדאגה מאפשרים לו לשתוק. ביהמ״ש קובע כי לא מתקיים כאן כי החשוד לא נמצא לבד עם החוקרים. החשוד יכול להגיע לבד עם עו״ד ולכן הרציונל לא מתקיים.
2. **הגנה על שיטת המפשט מפני הודאות שווא של חשודים** – לא רק בשל זכויות החשודים אלא זהו אינטרס גם של שיטת המשפט. במקרה הזה החשש הזה לא מתקיים כי מסמכים זה דבר קיים.
3. **הימנעות מהטלת חובות עשה על החשוד** – בשיטה האדברסרית הצדדים צריכים להביא את הראיות כנגד, כאשר לא מטילים על החשוד חובות עשה. גם אינטרס זה לא מתקיים כי לא מטילים עליו חובת עשה כי לא מבקשים ממנו ליצור מסמכים אלא להביא את אלו הקיימים.

ביהמ״ש ניסה להימלט ממצב בו מוציאים צו והחשוד מצפצף עליו. אם זאת, ניתן יהיה להעניק לשרון חיסיון שימוש כנגדו, אך כרגע הצו חל ועליו להביא את המסמכים. כאמור, בדרך כלל הסוגיה כלל לא מתעוררת כי יש צו אפשרות לחפש. התוצאה – זכות השתיקה לא משתרעת על מסמכים.

**פס״ד אלמליח**

פס״ד המאפשר הבחנה בין הזכות לאי הפללה עצמית לזכות השתיקה. אדם נחקר כחשוד בזיוף ושיתף פעולה ולא שמר על זכות השתיקה. כשהגיעה שאלה שבה הוא התבקש לתת שמות של מעורבים נוספים הוא סירב לענות. הוא הועמד לדין על הפרת הוראה חוקית (היה חייב לענות על שאלות). הוא זוכה ממנה כי הוא נחקר כחשוד ולא כעד ולכן יש לו זכות לא לענות על שאלות בכלל. אם היה נחקר כעד והיו מבקשים ממנו לתת שמות של אנשים אחרים זה לא מפליל אותו והוא היה חייב לענות עליה. מאחר שהוא חשוד, זכותו לשתוק ולכן הוא זוכה.

**פס״ד לגזיאל**

זכות השתיקה קיימת גם לנאשם במהלך משפט. כאשר מוגש כתב אישום לראשונה התביעה צריכה לתת לנאשם את כל חומר החקירה. באותו עניין עו״ד צילם את החומר ואז התביעה איבדה את התיק. הם ביקשו מעו״ד לצלם ממנו מחדש את החומר. עו״ד טען לזכות לאי הפללה עצמית. ביהמ״ש קבע כי כאן **הזכות לא חלה כי מדובר על החזרת המצב לקדמותו** – החומר הזה כבר היה אצל התביעה.

מעמד האזהרה

לפני עידן יששכרוב אי קיומה של אזהרה לא גרר חוסר קבילות. הטענה הייתה כי השופטים שלנו מקצועיים והם ידעו לתת לכך את המשקל הנכון. כאשר נחקק חו״י: כבוה״א וחוקק המעצרים (סעיף 28 לחוק) התחילו עו״ד לאתגר את התפיסה ולנסות לטעון שכאשר החשודים לא הוזהרו ההודאה בטלה.

**פס״ד בלחניס**

השופט קדמי לא מקבל את הטענה ואומר כי לא מדובר בזכות חוקתית. האזהרה היא זכות רגילה של החשוד ואם היא מופרת ביהמ״ש ייתן לכך את המשקל הראוי. אם היא הוכנסה לחוק המעצרים זה לא משנה את מעמדה. **הפרה של הזכות לא משפיעה על קבילות ההודאה אלא רק על משקלה**. למעשה משאיר את המצב שקדם לחוק המעצרים ולחוק היסוד (נפסק לפני יששכרוב ואחרי חקיקת חוק היסוד).

**פס״ד סמירק**

כאן ניתן לראות איתותים לשינוי ההלכה. גרמני שהתאסלם וסייע לחיזבאללה הואשם בארץ ברצח. הופעל לגביו נוהל חקירה מיוחד של השב״כ שעצרו אותו. ביהמ״ש קבע כי כאן חל נוהל חקירות מיוחדות של השב״כ תוך ניסיון למנוע עבירות בעתיד. זה לא היה מקרה הבוחן לפסילת ההודאה אך השופטת בייניש מאותת לכך שהעניין יכול לעלות לכדי כך. טוענת כי ייתכן שפגיעה באזהרה ישפיע על קבילות ההודאה וזו שאלה נכבדה האם מדובר בזכות חוקתית.

לבסוף ההלכה שונתה **בפס״ד יששכרוב** – עלה לכדי זכות יסוד חוקתית כאשר הפרה יכולה להוביל לבטלות ההודאה. כיום, ייתכן שהאזהרה או היעדרה ישפיעו על ההודאה של החשוד. בארה״ב זהו כלל מוחלט בעוד לפי יששכרוב יש להפעיל את הכללים של יששכרוב.

זכות ההיוועצות

**בש״פ פרץ**

השופטת ארבל דיברה על הרציונלים של הזכות:

1. **תורמת להבנת הנחקר את זכויותיו במהלך החקירה** – עוה״ד מסביר לו אותן.
2. **תורמת לתקינות החקירה** – עוה״ד דואג שכל הזכויות יינתנו לחשוד.
3. **תרומה להשגת ראיות לחפות הנאשם** – שיטת משפט שלנו רוצה את האמת ועו״ד יכול לסייע בהבאת ראיות לחפותו של הנאשם.

**תוצאה – לפגיעה בזכות יכולה להיות נפקות גם בשלב המעצר**. מהווה גם כן כהרחבה של הלכת יששכרוב. במקרה זה נטען כי היה פגם בהיוועצות ולכן יש לשחרר את האדם ממעצר. ספציפית באותו עניין השופטת **ארבל** החליטה שכאן חל אחד החריגים של מתן הזכות לפי **ס׳ 34(ד-ה) לחוק המעצרים**, ועל אף הבעיות בהנמקה הכשירו את מניעת הזכות.

**פס״ד קוטלאייר**

ביהמ״ש הבחין בין ההליך הפלילי למנהלי (חוסר רצון להרחיב את הלכת יששכרוב להליך המנהלי). דובר על שימועים שנעשו לפני פסילת רישיון נהיגה באופן מנהלי. נטען כי גם כאן יש צורך להודיע לחשוד על זכותו להיוועץ כאשר ביהמ״ש סירב – **יש הבדל בין ההליך הפלילי למנהלי כאשר בהליך המנהלי ישנה חשיבות גדולה יותר ליעילות על חשבון ההגינות**. אין חובה לדחות את ההליך או להודיע על הזכות כאשר זה בוודאי לא יגרור את פסילת ההליך.

**פס״ד אסף שי**

סעיף 32 לחוק המעצרים הוא הסעיף שאומר שיש חובה להודיע על הזכות להיוועצות בעוד ס׳ 34 לחוק הוא זה שמאפשר את ההיוועצות ללא דיחוי. שני הסעיפים מדברים על עצורים. באסף שי סעיף 32 נשאר בצריך עיון האם גם לנחקר יש את הזכות שיודיע לו שהוא זכאי לעו״ד (אסף שי עצמו היה מודע). אם כן הורחב סעיף 34 גם לחשוד שאינו עצור. התוצאה בפס״ד אסף שי הייתה שהפגיעה בזכותו להיוועצות הובילה לפסילת הודאות ושינוי ההרשעה מהריגה לגרימת מוות ברשלנות.

״ללא דיחוי״ – ניסיון של עו״ד לשנות את ההלכה בעקבות חוק המעצרים החדש וחו״י: כבוה״א. קדם לכך סעיף בחסד״פ בו לא הופיע הביטוי ללא דיחוי אלא בהקדם האפשרי כאשר הפרשנות של ״בהקדם האפשרי״ הייתה שאין צורך להפסיק את החקירה בזמן שממתינים לעו״ד שיגיע. לאחר חקיקת חוק המעצרים, בפס״ד אסף שי העניין שונה כאשר יש להפסיק את החקירה כל עוד עו״ד מגיע בזמן סביר, ואם לא מדובר בחקירה דחופה גם לא בזמן סביר.

פרסום שמות חשודים

לעמדת המרצה זהו נושא חשוב מאוד בתקופה הדיגיטלית. בעבר הנושא לא היה מוסדר ולכן מותר היה לפרסם את השמות. לפני מס׳ שנים חוק בתי המשפט יצר את האיזון בין זכות הציבור לדעת לבין זכותו של החשוד לפרטיות וחזקת החפות. **ס׳ 70 לחוק בתי המשפט (איסור פרסומים)** קובע כי הכלל הוא שחל איסור פרסום (״אם עיתונאי רוצה לפרסם הנטל עליו לפנות לביהמ״ש) עד 48 השעות הראשונות או עד הדיון הראשון (לפי המוקדם מביניהם). ההנחה היא שבשלב הזה עוד לא ניתן לברר את הבירור הראשוני לראות אם יש ממש בטענות. לאחר מכן, מותר לפרסם את השם ואז הנטל עובר לחשוד לבקש לחסות את שמו. **ס׳ 70(ה1)(1) לחוק מאפשר לבימה״ש להמשיך את איסור הפרסום כל עוד הוא יראה נזק חמור** (נזק מיוחד, מעבר לנזק הרגיל) וכי יש להעדיף את מניעת הנזק על פני העניין הציבורי בפרסום, בשלב הזה החזקה היא לטובת זכות הציבור לדעת**.**

**פס״ד חברה פלונית נ׳ פלונית** דובר על מטפל שהיו נגדו חשדות שעשה מעשים מגונים במטופלת. הוא ביקש להמשיך ולחסות את שמו. ביהמ״ש דן בהרחבה בסעיף 70(ה1) והדגיש כי בשלב הזה יש להוכיח נזק מיוחד כי האינטרס הציבורי גובר. הדבר כמובן תלוי בכל מקרה לגופו. באותו עניין התשתית העובדתית כנגד המטפל הייתה חלשה וסברו כי לא יגישו כנגדו כתב אישום ולכן הכף נוטה לטובת אישור פרסום הפרשה מבלי לפרסם את שם החברה והמטפל.

**פס״ד בני פרץ**

בני פרץ הוא האמרגן של אייל גולן, בפרשת הקטינות בו נחקרו מספר חשודים. לא ידעו כי בני פרץ הוא חשוד כי במהלך החקירה ניתן לו חיסיון. לבסוף התיק בעניינו נסגר ונשארה פתוחה השאלה מה לגבי פרסום שמו. החקירה נסגרה = לא הוגש כתב אישום (כפי שדורש הסעיף לצורך הפרסום). כשהפרשה עלתה שוב לכותרות עיתונאים רצו לפרסם שהוא היה חשוד. ביהמ״ש טוען שיש לכך 3 אפשרויות מאחר שאין תשובה בחקיקה:

1. עם סגירת התיק, כאשר האדם כבר לא חשוד, הצו פוקע מאיליו מבלי צורך בהחלטה שיפוטית.
2. עם סגירת התיק, מאחר שהאדם כבר לא חשוד, צו האיסור נותר בתוקף ללא הגבלת זמן ולביהמ״ש אין אפשרות להסירו.
3. אפשרות ביניים – צו האיסור עומד בעינו אבל יש אפשרות לפנות לביהמ״ש ולבקש להסיר אותו לפי **ס׳ 70ג לחוק בתי המשפט**.

ביהמ״ש בוחר באפשרות השלישית ואומר שלגופו של עניין יש לבטל את צו האיסור מאחר שמדובר על פרשה שעלתה לא פעם לכותרות מסיבות שונות וכי הוא בעצמו דמות ציבורית שהעמיד את עצמו בפרונט (בניגוד לחשודים אחרים שאולי עדיף לא לפרסם את שמם כדי לא לפגוע בהם). **בעקבות כך העליון הכריע שניתן להסיר את הצו כשהחקירה נסגרה וכי ספציפית לגביו ניתן לפרסם את שמו**.

**שיעור 6 – 03.05.21**

עיכוב

סוג של הגבלת חירות, פחותה ממעצר, לפי סעיף 5 לחו״י: כבוה״א ולכן נדרש חוק שעומד בתנאי פסקת ההגבלה. אומנם נושא העיכוב היה מוכר עוד לפני חוק המעצרים אבל לא הייתה לכך הגדרה חוקית. החוק הגדיר מהו עיכוב מהן המגבלות שחלות עליו וכו.

ההגדרה מופיעה **בס׳ 66 לחוק המעצרים**, הקובע כי עיכוב יכול להיעשות בשל חשד שבוצעה עבירה בעבר, אין מגבלה בהתאם לסוג העבירות (כמו שיש במעצרים). כמו כן אין הגבלה לגבי הזמן שעבר מאז העבירה.

משך העיכוב

ס׳ 73 לחוק המעצרים קובע כי עיכוב יעשה רק **לזמן סביר** ובכל מקרה חוקיות של עיכוב תהיה כ-3 שעות. במקרה רב מעורבים כדוגמת הפגנה (כשאין זמן לתשאל את כולם) הקצין הממונה יכול להאריך את העיכוב ל-3 שעות נוספות, כלומר עד 6 שעות. לפי פקודות המשטרה (פקודת המטה הארצי) **נחקר לא נחשב מעוכב ולכן מגבלת 3 השעות לא חלה**.

הנוהל בעיכוב

קבוע בס׳ 72 לחוק המעצרים, **מפנה לס׳ 24 לחוק המעצרים העוסק בביצוע מעצר**. למעשה נוהל עיכוב הוא נוהל מעצר בשינויים המחויבים. בס׳ 24 יש שתי הוראות עיקריות – זיהוי של השוטר והודעה על סיבת המעצר (למעשה העיכוב). בשינויים המחויבים מצויין לנו שמילוי החובות האמורות הן תנאי לחוקיות העיכוב (הזדהות כשוטר + הודעה על הסיבה).

סוגי עיכובים

1. **עיכוב חשוד** – **ס׳ 67 לחוק המעצרים**. לשוטר צריך להיות ״יסוד סביר לחשד״ שפורש **בפס״ד דגני** שקדם לחוק המעצרים אבל הוא עדיין רלוונטי כי המונח הישן קיים גם בחקיקה החדשה. יסוד סביר לחשד נבחן **במבחן אובייקטיבי – האם השוטר הסביר היה יכול לחשוד**. ייתכן ששוטר טעה טעות עובדתית אבל אם גם שוטר סביר היה טועה כך גם זה תקין. אין מגבלה על סוג העבירה, זה יכול להיות גם חטא, בניגוד לדיני מעצרים. אין כאן הגבלה לגבי זמן העבירה – אם התקיימה עכשיו או זה מכבר. כמו כן, אם החשד הוא לגבי עבירה שעומדת להתבצע זאת צריכה להיות **עבירה מסוכנת**. שוטר רשאי לדרוש מאדם להתלוות עמו לתחנת המשטרה אם יש יסוד סביר לחשד שהוא עבר עבירה או אם הזיהוי היה בלתי מספיק או שלא ניתן לחקור אותו במקום הימצאו.

למעשה נדמה מהסעיף שהחריג הוא הבאה לתחנה אך בפועל תשאולים ארוכים או רציניים צריכים להיעשות בתחנת המשטרה. **חקירה תיעשה בתחנת המשטרה**. לא ניתן לקרוא את הסעיף הזה לבדו (לפני המבחן, לקרוא את הסעיף).

1. **עיכוב עד** – **ס׳ 68 לחוק המעצרים**. שוב מדובר ביסוד סביר לחשד עם יסוד אובייקטיבי, נוגע לכל עבירה. עד באופן כללי אינו בהכרח עד ראיה, אלא אדם שיכול למסור מידע הנוגע לעבירה. גם כאן המטרה היא לברר את זהותו ומענו וכדי לחקור אותו במקום הימצאו אך אם הזיהוי היה בלתי מספיק או שישנו חשש שהאדם לא יתייצב לחקירה במועד השוטר רשאי לבקש מהעד להתלוות עמו לתחנת המשטרה. לטענת המרצה מדובר על סמכות מרחיקת לכת כי לא מדובר בחשוד אך מצד שני מדובר פה על חשיבות הסיוע של האזרחים למשטרה.
2. **עיכוב לשם חיפוש ובדיקת מסמכים** – **ס׳ 69 לחוק המעצרים**. סעיף שבא למלא חלל. ישנן סמכויות שונות המאפשרות לחפש על אדם (ס׳ 29 לפסד״פ לדוגמה) אבל לא היה כתוב שניתן לעכב לצורך העניין. רוב האנשים הנורמטיביים יעצרו אבל הסמכות לעצור אדם או רכב כדי לבצע חיפוש לא הייתה קיימת ולכן הגיע הסעיף הנ״ל (לתת מענה לחיקוק אחר שמאפשר חיפוש מסמכים). זה לא מאפשר לעשות חיפוש ברכב! הסעיף רק אומר שאם לשוטר סמכות לבקש מסמך יש לו סמכות גם לעצור את הרכב.
3. **עיכוב כלי רכב** – **ס׳ 71 לחוק המעצרים**. מתחבר עם הסעיף הקודם. כאן אנחנו מדברים על כך שעל מנת לחפש ברכב לשוטר צריך להיות חשד סביר שבוצעה עבירה בת מעצר (עוון או פשע). הסעיף תופס גם אם ישנו חשש שעומדת להתבצע עבירה עתידית או הסתברות גבוהה שעומדת להתבצע עבירה בת מעצר. למעשה אסור לשוטר להתחיל לחפש ברכב אם הוא עצר אותו רק כדי לבדוק רישיונות אלא אם יש לו יסוד סביר (ריח של סמים לדוגמה).

הכלל – חקירה במשרדי המשטרה לא מוגבלת במשך העיכוב

**פס״ד חוטר ישי**

חוטר היה חשוד והמשטרה רצתה לחקור אותו במשרדי המשטרה במקביל לאדם אחר, לזמן את שניהם יחדיו. ישי לא הסכים לבוא ומטעמי זהירות המשטרה ביקשה לקבל צו הבאה. העניין מגיע לשופט זמיר כשופט תורן שאומר שכאשר המשטרה מעכבת אדם הוא צריך להגיע. **חוק חקירת חשודים**, חוק משנת 2000 המאוחר לחוק המעצרים, **סעיף 3** שבו אומר כי **חקירת חשוד תתנהל בתחנת משטרה** אלא אם כן סבר השוטר שאי אפשר לנהלה מחוץ למשטרה או שיש צורך לנהל אותה מחוץ למשטרה. על קצין משטרה לנמק בכתב את הנימוקים המיוחדים בגינם הוחלט לחקור אדם מחוץ לטחנת המשטרה. פקודות המטה הארצי אומרות שחקירה של עד או של חשוד במשטרה אומרות שאם אדם לא עצור הדרך להביאו לתחנת המשטרה היא למעשה עיכוב. ברגע שאדם מגיע לתחנה הוא כבר לא מעוכב אלא נחקר ולכן מגבלת 3 השעות לא חלה.

חיפוש מוגבל על גופו של אדם שעוכב

בעקבות **הלכת בן חיים** המשטרה אמרה לשוטרים לא לעשות יותר חיפושים בהסכמה אלא במקרים מאוד מאוד מוגבלים בהם יש לאקונה. אחד המקרים הללו הוא מקרה בו אדם מעוכב ומבקשים ממנו להתלוות לניידת או אמבולנס. אגב מעצר ישנה סמכות חיפוש אך לא אגב עיכוב. מצד אחד אומרים לשוטרים להעדיף עיכוב על פני מעצר וכי חקירה אמורה להיעשות בתחנת משטרה ואז אומרים לאדם להתלוות לרכב משטרתי תוך כדי שהאדם יכול להיות מסוכן ושיהיה לו נשק. זה היה אחד החריגים בהם המשטרה אפשרה לשוטרים לבקש הסכמה לחיפוש. החוק תוקן **וס׳ 72א לחוק המעצרים קובע שאין צורך בחשד סביר לעשות חיפוש מוגבל על אדם מעוכב בעת כניסתו לרכב בשימוש משטרה או אמבולנס**. אם חשוד מתנגד לחיפוש מוגבל ניתן להשתמש בכוח סביר לשם ביצועו. על עד אי אפשר להשתמש בכוח סביר.

היחס בין דיני העיכוב לחוק תעודת זהות

**פס״ד טבקה**

מעלה את השאלה על היחס בין דיני העיכוב לחוק תעודת זהות. ישנם חיקוקים מנדטוריים בהם ישנן סמכויות שחל עליהן סעיף שמירת הדינים. כאן הגיעה לעליון שאלה שנשאלה מס׳ פעמים בבתי משפט שלום – **האם שוטר מוסמך במסגרת מילוי תפקידו לדרוש מעובר אורח למסור לו תעודה מזהה מבלי שקיים חשד סביר שאדם ביצע עבירה**? בעוד עיכוב חשוד דורש חשש סביר לביצוע עבירה, ס׳ 2 לחוק תעודת זהות קובע שמתי ששוטר מבקש תעודת זהות האדם חייב לתת לו, מבלי שיתקיים חשד סביר. טבקה היא עמותה המגינה על זכויות הקהילה האתיופית. במקרים רבים שוטרים השתמשו בס׳ 2 לחוק תעודת זהות כדי לבקש ת״ז ולבצע פעולות שיטור נוספות. דעת הרוב של **השופטת חיות** אמרה **שאין צורך בחשד סביר אבל הדרישה הזו מוגבלת רק לבירור הפרטים שבתעודת הזהות** (גיל, כתובת וכו) – **אי אפשר לעשות פעולות שיטור נוספות ללא חשד סביר** (תשאול, הצלבת נתונים ועוד). **דעת המיעוט של שטיין** הייתה שס׳ 2 לחוק תעודת זהות אינו מאפשר לשוטר לדרוש הצגת ת״ז ללא חשד סביר. הוא מרכיב את דיני העיכוב על ההוראות של החוק. **המכון הישראלי לדמוקרטיה** כתב על כך ביקורת בכך שלא ניתן לפרש בשונה מחיות את החוק (שטיין פירש בהרחבה יתרה את החוק) אך עם זאת **יש להתאים חקיקה ישנה להוראות חוק היסוד** (לשכתב את החוק כך שיתאים לפרשנות של שטיין).

עיכוב ע״י אדם פרטי

 עד לחקיקת חוק המעצרים, לפי הדינים הישנים, התאפשר מעצר של אדם ע״י אדם פרטי אחר. כעת החוק לא נותן סמכות מעצר לאדם פרטי אבל כן **נותן סמכות עיכוב מסוימת**. ס׳ 75 לחוק המעצרים אומר שאדם פרטי יכול לעכב אדם אם הוא מבצע עבירת פשע בפניו; אדם אחר קורא לעזרה ומצביע על החשוד, כל עוד לא ידוע לנו מי הוא או שיש חשש שהוא ימלט. גם כאן העיכוב מוגבל ל-3 שעות ובכל זאת יש למסור את האדם לשוטר ללא דיחוי. המבצע את העיכוב רשאי להשתמש בכוח סביר אם החשוד סירב להיעתר לעיכוב ובלבד שלא תיגרם לחשוד חבלה. מדוע השימוש בכוח סביר מוגבל רק לאנשים פרטיים ולא לשוטרים? הסיבה היא שלשוטר יש סמכות מעצר אם יש התנגדות לעיכוב כאשר סמכות המעצר ישר מקימה סמכות להשתמש בכוח סביר לנסיבות המקרה. לעומת זאת, בדין הנוכחי אין לאדם פרטי סמכות מעצר.

**פס״ד קסאי**

עסק בעיכוב ע״י פקחים ללא סמכויות מעצר ועיכוב ולכן הפס״ד עוסק בעיכוב ע״י אדם פרטי. מישהו התלונן לפקחים שהוא ראה אתיופי וחשד שהוא עבר עבירה ונשאלה השאלה האם בעיכוב ניתן להסתמך על טענות של צד שלישי בגיבוש החשד. ביהמ״ש ענה על כך בחיוב – **אין הכרח שהחשד ייווצר מעובדות שנחזו בפני השוטר**. מבחן החשד הוא גם כן החשד הסביר האובייקטיבי. השופט מלצר חשב שהעיכוב לא היה חוקי כי הפקחים לא עשו נוהל עיכוב לפי ס׳ 24 לחוק המעצרים. לעומת זאת יתר השופטים אמרו שבעיכוב ע״י אדם פרטי אין תחולה לסעיף 24 לחוק המעצרים. עם זאת, **בגלל שמדובר על פקחים יש להם חובות הגינות כלליות ומהן נגזרות חובות הנמקה** (הדומה לתנאי ס׳ 24). כל השופטים מגיעים למסקנה שהעיכוב היה בלתי חוקי וכתוצאה מכך נפסלה הסכין שנתפסה כתוצאה מהעיכוב הבלתי חוקי. לעומת זאת, החיפושים שנעשו על החשוד נעשו בשל חשד סביר אבל התוצאה הייתה זיכוי בעבירה של החזקת סכין והשאירו את ההרשעות האחרות (תוך הקלת הענישה).

מבוא למעצרים

עקרונות דיני המעצרים

ס' 1 לחוק המעצרים קובע שלושה עקרונות:

1. **עקרון החוקיות -** ס קטן (א) קובע ש "אין מעצר ועיכוב אלא בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו". כלומר, כל מעצר ולו מעצר לזמן קצר, מעצר שמגשר בין מעצרים וכו' צריכה להיות לו הסמכה בחוק.

**פס"ד מורוזובה**

במסגרת פס"ד זה עלתה שאלה והיא איזה ערכאה מוסמכת לדון במעצרו של מי שפסק דינו המרשיע בוטל בערעור, ועניינו הוחזר לדיון מחדש בערכאה דיונית?

במקרה זה המערערת הואשמה ברצח על בסיס הודאה שלה, מתחיל המשפט והיא 3 חודשים במעצר עד תום הליכים. היא מודה במסגרת הסדר טיעון בהריגה ו-3 שנים לאחר תחילת המעצר היא מערערת לעליון שמאפשר לה לחזור בה מההודאה שבה ובכך בעצם מבטל את ההרשעה ומתחיל משפט חדש במחוזי. באותו דיון נשאלה שאלה לגבי מעצר עד תום הליכים. ס' 61 לחוק המעצרים קובע שביהמ"ש יכול להטיל 9 חודשי מעצר עד תום ההליכים מאחורי סורג ובריח. הרבה פעמים המשפט לא מסתיים ולכן ס' 62 בא ומשלים שניתן לבקש מביהמ"ש העליון להאריך את המעצר. השאלה שעלתה במסגרת פס"ד היא האם מאחר ומתחיל משפט חדש אז הספירה של המעצר מתחילה מחדש של 9 חודשים או שנשארו לה 6 חודשים ולאחר מכן יצטרכו לבקש בקשת הארכה מהעליון? החוק שותק בעניין זה. ביהמ"ש העליון סוקר את החסד"פ ואת חוק המעצרים ומראה שבכל פעם שהיה חסר בחקיקה, הלכו ותיקנו את סמכות המעצר כי החובה היא לעצור מכוח חוק. במקרה הזה נקבע שצריך לקחת בחשבון את 3 החודשים שבהם הייתה במעצר וכעבור 6 חודשים יהיה צריך לבקש את הארכת המעצר. בסיטואציה הזו ביהמ"ש העליון הוא היחיד שמוסמך להאריך מעצר (בגלל שהחוק שותק). פרשה זו מדגימה את ההקפה על עקרון החוקיות שקבוע בס' 1 לחוק המעצרים.

1. **כבוד האדם -** סעיף קטן ב' קובע ש"מעצרו ועיכובו של אדם יהיו בדרך שתבטיח שמירה מרבית על כבוד האדם ועל זכויותיו". עקרון זה נגזר מדרישת המידתיות בחוק היסוד שקובע שפגיעה באדם צריכה להיות מידתית ולכן גם כאשר אנחנו מדברים על מעצר/עיכוב צריך לדאוג שהפגיעה לשם השגת המעצר תהיה מינימלית. צריך לשים לב שהחוק לא מסתפק בעיקרון הכללי ופורט את העובדה הזו לאורך כל החוק, תמיד יהיו דרישות מידתיות. למשל ס' 23 שעוסק במעצר של שוטר ללא צו קובע שצריך להעדיף עיכוב על פני מעצר, ס' 4 לחוק קובע עדיפות למעצר בצו על פני מעצר שלא בצו.
2. **עקרון התחולה הכללית -** סעיף קטן ג' קובע ש"הוראות חוק זה יחולו על מעצר ועל עיכוב לפי כל חוק, אלא אם כן נקבעו בחוק הוראות אחרות". מדובר בעיקרון שנועד לקדם את האחידות בדיני מעצרים באמצעות שימוש בחוק זה כברירת מחדל. ברור לנו שחוק ספציפי יגבר על החוק הכללי אבל אם בחוק ספציפי שמקנה סמכות מעצר אין הוראה סותרת, אז הדין הכללי יחול מכוח חוק זה. החוק מאפשר גם אחידות וגם להחיל דין מודרני על הוראות מעצר גם אם הן ישנות.

**פס"ד ליאונד לוין** הסביר לנו את הנושא וקבע שנדרש לפרש גם הוראות חיפוש/מעצר ישנות כהוראות שכפופות להוראות הכלליות שיש בהן עקרון תחולה כללית.

סמכות עניינית (ס' 2 לחוק)

עד הגשת כ"א תמיד סמכויות המעצר יהיו בשלום (כולל הצהרת תובע) ולא משנה באיזה עבירה האדם חשוד. לאחר הגשת כ"א, מעצר עד תום ההליכים הוא בסמכות ביהמ"ש אליו הוגש כ"א אבל לא מדובר באותו שופט, נדרש יהיה ללכת לשופט הרלוונטי שהוא אינו השופט שיושב במשפט. מעבר לכך, לפעמים יש לנו מעצרים בערעור ומעצרים אלו יהיו בסמכות בית המשפט שבערעור.

עקרונות ללימוד מעצרים

כל סוג מעצר שנלמד, יילמד לפי שני מסלולים – מסלול ראשי ומסלול משני.

**במסלול הראשי נלמד מספר דברים:**

1. תשתית ראייתית להוכחת הקשר לעבירה: בכל סוג מעצר נשאל איזו תשתית ראייתית נדרשת להוכחת הקשר בין אותו אדם לבין מה שמיוחס לו.
2. עילות המעצר: צריך גם עילה למעצר. מעצר אינו עונש, הוא אמצעי מנעתי שבא למנוע בעיות. לכן לא מספיק קשר לעבירה אלא עילת מעצר. העילות הנפוצות למעצר הן מסוכנות וסכנה לשיבוש. מסוכנות יכולה להיות ביטחוניות, פלילית, לאדם, לציבור. שיבוש זה שם כולל לכל דבר שיכול לשבש את המשפט, דוגמת בריחה, העלמת ראיות, הפחדת עדים וכו'.
3. חלופת מעצר: מי ואיך בודק את חלופת המעצר.

**במסלול המשני**: בכל סוג של מעצר יכול להיות מעצר שהוא בגלל הפרת הוראה חוקית קודמת. כלומר הייתה הוראה שהופרה שמקנה עילת מעצר. במקרה כזה לא צריך לעבור את כל השלבים שציינו לעיל. למשל, במקרה של מעצר ע"י שופט ללא צו, נדבר במסלול הראשי ששוטר צריך חשד סביר שנעברה עבירה בת מעצר ונדבר על עילות המעצר ואיך בודקים חלופות מעצר. במסלול המשני מספיק שהייתה הוראת עיכוב והייתה הפרה של עיכוב או התנגדות לעיכוב זה מספיק למעצר.

סוגי מעצרים

1. **מעצר ראשוני ע"י שוטר -** יכול להיות בצו/לא בצו. בצו מדובר בסיטואציה בה המשטרה מוציאה צו אצל שופט שלא בנוכחות האדם ולאחר מכן שוטר הולך ומבצע את הצו מכוח ס' 19. מעצר ראשוני יכול להיות גם ע"י שוטר שלא בצו במקרים מסוימים (לפי ס' 23). לדוגמא כאשר נקרא /נקלע לזירת אירוע מסוימת בה מתקיימים התנאים למעצר ואין זמן להוציא אחד כזה. מדבור במעצר של 24 שעות ולאחר מכן צריך להביא את החשוד להארכת מעצר ע"י שופט/מעצר ימים/מעצר לפני הגשת כ"א.
2. **הארכת מעצר ע"י שופט/מעצר ימים/מעצר לפני הגשת כ"א -** במקרים שבהם האדם עומד בעילת מסוכנות/שיבוש, המשטרה מחליטה שהיא צריכה לשים את אותו אדם במעצר כדי לחקור אותו. בשל כך היא מבקשת מהשופט ימי מעצר לצורכי החקירה.
3. **מעצר לפי הצהרת תובע**: בהתאם לס' 17(ד). מצב שבו הסתיימה החקירה לכאורה צריך לשחרר את האדם. התובע צריך כמה ימים לכתוב את כתב האישום וחושבים שזה אדם שצריך להמשיך להיות במעצר. עם הגשת כתב האישום יבקשו הארכת מעצר. לכן התובע צריך לגשת לביהמ"ש ולהצהיר שהוא יגיש כתב אישום ובהגשת כתב האישום הוא יבקש מעצר עד תום ההליכים. ביהמ"ש מוסמך לתת לו עד חמישה ימים לצורך כתיבת כתב האישום.
4. **מעצר עד תום הליכים**.
5. **מעצר לצורך הגשת ערעור -** נניח שאדם זוכה או הורשע אבל לא קיבל עונש מאסר. התביעה רוצה לערער וחושבת שמדובר באדם שצריך להיות במאסר, היא יכולה לבקש הארכה של עד 72 שעות לצורך כתיבת הערעור.
6. **מעצר בערעור -** ס' 22(ב), 63+2(3) . פה ביהמ"ש של ערעור מקבל את הסמכות כמו של מעצר עד תום ההליכים ומוסמך לעצור בערוער.

מעצר ראשוני בצו או שלא בצו

המעצר הראשוני מבוצע ע"י שוטר, מעצר ראשוני יכול להיות בצו שופט או לא בצו. לאח רהמעצר מובא העצור לתחנת המשטרה. עצור שלא בצו מובא בפני קצין ממונה אשר עורך בירור באשר למעצר ומחליט אם לשחרר את העצור בערובה או לעצרו. אין חובה להביא את מי שנעצר בצו בפני קצין ממונה, אולם אם מובא בפני קצין, רשאי כל קצין משטרה (לא רק קצין ממונה) לשחרר את מי שנעצר בצו, בערובה או לא בערובה. בכל מקרה המעצר הראשוני יהיה **עד 24 שעות**.

מעצר ימים- מעצר לפני הגשת כ"א

בתוך 24 שעות מהמעצר הראשני, אם החשוד לא שוחרר, הוא מובא בפני שופט. השופט רשאי להאריך את מעצרו של החשוד, או לשחררו בערובה או לא בערובה. אם השופט מחליט על הארכת מעצר, רשאי הוא להורות על הארכת מעצרו לתקופה שלא תעלה על 15 ימים. לאחר תקופת מעצר הימים הראשונית, רשאי השופט לחזור ולהאריך את המעצר לבקשת המשטרה פעמים נוספות ובלבד שסך כל תקופות המעצר לא תעלה על 30 ימים. עם זאת, אם הבקשה להארכת מעצר מוגשת באישור יועמ"ש לממשלה, רשאי השופט להאריך את המעצר לתקופות נוספות ובלבד שסך תקופות המעצר לפני הגשת כ"א לא יעלה על 75 ימים. בחלוף 75 ימים רשאי שופט ביהמ"ש עליון להאריך את המעצר לתקופות נוספות של 90 יום כל אחת.

מעצר לפי הצהרת תובע – מתום החקירה ועד הגשת כ"א

בד"כ, החקירה תסתיים תוך 30 ימים ראשונים הקצובים למעצר ימים. עם תום החקירה ישוחרר החשוד אלא אם הוגש כ"א והוחלט לעוצרו עד תום ההליכים. כיוון שההחלטה להגיש כ"א מסורה לתובע, הרי שעם תום החקירה צריך לעיתים התובע זמן לבחון את החומר ולהכין את כ"א. לצורך כל נקבע ההסדר בס' 17(ד) המסמיך שופט להאריך את מעצרו של אדם לצורך הכנת כ"א לתקופה של עד 5 ימים אם התובע מצהיר שהוא הולך להגיש כ"א.

מעצר עד תום הליכים לאחר הגשת כ"א

ביהמ"ש שבפניו הוגש כ"א רשאי לצוות על מעצרו של הנאשם עד תום ההליכים (ס' 21). בשונה מהמעצר הקודם להגשת כ"א, מעצר לאחר הגשת כ"א ימשך בדרך כלל עד מתן פס"ד בלא צורך בחידושו כל מספר ימים אלא אם ביהמ"ש קבע אחרת, אך ישנן מספר הגבלות. ראשית, נדרש להתחיל את המשפט (הקראת כ"א) עד 30 יום מהגשת כ"א – אם לא הנאשם ישוחרר בערובה. שנית, אם הנאשם שהה במעצר תשעה חודשים ולא ניתנה בעניינו הכרעת דין הוא ישוחרר בערובה או לא בערובה. רשאי שופט ביהמ"ש עליון להאריך מעצר גם מעבר לתקופות אלו לתקופות של 90 יום בכל פעם ואפילו 150 ימיפם.

הארכות מעצר מהסוג האלה של ביהמ"ש העליון יכולות לקרות בפרשיות סבוכות שהם יש ריבוי נאשמים או שמדובר בתיקים קריטיים וקשים וביהמ"ש עליון מאריך את מעצרים של החודשים גם לשנה ומעלה.

מעצר לצורך ערעור ובערעור

אם נאשם שנעצר עד תום הליכים הורשע, הוא ישאר במעצר עד גזר הדין. אם הוא זוכה הוא ישוחרר. אם לאחר פס"ד יש לשחרר את הנאשם, בין משום שהוא זוכה ובין משום שהוא לא הוטל עליו עונש של מאסר בפועל, רשאי ביהמ"ש לבקשת התביעה להאריך את מעצרו של 72 שעות לצורך הגשת הערעור. עם הגשת הערעור רשאי ביהמ"ש לעוצרו למהלך שלב הערעור.

תחילתו של מעצר וסיומו

ס' 5-6 עוסקים בסוגיית תחילתו של המעצר וסיומו. כיוון שסמכות המעצר תמיד מוגבלת בזמן, לסעיפים אלו חשיבות רבה. בעזרתם ניתן לקבוע מהו משך המעצר, והאם המשך המעצר הוא חוקי.

תחילת מעצר יכולה להיות באמצעות צו שופט שניתן בנוכחות האדם או בהיעדרו של האדם. במקרה השני צריך למסור הודעה לאותו אדם שבאים לעוצרו או עם עשיית מעשה גלוי למימוש המעצר. צריך לשים לב שהסעיף הזה לא מדבר על מעשה פיזי כלשהו. כלומר שנדבר על מעצר ללא צו, נראה שאם שוטר מזדהה ואומר לאדם את סיבת המעצר הוא לא צריך לאזוק אותו או לעשות מעשה פיזי כדי להמחיש את המעצר. כלומר אפילו אם לא נאזק החשוד והוא בורח, הוא בורח ממשמורת חוקית.

ס' 6 קובע את סיום המעצר וקובע כי הסיום יהיה בתום תקופת המעצר הקבועה לו, בהודעה לעצור על החלטת שופט או אדם מוסמך על סיום מעצרו, במרקה בו הותנה סיום מעצרו בתנאים והתנאים התמלאו או במקרים בהם ניתנה החלטה על שחרורו של אדם בהיעדרו וניתנה לו הודעה על כך ללא דיחוי.

**שיעור 7 – 24.05.21**

מעצר ראשוני ע״י שוטר שלא בצו

מעוגן **בסעיף 23 לחוק המעצרים**. ניתן לעצור רק בעוון עבירת עוון או פשע. מבחינת המסלול הראשי, כזכור קודם כל נשאל מהי התשתית העובדתית למעצר – התשתית העובדתית שמופיעה בסעיף היא יסוד סביר להניח. עפ״י **פס״ד דגני** מדובר על מבחן אובייקטיבי, כמו בעיכוב, של השוטר הסביר. גם אם השוטר טעה טעות עובדתית לא נשללת חוקיות המעצר. טעות משפטית כן שוללת את חוקיות המעצר. אם השוטר עוצר בגין עבירת חטא המעצר לא יהיה חוקי. על בסיס התשתית העובדתית שקושרת את החשוד לעבירה, יש צורך גם בעילת מעצר. עילות המעצר הן שיבוש ומסוכנות. עילת השיבוש מתקיימת **בסעיף 23א(2), (3) ו-(6) (להסתכל בחוק).**

את עילת המסוכנות רואים **(1) בס׳ 23(א)(1)** ומתייחס לביטחון האדם, הציבור או המדינה. הסעיף מדבר על כך שמסוכנות החשוד נלמדת אצל השוטר בעיקר מכך שהעבירה נעברה בפני השוטר וזה מקרוב. עבירה נעברת בפני השוטר כאשר היא נקלטת בחושיו, לאו דווקא בעיניים. ״זה מקרוב״ – יש הלכה שהדבר נלמד בשעות ולא בימים. **בפס״ד כהן** שוטר עשה עבירת תנועה יום למחרת ונעצר ללא פקודת מעצר (מקביל לצו מעצר). ביהמ״ש קבע כי עבירה שנעברה אתמול אינה נחשבת ״זה מקרוב״ וכי ניתן היה להוציא צו מעצר.

עילת מסוכנות נוספות נמצאת **(2) בסעיף 23(א)(4)** כאשר המסוכנות נלמדת לא מהאדם עצמו אלא מדרך אחרת, לדוגמה כאשר ישנו חשש שאדם עבר עבירה ואותו אדם מוכר לשוטר כבעל עבר פלילי. המסוכנות של החשוד יכולה להילמד גם מדברים אחרים, שכמובן מצטרפים לחשד שהאדם עבר עבירה.

ישנה גם מסוכנות **(3) ב-23(א)(5),** סוג של מסוכנות שנלמדת מסוג העבירה שלגביה יש חשד סביר. את המבנה הזה נראה חוזר במעצרים. **המסוכנות קשורה לתשתית העובדתית**. אם יש חשד שאדם עבר עבירה מסוימת כנראה שיש לו מסוכנות. אם החשד הסביר הוא לעבירת רצח, עבירת ביטחון, עבירה לפי פקודת הסמים המסוכנים שהיא לא שימוש או החזקה, עבירה שנעשתה באלימות או בשימוש בנשק ועבירת אלימות במשפחה נוצרת אוטומטית מסוכנות.

כאן מתעוררת שאלת חלופת המעצר. כאשר שוטר עוצר אדם ללא צו הוא חייב לפי סעיף 25 להביאו לתחנת משטרה ללא דיחוי (כמובן עם חריגים כדוגמת טיפול רפואי). בתחנת המשטרה הקצין הממונה מחליט מה יקרה בהמשך. **ס׳ 27 לחוק המעצרים** קובע שהקצין הממונה בודק האם השוטר באמת פעל כדין לפי ס׳ 23. אם הייתה שגיאה מצד השוטר הוא משחרר את האדם אלא אם הוא מביא את האדם בפני שופט ויס סיכוי ששופט יעצור אותו לפי ס׳ 13. בסופו של דבר המשך המעצר תלוי בשאלה אם נביא את האדם בפני שופט האם ייתכן מצב בו שופט יעצור אותו. במקרה כזה אפשר לשחררו בערבות (חלופת מעצר) או מורה על מעצרו והבאתו בפני שופט. הדבר מעורר את השאלה אילו תנאי ערובה יכול הקצין להטיל. מנויים **בס׳ 42 לחוק המעצרים** – חובת הודאה על שינוי במען מגורים, איסור יציאה מהארץ, איסור כניסה לאזור מסוים, איסור פגישה עם אדם מסוים ועוד. חלופת מעצר נתפסת כדבר מידתי ולכן אם החוק לא אוסר אותה תמיד אפשר לתת חלופה מעצר, עם זאת, **לפי ס׳ 27(ה) לא ניתן לשחרר בערובה אדם שנמלט ממשמורת חוקית**. במידה והקצין הממונה המשיך את המעצר, אזי **ס׳ 29** אומר שתוך 24 שעות יובא האדם בפני שופט (לפני המבחן לעבור על הסעיף, ישנן דקויות רבות בנושא). ס׳ 30 מדבר על חריגים לכלל, כאשר בפעולות חקירה דחופות ניתן להאריך את זמן המעצר עד הבאת החשוד בפני שופט ל-48 שעות.

מבחינת המסלול המשני, ניתן לראות **בס׳ 23(ב)** לפיו אם היה עיכוב חוקי והתנגדות או הפרעה לו, דבר זה מקים סמכות מעצר ללא צו. עם זאת, **אם אין סמכות לעצור, אי אפשר להצדיק בדיעבד מעצר בכך שהייתה התנגדות לעיכוב**. **פס״ד שמשי** – אדם היה עם פרוצה ברכב, שוטר בא לעצור את הפרוצה ושמשי מועמד לדין להפרעה לשוטר במילוי תפקידו. שמשי מזוכה כי לשוטר לא הייתה סמכות לעצור את הפרוצה ולא ניתן להצדיק את המעצר בהתנגדות בדיעבד. כנ״ל **בפס״ד אברג׳יל** – אברג׳יל נעצר וברח מתחנת המשטרה וזוכה מבריחה ממשמורת חוקית כי היה אפשר לעכב אותו ולא לעצור אותו. אם הוא היה מעוכב ובורח זה היה מקים את האפשרות לעצור אותו אבל אי אפשר להצדיק זאת בדיעבד. אם לא השתמשו בסמכות הפחותה יותר אי אפשר להצדיק את זה בדיעבד בהתנגדות. **לפי ס׳ 23(ג)** לא יצערו אדם אם אפשר להסתפק בעיכוב, צריך קודם כל להשתמש בסמכות הפחותה.

גם את **ס׳ 23(א)(6)** ניתן לראות כמסלול משני, כאשר יש ביסוד העניין מעצר קודם או שחרור בערובה קודם או מעצר בפיקוח אלקטרוני שהופר. **ס׳ 47(א)** קובע כי שאם אדם שוחרר בערובה ניתן לעצור אותו ולהביא אותו בפני שופט אם לא שולמה הערובה.

מעצר ראשוני בצו

סעיף 4 לחוק המעצרים קובע שדרך המלך היא מעצר בצו של שופט, אלא אם כן הדבר לא מתאפשר והוענקה לכך סמכות בחוק לעצור בלי צו. המעצר הזה דו שלבי. בשלב הראשון מוציאים צו מעצר אצל שופט מכוח ס׳ 12+13 לחוק המעצרים. ס׳ 15 קובע את הפרטים שיכתבו ע״י השוטר בבקשה. ס׳ 12 לחוק קובע שהצו הנ״ל יוצא בהיעדר החשוד. הסמכויות של השופט לתת את הצו נמצאות בס׳ 13. בשלב הבא המשטרה מקיימת את הצו ועוצרת את האדם. **ס׳ 19 לחוק המעצרים** קובע שצו מעצר **תקף ל-180 יום** מבלי שהאדם ידע בכלל שיש נגדו צו. ברגע שבוצע צו המעצר מגיעים **לס׳ 17ג** לפיו תוך 24 שעות יש להביא את האדם בפני שופט (כזכור לא הובא בפני שופט בעת הוצאת הצו). ההבדל בין הסיטואציה הזו לסיטואציה הקודמת של מעצר ללא צו שכאן לא צריך להביא את החשוד בפני הקצין הממונה. בדרך כלל כשהמשטרה מוציאה צו מעצר שלא בנוכחות העצור השופט כותב מראש את תנאי השחרור והערובה. לפי **ס׳ 20** לאחר המעצר אפשר לשחרר אותו מבלי להביא אותו בפני שופט לפי התנאים שכתב השופט אלא אם השופט אמר שהאדם לא ישוחרר אלא אם יבוא בפני שופט. אם השופט לא כתב תנאי שחרור יכול קצין המשטרה לשחרר אותו לגמרי בלי תנאים או בהסכמת הסנגור לקבוע תנאים לשחרור החשוד. אלא אם הצו הראשוני קובע שאדם לא ישוחרר אלא אם הובא בפני שופט בדר״כ ישנה אופציה לשחרר גם לפני כן. אם לא השתמשו באופציה הזו ורוצים להמשיך את המעצר, לפי **ס׳ 17ג** יש להביא את החשוד בפני שופט.

ביצוע המעצר

נוהל עיכוב מפנה לנוהל מעצר, ס׳ 24 לחוק המעצרים. זיהוי של העוצר והודעה על סיבה המעצר. הס׳ הזה מעגן פס״ד ישן - **היועמ״ש נ׳ קדושים** לפיו אזרח זכאי לדעת בשל מה עומדים לשלול ממנו את זכותו לחופש התנועה, השוטר לא צריך לנקוט בשפה טכנית אלא להשתמש במילים שמאפשרות לאזרח לדעת מהי תמצית העבירה שמשמת סיבה למעצרו. הס׳ מעגן את הפסיקה לפיה זיהוי ואמירה מהי סיבת המעצר מספיקים ואין צורך בביצוע משהו פיזי על מנת להסביר לו שהוא עצור. **בפס״ד קנוש** חייל טען שמכיוון שלא שמו לו יד על הכתף הוא לא היה עצור וזה בסדר שהוא ברח. ביהמ״ש קבע שלא כך וברגע שנאמר באופן ברור שאדם עצור אין צורך בפעולה פיזית שתמחיש זאת הלכה למעשה. אין כלל בלי חריגים ולכן ס׳ 24(ב) מונים את החריגים. כאשר לפי ס׳ 24(ג) מילוי החובות בסעיפים א׳ ו-ב׳ הם תנאים לחוקיות המעצר (להסתכל על הס׳ לפני המבחן).

הסמכות להפעיל כוח סביר אגב מעצר

כשדיברנו על עיכוב הוזכר שהתנגדות לעיכוב אצל שוטר גוררת מעצר מתוקף סמכויות מעצר. **ס׳ 26 לחסד״פ** עוסק במעצר בצו וקובע כי ניתן להשתמש בכוח סביר נגד אדם או רכוש במידה הדרושה לביצוע הצד. **ס׳ 19 לפסד״פ** קובע כי מי שמוסמך לעצור אדם למעצר רשאי להשתמש בכל אמצעי סביר לביצוע מעצר, אם האדם מתנגד או מנסה להתחמק. מהו כוח סביר? התשובה תלוית הקשר ונסיבות. **בפס״ד עובדיה נ׳ היועמש** אפילו איזוק נתפס לא סביר. השאלה שעולה היא מתי שימוש בנשק קטלני יכול להיות כוח סביר? ישנם מצבים אומללים בהם אגב מעצר נהרג אדם, לדוגמה בפרשת סלמון טקה. **פס״ד גולד** קבע שישנם 3 תנאים מצטברים לשימוש בכוח קטלני. דובר על אדם שבעט בשוטר בתחנת המשטרה וברח, השוטר הזהיר אותו, ירה באוויר ולאחר מכן לכיון רגלו כאשר האדם נהרג. התנאים הם:

1. המעצר היה חוקי
2. העצור היה חשוד בעבירה מסוג פשע.
3. הירי היה האמצעי האחרון (של אין ברירה) למניעת בריחה כאשר הירי יהיה לפי הוראות פתיחה באש לצורך נטרול ולא להריגה.

**פס״ד אנקוניה** שכלל את התנאים הללו. חייל עצר במחסום לאחר פיגוע כאשר מכונית ניסתה לחזור לאחור (ישר חשודה בכך שיש בה מפגעים). החיל אמר למכונית לעצור, היא לא עצרה, ירה באוויר, ירה לעבר הגלגלים ואדם נהרג מקליע שקפץ. ביהמ״ש הדגיש **כי הפשע בו האדם חשוד צריך להיות מסכן חיים ואמצעי אחרון של אין ברירה**. בשני המקרים גם בגולד וגם באנקונינה הנאשמים זוכו. כיום לחלק מהשוטרים יש אקדח טייזר, אמצעי מידתי יותר במקרים של התנגדות למעצר.

סמכויות כניסה למקום אגב מעצר

האם שוטר יכול להיכנס למקום כלשהו (בית מגורים) אגב מעצר של חשוד? לעניין מעצר בצו הסמכות מאוד ברורה, ס׳ 26 לחסד״פ אומר שהמבצע צו מעצר רשאי להיכנס לכל מקום בו העצור עלול להיות לפי יסוד סביר. לעניין מעצר שלא בצו יש בפסד״פ סעיף לא ברור – ס׳ 45 לפסד״פ. האם הס׳ מקנה סמכות עצמאית להיכנס למקום אגב מעצר ללא צו או שיש לחפש את הסמכות להיכנס ממקום אחר? עלה **בפס״ד בירמן** – חייל נמלט ממשמורת חוקית (עריק), השוטרים באו לביתו לעצור אותו מבלי שרדפו אחריו. הוא לא נותן להם להיכנס ומתנגד למעצר. האם מותר לשוטרים להיכנס לביתו ללא צו? השופטים הסכימו שכן אבל הנימוקים היו שונים. **כהן וויתקין** – לא מקנה סמכות עצמאית אבל אפשר להלביש עליו את ס׳ 25(4) לפסד״פ שמאפשר לשוטר להיכנס לבית בלי צו מעצר מנסיבות שונות, בין היתר בעקבות אם אדם נמלט ממעצר או נמלט ממשמורת חוקית, גם אם הרדיפה או ההימלטות לא התרחשה באותו רגע. **השופט אלון** – הסמכות להיכנס כלולה מאליה בסמכות לעצור וזה עולה מס׳ 45. בעיניו הס׳ עצמאי. לדעתה של **המרצה** הוויכוח כיום לא כזה חשוב כי יש סמכות מכוח הלבשת ס׳ 45 לפסד״פ על ס׳ 25 לפסד״פ – במקרים חמורים של מעצר ללא צו יתקיים אחד מהסעיפים הקטנים של הסעיף:



הוכחה נוספת היא כי **ס׳ 40 לחוק המעצרים** די רואה את הסמכות הזו כמובנת מאליה. לעובד ציבור נותנים את כל הסמכויות שיש לעוצר למעט כניסה לבית מגורים, לכן סביר להניח שלשוטר כן יש את הסמכות להיכנס לבית.

(המרצה ציינה כי במבחן שואלת בעיקר על התפתחויות ופסיקות חדשות).

סעדים או תוצאות של מעצר לא חוקי

1. **פסילת ראיות** – שיקול דעת בהתאם **להלכת יששכרוב**. לא מדובר על פסילה מוחלטת!
2. **תביעה נגד שוטר אם פעל שלא בתום לב** – **מס׳ 44 לפסד״פ** ניתן ללמוד כי שוטר עלול לשאת באחריות אזרחית או פלילית (על דרך השלילה).
3. **פיצוי מהמדינה אם לא היה יסוד למעצר** – ס׳ 38(א) לחוק המעצרים.
4. **פיצוי מהמתלונן אם מדובר בתלונות סרק** – ס׳ 38(ב) לחוק המעצרים.
5. **התנגדות למעצר או בריחה אינם בריחה ממשמורת חוקית** – **פס״ד שמשי**. אם אדם בורח ממעצר לא חוקי הוא למעשה לא ברח ממשמורת חוקית כי לא הייתה סמכות מלכתחילה.

מעצר ימים והצהרת תובע

**ס׳ 13 לחוק המעצרים** עוסק בעילות המעצר לפני הגשת כתב אישום שמכוחו שופטים נותנים הארכת מעצר או מעצר ימים או ״מעצר לפני הגשת כתב אישום״ לפי לשון החוק. קודם כל נשאל מהי התשתית העובדתית - הסעיף אומר שהתשתית העובדתית היא חשד סביר שאדם עבר עבירה שאיננה חטא. כיצד מגבש השופט חשד? אצל השוטר עוד אפשר להבין, כי הוא נמצא באירוע. **הסיטואציה הזו מעגלית** – האדם היה עצור שעות ספורות במשטרה, למשטרה יש הוראה להביאו בפני שופט ולכן היא לא מספיקה לעבוד הרבה. היא צריכה להראות לשופט חשד סביר ומצד שני כדי היא מבקשת ימי מעצר כי לבסס את החקירה ולפתח את החשד. לכן, בשלב ההתחלתי הזה של החקירה השופט יכול לראות הכל. **ס׳ 15(ו)(ז)** **מאפשר לשופט להיחשף גם לחומר חסוי ולא קביל** ועל מכלול החומר לבסס את החשד שלו. **בבש״פ רוזנשטיין** קבע ביהמ״ש כי יש בכך הרבה מן האינטואיציה השיפוטית המושכלת, מאשר שהחשוד וסנגורו לא יודעים כלום (לא מקבלים עדיין את חומר החקירה). לגבי חשד סביר בעבירות המוניות ישנם **פס״ד סינהרשקו והורוביץ**, עסקו בפינוי כפר דרום. באירוע כזה ישנו קושי להבין מי עשה מה. ישנם הרבה אנשים שהתבצרו על בית כנסת וזרקו דברים על שופטים ולא ניתן לדעת מי בדיוק זרק מה. נשאלת השאלה האם יש חשד סביר לגבי כל אחד מה שיוביל לעילת מעצר לכל אחד. **בייניש** אמרה **שכאשר מדובר באירוע המוני די בזיקה ראייתית שבאה לידי ביטוי בנוכחות במקום העבירה כדי לבסס את החשד הסביר**. כשיש התארגנות המונית ישנו חשש טבוע לשיבוש הליכים.

בבחינת עילות המעצר – **שיבוש** לפי ס׳ 13(א)(1) **ומסוכנות**. במעצר ימים בתקופת חקירה ישנה עילה מיוחדת נוספת – **צרכי חקירה שלא ניתן לקיימם אלא כשהחשוד נתון במעצר**. כשהעילה הזו באה לבדה היא מאוד בעייתית. המשטרה מבקשת לעצור אדם לא כי הוא עלול לשבש את החקירה ולא כי הוא מסוכן או כי היא רוצה לנקוט בהליך חקירה מסוים שלא ניתן לבצע שלא במעצר כדוגמת שימוש במדובב, מתן עיתון פיקטיבי, הפגשה עם אדם ״בטעות״ וכו. ברוב המקרים העילה הזו תצטרף לאחת העילות האחרות. לכן, לבדה היא דורשת נימוקים מיוחדים. הפרשנות עלה **בפרשת ברונסון** – השופט חשין ניתח מהם הליכי חקירה שלא ניתן לקיימם שלא במהלך מעצר. הוא קובע שסתם הכבדה על המשטרה אינה מספקת. מצד שני לא צריך להראות שהחקירה תסוכל מכל וכל אם לא יהיה מעצר אלא להראות רק **פגיעה חמורה וקשה ביכולת ניהולה הסביר של החקירה**. בעיה נוספת היא עם הנימוקים המיוחדים – גם כאן באה לידי ביטוי הבעיה המעגלית. לפי חשין השופט צריך לכתוב נימוקים ברמת הפשטה שמצד אחד לא תמחק את מיוחדות הנימוקים ומצד שני לא תסכל את הליכי החקירה עצמם. אחד הפתרונות המקובלים הם שהשופט יפנה לחומר חסוי (לכל מעצר ישנה אופציה של ערר ואז לפחות ערכאת הערעור תוכל להיחשף לחומר ולהבין את הנימוקים, שלא כמו הסנגור).

זמני מעצר בעילות הרגילות

בעילות האחרות **ס׳ 17 לחוק המעצרים** קובע שהמעצר לא יעלה על 15 ימים אבל אפשר להאריכו מעת לעת לתקופה נוספת של 15 יום כאשר סך כל התקופות לא יעלה על 30 יום (כולל המעצר הראשוני) אלא אם הבקשה מוגשת לאישור היועמ״ש ואז אפשר להגיע ל-75 יום (**ס׳ 59 לחוק המעצרים**). לאחר מכן, אם רוצים להגיע ל-90 יום של הארכה יש להגיש בקשה לעלון (**ס׳ 62 לחוק המעצרים**). לפי **המרצה** שתי האופציות האחרונות נדירות וחריגות מאוד! הס׳ מדגיש שאם אנחנו נמצאים בסיטואציה של מעצר שאין לו עילה אחרת, רק הליכי חקירה שלא ניתן לקיימם אלא במעצר, התקופות קצרות יותר ונקבעות לפי ס׳ 13(א)(3) ולא לפי ס׳ 17.

**בש״פ מקסימוב**

דיבר על סיטואציה מיוחדת של עופר מקסימוב, אחיה של אתי אלון. הוא ברח ונעצר ברומניה בעקבות בקשת הסגרה. נעצר ב-15.5.02, הגיע לארץ ב-13.06.02, מיד נעצר והובא לביהמ״ש שהאריך את מעצרו עד ה-26.06.02. השלום משתמש בסמכותו לעצור עד 15 יום ונותן כמעט את המקסימום (13 יום). מקסימום טוען שהם עברו את ה-30 ימים והמעצר לא חוקי. ביהמ״ש קובע כי **ימי מעצרו של אדם בחו״ל לצרכי הסגרתו אינם נכללים במניין התקופה שבה ניתן להחזיקו במעצר**.

**תרגול 2 – 14.06.21 – אור תמר**

היום נמשיך את הטענות המקדמיות.

**טענת הגנה מן הצדק- ס' 149(10)**

עד שנת 2007, לא נמנתה הטענה הזו בין הטענות המקדמיות בחסד"פ. היו עד 2007 9 טענות. הדוקטרינה הזו כדוקטרינה, הוכרה לראשונה בפסיקה הישראלית בפס"ד יפת. הוא ניתן בשנת 1996- עד 2007 זה לא היה בחקיקה אבל הוכר בפסיקה כדוקטרינה. על אף שהדוקטרינה הוכרה בפסיקה, ביהמ"ש קבע שהיא תתקבל רק במקרים נדירים ביותר שבהם התנהגות הרשות הציבורית שערורייתית ויש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם. מדובר במקרים בהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסלי נפגעת. כלומר, מקרים בהם השופט מזדעזע. כלומר, זה מבחן צר מאוד- מקרים חריגים ביותר.

בשנת 2007, נוספה הטענה הזו לחסד"פ כטענה מקדמית עשירית. לא כתוב בחקיקה "הגנה מן הצדק" אלא "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית". לכאורה אנחנו רואים הרחבה של המבחן מהקביעה בפסיקה.

מה משמעות טענת הגנת מן הצדק? יצירת השתק פלילי בין אם בדרך של עיכוב הליכים שיפוטי או ביטול כתב אישום. לעיתים, ביהמ"ש נותן גם סעד של המתקת העונש- הפחתה בענישה.

בטענות המקדמיות הנטל הוא על התביעה להוכיח שההגנות לא מתקיימות, פרט להגנה מן הצדק- הנטל רובץ על כתבי הנאשם להוכיח שבאמת יש פה עניין של פגיעה משמעותית בעקרונות הצדק.

אז ביהמ"ש יכול לבטל את כתב האישום או לעכב הליכים או להמתיק את העונש (להפחיתו).

הדוקטרינה הזו אומרת שמוצדק להימנע מקיומו של משפט כדי לתת מענה לשני סוגי חששות:

1. הנאשם לא יזכה למשפט הוגן.
2. הנאשם יזכה למשפט הוגן אבל בקיומו של המשפט יהיה משום פגיעה בחוש הצדק ובעקרונות הצדק.

ההצדקה המרכזית להשתמש בסמכות הזו היא בעצם הרצון להבטיח שרשויות החוק ינהגו באופן ראוי, סוג של חינוך- כי אם לא ינהגו כך, ביהמ"ש יבטל את כתב האישום או ימתיק את עונש הנאשם.

הדוקטרינה הזו נועדה לשמש כבלם להתנהגות חסרת רסן שמתכחשת לזכויות הנאשם ולערכים של שלטון החוק. זה מחזיר אותנו לשיעור שבו דיברנו על כך שהטענות המקדמיות נבחנות במנותק משאלת אשמתו של הנאשם.

כשביהמ"ש צריך להחליט האם להחיל את הדוקטרינה, עליו לאזן בין שני אינטרסים: להעמיד לדין עבריינים ולהגיע לחקר האמת ומאידך- להקפיד על זכויות הנאשם ולהציב גבולות לאמצעי האכיפה.

בגלל שישנה פגיעה אפשרית באינטרס הציבורי ככל שנקבל את הטענה הזו, השימוש בדוקטרינה הזו נעשה רק במקרים חריגים ויוצאי דופן. זה לא אומר שהשימוש יהיה רק במקרים שבהם השופט יהיה "פעור פה" אבל גם לא יהיה בנקל.

מהם המבחנים של הגנה מן הצדק?

בהתחלה, המבחן היה התנהגות בלתי נסבלת של הרשות, רדיפה שערורייתית ופגיעה בצדק האוניברסלי, כאמור דלעיל. כלומר- המבחן הצר.

בהמשך, כפי שאמרנו, הורחבה ההגנה מן הצדק למצבים שבהם לא צריך להראות התנהגות שערורייתית של הרשות אבל יש להראות שאם נקיים את ההליך, הוא יפגע בתחושת הצדק. למשל, במקרים שבהם הרשות רק התרשלה או שאפילו לא היה לה בכלל אשם, אבל לא ניתן להבטיח בתנאים ובנסיבות האלה הליך הוגן או שההליך יפגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות.

בפס"ד בורוביץ, ביהמ"ש קבע מבחן תלת שלבי להחלת ההגנה מן הצדק:

**1. זיהוי הפגמים בהליכים שננקטו וקביעת עוצמתם במנותק משאלת האשם-** מהם הפגמים? למשל- שתלו ראיה בבית הנאשם, עשו אכיפה סלקטיבית וכו'. לאחר מכן- קביעת עוצמת הפגמים- האם הפגם עוצמתי או זניח?

**2. בחינה אם בקיום ההליך חרף הפגמים יש פגיעה חריפה בתחושת הצדק-** ביהמ"ש יאזן בין האינטרסים השונים שדיברנו עליהם דלעיל אבל הוא מתחשב בחומרת העבירה, במידת היכולת של הנאשם להתגונן (עד כמה יכולתו להתגונן נפגעה) ובמידת אשמתה של הרשות. ביהמ"ש מתכלל את כל הפרמטרים הללו וביצע איזון.

**3. ביהמ"ש יבחן האם ניתן לרפא את הפגמים באמצעים מתונים יותר מביטול כתב האישום-** ביטול כתב האישום זה צעד רדיקאלי. ביהמ"ש יבחן אפשרויות נוספות לפני ביטול, כלומר נתינת סעד נתון ומידתי, למשל- המתקת העונש.

היום הפרספקטיבה שדרכה נבחנת ההגנה מן הצדק היא רחבה מבעבר (התנהגות שערורייתית של הרשות).

כלפי מי ניתן לטעון את טענת ההגנה מן הצדק (עפ"י הנוסח של הטענה בחוק)? כלפי התביעה, כלפי המשטרה וגם כלפי ביהמ"ש- משום שניהול ההליך הפלילי הוא ע"י התביעה וביהמ"ש.

עם זאת, כנראה שביהמ"ש לא יקבל את הטענה הזו נגד ביהמ"ש.

ביהמ"ש בוחן בחינה תכליתית מהותית של כלל הנסיבות שמתמקדת במצבים שבהם קיום ההליך הפלילי פוגע באופן ממשי בתחושת הצדק וההגינות כפי שזו נתפסת בעיני ביהמ"ש כשיש בכל זאת את המבחן התלת שלבי.

מתי ניתן להעלות את ההגנה מן הצדק? ברירת המחדל היא מיד לאחר תחילת המשפט, עם זאת- ניתן בכל שלב ואפילו בערעור מבלי שצריך את אישור ביהמ"ש. כמובן שצריך לעשות מאמץ להעלות את זה מוקדם ככל הניתן, זה גם נראה יותר טוב בעיני ביהמ"ש.

כאמור, הנטל להוכיח את הטענה מוטל על הנאשם- הוא צריך להוכיח קש"ס בין ההתנהגות הנפסדת של הרשות לבין הפגיעה בזכויותיו.

**הגנה מן הצדק בשל אכיפה בררנית**

אפשר לטעון לאכיפה בררנית תחת הגנה מן הצדק. אם היא תתקבל, מה לא נקבל כסעד? זיכוי.

**אפשר לטעון גם אכיפה בררנית כדוקטרינה בפני עצמה שלא כחלק מן הגנה מן הצדק-** ואפשר לקבל זיכוי.

הגנה מן הצדק בשל אכיפה סלקטיבית אומרת- אכיפת הדין נגד אדם אחד והימנעות מאכיפתו נגד אחרים. אבל אז, צריך להוכיח שמדובר במקרים דומים. במצב כזה, תעמוד טענת האכיפה הבררנית. זה מה שאפי נווה טען כשיצא מהארץ בלי החתמת דרכון- טען שיש הרבה מקרים כאלה שלא מגישים בהם כתבי אישום ולא חוקרים אותם, כלומר טען שאוכפים זאת נגדו ולא אוכפים זאת נגד אחרים. צריך לטעון במצב כזה שמדובר במקרים דומים כדי שהטענה הזו תתקבל.

אכיפה בררנית יכולה לקבל אחד משני ביטויים:

1. החלטה להעמיד לדין רק חלק מהמעורבים בפרשה. למשל- בוצע שוד, רק נגד חלק הוגש כתב אישום ולגבי חלק סגרו את התיק.

2. החלטה להעמיד לדין במקרה שלי בשעה שבפרשות אחרות שעניינן דומה לא הוגשו כתבי אישום (כפי שטען אפי נווה).

בהרבה פעמים, הנאשם היה מתלונן נגד מישהו אחר שעשה את העבירה ונגדו לא הוגש כתב אישום, למשל שני אנשים שאיימו אחד על השני, נגד אחד פתחו תיק ולגבי השני לא.

מה הקושי באכיפה בררנית? בפס"ד בורוביץ שמתווה את המבחן התלת שלבי ששם דובר על הגנה מן הצדק בשל אכיפה בררנית, מתואר מה הקושי בהגנה הזו. נכתב שם "אין גורם הרסני יותר לחברה מתחושת בניה ובנותיה כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם". זה מתאר מהי האכיפה הבררנית- התחושה שרק בנאשם מתעמרים, שרק עליו אוכפים את החוק וזו תחושה קשה מאוד ופוגעת בכוחות המאחדים ולכן אם ביהמ"ש מזהה אכיפה בררנית הוא צריך לתת סעד.

אכיפה בררנית פוגעת גם באינטרס ההסתמכות של הפרט על התנהלות גורמי האכיפה במדינה.

במציאות החיים שלנו, כל אחד מאיתנו מכלכל את צעדיו לפי ציפיותיו הלגיטימיות שמתבססות באופן סביר על מנהגי האכיפה של הרשות. למשל, אם אני מגיע לחולון ונאמר שם שלא נותנים דו"חות חניה, הסתמכתי על מה שאמרו לי שם אנשים, לא שילמתי על חניה, הסתמכתי על מנהגי האכיפה של הרשות וקיבלתי דו"ח רק על הרכב שלי. זה פוגע באינטרס ההסתמכות, הייתה פה אכיפה סלקטיבית.

ההליך הפלילי מבוסס על אמון הציבור ברשויות. הגשת אישומים בדרך אשמה פוגעת באמון הציבור במערכת המשפט ומערערת את ההנחה לפיה השלטונות אינם נוקטים איפה ואיפה וזה מוביל לפגיעה בכוח המרתיע של המשפט הפלילי.

אז אם טענו טענת הגנה מן הצדק מסוג אכיפה בררנית וביהמ"ש מגיע לשלב השלישי- זיהה את הפגמים ואת עוצמתם וביצע את עוצמתם, כעת הוא צריך לתת את הסעד.

סעד הניתן לנאשם בגין אכיפה בררנית, צריך לתאום את חומרת הפגם שנפל בהתנהלות הרשות המנהלית ואת המידה שבה הסלקטיביות שבאכיפה פגעה בנאשם הקונקרטי. ברור שאם הפגיעה הייתה רבה ועוצמתית, ביהמ"ש יורה על ביטול כתב האישום. אם ביהמ"ש יחליט שלא הייתה פגיעה קשה, הוא ימתיק את העונש- וגם שם, ניתן להחליט האם להמתיק הרבה או מעט בהתאם לעוצמת הפגיעה.

כלומר, לביהמ"ש יש מרווח תמרון בעניין הסעד שהוא צריך לתאום את חומרת הפגם והסלקטיביות שבאכיפה.

ביהמ"ש צריך כלים כדי למדוד את חומרת הפגם. ניתן להביא בחשבון בין היתר את השיקולים הבאים:

מידת הפגיעה בשוויון שנגרמה כתוצאה מהעמדת הנאשם לדין, תום ליבה של הרשות בקבלת ההחלטה להעמיד לדין, היקף ההסתמכות של הנאשם- אם בכלל, על מנהגי האכיפה של התביעה וכמובן שיקולים נוספים. אם למשל נהגתי במהירות מופרזת עם חבר בכביש, אותי עצרו ואותו לא- האם אוכל לטעון להגנה מן הצדק של אכיפה סלקטיבית? לא, בגלל עניין של משאבי הרשות- היה שוטר אחד שיכול היה לעצור רק אותי. בסופו של יום, טענה זו במקרה כזה לא תתקבל.

בחלק מן המקרים, אפילו שנפל פגם במעשה הרשות, הפגיעה בנאשם מצויה ברף הנמוך ובשולי האינטרסים המוגנים ע"י טענת האכיפה הבררנית, במצב כזה ביהמ"ש לא יורה על ביטול כתב האישום אלא ייטה להקלה בעונש ואף לפעמים ייטה לדחות את הטענה.

כדי לטעון טענת הגנה מן הצדק הנשענת על אכיפה בררנית, יש להראות שמדובר בהבחנה בין מי שהדמיון ביניהם רלוונטי לעניין, במובן הזה שהוא מצדיק התייחסות דומה להגשת כתב האישום. לא מספיק להראות מקרה דומה אחד ויחיד אלא צריך להראות שלאורך זמן ובאופן שיטתי הרשויות קיבלו במקרים דומים החלטות שונות מאלה שבעניין שלנו. הנאשם צריך לעשות את העבודה ולא התביעה, כאמור.

לאחר שהראינו מקרים דומים, צריך להראות שבבסיס ההבחנה יש שיקול פסול, שרירותי, שאינו מן העניין או שיקול שאינו ראוי.

כמובן שהדברים מטבעם שלובים זה בזה והפרקליטות נהנית כמו כל רשות מנהלית מהחזקה כי פעולותיה נעשות כדין- חזקת התקינות המנהלית. כלומר, יש חזקה שעל הסנגור לסתור אותה. חזקת תקינות המנהל היא חזקה לפיה הפרקליטות פועלת כדין והנאשם צריך להפריך אותה.

לפני מספר שנים, ביהמ"ש ציין שייתכן שהטענה תתקבל גם אם יש רק חוסר שוויון בלתי סביר בין נאשמים ולאו דווקא חוסר תום לב, זאת משום שהתחושה שנוהגים בך איפה ואיפה היא מהתחושות הקשות שיש.

דיברנו מקודם על פס"ד בורוביץ ועל המבחן התלת שלבי. שם הטענה הייתה לאכיפה בררנית. אבל כשנזהה במבחן ובפרקטיקה סוגיית הגנה מן הצדק **תמיד יש להפעיל את המבחן התלת שלבי מפס"ד בורוביץ-** לא משנה באיזה סוג של טענת הגנה מן הצדק מדובר. תמיד ליישם את המבחנים של פס"ד בורוביץ.

לאחר היישום, לדון ולהוסיף את הפרמטרים הייחודיים של כל טענה וטענה של הגנה מן הצדק.

**טענת הגנה מן הצדק בשל שיהוי בהגשת כתב האישום**

במקרים מסוימים, ניתן להעלות טענה להגנה מן הצדק בשל הזמן הרב שחלף מעת ביצוע העבירות, בפרט כאשר ההשתהות אינה מוצדקת. למשל, ביצעתי את העבירה לפני 4 שנים. אמנם לא חלפה תקופת ההתיישנות, אבל רק כעת הוגש כתב האישום. מה הסיבה שרק לאחר 4 שנים הוגש כתב האישום? הרי הנאשם נמצא במקום אחר בחיים כעת- זו מהות הטענה, במיוחד כאשר ההשתהות אינה מוצדקת.

עם זאת, הטענה הזו תתקבל רק במקרים יוצאי דופן ולרוב שיהוי בהגשת כתב אישום כשלעצמו לא יבסס טענת הגנה מן הצדק, בפרט כאשר כתב האישום הוגש בשל רשלנות של המאשימה אך לא בתום לב או בזדון. ביהמ"ש לוקח בחשבון שיש עומס לרשויות התביעה, כוח האדם הוא מצומצם והדברים מתעכבים- וזה כמובן רק כאשר מדובר בתום לב ולא בזדון.

גם אם לא טענו את זה תחת הגנה מן הצדק, כן טוענים את זה בכל מקרה בשלב הטיעונים לעונש כי ביהמ"ש בכל זאת נותן לזה איזשהו משקל, גם אם קטן.

אבל, כשאנו באים לבחון את חלוף הזמן, צריך לבחון אותו לפי נושא העבירות. כלומר, בעבירות כלכליות שבהן צריך לבדוק ניירת גדולה, מסמכים רבים וכו'- זה לוקח זמן. אי אפשר לסיים חקירה כזו מהר.

על אף שהנאשם חזר לחיים שלו ומתקדם, החקירה ממשיכה.

בעבירות כלכליות מסועפות, ניתן להשלים ביתר קלות עם חקירה ארוכה המשהה את הגשת כתב האישום.

המציאות מוכתבת מבעיות של כוח אדם, ריבוי תיקים ומביאה לכך שהמצוי בדר"כ אינו הרצוי וטחנות הצדק טוחנות לאט.

**בפס"ד רוזי בן חיים,** נקבע כי במקרים מסוימים, יהיה ניתן לבטל כתב אישום ככל שמדובר בשיהוי ניכר בהגשת כתב האישום. כלומר, השיהוי צריך להיות ניכר ורק במקרים מסוימים ביהמ"ש יבטל את כתב האישום ולא רק יבוא לקראת הנאשם בעונש. מה זה "ניכר"? ביהמ"ש יקבע בהתאם לנסיבות.

כאמור, העניין של חלוף לזמן ישקל לרוב בטיעונים לעונש כטיעון לקולא, במסגרת הרפורמה בענישה.

**טענת הגנה מן הצדק בשל התנהלות גופי החקירה**

היבטים מסוימים של התנהלות גופי החקירה, עשויים להוביל אף הם לביטול כתב אישום בשל הגנה מן הצדק. למשל, באחד המקרים התקבלה טענת הגנה מן הצדק בטענה שלא בוצעה תרשומת חקירתו של הנאשם, בניגוד לדין משום שהמשטרה חייבת לבצע.

במקרה אחר, לא נבדקה טענת האליבי שהעלה הנאשם במהלך החקירה שלו. אי אפשר לעשות לדבר כזה השלמת חקירה ולכן זו בעיה.

היו מקרים שבהם עדי ראייה לא נחקרו. לדוגמה- אישה שרצתה להתגרש התלוננה על אלימות שחוותה מצד בעלה במהלך השנים. היא גוללה רשימת מקרים שבהם לטענתה הוכתה ע"י בעלה. מדובר בעדויות כבושות ללא ראיות. היא נשאלה בחקירה האם מישהו ידע על האלימות שחוותה, ענתה שאחותה ידעה אך האחות לא נחקרה. הדבר הראשון שצריך היה לעשות זה לחקור את האחות. במקרה הזה, עד מרכזי חשוב לא נחקר וזה שיבש את החקירה. מדובר במחדל של גופי החקירה.

מקרה נוסף, בו הסנגור לא נכח במסדר הזיהוי ולא וידא שהוא נערך כפי שצריך.

ביהמ"ש קבע שמדובר במחדלי חקירה חמורים שפוגעים ביכולת הנאשם להוכיח כראוי את הגנתו.

בפרשה אחרת, התקבלה טענה להגנה מן הצדק בשל התנהלות גופי החקירה מכיוון שהתביעה איבדה ראיה שהייתה חיונית להגנת הנאשם. במקרה הזה, הועמדו מספר נאשמים לדין בעבירת התקהלות אסורה בהר הבית. הראיה המרכזית הייתה צילום וידיאו מטעם הנאשמים (שצילמו את שאירע שם) והם הביאו את זה למשטרה, אך הראיה נעלמה. ביהמ"ש קבע כי בכך נמנע מהנאשמים לנהל את הגנתם כראוי ולכן התקבלה טענת הגנה מן הצדק בשל התנהלות גופי החקירה.

טענות נוספות בעניין הזה- טענות בנוגע לסוכן מדיח. מדובר בסוכן שעובד עם המשטרה וגורם לחשוד לבצע עבירה. משתמשים בסוכנים הרבה פעמים בעבירות סמים/מכירת משקאות משכרים לקטינים.

הטענה היא- בוחרים להפיל את החשוד ולמשל, בוחרים דווקא קטין שנראה מאוד בגיר כדי לרכוש אלכוהול במקום לשלוח מישהו שנראה כמו "הנער הסביר". הטענה אומרת שבאופן מכוון הכשילו את הנאשם ולכן ההתנהלות הזו היא התנהלות נפסדת שבאה להכשיל את הנאשם ואינה התנהלות מקובלת שעומדת בתנאי סוכן מדיח ולכן אפשר לטעון טענת הגנה מן הצדק בשל התנהלות גופי החקירה במקרה כזה.

פרשת קצב- במשפטו סנגוריו טענו טענות של הגנה מן הצדק. אחת הטענות נגעה למה שכונה דיבור בשני קולות. הטענה התייחסה לדבריו של היועמ"ש לממשלה דאז מזוז בבג"ץ בדבר קשיים ראייתיים שבעטיים נחתם הסדר הטיעון ואח"כ עם ביטול ההסדר, הוגש כתב אישום בכל זאת.

כלומר, יש קשיים ראייתיים שאי אפשר להוכיח שקצב אנס ולכן נחתם הסדר טיעון מאוד מקל שלא כולל מאסר ואיך שבוטל ההסדר, כתב האישום כלל עונש מאסר. אז הטענה של הסנגורים טענו שיש דיבור בשני קולות. ביהמ"ש דחה את הטענה בנימוק שקצב הוא זה שביטל את ההסדר ולא התביעה.

בלי שום קשר, בין החתימה על ההסדר הראשון ועד החתימה לביטול לאחר שביטל את ההסדר, נמצאו ראיות נוספות. דברי מזוז היו רלוונטיים לשלב שלפני המשפט. לאחר שכל הראיות עברו את כור ההיתוך המשפטי וביהמ"ש מצא שיש בהן כדי להביא להרשעה, אז אין כבר משמעות לעמדה הראשונית של היועמ"ש לממשלה ולכן ביהמ"ש דחה את הטענה הזו של ההגנה מן הצדק.

טענה נוספת שנטענה, נגעה לפרסומים בתקשורת. קצב נאם ואמר שהתקשורת גזרה את דינו. ביהמ"ש מתח ביקורת על סיקור לא הוגן של הפרשה וגם על העניין שמזוז ערך ראיון בתקשורת שבמסגרתו הוא הביע את עמדתו. עם זאת, נקבע שבנסיבות בהן התיק כולו נשמע בדלתיים סגורות ורחוק מעיני התקשורת, הראיות עצמן הובאו בפני ביהמ"ש ולפניו בלבד ואין מקום לומר כי המערער לא זכה למשפט הוגן. ביהמ"ש אמר שגם אם נקבע שהובאו פרסומים במהלך המשפט עצמו, השופטים הם מקצועיים, הם מנוסים, יכולים להתעלם מהפרסומים השונים ולהתרכז בראיות ובעדים המובאים בפניהם וההכרעה תיעשה על פיהם בלבד. טענות ההגנה מן הצדק שטען קצב נדחו במשפטו.

**טענת פגם או פסול בכתב האישום- ס' 149(3)**

**פגם** בכתב האישום מתבטא בדרך כלל בהשמטה של פרט ענייני מכתב האישום, לדוגמה- השמטה של יסוד מיסודות העבירה, השמטה של פרט חיוני להצגה הולמת של התנהגות הנאשם ונסיבותיה או השמטה של הוראת חיקוק.

**פסול** בכתב האישום משמעותו בדרך כלל אי עמידה בדרישות החוק בנוגע לכשרות או תוקף כתב האישום, לדוגמה- הגשת כתב אישום ע"י גורם שאינו מוסמך או ללא אישור של גורם מוסמך או הכללה של פרטים בנוגע לעברו הפלילי של הנאשם. עבר פלילי של נאשם נחשף רק לאחר הכרעת הדין.

מהי תוצאת קיומו של פגם או פסול בכתב האישום? לפי דוקטרינת הבטלות היחסית יש לערוך הבחנה בין הפגם לבין תוצאות הפרתו.

פגם טעני או פורמאלי, קרי כזה שלא קיפח את הגנת הנאשם או גרם לעיוות דין, לא יביא לרוב לביטול כתב האישום או לפסילת הדיון שקוים לפיו.

אם הפגם או הפסול נתגלה בשלב מוקדם של הדיון שבו עוד ניתן לתקן את הליקוי, ייטה ביהמ"ש להורות על תיקון כתב האישום ויאפשר לנאשם להתאים את הגנתו לתיקון.

ניסיון לנצל לרעה פגם בכתב האישום, יניע את ביהמ"ש בדר"כ לדחות את הטענה. יש לזכור שטענה לפגם או פסול בכתב האישום אינה טענת הגנה בפני הרשעה, אלא מטרתה להבטיח הגנה נאותה לנאשם.

רק פגם או פסול מהותיים, היורשים לשורש העניין, או כאלה המקפחים את הנאשם בהגנתו- עשויים להצדיק במקרים מסוימים את ביטול כתב האישום. יש לזכור שביטול כתב אישום אינו מונע את הגשתו מחדש.

**בע"פ 10189/02 פלוני,** קבע השופט גרוניס כי פגם שהתבטא בהגשת כתב אישום ללא אישור היועמ"ש לממשלה, בתקופה שבה נדרש אישור שכזה בשל התיישנות, עשוי להצדיק ביטול של כתב האישום, אף אם האישור נתקבל בדיעבד. זאת, כשחלף זמן רב מכתב האישום ועד לקבלת האישור.

**שיעור 8 – 20.06.21 – אור תמר**

חלופות מעצר

ביהמ"ש מחויב לבחון תמיד אופציה של חלופת מעצר שתוכל לאיין את עילת המעצר באופן מידתי יותר. זה לא נתון לשק"ד השופט, ביהמ"ש חייב לבחון חלופה שמוצעת ע"י הסנגור ולתת על זה את הדעת או לנמק במידה שהוא דוחה אותה או מקבל אותה. אין עבירה שיש לצדה חובת מעצר, תמיד חייבים לבחון חלופת מעצר.

נשאלת השאלה- מה קורה כשביהמ"ש משחרר לחלופת מעצר? האם צריך להאריך את המעצר? מה קורה עם הארכות מעצר כשהנאשם יושב במעצר בית?

**בש"פ 5536/13 מדינת ישראל נ' פלוני-** נשאלה שאלה האם ניתן להאריך מעצר כשהנאשם יושב בחלופת מעצר בבית. יש לאקונה בחוק בעניין הזה ובגלל זה נשאלה השאלה בבש"פ הזה. **השופט עמית** קובע כי מי שהוסמך על גבול השלם, מוסמך לפעול גם בחלקים של אותו שלם. כלומר, אם ביהמ"ש מוסמך להאריך מעצר כשהנאשם יושב בבית הסוהר, אז כמובן שגם כאשר הנאשם יושב בחלופת מעצר. לביהמ"ש יש אפשרות להאריך גם את האמצעי הפחות יותר, חלופת מעצר לאותן תקופות. משניתנה לביהמ"ש סמכות להאריך מעצר בהתאם לס' 16 לחוק המעצרים, הסמכות כוללת גם תנאי שחרור בערובה שפגיעתם בחירותו של החשוד פחותה.

אבל מה קורה לאחר 30 הימים? כאן הסמכות להטיל ערובות היא כבר לא מכוח חלופת מעצר אלא מכוח ס' 58. תוקף ערובות לפי ס' 58 הוא 180 ימים. אבל מאחר שזו כבר ערובה שאינה תחליף למעצר אלא מטרתה להבטיח את התייצבותו למשפט- אז הדעת נותנת שמכוחה לא יוטל מעצר בית. יש להבחין בין תנאי ערובה שונים.

**פס"ד רבינוביץ'-** קובע שאין סמכות לביהמ"ש להאריך מעבר ל180 אם לא התבקשה הארכה בתוך התקופה של 180 ימים.

הדעת נותנת שמעצר בית יהווה רק תחליף למעצר, כלומר רק לתקופות המעצר. זאת לעומת ערובה שאינה מעצר בית, כמו למשל הפקדת כסף/ערובה צד ג'/ איסור יציאה מהארץ- זה יכול להמשיך לתקופה של 180 ימים וצריך לבקש הארכה בתוך התקופה הזו.

**פס"ד רבינוביץ'** עסק במקרה שהמדינה הגישה בקשה להארכת תוקף ערבויות. ביהמ"ש אמר שניתן להאריך רק בתוך התקופה ולא לחדש ערובה.

**בש"פ 5536/13 מדינת ישראל נ' פלוני-** ניתן להאריך מתוקף ס' 58 מעבר ל180 ימים, כאמור (לאחר שנגמרו 30 הימים שבסמכות ביהמ"ש להאריך מעצר).

**ס' 13- יש לו שני כובעים:**

1. סמכות שופט לעצור אדם שלא בנוכחותו. המשטרה באה להוציא צו וביהמ"ש מוציא צו לפי העילות של ס' 13.

2. הארכות מעצר. למשל- נעצר אדם מכוח צו או שלא מכוח צו ומובא בפני שופט להארכת מעצר, אז ביהמ"ש פועל מכוח ס' 13.

מסלול משני- מעצר ימים

**ס' 14 לחוק המעצרים-** ביהמ"ש במסלול המשני לא בוחן הפרת הוראה חוקית, ברגע שהוא נמלט ממשמורת חוקית- הנאשם חוזר למעצר. גם אם אדם בורח מאשפוז פסיכיאטרי למשל, זה נחשב בריחה ממשמורת חוקית.

**ס' 47-** מי ששוחרר בתנאי של ערובה ולא הביא את הערובה במועד שנקבע, תוך 24 שעות הוא צריך להיות מובא בפני שופט. אם לא נקבע מועד למתן הערובה, תוך 48 שעות יש להביאו בפני שופט. הנאשם ישוחרר ממעצר רק לאחר שימציא את הערבות.

**מעצר לפי הצהרת תובע**

**ס' 17ד לחוק המעצרים-** הוא הס' שעוסק בהצהרת תובע. זה ס' מאוד לאקוני ולכן יש עליו הרבה פסיקה.

הס' אומר שגם לאחר שהסתיימה החקירה יש לשחרר ממעצר. **אבל,** אם התובע מצהיר שהוא הולך להגיש כתב אישום + בקשה למעצר עד תום ההליכים והנאשם מסוכן או שצריך לנקוט בהליכי חקירה מיוחדים, ביהמ"ש יכול להאריך את המעצר בעוד 5 ימים. כלומר, רק במקרה שתובע חושב שמעבר לכתב האישום הוא הולך להגיש גם בקשה למעצר עד תום הליכים, רק אז הוא יגיש הצהרת תובע.

**מעצר לפי הצהרת תובע זה רק במקרה שאותו תובע סבור שהוא עומד לבקש מעבר לכתב האישום גם בקשה למעצר עד תום ההליכים כי הנאשם מסוכן או עלול לשבש הליכי משפט.**

ולכן, התובע אומר שהוא צריך מספר ימים נוספים כדי לנסח כתב אישום וגם בקשה למעצר עד תום ההליכים כי יש מסוכנות או חשש לשיבוש הליכי משפט.

המעצר הזה מוגבל ל5 ימים בלבד ולא ניתן להאריך וגם את זה לא באמת נותנים- בדר"כ ביהמ"ש נותן יומיים או שלושה.

מה קורה בעבירות מסובכות ומסועפות? האם צריך ב5 ימים לעבור על כל חומר החקירה ולנסח כתב אישום ובקשה למעצר עד תום ההליכים? במצב כזה של חקירות גדולות ומסועפות, יש פרקליט מלווה שמכיר את כל החומרים ויש לו אפילו טיוטה והוא צריך רק כמה ימים נוספים לנסח אותה. בכל מקרה, לא ניתן להאריך מעצר לפי הצהרת תובע מעל 5 ימים וגם 5 ימים לא באמת יינתנו ע"י ביהמ"ש.

בנוסף, הס' קובע שזה בכפוף להוראות ס"ק ב'. כלומר, אם הייתי עצור וביהמ"ש האריך את המעצר כדין והגעתי ל27 ימים והסתיימה החקירה ואז מגישים מעצר תובע ורוצים 4 ימים, אז הס' אומר שלא ניתן- המקסימום זה 3 ימים במקרה הזה כי המקסימום שביהמ"ש יכול לתת זה 30 ימים. מעבר לזה, צריך לבקש ימים נוספים מהיועמ"ש לממשלה, כי ביהמ"ש עצמו גם בהצהרת תובע לא יכול להאריך יותר מ30 ימים.

אם למשל הייתי עצור 72 ימים עם אישור היועמ"ש ורוצים עוד 4 ימים נוספים, צריך לבקש מהעליון כי מעבר ל75 ימים שיכול להאריך היועמ"ש, זה באישור העליון.

**מעצר לפי הצהרת תובע לעולם ידון בשלום ולא משנה מה חומרת העבירה, משום שעדיין לא הוגש כתב אישום! רק לאחר הגשת כתב אישום- הארכת המעצר תידון בביהמ"ש שדן בתיק.**

עד כה, כאשר ביהמ"ש רצה להאריך מעצר, הוא היה צריך חשד סביר. אבל כאשר מגיעה בקשת מעצר לפי הצהרת תובע, ביהמ"ש לא בוחן לפי החשד הסביר אלא מרכיב את המשקפיים של אותו שופט שידון בבקשה למעצר עד תום ההליכים כי הוא צריך עילה לכאורה להאריך את מעצרו עד תום ההליכים.

כלומר, ביהמ"ש בוחן את הבקשה במשקפי השופט שידון את הבקשה למעצר עד תום ההליכים. ביהמ"ש בוחן את החומר מעבר למשקפי השופט שידון במעצר עד תום ההליכים ולא החשד הסביר.

צריך לבחון למעשה עילה לכאורה לבקש את המעצר עד תום ההליכים ולכן הרף עולה.

מה דורשים בעילה לכאורה? ראיות לכאורה- האם יש ניצוץ ראיות לכאורה שזה רף חומרה גבוה יותר.

**פס"ד בדאוי-** בפס"ד זה צמצמו את חובות התובע. התביעה לא צריכה להכריז שבוודאות היא מגישה כתב אישום מאחר שכך היא תקבול את שיקול דעתה. די כי התובע יצהיר כי לאחר עיון בחומר הראיות יש לכאורה מקום להגיש כתב אישום ואין צורך בהצהרה חד משמעית לפיה יוגש כתב אישום.

**פס"ד אלטוויל-** לא רק שהתובע לא צריך להתחייב שיגיש כתב אישום, גם אין מקום לדרישת פירוט ס' העבירות המיוחסות לנחקר במסגרת הצהרת תובע.

נוסח הצהרת תובע

"אני מאשר/ת כי לאחר עיון בחומר הראיות שהוגש לי, יש מקום, לכאורה, להגיש בתיק זה כתב אישום, ולבקש מעצרו של הנאשם עד לתום ההליכים המשפטיים נגדו".

השופט שדן, כאמור, הוא שופט של בימ"ש שלום שמרכיב את המשקפיים של השופט שידון במעצר עד תום ההליכים ובוחן את זה לפיו.

**פס"ד שימול-** הוגשה הצהרת תובע. מה שקרה זה שקיבלו ימים להצהרת התובע (נניח 3 ימים). את הימים האלה הם ניצלו במקום לכתוב בקשה, להמשיך את החקירה. ביהמ"ש אמר שהתובע הצהיר שהחקירה הסתיימה וביקש מעצר לפי הצהרת תובע. עכשיו הם מבקשים ימים נוספים לצרכי חקירה- וזה לא הגיוני. עלתה השאלה- האם ניתן לבקש הארכת מעצר לפי ס' 13 לאחר שכבר הוגשה הצהרת תובע? ביהמ"ש פסק שזה לא עובד כך וזה שמור למקרים חריגים ונדירים, רק אם יראו שאי אפשר היה לבצע בשקידה סבירה לבצע את הפעולות שעושים עכשיו לפני כן, ושלא מדובר ברשלנות ושמדובר בחומר חדש שלא ניתן היה לגלותו לפני החקירה. זה חומר שיש בו כדי להשפיע הן על הגשת כתב האישום, תוכנו וסיכויי ההרשעה- ורק אם התנאים האלה יתקיימו, ביהמ"ש ייתן ימים נוספים להשלים חקירה. אבל אם התנאים לא יתקיימו- ביהמ"ש לא ייתן. אם התביעה התרשלה- זו הבעיה שלה. היא צריכה להראות שאי אפשר היה בשקידה סבירה לבצע את זה לפני כן, שלא מדובר ברשלנות, שזה חומר חדש שלא ניתן היה לגלותו בחקירה ושיש בו כדי להשפיע על כתב האישום, תוכנו וסיכויי ההרשעה.

**בש"פ 4829/14 פלוני-** מקרה הפוך- לא הוגשה הצהרת תובע בתום החקירה, כנראה בגלל רשלנות/טעות. הסנגור טען שזו לא בעיה שלו- החוק אומר שהנאשם ישוחרר מהמעצר אם אין הצהרת תובע. **השופט עמית** פוסק שנוצר כך מצב אבסורדי- בגלל רשלנות של התביעה שלא הגישה הצהרת תובע כפי שהייתה צריכה לעשות, אמור להשתחרר אדם מסוכן שעלול לסכן את הציבור וזה לא הגיוני. השופט עמית אומר שס' 17ד הוא לאקוני אבל הוא מכיל בתוכו את עילות השיבוש והמסוכנות. כלומר, הן אינהרנטיות לס' 17ד וגם אם לא הוגשה הצהרת תובע מאיזושהי סיבה, גם אם רשלנות, חובה על השופט לבחון אם מתקיימות עילות של מסוכנות או שיבוש לפני שהוא משחרר את החשוד. כלומר, אם השופט סבור שהחשוד מסוכן או שעלול לשבש הליכי משפט, הוא לא ישחרר אותו. התביעה עדיין צריכה להגיש במהירות הצהרת תובע.

דובר בפס"ד זה על מעצר של קטין שהיה במשך שבועיים במעצר מאחורי סורג ובריח, השוטר הצהיר שהחקירה הסתיימה אך לא הוגשה הצהרת תובע. המעון שבו הקטין שהה לפני המעצר לא הסכים שהקטין יחזור כי הקטין מסוכן מאוד לחניכים ולצוות. ביהמ"ש השלום שחרר את הקטין והמדינה ערערה. המחוזי עצר אותו בכפוף לכך שלמחרת תוגש הצהרת תובע. בביהמ"ש העליון השופט עמית אמר שהוא מאשר את המעצר מטעם פרקטי ומהותי: טעם פרקטי- זה אדם שהוא כבר שבועיים במעצר, גם עוד לילה אחד של מעצר לא יקרה כלום. טעם מהותי- ס' 17ד טומן מינה וביה את עילות המסוכנות והשיבוש. מדובר על מעצר קודם לצרכי חקירה ועל עילות מעצר עד לתום ההליכים. אם חושבים שאדם מסוכן, זה טמון בתוך ס' 17 ד. במילים אחרות- ביהמ"ש מוסמך לבחון בעצמו עילות של שיבוש ומסוכנות גם אם לא הוגשה הצהרת תובע כי הן אינהרנטיות לס' 17ד, אחרת ייווצר מצב אבסורדי שבשל רשלנות התביעה עבריין מסוכן ישוחרר לחופשי ויסכן את הציבור.

**ביהמ"ש בכל סוגי המעצר- תמיד חייב לבחון חלופות מעצר (במסלול העיקרי). זה לא נתון לשיקול דעתו!** אין עבירה שיש בצידה חובת מעצר היום ולכן ביהמ"ש חייב תמיד לבחון חלופת מעצר, גם בהצהרת תובע.

ביהמ"ש אינו חותמת גומי של התביעה. הוא תמיד חייב לבחון חלופת מעצר, גם בהצהרת תובע. הוא צריך לבחון אם ניתן לאיין את עילות המעצר (מסוכנות ושיבוש) באמצעי מידתי יותר מאשר מעצר מאחורי סורג ובריח.

שאלה- אם ביהמ”ש מוצא שניתן לבצע חלופת מעצר, למשל- שהחשוד ישהה במעצר בית אצל קרוב משפחה, נשאלה השאלה- האם כאשר המעצר אינו מאחורי סורג ובריח, האם הגיוני שעדיין נותיר את המגבלה של 5 ימים להגשת בקשה למעצר עד תום ההליכים וכתב אישום? הרי הנאשם לא נמצא בבית הסוהר אלא בתנאים נוחים יותר, אז האם נשאיר את המגבלה כך?

**פס"ד מטאייב-** נשאלה השאלה הזו- האם כשביהמ"ש בהצהרת תובע משחרר את החשוד לחלופת מעצר, האם עדיין מגבלת 5 הימים עומדת? ביהמ"ש פסק שצריך להיות מדובר בזמן סביר, כלומר על כתב האישום להיות מוגש בתוטך פרק זמן של בין שבוע לבין 14 ימים (פרק זמן סביר). אז המגבלה של ה5 ימים לא עומדת כאשר החשוד משוחרר לחלופת מעצר בהצהרת תובע, אבל גם לא 180 ימים לפי ס' 58 של תקופת הערבויות.

**מעצר עד תום ההליכים**

זה כינוי שלא מופיע בחוק המעצרים. ס' 21 מכנה אותו מעצר עד תום ההליכים המשפטיים.

**מאמר שחייב לקרוא למבחן- חלופות מעצר- האמנם תמיד לטובת נאשמים? של פרופ' טמיר- לא צריך לקרוא את הסטטיסטיקות שבו אלא את המהות שבו. חובה למבחן!**

מה ההבדלים בין מעצר ימים לבין מעצר עד תום ההליכים?

1**. סמכות עניינית** - מעצר עד תום ההליכים מוגש מבחינת סמכות עניינית לביהמ"ש שדן בכתב האישום מבחינת הסמכות העניינית. כלומר- אם מדובר בעבירת גניבה למשל שתידון בשלום, אז הבקשה למעצר עד תום ההליכים תוגש לביהמ"ש השלום. אם מדובר ברצח, אז אמנם בהצהרת תובע מי שדן זה שופט שלום אבל מי שידון בבקשה למעצר עד תום ההליכים זה יהיה שופט מחוזי.

2. **חומר חקירה** - במעצר עד תום ההליכים, יהיה שופט שידון בבקשה למעצר עד תום ההליכים והרכב שופטים שידון בתיק עצמו. זה משום שהשופט שדן בבקשה נחשף לראיות שהוא לא אמור להיחשף אליהן, למשל- עבר פלילי. עם הגשת כתב האישום מגיע לנאשם לראות את כל חומר החקירה. ההתמודדות של סנגורים עם נושא מעצר עד תום ההליכים היא מושכלת יותר.

3. **תקופת הזמן**- במעצר ימים יש הגבלות נוקשות בימים. לעומת זאת, במעצר עד תום ההליכים, כשמו כן הוא- עם שתי מגבלות:

א. לפי ס' 60 לחוק המעצרים, תוך 30 יום לאחר שהחל המעצר עד תום ההליכים, צריך להתחיל במשפט אחרת יש לשחרר את הנאשם. \*לבדוק כמה באיזוק אלקטרוני\*

ב. ס' 61 אומר שהתקופה המרבית היא 9 חודשים ואם עברו 9 חודשים ניתן לבקש בקשת הארכת מעצר מהעליון וזה מוסמך להאריך כל פעם ב3 חודשים ובתנאים מסוימים אפילו ב150 יום (ס' 62). \*לבדוק כמה באיזוק אלקטרוני\*

4. בשלב מעצר ימים החשוד וסנגורו סומים בערפל כי הם הרבה פעמים לא רואים את החומר. במעצר עד תום ההליכים המצב מתהפך- עם הגשת כתב האישום, הנאשם אמור לקבל את כל חומר החקירה ולמעשה הסנגור יכול להתמודד עם הנושא של המעצר בצורה הרבה יותר מושכלת.

התנאים הקבועים בס' 21 לחוק המעצרים (תנאים מצטברים): תשתית ראייתית, עילת מעצר, היעדר חלופה (כשם שאמרנו- תמיד ביהמ"ש חייב לבחון חלופה), **סנגור** - תמיד חייב להיות סנגור, אלא אם כן הנאשם מתעקש שלא.

**תשתית ראייתית-** ס' 21ב לחוק המעצרים, אומר שכעת התשתית היא ראיות לכאורה להוכחת האשמה. האם צריכות להיות ראיות קבילות? במעצר ימים אמרנו שאפשר לשמוע ראיות לא קבילות (כמו עדות מפי שמועה, פוליגרף, עבר פלילי וכו'). אבל כעת- זה לא אותו דבר. האם ביהמ"ש יכול להסתמך על ראיות שאינן קבילות בהליך של בקשה למעצר עד לתום ההליכים? אנו מדברים על ראיות שעוסקות בתשתית העובדתית.

**פס"ד פרץ**

**אם ברור שראיה לא תהייה קבילה במשפט או במידה רבה של סבירות היא לא תהייה קבילה, אז אין להתחשב בה בשלב של מעצר עד תום ההליכים**. לדוגמה- פוליגרף. זו לא ראיה קבילה במשפט ולכן גם בשלב של מעצר עד לתום ההליכים, פוליגרף לא תהייה ראיה להשארתו במעצר עד לתום ההליכים. אם יש ספק וייתכן שכן תהייה קבילה, ניתן להתחשב בה אך אם סביר שלא תהייה קבילה- לא נתחשב בה. בשלב הזה לתביעה אמורות להיות ראיות שמספיק בהן כדי להרשיע את האדם. את עילת המעצר ניתן להוכיח בראיות שאינן קבילות, לכן חשוב שהשופטים שדנים בכך יהיו שונים.

אם מדובר בראיה שיש שאלות לגביה- לדוגמה הודאה של הנאשם אשר טוען שהיא לא ניתנה מרצון חופשי, **הדבר ייקבע רק במהלך המשפט** ולכן ניתן להשתמש בראיה זו לצורך התשתית הראייתית. ברגע שהראיה תיפסל (במהלך המשפט), הסנגור יוכל לבקש עיון חוזר במעצר עד תום ההליכים כיוון שהוא ניתן על סמך ראיה שנקבע במשפט שהיא פסולה.

**פס"ד מוגרבי**

נגד מוגרבי הוגש כתב אישום על רצח והוא נעצר עד תום ההליכים. העד המרכזי בפרשה נפטר. מוגרבי פנה לביהמ"ש המחוזי וביקש לשחררו בערובה כיוון שהתשתית הראייתית נגדו חלשה- אין עד. המשטרה התנגדה לשחרור המעצר כי היא מנהלת חקירה על מנת להכשיר הודאה של השותף לעבירה לפי ס' 10א לפקודת הראיות. המשטרה רצתה להשאיר את העניין חסוי. אז עלתה השאלה אם אפשר להתייחס לטענה של המשטרה לצורך השתית הראייתית למרות שמדובר בחומר חסוי וחומר חסוי אינו קביל. ביהמ"ש פסק **שניתן להגיש חומר חסוי לעיונו של השופט כאשר מדובר בעניין רלוונטי לעניין מעצרו של הנאשם ובתנאי שאינו קשור במישרין לעבירות המיוחסות לנאשם**. כיוון שלא מדובר בחומר שקשור לעבירה אלא לחומר שקשור למעצר אז ניתן להשתמש בו. כלומר, אם מדבור היה בחומר חסוי שמתייחס לתוכן ההודעה של השותף, אז לא ניתן היה להעביר את החומר לשופט אבל כיוון שמדובר לחקירה חסויה ולא לתוכן של הדברים אז ניתן להשתמש בה.

**פרשת זאדה**

נקבע שהמבחן הוא מבחן סיכוי סביר להרשעה, דהיינו- **ראיות לכאורה הן ראיות גולמיות אשר לגביהן קיים סיכוי סביר שעיבודן במהלך המשפט תוך בחינתן בחקירות ובקביעת אמינות ומשקל יוביל לראיות רגילות אשר מבססות את אשמת הנאשם מעבר לכל ספק סביר**.

מסתכלים על סיכוי סביר להרשעה, ביהמ"ש מסתכל על הראיות כמו שהן ללא לעבד אותן, ושואל את השאלה האם מדובר בראיות שלאחר שהן יעברו את כור ההיתוך ויינתן להן משקל אז לבסוף הן יוכלו להביא להרשעת הנאשם מעל לכל ספק סביר. כלומר, לוקחים את מכלול הראיות ושואלים- אם הם יעברו את החקירות ואת כל המשפט ולא ייפסלו ולא יקבלו משקל נמוך ביותר, הן יוכלו להביא להרשעה מעל ספק סביר?

כל השופטים מסכימים שהראיות שנדרשות לצורך מעצר עד תום ההליכים, הן ראיות גבוהות יותר מאלה הנדרשות **בס' 158 לחסד"פ**, לצורך ההליך של "אין להשיב לאשמה".

לסיכום המבחן של ראיות לכאורה: ראיות לכאורה הן ראיות גולמיות אשר לגביהן קיים סיכוי סביר שעיבודן במהלך המשפט תוך בחינתן בחקירות ובקביעת אמינות ומשקל יובילו לראיות רגילות אשר מבססות את אשמת הנאשם מעל לכל ספק סביר.

תשתית ראייתית - האם נדרשת תוספת?

האם בשלב בדיקת הראיות לכאורה צריך כבר לדרוש תוספת ראייתית, הפסיקה בנושא נוגדת? כלומר, אם נגיד הראיה שהתביעה מביאה היא עד מדינה, אז הדבר דורש סיוע. האם צריך להביא סיוע כבר בשלב המעצר עד תום ההליכים?

**פס"ד אברג'יל**

הדעה המקובלת. האם ביהמ"ש צריך לבחון כבר בשלב המעצר את דבר קיומן של תוספות ראייתיות, מקום שהן נדרשות לביסוס הרשעה? נקבע שברמה הלכאורית ביהמ"ש צריך לבדוק אם קיימת תוספת ראייתית. באברג'יל היו השקרים של הנאשם אשר הוכח שהם שקרים, אז זה יכול לשמש סיוע. שקרים של נאשם שהוכח שהם שקרים כראיות חיציניות יכולים להספיק למעצר עד תום ההליכים.

ראיות מוחלשות

**פס"ד חסיד**

**קבעה הלכה שלפיה מסכת ראיות שיש סימני שאלה באשר לעוצמתה, עשויה להצדיק חלופת מעצר**. ביהמ"ש בעצם אומר שיכול להיות שיש חולשה בראיות ואז הדבר לא מצדיק שחרור אלא מצדיק חלופת מעצר.

**פרופ' טמיר מבקרת את ההלכה הזו במאמר שלה-** היא אומרת שאולי מבחינה רציונלית זה נכון, אבל היא **לא הולמת את לשון החוק** - או שיש לך ראיות לפי החוק, או שאין. אין דבר כזה באמצע ואם מגיעים למצב של "אמצע"- צריך לשחרר את הנאשם. יכול להיות שחלופת המעצר עומדת לו לרעתו, כי ברגע שיש חולשה בראיות הוא אמור להיות משוחרר ללא תנאים, אבל לא מעצר בית, ערבים, מפקחים וכו'.

כלומר, ביהמ"ש נותן פתרון למצב שבו יש ראיות חלשות ואומר שאפשר לפתור את זה בחלופת מעצר- וזה לא מעוגן בלשון החוק וכך חלופת המעצר עומדת לנאשם לרועץ כי הוא אמור היה להיות משוחרר. פרופ' טמיר אומרת שזה הגיוני אבל לא הולם את לשון החוק הבינארית- או שיש ראיות או שאין, אין מצב של אמצע - ראיות מוחלשות ולכן יש לתקן את החוק שיטפל בבעיה של ראיות מוחלשות.

**שיעור 9 – 28.06.21**

עילת מעצר

**אין מעצר בשל חומרת העבירה או אמון הציבור, פס״ד גנימאת** – עילות המעצר חייבות להיות ספציפיות לנאשם עצמו, ולא יכולות להיות התרעת האחרים או אמון הציבור. יש למצוא מסוכנות ספציפית של האדם או חשש ספציפי לבריחה/שיבוש הליכים לפי ס׳ 21 לחוק המעצרים (כולל גם הפחדת עדים, העלמת ראיות וכו). **בפס״ד גנימאת** נקבע שמכת מדינה יכולה לחזק מסוכנות אבל לא לשמש כעילת מעצר כשלעצמה.

**תתכן מסוכנות בעבירות רכוש** - הנוסח הקודם של החדס״פ דיבר על שלום הציבור, כשנחקק חוק המעצרים היו סנגורים שניסו לטעון שהיום לא יכולה להיות מסוכנות בעבירת רכוש משום שכתוב ביטחון ולא שלום הציבור. ביהמ״ש **בפס״ד פרנקל** דוחה את הטענה הזו בטענה כי בנסיבות מסוימות (נעשה באופן שיטתי, שימוש באמצעים מיוחדים, באופן ניכר ועוד) עבירות רכוש יכולות לסכן את בטחון האדם והציבור. דוגמה לכך יש גם **בפס״ד מזרחי** – נטען לעבירת מרמה של זיוף דרכונים. ביהמ״ש טוען כי כאשר אדם באופן שיטתי מזייף דרכונים עלול להיות סיכון לביטחון הציבור.

עד חקיקת חוק המעצרים הייתה רשימת עילות שאם הייתה תשתית עובדתית לקיומן הן יצרו עילת מסוכנות אוטומטית (רשימה סגורה). הבעיה עם עילת חומרת העבירה היא **הפגיעה בחזקת החפות**. לכן הפתרון שיצר חוק המעצרים הוא פתרון של יצירת חזקת מסוכנות בס׳ 21(ג) – יש רשימה של עבירות שאם יש תשתית עובדתית (ראיות לכאורה) שמבססת את הקשר בינן לבין הנאשם אז חזקה שאדם מסוכן אך הוא יכול לסתור טענה זו (להסתכל בחוק איזה עבירות לפני המבחן!!!!). הסעיף הזה מעביר את הנטל על הנאשם. לכאורה אנחנו אומרים שאם אדם מפריך את חזקת המעצרים הוא לא צריך להיות במעצר כלל אבל המשמעות של ההפרכה היא בדרך כלל מעבר לחלופת מעצר כדוגמת מעצר בית.

**אין מעצר חובה אפילו לא ברצח** – בתקופה שקדמה לחוק המעצרים (חסד״פ) היו סעיפים שקבעו מעצר חובה בעבירות מסוימות שהעונש עליהן הוא מיתה או מאסר עולם. ביהמ״ש לא יכל לשחרר בשום אופן. חוק המעצרים ביטל את החובה הזו. **פרשת עודה** – המקרה הראשון בו חשוד ברצח שוחררה למעצר בית. אישה בדואית נאנסה ע״י בן דודה והייתה שותפה לרצח שלו ע״י בני משפחתה. היה ברור שמעצר בית יכול להתאים (הייתה בהריון, לא הייתה תועלת גדולה למעצר) עם כל הערובות והמפקחים הרלוונטיים. לפי הדין הקודם לא ניתן היה לשחרר אותה למעצר בית כלל.

לסיכום - עילת מסוכנות, שיבוש הליכים, חזקת המסוכנות. עצם העובדה שיש תשתית עובדתית לביצוע עבירות כמו אלימות במשפחה, סחר בסמים, תקיפה וחבלה מחמירה ועבירות שגרמו למוות, אז נוצרת חזקת מסוכנות. גם כאן לשון החוק לכאורה בינארית (מפריך = לא מסוכן) אך זה לא קורה בפועל.

חלופת מעצר



מהי חלופת מעצר?

הרשימה מופיעה בסעיף 48. איזוק אלקטרוני הוא לא חלופת מעצר אלא מעצר מסוג שונה. ס׳ 41 לחוק המעצרים מגדיר ערובה – עירבון כספי או ערבות עצמית של חשוד או נאשם, הכל כפי שיורה ביהמ״ש או הקצין הממונה (ס׳ 42 קובע את התנאים הנוספים שהוא יכול לקבוע). ס׳ 48 קובע את התנאים שביהמ״ש רשאי להציב (איסור יציאה ממקום או אזור מסוים, התייצבות בתחנת משטרה, הפקדת דרכון וכו).

דבר נוסף שלא רשום בלשון החוק והוא עולה מהפרקטיקה הוא **הקשר בין התשתית העובדתית לעילה** – מעין איזון חוזר, טרייד אוף. כשהתשתית חלשה יותר בתי המשפט יסתפק בעילה חזקה יותר, ולהפך, כאשר האדם מאוד מסוכן נסתפק בעילה חלשה יותר למעצרו. **בפס״ד קורמן** דנו מה קורה כשהאדם שומר על זכות השתיקה? רכז ביטחון הואשם בהירגה ושמר על זכות השתיקה. לפי החסד״פ נטען למסוכנות והסנגור טען שיש לשחררו למעצר בית כי הוא לא מסוכן (קרה בלהט הרגע וכו). השופט זמיר שהנאשם שומר על זכות השתיקה ובכך הוא לא מסייע לעצמו להפריך את חזקת המסוכנות ולכן קמה עילת המעצר. מאז **נקבעה הלכה – אנשים ששומרים על זכות השתיקה לא מפריכים את חזקת המסוכנות**. לפי המרצה הבעייתיות היא ששתיקה מחזקת את התשתית העובדתית, לא אמורה לחזק עילה. בעבירות של חזקת מסוכנות עילת המעצר קשורה לתשתית העובדתית, בכך שנאשם שותק הוא מחזק את הראיות שיש נגדו ולכן גם העילה כנגדו יותר חזקה. **בפס״ד חמימי** נאמר גם כן שברגע שישנה עבירת ביטחון היא יוצרת חזקת מסוכנות, ברגע שהנאשמת שומרת על זכות השתיקה היא לא עוזרת להפריך את חזקת המסוכנות. \*המרצה מדגישה שכדאי מאוד לקרוא את המאמר שלה\*

**מעצר לא חוקי קודם משפיע על נטיה לתת חלופה** – מעצר בלתי חוקי הוא אחד השיקולים של השופט אבל זהו לא שיקול יחיד עבור השופט, לא מונע את האפשרות לעצור. **פס״ד פלוני** עברו יותר מ-30 יום מתחילת המעצר ועד ההקראה של כתב האישום. **מעצר לא חוקי לא שולל את המעצר עד תום ההליכים אבל ישפיע על ההחלטה על חלופה**.

חלופת מעצר בעבירות מין

**בש״פ 1823/21 פלוני**

החלטה של השופט שטיין לגבי מעצב נפשי של מתלוננות. אם אדם הואשם בעבירת מין, עבירה עם חזקת מסוכנות, מעצר עד תום ההליכים. נניח והסיבות למעצר חלפו, לדוגמה המתלוננת העידה שהיא כבר לא מפחדת ממנו וכו. האם השפעתו השלישית של שחררו של אדם מהכלא על מצבן הנפשי של המתלוננות, כשהוא לעצמו, ומבלי שהדבר משפיע על ההליך המשפטי, יכול להוות סיבה מספקת לאי שחררו? **השופט שטיין** קבע **שהמצב הנפשי של המתלוננות לא יכול לגבור על חזקת החפות של הנאשם**. במקרה פלוני האדם שוחרר עם איזוק אלקטרוני ועם ערבות כספית.

המסלול המשני – מעצר בשל הפרת תנאים קודמים – מעצר עד תופ ההליכים

לפי **ס׳ 21(א)(2)** אם הנאשם הפר את תנאי השחרור אפשר לעצור אותו במעצר עד תום ההליכים מעצם ההפרה של התנאים.

סנגור - ס׳ 21(ג)

כאמור החוק דורש שיהיה סנגור אלא אם כן הוא הודיע שהוא לא רוצה אחד כזה (ס׳ 21(ב)(2)). יוצר מעצר ביניים. כפי שלמדנו אין מעצר ללא חוק, חייב להיות פתרון לכל מעצר ביניים. אם לנאשם אין סנגור והוא גם לא הודיע שהוא לא רוצה סנגור צריך למנות לו אחד כזה. כל עוד אין כזה, ביהמ״ש יכול לעצור לתקופות של 7 ימים כל פעם ולא יותר מ-30 ימים סה״כ.

מעצר לפי הסמכת סנגור (מעצר עראי) – סעיף 21(ד)

כאשר הנאשם מקבל את כתב האישום, יחד איתו הוא מקבל את כל חומר החקירה. בקשת המעצר עד תום ההליכים מוגשת יחד עם חומר החקירה שיכול להיות רב מאוד. הסנגור צריך להתמודד עם התשתית הראייתית ולהוכיח שאין ראיות לכאורה, צריך ללמוד את החומר. לפי **ס׳ 21(ד)** הסנגור יכול להסכים למעצר כדי שהוא ילמד את חומר החקירה. אז ביהמ״ש לא מחויב ב-30 ימים הללו לבדוק את התשתית הראייתית, מכונה מעצר עראי או מעצר מוקדם שלא מותנה בתשתית ראייתית אלא רק בעילת מעצר. קלאסי לעבירות חזקת מסוכנות, מאחר שהעילה קיימת מעצם האשמה בעבירה. שכיח כאשר חומר החקירה גדול מאוד. נשאלת השאלה מה קורה אם 30 הימים לא יספיקו – לפי פס״ד כהן כדי לעצור מעבר ל-30 יום ביהמ״ש צריך לבדוק תשתית כלשהי מקיומן של ראיות לכאורה. כבר אי אפשר להסתמך על הסמכת הסנגור, ביהמ״ש צריך לראות לפחות ניצוץ ראייתי, גם אם זה פחות מראיות לכאורה. גם זה מחזיק לעוד מספר ימים מועט כדי לוודא שאם לא עצור ללא ראיות נגדו כלל.

מעצר באיזוק אלקטרוני

מעצר עד תום ההליכים ניתן עד 9 חודשים ואז צריך לקבל הארכה מהעליון. ביהמ״ש יכול להעריך ב-90 או 150 ימים תלוי במורכבות התיק**. באיזוק אלקטרוני הארכת מעצר תהיה כעבור 18 חודשים** ולא 9 חודשים (ס׳ 62). מה קורה אם יש לנו מעצר מעורב, כאשר חלקו מאחורי סורג ובריח וחלק באיזוק אלקטרוני? לאחר כמה זמן צריך לבקש הארכת מעצר מהעליון? את העניין הזה החוק לא מסדיר אלא **פס״ד טחימר.** בפס״ד הזה ביהמ״ש קובע **שיום של מעצר רגיל יהיה כפול ממשקלו של יום מעצר בפיקוח אלקטרוני** – היחס ביניהם הוא 1:2. אם אדם היה במעצר רגיל 4 חודשים ועכשיו הוא נמצא עוד 5 חודשים באיזוק אלקטרוני צריך לבקש הארכת מעצר מהעליון לאחר 4 חודשים נוספים (כאשר מגיעים ל-18 חודשים). הייתה גם **דעת מיעוט** שסברה שהמשקל של המעצרים מבחינת ימי המעצר הוא זהה. כלל השופטים קראו להסדרה חוקית של הנושא.

הארכת מעצר ע״י העליון

**פס״ד מחאג׳נה**

דובר על עבירות נסיעה, הובלה, סחר וירי בנשק חם. הוגש כתב אישום ובקשה למעצר עד תום ההליכים שאושרה. ההליך העיקרי התעכב בגלל ענייני תעודות חיסיון והליכי מו״מ בין הצדדים כך שההליך לא התחיל (למעט ההקראה). חלפו 9 חודשים ועוד לא התחיל ההליך העיקרי. הנאשם היה עם מסוכנות מאוד גבוהה, ביצע את העבירות תוך כדי שהיה במאסר על תנאי ולכן הגישו בקשה להארכת המצער. **העליון** (השופט אלרון) אמר שמצד אחד יש לנו שלילת חירות של אדם עם חזקת חפות ומצד שני יש לנו את ביטחון הציבור וראיות לכאורה. ביהמ״ש התחשב בתכליות ושקל את עניין החירות של הנאשם, שעתיד לשהות זמן רב מאחורי סורג ובריח אך אישר את ההארכה. מה שחשוב הם דבריו לגבי הכלל - שחרור לאחר 9 חודשים בעוד הארכת המעצר היא מקרה חריג, **כאשר בפועל החריג הפך לכלל** לאור העומס המוטל על בתי המשפט.

שוויון בדיני מעצרים

מעצר עד תום ההליכים נידון תמיד ע״י שופט יחיד – עשויים להיות מצבים בהם החלטות יהיו הפוכות למרות קיומן של עובדות דומות. **פס״ד מזרחי** – 2 שותפים לעבירה, אחד שוחרר לחלופת מעצר והשני לא. הטענה הייתה לחוסר שוויון. ביהמ״ש פסק שיש הבחנה בין העבריינים כי אחד מהם ביצע את העבירה בזמן ששהה בחלופת מעצר בעבירה אחרת. זוהי הבחנה רלוונטי. האם השוויון הוא עיקרון מוחלט או שלפעמים אינטרסים אחרים גוברים עליו? **מקרה בקייב ומורופולובסקי** – שני גיסים שנאשמו ביחד בביצוע רצח בצוותא ונעצרו עד תום ההליכים. הם הגישו ערר, אחד הגיע לשופטת **דורנר** שנהגה להחיל מבחנים מחמירים לבדיקת ראיות (ידועה כשופטת מקלה במעצרים) בעוד השני הגיע לשופטת **פרוקציה** שטענה שכן יש תשתית עובדתית. נטען לחוסר שוויון. השופטת פסקה שהיא ערה לקושי שיש בהבחנה אך קבעה **שעיקרון השוויון אינו עקרון על ויש לאזן אותו מול שיקולים אחרים כמו שלום הציבור או בטחונו**.

מעצר בערעור, ערר ועיון חוזר

סעיף 22 לחוק המעצרים קובע שאם ניתן פס״ד (1) מרשיע נגד נאשם (2) שהוחזק במעצר עד תום ההליכים, (3) ולא הוטל עליו עונש מאסר בפועל, (4) והתובע הודיע שבכוונתו לערער על קולת העונש ולבקש מעצר בפועל רשאי ביהמ״ש שהרשיע את הנאשם לשחררו בערובה או אם הוא שוכנע שהוא עשוי להימלט לצוות על מעצרו לעד 72 שעות. כל התנאים חייבים להתקיים! אם הוגשה הודעת ערעור ע״י תובע הסמכות עוברת לבית משפט הערעור לצוות על מעצרו בהתאם לסעיף 21. **ביהמ״ש המרשיע הוא זה שמצווה על המעצר של 72 שעות ולאחר מכן הסמכות עוברת לבית המשפט בערעור** (לפי התנאים למעצר עד תום ההליכים).





במעצר בערעור אין סעיף חוק שקובע מה קורה. כאן נכנס **פס״ד עפיף** – משלב בין סעיף 63 לסעיף 2(3) שקובע שלבית המשפט של הערעור יש סמכות עניינית להורות על מעצר בערעור.

ערר

ערר תמיד מוגש לביהמ״ש של הערעור. ס׳ 53 לחוק המעצרים קובע שרשאי לערור על החלטת המעצר העצור, התובע או הערב בעניין ערבותו. בעבר ניתן היה לערור פעמיים בזכות אבל כעת הערר הראשון הוא בזכות והשני ברשות. העליון ידון בבקשה בדן יחיד. ערר יוגש תוך 30 ימים מיום ההחלטה.

לפי ס׳ 54 לחוק בעיון חוזר ובערר רשאי בית המשפט לקיים את ההחלטה שעליה עוררים, לשנותה או לבטלה ולתת החלטה אחרת במקומה.



מתי תינתן רשות לערור?

**פס״ד ג׳ריס**

מפנה **להלכת חניוני חיפה** (סד״א) לפיו הכלל הוא שעיקרון סופיות הדיון גובר. רק במקרים יוצאים דופן ניתן רשות לערור בגלגל שני כאשר:

1. מדובר בשאלה בעלת חשיבות חוקתית
2. נושאים בהם יש החלטות סותרות של ערכאות נמוכות
3. מקרים בהם יש בעיה משפטית

עם זאת, במקרים בהם ביהמ״ש רשאי שיש נסיבות מיוחדות אפשר בכל זאת לאפשר גם מבלי שמתקיים אחד מהתנאים הללו.

**פס״ד ברטלר**

מדגישים כי הנסיבות החריגות לא חייבות להיות נדירות משום שמדובר בדיני נפשות. ביהמ״ש מרחיב מעט את המבחן. חייבות להיות נסיבות מיוחדות אבל לא לגמרי נדירות.

עיון חוזר

**סעיף 52 לחוק המעצרים**. עצור, משוחרר בערובה או תובע יכול לפנות לביהמ״ש (זה שנתן את ההחלטה) בבקשה לעיון חוזר בעניין הנוגע למעצר לצורך בחינת שינוייה. ישנם 3 מקרים בהם נגיש בקשה כזו:

1. **אם התגלו עובדות חדשות**.
2. **הנסיבות השתנו**.
3. **עבר זמן ניכר מעת מתן ההחלטה** (בין חודשיים לשלושה).

אם אדם שוחרר בתנאי שהוא יפקיד ערובה של 50 אלף שח אבל אין לו את הסכום באותו הרגע ולכן הוא נשאר במעצר. לאחר שבועיים הוא מצליח להשיג את הסכום ומבקש בקשה לעיון חוזר (מבקש להשתחרר). במקרה כזה, **במקרה של חוסר אפשרות להמציא ערובה אפשר לפנות בכל עת מבלי לעמוד בדרישות** (גם יום אחרי) – **פס״ד רביזדה**.

במקרים בהם העצור לא עומד בתנאים של קצין המבחן גם הוא יכול לפנות לבית המשפט בבקשה לשנות את ההחלטה באמצעות עיון חוזר (לדוגמה, לא לאפשר חלופות מעצר).

שחרור בערובה

ערובה – ערבון כספי או ערבות עצמית של חשוד או נאשם, בין אם לבדם או בצירוף ערבים (שחותמים או מפקידים כסף), לפי מה שמורה ביהמ״ש או הקצין הממונה. חשוב להבין שיש תנאים שהקצין הממונה רשאי להטיל (ס׳ 42) ויש תנאים ששופט רשאי להטיל (ס׳ 48).

**פס״ד רבינוביץ**

העורר היה חשוד מרכזי בחקירה מסועפת. נעצר ושוחרר בתנאים מגבילים. לאחר שחלפו 180 ימים וההליכים טרם הסתיימו (לא הוגש כתב אישום) הוא ביקש לבטל את תנאי הערובה לפי **ס׳ 58** – לאחר 180 ימים הערבויות בטלות אלא אם הוגשה בקשת הארכה **בתוך התקופה**. לאחר שחלפו 180 ימים המדינה הגישה בקשה להארכת הערבות אך ביהמ״ש קבע שלשון החוק ברורה ולביהמ״ש אין אפשרות להאריך את הערובה לאחר 180 יום אם הבקשה הוגשה באיחור. במקרים בהם כבר הייתה הארכה אחת ייתכן שתהיה לביהמ״ש סמכות אך לא ״בנגלה״ הראשונה.

**בש״פ 1760/01 פלוני**

העורר שוחרר ממעצר עד תום ההליכים עם ערבויות. הוא הורשע וביקש לקבל בחזרה את הערבות שלו. המדינה התנגדה בטענה שהיא הולכת לערער על גזר הדין ולכן ההליכים לא הסתיימו. ביהמ״ש קבע שהעורר משוחרר בערובה מחויב רק בתנאים שכתובים באורח מפורש בכתב הערובה – אם כתוב שהערובה תקפה רק לערכאה הראשונה אז יש להחזיר את הכסף, אם כתוב שזה ״להתייצב למשפט בכל מועד שייקבע כדין״ הכוונה היא רק למשפט הדיוני ולא לערעור כי אחרת היו צריכים לציין זאת במפורש.

הבחנה בין שני מצבים של מתן ערובה

ישנה הבחנה בין שחרור בערובה כתחליף למעצר לעומת שחרור בערובה לצורך התייצבות. **ס׳ 44(ב)** מאפשר ערובה רק כדי להבטיח התייצבות לדיון ולא מצריך עילה או תשתית. התנאים לשחרור צריכים להיות מתונים יותר, **בפס״ד הורוביץ** נקבע כי בהיעדר עילת מעצר לא ראוי לתת עיכוב יציאה מהארץ אלא אמצעים מתונים יותר. **בפס״ד אדזיאשווילי** ביהמ״ש קבע שכאשר אין עילת מעצר יש להטיל אמצעים פחות מגבילים ולכן רק במצבים חמורים מעצר בית ישמש להבטחת התייצבות.