**מהות ההליך הפלילי ותכליותיו**

* מטרת ההליך הפלילי היא **עשיית דין צדק** על ידי:
1. **חשיפת האמת** – הכוונה היא לחשיפת ה-"אמת משפטית". האמת העובדתית היא המציאות כפי שהתרחשה בפועל. לעומת זאת, האמת המשפטית היא האמת המתגלה לשופט על פי כללי משחק ידועים שנוצרו ע"י הדין. מה פוגע בהתאמה בין האמת המשפטית לאמת העובדתית? למשל, הסדרי טיעון, חסינויות ועוד.
2. **הרשעת האשם וזיכוי חף מפשע** – זוהי נגזרת של חשיפת האמת שהרי אנו מעוניינים כי רק האשמים יבואו על עונשם. שתי תכליות אלו חשובות והמשותף להן הוא האינטרסים עליהם הן מגנות: אינטרס הציבור, ביטחון הציבור, הגנה על נפגעי העבירה (קורבנות שכבר נפגעו וקורבנות עתידיים) ועוד.
3. **מניעת עיוות דין ושמירת כבוד האדם**- רוצים להבטיח גם את הזכויות של החשוד\הנאשם להליך הוגן. יש פערי כוחות מובנה בין הנאשם\החשוד לבין החוקרים והמדינה.
4. **הגנה על זכויות נפגעי עבירה**.
* לעיתים ישנה הרמוניה בין התכליות ולעיתים יש התנגשות. ב**פס"ד יששכרוב**, אומרת השופטת דורית ביניש כי לעיתים ראיות אכן תיפסלנה והן לא תהינה קבילות במידה ויש הפרה בוטה של כבוד האדם, פגיעה באוטונומיה של האדם, פגיעה פיזית ונפשית אך אין זה חד משמעי. יש לכך חריגים וסייגים. תתכן גם הרמוניה בין התכליות דוגמא לכך היא כאשר אנו דורשים רמת הוכחה מעל לכל ספק סביר כדי להרשיע בפלילים.
* **מתח בין שני ערכים מרכזיים**: **ערך האמת** אל מול **ערך ההגינות.** הפרוצדורה הפלילית מגלמת בתוכה ערכים של הגינות שיש להם ערך עצמאי מעבר לכך שהם משרתים את גילוי האמת.
* **חומרת העבירה לא מהווה שיקול במסגרת כלל הפסילה הפסיקתי:**
* **הלכת חייבטוב (ע"פ 2868/13)**- החקירה הייתה מלאת כשלים קשים, החל מזה שמנעו ממנו את הזכות להיוועץ בעו"ד חרף בקשותיו, דרך זה שהיה מדובב שהובטחה לו טובת הנאה דרך הודאה- וזה דבר אסור כי אסור לתמרץ את המדובב באקסטרה שכר. בנוסף, לא היה תיעוד של דברי הנאשם, וכלה בכך שאותו מדובב עישן סמים קשים מסוג הרואין יחד עם חייבטוב תחת עיניהם הבוחנות של השוטרים. כך שלא נדע האם הסמים הם אלו שהובילו להודאתו של חייבטוב. **ביהמ"ש**: *"****חומרת העבירה לא תהווה שיקול להימנע מפסילת הראיה, בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית,******שכן דווקא בעבירות חמורות יש להקפיד על זכותו של הנאשם להליך הוכן ואין כל הגיון בהפעלת הדוקטרינה בעבירות קלות בלבד****".* ביהמ"ש העליון מזכה את חייבטוב מרצח בשל פגיעה בלתי מידתית בזכות להליך הוגן. השופטת ברק-ארז מציגה עמדה לפיה, הפעלת אמצעים פסולים אינה רק פוגעת בזכויות אלא מסקלת את תכלית האמת ואכיפת הדין.
* **פס"ד ירדאו קסאי-** פקח מעכב אדם ממוצע אתיופי עיכוב לא חוקי. אותו אדם הגיב בברוטליות קשה לרבות אלימות מילולית ופיזית. מגלים שיש לו סכין שמוחזקת שלא כדין וטלפון שחשוד כגנוב. הוא מגיע לתחנת המשטרה מבצעים בהסכמתו חיפוש ולא מוצאים שום דבר. הוא היה גם עצור לא מעט ימים. המקרה מגיע לעליון וביהמ"ש מזכה אותו מהחזקת הסכין ומשאיר את ההרשעה בעניין החזקת טלפון סלולרי החשוד כגנוב**. השופט מלצר** אומר שלא מדובר בעבירות החמורות ביותר וזו אחת מהסיבות שהוא מזכה. **השופטת ברק-ארז** מיד ומגיבה ואומרת **ששיקול חומרת העבירה לא אמור להוות שיקול לזיכוי**.
* **למה חשוב לשמור על הכללים?** שמירה על הכללים מונעת רשלנות במקרים עתידיים; עלות התדיינות; חוסר שרירות; כללים טובים יובילו לזיכוי החף ולהרשעת הנאשם**.**
* **מתי תתאפשר סטייה מהכללים?** נדרשת "הסמכה" לסטות; יש לוודא שהסטייה עצמה לא מעוותת את הדין.
* **ס' 3 לחסד"פ:** בכל עניין של סדר הדין שאין עליו הוראה בחיקוק, ינהג בית המשפט בדרך הנראית לו הטובה ביותר לעשיית צדק.
* **ס' 238 לחסד"פ:** ליקוי טכני בעריכתו של מסמך הנערך לפי חוק זה, אין בו כדי לפגום בתוקפם של ההליכים על פיו, אולם אם נראה לבית המשפט כי יש בדבר חשש לעיוות דינו של הנאשם, רשאי הוא לדחות את הדיון למועד אחר או להורות הוראה אחרת כדי להסיר את החשש.
* **מגמות בפסיקה:**
* **ע"פ 1/48 סילבסטר נ' היועמ"ש-** אדם בשם סילבסטר שנחשד בגילוי סודות מדינה. בכתב התביעה שכחו לציין כי מדובר בעבירה רק אם המעשה נעשה בכוונה לפגוע בביטחון המדינה. הסנגור טען שיש בכך כדי להוביל לזיכוי הנאשם. ביהמ"ש העליון לא קיבל את הטענה של הסנגור וקבע כי **לא כל טעות טכנית\פרוצדוראלית תוביל לזיכוי**.
* **ע"פ 639/79 אפללו נ' מ"י**- מדובר על קלטת שהתביעה ביקשה להגיש כראיה והנאשם טען לחוסר קבילותה. ביהמ"ש טען, כי יש להמשיך במשפט ורק לאחר מכן הוא יבחן האם הקלטת קבילה. הנאשם לא הסכים אך ביהמ"ש השיב כי ההליך הפלילי הוא אינו משחק **ואין הוא נועד להקנות לנאשם יתרונות טקטיים**.
* **ע"פ 951/80 קניר נ' מ"י**- ביהמ"ש ניתח את **ס' 167 לחסד"פ** שנותן לביהמ"ש כוח ליזום הבאת עדים מטעמו. בקניר היה רכיב עבירה שהאדם תושב ישראל. התביעה שכחה להביא ראיה שהאדם תושב ישראל. הסנגור אמר את זה בסיכומים. התביעה ביקשה מביהמ"ש שיפעיל את סעיף 167 ויביא כעד מטעמו את פקיד משרד הפנים שיעיד את העדות הטכנית הזו. עד אז לא נעשה מעולם שימוש בסעיף 167 לאחר שלב הגשת הסיכומים. **ביהמ"ש קבע כי ניתן לעשות שימוש בהליך זה ולהביא ראיות נוספות גם בשלב הסיכומים, שהרי לא יתכן בפלילים כי סטייה מכללי המשחק היא שתוביל לקביעת המנצח.**
* **פרשת אנג'ל**- לפי **ס' 174 לחסד"פ**: התביעה צריכה להציג את כלל הראיות להגנה לאחר כתב האישום. מה קורה כאשר התביעה לא מגלה ראיה מסוימת להגנה כתוצאה מטעות? הנאשם טען כי אילו היה רואה את החומר הוא היה טוען אחרת ובגלל המחדל של ההגנה הוא יצא "שקרן". ביהמ"ש לא קיבל את הטיעון ואמר ש**לא ניתן לומר כי הייתי "משקר" אם הייתי יודע כי קיימת ראיה מסוימת**.
* **פרשת דמיאניוק- סעיף 184 לחסד"פ** קובע **שני תנאים מצטברים:**
1. מבחינה ראייתית יש להראות כי התגלו עובדות שמצביעות על עבירה אחרת שלא התגלתה בכתב האישום.
2. מבחינה מהותית וגם דיונית, יש לתת לנאשם לחקור את הראיות ולהתארגן בשנית כנגד האישום החדש.

דמאניוק הוסגר לישראל והועמד לדין בביהמ"ש המחוזי בפני הרכב מיוחד (שני שופטי מחוזי ושופט עליון) על פי חוק לעשיית דין עם הנאצים. *ביהמ*"ש המחוזי הרשיע את דמאניוק והוא ערער לעליון. לפני סיום ההליכים בעליון נפתחו ארכיבים לפיהם אותו איוון האיום מטרבלינקה אינו איוון דמאניוק שמואשם, כך שנפער ספק ולא ניתן היה ליישב אותו. המדינה טענה שלאור הראיות שכבר הובאו עדין ניתן להאשים את דמאניוק על פי חוק לעשיית דין עם הנאצים על היותו מעורב במערכת ההשמדה הנאצית. ביהמ"ש דחה את הטענה. **בפרשת דמאניוק ביהמ"ש לא מיישם את סעיף 184 באמרו כי לא ניתן לנאשם מקום להתגוננות סביב האשמה החדשה, והתמשכות ההליכים מונעות את בירור העניין מחדש** = **בעניין דמיאניוק הפרוצדורה גברה על המהות**.

**השפעת ההליך הפלילי על גילוי האמת**

1. **חזקות משפטיות**- הפער בין האמת העובדתית והמשפטית.
2. **מושבעים/ שופט מקצועי:** יתרונות בשיטת המושבעים:אין ערובה להתמקצעות של שפיטה- השופט אכן מבין יותר טוב בשאלות המשפטיות אך בשאלות העובדתיות אין לשופט יתרון על מושבעים; שיתוף כלל הציבור, ההדיוטות, במלאכת השפיטה.
3. **כלל מהותי/ כלל דיוני:**
* **כלל דיוני**- בניגוד לכלל המהותי מגדיר את אותם כללים שבאמצעותם החברה מבקשת לממש את הכלל המהותי. כלל דיוני מגדיר כיצד הפרט והחברה מממשים את הכללים המהותיים.
* **כלל מהותי**- הוא כלל שמגדיר מה אסור ומה מותר. הוא מגדיר נורמה חברתית. הכלל המהותי חשוב משתי סיבות:
1. זמן התחולה – **כללים דיונים ודיני ראיות חלים רטרואקטיבית גם על עבירות שבוצעו לפני תיקונם**.
2. אפשרות סטייה מהוראות החוק – **כלל מהותי לא ניתן לסטייה, בעוד כלל דיוני ניתן לסטייה**. ניתן לראות זאת ב**ס' 215 לחסד"פ** לפיו ביהמ"ש יכול לדחות את הערעור כל עוד לא נגרם עיוות דין ובס' 3 לחסד"פ לפיו ביהמ"ש יכול לסטות ולנהוג בדרך הטובה הנראית לו כדי להשיג את עשיית הצדק.
3. **כלל סופיות הדיון**:
4. דיני ראיות – חסיונות למיניהן (עו"ד-לקוח, עיתונאי, כהן דת); איסור על עדות שמועה: האזנת סתר מפלילה – בלתי קבילה.
5. דיני חקירה, חיפוש ומעצר – המשפט מטיל הגבלות על החוקרים בחיפושים, מעצרים וחקירות גם במחיר של עשיית צדק.
6. זכות השתיקה והחיסיון מפני הפללה עצמית – אינם עולים בקנה אחד עם חשיפת האמת.
* **פרשת הפניקס**- מראה עד כמה נשווה בין חובה שמוטלת על המדינה לקיים את הכללים הפרוצדוראליים, לבין החובה המוטלת על הסנגוריה. ביהמ"ש קובע: כשיש איחור בהגשת ערעור, ביהמ"ש יתייחס אחרת לשאלה האם המאחר הוא המדינה או הנאשם. אם המדינה איחרה - הרי שהיא גורם מקצועי ומיומן. בנוסף, לנאשם יש אינטרס של ודאות. לעומת זאת אם הנאשם הוא המאחר- ביהמ"ש יתנהל באופן פחות דווקני ונחרץ. (ביהמ"ש מוסיף ומבהיר כי כל מקרה ייבחן לגופו). **צריך לאבחן בין המדינה לפרט. נעדיף זכויות פרט גם אם יש פגיעה באינטרס הציבורי.**
1. **שיטת משפט** **אדברסרית / אינקוויזיטורית:** בארץ המודל הוא ההליך האדברסרי. מה הרציונל ?
	1. התפיסה הליברלית: laissez faire.
	2. המונופול של הנאשם על הגנתו מקורו בתפיסה שהוא יודע טוב יותר מכל אחד אחר לנהל את ענייניו.
	3. התביעה מייצגת את האינטרס הציבורי. הנאשם מייצג את האינטרס שלו. הואיל וכל צד מנסה לקדש את מטרתו, בסופו של דבר האמת תצא לאור. ההנחה היא שכל צד יעשה ככל יכולתו כדי לסתור את הגרסה הנגדית.
* **מתי ביהמ"ש כן יתערב בניהול המשפט?** ע"מ לתקן טעויות פרוצדוראליות של הצדדים. גם בהליך האדברסרי יש דברים שנלקחו מהשיטה האינקוויזיטורית: אפשרות ביהמ"ש לזמן עדים בעצמו, בירור גרסת הנאשם בפתח הדיון וכיוצ"ב.
* **קרמניצר במאמרו, "התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת או האם לא הגיע העת לסיים את עונת המשחקים"**- מבקר את השיטה האדוורסרית וטוען למספר בעיות:
1. לא תמיד רמתם המקצועית של הצדדים מאפשרת להם להציג באורח נאות את גרסתם.
2. נוכח חוסר השוויון בין הפרט למדינה, אין מקום לגישה ליברלית תחרותית בהליך הפלילי.
3. הרשות השופטת בישראל היא בלתי תלויה - לכן אין חשש מהענקת סמכויות נרחבות לשופט.

הצעות לפיתרון: ראוי לאמץ לתוך השיטה האדברסרית מרכיבים מתוך השיטה האינקוויזיטורית כגון: יכולת השופט לעיין בחומר הראיות **טרם** המשפט.

**שלבי ההליך הפלילי**

### שלב 1: החקירה

* **חקירת משטרה: סעיף 59 לחסד"פ** - *"נודע למשטרה על ביצוע עבירה, אם על פי תלונה ואם בכל דרך אחרת, תפתח בחקירה; אולם* ***בעבירה שאינה פשע*** *רשאי קצין משטרה בדרגת פקד ומעלה להורות שלא לחקור אם היה סבור שאין בדבר ענין לציבור או אם הייתה רשות אחרת מוסמכת על פי דין לחקור בעבירה".* לכאורה בעבירת פשע יש חובה לפתוח בחקירה. למה לכאורה? כי גם בעבירת פשע צריך תשתית ראייתית מינימלית.
* **אם קצין משטרה בדרגת פקד מחליט לא לחקור יש למתלונן זכות לערער ליועמ"ש שמפעיל ביקורת מנהלית על המשטרה ע"פ ס' 64 לחסד"פ. אם המחלקה טעתה, ניתן לעתור לבג"ץ.**
* **סעיף 59א'** **לחסד"פ**, קובע שבקשת המתלונן שלא לחקור עברה שביצע נגדו בן זוגו לא תענה בחיוב. **בס"ק ג'** של סעיף זה יש צמצום של שק"ד המשטרה והעלו את הדרגה של קצין שיכול לסגור תיק כזה.
* **בזמן החקירה עצמה:**
1. חקירת **החשוד** תחת אזהרה (לחשוד יש זכות שתיקה מוחלטת).
2. תשאול **העדים** (לא תחת אזהרה), לעד יש רק חיסיון מפני הפללה עצמית.
3. חיפושים
4. תפיסת חפצים
5. תרגילי חקירה: עימותים, מדובב
6. **מעצר לצרכי חקירה**- צריך לאבחן בין מעצר ראשוני לבין מעצר לצרכי חקירה: מעצר ראשוני- זה כאשר שוטר הולך ברחוב ומתגלה לעינו עברה שהיא בת מעצר ואז הוא עוצר ללא צו מעצר. מעצר לצורכי חקירה- מצב שבו הוצא צו מעצר כנגד חשוד ואז באים ועוצרים אותו. בשני המקרים תוך 24 שעות חייב להביא אותו בפני שופט. **כל מעצר צריך 3 תנאים מצטברים:**
7. **תשתית ראייתית שקושרת לביצוע עבירה בעבר;**
8. **עילת מעצר, למה עוצרים אותך (מסוכנות כאמור, חשש משיבוש או בריחה);**
9. **מידתיות- יש לוודא שאין אפשרות לחלופת מעצר;**

### שלב 2: התביעה- העמדה לדין

* ככל שחקירות תתועדנה יותר בדרכים חזותיות כמו וידיאו, יהיו מהימנות יותר. כל ראיה שנאספת נכנסת לתוך תיק הראיות.
* מי יכול לעמוד בראש התביעה?
* **פרקליטות המחוז** או פרקליטות המדינה.
* **התביעה המשטרתית** (פרקליטות קטנה) קצינים שהם עורכי דין (מופעים בתיקים של בימ"ש שלום – תיקי חטא ועוון). בעברות פשע חמורות התביעה המשטרתית לא מופיעה.
* **תובעים שקיבלו הסמכה מיוחדת מהממשלה** כגון נציג מס הכנסה או אפילו נציג מהמגזר הפרטי. הסוג הרביעי זה **תובעים שקיבלו הסמכה בחוק** (סעיף 241 א').
* כאשר החומר עובר לתביעה הם יכולים להחליט אחת מתוך שלוש בחירות (רק על סמך הראיות):
1. **הגשת כתב אישום**- כדי להגיש כתב אישום צריכים להתקיים שני תנאים מצטברים: **(א) תשתית ראייתית** - מקימה סיכוי סביר להרשעה; **(ב) נסיבות העניין בכללותן מצדיקות העמדה לדין**- תנאי ערכי נורמטיבי שבוחן נזק מול תועלת.
2. **לא להגיש כתב אישום** – סגירת תיק שיכולה להיות משלוש סיבות: **א. אין סיכוי סביר להרשעה – חוסר ראיות. ב. חוסר עניין לציבור. ג. חוסר אשמה.** אם התובע סוגר את התיק בהתאם לבחירה 2, אפשר להגיש ערער עפ"י **סעיף 64 לחסד"פ**.
3. **סגירת התיק בהסדר**: סוגרים אם החשוד מסכים לעמוד בתנאים שהתובע שם לסגירה. ואז התיק ייסגר ויימחק מרישום המשטרה. זה לא הסדר טיעון, ביהמ"ש לא בתמונה. זה מו"מ בין התובע והחשוד בחסות החוק בלי ביהמ"ש.
* **סעיפים 67א-67ב לחסד"פ:** אם התובע והחשוד מסכימים לכך שהחשוד יודה ויקבל את כתב האישום, והם יסכימו ביניהם על העונשים או על הסנקציות, התיק לא יגיע בכלל לבית משפט, וזה סגירת תיק בהסדר. **התכליות:** כלי אכיפתי מידתי; "הרחבת הרשת" – יש תיקים שהם מינורים וחסרי עניין לציבור כך שבכלל לא היו מגיעים לפתחו של ביהמ"ש, אבל כשיש הסדר אפשר לעסוק בהם כך; תגובה חברתית מיידית**;** חיסכון במשאבים
* **מתי ניתן להגיע להסדר? תנאי הסף:**
* עבירות קלות מסוג חטא או עוון.
* קיומה של תשתית מספקת להגשת כתב אישום.
* מילוי תנאי ההסדר יענה על העניין לציבור בנסיבות המקרה.
* היעדר עבר פלילי בחמש שנים האחרונות.
* היעדר תיקים פתוחים באותה רשות לפי העניין.
* לא נערך הסדר מותנה עם החשוד בחמש שנים האחרונות.
* העונש המתאים אינו כולל מאסר בפועל, לו היה מוגש כתב אישום.
* **הנסיבות שישקול התובע:** נסיבות אישיות של החשוד; נסיבות ביצוע העבירה; תוצאות העבירה; נסיבות מקלות; התנהלות החשוד לאחר ביצוע העבירה**;**
* **תנאי ההסדר: (מפורטים ברשימה סגורה בחוק)**
* תשלום קנס לאוצר המדינה עד לגובה של 29,200 ₪
* פיצוי לנפגע העבירה עד לגובה של 29,200 ש"ח
* התחייבות שלא תבוצע שוב העבירה
* עמידה בתנאי תוכנית טיפול, תיקון ושיקום לרבות של״צ.
* נקיטת אמצעים לתיקון הנזק שנגרם בעבירה, לדוגמא מכתב התנצלות; התפטרות מהתפקיד; הסכמה להודות בתובענה משמעתית או הסכמה לעונש משמעתי; הסכמה לחילוט או השמדת חפץ הקשור לעבירה; פסילת רישיון נהיגה ועוד.
* נקיטת אמצעים לתיקון הנזק שנגרם מהעבירה:
* פסילת רישיון נהיגה, הפקדת כלי יריה, התפטרות, התנצלות לנפגע העבירה, הריסה פירוק או סילוק של בניין או חלק ממנו; הפסקת עבודה או שימוש במקרקעין; התאמת בניין להיתר או לתכנית ועוד.
* **פרסום ההסדר:** פרסום פרטי ההסדר והסיבות המצדיקות את סגירת התיק בהסדר + פרסום הנחיות היועמ"ש לממשלה + דיווח לכנסת
* **סירוב להסדר או הפרת תנאי ההסדר:** נחתם הסדר ולא קוים ע"י החשוד 🡨 יוגש כתב אישום. נחתם הסדר שהושג במרמה 🡨 יוגש כתב אישום**. לאחר ביטול ההסדר והגשת כתב האישום** החשוד פטור מלמלא אחר תנאי ההסדר שטרם מילא. מילא החשוד חלק מתנאי ההסדר – יתחשב בכך בית המשפט בבואו לגזור את דינו. זוכה החשוד – יוחזר לו הקנס והפיצוי ששילם על-פי ההסדר. התובע לא יבקש להטיל על החשוד מאסר בפועל אלא אם כן התגלה מידע חדש כי עצם זה שנכנס איתו להסדר מותנה בזה שלא הייתה כוונה למאסר בפועל.
* נפגע העבירה זכאי לבקשתו לעיין בהסדר ולקבל העתק ממנו, נפגע עבירת מין או אלימות חמורה זכאי להביע עמדתו לעניין ההסדר. אולם, אין למתלונן זכות ערר על סגירת התיק.
* **במידה ומחליטים על הגשת כתב אישום, ישנם שלבים נוספים:**
* **השלמת חקירה** – התביעה מחזירה את החקירה למשטרה לשם השלמת חומר לשם הגשת כתב אישום (**סעיף 61 לחסד"פ**).
* **שימוע**
* **הגשת כתב אישום**
* **מעצר עד תום ההליכים-** מדובר בבקשה נפרדת שמוגשת יחד עם כתב האישום. התובע הוא זה שמגיש אותה. במעצר התכלית היא לא הרתעה אלא הצורך להגן על הציבור. העצור הזה מסוכן ולא רוצים שיסתובב חופשי. זה צעד שיש בו פגיעה חזקה בזכויות הפרט. מעצר עד תום ההליכים הוא **עד 9 חודשים**. אם תוך 9 חודשים אין הכרעת דין אז צריך לבקש מביהמ"ש עליון הארכת מעצר של עד שלושה חודשים, ללא הגבלה על מספר ההארכות של העליון. מגבלת ה-9 חודשים דורשת שתהיה הכרעת דין. אם יש הכרעת דין אך טרם ניתן גזר דין, אין מגבלת זמן על מעצר. ההליך של מעצר עד תום ההליכים הוא נפרד מהמשפט עצמו. השופט הוא לא אותו שופט ששומע את התיק העיקרי. יש פה חשיבות כי אנחנו לא רוצים שהשופט שישמע את התיק יגבש דעה קדומה. במידה ואדם עצור עד תום ההליכים ימי המעצר שלו מנוקים מגזר הדין. **גם בסוג המעצר הזה יש לבחון: תשתית ראייתית, עילת מעצר ומידתיות**.
* **הגעת ההליך לבית המשפט**- בשלב זה ניתן להעלות **טענות מקדמיות** כדוגמת:
* חוסר סמכות- מקומית ועניינית
* פגם או פסול בכתב האישום
* כבר זוכה או הורשע
* כתב האישום אינו מגלה עברה
* הגנה מן הצדק
* **הקראת כתב האישום-** אם התביעה רוצה לחזור בה מכתב האישום, יהיה זה זיכוי. בשלב זה הנאשם יודה או יכפור באשמה. אם הנאשם מודה, אין צורך בקיום משפט. נאשם יודה ישר בדרך כלל כתולדה של הסדר טיעון, ומכאן תהיה הכרעת דין. הודאה במשפט לא טעונה דבר מה נוסף כל עוד בית המשפט מתרשם שזו הודאת אמת. אם יש כפירה באשמה, יתקיים ניהול הוכחות. **אם הנאשם רוצה לטעון טענת אליבי הוא צריך לעשות זאת בתחילת המשפט כאשר הוא משיב לכתב האישום.** ביהמ"ש חייב להסביר גם לנאשם כי אם הוא לא יטען לטענת אליבי בזמן אז הוא לא יוכל לטעון טענה זו אלא ברשות ביהמ"ש. (אין להתבלבל ולחשוב כי זו טענה מקדמית).

**\*\*\* הסדר טיעון-** הסדרי טיעון אפשר לבצע בכול שלב, המשמעות היא כי התביעה מגיעה להסדר עם ההגנה. בד"כ זה הסדר שהנאשם מודה בכול או בחלק מן האישום כאשר בתמורה לכך מפחיתים את סעיפי העבירה ובד"כ מגיעים גם לענישה מוסכמת. ביהמ"ש אינו כבול להסדר הוא צריך לאשר אותו.

### שלב 3: ניהול המשפט

* השחקן העיקרי הוא בית המשפט. החשוד זוכה לתואר של נאשם ומרגע זה הוא כבר מקבל מעמד עם זכויות כגון עיון בראיות.
* **הקראת כתב האישום מסמל את תחילת המשפט**.
* מתחילים **מפרשת התביעה**- התביעה מביאה את העדים מטעמה 🡨 לאחר מכן הנאשם צריך להשיב לפרשת התביעה. במהלך המשפט, התביעה חייבת, לפי **ס' 74 לחסד"פ** לגלות את כל חומר התביעה להגנה כאשר **להגנה אין חובה להראות את החומר לתביעה**.
* **פרשת ההגנה** - כאן לנאשם שתי אפשרויות:
1. **טענת "אין להשיב לאשמה"-** גם אם כל ראיות התביעה מהימנות וביהמ"ש מקבל את עמדתה וראיותיה, לפי הטענה הזו יש לזכות את הנאשם כי אין קייס שיחייב את הנאשם להשיב ולהביא סנגוריה. הטענה הזו כמעט לא נטענת כי סנגורים ונאשמים לא אוהבים לטעון טענות שנדחות- ואם טוענים את הטענה יש לצקת בה תוכן ולחשוף אולי קו הגנה. (**פרשת קהלני**- טענות לשחיתות, באופן נדיר התקבלה טענת אין להשיב לאשמה). בהנחה וטענת "אין להשיב לאשמה" התקבלה, יהיה זיכוי. אם טענת אין להשיב לאשמה לא מתקבל או לא מועלית, נעבור לניהול פרשת ההגנה.
2. **ניהול פרשת ההגנה**- ראיות ההגנה מפתיעות את התביעה, בניגוד לראיות התביעה שמוגשות כבר קודם להגנה. כל עד הגנה נחקר ב:
3. חקירה ראשית ע"י סנגור;
4. חקירה נגדית ע"י התובע;
5. חקירה חוזרת אם היה דבר לא ברור אותו הסנגור רוצה להבהיר.
* **האם הנאשם חייב להיות עד הגנה?** הוא בוחר. אם הנאשם מחליט שלא להעיד זה כמו שתיקה במשפט. **ס' 162 לחסד"פ** קובע ששתיקה במשפט למעשה שווה חיזוק או סיוע לראיות התביעה. אם נאשם עולה להעיד הוא לא יכול לסרב להשיב לשאלות של חקירה נגדית בטענה להפללה עצמית. אם אתה מחליט להעיד כעד הגנה, הכלל הוא שאתה **צריך להעיד ראשון**, כי לא נרצה שתקשיב לכל עדי ההגנה האחרים ותסדר את עדותך בהתאם לפאזל שלהם.
* לאחר שהסתיימה פרשת ההגנה יש שלב שנקרא **"עדי הזמה"** לפי **ס' 165 לחסד"פ**. אלו עדים אותם התביעה מבקשת להביא כדי להזים את דברי ההגנה. לדוגמא, ישנו נאשם בעבירות מין הסנגוריה טוענת כי הוא אימפוטנט לכן התביעה טוענת כי היא לא צפתה זאת ומתבקשת להביא את האקסית שתזים טענה זו. ביהמ"ש יכול להביא עדים מיוזמתו מכוח **ס' 167 לחסד"פ**.
* לאחר מכן מגיע **שלב הסיכומים**. התביעה מסכמת ראשונה לאחר מכן ההגנה. לתביעה יש אפשרות לענות שוב להגנה. הסיכומים יכולים להיות בכתב או בע"פ (**בפס"ד קניר** באופן חריג ביהמ"ש התיר להביא עדים נוספים גם לאחר הסיכומים).
* לאחר מכן, נגיע **לשלב הכרעת הדין**: אם יש הרשעה נעבור **לשלב גזר הדין.** אם יש הודאה למשל דרך הסדר טיעון, לא צריך לעבור את כל פרשת התביעה וההגנה אלא עוברים ישר להכרעה, ואם ביהמ"ש התרשם שההודאה נכונה, לא צריך תוספת ראייתית, בשונה מהודאה במשטרה שדורשת תוספת ראייתית.
* **מתחם הענישה**- בשלב גזר הדין, יש מיני משפט חדש שעוסק אך ורק בעונש הראוי לנאשם. יישקל העונש הראוי וגם פה התביעה פותחת בהבאת ראיות לטובת העונש. בניגוד לשלב המשפט עצמו, **כאן אפשר להביא בפני השופט את רקע הנאשם**- הרישום הפלילי, מידע אודות הקורבן והמשפחה, כי הוא כבר הורשע. יהיו שוב חקירה ראשית, חקירה נגדית וחקירה חוזרת אם צריך, והפעם של הקורבן ונדרשת לכך רגישות כי יש קושי לחקור בחקירה נגדית את הקורבן. ואז ההגנה עוברת לשלב ההגנה ומביאה **עדי אופי**: הנאשם מביא עדים מטעמו שנועדו לשכנע את ביהמ"ש למה יש להקל בעונשו. ואז יש את סיכומי התביעה לעונש, סיכומי ההגנה לעונש, ומכאן: שלב גזר הדין. אם הנאשם היה עצור עד תום ההליכים, ואז ביהמ"ש מחליט בגזר הדין לא להשית עליו עונש מאסר, יש לשחררו, אלא אם התביעה תרצה לערער ואז היא תבקש את עיכוב השחרור עד לערעור.
* **דרכי ענישה:**
1. מאסר בפועל.
2. מאסר על תנאי- לזמן קצוב, רק אם יורשע הנאשם באותן עבירות שנקבעו באותו משפט.
3. קנס כספי.
4. פיצוי מוגבל.
5. של"צ (שירות לתועלת הציבור)– שירות זה אינו עבודות שירות, זה מספר שעות שמבצעים ע"פ תוכנית.
6. אי הרשעה – מהנאשם תוסר הסטיגמה של ההרשעה הפלילית, בד"כ תתווסף לשל"צ.
7. עונש מוות – מקרים קיצוניים כמו: חוק עשיית דין בנאצים ועוזריהם.

\***בקשה לעיכוב הליכים:** בעקבות מחלת הנאשם, או עד שנעלם ואין טעם לתביעה להמשיך בלעדיו. מי שמעכב הוא היועמ"ש לממשלה.

### שלב 4: פוסט משפט

* במדינת ישראל יש זכות גם לתביעה וגם להגנה, לערער (ערעור בזכות). מטרת הערעור היא לא לקיים משפט חדש דה נובו, אלא מטרתו היא לבחון האם יש שגיאה בערכאה הראשונה. אם התביעה מערערת על קלות העונש, זאת האפשרות היחידה של בית המשפט להחמיר בענישה. אם הסנגור מערער על חומרת העונש המדינה לא יכולה להחמיר.
* **ערעור בהליך ביניים: בהליך פלילי אין ערעור על הליכי הביניים**. כלומר, לא ניתן לעצור את ההליך הפלילי באמצע ולהגיש ערעור. **לכלל זה יש מספר חריגים:**
1. גילוי חומר חקירה – לפי **ס' 74 לחסד"פ**, חומר החקירה גלוי לסנגוריה. ניתן להגיש ערעור באמצע המשפט במידה והנאשם סבור כי לא נגלה לו כל חומר החקירה אלא אם ביהמ"ש קבע כי לא מדובר בחומר חקירה.
2. פסלות שופט – מגיע ישר לנשיא ביהמ"ש העליון אלא אם השופט לא קיבל את הטענה על פסילת השופט.
3. הסרת חיסיון מראיה - אם יש ראיה חסויה לפי פקודת הראיות והנאשם מבקש להסיר את החיסיון אזי יש הליך לפיו פונים לביהמ"ש העליון ומבקשים להסיר את החיסיון.
4. הגשת בג"ץ – הגשת בג"ץ נגד החלטת ביהמ"ש. בג"ץ יקבל רק במקרים **חריגים ועקרוניים** על מנת שזו לא תהיה אופציית מפלט.
* **ס' 215 לחסד"פ -** ביהמ"ש יכול לדחות ערעור ולהשאיר את פסק הדין על אף שהוא מקבל את הטענה בערעור וזאת משום שהוא מוצא כי לא נגרם עיוות הדין. במקרה כזה יש ערעור בזכות לערכאה גבוהה יותר וערעור ברשות אם רוצים לערער לערכאה עוד יותר גבוהה מן הערעור הראשון. כדי לקיים דיון נוסף יש צורך כי ההרכב בעליון יהיה של 3 שופטים.
* סוגיות נוספות:
* דיון נוסף – בקשה לדיון נוסף בבית המשפט העליון בנסיבות קיצוניות המנויות בחוק בתיהמ"ש העליון יכול להורות על משפט חוזר, פותחים ומנהלים מחדש את המשפט. הנסיבות הן כשההלכה חדשנית או מעוררת קושי מיוחד, אך זה לא מיוחד למשפט הפלילי.
* משפט חוזר –במקרים חריגים. לדוג' גילוי ראיה. לפי חוק בתי המשפט ניתן לבקש דיון/משפט חוזר. זהו חריג לעיקרון סופיות הדיון.

**סדר הדין הפלילי לאור המהפכה החוקתית**

* המשמעות של שמירה על זכויות הפרט בהליך הפלילי היא: **חזקת החפות** (כל אדם חף מפשע כל עוד לא הוכחה אשמתו), זכות השתיקה (נגזרת מחזקת החפות, יש לי זכות לא להפליל את עצמי), זכות ההתייעצות ועוד. זכויות אלו הם זכויות השמורות לנאשמים והם חלק מן התבנית השמורה על מנת לקיים הליך הוגן.
* בישראל, אין לנו בחוקי היסוד התייחסות מפורשת קונקרטית לזכויות הדיוניות של הנאשם בהליך הפלילי. **א' ברק, הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)** - אומר כי את אותן הזכויות הפרוצדוראליות הכתובות בחוקות האחרות ניתן לגזור לתוך חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שלנו גם אם הן אינן כתובות במפורש. אולם, יש לזכור כי זכויות היסוד שלנו הן אינן מוחלטות (למעט זכויות מסוימות למשל הזכות נגד עינויים) ולכן פגיעה בהן אפשרית כאשר היא נעשית ע"פ פיסקת ההגבלה בחוק היסוד.
* עד לחקיקת חוקי היסוד עמדת בתי המשפט הייתה שאין כלל פסילה של ראיות, ולא פרי העץ המורעל, אלא אם החוק קבע אחרת. כיצד המהפכה החוקתית השפיעה על סוגיה של קבילות הראיות שהושגו תוך הפרה חוקתית (לאו דווקא בהפרה של ס' 12 לפק' הראיות – קרי לא רק בהודאה)? ביהמ"ש העליון נחלק לשני זרמים:
1. האחד, **המעבר מקבילות לשקילות** - הרעיון של הזרם הזה, הוא שאנו צריכים לפרק מחסומים פורמאליים של קבילות ולאפשר לשופטים להכניס לתוך סל ראיות כמה שיותר ראיות מתוך נקודת מוצא שהשופטים בישראל הינם שופטים מקצועיים והם ידעו לתמחר כל ראיה בשיח של משקל. **הרציונל**- מחסומי קבילות מהסוג הזה ימנעו מהשופט להגיע לחקר האמת בצורה העובדתית. ובעקבות כך, יהיו פערים בין האמת הנכונה לאמת המשפטית וזה ינבע מטעמים של מחסומי שקילות. זו הרכבת ששמה את מירב המשקל על איתור האמת העובדתית.
2. הזרם שני, אומר ש**יש למנוע כניסה של ראיות שהושגו תוך הפרה חוקתית של זכויות הנאשם לתוך המערכת המשפטית**. ראיות שהתקבלו תוך הפרת הזכות להליך הוגן גם אם הינן מהימנות ואין ספק ביחס לאמיתותן, נוציא אותם מהסל ונפסול את קבילותן. זה זרם המנוגד לזרם הקודם.
* **הסוגיות שעולות מהגישה השניה- "אין משקל לראיות":**
* תכלית חוקתית: להגן על הזכות לכבוד של החשוד והנאשם
* תכלית היושרה השיפוטית: הגנת אמון הציבור על היושרה השיפוטית
* תכלית הגעה לאמת: רצון לוודא שהראיות שעל בסיסן מרשיעים נאשם או מזכים אותן הן מהימנות.
* תכלית הרתעת השוטר: יבין שאין פרי לעמלו אם לא יפעל כשורה.
* **אחרי המהפכה החוקתית:**
1. שינוי בנקודת האיזון בין אינטרס הציבורי לבין הגשמת זכויות הפרט עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.
* **פרשת גנימאת-** תושב חברון שגנב שני רכבים. ביהמ"ש קמא הורה על מעצר עד תום ההליכים כי עבירת גניבת הרכב הוגדרה כ"מכת מדינה". ביהמ"ש העליון בהרכב של שלושה שופטים פסק כי "מכת מדינה" לא יכולה להוות עילת מעצר, **לא ניתן לעשות שימוש במעצר לצורך הרתעה כי מעצר אינו מהווה עונש וכי ניסיון לעשות שימוש ביחיד על מנת להרתיע רבים אינו ראוי.** השופטים בגנימאת היו חלוקים כיצד משפיעה המהפכה החוקתית על פרשנות החוקים: *שמגר* – **חוקי היסוד לא שינו כלום**. *ברק*  – בעקבות המהפכה החוקתית **זכויות הפרט עלו על אינטרס הציבור ובכך גם מעמדם של זכויות הנאשם עלו**. *דורנר****-*** טוענת בניגוד לברק ושמגר, כי **צריך להעמיד את אינטרס הציבור מול זכויות הנאשם כאשר זכויות הקורבנות הן חלק מאינטרס הציבור**. מאזנים בין הזכות להליך הוגן לזכותם של הציבור והאינטרס הציבורי להילחם בפשיעה. יש פה זכות חשוד ונאשם אל מול אינטרס ציבורי ולכן מדובר באיזון אנכי ולא באיזון אופקי.
* **בג"ץ 5961/07 פלוני נ' פרקליט המדינה-** פס"ד זה מדבר על כמה שווה הזכות של הקורבן להביע את עמדתו בפני היועמ"ש.
* **פס"ד יפת-** התקבלה ההלכה של **"הגנה מן הצדק"** והיא אומרת שיש מקרים שבהם יש התנהגות שערורייתית של הרשות שפוגעת בזכויות של הנאשם במשפט הפלילי ולכן נוצר מעין השתק של הרשות. בית המשפט קובע בעקבות זאת מתקיימת סתירה מהותית מעקרונות הצדק במשפט היכולים להביא לביטולו של המשפט שבסופו זה יגרור זיכוי מוחלט. **ס' 149**: כחלק מהטענות המקדמיות, רשאי הנאשם לטעון לטענת הגנה מן הצדק, בעקבות פס"ד יפת. הסעיף נחקק ב-2007.
1. איזה מחיר אנחנו כחברה מוכנים לשלם על זכויות האדם?
* **פרשת שגיא צמח-** קיצרו את משך הזמן שיש להביא חייל עצור לפני שופט מ- 4 ימים (96 שעות) ל-48 שעות. התיקון הנ"ל נקרא תיקון מיטיב והוא נבחן ברמה החוקתית. מדינת ישראל טענה כי יש בעיה של משאבים להיערך להוראה זו. ***הש' זמיר*,** אומר כי התקציב הוא שיקול רלוונטי אך הוא נבחן על פי פסקת ההגבלה. המסקנה היא כי **שיקולי תקציב הם שיקול ענייני**.
1. שיפור זכויות העצירים/החשודים:חוק המעצרים נחקק לאחר המהפכה החוקתית בשנת 1996. **ס' 1(ב) לחוק המעצרים**, מתייחס באופן מפורש לזכויות עצירים מעצרו ועיכובו של אדם יהיו בדרך שתבטיח שמירה על כבוד האדם וזכויותיו.
* **פרשת עזאמי-** ביהמ"ש העליון אומר כי מעצר הוא לא רק פגיעה בחירות אלא הוא גם פגיעה בכבוד ולכן יש לקחת זאת בחשבון כאשר עוצרים אדם.לכן לדעת בית המשפט תמיד צריך לנסות למצוא חלופה לעונש המעצר בשביל למנוע פגיעה בכבודו*.*
1. דיני חיפוש: חוק החיפושים הוא חוק חדש פרי המהפכה החוקתית שנועד לשמור על כבוד האדם. **ס' 2(ד) לחוק החיפושים**, קובע כי חיפוש בגופו של חשוד יערך בצורה ובדרך שתשמור על כבוד האדם בריאותו וכיו"ב. חוק החיפושים לא מאפשר לבצע חיפוש פנימי בגוף האדם בכוח בכלל, חיפוש פנימי הינו חיפוש פוגעני שמתבטא בבדיקה גניקולוגית MRI. זאת, בניגוד לחיפוש חיצוני שניתן לפעמים לבצע בכוח סביר. מדובר בהכרעה ערכית שנובעת כתוצאה מהמהפכה החוקתית.
* **חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א - 2001**, קובע בס' 16 כי יש זכות לקורבן (נפגעי עבירת אלימות או עבירות מין) להביע את עמדתם בפני היועמ"ש בנוגע להסדר טיעון וגם לפני חנינה. בצורה זו אנו רואים כי העלו גם את זכויות הקורבנות.
* **כלל הפסילה הפסיקתי**: **כלל הפסילה הפסיקתי קובע שאם הושגה ראיה שלא כדין, ואם קבלתה במשפט תפגע באופן משמעותי בזכותו של הנאשם להליך הוגן, באופן שחורג מגדריה של פסקת ההגבלה, אז הראיה למעשה תיפסל**.
* **הלכת יששכרוב**- חייל נעצר והושם בכלא בשל נפקדות. לאחר חיפוש נמצא אצלו סם. תוך כדי קליטתו בכלא נפלה מתחתוניו חבילת גראס. החוקר הצבאי שחקר את החייל אמר כי הוא לא חייב להגיד דבר **אולם הוא לא אמר לו שיש לו זכות להיוועץ עם עו"ד**. הפרקליטות האשימה אותו כי הוא עשה שימוש בסמים קודמים כלומר, הוא הואשם בעבירות בהן הוא הודה. החייל טען כי זכות ההיוועצות שלו הופרה ולכן אין לעשות שימוש בהודאות אלו ויש לפסול את הראיה. ביהמ"ש מפי  ***בייניש*** אומר כי יש חובה ליידע את החייל, על זכותו להיוועץ עם עורך דין. *בייניש* שואלת האם ניתן להגיש את ההודאה של יששכרוב לפי 2 מסלולים: **ס' 12 לעניין החופשיות וברצון + כלל הפסילה הפסיקתי שמהווה החידוש**. חידוש נוסף הוא גם בפרשנות של ס' 12 לפקודת הראיות: התכלית של ס' 12 היא לוודא שההודאות מהימנות ואין חשש מהודאת שווא, וזוהי המטרה המקורית של ס' 12. נוספו עם השנים תכליות משניות נוספות כגון תכלית הרתעתית לשוטרים כדי שלא יקבלו הודאות שאינן חופשיות ומרצון. לראשונה אנו מבינים שהתווספה עוד תכלית לס' 12 והיא **הגנה על האוטונומיה של החשוד ועל חופש הבחירה שלו אם למסור הודאה או לא**. זה מתכתב עם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

**לפי בייניש ישנם שני תנאים בהם הודאה תיפסל:**

1. **שימוש באמצעים פסולים שפגעו פגיעה פיזית או נפשית בחשוד**, ההודאה תיפסל אוטומטית גם אם אין זיקה בין האמצעים הפסולים לבין אמיתות ההודאה. גם אם אין חשש שהאמצעים הפסולים פגעו במהימנות ההודאה או באוטונומיה של הנאשם לעניין הודאתו.
2. **אמצעים פסולים, גם אם לא פגעו בצלם האדם, בגופו או בנפשו של הנחקר, אם האמצעים הביאו לפגיעה חמורה באוטונומיית הרצון החופשי, גם אז הם יובילו לפסילת ההודאה, אבל כאן צריך להראות קשר סיבתי בין האמצעים הפסולים לבין הפגיעה באוטונומיה**. הקשר הסיבתי הזה הוא חשוב כי אם לדוגמה לא הודיעו לנחקר על זכות ההיוועצות אבל הוא מכיר אותה אי אפשר לומר שיש קשר סיבתי בין הפגם לפגיעה באוטונומיה.

השופטת בייניש ע"פ הראש הראשון לא ראתה פגיעה בצלמו של נחקר, ולפי הראש השני לא ראתה קשר סיבתי בין הפגם לבין האוטונומיה אם להודות או לא, כי גם לאחר שנועץ יששכרוב עם עורך דין, הוא עדיין חזר על הדברים. לכן פגם קודם לא בהכרח יוביל לפגם מאוחר ולשלילת האוטונומיה.

* יש כל מיני סוגיות שהיום מצויות במחלוקת- לדוגמה, האם מותר לשקר שקר? נכון להיום ההלכה עדיין מאפשרת שקר ורבלי, אך היא איננה מאפשרת שקר שמעוגן באיזשהו מסמך מפוברק- דו"ח של מז"פ שממנו עולה שטביעות האצבע של הנחקר נמצאו בזירה.
* תכלית הדוקטרינה הינה מניעת פגיעה באמון הציבור ובהליך המשפטי כתוצאה מכך שביהמ"ש יקבל ראיה שהושגה תוך הפרת זכותו החוקתית של הנאשם להליך הוגן, ניתן כאן שיקול דעת רב לביהמ"ש, כאשר ביניש מתווה אותו ע"י אבני דרך כגון:
1. **אופייה וחומרתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה**
2. **אופי השגת הראיה ומידת חוסר החוקיות שבהשגתה-** עוצמת וחומרת אי החוקיות, האם הפעולה בזדון או בתום לב, באיזו קלות ניתן היה להשיג את הראיה באופן חוקי, האם הייתה מתגלה גם ללא השימוש באמצעי, האם יש נסיבות מקלות שיפחיתו מחומרת אי החוקיות. למשל, **בפס"ד חייבטוב** עוצמת הפגיעה הייתה מאוד קשה כי היה מדובר במדובב שעישן סמים קשים מסוג הרואין תחת עיניהם הבוחנות של החוקרים והיה ניסיון לבודד את חייבטוב מהעולם החיצון על אף שביקש להיוועץ בעורך דין- הובטחו למדובב אקסטרה טובות הנאה בתמורה להודאה, והמדובב לא אמור להיות בקשר עם החוקרים כדי שלא ישתילו לו מידע שאחר כך ישתיל בעצמו לנחקר.
3. **עד כמה הנאשם תרם לאותה אי חוקיות או האם מתקיימות נסיבות מקלות שיכולות להפחית מחומרתה** - ניתן להשתמש בטיעון של הנסיבות המקלות עבור הפחתת הטיעון של אי החוקיות.
4. **האם רשויות החקירה פעלו בזדון או בתום לב**- האם מדובר בפעולה בזדון של החוקרים או בתום לב.
5. **כיצד הפגיעה בזכות החוקתית עשויה להשפיע על מהימנות הראיה:**
* **באיזה מידת קלות היה ניתן להשיג את הראיה באופן חוקי-** השיקול אומר שאם הנאשם פעל בצורה מתוחכמת שמקשה על השגת הראיות, זה מהווה שיקול לקולא עבור המשטרה מכיוון שלא היה להן ברירה והם היו חייבם לפעול בתחבולה עבור השגת הראיה.
* **האם אי החוקיות (מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול) יכולה להשפיע על מהימנות הראיה**– ככל שהראיה תהיה עצמאית יותר כך יהיה קשה יותר לפסול את הראיה, למשל: סכין עם דנ"א שאין מחלוקת על אמיתותה. הראיה נבדלת מאי החוקיות. כי אם נקבל את הראיה לא נפגע באמת העובדתית אלא נשרת אותה.
1. **הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראיה**
* **יש לבדוק את חומרת העבירה** – הלכת ישכרוב יצרה קשר בפעם הראשונה בין שאלת השקילות לבין שאלת החוקיות. בעבירות לא חמורות נטה לפסול אותן (למרות שדווקא בעבירות החמורות אנו רוצים כי זכויות הפרט תשמרנה יתר על המידה – זוהי אחת הביקורות על פסק דינה של ביניש ביששכרוב). **פסיקת העליון קובעת כיום שכאשר מדובר בפגיעה חמורה בזכות להליך הוגן, אין מקום לשקול את שיקול חומרת העבירה (חייבטוב).** שיקול חומרת העבירה יצא מהמשוואה כשחומרת האי חוקיות מאוד משמעותית. זוהי ההלכה אך יש גם עמדות אחרות כמו עמדתו של השופט עמית **בפס"ד בונר**, שם אמר שאמון הציבור יכול להיפגע גם כשרוצח יוצא לחופשי בגין פגיעה בראיה, ולכן אין להתעלם לטעמו משיקול חומרת העבירה. יש להזכיר שבעקבות הלכת חייבטוב, בה זוכה אדם מרצח, נראה כי שיקול חומרת העבירה לא קיבל מעמד בכורה אל מול הפגיעה בזכות להליך הוגן.

**זכות הנאשם להיוועץ עם עו"ד**

* **פס"ד יונתן אלזם-** אלזם הורשע במחוזי ברצח חנניה אוחנה, שהתבצע כחלק ממאבק בין ארגוני פשיעה. הוא הורשע במחוזי אבל שעות ספורות לפני שאמור היה להעיד כנגד שותפו למעשה נרצח בבית הכלא. הודאת אלזם הושגה בעקבות תרגילי חקירה שכללו, בין השאר, מניעת מפגש עם עורכי דינו, וזאת במטרה לבודדו. אלזם אמר לשותפיו בתא (שהיו מדובבים) שהוא מאוכזב מעורך הדין שלו. המדובבים שלו הכניסו לו לראש שעורך הדין שלו הוא משת"פ עם המשטרה. המדובבים יעצו לו להחליף עורך דין והמשיכו לדובב אותו, עד שהוא פרס בפניהם את כל הסיפור (מכיוון שהוא רצה להודות מבלי להפליל את חברו). השאלה העיקרית שבית המשפט דן בה היא – **האם ההודאה של אלזם בפני המדובבים קבילה לפי הלכת יששכרוב**? המדובבים שיצרו בפני אלזם מצג שווא שעו"ד שלו סוג של משת"פ של המשטרה וסוג הלחץ שהופעל עליו שולל את ההסכמה החופשית והרצון שלו בהודאה? ***השופטת חיות*** הגיעה למסקנה כי המדובבים פגעו בזכויות של אלזם. היא פוסלת את ההודאה ומזכה אותו מהרצח (גם מתוך ס' 12 וגם מתוך דוקטרינת הפסילה הפסיקתית). **הטעם לפגם נובע מחציית המתחם המוגן שלא אמור להיות חדיר, והוא יחסי עו"ד- לקוח. ברגע שגורמים לחשוד לחשוב שעורך הדין מוכר אותו, זהו קו הגבול אותו המדובב לא יכול לחצות**. ***השופט אדמונד לוי*** בדעת מיעוט, טען כי האכזבה שלו מעורך הדין נבעה רק מתחושה פנימית ולא מהשפעת המדובבים.
* **אסף שי נ' מדינת ישראל –** תאונת דרכים עם שני הרוגים ופצועים. לנהג הייתה פסילה מנהלית בזמן התאונה, הוא נחקר ושוחרר הביתה. לאחר חודשיים הזמין אותו החוקר לתחנת המשטרה באווירה שהיא לא פורמאלית (לקח אותו ברכב הפרטי של החוקר לתחנה וכו'). החוקר בסוף החקירה הודיע לו שהוא חשוד ויש לו זכות לשמור על זכות השתיקה, אבל **לא יידע אותו על זכותו להיוועץ עם עו"ד**. הנחקר ביקש עו"ד אך החוקר התעלם ובינתיים נפלט לנחקר שהוא התעסק במשהו אחר בזמן התאונה. כלומר, במקום גרם מוות ברשלנות שעונשה עד 3 שנות מאסר, הוא פלט בחקירה מידע שמאשים אותו בהריגה- 20 שנה. עוה"ד פנה לבית המשפט העליון בשם החשוד וטען כי: ראשית, לא אמרו לו כי הוא יכול להיוועץ עם עו"ד בהיותו עצור; שנית, גם לאחר שנודע לו שהוא יכול להיווץ עם עו"ד, לא נתנו לו את זכות ההיוועצות***. השופטת בייניש*** (בדעת רוב) קובעת:
1. זכות ההיוועצות היא רק אם האדם **עצור** (**ס' 2 לחוק המעצרים** + **ס' 32 לחוק המעצרים**). בנסיבות של אותו מקרה אסף לא היה עצור. באסף שי חוזרת השופטת בייניש על עמדתה לפיה היא "נוטה לחשוב" שזכות ההיוועצות צריכה להיות מנותקת משאלת המעצר, וכל אימת שאדם נמצא במשטרה ונחקר בין אם הוא חשוד או נחקר או בא מיוזמתו, יש להודיע לו על זכותו להיוועצות לא משנה מה הסטטוס, אך כאן אין להכריע בשאלה כי אסף שי כבר ביקש להיוועץ = ידע על הזכות בעצמו.
2. **חסימת הזכות להיוועצות עם עו"ד היא פגיעה חוקתית ומשמעותית בנאשם**. **ס' 34(ב) לחוק המעצרים**–צריך **מיד** ליצור קשר עם עו"ד, ניתן להמשיך בחקירה עד שהעו"ד יגיע אבל צריך ליידע את החשוד שיש לו זכות שתיקה. אם העו"ד צריך מגיע תוך זמן סביר אז צריך לחכות. כלומר, היא טוענת כי במקרה הזה היה צריך להפסיק הכול: ראשית, הוא ביקש כבר בפתח החקירה להתייעץ עם עו"ד. שנית, הוא לא היה עצור ולא נשקפה לציבור סכנה ממשית ממנו. שלישית, מכיוון שזה היה חודשיים לאחר התאונה – "ממילא עברו חודשיים ."יחד עם זאת, ניתן להגיד כי עצם זה שהוא המשיך לדבר זה מעיד שהוא דיבר מרצון. אבל מנגד החוקר הפעיל לחץ על הנחקר ולכן יש ספק סביר והמסקנה המתבקשת היא שצריך לפסול את ההודאה גם לפי ס' 12 וגם לפי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית. ***השופטת דבורה*** (בדעת מיעוט) אמרה כי ניתן להבין מהדברים כי הנחקר שקל שיקולים ומתוך כך הוא החליט לדבר ולא מדובר במצב של אדם לאחר תאונה..

**ההכרעה**: התקיימו נסיבות מיוחדות ויוצאות דופן שהיה בכוחן המצטבר כדי להצדיק את הפסקת החקירה על פי בקשת המערער. **התוצאה**: זיכוי מעבירת הריגה, הרשעה בגרם מוות ברשלנות.

* **הונצ'יאן לין נ' מדינת ישראל: האם כאשר חשוד נעצר במשטרה ומודיעים לו על זכותו להיוועצות, האם צריך להודיע לו על זכותו ליהנות מסנגור ציבורי?** אדם שנעצר ברצח ובשטח הודיעו לו שיש לו זכות שתיקה. הוא הגיע לתחנת המשטרה והגיע לקצין הממונה ועל הקצין להחליט האם להמשיך במעצר או לשחררו. ב**ס' 32 לחוק המעצרים** נקבע שעל הקצין הממונה להודיע לו על זכות ההיוועצות ועל זכותו לסנגור ציבורי, רק כשהוא מחליט לעצור אותו. קבלת ההחלטה האם לעצור את החשוד מתקבלת לאחר חקירתו של החשוד. והוא צריך להודיע לו לפני החקירה כדי שידע מתי לשתוק. אך הקצין מבין את חוסר ההיגיון ואז הוא מודיע לו בתחילת החקירה על זכותו להיוועצות. בסוף החקירה הוא מודיע לו על זכותו לקבל סנגור ציבורי. לפי **ס' 19 לחוק הסנגוריה הציבורית**, כאשר נעצר אדם והובא לתחנת המשטרה או שהוא חשוד בביצוע עבירה. גם כשהוא לא עצור, יש ביכולתו לקבל סנגור ציבורי. בשני המקרים הקצין הממונה צריך להחליט האם להמשיך במעצר. במקרה זה, עליו להודיע לו שהוא יכול לקבל סנגור ציבורי בהקדם האפשרי. ***השופט רובינשטיין*** אומר שאם יש לחשוד זכות להיפגש עם סנגור ציבורי, אומר ביהמ"ש העליון שהוא **מחיל חובה על החוקר להודיע כבר בפתח החקירה שיש לך זכות להיוועץ**. השורה התחתונה של השופט רובינשטיין היא **שזכות ההיוועצות צריכה להיות כרוכה במעצר**. יש כאן פיתוח של זכות ההיוועצות בהתאם לכלל הפסילה הפסיקתי.

**חיפוש על פני הגוף**

* נמצא ברף הנמוך של הפגיעה בזכות לכבוד, די דומה לחיפוש בכניסה לקניון ולאוניברסיטה. החיפוש שנראה טריוויאלי טומן בחובו גם הוא פגיעה בזכות לכבוד ולפרטיות, ולכן למאבטחים יש הסמכה ספציפית לכך בחקיקה. בשורה התחתונה **אין לבצע חיפוש על הגוף בהיעדר הסמכה**.
* **פס"ד בן חיים**- שוטרים שהיו בסיור שגרתי הבחינו בבן חיים וביקשו ממנו להזדהות. לאחר בירור שערכו הסתבר כי יש לו רישום פלילי כלשהו, ובשלב זה ביקשו השוטרים להוציא את מה שמחזיק בכיסיו. בן חיים הסכים והוציא סכין מהכיס. משכך, הועמד לדין בגין החזקת סכין. **השאלה המשפטית: האם ניתן לבצע חיפוש על פני גופו של אדם גם בהיעדר חשד סביר? האם הסכמה יכולה להוות תחליף להיעדר חשד סביר?** לפי ***בייניש*** **ניתן לרפא הסכמה לא חוקית, בטענה** **שההסכמה תהיה מדעת**. הסכמה שמבטאת את האוטונומיה של הרצון החופשי יכולה להכשיר חיפוש שלא כדין. יש לוודא זאת בכך שהשוטר אמר לאותו אדם שיש לו זכות לסרב לחיפוש, וגם שהסירוב לחיפוש לא יפעל נגדו. ***השופט דנציגר*** בדעת מיעוט אומר שאין הסמכה בדין לבקש הסמכה לחיפוש כשאין מקור לכך בחוק (המשטרה חייבת לפעול לפי דין). **השופטת בייניש** משיבה לשופט דנציגר בעניין חוקיות המנהל: ברגע שהאדם מסכים לחיפוש מדעת, אם האדם מוותר על הזכות לפרטיות זה יכול להוות חריג לעקרון חוקיות המנהל. את ההלכה של הסכמה מדעת במצב של היעדר חשד, בייניש מדגישה כי תחיל רק על חיפוש שהוא על הגוף, ולא חיפוש בתוך הגוף או חיפוש מעמיק יותר = **הסכמה מדעת לא תספיק כדי ליצור פטרנליזם בעניין החיפוש בגוף האדם, היא תספיק רק לרף התחתון (חיפוש על פני הגוף).** בשורה התחתונה, בבן חיים ההסכמה לא הייתה מדעת וגם אם החשוד לא יסכים הראייה לא תעמוד נגדו כראייה. כי לבן חיים לא הוסבר שהוא רשאי שלא הסכים לבקשת החיפוש וכי היעדר הסכמתו לא תפעל כנגדו בשום צורה.
* **לראשונה ביהמ"ש העליון פוסל פסילות של ראיה לפי כלל הפסילה הפסיקתית כאשר מדובר בראיה חפצית.** זאת למרות שביששכרוב אמרנו שראיה חפצית עומדת על שני רגליים אחוריות ולכן לא נפסול אותה, השופטת בייניש פסלה את הראיה. ברגע שאנו פוסלים ראיות חפציות אנחנו פוגעים **באמת העובדתית**, כי למשל ברגע שפסלתי את הסכין אני בעצם מזכה את החשוד. בנוסף ראינו בפס"ד, פיתוח הסמכה של הסכמה מדעת שניתנה בניגוד לסמכות באמצעות הסכמה מדעת של החשוד.
* לדעת המרצה, כאשר מנטרלים את היסוד של החשד הסביר, שמהווה כרטיס הכניסה האובייקטיבי לחיפוש על הגוף, יש סכנה לפרופיילינג. במאמרה של **חמדת גור אריה**, היא אומרת שהתוצאה תהיה שלא נדע למה השוטר פנה לפלוני וביקש הסכמה לחיפוש שלא כדין ולא מאלמוני. ברגע שהפתח נפתח יהיה קשה להוכיח שהפנייה נבעה משיקולים זרים חיצוניים ולא משיקולים פנימיים כמו צבע עור וגזע.

**דוקטרינת פרי העץ המורעל**

* **פס"ד פרחי**- משטרת ישראל עסקה בניסיון לפענח את רצח עורכת דין ולא היה מניע. מכוח שיטת האלימינציה המשטרה פנתה למספר רב של אנשים מהאוכלוסייה, למרות שלא היו חשודים בביצוע עבירת הרצח. הם פנו וביקשו את הסכמתם לקבל מהם בדיקת DNA. יש הוראה בחוק של **ס' 14 לחוק החיפושים** שעוסקת בחיפוש בהסכמה בגוף אדם שאינו חשוד בעבירה. לכך יש מספר תנאים שאינם מצטברים: 1. האדם הוא נפגע עבירה או עד ולשוטר יש יסוד סביר להניח שמדובר בעוד עבירה ואתה צריך את הסכמת הקורבן. 2.החיפוש נדרש לבדיקת קשר אפשרי של אותו אדם לעבירה הנחקרת-זה הסיפור שלנו. **ס' 14א'** אומר: שלא ניתן לקחת את הדנ"א של המתנדב ולשים אותו במאגר ולהשוות אותו לכל התיקים הפתוחים עבור בדיקה האם מדובר ב-DNA תואם. ושלא מכניסים את החיפוש שבוצע למאגר. המשטרה הודיעה להם שהדנ"א שלהם ישמש רק עבור בדיקת הרצח של ענת וילר. בעקבות הבטחה זו, מר פרחי הסכים לתת דגימת רוק עבור החקירה. במקביל המשטרה חוקרת תיק אונס של 3 זירות שונות שבהם נמצא דנ"א של האנס שאינו ידוע. אותה חוקרת משטרתית שלקחה את הדנ"א מהמתנדבים בפרשת ענת וילר נזכרה שראתה את הצירוף דנ"א במקום אחר. נמצא כי ב-3 זירות של האנס יש התאמה מלאה לדנ"א של אדון פרחי שהוא בכלל התנדב לתרום את הדנ"א עבור חקירת הרצח של ענת וילר ולא עבור האונס. השופט נותן צו ופרחי נעצר על בסיס הדנ"א הראשון. הוא מוזמן לחקירה ומכחיש ואז מבצעים תרגיל שבו מוציאים אותו להפסקת סיגריה ומהסיגריה שנזרקה הם לוקחים דגימת רוק שהפעם נלקח באופן חוקי לחלוטין. **זה לא מהווה חיפוש אלא ניצול מתנה שהושארה ע"י החשוד וזה בכפוף לדיני החיפושים**. המשטרה פותחת בחקירה ואוספת ראיות נוספות שקושרות אותו לזירת האונס באמצעות איכון טלפון שמשתלב לשלושת זירות האונס.

**השאלה היא:** **האם מזכים את פרחי עקב השגת הראיות החוקיות בעקבות הראיה הפסולה או שאנו מקבלים את הראיות ומרשיעים אותו**?

* לפי תורת פירות העץ המורעל, אם הראיה הראשונה בשרשרת הושגה באופן בלתי חוקי נפסול את קבילות **כלל** הראיות כי הן תולדה של הראיה הראשונה, כל עוד יש קשר סיבתי ביניהן. זאת גם אם לא נופל פגם בהשגת הראיות הנגזרות. אולם, בישראל נקבע כי לא מאמצים את דוקטרינת פירות העץ המורעל (לפי בייניש בישכרוב) כי עיקרה הוא לחנך ולהרתיע ולא להיות מניעתית כפי שיוסדה לכתחילה. אלא כל חוליה וחוליה בשרשרת תיבחן לפי עצמה לפי הפרמטרים של הלכת ישכרוב. **המשמעות היא שאם יש ראיה שהושגה תוך פגיעה בזכות להליך הוגן, כל ראיה תיבחן כחוליה בפני עצמה וההחלטה תדון לגופה.**
* ***השופט אדמונד לוי*** בביהמ"ש העליון, אומר כי הזיקה של הראיה של בדל הסיגריה (הפגם הראשון) היא אינהרנטית והדוקה לראיה הראשונה של דגימת הרוק שהושגה בפרשת ענת וילר. לכן, הוא פוסל את הראיה של דגימת הרוק שהושגה בבדל הסיגריה, אבל הוא לא פוסל את שאר הראיות האחרות למרות שהן ראיות נגזרות שכולן תולדה של הראיה הראשונה. הרשעתו של פרחי מושתתת על איכון הטלפון ועל בסיס סירובו לספק את דגימת הדנ"א בחקירת האונס.

**כדי לפסול את הראיות הנגזרות צריך להתקיים שני תנאים מצטברים:**

* 1. קשר סיבתי עובדתי- הראיה הנגזרת התקבלה באופן ישיר מהראיה הקודמת שהושגה דרך פגיעה בזכות להליך הוגן בצורה שאינה מידתית. **מבחן האלמלא**= האם בלעדי הראיה הקודמת שהושגה בדרך פסולה היינו מגיעים לראיה הנגזרת?.
	2. קשר סיבתי משפטי- צריך לבחון האם היה אירוע מנתק - למרות הזיקה הכרונולוגית יש משהו שמנתק את הראיה הראשונה מהשנייה (כמו היוועצות עם עו"ד). דוגמא למצב שלא מנתק קש"ס המשפטי- כמו במקרה של פרחי, שיש את בדל הסיגריה שדומה אחד לאחד לדגימת הרוק הראשונה בחקירת ענת וילר.
* **התייחסות בית המשפט לשיקול חומרת העבירה:** עמדתו של השופט היא ששיקול חומרת העבירה על אף הבעייתיות יוצא מהמשוואה כשמדובר בהפרה חמורה של הזכות להליך הוגן.
* ***השופטת חיות***, לא מתרשמת מהמבחנים החדשים של השופט לוי (קש"ס עובדתי ומשפטי), אלא סבורה כי אין מקום להבחין בין הראיות הנגזרות השונות, מדובר באותה זיקה הנעוצה בכך שאלמלא נערכה ההשוואה הראשונה הפסולה, לא היה המערער נחשד ונחקר. אולם, דוקטרינת הפסילה הפסיקתית היא דוקטרינה יחסית ויש לאזן בין כלל השיקולים והאינטרסים- גילוי האמת, הלחימה בפשע וכו', **ויש לשאול האם קבלת הראיה תהפוך את המשפט בכללותו לבלתי הוגן? הגינות ההליך אינה משמעה רק הגינות כלפי הנאשם, אלא כלפי נפגעי העבירה והציבור בכללותו**.
* **לסיכום**:
1. **לא התקבלה בישראל דוקטרינת פירות העץ המורעל ולכן נבדוק כל ראיה בפני עצמה.**
2. **נדרוש גם קש"ס עובדתי וגם משפטי עבור פסילת ראיות נגזרות.**

**כלל הפסילה הפסיקתי בשלב החקירה**

* **פס"ד שמש -** הרכבת הקימה וועדת חקירה לאחר שתי תאונות רכבת קשות. וועדת החקירה חקרה בין השאר את עובדי הרכבת. עובדי הרכבת התבקשו להעיד בפני וועדת החקירה הפנימית, ומי שסירב לשתף פעולה הסתכן בהליכי משמעת או פיטורים. לאחר מכן, המשטרה פונה לרכבת ישראל ומבקשת מהם להעביר לה את החומרים של החקירה שנעשתה בוועדה הפנימית מכוח **ס' 43 לחסד"פ** (הזמנה להציג חפץ). העניין הגיע לעליון והודגשה גם בקשה לדיון נוסף. פרשה זו הגיעה לביהמ"ש לשני דיונים עם 2 שאלות:
1. האם יכולה המשטרה להסתמך בשלב החקירה על הודעות עובדים שנגבו בלא שיינתנו להם הזכויות הבסיסיות הניתנות לחשודים במהלך חקירתם – הזכות להיוועצות עם עורך דין, הזכות לאי הפללה וזכות השתיקה.
2. האם שלב החקירה הוא השלב הנכון להעלות טענות בדבר אי קבילות הודאות שהתקבלו שלא בהתאם לכללי ההליך הפלילי.
* **בדיון הראשון**:
* ***דעת הרוב****:* פסק ***דנציגר*** שלאור חשיבות ההליך ההוגן **יש להפעיל את כלל הפסילה הפסיקתית כבר בשלב הביניים** **ולמנוע את העברת הראיות**. אליו הצטרף השופט ***רובינשטיין*** שהעלה דוקטרינה של **הפרת הבטחה** שאומרת שצריך לכבד את ההבטחה של הרשות המנהלית. ההודעות נגבו בלא שמירה על זכויות העובדים (זכות השתיקה, זכות ההיוועצות): לעובדים היתה ציפייה סבירה שההודאות לא יועברו, באופן העלול לחשוף אותם להעמדה לדין.
* ***דעת המיעוט של הש' אדמונד לוי***: הדיון בכלל הפסילה הפסיקתית לא יכול להתבצע בשלב הביניים. **צריך לעשות זאת רק בשלב המשפט.** לא ניתן למנוע מהמשטרה לראות הודאות אלו.
* משמעות פסק הדין:
* התקרבות בין דוקטרינת הפסלות הפסיקתית לדוקטרינת פירות העץ המורעל (בעברית: ראיה הבאה בעבירה): סירוב לבקשה מונע מהמשטרה לקבל ראיה ראשונית הפוגעת בזכויות חשוד, אך מונע ממנה גם להשיג ראיות נגזרות עתידיות על סמך הראיה הראשונית. כלומר – קבלה בפועל של דוקטרינת פירות העץ המורעל. אפשרות זו קיימת בשל "הפעלת" אפשרות הפסלות כבר בשלב החקירה.
* דוקטרינת פירות העץ המורעל:
1. **רציונל חינוכי-הרתעתי**: פסילת קבילות ראיות ככלי לחינוך המשטרה לנהוג ע"פ חוק;
2. **מושגים מרכזיים**: ראיה ראשונית וראיה נגזרת;
* **בדיון נוסף,** נקבע כי **לא ניתן להקדים את הלכת ישכרוב משלב המשפט לשלב החקירה (שלב הביניים)**. הלכת ישכרוב בודק קבילות ראיות במשפט- בהליך העיקרי ורק לשופט במשפט יהיה המבט הכולל לבחון האם הראיה פסולה או לא. **יצירת החיסיון בשלב החקירה פוגעת בחקר האמת.** ***הש' דנציגר*** נותר איתן בעמדתו בדעת מיעוט בדיון הנוסף, סבור שהתוצאה היא שפוגעים פגיעה קשה בזכות להליך הוגן. בבחינת הקש"ס העובדתי והמשפטי של לוי, התביעה תאמר שלגבי הראיות הנגזרות נותק הקשר הסיבתי כי ניתן צו בהליך ביניים שהכשיר את השרץ, ועל כך השופט דנציגר מתריע.

**לסיכום**:

1. **קביעה ברורה כי מטרת דוקטרינת הפסלות הפסיקתית היא הגנה על טוהר ההליך הפלילי, והיא כוללת עקרונית רק אפשרות לפסול ראיות ראשוניות בשלב המשפט.**
2. **ככלל, אין מקום להפעיל הדוקטרינה בשלב הליכי החקירה שכן בדיקת טוהר ההליך מתבצעת בהליך עצמו.**
* **פס"ד יונתן אוריך**- היועמ"ש מחליט להגיש כתב אישום כנגד רה"מ מכהן (נתניהו). הוגשה תלונה במשטרה ע"י אחד מעדי המדינה, בה נטען שמתוך רכב שחנה ליד ביתו של העד הושמעה הקלטה הקוראת לו לחזור בו מעדותו. **ס' 23א לפקודת סדר הדין הפלילי**: קובע שכדי לבצע חיפוש בחומר מחשב, נדרש צו של שופט. נדרש שהצו יסביר למשטרה מה מותר ומה אסור בחיפוש, כך שהפגיעה בזכות לפרטיות מידתית. במקרה דנן, עמדת היועמ"ש היא שניתן להשתמש בהלכת בן חיים לעניין הסכמה מדעת גם לחיפוש בטלפון של חשוד, גם בלעדי צו של שופט. החוקרים שאלו את החשודים האם יסכימו את העיון בטלפון. הם שוכחים להגיד לחשודים שהם לא חייבים להסכים ושאם יסרבו זה לא יפעל לחובתם.

**האם יכול להיות שהבקשה לצו תתבסס על ראיות שהושגו בחיפוש הקודם שלא כדין?** השופט ***אלרון*** בדעת יחיד יוצר **מבחן דו שלבי לפסילת ראיות בשלב החקירה**:

1. בשלב הראשון, **יש לבחון האם קיימת זיקה בין המידע שאותר בחיפוש המוקדם והלא חוקי לבין התשתית העובדתית שעל בסיסה מבוקש הצו**. ככל שהנחיצות בצו החיפוש במחשב מבוססת על ראיות לכאורה שהושגו במסגרת החיפוש שבוצע שלא כדין, כך פוחתת ההצדקה להיעתר לבקשה למתן צו החיפוש המבוקש.
2. השלב השני, אף אם קיימת זיקה הדוקה בין החיפוש המוקדם והלא חוקי לבין הבקשה למתן צו החיפוש, אין משמעות הדבר בהכרח כי אין להיעתר לבקשה. **את הפגיעה בפרטיותו של בעל המכשיר כתוצאה ממתן הצו יש לאזן עם האינטרס הציבורי שבמיצוי החקירה הפלילית.** יש לבדוק שיקולים שדומים להלכת ישכרוב: יש לשקול את חומרת הפגם שבאופן ביצוע החיפוש המוקדם; את חומרת החשדות בגינם הוגשה הבקשה למתן צו החיפוש; את נחיצות צו החיפוש להמשך החקירה; וכן את זיקתו של בעל המחשב או בעל הטלפון הנייד לחשדות אלו. במסגרת בדיקת חומרת הפגם: האם מדובר ב-מדיניות או ב-טעות.
* **מאמר של אסף הראל וחמדת גור אריה: (על פס"ד אוריך ואחרי החלטת השופט אלרון):** במאמר הם טוענים שני דברים: ראשית, שעל אף שהשופט אלרון מנסה לשכנע שהלכתו באוריך לא הופכת את הלכת שמש (לשים לב שמדובר בהלכה שנקבעה בד"נ), נראה שהוא מאמץ את דעת המיעוט של השופט דנציגר בד"נ שמש. גם בשמש עסקו בשאלה האם שופט בהליך ביניים רשאי לפסוק בשאלת הפסילה הפסיקתית. זה לא זהה כי בשמש לא היה פגם כה בולט של המשטרה. שנית, החלטה של השופט אלרון היא איזושהי "מופע" של דוקטרינת פירות העץ המורעל על אף שבאופן פורמלי הדוקטרינה לא התקבלה בישראל. מניעה אפשרית של מתן צו לבקשת המשטרה, משום שהוא מבוסס על פגיעה בלתי חוקית קודמת. לכן, מניעה מראש של האפשרות להשיג ראיות נגזרות, הנובעות מחוסר החוקיות של אותה ראייה ראשונית.
* **פס"ד אוריך (ד"נפ)-** הנשיאה ***חיות***, אומרת ש**שאלת קבילות הראיות צריכה לקבל הכרעה בהליך העיקרי** כי רק אז יש לו את כל התמונה לבחון את כל הפרמטרים שאוזכרו בהלכת יששכרוב. לפי ***חיות***,בניגוד לשופט אלרון, **רק בנסיבות חריגות של פגעה אנושה במיוחד בשלטון החוק והזכות לפרטיות, ביהמ"ש יחליט שלא להעניק צו בשל התנהלות קודמת של רשויות החקירה**. זה סיבוב פרסה מדעת השופט אלרון, שאמר שברירת המחדל היא ככל שיש זיקה בין ההתנהגות הפסולה למתן הצו, על השופט לא להיעתר לבקשה לצו ביניים. **לאחר שניתן הצו, מה ההשלכות של החיפוש הבלתי חוקי במסגרת ההליך העיקרי?** הרי שהצו יכול להוביל לראיות נגזרות שיתקבלו והשאלה היא האם בהליך העיקרי יש השלכות לחיפוש הבלתי חוקי. הזרקור שלנו עובר לשופט בהליך העיקרי. בהליך העיקרי, ביהמ"ש לא כבול לדברים של השופט בהליך הביניים. השופט בהליך העיקרי צריך לשאול שתי שאלות:
1. **האם הוא פוסל את החיפוש הבלתי חוקי הראשון (הראיות הראשונות)?**
2. **אם הוא פוסל, מה נעשה עם הראיות הנגזרות (הראיות אחרי הצו)?** נבדוק את שיקולי יששכרוב, כמו כל ראיה וראיה. עבור כך היא מזכירה את פס"ד פרחי, נבדוק חוליה חוליה, ונבדוק קש"ס משפטי ועובדתי.

***הש' דפנה ברק-ארז*** מסכימה לדעת השופטת חיות אבל היא מחזיקה בגישה פחות מצמצמת באשר להיקף שיקול הדעת של ביהמ"ש. היא לא מסכימה לרף הגבוה של נסיבות חריגות בלבד, והיא מעוניינת להשאיר מרחב שיקול דעת לשופט.

* תזכיר לתיקון פקודת הראיות: תוספת **סעיף 56א לפקודת הראיות**, שמעגן את הלכת ישכרוב, אבל לצד החשיבות שכרוכה בו, ראוי שכלל הפסילה **יהיה בחוק ולא כלל פסיקתי**. החידושים בתזכיר:
1. כלל הפסילה יחול על כל סוגי הראיות- הודאה, חפץ או כל ראיה אחרת.
2. קבלת עמדת פסיקה שגם הודאה של עד שהתקבלה שלא כדין, גם זו ראיה שניתן לפסול ולא רק ראיה שהושגה מתוך רצון שאינו טוב ולא חופשי. **יש מחלוקת בפסיקה לגבי הודאה של עד- האם צריך להצביע על עוצמה גדולה יותר של הפרה מול הודאה של הנאשם. כשמדובר בהודאה של עד צריך עוצמה גדולה יותר של היעדר חוקיות.** מהבחינה הזו התזכיר שותק.
	* **מקרה מירז'-** היה מדובר על אדם שהואשם בעבירות והוא הודה בהן במסגרת הודאה מול מדובבים והפליל גם את חברו. הוא טען שההודאה לא התקבלה בחופשיות וברצון, בית המשפט דחה את טענתו והרשיעו. לאחר מכן הוגש כתב אישום נגד החבר בעזרת העדות של אדם א' במשטרה. במשפט של החבר בית המשפט החליט לפסול את ההודעה וקבע שתרגיל המדובבים היה לא חוקי. **נוצר מצב אבסורד- הודעה אחת הייתה קבילה במשפט של נאשם א' ובמשפטו של נאשם ב' פסולה**. אם כן אם בעבר הייתה מחלוקת בפסיקה באשר להפרת הדין כלפי הודעה של עד, הצעת החוק מיישרת קו ואומרת שאותו מבחן יבחן את הודעות העדים והנאשמים.
3. עוצמת הפגיעה- בהלכת ישכרוב אמרנו שכדי שהראיה תיפסל צריך להיות **פגיעה מהותית** בזכות להליך הוגן. גם בהגנה מן הצדק בס' 149 (10) לחסד"פ צריך שתהיה פגיעה מהותית. **התזכיר גם אומר שנדרשת "פגיעה מהותית".**
4. יש לביהמ"ש שיקול דעת רחב כאשר נוסחת האיזון מאוד עמומה- המחוקק מצייד את השופטים בשק"ד בדיוק כפי שנקבע בהלכת יששכרוב (שלושת השיקולים).
5. המחוקק החליט לא להזכיר ראיות נגזרות (פירות העץ המורעל).
6. המחוקק לא ציין את איתור הפסילה- האם תיתכן פסילת ראיות גם בשלב החקירה בהליכי ביניים? בנוסף, האם ביהמ"ש יכול לתת ברקס למשטרה ולא לתת צו שהבקשה מבוססת על ראיות שהתקבלו שלא כדין?.
7. לא נאמר מילה ביחס למחלוקת של שיקול חומרת העבירה- בשנים האחרונות ביהמ"ש קבע, ששיקול חומרת העבירה **לא** יהווה שיקול מרכזי שמדובר בפגיעה חזקה בזכות להליך הוגן, כמו בחיבטוב בהליך לרצח. מצד שני, יש את השופט עמית שמציין את החשיבות של שיקול חומרת העבירה. כאשר אתה לוקח שיקול זה, זה מהווה הגנה על הקורבן ואם הסרתה שיקול זה אתה בעצם מבטל את ההגנה על הקורבן.
8. האם כלל הפסילה חל גם בהליכים אזרחיים?- המחוקק הכריע בס' א באומרו כי: "ביהמ"ש הדן **בהליך פלילי**".

**החקירה המשטרתית וזכויות החשוד**

 **תחילת ההליך הפלילי: תלונה וחקירה משטרתית**

**חקירה במשטרה**

* החקירה היא השלב הראשוני בהליך הפלילי. המטרה של החקירה היא לאסוף עובדות וראיות כדי להחליט האם מעמידים לדין. הגוף החוקר המרכזי במ"י הוא משטרת ישראל על פי **ס' 3 לפק' המשטרה** עם זאת יש גופים נוספים שיכולים לחקור אם יש להם הסמכה בחוק. לפי **ס' 241** גם גופים אחרים יכולים לבצע חקירה בנושאים ספציפיים- **הואיל וחקירה פוגעת בזכות לכבוד, כדאי לבצע חקירה צריך הסמכה מפורשת בחוק או על פי חוק מכוח הסמכה מפורשת**.
* **ס' 59 לחסד"פ-** חקירה יכולה להיפתח בין אם ע"י **תלונה** או **דרך אחרת** למשל תחקיר עיתונאי, (כל אדם יכול להתלונן לא רק הנפגע) כאשר **על המשטרה יש חובה לחקור בכפוף לסייגים**: למשל, **עבירות שאינן פשע כאשר נסיבות העניין לא מתאימות או שישנה סמכות חוקרת אחרת**. על החלטת המשטרה שלא לפתוח בחקירה או שכן לפתוח חקירה ניתן להגיש **ערר**. לפי **פס"ד צדוק**, כדי שהמשטרה תפתח בחקירה היא צריכה למצוא קיום חשד סביר לביצוע עבירה. זה כרטיס הכניסה לכל פעולה שיש בה חשוד. שיטת החקירה המובהקת ואיסוף הראיות יכולה להיות ע"י **תשאול** או ע"י אמצעים אחרים כגון **האזנות, חיפושים תפיסות וכיו"ב.** בשלב החקירה התביעה לא מעורבת אלא אם מדובר בתיקים רגישים.
* **האם התביעה יכולה להורות למשטרה לפתוח בחקירה?** התשובה היא **כן**. מכוח מה?
* **סמכות היועמ"ש-** היועמ"ש הוא ראש התביעה ואם הוא מופקד על החלת החוק הוא בוודאי צריך להיות מעורב בפתיחה של חקירה פלילית וזה השלב הראשון של הליך הפלילי.
* **ס' 64א1 לחסד"פ**- הסעיף אומר שמתלונן רשאי להגיש ערר למחלקת עררים בפרקליטות על החלטת המשטרה לסגור תיק\לא לחקור. אם הפרקליטות מעורבת בשלב הזה ומקבלת את הערר, היא יכולה להורות למשטרה לחקור. אם היא יכולה לעשות זאת בדיעבד היא יכולה לבצע זאת גם מראש ולפתוח חקירה לפני הגשת ערר.
* **ס' 61 לחסד"פ**- הסעיף עוסק בהשלמת חקירה. לאחר קבלת החומר יש סמכות לתובע להורות למשטרה להשלים חקירה. התובע אומר שחסר לו פרטים והוא מפעיל את המשטרה. מס' זה לומדים שאם יש לו סמכות להפעיל חקירה לכאורה יש לו סמכות להורות על פתיחה של החקירה.
* **מהיכן הסמכות של השוטרים לחקור אדם?**

מס' 2 לפק' הפרוצדורה הפלילית (עדות), 1927 קובעת :

2. "*חקירת עדים ע"י קצין משטרה וכו':*

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

 מכוח ס' 2(1), יכולים השוטרים לחקור אדם בין אם הוא עד ובין אם הוא חשוד. אם הוא חשוד, לנחקר יש **זכות שתיקה מוחלטת**. (ההפיכה לחשוד שדרגה את הזכות לאי הפללה עצמית לזכות שתיקה מוחלטת). לעומת זאת לעד, יש זכות לחסיון מפני הפללה עצמית- הוא חייב להשיב לכל השאלות חוץ משאלות שהתשובה עליהן תעורר לו אשמה פלילית ובגינן הוא יורשע. אותו אדם חייב להשיב על השאלות נכונה חוץ מהשאלות שהתשובות עליהן יכולות להפלילו, יש לו זכות להימנע מהפללה עצמית. כאשר חוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים) – 2002 מסדיר את הליכי החקירה.

* **מה כוללת סמכות החקירה?**
	+ **בג"צ 5100/94 הוועד הציבורי למניעת עינויים בישראל נ' מ"י-** פס"ד זה עוסק בשאלה מהי מסגרת הגבולות של השב"כ במסגרת סמכותו לעצרו פיגועים. פסק דין זה למעשה יצא כנגד שיטות החקירות שהשב"כ נהג לבצע ובניהם שיטת "הטלטול" דרך שיטת ה-"איזוק יתר" של האזיקים, מניעת שינה מכוונת, איזוק בתנועת שב"ח- תנועה מעוות שהנחקר למעשה אזוק ויש לו שק על הראש. ביהמ"ש נדרש לשתי שאלות בפסק הדין:

**א. שאלת הסמכות** - האם יש סמכות לחוקרי שב"כ לחקור? (פס"ד ניתן ב-99 לפני חוק השב"כ ב-2002). קבע שיש לשב"כ סמכות חקירה לפי **סעיף 2 לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות)**, לפיה כל חוקר קיבל הסמכה משר המשפטים לקיים חקירה.

**ב. שאלת גבולות החקירה -** האם מותר לשב"כ לעשות שימוש בלחץ פיזי? ואם כן מתי ועל פי איזה דין? השופט ברק קבע: **אמצעי חקירה ברוטאליים שאינם אנושיים – אסורים!** לעומת זאת, **אמצעי חקירה שהם אינם נעימים כמו חוסר שינה, כיסוי עניים, אזיקים וכיו"ב אלו אמצעים אשר יותרו רק כאשר יש צורך לקדם אינהרנטית את החקירה.** אמצעים אלו צריכים להיות תמיד לתכלית ראויה, מידתיים ואסור לנקוט באמצעים אלו על מנת להקטין את כוח ההתנגדות של הנחקר. יש לאזוק אדם רק כאשר יש חשש כי הוא יתקוף את השוטרים אז יש צורך באיזוק ולא באיזוק יתר. יש צורך לחוקק חוק שיאמר מהם הנהלים והאמצעים. השופט ברק קובע **שחריג הצורך לא יכול להוות מקור סמכות מראש, אלא רק יכול להיבחן בדיעבד**. אין להכשיר אמצעי לא חוקי דרך חריג הצורך מראש. לכל היותר בדיעבד יכול היועמ"ש למשל להחליט שלא להעמיד לדין חוקר כי התקיים חריג הצורך, או שנאשם יטען חריג צורך וביהמ"ש יקבל את טענתו, אך זה תמיד ייבחן בדיעבד ולא מראש. **בכך השופט ברק השאיר צוהר לחקירות צורך, אך שתיבחנה רק בדיעבד ולא מראש**. ההלכה - כל הנהלים שנקבעו מראש ע"י השב"כ אינם חוקיים. עדיין אין חוק שמקנה זאת, כי השב"כ נשען על חריג הצורך שמאפשר לו לנקוט בהליכי חקירה מיוחדים, מלבד: טלטולים. השופט ברק מכיר במקרים בהם נזדקק לחקירה והפעלת אמצעים קשים בשל צורך (=חקירת צורך) אבל יש להבין שחקירה כזו לא חוקית אלא תיבחן בדיעבד והיא **לא תכלול בתוכה עינויים**.

* **כיום**, **ס' 18 לחוק השב"כ** **מעניקה הגנה לעובדי השב"כ:** "עובד שירות לא יישא באחריות פלילית או אזרחית, למעשה או מחדל שעשה בתום לב ובאופן סביר במסגרת תפקידו ולצורך מילויו". כלומר יש סייג בכל הנוגע לאחריות הפלילית של אנשי השב"כ.

**הליך של בדיקה מקדימה**

* **בדיקה מקדימה =** היועמ"ש יכול לנקוט ב**הליך טרום חקירתי** (לפני שמחליטה לפתוח בחקירה לפתוח בהליך של חקירה מקדימה והוא נועד להעשיר את ארגז הכלים של המשטרה).פתיחה בחקירה הינו הליך שהשלכותיו הציבוריות הן מאוד כבדות ועוצמתיות גם ברמה האישית- משפיעה על תפקוד, ברמת הרישום המשטרתי- פתיחת חקירה מופיעה ברישום משטרתי שגורמים יכולים לראות. לכן, צריך לנקוט בהליך פחות פוגעני והליך מקדים בשביל לבדוק האם התגבשה תשתית ראייתית מינימלית לפתיחה בחקירה - **חשד סביר**.
* **התנועה לאיכות השלטון נ' היועמ"ש** - **עלתה השאלה האם התביעה (לא המשטרה) יכולה לבצע הליך בינים לפני חקירה – הליך הנקרא "בדיקה**". בפרשה זו דובר על מקרה של תלונה של התנועה לאיכות השלטון כי העומדים בראש רשות לניירות ערך עושים עבירות פליליות. התנועה לאיכות השלטון יכלה לפנות ישירות למשטרה אולם הם ניגשו קודם לפרקליטות. הטענה הייתה בבג"ץ כי אין לפרקליטות סמכות לערוך בדיקה שכזו. ביהמ"ש דחה את הטענה ואמר כי אין כל בעיה מכיוון שהיועמ"ש, הוא ראש התביעה, ויש לו שיקול דעת ועל כן הוא מוסמך לפתוח בבדיקה ולקבוע את אופייה, ככל שיש אי וודאות לגבי המצב העובדתי או המשפטי וככל שהמקרה רגיש יותר ראוי כי הפרקליטות תבצע "בבדיקה."
* **מהם השיקולים המרכזיים לפתיחה בבדיקה מקדימה?**
	1. עוצמת תשתית ראייתית ההתחלתית ביחס לחשד נושא המקרה אל מול החשיבות הציבורית במיצוי הבירור העובדתי- פעמים רבות אין חשד סביר מצד אחד אבל מהצד השני יש **אינטרס ציבורי עבור בירור המקרה**. דווקא בגלל שהוא נבחר ציבור. כי אם הוא היה אדם פרטי יש סיכוי גדול יותר לסגירת התיק. העובדה שמדובר בנבחר ציבור יכולה לפעול לרעה במקרה זה.
	2. ההשלכות הציבוריות שכרוכות בפתיחה בהליך חקירה- במצב שבו מדובר בשופט או בתפקיד ציבורי שפתיחה בחקירה תשפיע על התפקוד הציבורי ואין חשד סביר, אבל יש רצון לבצע פעולות מסוימות ולהיזהר בשביל לא להשפיע על תפקודו. לדוגמא: תלונה נגד שוטר על אלימות, אין חשד סביר וזה מילה נגד מילה. ואם נחליט לפתוח בחקירה ללא חשד סביר זה יוביל **להרתעת יתר**. לכן נעשה בדיקה מקדימה בשביל לבחון האם יש צורך בחקירה ומניעת הרתעת יתר לא נצרכת.
* **מה ניתן לעשות במסגרת הבדיקה המקדימה? ס' 14 להנחיה**: פוליגרף, גביית עדויות ממעורבים ועוד.
* **מה לא ניתן לעשות במסגרת הבדיקה המקדימה?** לא מפעילים כלים שיפגעו בחירותו של האדם לפי **ס'15 להנחיה**- מעקב, חיפוש, חקירה באזהרה, עימות, לא מבקשים צו לפי חוק האזנת סתר וכו', משום שאין חשד סביר. עם זאת ישנם **חריגים** שהיועמ"ש יכול לאשר המנויים ב**ס' 17**- היועמ"ש כותב שבדיקה עוצרת את מסלול ההתיישנות כמו חקירה, אך משום שאין על כך הכרעה פסיקתית יש להביא בחשבון את תקופת ההתיישנות במסגרת השאלה האם לפתוח בבדיקה או בחקירה.
* **לסיכום, לפרקליטות (לתביעה) יש סמכות להורות למשטרה להתחיל לחקור (אין זה הליך של בדיקה) ואף להשלים חקירה. שנית, יש סמכות לפרקליטות להתחיל בבדיקה בשל היותה גוף התביעה במ"י בנוסף ליכולתה להורות למשטרה להתחיל לחקור.**

**זכות השתיקה בחקירה ובמשפט**

* **ניתן לחלק את זכות השתיקה ל-2:**
1. **הזכות להימנע הפללה עצמית (ניתנת לעד וגם לחשוד)**- כל אדם העובר הליך של תשאול בין אם הוא עד או חשוד יש לו זכות לסרב לענות לשאלות שהתשובה עליהן עלולה להפליל אותו. לעומת זאת, זכות השתיקה היא שדרוג לזכות להימנע מהפללה עצמית . **ס' 2(2) לחוק הפרוצדורה הפלילית (עדות)** קובע:*" אדם, הנחקר כך, יהיה חייב להשיב נכונה על כל השאלות, שיציג לו בשעת החקירה אותו קצין- משטרה, או קצין מורשה אחר כנ"ל, חוץ משאלות שהתשובות עליהן יהיה בהן כדי להעמידו בסכנת אשמה פלילית".*סעיף זה, מקנה את הזכות להימנע מהפללה עצמית בישראל ואין הוא מדבר על שתיקה מוחלטת***.*** אם עד לא עונה על שאלות ללא קשר לאירוע הנידון אזי הוא יכול להיות מואשם בשיבוש הליכי חקירה.
2. **זכות השתיקה (ניתנת לחשוד)**- על פי זכות זו כאשר אנו מדברים על **חשוד בלבד** יש לו זכות רחבה יותר מאשר לא לענות על שאלות שלא יפלילו אותו אלא יש לו זכות לשתוק ולא לענות על אף שאלה. זכות השתיקה היא תולדה של הפסיקה.
* **פרשת גלעד שרון**, ביהמ"ש החליט להשאיר את הזכות הזו בצריך עיון. אין סנקציה ישירה כנגד שתיקה אלא יש סנקציות עקיפות. בפרשת גלעד שרון, **ביהמ"ש עמד על 7 הנמקות תיאורטיות** מדוע זכות השתיקה נחוצה:
* זכות השתיקה משמשת מגן דווקא לחפים מפשע- כי היא מגנה על אנשים מפני הודאה על דברים שהם לא עשו בעקבות לחץ של המשטרה.
* אנו כחברה לא מעניינים להעמיד חשודים או אנשים בפני טרילמה בלתי אפשרית (טרימלה = כשיש 3 אפשרויות): א. הסתכנות בהפללה עצמית;
ב. הסתכנות בעדות שקר; ג. לשתוק ואז הוא מבצע עבירה פלילית, הסתכנות בביזיון ביהמ"ש. ניתן לטעון מנגד, שחשוד שלא אשם לא יעמוד בטרילמה הזו.
* השיטה האדוורסרית- טיעון זה אומר כי נטל ההוכחה בשיטה האדוורסרית הוא על התביעה ולכן אין סיבה כי החשוד יעזור למדינה לקבל ראיות.
* יש חוסר אמון אינהרנטי של המערכת בהודאות מפלילות- שהרי הודאה המפלילה את האדם היא בניגוד לטבע האדם. הציבור לא נוטה להאמין להודאות מפליליות ולכן זכות השתיקה מצמצמת את ההודעות המפלילות.
* זכות השתיקה מצמצמת את החשש לקבלת הודאה שהתקבלה תוך שימוש באמצעים פסולים- נציין כי במדינת ישראל אסור לנחקר להיות עם עורך דינו או להיות בעל סיוע משפטי. ברגע שהוא שותק ולא משתף פעולה הסיכוי שהודאתו תתקבל באמצעים פסולים הוא קטן יותר. כי החוקר לא יכול לבצע פעולות המנוגדות לחוק ותרגילי חקירה פסולים. לכן, זה יצמצם הודאות שיתקבלו תוך אמצעים פסולים.
* זכות השתיקה היא כלי של החשוד להתמודד מול כוחה של המדינה- איזון בין פערי הכוחות הגדולים הקיימים בין השלטון לפרט.
* הטיעון הליברלי- זכות השתיקה היא זכות אישית של כל אחד מן הפרטים, זהו חלק מן האוטונומיה של הפרט.
* **ג'רמי בנטהאם,** שואל **האם זכות השתיקה היא דבר ראוי או שיש לבטלה?** למה אנו כחברה נאפשר לחשוד את זכות השתיקה המשרתת את הפושעים? לדעת המרצה, טעותו של בנטהאם, היא שנקודת המוצא שלו היא שחפות תדרוש את זכות הדיבור, כפי שאשמה תקרא לעזרתה את זכות השתיקה. **הרציונל שנלמד מביהמ"ש בפס"ד גלעד שרון, מסיקים שזכות השתיקה משרתת את החפים מפשע ולא את העבריינים**.
* **ההשלכות של שתיקה בחקירה:** אין סנקציות ישירות בגין שימוש בזכות שתיקה אבל יש סנקציות עקיפות:
1. **עדות כבושה -** **עדות שיש לה משקל קל ביותר**. אם העד או החשוד שתקו ורק בביהמ"ש החליטו לדבר, אזי יש חשש כי הנאשם בעצם הסדיר לעצמו גרסה. לכן עדותו נחשבת ל"כבושה"/"חמוצה" וביהמ"ש ייתן לדבריו משקל קל יותר. כדי להימנע מכך, נצרכת סיבה טובה לשתיקה כגון: הגנה על בן משפחה. אם שתקתי בחקירה הראשונה, השנייה והשלישית עד למשפט, זה עדות כבושה.
2. **מעצרים**– **עילת המסוכנות**. הסנקציה השנייה קשורה לדיני מעצרים. במעצר עד תום ההליכים, יש עבירות מסוימות שעצם חומרתן מקימה חזקת מסוכנות. בסיטואציות שכאלה התביעה לא צריכה להוכיח את עילת המסוכנות. יחד עם זאת לנאשם יש יכולת לנסות להפריך את החזקה ולשכנע את ביהמ"ש כי הוא איננו מסוכן. אם הנאשם שותק, הוא לא יכול להפריך את חזקת המסוכנות. **סעיף 13(א)3 לחוק המעצרים** מונה סיטואציות שמחייבות את המשטרה לנקוט בדרכי חקירה המחייבות מעצר. לדוגמא: דיבוב. אם נאשם לא ידבר, המשטרה עשויה לבקש מעצר מכוח **סעיף 13(א)3.**
3. **התנהגות מפלילה**- מצפים מחשוד שיגיד את גרסתו באפשרות הראשונה. יש לנו ציפייה מחשוד שמוטחות כלפיו טענות קשות שיגיב. אם הוא לא מגיב זו התנהגות מפלילה שלעיתים יכולה כשלעצמה להיות בעלת **נפקות ראייתית** בפני עצמה. **ס' 28 לחוק המעצרים**- חשוד נעצר בשטח ומובא לתחנת המשטרה, השוטר צריך להכריע האם להמשיך את החקירה. הקצין צריך להגיד לו, שאם הוא ישתוק ולא יענה על שאלות שלא אמורות להפליל אותו, זה עלול לחזק את הראיות ויש פה סנקציה של חיזוק האשמה כלפיו בגין שתיקתו.

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

**שתיקה במשטרה לדעת המרצה אינה מהווה "חיזוק", אבל שתיקה בבית המשפט יכולה להוות "חיזוק לאשמה".**

* **מה לא כוללת זכות השתיקה?**
* זכות השתיקה או הזכות להימנע מהפללה עצמית לא אומרת כי לא ניתן לעשות **חיפוש** בביתך. הדין אומר כי למשטרה/ למדינה יש זכות לבצע חיפוש וכי אין מדובר בהפללה עצמית שכן אתה לא עושה דבר בעת החיפוש.
* **זכות השתיקה לא נפרשת על מקרים בהם המחוקק סייג את זכות השתיקה במפורש**.
* זכות השתיקה **לא כוללת את הזכות להימנע משיתוף פעולה עם הליכי חקירה**. דוגמא: נדרש להתייצב במסדר זיהוי ולא מוכן להתייצב או שהחשוד נדרש לבצע בדיקות רפואיות שהחוק מאפשר לבצע והוא לא מסכים לכך. על פי הפסיקה מדובר "בהתנהגות מפלילה" כאשר עצם התנהגות יכולה לשמש נגדך.
* **מהם המקורות הנורמטיביים בחוק לזכות השתיקה?**
1. **ס' 2(2) לפקודת הפרוצדורה הפלילית** - שמדבר על זכות השתיקה ועל הזכות לאי הפללה עצמית.
2. **ס' 47 לפק' הראיות - חל גם כאשר אנו מדברים על חקירה במשטרה וגם במסגרת החקירה במשפט זאת לפי ס' 52 לפקודת הראיות**.
3. *"אין אדם חייב למסור ראיה אם יש בה הודיה בעובדה שהיא יסוד מיסודותיה של עבירה שהוא מואשם בה או עשוי להיות מואשם בה".* ***הסבר:*** *אין פה זכות שתיקה מוחלטת אלא זכות לחסיון מפני הפללה עצמית, יש זכות לא* ***למסור ראיה*** *אם ידוע שהיא יכולה להפליל אותך.* כאשר כתוב "אין אדם חייב למסור ראיה"- למדנו מפס"ד חורי כי הס' חל גם לגבי מסירת מסמכים. עוסקים גם בראיה ורבאלית וגם בראיה מסוג מסמך וראיה שהיא סוג של מוצג שמעיד על עצם קיומו.
4. "*ביקש אדם להימנע ממסירת ראיה מחמת שהיא עשויה להפלילו כאמור בסעיף קטן (א) ובית המשפט דחה את הבקשה והראיה נמסרה, לא תוגש הראיה נגד אותו אדם במשפט שבו הוא מואשם בשל העבירה שהעובדה המתגלית מן הראיה היא יסוד מיסודותיה, אלא אם הסכים לכך."* ***הסבר:*** יש פה סוג של **כרסום בזכות להימנע מהפללה עצמית**, משום שאני חייב למסור את הראיה ואסור לבצע בה שימוש ישיר נגדי, אבל היא תוביל את המשטרה לכיווני חקירה שישמשו נגדי בורה של **ראיות נגזרות ועקיפות**.
5. *"נאשם שבחר להעיד במשפטו כעד הסנגוריה, לא יחול עליו סעיף זה לגבי העבירה שהוא מואשם בה באותו משפט".* ***הסבר:*** אם אני עולה להעיד כעד הגנה והחקירה רוצה לחקור אותי כעד נגדי, אני לא יכול להגיד שאני לא מעיד כי התשובה יכולה להפליל אותי ואני לא יכול לסרב לענות על השאלה רק כי התשובה תפליל אותי.
* **מקרי כרסום בזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית:**
* **פרשת חורי-** פסיקה ישנה של ביהמ"ש העליון בה נאמר באמרת אגב כי הזכות לחיסיון כנגד הפללה עצמית חלה גם על מסמכים. כיום יש ספק אם הלכה זו נכונה אולם ביהמ"ש העליון המשיך אם כלל זה גם בפסקי דין מאוחרים יותר**.** ביהמ"ש יוצר הבחנה בין מסמך ציבורי למסך פרטי:
* מסמך פרטי- מסמך שאדם כותב לעצמו בלי חובה מסוימת.
* מסמך ציבורי- בניגוד למסמך פרטי, זה מסמך שיש חובה לפי דין לכתוב או שיש נגישות לציבור לאותו מסמך. אבל הוא לא כתוב בחוק. ולומדים מהפסיקה כי הרעיון הוא ש**החיסיון מפני הפללה עצמית לפי ס' 47 חל רק על מסמכים פרטיים- יומן וכו'.** לעומת זאת מסמכים ציבוריים כגון: הצהרות מס ודרכון יש חובה למסור.
* **פרשת לגזיאל -** היה מדובר בכתב אישום כנגד אדם. אותו אדם שכר עו"ד. כאשר על פי ס' 74 הוא זכאי לעיין בכל חומר החקירה. הפרקליט איבד את חומר החקירה והראיות של התביעה ולכן הוא ביקש מהנאשם שיראה לו את חומר החקירה. הנאשם טען כי יש לו זכות כנגד הפללה עצמית ולכן הוא לא חייב לגלות את המסמכים. העניין הגיע לביהמ"ש העליון שקבע כי **יש לעשות הבחנה בין מסמכים פרטיים לבין מסמכים ציבוריים. החיסיון בפני הפללה עצמית חלה על מסמכים פרטיים בלבד ולכן מכיוון שמדובר במסמכים ציבוריים לא חל החיסיון מפני הפללה עצמית**.
* **גלעד שרון**- ב**צו חיפוש אין לנאשם\עד זכות לחיסיון מפני הפללה עצמית אפילו מפני מסמכים פרטיים והמשטרה** **רשאית לקחת מכתבים ויומנים.** ולא ניתן להגיד שיש לי על מסמכים פרטיים חסיון מפני הפללה עצמית, כי הם לקחו את החומרים ללא שיתוף פעולה. **מה קורה כאשר באים לחשוד והמשטרה דורשת ממנו מסמכים אך הוא מתעלם מן הדרישה? האם החיסיון כנגד מסמכים צריך להיות מורחב גם כנגד זכות השתיקה המוחלטת? הזכות להימנע כנגד הפלה עצמית חלה על מסמכים אולם מה קורה כאשר החשוד לא עונה וטוען כי הוא שומר על זכות השתיקה?** בפרשת גלעד שרון, עלתה שאלה זו הואיל והמשטרה לא יכלה להתייחס לגלעד שרון ככל האדם כך שהם היו יכולים להוציא צו חיפוש ולקחת כל דבר. הבעיה הייתה כי גלעד שרון גר דאז עם אביו אריאל שרון שהיה אז ראש ההמשלה. על פי חוק חסינות חברי כנסת (זכויותיהם וחובותיהם) לא ניתן לערוך חיפוש בביתו של חבר כנסת, ולכן היה עליהם לבקש את המסמכים. הפרקליטות פנתה לביהמ"ש על מנת להוציא צו על פי **ס' 43 לפק' סדר הדין הפלילי** הקובע *"ראה שופט שהצגת חפץ נחוצה או רצויה לצורכי חקירה או משפט רשאי הוא להזמין כל אדם שלפי ההנחה החפץ נמצא ברשותו... להתייצב ולהציג את החפץ או להמציאו בשעה או במקום שנתונים בהזמנה"*. כלומר בקשת המסמכים נעשתה באמצעות **צו של שופט**. גלעד שרון טען כי יש לו **זכות שתיקה מוחלטת** ולכן הוא לא חייב לפעול על פי הצו שהרי הוא חשוד והוא יכול להתעלם ממנו. **ביהמ"ש קבע**: **זכות השתיקה חלה רק על עדות וורבלית ולא על מסמכים. יחד עם זאת, במסמך פרטי, ביהמ"ש יכול לשקול למרות החיסיון הוא מחייב במסירתו, אבל ייתן חיסיון שימוש – לא ניתן יהיה להשתמש במסמך כראיה נגד האדם.** בשלב הראשון ביהמ"ש יבקש ממנו להביא את המסמכים הקיימים בידו. בשלב השני, ביהמ"ש העליון אומר כי על גלעד שרון להראות את המסמכים על פי ס' 47 לפקודת הראיות, כאשר יבחנו את האופי של המסמכים (ציבורי או פרטי). בשלב השלישי ביהמ"ש ישקול האם בנסיבות העניין האם צריך לחייב את החשוד בכל זאת להמציא את המסמכים ולתת לו חיסיון שימוש ע"פ ס' 47(ב) לפקודת הראיות. דהיינו ההבטחה שהמסמכים לא ישמשו נגדו בהליך הפלילי שיינקט בעתיד בהתאם לחסיון השימוש. זה לא מבטיח שראיות נגזרות שהתקבלו כתוצאה מהמסך הזה, לא ישמשו נגדך.
1. **חוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב)-** מקור זה חל **במשפט בלבד** ולא בחקירה חוק זה מכיל מס' מקורות נוספים:
2. **שתיקה במהלך הקראת כתב האישום** - **ס' 152(ב) לחסד"פ**- *"הימנעות הנאשם להגיב לאישום או לשאלת ביהמ"ש עושיה להביע חיזוק לעמדת החקירה בביהמ"ש"*. במסגרת התשובה הנאשם יכול לכפור/להודות/להודות בחלק מן האישום. הוא יכול גם לשתוק אבל אז ס' 152(ב) קובע סנקציה ישירה לשתיקה זו והיא **"חיזוק" לראיות**.
3. **שתיקה במשפט עצמו (בפרשת ההגנה)**- **ס' 161 לחסד"פ** - לפי **ס' 162** נקבע הסנקציה לפיה אם אדם שותק במשפט שתיקתו עלולה לשמש **"חיזוק" או "סיוע" לדברים של התביעה (על פי העניין)** - זוהי סנקציה ישירה (במשטרה הסנקציה היא עקיפה).
* **בפס"ד מילשטיין -** השאלה המשפטית הייתה היא האם כאשר אדם שותק במשפט, שהינה סיוע, יכולה לשמש **דבר מה נוסף** להודאה שמסר במשטרה. נקבע כי **שתיקה במשפט יכולה לשמש כתוספת ראייתית, להודאה שמסר נאשם במשטרה, בתנאי שמתקיימים שלושה תנאים:**
(1) ביהמ"ש ישתכנע שההודאה עומדת בפני עצמה [אין לחץ חיצוני], (2) לא היה לחץ פנימי שהוביל אותו להודות, (3) ביהמ"ש ישתכנע שהשתיקה לא נובעת מהסבר תמים (הגנה על חיי משפחתו וכד'). **חשוב לציין כי כאשר הנאשם שותק בביהמ"ש - מדובר בחיזוק או סיוע. כלומר, זה דבר יותר חזק מדבר מה נוסף.**

**חובת האזהרה**

* **"חובת האזהרה"** – חוקר צריך להגיד לחשוד מספר דברים: **באיזה עבירה הוא חשוד**, שהוא **לא חייב לומר דבר**, וש**כל דבר שהוא יאמר עלול לשמש כראיה נגדו**.

האזהרה נועדה ליידע אותך כי יש לך זכות שתיקה. לכן, לפני שחוקרים חשוד יש לוודא כי הוא מודע כי יש לו זכות כנגד הפללה עצמית וזכות שתיקה. האזהרה יכולה להיות בתחילת החקירה. לאחר האזהרה הסטטוס של המתושאל יהיה "**חשוד**".

* **מה אם אדם נחקר כעד, ותוך כדי החקירה – עולה חשד סביר שהוא ביצע עבירה?**
* **פרשת אלמליח** – הפרשה עוסקת בעד שהרגיש לפי המצג שהחוקרים הציגו לו כי הוא חשוד. אולם החוקר לא חקר אותו תחת אזהרה והודיע לו שהוא חשוד ואלמליח שתק. השאלה הייתה: האם מותר היה לו לשתוק? בביהמ"ש נקבע- **לא המעמד הוא שקובע כי למתושאל זכות מפני הפללה עצמית או זכות שתיקה מוחלטת כי אם המצג שהתקיים כלפי המתושאל**. כלומר אם המשטרה יצרה כלפי המתושאל מצג כי ממנו עולה כי היא חושדת בו אזי יש לאותו המתושאל זכות שתיקה גם אם הוא עדין במעמד של עד.
* **מה קורה כאשר הנחקר לא הוזהר כדין?** חובת האזהרה אינה זכות חוקתית, אלא היא האמצעי שבאמצעותו החשוד אמור לדעת על זכות השתיקה שלו ולכן היא כשלעצמה לא זכות חוקתית. חשוד שלא הוזהר, לא אומר כי ההודאה ישירות תפסל. יש לבחון האם הודאה ניתנה לפי **ס' 12** ולפי כלל הפסילה הפסיקתי (יששכרוב). יש סיכוי גדול שאם אדם לא הוזהר – הודאתו תיפסל בגלל הטעמים המהותיים [ההודאה לא הייתה מרצון טוב וחופשי / מכוח פגיעה בהליך ההוגן, אך לא מכוח אי-האזהרה עצמה].**לסיכום, בודקים האם ההודיה היא חופשית ומרצון לפי יששכרוב**. בעבר היו ניסיונות ליצור כלל שאי אזהרה כשלעצמה פוסלת את ההודאה ובית המשפט אמר כי האזהרה היא לא חוקתית, אך זכות השתיקה וזכות ההיוועצות הם חוקתיות.

### זכות ההיוועצות

* **כאשר מפרים את חובת ההיוועצות יש קושי בקבילות הראיות על פי פס"ד ישכרוב.**
* **חוק המעצרים ס' 34** מדבר על כך שלעצור יש זכות להיוועץ עם עו"ד ללא דיחוי. זכות זו היא **בעלת אופי חוקתי בדומה לזכות השתיקה**.
* **כדי לפגוע בזכות זו יש להראות כי קיום הפגיעה עם עוה"ד תסכל את החקירה**, ב**יונתן אלזם**, עשו זאת וביהמ"ש ביקר את המשטרה על הפעולה הפסולה.
* ביהמ"ש ב**יששכרוב** ניתק את הקשר בין חשוד לבין זכות ההיוועצות בעקבות ישכרוב- **כל זמן שאדם נמצא בחקירה צריך להודיע לו על הזכות ללא תלות אם הוא חשוד או לא**
* ב**פרשת חיבטוב** נקבע, כי עבור ויתור על זכות ההיוועצות של האדם צריך **לתעד את הוויתור בווידאו** בשביל שידעו שהוויתור הוא אמיתי.
* **כללים עקרוניים מפס"ד אסף שי לגבי הזכות להיוועצות עם עו"ד:**
* כל עוד לא הגיע עורך-הדין למיתקן החקירות, הרי שככלל המשך החקירה מותר, בתנאי שהחשוד הוזהר בדבר זכויותיו והיה מודע לכך שדבריו בחקירה עשויים לשמש נגדו כראיה וכי זכותו לשתוק ולא להפליל את עצמו.
* עם זאת, ככלל, כאשר עורך הדין מודיע כי יגיע תוך זמן סביר, יש להפסיק את החקירה ולהמתין עד לבואו של עורך הדין.
* לעיתים יתקיימו נסיבות מיוחדות שיצדיקו את הפסקת החקירה לאלתר עקב בקשת נחקר להיפגש עם עורך-דין, גם כאשר עורך הדין לא יגיע תוך זמן סביר. השאלה מתי מתקיימות נסיבות חריגות אלו, ומתי אי הפסקת החקירה ושלילת זכות ההיוועצות תצדיק פסילת ההודאה, אינה ניתנת להגדרה ממצה והיא מחייבת בחינת נסיבותיו של כל מקרה לגופו.

**דיני מעצרים ועיכובים**

* ישנם 4 סוגים של סמכויות שעוסקות בהגבלת חירות:
1. **עיכוב** – עיכוב הוא הגבלת החירות הקטנה ביותר מכיוון שמגבילים את חופש התנועה לזמן ותקופה מוגבלת ולצורך (תכלית) מסוימת עבור בירור ספציפי.
2. **שחרור בתנאים**  – זוהי חלופת מעצר. היא פוגעת בחירות ויש לעשות כל מה שניתן כדי לפגוע פגיעה מינימאלית כל עוד ניתן להגשים את אותה התכלית. אחת הסוגים של שחרור בתנאים הוא מעצר בית .
3. **מעצר**– מעצר ככלל גם הוא מהווה שלילת חירות כי אנו מדברים על אדם שלא הורשע בדין. התכליות של המעצר באופן כללי הם למנוע שיבוש הליכי חקירה, למנוע שיבוש הליכי משפט ולמנוע סכנה לשלום הציבור ולצורך מניעת בריחה. מעצר יכול שיהא **מעצר לצורכי חקירה** או **מעצר עד תום ההליכים**.
4. **חיפוש ותפיסה** – יש לנו הסמכה בדין שמאפשרת לרשויות לחפש ולתפוס. יש להפעיל את עיקרון המידתיות ועקרונות נוספים שהרי יש כאן פגיעה בכבוד, בקניין וכיו"ב.
* **הבחנות מושגיות בין עיכוב ומעצר בין השלב החקירתי והשלב שלאחר הגשת כתב אישום:** העיכוב והמעצר לצרכי חקירה הם חלק מהשלב החקירתי ואילו לאחר כתב האישום יכולה התביעה להגיש בקשה למעצר עד תום ההליכים. הן העיכוב והן המעצר לצרכי חקירה הם חלק מהכלים המשמשים במהלך החקירה המשטרתית, שלב המעצר עד תום ההליכים הנו שלב שלאחר סיום החקירה ולכן, תכליתו שונה, לפחות חלקית, כך גם שונה התקופה בין שני סוגי המעצר. למרות שוני זה, ישנו קשר הדוק בין שני סוגי המעצר שכן במקרים רבים, חשודים עצורים הופכים להיות נאשמים עצורים.

### עיכוב (ס' 66-75 לחסד"פ)

* עיכוב מוגדר ב**ס' 66** כ"*הגבלת חירותו של אדם לנוע באופן חופשי בשל חשד שבוצעה עבירה או כדי למנוע ביצוע עבירה כאשר הגבלת החירות מסויגת מראש בזמן ובתכלית"*.
* **כדי לעכב חשוד או עד נדרש:**
1. **חשד סביר כי נעברה עבירה או כי עומדת להיעבר עבירה** (**ס' 67**)
2. **לצורך חיפוש ובדיקת מסמכים** או עיכוב **לביצוע צו מעצר או צו מאסר** (**ס' 69, 70**). ניתן לעכב אף כלי רכב לצורך ביצוע חיפוש (**ס' 71**) ולבצע **חיפוש גופני מוגבל** (על פני הגוף שאינו כולל הסרת בגד, למעט הסרת כיסוי מעל הפנים) למעוכב, בעת כניסתו לרכב משטרה.
3. **הגבלת זמן –** לפי **ס' 73(א) לחוק המעצרים** **עד שלוש שעות** ובמספר רב של מעורבים יתאפשר **שש שעות**. אז איך אנו שומעים על חקירות של 12 שעות? 2 סיבות: (1) רוב הנחקרים במשטרה בכלל לא מעוכבים. אם באים מרצון ללא צורך בנקיטת מהלך כופה, אז אפשר לחקור אותך ללא סוף והגבלת שעות (ניתן גם לעזוב באמצע); (2) לפי פקודת ההנחיות הפנימיות של המשטרה, חקירה במשטרה לא נמנית במניין השעות של העיכוב (של ה-3 שעות) [=לא סופרים את השעות של החקירה בנוסף לעיכוב עצמו].
4. **חייב להיות לשם תכלית מסוימת.**
5. **הסמכה מפורשת - ס' 1 לחוק המעצרים**, קובע כי *"אין מעצר או עיכוב מכוח חוק או מכוח הסמכה מפורשת".*
6. **עבירה שהיא עוון\פשע\חטא** – לעומת זאת, **ס' 23 לחוק המעצרים**, מדבר על מעצר ראשוני ומדבר על עבירה בת מעצר שהיא עוון או פשע, לא ניתן לעצור אדם בגין עבירת חטא. עיכוב חל גם על עבירה שהיא חטא ועונשה עד שלוש שנות מעצר.
* **ס' 1(ב) לחוק המעצרים** קובע כי יש לבצע את העיכוב בדרך שתשמור על זכויות הנאשם. ולפי 1(ג) מביא את עקרון הכלליות, שדנים לפי חוק המעצרים כל עוד אין הוראה כללית אחרת.
* **ס' 23 (ג) לחוק המעצרים** קובע כי **לא ייעצר אדם לפי ס' זה אם ניתן לבצע עיכוב**. אנו רואים בהוראות אלו מימוש עיקרון המידתיות ע"י שימוש בעיכוב ולא באמצעי פוגעני יותר של מעצר. אדם שמעוכב הוא לא בסטאטוס של עצור. מעוכב יכול אף להיות רק לצורך מתן עדות.
* עיקרון המידתיות חולש על כל חוק המעצרים כך למשל ישנה הוראה הקובעת כי יש עדיפות למעצר עם צו מאשר מעצר ללא צו זאת משום שמעצר עם צו ניתן ע"י שופט לאחר בחן את הדברים.
* על פי חוק המעצרים **שוטר** יכול לעקב **חשוד** או **עד**:
1. **עיכוב חשוד**:
* **עיכוב חשוד במקום הימצאו**: נמצא ב**ס' 67 לחוק** המעצרים לפיו: *"(א) היה לשוטר* ***יסוד סביר*** *לחשד כי אדם עבר עבירה, או כי הוא עומד לעבור עבירה העלולה לסכן את שלומו או בטחונו של אדם, או את שלום הציבור או את בטחון המדינה, רשאי הוא* ***לעכבו כדי לברר את זהותו ומענו*** *או כדי* ***לחקור אותו******ולמסור לו מסמכים****, במקום הימצאו."*
* **מהו יסוד סביר לחשד?** לפי **פרשת דגני,** המבחן הוא **מבחן אובייקטיבי,** מספיק ראיות שמבססות יסוד סביר לחשד. המשמעות היא **ששוטר סביר לאור הראיות שעמדו מולו גיבש חשד שנעברה עבירה** (תחושת בטן, אינטואיציה, עבר פלילי קודם שמנותק מנסיבות חיצוניות נוספות לא מהוות יסוד סביר לחשד). ניחוש אינו יסוד סביר לחשד אלא על השוטר להסתייע בעובדות ושיהיה לו מידע כאשר נסיבות המידע תלויות במקרה. כלומר, יש צורך בראיה שתבסס את סבירות החשד. הראיה לא צריכה להתקבל במישרין אלא ראיה שנתקבלה מאדם אחר שהעביר לו את העבירה למשל: שוטר שרואה אדם שרץ אחרי אדם אחר ואומר לו שהוא ראה אדם מרביץ לזקנה וגונב לה את הארנק. השוטר לא ראה אבל החשד עבר. אם אתה יודע שיש לאדם עבר פלילי – זה לא יסוד סביר לחשד. אבל אם שוטר טעה טעות אובייקטיבית עובדתית אז עדיין מתקיים יסוד סביר לחשד. הבדיקה תמיד נבחנת בעניו של השוטר. ולכן גם אם השוטר טעה עובדתית זה עדיין לא פוסל את המעצר*.*
* כמו כן, **יש** **לאבחן בין עבירה בעבר לבין עבירה בעתיד**: כאשר מדובר על עבירה בעבר יש צורך כי יהיה יסוד סביר לחשד שבוצעה העבירה. אולם, כאשר מדובר בחשד לעבור עבירה בעתיד, החשד צריך שיהיה **גבוהה יותר** מכיוון שעדיין לא בוצעה העבירה .
* **עיכוב בתחנת משטרה: "**67*(ב) שוטר רשאי לדרוש מאדם להילוות עמו לתחנת המשטרה או לזמנו לתחנת המשטרה למועד אחר שיקבע, אם נתקיימו שניים אלה:*

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

*(2) הזיהוי היה בלתי מספיק- כי אין ת"ז ולא ניתן לדעת מי האדם, או לא ניתן לחקור אותו במקום הימצאו (בשטח)*.

לפי סעיף 67ב, כדי להבצע עיכוב בתחנת משטרה, צריך: (א) **יסוד סביר** שהאדם עומד לעבוד עבירה. העביר צריכה להיות **מסוכנת בהסתברות גבוה**; **הזיהוי היה בלתי מספיק** **ולא ניתן לחקור את החשוד במקום** (בדיקת זהות או מען; מטרת החקירה).

מצד אחד, **ס' 3 לחוק חקירת חשודים** אומר שהכלל הוא שהחקירה תתנהל במשטרה. מצד שני, **ס' 67 לחוק המעצרים** קובע כי הכלל הוא שהחקירה תהיה במקום הימצאו של המעוכב. החריג הוא, לדרוש ממנו להגיע לתחנת המשטרה באותו המועד, או במועד אחר. זה יקרה רק ב-2 מקרים; (1) יסוד סביר לעבירה שבוצעה או יסוד גבוה לעבירה עתידית, (2) הזיהוי לא היה מספיק, או שלא ניתן לחקור בשטח. ב**פרשת חוטר ישי –** זמיר מעמת בין החוקים הסותרים ואומר ש**הכלל הוא חקירה בתחנת המשטרה**, רק במקרים חריגים הוא ייחקר במקום הימצאו בשטח.

1. **עיכוב עד:**

**ס' 68 לחוק המעצרים**, מאפשר לשוטר להגביל חרות של אדם שאין לו שום קשר וזיקה מבחינת חשד לביצוע עבירה:

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

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

* **2 אפשרויות לפי סעיף 68:**
* **העד יכול לתת את עדותו מאוחר יותר:** עונה על התכלית הראשונה של הסעיף שהיא בירור כתובת העד.
* **העד חייב להגיע באופן מיידי למשטרה:** עונה על התכלית השניה של הסעיף שהיא חקירה במשטרה במצבים בהם מתקיים אחד מן התנאים הבאים: (**א**) הזיהוי של האדם איננו מספיק (למשל אין לו ת.ז); (**ב**) יש חשש כי הוא לא יבוא במועד יותר מאוחד.
* **ס' 2 לפק' הפרוצדורה הפלילית עדות**, קובע כי אפשר לחייב עד שיענה לשוטר בכפוף לחיסיון מפני הפללה עצמית. **פרשת דגני** – (לפני חוק המעצרים) ביהמ"ש אומר כי זה נכון שלא ניתן לחייב עד להתייצב. אולם ברגע שהתייצב הוא לא יכול להורות מי יחקור אותו וכדומה.
* **כיצד מבצעים עיכוב?** **ס' 72 לחוק המעצרים** מפנה ל**ס' 24 לחוק המעצרים** קובע שהכללים החלים במעצרים יחולו גם בעיכוב ואלו הם:
* השוטר צריך לזהות עצמו (תנאי מוחלט לביצוע העיכוב)
* השוטר חייב להודיע מייד לאותו אדם כי הוא מעוכב (תנאי מוחלט לביצוע העיכוב)
* השוטר צריך להודיע לו את סיבת העיכוב בהקדם האפשרי. (מייד לאחר ההזדהות, צריך להודיע על שינוי הסטטוס) ס' 24 קובע גם חריגים מתי ניתן לדחות את ההודעה על סיבת העיכוב. לפי **ס' 24(ב) לחוק המעצרים**: במקרים מסוימים אפשר לדחות את הצורך של השוטר להגיד את סיבת העיכוב והצגת התעודה, זאת אם ברור כי זהות השוטר וסיבות המעצר ידועים לעצור.
* **סוגי עיכובים:**
1. **דו"ח לפי ס' 74 לחוק המעצרים**- מדבר על דו"ח. כאשר מבצעים עיכוב יש להביא את האדם לתחנת המשטרה. הס' קובע את התנאים להוצאת הדו"ח.
2. **חשד לצו מעצר לפי ס' 70 לחוק המעצרים (עיכוב ספציפי)-** אם שוטר עובר ויש לו **יסוד סביר לחשד** שיש אדם שניתן כנגדו צו מעצר או מאסר ניתן לתת כנגדו צו עיכוב עד שהחשד יתברר.
3. **ס' 69 לחוק המעצרים**- *"הוקנתה בחיקוק הסמכות לחפש במקום, בכליו או על גופו של אדם, או הסמכות לדרוש מאדם הצגת מסמכים, רשאי בעל הסמכות לעכב אדם או כלי רכב כדי לאפשר את החיפוש או העיון במסמכים, וכן רשאי הוא לדרוש מהאדם למסור את שמו ומענו*". הסעיף קובע תכלית אחרת לעיכוב והיא על מנת **לבצע חיפוש מסמכים**. ס' 69 הוא הצינור שמחבר בין הסעיפים שמאפשרים לחפש על גוף אדם או לבקש להציג מסמכים, לבין הסמכות לעכב כלי רכב כדי לבצע את הסמכות לחפש או לדרוש הצגת מסמכים.
* **טבקה נ' משטרת ישראל:** ס' 2 לחוק תעודת זהות אומר "תשוב שמלאו לו 16 שנים חייב לשאת איתו תמיד תעודת זהות ולהציגה בפני קצין משטרה פעיל, ראש רשות מקומית, שוטר או חייל במילוי תפקידם כשידרשו זאת ממנו". האם מכוח ס' זה יכול שוטר להגיע לאדם ולדרוש ממנו להציג ת.ז בלי חשד סביר? על פי המשפט המנהלי חל עקרון חוקיות המנהל וזה אומר שרשות מנהלית יכולה לפעול רק כשהדין מסמיך אותה במפורש, קל וחומר כאשר מדובר בפעולה הפוגעת בזכות אדם. כן היא צריכה מקורה הסמכה מפורש כי יש פגיעה משמעותית. **הנשיאה חיות** פוסקת, ניתן להסיק מס' 2 את הסמכות, אך בכפוף להגבלות המנויות בפרק ג' לחוק המעצרים = מכניס אותנו לדיני העיכוב + בכפוף לקיומה של זיקה רלוונטית בין הדרישה להזדהות ובין המידע שמצוי בתעודת הזהות. הנשיאה מסבירה שעיכוב ברשות הרבים מלווה בתיוגו של אדם וזה פוגע בזכות לכבוד ולכן אין לעכב סתם אלא נדרש להציג את אותו הצורך הספציפי. לעניין פעולות השיטור הנוספות זו כבר פגיעה יותר קשה בזכות לכבוד ולכן זה בכלל לא נמצא שם.
1. **סמכות לעיכוב כלי רכב לשם חיפוש ס' 71 לחוק המעצרים** – מדבר על המצב בו לשוטר **יסוד סביר לחשד** כי בוצעה עבירה בת מעצר- **עוון או פשע** כלומר 3 חודשים ומעלה. דוגמא, השוטר סבור שבוצעה תקיפה והתוקף החביא את הסכין ברכב אז יש סמכות לעכב את הרכב על מנת לאתר את מבצע העבירה. כאן יש סמכות כפולה: גם לעכב את הרכב והנוהג בו וגם לבצע חיפוש בכלי הרכב.
* **מה קורה אם אדם מסרב לעיכוב חוקי ע"י שוטר? ס' 23(ב) לחוק המעצרים** אומר כי סירוב לעיכוב הוא **עילה עצמאית למעצר**. ס' 23(ב) לחוק המעצרים מקנה את סמכות המעצר **לשוטר בלבד** ולא לאדם פרטי שמבצע עיכוב. מדובר על מעצר לצורך ביצוע העיכוב ובתום החקירה הוא ישוחרר. המעצר יכול להתבצע גם כפי מי שמפריע לשוטר לבצע את העיכוב ואז הוא יהיה מעוכב בעצמו.
* **עיכוב ע"י אדם פרטי - ס' 75 לחוק המעצרים**

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

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

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

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

* הסעיף קובע שאם רואים אדם שמבצע עבירת אלימות או שרואים אדם שקורא לעזרה ומצביע על פלוני וטוען בחשד מועבר שפלוני למשל שדד זקנה = פלוני ביצע עבירה ואלמוני ראה אותו ומעביר לי את החשד שהוא ראה. והכול **אם יש חשש שהחשוד יימלט או שזהותו אינה ידועה**. ס' קטן (ג) מאפשר למבצע עיכוב להשתמש בכוח ביר אם החשוד מסרב לעיכוב, ובלבד שלא יהיה בשימוש בכוח כדי לגרום לחשוד חבלה. אם מתבצעת חבלה לכאורה החשוד יכול להגיש נגד המבצע חבלה תביעה נזיקית!
* **ס' 44 לפקודת סדר הדין הפלילי–** **פטור שוטר מאחריות**: שוטר לא יישא באחריות אזרחית או פלילית בשל מעצר או עיכוב שלדעת הבית המשפט ביצע אותו בתום לב ולמען שלום הציבור = אפשר להעמיד אותו לדין משמעתי אך לא לדין פלילי גם לא בשל אזרחות. אך הסעיף הזה לא חל על אדם פרטי.
* **פס"ד ירדאו קסאיי-** אדם ממוצא אתיופי שרכב על אופניים בחיפה, והגיעו טלפונים מאזרחים שטענו שהוא עלול לסכן קשישים ואז עלה דיווח אחר שיש חשש שהוא מסכן קטינים. הפקחים עיכבו אותו והוא התחיל לנקוט כלפיהם באלימות מילולית קשה. ואז מצאו עליו סכין וטלפון גנוב. ביהמ"ש עסק בחוקיות העיכוב ובקבילות הראיה. כי **אם העיכוב אינו חוקי מה באשר לראיות שהושגו כתוצאה מהמהלך הלא חוקי?** יש כאן סיטואציה שהעיכוב בכלל לא חוקי כי לא הייתה סמכות לפקחים כאדם פרטי לפי ס' 75 לעכב, וכשהעיכוב לא חוקי אז כל ההתפתחויות מעבר לכך הן אינן חוקיות ומכאן עולה השאלה לגבי דוקטרינת פירות העץ המורעל. **השופט מלצר** **פוסל את קבילות הראיה של הסכין שהיא תולדה ישירה לעיכוב הלא חוקי, ולגבי הטלפון הסלולרי הוא מחליט לא לפסול לפי הלכת יששכרוב כי כאן היה חשד סביר בגלל הבליטה בכיסו של קסאי ולאור האלימות שלו**. כשהחשד הראשוני הוא אמין וצולח את מבחן האובייקטיביות לא צריך להביא את כל שרשרת העדים אלא אם יש מספר גרסאות סותרות

עוד בפסק הדין, **נקבע כי לא ניתן לדרוש מאדם פרטי שמבצע פעולה שנועדה להיטיב עם הזולת דרישות שהוא לא יכול לעמוד בהם. ולכן אופן ביצוע העיכוב לא חל כאשר מדובר בעיכוב ע"י אדם פרטי. ס' 24 חל בעיכוב ע"י שוטר אבל לא בעיכוב ע"י אדם פרטי.**

###

### מעצרים

* שלושת עקרונות היסוד של המעצרים מופיעים **בס' 1 לחוק המעצרים**:
1. **עיקרון החוקיות -** המעצר או העיכוב יהיה לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת.
* **פס"ד שקארנה**– ביהמ"ש העליון אשר קבע כי הפרקטיקה לפיה ניתן אישור טלפוני משופט ביהמ"ש המחוזי למעצר היא פרקטיקה שאינה מעוגנת בדין ויש להימנע מממנה בכל וכל ואין "סמכות טבועה" לעצור אדם, גם אם מדובר בשעות מספר זה בניגוד לעיקרון החוקיות.
* **פס"ד מורזובה** – ביהמ"ש קובע כי יש להחשיב לנאשמת את הזמן בו שהתה במסגרת מעצר עד תום ההליכים לעניין הקיזוז מהעונש. כאשר יש פגיעה בחירות, ואין אמירה חד משמעית בדין - הפירוש הוא לטובת הנאשם ולא לחובתו.
1. **עיקרון המידתיות-** נגזר מהצורך להקפיד על שמירה על זכויות אדם. יש שורה של הוראות שנקראות **"הוראות העדפה"** שמשקפות את הביטוי שהדין נתן לעיקרון המידתיות. כאשר מפרים את עיקרון המידתיות יתכן ויחול **ס' 38 לחוק המעצרים** לפיו אם ביהמ"ש מצא כי לא היה יסוד למעצר ולא פעלו על פי עיקרון המידתיות זו תהיה עילה לפיצוי. דוגמאות להוראות העדפה:
* **ס' 4 לחוק המעצרים** –מעצר יהיה עם **צו של שופט**; תמיד עדיף מעצר עם צו מאשר מעצר ללא צו.
* **ס' 23(ג) לחוק המעצרים-** מעצר ראשוני ללא צו; **תמיד עדיף עיכוב על פני מעצר**.
* **ס' 13(ב) לחוק המעצרים** – מעצר ע"פ צו; פונים לשופט ומבקשים צו, **בשלב המעצר לצורך חקירה תמיד עדיף לשחרר בערובה על פני מעצר**.
* **ס' 46(א) לחוק המעצרים** –גם כאשר משחררים בתנאים, חל עיקרון המידתיות. לפי ס' זה **תנאי הערבות יהיו רק למטרת הטלת הערבות**. לאדם מן היישוב לא סביר להטיל ערובה בסך 10 מיליון שקלים, כי צריך שהתשלום יהיה בר השגה.
* **ס' 21ב(1) לחוק המעצרים** - עדיף להורות על שחרור בתנאי על פני מעצר.
1. **עיקרון התחולה הכללית-** קובע כי חוק המעצרים למעשה פורס מטריה על כל סוגי העיכוב והמעצר, אלא אם כן יש בחוק הוראה אחרת. אם חוק שותק, אז חוק המעצרים פורס את חסותו עליו.
* החוק כולו עוסק במתח, בין מודל מניעת הפשע – המצדיק מתן חופש פעולה רב ככל האפשר למשטרה – לבין מודל ההליך התקין, המדגיש את חשיבותן של זכויות הפרט וההגנה עליהן. מבחינה זו, נדמה כי חוק המעצרים, שנחקק לאחר חקיקת חוק היסוד, מדגיש יותר, לעומת החקיקה שקדמה לו, את ההליך הראוי.
* ביטויו העיקרי של מתח זה הוא **בעיקרון שיוריות המעצר**- **שופט לא יצווה על מעצר, אם ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של קביעת ערובה ותנאי ערובה, שפגיעתם בחירותו של החשוד פחותה.** עיקרון זה הביא גם לקיצורו של פרק הזמן של מעצר לפני הבאת החשוד בפני שופט. כדי שעיקרון שיוריות המעצר לא יהפך לאות מתה, הסמיך המחוקק את בית המשפט להיעזר בכמה מנגנונים כדי לוודא את הכרחיותו של המעצר. החשוב שבהם הוא תסקיר המעצר הקבוע בסעיף 21א לחוק. אמצעי וידוא נוסף הוא חובות ההנמקה הקבועות במקומות אחדים בחוק. הבטחה נוספת של עיקרון שיוריות המעצר מופיעה בסעיף 4 לחוק, הקובע עדיפות למעצר על ידי צו שופט.

### כרונולוגיה של מעצרים

1. **מעצר ראשוני ללא צו** (**ס' 23 לחוק המעצרים**)
* מצב בו שוטר עוצר אדם ללא צו בהתקיים תנאים מסוימים. במקרה זה השוטר צריך להביא את העצור מיידית למשטרה **והקצין הממונה** **בתחנת המשטרה** צריך להחליט מה עושים עם אותו אדם, האם לשחרר אותו (בערובה או בלי ערובה) או לעצור (**ס 27**). **במידה ונעצר צריך להביאו בפני שופט תוך 24 שעות לפי ס' 29א' לחסד"פ.**
* מי יכול לעצור ללא צו משופט? לפי **ס' 39** לחוק המעצרים, עובד ציבור יכול לקבל הסמכה מהשר לביטחון פנים לעכב או לעצור בלי צו משופט.
* **ס' 23 לחוק המעצרים מפרט את התנאים כדי שמעצר ללא צו יהיה כדין. התנאים הם מצטברים:**
1. **התשתית העובדתית:** מותר לעצור אדם בעבירה שהיא **עוון או פשע.** מהי מידת הזיקה לעבירה שצריכה להתגבש בעיניו של השוטר? נדרש *"****יסוד סביר לחשד*** *כי אותו אחד שעומד להיעצר עבר עבירה שהיא בת מעצר"*. המבחן ליסוד סביר הוא **מבחן אובייקטיבי**, לא חייב שיהיו בפניו ראיות שיקבעו באופן החלטי כי בוצעה העבירה. מספיק ראיות שקושרות את החשוד באופן סביר לביצוע העבירה. **האם כל שוטר סביר באותן נסיבות היה מגבש את החשד הנדרש?** צריך ראיות שיבססו את החשד, זה יכול להיות גם **חשד מועבר**. לפי **בן חיים** כאשר יש חשד סביר קודם זה לא יספיק כי צריך חשד שנוצר בעת ביצוע המעצר ולא מסתכלים על זה ממבט עבר. **טעות במישור העובדתי אינה משמיטה, כשלעצמה, את הבסיס של חוקיות המעצר**. לכן, גם אם בדיעבד מדובר היה במעצר שווא, חוקיותו אינה פגומה ולא קמה הזכות להתנגדות.
2. **עילות המעצר:**

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

*(1)   האדם עובר בפניו או עבר זה מקרוב עבירה בת מעצר, והוא סבור, בשל כך, שהוא עלול לסכן את בטחונו של אדם, את בטחון הציבור או את בטחון המדינה*; **מסוכנות**. **נדרש: מבחינת התשתית העובדתית מסוכנות חמורה + קש"ס (קרי שהמסוכנות תהיה נעוצה במעשה הספציפי בגינו מתבקש המעצר). לא מספיק כי השוטר מכיר את האופי העברייני של העצור אלא יש צורך בקשר סיבתי בין העבירה לפיה אנו עוצרים ובין המסוכנות. בפרשת כהן, שהוא נעצר ללא צו ואז הוא ברח. האם זו בריחה ממשמורת חוקית? ואז צריך להבין אם בריחה ממעצר ללא צו בתחנת המשטרה עולה לכדי בריחה, עבירה בפניו או מקרוב תחשב בשעות ולא בימים, כי השוטר היה צריך לעצור אותו ברגע התרחשות המקרה ומרגע שלא פעל כך, הוא צריך להוציא צו עבור מעצרו. כמו כן, גם סכנה לרכוש יכולה לגבש מסוכנות ותכנס למסגרת הסעיף.**

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

*(3)   יש לו יסוד סביר לחשש ששחרור החשוד או אי-מעצרו יביא לידי שיבוש הליכי משפט ובכלל זה העלמת רכוש, השפעה על עדים או פגיעה בראיות בדרך אחרת*; **שיבוש הליכי חקירה- מדובר על מבחן אובייקטיבי (יסוד סביר לחשש) ולכן לא צריך וודאות מוחלטת.**

*(4)   יש לו יסוד סביר לחשש שהחשוד יסכן את בטחונו של אדם, את בטחון הציבור או את בטחון המדינה*; כ**סעיף סל רחב יותר למקרים שאינם נכללים בס' 23א(5) ו- 23א(1)לחוק המעצרים. אין דרישה להוכח קש"ס, אלא ניתן לעצור אותו בשל נסיבות כלליות למשל, עיסוק, אישיות, עברו וכו'. כאן יש צורך באלמנט אובייקטיבי לפיו כל שוטר סביר היה מבין כי יש כאן מסוכנות המצריכה מעצר. כלומר, רמת ההסתברות של המסוכנות היא גבוהה יותר בס' 23א(4) לחוק המעצרים וקטנה יותר בס' 23א(1) לחוק המעצרים.**

*(5)   האדם חשוד שעבר אחד מאלה:* **מסוכנות. יש חזקה משפטית שהעבירות המנויות הן חמורות ולכן מקימות סיכון המאפשר מעצר. אין פה מעצר חובה, אלא מדובר בחזקה שיוצרת חזקת מסוכנות, אך זה לא מחייב אוטומטית שהחשוד ייעצר וצריך לבדוק את חלופת המעצר ולבדוק אם ניתן להסתפק בעיכוב בלבד.**

*(א)   עבירה שדינה מיתה או מאסר עולם;*

*(ב)   עבירת בטחון כאמור בסעיף 35(ב);*

*(ג)    עבירה לפי פקודת הסמים המסוכנים, למעט עבירה הנוגעת לשימוש בסם או להחזקת סם לשימוש עצמי;*

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

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

 *(6)   האדם משוחרר בערובה, ויש יסוד סביר להניח כי הוא הפר תנאי מתנאי השחרור או כי הוא עומד להימלט מהדין או שהוא עצור במעצר בפיקוח אלקטרוני, ויש יסוד סביר להניח כי הוא הפר תנאי מתנאי תכנית הפיקוח, או שיש יסוד סביר לחשש שהוא נמלט ממשמורת חוקית*; **הפרת תנאי שחרור או המלטות ממשמורת חוקית**. **יש הטוענים כי כל החלופות המנויות בס' 23(א)(6) לחוק המעצרים לא צריכות את התשתית העובדתית כי אם אתה יודע כי הוא משוחרר בערובה והוא לא עמד בה או שהוא נמלט ממשמורת חוקית אז זה מספיק להקים עילת מעצר ואין צורך בתשתית עובדתית לאיזה עבירה בוצעה. בעניין זה יש כיום מחלוקת ואין הכרעה בפסיקה.**

*(ב)  שוטר מוסמך לעצור אדם ולהביאו לתחנת המשטרה לתכלית שלשמה ביקש לעכבו, אם האדם אינו מציית להוראותיו שניתנו על פי סמכויות העיכוב המסורות לו בדין, או אם הוא מפריע לו להשתמש בסמכויות העיכוב.* **סירוב לעיכוב חוקי. במידה ונעשה עיכוב כדין ואתה מפריע לעיכוב אזי יש עילת מעצר עצמאית.**

1. **העדר חלופת מעצר:** סוג של הוראות העדפה שהמעדיפות את האמצעי הפוגע הכי פחות בחירות. זה נובע מעיקרון המידתיות וחוקי היסוד. ישנם מספר חלופות מעצר המופיעות בחוק:
* **ס' 23(ג) לחוק המעצרים** - אומר כי **עיכוב** עדיף על פני מעצר.
* **ס' 25(א) לחוק המעצרים** – *"שוטר שעצר אדם ללא צו מעצר, יביאו, ללא דיחוי, לתחנת משטרה, ויעבירו לרשות הקצין הממונה על החקירות בתחנה, בהעדרו – למפקד התחנה, ובהעדרם – לקצין הממונה על התחנה, אלא אם כן מצא, לאחר המעצר, שניתן לשחררו"*. - הס' אומר כי השוטר יכול לעצור את האדם אך לפני, שהוא מביא אותו לתחנת המשטרה לקצין הממונה אשר יכול להחליט האם לשחרר אותו**. ס' 25(ב)לחוק המעצרים** - מכיל סייגים לפיהם מתי לא חייבים להביא את העצור ללא דחוי אל הקצין הממונה (פינוי לטיפול רפואי דחוף או השארת העצור במקום או הבאתו למקום בו נדרשת נוכחות שוטר). **ס' 26 לחוק המעצרים**- במידה ולא מתקיימים החריגים של ס' 25 לחוק, צריך להביא את החשוד ללא דיחוי לתחנה והשוטר צריך לכתוב דו"ח שמפרט את עילות המעצר, והעובדות ששימשו יסוד לחשד לביצוע העבירה.
* **סמכויות הקצין הממונה במסגרת מעצר ללא צו:**
* מיהו קצין ממונה? **ס' 25 לחוק המעצרים**, קובע את ההגדרה של **קצין ממונה = הקצין הממונה על החקירות בתחנה, בהעדרו – למפקד התחנה, ובהעדרם – לקצין הממונה על התחנה.**
* **ס' 27 לחוק המעצרים** קובע כי הקצין הממונה צריך לבחון את חוקיות המעצר קרי, האם התנאים בס' 23 לחוק המעצרים התקיימו.
* **ס' 27(ב) לחוק המעצרים** קובע פתח מילוט לפיו גם אם התנאים בס' 23 לחוק המעצרים **לא התקיימו**, אז עדין ניתן לא לשחררו אם התקיימו עילות המעצר ב**ס' 13 לחוק המעצרים (מעצר עם צו)**. – זה בדר"כ קורה אחרי שהייתה חקירה. מגלים שהמעצר בשטח לא היה חוקי אבל כעת מתברר שכן יש עילה לעצור ולכן הוא מורה להמשיך לעצור. **ס'27(ד)** אומר שאם בא אדם לתחנת המשטרה או הובא אליה כשאינו עצור, ומצא הקצין הממונה שקיימת עילת מעצר לפי סעיף 13, רשאי הוא, לאחר שהסביר לחשוד את שיקוליו, לעצור אותו או להטיל עליו ערובה (עוד הוראת העדפה-מידתיות).
* סמכויות הקצין הממונה:
1. **מעצר אם הוא לא היה עצור קודם**- הקצין יכול לעצור את החשוד כאשר הוא צריך להביא אותו לפני שופט תוך 24 שעות.
2. **אם היה עצור קודם, מורה על שחרור בערובה** - הקצין הממונה יכול לשחרר את העצור בערובה בהתאם ל**ס' 42(ב) לחוק** (ראה\י דיון להלן).
3. **שחרור מלא בלי תנאים**- נשלח הביתה.
4. **אם הגיע כשאיננו עצור ועדיין השופט רוצה להטיל ערובה, לא חייב לעצור אותו ולשחרר עבור ערובה אלא הוא פשוט מטיל ערובה**- (ראה\י דיון להלן).
5. **ס' 30 לחוק המעצרים מאפשר לקצין הממונה להאריך את המעצר ל- 30 שעות כאשר יש צרכים מיוחדים.**

**תת נושא- שחרור בערובה או הטלת ערובה**

* **מהי ערובה? ס'41** קובע שערובה היא ערבון כספי או ערבות עצמית של חשוד או נאשם. בין לבדם ובין בצירוף ערבות מכל סוג שהוא. לפי **ס'58,** תוקף הערובה מוגבל ל**-180 יום** אם לא הוגש כתב אישום.ניתן להגיש ערר לערכאה גבוהה יותר בזכות, ובקשה לדיון חוזר אם יש שינוי בנסיבות **(ס'53).**
* **מי יכול לקבוע שחרור בערובה?** קצין ממונה או בית המשפט.
* שחרור בערובה- משמעו שהאדם היה **עצור**, בהטלת ערובה- **האדם לא היה עצור** ובכ"ז יטילו עליו ערובה. **ההבדל הוא בתיוג:** היעדר התיוג בהטלה בערובה- פחות פוגעני כי לא היה צריך לעצור אותו. אולם אין הבדל מעשי- **ס' 42(ו)** קובע שדינו של מי שהוטלה עליו ערובה כדין משוחרר בערובה.
* **מ"י נ' חוטר ישי**– ראש לשכת עורכי הדין היה חשוד בעבירות. הייתה סמכות למשטרה לעצור את חוטר ישי הם שחררו אותו בערובה והטילו עליו תנאים. אולם הוא לא הסכים לכך לכן הם הביאו אותו לביהמ"ש. הבעיה הייתה כי הם לא הביאו אותו עצור כפי שנדרש על פי הסעיף אלא כמשוחרר. חוטר ישי טען שכתוב "ייעצר" והם לא עצרו אותו, לכן לשופט אין סמכות מפני שחוטר ישי לא בא כעצור לפני השופט. בית המשפט קובע כי תמיד יש אפשרות למשטרה לנקוט באקט מידתי יותר שפוגע פחות בזכויות ובמקום לעצור אותו ולהביא אותו כעצור לבית המשפט ולכן לבית המשפט כן יש סמכות לדון.
* **תנאים מצטברים להטלת ערובה לפי ס'42:**
* יתייצב לחקירה או למשפט בכל מועד שיידרש.
* לא ישבש הליכי חקירה ומשפט.
* **שחרור ע"י הקצין הממונה:**
* **ס' 42:** אם קצין קובע לשחרר בערובה או להטיל ערובה, עליו לקבוע את **סוג הערובה וגובהה** לפי שיקולי **ס' 46–** מהות העבירה, המידע שבידי התביעה, עברו הפלילי של אדם, מצבו הכלכלי ויכולתו להמציא את הערובה, האפשרות שהאדם יוכל לעמוד בתנאי הערובה.
* **ס' 28:** קצין ממונה לא יחליט על מעצר או שחרור בערובה, ולא יקבע את סוג הערובה בלי שייתן לאותו אדם תחילה להשמיע את דברו, לאחר שהזהירו שאינו חייב לומר דבר שעלול להפלילו, וכי כל דבר שיאמר עלול לשמש ראיה כנגדו והימנעותו מלהשיב על שאלות עשויה לחזק את הראיות נגדו.
* יכול להוסיף תנאים נוספים שניתן להטיל **בהסכמת החשוד**: חובת הודעה על שינוי מגורים, איסור יציאה מהארץ לשלושה חודשים, איסור כניסה לאזור ל-15 ימים, איסור לקיים קשר ל-30 ימים, חובת מגורים או הימצאות ל-15 ימים, חובה להתייצב במשטרה במועדים שיקבעו, מעצר בית ל-5 ימים = הכל מוגבל בימים כי מדובר בשוטר ולא בשופט.
* **ס'42(ד):** אם החשוד מסרב לערובה הוא ייעצר ויביאו אותו בפני שופט תוך 24 שעות.
* **שחרור ע"י שופט:**
* **ס' 48:** ביהמ"ש רשאי להוסיף תנאים לערובה לפרק זמן שיקבע ככל שימצא לנכון. רשימה לא סגורה.
* **ס' 44(ב):** רשאי לצוות על נאשם או נידון שערעור תלוי ועומד על פסק דינו לתת ערובה, גם אם אינו מוסמך להורות על מעצרו לפי ס' 21 (למשל אם אין תשתית או עילה). **סייג:** הטלת הערובה תהיה רק כדי להבטיח את התייצבות הנאשם למשפט.
* **פלוני נ׳ מד״י,** עמית: פעמים בהם מוגש כ"א, אבל הפרקליטות חושבת שלא נדרש מעצר עד תום ההליכים כי מספיק שחרור בערובה, היא תפנה **לס'44(ב)** מראש. לכאורה, במקרה כזה ביהמ"ש כבול כי הוא יכול להטיל ערובה **רק** לשם הבטחת התייצבות הנאשם במשפט ולא תמיד יש חשש שלא יתייצב. **הפתרון:** אם ביהמ"ש קובע שיש עילת מעצר פוטנציאלית, למרות שאנחנו תחת ס'44(ב)**,** ביהמ"ש יכול לתת כל החלטה שירצה מבלי להיות מוגבל.
1. **מעצר ראשוני עם צו** (**ס' 13 לחוק המעצרים**)
* עוצרים אדם ע"פ צו בפנייה **לשופט שלום** עבור בקשת צו המעצר. גם במקרה הזה העצור מגיע לתחנת המשטרה והקצין הממונה מחליט האם לשחררו **קצין המשטרה** רשאי לשחרר בערובה או בלי ערובה גם את מי שנעצר עפ"י צו שופט (**ס' 20**). ובמידה ולא משחררים אותו יש להביאו תוך 24 שעות לפני שופט אפילו שהוצא צו.
* על פי **ס' 4 לחוק המעצרים**, יש עדיפות לכך כי המעצר יהיה על פי צו.
* **ס ' 13 הוא בעל שני שלבים**:
* **שלב א'**- במעמד צד אחד כאשר המשטרה באה מבעוד מועד והיא רוצה להוציא צו מעצר כנגד חשוד: עבור ביצוע מעצר, צריך להגיש לביהמ"ש **בקשה** להוצאת צו מעצר. מבחינת סמכות עניינית היא סמכות של **ביהמ"ש השלום** על פי **ס' 2 לחוק המעצרים**. **ס' 3 לחוק המעצרים** דורש סמכות מקומית – ביהמ"ש אשר באיזור שיפוטו נעברה העבירה; נמצאית היחידה הממונה על חקירת העבירה; האדם מוחזק במעצר באותו מקום ולא ניתן להעבירו בשל נסיבות שיפורטו. בקשה להוצאת צו צריכה להיות בכתב ונתמכת בתצהיר לפי **ס' 15**. בנוסף, לפי **ס' 15(ח) לחוק המעצרים**, נקבע כי יש לשים לב כי בדיון שנעשה במעמד צד אחד, ברירת המחדל הוא כי הוא יהיה **בדלתיים סגורות** (ראו פרוצדורת הוצאת הצו בחלופה זו בהמשך).
* **שלב ב'** - הארכת מעצר, לאחר המעצר הראשוני בין היה לפי צו או בלי צו, ניתן להגיש **מעצר ימים**.
* ס' 13 לחוק המעצרים, דומה מאוד לס' 23 לחוק בכך שגם הוא דורש 3 תנאים מצטברים: **תשתית עובדתית, עילת מעצר וחלופה למעצר**. אולם הוא נבחן מבעוד מועד ע"י ביהמ"ש ולא ע"י השוטר בשטח. מבחינת תשתית עובדתית גם כאן יש צורך ב**חשד סביר** ואדם צריך לעבור **עבירה שאינה חטא (עוון, פשע).** כאשר כתוב "חשד סביר" זהו פתח לקבל גם ראיות שהם אינן קבילות (מידע מודיעני, פוליגרף) ע"פ **סעיף 15ו**.
* **לאחר שצלחנו את התשתית העובדתית, יש לבחון את עילת המעצר:**
1. **ס' 13א(1) לחוק המעצרים**: **שיבוש הליכי חקירה ומשפט** – מדברת על יסוד סביר של חשש ששחרור החשוד או אי מעצרו יובילו לשיבוש הליכי חקירה ומשפט.
2. **ס' 13א(2) לחוק המעצרים**: **עילת המסוכנות** – יסוד סביר לחשש למסוכנות (ביטחון האדם, הציבור או המדינה). אין רשימה של עבירות מכוחן יש חזקה על המסוכנות ולכן על התביעה, הנטל להוכיח את חזקת המסוכנות. תהיה רשימה שיוצרת חזקת מסוכנות, במעצר עד תום ההליכים.
3. **הפרת הוראה חוקית המגבילה חירות:**
* **סירוב לעיכוב חוקי-** ס' 23(ב) לחוק המעצרים עוסק בסירוב לעיכוב חוקי. במידה ונעשה עיכוב כדין ואתה מפריע לעיכוב, אזי יש עילת מעצר עצמאית. מסרב לעיכוב (החשוד עצמו) או צד ג' שמפריע לשוטר לעכב חשוד.
* **הפרת תנאי שחרור-** ס' 23א(6)- כשיש יסוד סביר להניח שאדם ששוחרר בערובה **הפר תנאי שחרור / עומד להימלט מהדין / יפר תנאי מתנאי תכנית הפיקוח** (לדוג' יסיר אזיק אלקטרוני)**.**
* **הימלטות ממשמורת חוקית-** ס' 23א(6) סיפא**.**
* **חלופת מעצר:** לפי **ס' 13(ב) לחוק המעצרים**, אם השופט רואה כי הוא יכול להסתפק בחלופה כגון **מעצר בית או שחרור בערובה** לאחר המעצר הראשוני בהתאם לס' 12 לחוק המעצרים, הוא יכול לממשם **כל עוד היא תגשים את תכלית המעצר, שלשמה ביקשו לעצור את החשוד**. אנו לא נגיע לחלופת מעצר אם לא צלחנו את התשתית העובדתית ואת עילת המעצר.
* **אופן ביצוע המעצר – פרוצדורה:** ס' הקשורים לפרוצדורה של מעצר על פי צו מופיעים ב**ס' 12, 15, 17(ג), 18-20 לחוק המעצרים**. אם חשוד נעצר והובא בפני שופט, אין צורך להביאו בפני הקצין הממונה שיבצע עליו בדיקה ובירור, כי הוא לא רלוונטי כשיש צו מעצר ראשוני שניתן ע"י שופט.
* **ברגע ששופט במעמד צד אחד נותן צו מעצר, ולא קבע תקופה או חלופת מעצר, תוך 24 שעות יש להביאו בפני שופט**. אם השופט שתק, הקצין יכול ע"פ **ס' 20** לקבוע שחרור בערובה בלי להביא את החשוד בפני שופט, אם החשוד יסכים לערובה שהקצין יציע. זה לא חייב להיות הקצין הממונה על התחנה כי כאמור אין את הליך הבחינה כמו במעצר ללא צו, אלא קצין משטרה אחר רשאי גם הוא להקל על החשוד ולשחררו **לפני ה24 שעות**. אך אם השופט מבקש וכותב בצו שהעצור יובא לפניו, הקצין לא יוכל לשחררו בערובה.
* **ס' 12-** שופט חייב לנמק את החלטתו בצו מעצר.
* **ס' 21-** בדיון בבקשה למעצר לפי ס' 12, רשאי בית המשפט להורות על הגשת תסקיר מעצר. לא יורה בית המשפט על הגשת תסקיר למי שעצור פחות מחמישה ימים.
* **ס' 19-** צו מעצר שניתן לא בנוכחות החשוד, יהיה תקף למשך 180 ימים אלא אם כן האריך השופט את התקופה בהחלטה מנומקת בכתב. זה מתאים למקרים שמשטרה הוציאה את הצו אבל לוקח לה זמן עד שהיא יוצאת מהחקירה הסמויה ומחליטה להפעיל את הטיימינג לעצור לטובת החקירה בזמן המתאים ביותר.
* **ס' 52-53**: אפשר להגיש **בקשה לעיון חוזר** לאותו בית משפט אם חושבים שהחלטת המעצר היא שגויה, אם נתגלו עובדות חדשות, השתנו סיבות או עבר זמן ניכר מעת מתן ההחלטה. אפשר להגיש בקשות לעיון חוזר ללא הגבלה. לרוב זה לא קורה מבחינה מעשית כי תוך 24 שעות כבר העצור מובא בפני שופט.
* **ס' 53-** אפשר להגיש **ערר על החלטת המעצר** לערכאה גבוהה יותר, פעם ראשונה בזכות ופעם שנייה ברשות.
* **ס' 24**- **על השוטר להזדהות; יש להודיע לאדם כי הוא עצור באופן מיידי; החובה להבהיר את סיבת המעצר**. ניתן לדחות את ההזדהות או את הסברת סיבת המעצר ע"פ התנאים של **ס' 24(ב)**, למשל אם זה מסכן את השוטר, אם זה עלול לסכן את ביצוע המעצר או שברור שזהות העוצר וסיבת המעצר ידועים לעצור. אך **את הודעת שינוי הסטטוס אין לדחות**. **אם השוטר לא ביצע את המעצר ע"פ התנאים, המעצר לא יהיה חוקי, וניתן לברוח ממנו או להתנגד התנגדות סבירה**.
* **ס' 38 לפקודה**- **פיצוי בשל מעצר**: אם נעצר אדם ושוחרר מבלי שהוגש נגדו כתב אישום, ומצא בית המשפט שלא היה יסוד למעצר, רשאי לפסוק לו פיצויים מאוצר המדינה.
* **תחולת הלכת יששכרוב בשלב מעצר- נשאלת השאלה האם הלכת יששכרוב, יכולה להביא אותנו לפסילת הראיות בשלב הליך הביניים, כאשר המעצר לא חוקי?**
* **בש"פ 9220/12, שלמה פרץ נ' מדינת ישראל-** לא נתנו להיוועץ עם עו"ד, עיכבו את הפגישה מעבר לזמן שהיה ניתן בחוק. בשלב החקירה ביקשו הארכת מעצר. הסנגור טען, שלאור הפגמים שביצעה המשטרה זה צריך להשפיע על החלטת ביהמ"ש בשאלת המשך המעצר. **השופטת ארבל**, **קובעת שיש נפקות לעילת הפגיעה בזכות ההיוועצות כבר בשלב המעצר.** **יש משמעות לפגמים בשלבים המוקדמים שעלולות להשפיע על המשך המעצר אבל צריך לדון כל מקרה לגופו.** בעניין שלמה פרץ, למרות הפגמים המעצר נמשך והאינטרס הציבורי גבר במבחן התוצאה.
* **לפי ס' 44 לחסד"פ, מוענקת חסינות מפני תביעה אזרחית או פלילית לשוטר, אם המעצר נעשה בתום לב**. זוהי הרחבה של החסינות שניתנת בפקודת הנזיקין, קרי גם אם השוטר רשלן, אם היה תם לב- יקבל חסינות.
* **סמכויות נלוות למעצר:** (סמכויות אלו מהוות כלי לשוטר בעת ביצוע המעצר לפי צו או ללא צו)
1. החובה לסייע למעצר – **ס' 20 לפקודת סדר הדין הפלילי**. כל אדם חייב לעזור לשוטר או לאדם אחר הדורש באופן סביר את עזרתו לעצור אדם תוך שהוא מוסמך לעצרו או למנוע בריחתו. זו עבירה פלילית שדינה מאסר עד שלוש שנים (**ס' 263 לחוק העונשין**). בס' 20 נדרש שהמעצר יהיה חוקי, עם או בלי צו, ושהעזרה תהיה סבירה.
2. שימוש בכוח - **ס' 19 לחסד"פ**. מי שמוסמך לעצור אדם רשאי להשתמש **בכוח סביר הדרוש לביצוע מעצר**, אם האדם מתנגד למעצר או מנסה להתחמק ממנו. ס' זה חל על כל סוגי המעצר הראשוני, בין אם על ידי צו ובין אם לאו. בדרך כלל סבירות השימוש בכוח **תיגזר מעוצמת ההתנגדות למעצר**. הפסיקה קבעה שלגבי שימוש בכוח ממית (=שימוש בכוח קטלני, נשק חם), לא עוצמת ההתנגדות למעצר היא זו שתכריע את הלגיטימיות בשימוש בכוח ממית אלא יש תנאים נוספים- כמו למשל מסוכנות החשוד לשוטר ולסביבה וכן חומרת העבירה שהוא חשוד בה. גם כאשר אזרח מתנגד למעצר בלתי חוקי, יש לבחון את הסבירות של השימוש בכוח. זאת בהתייחס לכוח שהאזרח מפעיל כנגד השוטר, בהנחה כי הוא חושב כי המעצר לא חוקי וגם ביחס לכוח שהשוטר מפעיל כנגד האזרח. בנוסף, לפי **ס' 9(א) לחסד"פ**, ניתן להשתמש באזיקים רק כשיש צורך בכך (במקום שצריך להשתמש כנגד מתנגד למעצר) ולא בשביל להשפיל.

**מתי ניתן יהיה לעשות שימוש בכוח קטני\ממית?**

* **פס"ד גולד**- בית המשפט קובע שכדי לשלוף אקדח ולהשתמש בכוח ממית לביצוע מעצר יש לעמוד בשלושה תנאים מצטברים: (1) המעצר חייב להיות חוקי (2) החשוד צריך להיות חשוד בעבירה מסוג פשע שיוצרת סיכון לחיים או לגוף (מעל 3 שנים) (3) מידתיות, הירי צריך להיות אמצעי אחרון.
* **פס"ד אנקונינה**- בית המשפט **עידן את הלכת גולד**. בית המשפט אומר בהקשר של התנאי השני של חשד בעבירה מסוג "פשע" כי לא מדובר בכל עבירה המוגדרת "כפשע" (כך למשל פשע הוא גם גניבה ממעביד) אלא רק פשע מסוג היוצר סיכון לחיים ולגוף. ביהמ"ש אומר כי צריך לתת אזהרה בכל מעצר וכי ברור כי הולכים להשתמש בכוח קטלני וכי זהו אמצעי אחרון בלבד ולא אמצעי ראשון שיופעל.
1. חיפוש, תפיסה וכניסה לחצרים-
2. **כניסה לחצרים:**
* **כאשר יש צו מעצר**- **ס' 26 לחסד"פ: "***המבצע צו מעצר רשאי, כשהצו או האישור לפי סעיף 25 בידו – (1) להיכנס לכל מקום שיש לו יסוד סביר להניח שהעצור נמצא בו; (2) להשתמש בכוח סביר נגד אדם או רכוש במידה הדרושה לביצוע הצו*."
* **כאשר אין צו מעצר** – ישנם כמה סעיפים רלבנטיים*:*
* *ראשית, יש לעמוד על כך שדרך המלך היא קבלת צו לחיפוש* **ס' 23:** *"רשאי שופט ליתן צו לערוך חיפוש בכל בית או מקום (להלן – צו חיפוש) אם – החיפוש בו נחוץ כדי להבטיח הצגת חפץ לצורך כל חקירה, משפט או הליך אחר; יש לשופט יסוד להניח שהוא משמש להחסנתו או למכירתו של חפץ גנוב, או שנשמר בו או מוחסן בו חפץ שנעברה בו או לגביו עבירה, או ששימש, או מתכוונים להשתמש בו, למטרה לא-חוקית;"*
* **ס' 25 לחסד"פ**, **תרחישים בהם שוטר יכול להיכנס ולבצע חיפוש בחצרים ללא צו – ב4 אפשרויות חלופיות**:

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

*(2)  תופש הבית או המקום פונה לעזרת המשטרה;*

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

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

* **ס'24(א)(2) לחסד"פ**: *"ניתן לקבל צו לעצור כל אדם הנמצא בבית או במקום ונחזה כמי שיש לו, או שהיתה לו, יד בעבירה שנעברה, או שמתכוונים לעבור, באותו חפץ או לגביו."*
* **סעיף 45 לחסד"פ***:* "*אדם הגר בבית או במקום שמותר להיכנס אליו מכוח רשות לעצור או לחפש, או הממונה על בית או מקום כאמור, ירשה, לפי הדרישה, כניסה חופשית וייתן כל הקלה סבירה; נדרש וסירב להרשות כניסה כאמור, מי שזכאי להיכנס רשאי לבצע את הכניסה בכוח".*
* **ע"פ 522/78 בירמן נ' מ"י** –חייל ברח ממשמורת, השוטרים ידעו היכן הוא נמצא ובאו לעצור אותו. אין סימולטניות בין הבריחה מהמשמורת לבין המועד שבאים לעצור אותו. השוטרים נכנסו בכוח ובירמן הועמד לדין בגין התנגדות למעצר. הוא טען שהמעצר לא היה חוקי משום הכניסה הלא חוקית. **שאלה משפטית:** האם היה צריך לאפשר לשוטר להיכנס מכוח ס'45, או שנדרש צו חיפוש או מעצר? **דעת הרוב:** ס' 45 לא מקנה סמכות להיכנס לבית כדי לבצע מעצר ללא צו אם אין סימולטניות. ס' 25מאפשר את הכניסה, כי כתוב "רודף" ומשכך הרדיפה לא חייבת להיות סימולטנית = הרחבת המונח רדיפה. גם אם הוא הגיע לאחר מספר ימים זה נחשב רדיפה. **אלון במיעוט:** הסמכות היא דרך **ס'45,** הרדיפה צריכה להיות סמוכה להימלטות.
1. **חיפוש תוך כדי מעצר על פני גופו:** **ס' 22 לפקודת סדר הדן הפלילי (מער וחיפוש)** - כאשר מדובר בחיפוש תוך כדי מעצר אז מדובר על **חיפוש מינורי** על פני הגוף ולא מעבר לכך קרי לא חיפוש חיצוני או פנימי כפי שמוגדר בחוק החיפושים. כך למשל חיפוש על גופו הערום של האדם מהווה חיפוש חיצוני והוא לא מתאפשר.
2. **תפיסת חפצים: ס' 21 לפקודת סדר הדין הפלילי**, קובע: החוק מסמיך את השוטר לתפוס **כלי התקפה** (אקדח, סכין וכו'). **הס' חל על מעצר עם צו ומעצר ללא צו. ס' 32 לחסד"פ** הוא רחב יותר ואומר: "*(א) רשאי שוטר לתפוס חפץ, אם יש לו יסוד סביר להניח כי באותו חפץ נעברה, או עומדים לעבור, עבירה, או שהוא עשוי לשמש ראיה בהליך משפטי בשל עבירה, או שניתן כשכר בעד ביצוע עבירה או כאמצעי לביצועה".* לפי **ס' 39** ניתן להוציא צו חילוט על חפץ שנתפס לפי סעיף 32 אם האדם שהורשע במעשה העבירה שנעשה בחפץ או לגביו הוא בעל החפץ.
3. **חיפוש בחפצים: *ס' 71 לחוק המעצרים:*** *"היה לשוטר יסוד סביר לחשד שבוצעה עבירה בת מעצר וסבר כי יש צורך לבצע חיפוש* ***בכלי רכב*** *כדי לאתר את מבצע העבירה או קורבנה או כדי לאתר ראיה הקשורה בעבירה, רשאי הוא להורות לעכב את כלי הרכב ולערוך את החיפוש כאמור."*
4. **הארכת מעצר לצורכי חקירה = מעצר ימים** (**ס' 13 לחוק המעצרים**)
* שופט בוחן האם יש לאריך את המעצר או לא בין אם התקבל ע"פ צו ובין אם לא. אם הצו מוארך מעבר ל-24 שעות, זה הופך להיות **מעצר ימים**. השופט רשאי להאריך את המעצר ל-15 ימים בכל פעם. המשטרה יכולה לחזור ולבקש הארכת מעצר פעמים נוספות, ובלבד שהתקופה הכוללת של המעצר **לא תעלה על 30 יום**. באישור היועמ"ש יכולה המשטרה לבקש הארכות נוספות, ובלבד שהתקופה הכוללת לא תעלה על **75 יום** (**ס' 59**). בחלוף 75 ימים רשאי ביהמ"ש העליון להורות על מעצר לתקופות נוספות של **עד 90 יום כל אחת** (**ס' 62**). זה מאד נדיר במעצר לצורך חקירה.
* **מעצר ימים נעשה עבור הארכת מעצר לצורכי חקירה-** כל פעולה שתכליתה איתור מידע שעשוי להיות רלוונטי ביחס לשאלה אם בוצעה העבירה, נסיבות ביצועה, נסיבות שקשורות למבצע העבירה ומאפייניו, מצבו הנפשי, מהות המעשה, עדים, מיקום ביצועה.
* מעצר ימים נעשה **בנוכחות החשוד** ולא מדובר בהוצאת צו ללא ידיעת החשוד.
* הבקשה להארכת מעצר **תוגש ע"י המשטרה בלבד** (שוטר ולא הפרקליטות). המשטרה פונה תמיד **לביהמ"ש השלום** (גם בעבירת רצח).
* **התכלית של המעצר היא חקירה**. אם נסתיימה החקירה יש לשחרר את החשוד אלא אם מאריכים את המעצר שוב. חקירה היא כל איסוף מידע רלוונטי לעבירה אותה אנו בוחנים כאשר החומר יכול להיות מאוד מגוון למשל חומר על נסיבות ביצוע העבירה, חומר על מצבו הנפשי של מבצע העבירה וכיו"ב. כלומר, מדובר גם על פעולה הבוחנת האם ניתן להעמיד את החשוד ולכן אם עורכים לחשוד בדיקה כזו היא עדין בגדר החקירה. עבור כך פונים לביהמ"ש בהתאם לס' 12 לחוק המעצרים.
* **ס' 12 לחוק המעצרים**: "*הוגשה בקשה לעצור אדם, רשאי שופט, לאחר שעיין בחומר שעליו מתבססת הבקשה, לצוות* ***בהחלטה מנומקת בכתב****, על* ***מעצרו*** *של אותו אדם* ***או על שחרורו בערובה*** *או* ***ללא ערובה*** *או* ***בתנאים שימצא לנכון****; צו מעצר יכול שיינתן בין בנוכחותו של החשוד ובין בהעדרו."*
* בהארכת מעצר (מעצר ימים), בדומה למעצר ראשוני יש צורך בקיומם של שלושת התנאים המצטברים הבאים:
1. **תשתית עובדתית-** יש צורך בחשד סביר לביצוע עבירה שאינה "חטא". האם התשתית העובדתית שהספיקה עבור השגת הארכת מעצר ראשונה, תעזור עבור הארכת מעצר שנייה ושלישית? **פרשת רוזנשטיין ופרשת לנדסברג**– ביהמ"ש העליון אומר כי ככל שמתארך זמן המעצר ונדרשות יותר הארכות מעצר כלפי החשוד ביהמ"ש יחמיר בתשתית העובדתית. ככל שהפגיעה בחירות גדולה יותר כך גם נהיה יותר קפדניים.
2. **עילת מעצר-** העילות הנזכרות לעיל (חשש לשיבוש הליכי חקירה ומשפט; חשש למסוכנות הליכי חקירה שלא ניתן לקיימם אלא אם החשוד במעצר) + עילות ייחודית הקיימת רק במעצר ימים:

**ס' 13א(3) צורכי חקירה מיוחדים**: יש צורך לנקוט בהליכי חקירה שלא ניתן לקיימם אלא שהחשוד נמצא במעצר, המחייבים כי יהיה נתון במעצר, הארכת מעצר. עילה זו מתבוננת על החקירה ולא מתקשרת לחשוד. לכן, זו עילה פוגענית יותר מהאחרות. כדי שעילה זו תתגבש: **1. צריך נימוקים מיוחדים שירשמו. 2. הארכת המעצר הנ"ל מוגבלת ל- 5 ימים כל פעם, כאשר לפי ס' 17א' לחוק המעצרים, סה"כ ניתן לממשה עד 15 יום.**

* **בפרשת ברונסון** דובר על מנהל סניף בנק שנעצר בחשד לזיוף, קבלת דבר במרמה ועוד. החשוד שתק בחקירותיו והמשטרה ביקשה וקיבלה צווי בית משפט בהתאם לעילה זו. משהגיע הדיון בערר לבית המשפט העליון, עלתה השאלה מהם אותם טעמים מיוחדים המצדיקים את עילת המעצר הזו. בית המשפט עומד על כך שיש כאן סוג של מעגל שוטה – העלאתם על הכתב של הטעמים המיוחדים עלולה לפגוע, מטבע הדברים, בחקירה עצמה. אם יכתוב השופט, בהתאם לחומר המצוי בפניו והחסוי מפני החשוד וסניגורו, מדוע מבקשת המשטרה להחזיקו במעצר באופן קונקרטי (למשל לדאוג שלא יתקרב לעדים מסוימים הנקובים בחומר החסוי), ברור כי העלאתם על הכתב של אלה תפגע בחקירה עצמה. על כן, בסופו של דבר, בית המשפט מוותר באופן מעשי על אותם נימוקים מיוחדים שצריכים להירשם ואף מוסיף כי שתיקתו של החשוד, כשלעצמה, על אף הזכות הנתונה לו לעשות כן, עשויה להשפיע על מכלול הגורמים שיביאו לכך שהתוצאה תהיה שהחקירה חייבת להתנהל בתנאי מעצר. עוד במסגרת פסק הדין, ביהמ"ש נדרש לבחון את העילה השלישית מה הכוונה במעצר לצורכי חקירה? האם יש להראות כי תגרם פגיעה חמורה בחקירה אם הוא לא יהיה עצור או שיש לדרוש פחות מכך?  ***הש' חשין*** אומר **שיש להראות כי לא ניתן לערוך את החקירה באורך סביר אם החושד לא יהיה במעצר כדי שתתקיים העילה השלישית**. צריך להראות שיש מעבר להכבדה.
1. **חלופות.**
* **הפרקטיקה - ס' 15-18 לחוק המעצרים**:
* **ס' 16** מדבר על הארכת המעצר - דיון על הארכת מעצר תמיד יהיה בפני החשוד ובאופן **פומבי** לפי ס' 16(2).
* **ס' 17** מדבר על תקופת המעצר – שופט **לא יכול לתת מעצר** **מעל 15 יום בפעם אחת** (ולגבי העילה השלישית המיוחדת יש הערכה של 5 ימים עד 15 יום סה"כ). החוק אומר, כי החשוד לא יוחזק במעצר **בקשר לאותו אירוע באופן רצוף** שעולה על **30 יום** (במצב בו החשוד יהיה עצור שבוע ולאחר חודש עוצרים אותו על אירוע זהה, אין מגבלה של 30 יום), לפי **ס' 59 לחוק המעצרים**, תיתכן הארכת המעצר ע"י היועמ"ש לפני שניתן כתב אישום, מ-30 יום ל-75 ימים. וניתן לקבל גם יותר מ- 75 יום וזאת ע"פ **ס' 62 לחוק המעצרים** ע"י פניה לביהמ"ש העליון. שופט ביהמ"ש העליון יכול להאריך את המעצר בעוד 90 יום ללא הגבלה של מספר ההארכות (היועמ"ש לא יכול להעניק יותר מ-75 יום).
* **ס' 20 לחוק המעצרים**, אומר כי גם אם המשטרה קיבלה הארכת מעצר, יש סמכות לקצין המשטרה לשחרר את החשוד טרם נסתיימה מכסת הימים, כל עוד השופט לא אומר להביא את החשוד בפניו. כאשר יש חובה לעשות זאת במידה ומסתיימת החקירה. ס' זה חל רק במעצר טרם הגשת כתב האישום.
* **ס' 15,** קובע כיצד מתבצעת הארכת המעצר:
* **בכתב עם תצהיר בה מוזכרות העילות הרלוונטיות**.
* שנית, הסנגור שמקבל גם כן את הבקשה להארכת מעצר צריך להתמודד עם העילות כאשר הוא לא מכיר עדין את חומר החקירה שהרי לפי **ס' 15(ג) העיון בחומר נתון לשופט בלבד**. עם זאת הסנגור יכול לשאול שאלות ולחקור את השוטר בחקירה נגדית. אולם שוב הואיל והסנגור לא רואה את החומר יתכן כי הסנגור ישאל שאלה שהתשובה לה היא בחומר החקירה ולכן **ס' 15(ה)לחוק** קובע את הפרוצדורה במקרה זה, לפיה השוטר יכתוב לביהמ"ש פתק עם התשובה או יפנה אל ביהמ"ש מסמכים כאשר ביהמ"ש הוא שצריך להחליט האם לאפשר לסנגור לראות את התשובה. אך השופט יכול להחליט, כי התשובה חסויה ולכן הסנגור לא יראה את התשובה, הכול לפי שיקול דעתו של השופט.
* **ס' 15(ו) לחוק**, קובע כי **גם ראיות בלתי קבילות תתקבלנה גם לצורך התשתית העובדתית וגם להארכת המעצר** שהרי מדובר בשלב טרם הגשת כתב האישום.
* התהליך הוא **פומבי**, לפי **ס' 16(3) לחוק המעצרים,** אלא אם ביהמ"ש מחליט לנהל את המשפט בדלתיים סגורות לפי ס' 68(ב) לחוק בתי המשפט.

1. **מעצר לפי הצהרת תובע** (**ס' 17(ד) לחוק המעצרים**)
* המשטרה כבר סיימה את החקירה או שאין לה יותר מה לחקור או שנסתיימו לה ימי החקירה והיא לא קיבלה הארכה. במקרים אלו המשטרה חייבת לשחרר את החשוד או להגיש כתב אישום, כך שהמצב יהיה בסטאטוס של מעצר עד תום ההליכים. במידה ומחליטים להגיש כתב אישום אז יש להביא **הצהרת תובע** בו הוא מבקש הארכה של 5 ימים לתת לו שהות לכתוב את כתב האישום, ובנתיים מבקשים להשאיר את העצור במעצר עד תום ההליכים (**ס' 17 (ד) לחוק**). ביהמ"ש לא יאשר את הבקשה במידה והשופט לא יראה תשתית לאישום. השופט רשאי להורות על עוד 5 ימים, כשסה"כ יהיו 30 ימים.
* **מה טיב הצהרה שהתובע צריך להצהיר?**
* **בש"פ 4455/00 מ"י נ' בדאווי–** מספיק כי התובע מצהיר שלכאורה לאחר עיון בחומר נראה כי יש מקום להגיש כתב אישום. הפסיקה אומרת כי **התובע לא צריך לדעת את כל הראיות בתיק אלא לפחות את העובדות שבתיק שהרי אין מדובר בהצהרה פורמאלית**. ביהמ"ש, כדי לתת את הארכת המעצר, **צריך להשתכנע כי יש עילה לכאורה למעצר עד תום ההליכים**.
* **בש"פ 8845/04 אלטוויל נ' מ"י–**  נידונה השאלה האם על התובע לפרט בהצהרתו את כל סעיפי העבירות שצפויות להיות בכתב האישום? ביהמ"ש קובע כי **אין לחייב את התובע לפרט באופן ספציפי את סעיפי העבירות שהרי אין לכבול את התביעה לסעיפים אלו בשלב בו עדין לומדים את כתב האישום**. יחד עם זאת ביהמ"ש צריך להשתכנע כי יש תשתית ראייתית לכאורה, למעצר עד תום ההליכים. הצהרת תובע זה שלב שמבינים שלאחריו יוגש כתב אישום!
* **האם לאחר מעצר לפי הצהרת תובע ניתן "לחזור אחורה בשרשרת" ולבקש שוב מעצר ימים לפי ס' 13 לחוק המעצרים? האם מותר לתביעה "לזגזג?"**
* **בש"פ 8868/07 דויד שמעון נ' מ"י –**  ***הש' חיות,*** לא אוהבת את "הזיגזוג". יחד עם זאת, היא אומרת כי יש **מקרים מיוחדים** בהם ביהמ"ש יתיר את "הזיגזוג" **כאשר ביהמ"ש משתכנע כי יש התפתחות מהותית המצדיקה את "הזיגזוג" ויש בה כדי להשפיע באופן ממשי על תוכן כתב האישום או על סיכויי ההרשעה אותם התביעה צריכה להראות**. במקרה דנן, היו דוחות סודיים שחייבו את הפרקליטות ללכת אחורה ולזגזג ולכן היא התירה את הזיגזוג הנ"ל. קרי, כי עבור הליכה אחורה השופטת חיות מחייבת שתהיה **התפתחות ממשית בתביעה שלא עלתה קודם**. היא לא תאפשר להם לנהל חקירה נוספת כשיש גורם שהיה ביכולתם לצפות ובמקרה זה היא תעדיף את זכויותיו של הנפגע.
1. **מעצר עד תום ההליכים -**(**ס' 21 לחוק המעצרים**)
* **ס' 21 לחוק המעצרים**- זהו מעצר כאשר כבר **הוגש כתב אישום**. החשוד כבר הופך לנאשם ולצד כתב האישום מגישים בקשה למעצר שיהיה תקף עד הכרעת הדין. למעצר זה יש הגבלות/תנאים: **ראשית**, יש להתחיל את המשפט תוך 30 יום (הקראת כתב האישום). **שנית**, **ס' 61 לחוק המעצרים** קובע זמן מוגבל של 9 חודשים להמשכו של המעצר עד תום ההליכים שבסופו צריך להגיע להכרעת דין, ובמידה ורוצים להאריך את התקופה יש לגשת לביהמ"ש העליון שיכול להאריך ב-90 עד 150 ימים את הזמן הנתון (**ס' 62**). מלשון החוק עולה כי לכאורה, הגבלה של תשעה חודשים היא הכלל והארכה היא החריג, אולם בפועל, בעיקר בתיקי פשע חמור – המצב התהפך. **בפרשת ז'אנו**- בית המשפט החליט כי לאחר שהנאשמים שהו במעצר במשך שנתיים וחצי, יש לשלחם לקצין מבחן על מנת לברר אפשרות של חלופת מעצר. כלומר בית המשפט מצא כאן פתרון ביניים – לא שחרור מלא, אך גם לא מעצר בפועל.
* לרוב, מי שמתבקש אודותיו מעצר עד תום ההליכים היה כבר עצור לפי **ס'17(ד)** מעצר עפ״י הצהרת תובע המשמש גשר בין החקירה לבין המשפט אבל אין הכרח שיהיה כך. מעצר עד תום ההליכים ניתן לבקש בכל שלב מרגע התחלת המשפט, למשל: הנעצר מטריד עדי תביעה, זה לא חייב להיות בשלב תחילת המשפט או שאותו אדם היה עצור קודם.
* **מספר נושאים שמבדילים בין מעצר לפני כתב אישום (לצורכי חקירה), למעצר אחרי כתב אישום (עד תום ההליכים):**
	1. **סמכות עניינית:** מי שמוסמך לדון במעצר לצורכי חקירה לפני הגשת כתב האישום, הוא ביהמ"ש השלום. בעוד שבמעצר עד תום ההליכים מי שמוסמך לדון בבקשה היא הערכאה שדנה בתיק וזה יכול להיות גם ביהמ"ש המחוזי.
	2. **כבר לא מדובר בחשוד שלא מכיר את חומרי החקירה, אלא בצד להליך**: אמרנו שבמעצר לצורכי חקירה אין חובה לתת לנאשם את חומרי החקירה. עם הגשת כתב האישום, על התביעה להעביר, יחד עם כת"א, את כל חומר החקירה לנאשם לפי **74 לחסד"פ- עיון בחומר חקירה**. לפי **21(ד') לחוק המעצרים**, הסנגור יכול לקבל את חומר החקירה לפני הדיון בבקשה למעצר עד תום ההליכים וביהמ"ש רשאי לדחות את הדיון אם הנאשם וסנגורו מבקשים ללמוד את חומר הראיות כנגד הנאשם. יש לסנגור זכות לקבל דחייה של **30 ימים** כדי ללמוד את החומר. כאן הסנגור אינו לוט באפלה, אלא יש דיון בתשתית ראייתית.
* **מעצר ביניים לפי ס׳21(ד) לחוק מעצרים**: כאמור, ניתן לדחות את הדיון כדי לאפשר לנאשם או לסנגור לעיין בחומר החקירה ו**לצוות שהנאשם יהיה במעצר בזמן הזה**. הפסיקה קבעה כי השופט רשאי לעצור במעצר ביניים **מכח סמכות עזר** נגזרת מ-**17(ב) לחוק הפרשנות** + **ס׳ 3 לחסד״פ**. בס' 3 לחסד"פ נקבע כי בהיעדר הוראה חוקית – השופט ינהג בדרך הנראית לו הטובה ביותר לעשיית צדק; לצורך כך נדרש ניצוץ של תשתית ראייתית (**פס"ד שושני**).
	+ - **הגשת בקשת המעצר-** הבקשה למעצר זה מוגשת ע"י תובע ולא ע"י שוטר, השופט שידון בה הוא בד"כ לא השופט שידון בתיק העיקרי.
		- **משך המעצר-** מדובר על מעצר ביניים של עד 30 ימים.
	1. **התקופות שונות:** לפני כת"א –התקופות מאוד מוגבלות, כמפורט לעיל.אחרי כת"א – יש חובה כי המשפט יתחיל תוך 30 יום ויסתיים תוך **9 חודשים. ככלל, אם לא הושגה הכרעת דין – יש לשחרר ס׳ 61 למעצרים.** אולם, אם המשפט לא ייגמר עד 9 חודשים, **אפשר להאריך ב-150 ימים כל פעם** בלי הגבלה על מספר ההארכות. בנוסף לכך, יש נוהג פסיקה כי כשאדם עצור עד תום ההליכים, מקזזים לו את ימי המעצר מימי המאסר.
	2. **תנאי המעצר:** תנאי המעצר במעצר עד תום ההליכים טובים יותר מאשר מעצר לצורכי חקירה.
	3. **מאזן יחסי הכוחות משתנה:** אם אדם נאשם אך אינו עצור, מבחינתו שההליך יתמשך נצח ואז יטען לעינוי דין כדי להקל על העונש. אך אם הוא עצור עד תום ההליכים אין לו עניין להאריך את ההליך כי הוא נעדר חירות. מצבו של נאשם שיושב עצור עד תום ההליכים מבחינה טקטית, פחות טוב מנאשם שלא עצור עד תום ההליכים.
	4. **סמכות קצין המשטרה**: במעצר עד תום ההליכים, לפי **ס' 21(ה) לחוק**, **אין סמכות לקצין ממונה מהמשטרה לשחררו קודם** אלא רק לביהמ"ש שהורה על מעצרו. זאת בניגוד לס' 20 במעצר לצורכי חקירה שמקנה לקצין הממונה, לשחררו טרם המועד הנתון.
* **הנושא של מעצר עד תום ההליכים מחדד את המתחים בתוך המשפט הפלילי:** **הסוגיה של מעצר עד תום ההליכים עומדת מול ההנחה שאדם הוא חף מפשע עד שהוכחה אשמתו. מעצר עד תום ההליכים הוא שלילה ארוכה של חירות של מי שאשמתו טרם הוכחה בביהמ"ש. חזקת החפות נמצאת פה בסימן שאלה מסוים**. יש אפשרות שאותם עצורים ישוחררו בתום ההליך, אבל צריך לזכור שיש גם השפעה של המעצר עד תום ההליכים לעניין העונש. יש גם השפעה תת-מודעת במובן שמי שמגיע לביהמ"ש כשהוא עצור זה נראה פחות טוב – גם השופט יודע שאותו אדם הוא אסיר כבר או שבימ"ש אחר קבע שיש לגביו ראיות לכאורה. יש לזה גם השפעה לעניין עסקאות טיעון – מי שעצור עד תום ההליכים עלול להודות "הודאת שווא רציונאלית". יש גם פגיעה בהכנת ההגנה – עוה"ד צריך הרבה שיתוף מהנאשם. נאשם שעצור הדבר מקשה על הכנת הגנתו.
* בהתאם **לסעיף 21(ג),** קיימת חובת ייצוג של סניגור להליך המע"ת, אלא אם הנאשם הודיע כי אינו מעוניין בכך, ועד למינוי ניתן לצוות על מעצר לתקופות של 7 ימים בכל פעם, ובסה"כ 30 יום.
* **ס' 21 קובע 3 תנאים מצטברים שצריכים להתקיים על מנת לקבל מעצר עד תום ההליכים:**
1. **תשתית עובדתית (ראייתית):** התשתית הראייתית צריכה להיות גבוהה יותר במעצר עד תום ההליכים ממעצר לצורכי חקירה לפני הגשת כתב אישום. **ס' 21 לחוק המעצרים** קובע כי לפני שעוצרים אדם יש לבחון קיומה של **תשתית עובדתית לכאורה (ראיות לכאורה) כי אותו אדם ביצע את העבירה**. לעומת מעצר לפני הגשת כתב אישום, כאן מדובר רק ב**ראיות קבילות**- לא מידע מודיעני, פוליגרף, האזנת סתר בלתי קבילה. ביהמ"ש העליון אומר כי בעילת מעצר ניתן להשתמש בראיות שאינן קבילות אולם כאשר מדובר בתשתית העובדתית מדובר רק על ראיות קבילות.
* **פס"ד פרץ**- **ראיות שקבילותן שנויה במחלוקת**: אם ברור שהראיה לא קבילה (למשל האזנת סתר פסולה) לא ניתן להשתמש בה גם לצורך התשתית הראייתית. אך אם הנושא שנוי במחלוקת (למשל הודאת נאשם שהוא טוען שלא ניתנה בחופשיות ומרצון לפי ס'12 לפק"ר) הוא יתברר במשפט ולכן ניתן להשתמש בהן.
* **בש"פ 8087/95 זאדה נ' מ"י**-  **מתי נדע שיש מספיק ראיות על מנת לקבוע מעצר עד תום ההליכים?** הש' ברק נותן את **מבחן הסיכוי הסביר להרשעה:** מדובר בראיות לכאורה: ראיות גולמיות שקיים סיכוי סביר שעיבודן במשפט תוך בחינתן בחקירות, בקביעת אמינות ומשקל, יוביל לראיות רגילות אשר מבססות את אשמת הנאשם מעל לכל ספק סביר. לא נדרשת ודאות להרשעה. לא נדרש שהשופט יתרשם ממהימנות העדים כי הוא לא שומע אותן. ברק (רוב) קובע כשאם השופט סבור שהכרעה תקום ותיפול ע"ב אמינות זה עולה לכדי סיכוי סביר, ולכן ניתן לקבוע מעצר עד תום ההליכים. **אלא אם יש כרסום של ממש בראיות התביעה**. דורנר (מיעוט), יוצאת מנק' הנחה שונה לפיה המונח "ראיות לכאורה" מחייב את השופט לבחון **האם יש ספק סביר באשמת הנאשם, ולא סיכוי סביר להרשעה**. .כיצד לומדים על הספק הסביר? מתוך חומר הראיות העדויות וכיו"ב. המבחן של דורנר מחמיר עם התביעה, כי לפיה כל ספק סביר אודות אשמת הנאשם יוביל לאי מאסר עד תום ההליכים. לפי ברק לצורך אי מאסר צריך כרסום של ממש בגרסת התביעה.

הבעיה עם ההלכה של ברק היא שלא הגיוני שאותה תשתית ראייתית תידרש גם למעצר עד תום ההליכים שהיא פגיעה בחירות, וגם לשם הגשת כתב האישום שפוגע בנאשם אך לא כמו בקשת המעצר עד תום ההליכים = לא הגיוני שעם הגשת כתב האישום ניתן יהיה בלי להוכיח עוד דברים, לטעון גם למעצר עד תום ההליכים.

**האם ההגנה צריכה לחשוף את ראיותיה לתביעה בשלב זה ?**

* **בש"פ 85/73 מ"י נ' אבוטבול -** במקרים חריגים **השופט יאפשר גם להגנה** **להביא ראיות שיוצגו רק לשופט ולא לתביעה**. כדי לא לכרסם בהגנת הנאשם, ההגנה לא חייבת לספק את כל הראיות.
1. **עילת מעצר- ס' 21(א)(1) לחוק המעצרים מכיל שתי עילות חלופיות:**
2. חשש משיבוש הליכי משפט- **ס'21(א)(1)(א),** יסוד סביר לחשש ששחרור החשוד יוביל לשיבוש הליכים למשל, הנאשם יוצר קשר עם נאשמים אחרים בעת מעצרו.
3. פגיעה בביטחון הציבור או המדינה- **בס' 21(א)(ב),** יסוד סביר לחשש שהאדם יסכן את בטחונו של אדם/ הציבור/ המדינה. יכול לכלול גם פגיעה ברכוש אם נתקיימו התנאים: צריך שהביצוע יהיה **שיטתי** או **היקף ניכר** של עבירות או **שימוש באמצעים מתוחכמים** **(פס"ד פרנקל ופס"ד מזרחי)**.
**\*\*חומרת העבירה** **ס'21(ג)**: **אם נעברה עברה חמורה המנויה בסעיף, ישנה חזקה שהתקיימה עילת המסוכנות**. חומרת העבירה אינה עילה עצמאית אלא רק מקימה חזקת מסוכנות הניתנת לסתירה**.**
* **פס"ד** **גנימאת** –(לפני חקיקת סעיף 21(ג)) נקבע כי מכת מדינה ושיקולי הרתעה לא יהיו עילת מעצר עצמאית ויחשבו שיקולים רלוונטיים בשלב המעצרים. חומרת העבירה לא יכולה להוות כשלעצמה עילת מעצר.
1. "הפרת תנאים"- זוהי **עילה דיונית**. אם בהליך קודם במשפט הנאשם הפר תנאים קודמים, לדוג' לא הפקיד ערובה/ הפר תנאי מתנאי הערובה /יש עילה לביטול השחרור בערובה. לעומת העילות האחרות, בעילה זו אם מתקיימת, **אין צורך לבדוק חלופת מעצר**. ניתן גם לחלט את הערובה לפי **ס'51(א).**
2. **חלופה ראויה (ס' 21(ב)(1))-** מעצר הוא אינו עונשי או הרתעתי, לכן יש לנהוג בו **במידתיות** ולבחון חלופות שיפגעו פחות בחירות. נטל ההוכחה על היעדר חלופה אחרת היא על התביעה. **ס׳21א** – **הוראת ביהמ"ש על הגשת תסקיר מעצר**:במקרים רבים לא ניתן לדעת אם יש חלופה ראויה מבלי תסקיר, בו קצין מבחן בודק כמה ניתן לסמוך על האדם אם ישוחרר לחלופת מעצר וכו'. תסקיר זה מוגש בטרם תתקבל החלטת ביהמ"ש**.**
* **יש הזנה הדדית בין התשתית העובדתית לבין עילת המעצר לבין חלופת המעצר** – ככל שיש ראיות חלשות יותר כך תגבר הנטייה לאפשר חלופה בעוד ככל שיש ראיות חזקות יותר אז הנטייה תהיה לא לתת חלופה וככל שהמסוכנות רבה יותר כך תקטן הנטייה לחלופה. כאמור גם חומרת העבירה יכולה לשמש אינדיקציה למסוכנות כאשר הפסיקה אומרת כי במקרה שיש אינדיקציה למסוכנות אז יתכן וזה יהווה אינדיקציה לא לחפש אחר חלופה. ניתן לטעון כי בעבירות חמורות נדיר כי ביהמ"ש מעורר חלופות מעצר, והנושא של חומרת העבירה שהוצא מהדלת הראשית בהקשר של עילת המעצר חוזר מהחלון בנושא של חלופת המעצר.
* **פלוני נ' מדינת ישראל** - **השופט עמית** אומר כי אכן יש לבדוק את 3 השלבים לפי הסדר, אך לא ניתן לקבוע שאין קשר בין השלב הראשון לשני השלבים האחרים- **יש מקבילית כוחות**. לכאורה ניתן היה לומר שאם יש ראיות עוברים מיד לשלבים הבאים ואם לא אז לא, אולם הניסיון מלמד שחומר ראיות אינו שחור-לבן; ככל שעוצמת הראיות קטנה יותר, ובחינת חומר החקירה מעורר ספק וסתירות – כך תגדל הנכונות לשחרר לחלופת מעצר, ולהפך. **[המרצה-** המונח "ראיות מוחלשות" יוצא מנק' הנחה שאנחנו אמנם מצויים בתוך הסיכוי הסביר להרשעה, אך ברף הנמוך שלה – לכן הנטייה לחלופת מעצר תגבר, ואילו אם היינו ברף הגבוה – הרי שהנטייה לחלופת מעצר הייתה יורדת]. בנוסף**,** הפסיקה קבעה כי רשימת העבירות היוצרות חזקת מסוכנות – **יוצרות גם חזקה נגד שחרור בערובה**. כלומר, הפסיקה החילה את החזקה החלה בתנאי ה-2– גם על התנאי ה-3 [גם כאן החזקה ניתנת לסתירה]. אולם **אין סיבה להגיע לעילה השלישית של חלופת מעצר, אם התביעה נעצרת בתשתית הראייתית או בעילה השנייה של עילת המעצר שהסנגור מצליח לסתור את החזקה ולהפריכה ואז הנאשם ישוחרר**.
* **חסיד- רובינשטיין:** גם כשאין תשתית אפשר להוביל לחלופה. יש מקבילית כוחות בין התשתית לעילה לבין היעדר חלופה סבירה. כשנמצאים ברף נמוך הנטייה לחלופת מעצר תגדל. כשנמצאים ברב הגבוה הנטייה לחלופה תקטן.
* **קורמן -** רכז ביטחון של ישוב הכה ילד למוות. הנאשם שמר על זכות השתיקה במשטרה. לביהמ"ש הובאה בקשה למעצר עד תום ההליכים מחשש למסוכנות, הסנגור מנסה להפריך את חזקת המסוכנות. **זמיר:** **מקשר בין השתיקה למסוכנות**: שתיקת הנאשם בחקירה עומדת לו לרועץ בניסיונו להפריך את חזקת המסוכנות; מכיוון שחזקת המסוכנות לא נסתרה, והחזקה נגד שחרור בערובה נותרה בעינה, אין לשחרר את הנאשם שביצע עבירה חמורה ושתק במשטרה. **ההלכה: השתיקה פוגעת בהפרכת עילת המסוכנות (עילת המעצר); שתיקת הנאשם במשטרה מועברת מעילת המסוכנות גם כעילה נגד שחרור ממעצר (שחרור בערובה)**. **המרצה** חולק על כך ותוהה מדוע השופט קושר בין השתיקה בחקירה לבין חזקת המסוכנות – זכות השתיקה בחקירה עומדת לנחקר, ויש לאפשר לו להגן על עצמו ולסתור את חזקת המסוכנות במהלך המשפט.
* **סדרי דין לבקשת מעצר עד תום ההליכים**:
* מי שמגיש את הבקשה הוא התובע ולא השוטר.
* אם הסנגור רוצה להגיש ראיות בדיון בבקשה יכול.
* השופט שדן בתיק הזה בד"כ לא יהיה אותו שופט שדן בתיק העיקרי.
* כאשר שופט משתמש באחת מהעילות המהותיות של סיכון לשיבוש או חשש למסוכנות (לא העילה הדיונית), קיימת חובת מינוי סנגור לצורך הוצאת צו מעצר (**ס' 21(ב)(2)**). אלא אם הוא מחליט שלא רוצה להיות מיוצג - ס' 21(ג).
* הנוכחות של הנאשם חובה (אלא אם יש חריג של מצב בריאותי).
* הדיון פומבי.
* **ס' 44(ב') לחוק-** ביהמ"ש רשאי לצוות על נאשם לתת ערובה, עבור התייצבותו במשפט. כלי נוסף לביהמ"ש שמעניק לשופט להטיל ערובה, גם אם הוא לא מוסמך לעצור אותו **לפי ס' 21 לחוק** (אין תשתית, אין עילה ולכאורה לא מגיעים לחלופה). יש אפשרות **להטיל ערובה** בתנאי שהטלת הערובה תתבצע **עבור הבטחת התייצבותו במשפט**.
* **חובת הייצוג**- **ס'21(ג):** לא יינתן צו מעצר אלא אם יש לנאשם סניגור או כי הוא הודיע כי אינו מעוניין להיות מיוצג. אם אין לנאשם סניגור והוא לא הודיע כי הוא אינו מיוצג, ביהמ״ש רשאי למנות לו סניגור.

**5.1 מעצר בפיקוח אזיק אלקטרוני**

* רלוונטי רק למעצר עד תום ההליכים**. ס'22(ב) לחוק המעצרים:** מעצר בפיקוח אלקטרוני **אינו** נחשב חלופת מעצר. משתמשים בו כי נקודת ההנחה היא שאי אפשר להשתמש בחלופת מעצר. \*מעצר בית כן נחשב חלופת מעצר.
* **מה כוללת הפרוצדורה של הפיקוח האלקטרוני?**
* תסקיר
* תוכנית פיקוח
* גורמים כגון מנהל הפיקוח האלקטרוני שהחוק קובע את סמכויתיו
* החברה המפעילה את האזיק ועוד.
* **תנאים לשימוש באיזוק:**
* הנאשם נתן הסכמתו לכך.
* ביהמ"ש מצא שהאיזוק יאפשר את השגת תכלית המעצר לאחר ששקל את חומרת העברה ואת עברו הפלילי של הנאשם.
* אם הנאשם נעצר בעבר באיזוק יבחנו האם עמד בתנאי הפיקוח, בהתאם לדיווח שימסור התובע לעניין זה.
* יש עברות שכדי לאפשר איזוק יש לנמק את ההחלטה עם טעמים מיוחדים שיירשמו.
* **מגבלת זמן:** 18 חודשים (לעומת עצור שם מגבלת הזמן היא 9 חודשים). העליון יכול להאריך מפעם לפעם ללא מגבלה על מספר הארכות ב-180 יום כל פעם. לפי **ס'61(ג):** אם יש פס"ד מרשיע ביהמ"ש יכול להאריך את המעצר עד לגזר הדין, שיינתן תוך 180 יום. שופט עליון יכול להאריך ללא מגבלה על מספר ההארכות.
1. **מעצר לצורך ערעור**
* **ס' 22(א) לחוק המעצרים**: קובע שאם ניתן פסק דין **מרשיע** נגד נאשם שהוחזק במעצר עד תום ההליכים **ולא הוטל עליו עונש מאסר בפועל**, והתובע הודיע כי בכוונתו לערער על קולת העונש ולבקש מאסר בפועל, רשאי בית המשפט שהרשיע את הנאשם לשחררו בערובה או, אם שוכנע שיש חשש שיימלט, לצוות על מעצרו לתקופה שלא תעלה על **72 שעות** לצורך הגשת הודעת ערעור.
* **ס' 63 לחוק המעצרים:** הנאשם **זוכה** מן האישום, והפרקליטות מתכוונת לערער, ביהמ"ש ראשי להתיר מעצר ביניים לעוד **72 שעות.**
* **ס' 55 לחוק המעצרים: השהיית ביצוע שחרור-** החליט בית המשפט על שחרור בערובה או על שחרור ללא ערובה, של אדם שהיה במעצר בעת מתן ההחלטה, והודיע היועץ המשפטי לממשלה או תובע, במעמד מתן ההחלטה, על רצונו לערור עליה, רשאי בית המשפט שנתן את הצו לצוות על השהיית ביצוע השחרור לתקופה שיקצוב ושלא תעלה על 48 שעות מעת מתן ההחלטה.
1. **מעצר עד סוף הערעור (ס' 22(ב) לחוק המעצרים)**
* **לאחר הגשת הערעור מבקשים מעצר עד לתום הליכי הערעור: ס'22(ב)** קובע שביהמ"ש רשאי לצוות על מעצר האדם עד לתום הליכי הערעור בהתאם להוראות **ס'21**. קרי, ס'21 שדן בבקשת מעצר עד תום ההליכים זהה למהלך פה בערעור (**פס"ד עפיף**).
* **ס'22(ב)** שקובע **שהסמכות העניינית נתונה לביהמ"ש של הערעור**. ערכאת הערעור היא שתדון במעצר.
1. **מעצר של נמלט ממשמורת חוקית** (**ס' 14 לחוק המעצרים**)
* אין מידתיות, כל פעם בו יש אדם שנמלט ממשמורת חוקית, אזי קמה עילת מעצר (בני סלע).

**\*\* הארכת מעצר ע"י ביהמ"ש העליון** - **ס' 62 לחוק המעצרים**, קובע כי שופט ביהמ"ש עליון יכול **ב-90 יום כל פעם מחדש** להאריך את התקופות המנויות בסעיפים 61-59, ואין מגבלה על מספר ההארכות. שופט עליון יכול להאריך את **הצורך בהתחלת משפט** תוך 30 יום, והוא יכול להאריך זאת ב-90 יום. בנוסף, גם את **הצורך במעצר עד תום ההליכים** לסיים עם הכרעת הדין עד 9 חודשים. במצב זה שופט עליון יכול להאריך את הזמן ב-90 יום עד להכרעת הדין.

**דיני חיפושים**

**1. חיפוש בגוף האדם**

* כל חיפוש דרוש **הסמכה בחוק,** גם החיפוש הכי בנאלי.
* לפני חקיקת חוק החיפושים:
* **פס"ד קטלן:** פסק דין שניתן לפני המהפכה החוקתית. בית המשפט קבע שחיפוש מסוג **חוקן** יש בו אלמנט של חדירה ונדרשת הסמכה מפורשת בחוק. אם מדובר בחיפוש עם אלמנט חדירה או עם אלמנט של ניתוק דברים מהגוף: נדרשת הסמכה מפורשת או הסכמה מדעת של החשוד. **בהיעדר הסמכה מפורשת בחוק או הסכמה: ניתן לבצע רק חיפוש חיצוני על פני הגוף**. יש במבחן הזה קושי- לקיחת שערה נחשב ניתוק שדורש הסמכה מפורשת ולעומת זאת, עיון בגופו העירום של האדם אינו מהווה חדירה ולכן לא נדרשת הסכמתו.
* **פס"ד גואטה:** חשד לאדם שהחזיק סמים, נעצר, ובהסכמתו המשטרה עורכת חיפוש בישבנו. החיפוש נעשה ברשות הרבים. לכאורה חיפוש זה היה מותר משום שנעשה בהסכמת גואטה. הש' אלון: גם כשיש הסכמה אין פירוש הדבר שהכל פרוץ ומותר. יש לשמור על מידה סבירה של הגינות כדי שלא לרמוס את כבוד האדם ואת פרטיותו.
* סוגי חיפושים בגוף האדם כיום:
1. **חיפוש מוגבל על פני גוף האדם –** רלוונטי רקל**עיכוב: ס' 72א לחוק המעצרים-** שוטר שעיכב אדם יכול לבצע חיפוש מוגבל על גופו בעת הכנסתו לניידת / אמבולנס, **לצורך** תפיסת נשק/ חפץ אחר שיכול לסכן אדם או ציבור. חיפוש על פני הגוף = חיפוש שאינו כולל הסרת בגד החושפת איבר שהיה מכוסה למעט הסרת כיסוי פנים/ כיסוי ראש/ נעליים/ חיפוש בבגדיו או כליו שהוא נושא עימו או שנמצאים בקרבתו ושליטתו המיידית. דהיינו, **כל דבר שאינו חיפוש חיצוני או פנימי**.
* מלצר **בירדאו קסאי**: בחיפוש על פני הגוף אמנם עדיף לבקש הסכמה, אך **אין חובה לבקש הסכמה**.
* **ס' 72א(ב)** אם האדם מתנגד לחיפוש, והוא **חשוד** ולא עד, **ניתן להפעיל כוח סביר לשם החיפוש**.
1. **חיפוש על פני גוף האדם- ס' 22 לפקודת סד"פ**, עוסק **בחיפוש בעצוּר** - קובע כי ניתן לערוך חיפוש על פני גופו של עצוּר "חיפוש על גופו, בגדיו או כליו של אדם" שאינו חיפוש חיצוני או פנימי. **כרטיס הכניסה לחיפוש כזה** הינו **חשד סביר לביצוע עבירה**. ניתן לעצור אדם גם בלי חשד סביר אם הוא מסרב עיכוב, ואז ניתן לבצע חיפוש כנ"ל. בחיפוש על פני הגוף אמנם עדיף לבקש הסכמה, אך **אין חובה לבקש הסכמה** (**קסאי**). **ס' 69 לחוק המעצרים**: אם יש סמכות לחיפוש יש עילת עיכוב בעקבות התנגדות לחיפוש.

דוגמאות למקורות הסכמה לביצוע חיפוש על פני הגוף:

* **ס' 29 לפקודת סד"פ:** אדם נמצא בבית שמתבצע בו חיפוש לחפץ מסוים, ויש חשש סביר שהוא **מחביא את החפץ אצלו** (יש להוכיח את החשש הסביר + הסתרה של החפץ).
* **ס' 3(ב) לחוק סמכויות לשם שמירה על בטחון הציבור** - מכוחו מאבטחים מבצעים חיפוש ע"פ הגוף בכניסה לקניונים וכד'. מאפשר למאבטח שיש לו חשד סביר שאדם מחזיק נשק שלא כדין / מתכוון לבצע בנשק שימוש שלא כדין –לערוך חיפוש על גופו של האדם.
* **ס' 3(ב1) לחוק סמכויות לשם שמירה על בטחון הציבור** **-** מתיר חיפוש באדם אשר שוטר חושד שהוא עומד להתנהג באלימות כלפי אחר, לרבות מי שמתנהג באופן בריוני וכד'.
* **הלכת בן חיים** – **ביהמ"ש התיר חיפוש על הגוף בהינתן הסכמה מדעת גם בהיעדר הסמכה בדין.** ההלכה הוגבלה רק לחיפוש על פני הגוף ולא לחיפושים חודרניים יותר. על השוטר לומר על לאדם שיש לו זכות לסרב לחיפוש ושהסירוב לא יפעל לרעתו.
* **זייצב נ' מ"י**: **האם שוטר רשאי לערוך חיפוש על פני גופו של אדם בשדה תעופה לצורך איתור סמים מסוכנים, בהיעדר חשד סביר לפי ס'29?**
* **השופט אלרון** קובע כי **כל חיפוש, גם על פני הגוף, פוגע בכבוד – ולכן נדרשת הסמכה מפורשת ולא די בהסמכה כללית**. חשד סביר, ככלל, הוא כרטיס הכניסה, ולא די בתחושת בטן / עבר פלילי קודם המנותק מכל נסיבה אחרת. אולם יש לכלל זה חריגים בהם המחוקק התיר חיפוש על גופו של אדם גם בהיעדר חשד סביר. יתר על כן, ישנם ס' חוק המתירים חיפוש על גופו של אדם כאשר הוא נועד להשגת מטרה ספציפית – וכך במקרה שלנו (**ס' 28(ב)(4)** לפקודת הסמים מתיר ביצוע חיפוש לצורך קיום הוראות פקודת הסמים, ולמרות שהוא כללי – עדיין לא ניתן לאפשר ביצוע חיפוש על פני הגוף בלי שיש תשתית עובדתית שתצדיק זאת). פרשנות מרחיבה של הס' תיצור **פרופיילינג**, ולכן:
* **החיפוש יהיה רק לתכלית שלשמו הוא נועד;**
* **החיפוש יהיה מידתי**. השוטר יצטרך להסביר מדוע ביקש מהאדם לבצע חיפוש על פני גופו, גם אם לא נדרוש ממנו להראות חשד סביר. קרי, כי יש לקבוע, בנוהל, אמות מידה ברורות שיתבססו על תשתית עובדתית שתלמד על קשר רציונלי בינה לבין החיפוש.

במקרה דנן, השופט מגיע למסקנה שלא היה נוהל או מדיניות – ולכן החיפוש אינו חוקי. **כל אימת שנמצאה ראיה כתוצאה מחיפוש לא חוקי – יש לעבור לבחינת קבילותה לפי הלכת יששכרוב:** במקרה דנן, אלרון קובע כי באיזון שבין חומרת הפגיעה לבין חומרת העבירה – הכף נוטה לטובת פסילת פירות החיפוש. אלרון סבור שחיפוש אקראי, כשלעצמו, אינו בהכרח בלתי חוקי – אך נדרשת מדיניות מסוימת לגבי החיפוש.

* **השופטת ברון** מצטרפת לאלרון, ואומרת שלא יתכן שהחלטה אקראית של שוטר לעצור אדם תתקבל בשיטת "מצאת – הצלחת, לא מצאת – לא קרה דבר".
* **מינץ במיעוט** מסכים עם אלרון כל הדרך עד ליישום של יששכרוב; הוא סבור שלא מדובר בהיעדר סמכות לחפש, אלא רק ביישום לקוי של הסמכות – ולכן אין לפסול [אך מיעוט].
1. **חיפוש חיצוני לפי חוק החיפושים- יש רשימה סגורה של 12 סוגי חיפושים שייחשבו חיצוניים** **ס׳1- הגדרות לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי):**

*(1) בחינה חזותית של גופו העירום של אדם, לרבות צילומו;* ***חיפוש שאינו חודרני***

*(2)   נטילת טביעה של כל חלק מהגוף;* ***חיפוש שאינו חודרני***

*(3)   לקיחת חומר שמתחת לציפורניים;* ***חיפוש שאינו חודרני***

*(4)   גזירת ציפורניים;* ***חודרני***

*(5)   לקיחת חומר מתוך הנחיריים;* ***חודרני***

*(6)   לקיחת שיער, לרבות שורשיו;* ***חיפוש שאינו חודרני***

*(7)   לקיחת חומר מעל הגוף;* ***חיפוש שאינו חודרני***

*(8)   בדיקה על העור;* ***חיפוש שאינו חודרני***

*(9)   מתן דגימת שתן;* ***חודרני***

*(10)  מתן דגימת רוק;* ***חודרני***

*(11)  מתן דגימה של אוויר באמצעות בדיקת נשיפה;* ***חודרני***

*(12)  נטילה של דגימת תאי לחי;* ***חודרני***

* לגבי חיפוש חיצוני שאיננו חודרני **–** **ס' 3(ב):** אפשר לבצע שימוש בכוח סביר לאחר שקצין המשטרה הסביר לו את השלכות הסירוב; לגבי חיפוש חיצוני חודרני: אי אפשר לבצע תוך שימוש בכוח כלל! הסנקציה תהיה **ראייתית** (ראה\י דיון למטה).
* לפי **ס'3 לחוק החיפושים**, כדי לבצע חיפוש חיצוני נדרשים 3 רכיבים:
* ***יסוד סביר.***
* ***ביצוע עבירת עוון או פשע.***
* ***הסכמת החשוד:* ס' 3(ג)** - אם לא נתן החשוד את הסכמתו לחיפוש החיצוני, יובא לקצין המשטרה לצורך קבלת אישור בכתב לעריכת החיפוש, לרבות השימוש בכוח סביר הנדרש לעריכתו. **ס'3(ד):** בטרם ייתן קצין המשטרה את אישורו, ייתן הזדמנות לחשוד להשמיע את טעמי סירובו, ויסביר לו שניתן להשתמש בכוח סביר לעריכת החיפוש ואת המשמעות המשפטית של סירובו כאמור ב**סעיף 11. חשוב-** כשחשוד מסרב לביצוע חיפוש חיצוניחודרניההיתר **לא** נותן סמכות לבצע חיפוש עליו!! אלא סירובו ייחשב לרעתו **מבחינה ראייתית**- חיזוק למשקל הראיות של התביעה כאשר לא נערך החיפוש בשל הסירוב.
1. **חיפוש פנימי לפי חוק החיפושים- יש רשימה סגורה של 6 סוגי חיפוש שיחשבו פנימיים: ס׳1- הגדרות לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי):**

*(1)   בדיקת דם;*

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

*(3)   שיקוף פנים הגוף באמצעות מכשיר רנטגן;*

*(4)   הדמיית פנים הגוף באמצעות סורק מסוג כלשהו;*

*(5)   בדיקה גינקולוגית, לרבות לקיחת חומר;*

*(6)   נטילת דגימת דם מזערית; - ניתן לעשות גם בעבירת עוון.*

* **מתי ניתן לעשות חיפוש פנימי?** (**ס'4 לחוק החיפושים)**
* ***יסוד סביר.***
* ***עבירה מסוג פשע*** *(חוץ מבדיקת דם שאפשר גם לעוון).*
* ***אישור רופא-*** חובה לקבל אישור רופא גם אם החשוד מסכים וגם אם לא.
* ***הסכמת החשוד***- **חיפוש פנימי לא ניתן לבצע בכפייה בכלל**. מה קורה אם החשוד לא מסכים לחיפוש? **ס' 4(ג):** בנוסף להליך בפני הקצין, צריך לעבור שלב של פניה לביהמ"ש השלום שיתיר עריכת חיפוש פנימי. \***חריג:** לגבי בדיקה גניקולוגית, גם אם יש הסכמה, נדרש היתר מביהמ"ש השלום. ההיתר אינו מקנה סמכות לשימוש בכח!! **נפקות ההיתר היא כדי שניתן יהיה להצמיד לסירובו של החשוד סנקציה ראייתית שתשמש לרעתו. מתי סירוב של החשוד לא ישקל לרעתו מבחינה ראייתית?**
* כאשר החיפוש הפנימי בוצע ללא היתר
* הסירוב היה של האפוטרופוס של החשוד ולא שלו
* לא ניתן אישור רופא כשהוא נדרש
* סירוב לפגוש רופא גם יהווה סירוב.

**מתי ביהמ"ש ייתן היתר?** לפי **ס' 8(א)** הצורך בהשגת הראיה גובר על הפגיעה בחשוד הכרוכה בחיפוש הפולשני אין דרך אחרת שפגיעתה בחשוד פחותה. הקצין יגיש בקשה לביהמ"ש שתכלול את תנאי **ס' 7**. אם הוא **סבור שההשהיה הכרוכה בבקשת היתר תפגע בראיה** – יסביר זאת לחשוד ויסביר לו את המשמעות.

* **פס"ד חורי:** החשוד התבקש לטבול ידיו בתמיסה כימית בפרשה זו וסירב. נקבע שהסירוב יהווה סנקציה ראייתית של חיזוק. נקבע כי הסנקציה קמה רק אם החיפוש עצמו לא נערך –  **אם נערך בכח חרף הסירוב, לא תהיה סנקציה ראייתית**.
* **פס״ד פרחי:** לקחו מפרחי DNA ודרך זאת מצאו שהוא קשור לעבירה אחרת שבוצעה. על כן, עשו לו תרגיל, הזמינו אותו לתחנת המשטרה ולקחו ממנו דגימת רוק באמצעות בדל של סיגריה. **האם היה צריך לבקש את הסכמתו?** נקבע ש**לא**, **תרגיל חקירה לא נכנס לתוך חוק החיפושים** ולכן לא צריך לדרוש את הסכמת החשוד. **לא ניתן לבקש הסכמה של חשוד לבצע חיפוש שאיננו מוזכר ברשימת החיפושים בחוק!!**
1. **חיפוש בהסכמה בגוף אדם שאינו חשוד- ס׳ 14:**
	* 1. "*שוטר רשאי, לצורך חקירת עבירה, לערוך חיפוש כאמור בחוק זה בגופו של אדם שאינו חשוד, ולענין עריכת חיפוש כאמור לפי סעיף 5 להורות על עריכת חיפוש כאמור באותו סעיף, ובלבד שמתקיים אחד מאלה:*
	1. *האדם הוא* ***נפגע עבירה, עד וכל מי שאינו חשוד****, והיה לשוטר* ***יסוד סביר*** *להניח שבגופו של אותו אדם נמצאת* ***ראיה הנדרשת לצורך חקירת העבירה****;*
	2. *החיפוש נדרש* ***לשם בדיקת קשר אפשרי של אותו אדם לעבירה הנחקרת****.*
		1. *לא יערוך שוטר חיפוש לפי הוראות פרק זה* ***אלא לאחר שהסביר לאדם****, בלשון המובנת לו, את מטרת החיפוש ואת השימוש שניתן לעשות במה שייתפס בחיפוש, וכן הסביר לו את זכותו שלא להסכים לחיפוש,* ***ואותו אדם נתן את הסכמתו בכתב, לביצוע החיפוש.***
		2. *על אף האמור בסעיף זה, לא ייערך חיפוש פנימי כאמור בסעיף קטן (א)(2) שהוא בדיקה גינקולוגית, אלא בהיתר של בית משפט; הוראות סעיפים 7 ו-8 יחולו, בשינויים המחויבים, לפי הענין.*
* שתי סיטואציות בהן ניתן לבצע חיפוש אצל אדם שאינו חשוד**: קורבן עבירה** או **עד** + נדרש **יסוד סביר להניח שבגופך ראייה שיכולה להוכיח עבירה**. רק באופציות האלה ניתן לבצע **חיפוש בהסכמה**. יש להסביר את מטרת החיפוש וזכותו לא להסכים וההסכמה צריכה להיות בכתב.
* **אופן ביצוע החיפוש בחיפוש פנימי וחיצוני (ס׳ 2):**
1. *אין עורכים חיפוש בגופו של חשוד* ***אלא לאחר שנתבקשה הסכמתו*** *לכך ולאחר* ***שנמסר לו כי ניתן לעשות שימוש בנתוני הזיהוי שיופקו ממה שניטל בחיפוש גם לצורך הכללתם במאגר*** *בכפוף להוראות חוק זה, או לצורך השוואתם לנתוני הזיהוי שבמאגר כאמור בסעיף 11יד.*
2. *חיפוש בגופו של חשוד ייערך* ***בדרך ובמקום שיבטיחו שמירה מרבית על כבוד האדם, על פרטיותו ועל בריאותו, ובמידה המועטה האפשרית של פגיעה, אי נוחות וכאב****.*
3. *חיפוש בגופו של חשוד ייערך* ***בידי בן מינו של החשוד*** *אלא אם כן התקיים אחד מאלה:*
4. *בנסיבות העניין לא ניתן לעשות כן ויש בדחיית החיפוש סיכון בלתי סביר לשלום הציבור*
5. *החיפוש נערך בידי בעל מקצוע רפואי, אלא אם כן ביקש החשוד שהחיפוש ייערך בידי בן מינו ומילוי בקשתו אינו מטיל נטל בלתי סביר על הרשות החוקרת;*
6. *החיפוש הוא נטילת טביעת אצבעות.*
* **האם הסכמה מדעת לחיפוש פנימי לא-חוקי יכולה לרפא את אי-החוקיות?** הרי **ביניש בבן חיים** קבעה כי בכפוף להסכמה, ניתן לבצע גם חיפוש בבגדים / בבית שאינו מנוי בחוק – **האם רציונל זה יכול להכשיר גם חיפוש בגוף האדם שאינו מנוי בחוק?** המרצה סבור **שלא.** יש הסדר שלילי, שכן **ס׳ 14** כבר התייחס לתרחיש של חיפוש בהסכמה ולא הזכיר חיפוש בגוף. כתוב במפורש ״אחד מאלה" – המחוקק קבע במפורש שזו רשימה סגורה, ולכן לא ניתן להכניס בהסכמה דברים נוספים. **בן-חיים**, המכשיר הסכמה כתחליף להיעדר הסמכה בדין, מדבר על הרף התחתון של החיפוש-חיפוש על פני הגוף ואילו הרף הגבוה של חיפוש, חיצוני/פנימי, הוא קשה מדי כדי שנוכל להכשירו ע"י הסכמה; **לכן, למעט הדרכים המנויות ב-14, לא ניתן להכשיר דרכי חיפוש נוספות ע"י הסכמה.**
* **פרשת לאוניד לוין-** הטענה הייתה שדגימת דם לצורך בדיקת שכרות מחייבת הסכמה של אדם לפי חוק הספציפי- חוק החיפוש בגוף. ביהמ"ש בעליון אומר שגם אם יש חקיקה ספציפית יש שני תנאים שחייבים לעמוד בהם ובלעדיהם לא ניתן לעשות חיפוש בגוף האדם (1) בקשת הסכמה- לא עורכים חיפוש בגופו מבלי שביקשו ממנו רשות (הוא לא חייב להסכים אך אין זה אומר שלא יחפשו) (2) החיפוש צריך לעשות תוך שמירה על כבודו, בריאותו. הדברים הללו יותר גבוהים מחוק החיפושים ונובעים מחו"י כבה"א.
* **פרשת נחמני-** בפרשת נחמני היה מדובר במעקב אחרי פלוני, שהיה חשד שהוא מעורב בפרשת רצח ואונס בלתי מפוענחת במשך שנים, והגיעו לאותו פלוני דרך טכנולוגיה חדישה שקשורה לחיפוש בתוך המשפחה. היה DNA של אחד מקרובי המשפחה של החשוד שנמצא במאגר כתוצאה מהליך אחר, והבדיקות בשטח שנעשו אל מול הDNA של הקורבן באונס וברצח הצביעו על כך שיכולה להיות התאמה משפחתית בין מי שביצע את הרצח והאונס לבין קרוב משפחה של אדם אחר שכן נמצא DNA שלו כתוצאה מפעילות עבריינית אחרת. לכן המשטרה עוקבת אחרי האדם הזה, ומניחה שקרוב המשפחה הוא הבן שלו. היא עוקבת אחרי הבן, והבן מרקק ברחוב והמשטרה אוספת את דגימת הDNA מהרוק הזה, ומתגלה התאמה מלאה לDNA של הרוצח והאנס. ביהמ"ש מכיר בסוף בפרוצדורה הזו ובחוקיותה. ואז עולה טענה מצד הנאשם – לא ביצעו את כל הפרוצדורה של דיני החיפושים, כלומר צריך לבקש את הסכמתו, הרי תפסו את דגימת הרוק כתוצאה מרוק שרוקק סתם כך ברחוב. **השופט עמית**: חוק החיפושים, כבודו במקומו מונח בכל הקשור לחוק החיפושים. אבל אם המשטרה עולה על איזושהי דגימת גוף שנלקחה דרך תרגיל חקירתי שהוא לגיטימי, אנחנו בכלל לא בעולם של חוק החיפושים.
* **תוצאות חיפוש בלתי חוקי במידה והתקבלה ראייה מהחיפוש - כלל הפסילה הפסיקתי, יששכרוב.**

**שיקולי העמדה לדין**

**העמדה לדין**

* **סמכות להחליט על העמדה לדין- ס׳ 60 לחסד״פ:** ההחלטה אם להגיש כתב אישום או לסגור את תיק החקירה נתונה **בידי רשויות התביעה**:
* **התביעה המשטרתית-** מנהלת את רוב ההליכים הפליליים, **עוון וחטא** למעט חריגים המנויים בסעיף.
* **הפרקליטות-** עבירות **פשע** עוברות לפרקליטות למעט חריגים המנויים בסעיף.
* **ס׳ 60(ו)-** טיפול בחומר חקירה בידי פרקליט או בידי תובע משטרתי שלא על פי חלוקת הטיפול הקבועה בסעיף, אין בו כשלעצמו כדי לפסול הליך פלילי, ובלבד שלא נגרם לנאשם אי-צדק.
* **ס' 60א**- קובע כי רשות התביעה שאליה הועבר חומר החקירה הנוגע לעבירת פשע, תיידע את החשוד בנוגע לכך, אלא אם נקבע כי יש מניעה לכך. הודעה זו נועדה כדי לאפשר לחשוד לבקש עריכת שימוע.
* **ס' 61-** מקנה לתובע סמכות להורות על המשכת החקירה במקרה הצורך (השלמת חקירה).
* **לפי ס' 62, כדי שתובע יחליט על העמדה לדין נדרשים שני תנאים מצטברים:**
1. **תשתית ראייתית** – סיכוי סביר להרשעה- "**הראיות מספיקות לאישום**".
2. **נסיבות העניין בכללותן מתאימות להעמדה לדין –** קיומו של **עניין לציבור**.

**החלטה על סגירת תיק**

* **תובע יכול להחליט שהוא לא מעמיד לדין את הנאשם מ-3 טיעונים:**
* **חוסר ראיות;** אין מספיק ראיות המקיימות סיכוי סביר להרשעה. **נשאר רישום משטרתי**. הנחיית פרקליט 1.3 עמוד 76על התובע לשאול עצמו "האם יש סיכוי סביר שביהמ"ש יפסוק שאין ספק סביר שהנאשם ביצע את העבירה"? (ספק סביר להרשעה). עם השנים המבחן רוכך וכיום על התובע לבחון היעדר ספק סביר לחפותו של החשוד. סגירת תיק בעילה של חוסר ראיות = האדם החשוד לא נוקה כליל מהחשד ונותר רישומו ברישומי המשטרה הפנימיים.
* **חוסר אשמה; ס' 62(ב)(4)-** הסגירה הכי טובה מבחינת החשוד. במקרה זה **אין רישום פלילי**. יש כאן אלמנט של תיוגה, חוסר אשמה = סביר כי אותו אדם לא ביצע את העבירה.
* **כלל הנסיבות אינן מתאימות להעמדה לדין (חוסר עניין לציבור); ס' 62(א) לחסד"פ-** האינטרס הציבורי אינו מספיק חזק כדי להעמיד לדין. **נשאר רישום משטרתי** (הנחיית פרקליט 1.3 עמוד 78). השיקולים שהתובע ישקול בהחלטה שלא לפתוח בחקירה או שלא להעמיד לדין בעילת "נסיבות העניין בכללותך":
* **חומרת העבירה ונסיבות ביצועה:** חומרת המעשה ונסיבות ביצועו; היקף הנזק שנגרם מביצוע מעשה העבירה ; שכיחות ההתנהגות העבריינית
* האם מדובר בעבירה מתמשכת ; משך הזמן בו בוצעה ההתנהגות העבריינית ; חלוף הזמן מאז ביצוע העבירה.
* **הנסיבות האישיות של החשוד :** גילו (ככל שקטן יותר) ומצב בריאותו (ככל שקשה יותר)- לא נפתח, עבר פלילי, מסוכנות, סיכויי שיקום והשלכות צפויות של ההליך הפלילי, מידת שיתוף הפעולה של החשוד עם רשויות החקירה, הליכים משפטיים מקבילים בגין אותו מעשה עבירה ועוד.
* **נסיבות הקשורה בנפגע העבירה ומידת הפגיעה בו**
* **מדיניות האכיפה:** כאשר העבירה נמצאת בסדר עדיפות גבוה מבחינת מדיניות האכיפה של גורמי האכיפה הנוגעים בעניין, יגבר, ככלל, העניין בפתיחה בחקירה או בהעמדתו לדין של החשוד בביצוע אותו מעשה.
* **שיקולים מוסדיים**: במקרים בעלי חומרה נמוכה, שיקולים של משאבים מוגבלים, היעדר כ״א או מחסור בזמן חקירתי, תביעתי או שיפוטי, עשויים לתמוך בקבלת החלטה שלא לפתוח בחקירה או שלא להעמיד לדין, ובלבד שהסתמכות על שיקול מסוג זה תגובה באישור פרקליט בכיר. בכל מקרה, שיקולים מן הסוג הנזכר לא ישמשו כשיקול יחיד בהחלטה כאמור.
* **בחינת הליכים חלופיים:** אם קיים הליך משפטי חלופי אפשרי להליך הפלילי, שיש בו כדי לתת מענה הולם או מתאיםיותר בנסיבות העניין.
* **ועוד**.
* **ס' 64 ערר על עילת סגירת התיק**- על החלטה שלא להעמיד לדין מהסיבות לעיל רשאי המתלונן לערור. (אחרי-ניתן להגיש בג"ץ, התערבות נדירה). ההתערבות בהחלטות מסוג זה תיעשה רק במקרים חריגים – כאשר ההחלטה לוקה בחוסר סבירות קיצוני או בעיוות מהותי אחר הדורש תיקון. שיקול הדעת הנתון לרשויות התביעה הוא רחב, בעיקר כאשר עסקינן בהחלטות המצויות בליבת סמכותן – וכך גם החלטות שעניינן סגירת תיקי חקירה.

**ביקורת שיפוטית על החלטה לסגירת תיק**

* במידה שהערר נדחה, קיימת אפשרות לעתור כנגד התביעה בטענה כי עילת הסגירה היתה בלתי סבירה.
* המבחנים לבחינת החלטה שלטונית עוסקים **בסמכות וסבירות** – *האם ההחלטה התקבלה בסמכות* והאם היא התקבלה באופן סביר: האם התקבלה *בחוסר סבירות קיצונית* (=הרשות שקלה את השיקולים שנדרשה להם אך איזנה בהם שלא כמו שצריך); או תוך ש*קילת שיקולים זרים*- למשל התקבלה תוך שקילת שיקולים זרים. בעבר, יושם מבחן מחמיר יותר: הוכחת חוסר תום לב או מניעים זרים ופסולים על מנת לפסול את החלטת התביעה. חוסר סבירות לא הספיק.
* **פרשת צופן נ' הפרקליט הצבאי הראשי-** רבין אמר שצריך לשבור לפלסטינים את הרגליים והידיים, ואלוף המשנה הורשע בדין משמעתי לאחר שאמר שצריך ליישם את זה, והפרקליט הראשי הורה לא להעמידו מכל מיני סיבות. בג"ץ הפך את ההחלטה ואמר שהיא בלתי סבירה.
* **בג"ץ יכול להתערב בהחלטת התביעה בשתי העילות – חוסר עניין לציבור ובחוסר תשתית ראייתית, אך רק במידה וההחלטה לוקה בחוסר סבירות קיצונית.** ואולם **לגבי עניין לציבור** יהיה קל יותר לקבוע קיצוניות כנ"ל, שכן שיקול הדעת הנתון לתביעה בה מצומצם יותר, בעוד **שלגבי חוסר ראיות** מתקבלת החלטה על סמך ראיות רבות – ולכן ביהמ"ש פחות יטה להתערב בה. דוגמאות:
* **פרשת גנור-** ביקורת על ההחלטה לסגור תיק מחוסר עניין לציבור**.** היועמ"ש חריש החליט שלא להעמיד לדין את בכירי ענף הבנקאות בשל חוסר עניין לציבור כלומר, יש תשתית ראייתית, אך נסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות להעמדה לדין: משך הזמן שחלף, הם כבר נתנו את הדין כי איבדו משרתם, רשויות המדינה היו מעורבות בוויסות המניות. **ביהמ"ש קובע:** בג"ץ יכול להפעיל שק"ד על החלטת התביעה לסגור תיק אם הוא סבור שההחלטה **נגועה בחוסר סבירות קיצוני.** במקרה דנן, למרות גישתו המסורתית של בית המשפט, התערב בג"צ בשיקול הדעת של היועמ"ש והורה לו להגיש כתב אישום כנגד בכירי הבנקאים. היועמ"ש אינו שונה מרשויות ציבוריות אחרות וגם החלטותיו נתונות לביקורת שיפוטית בעילת הסבירות – אך רק חוסר סבירות קיצוני יגרור את ביטול החלטתו.
* **פרשת קצב-** **הש׳ פרוקציה**: היות שסמכותה של התביעה בהחלטתה רחבה באופן מיוחד, כך גם היקף הביקורת השיפוטית על החלטותיה נוצר בהתאם. כיוון שטווח שיקול הדעת שלה רחב וכולל שיקולים רבים ושונים, **הסיכוי להכריע כי נפל בהחלטותיה פגם בלתי סביר באופן קיצוני הוא נמוך**. ואכן, גם במקרים בהם בית המשפט הביע חוסר נחת רב מהחלטות התביעה, כגון פרשת קצב, לא נפסלה החלטת התביעה.
* **יונה יהב (בראון-חברון):** סגירת תיק מחוסר תשתית ראייתית**.** כתבה ששודרה בערוץ 1 העלתה חשדות לעסקה פלילית בין בנימין נתניהו לבין ש"ס, לפיה ש"ס תתמוך בנסיגת צה"ל מחברון בתמורה למינוי רוני בראון ליועמ"ש, שהבטיח עסקת טיעון מקלה לאריה דרעי. בראון אמנם קיבל על עצמו את המינוי, אך הודיע על פרישה לאחר 48 שעות, לאור ביקורת ציבורית חריפה שנמתחה על המינוי. כתבתה של איילה חסון הביאה לפתיחת חקירה משטרתית, שבמסגרתה נחקר נתניהו באזהרה ואף נחקר שר המשפטים דאז, צחי הנגבי, שהיה בעברו מתמחה במשרדו של בראון. בסופה של החקירה המליצה המשטרה להעמיד לדין את נתניהו ואת הנגבי אך למרות זאת, היועץ המשפטי לממשלה רובינשטיין החליט לסגור את התיק בהיעדר ראיות מספיקות. ביהמ"ש מפרש **מהי התשתית הראייתית הנדרשת לצורך העמדה לדין,** וקובע **שהתשתית הראייתית הנדרשת לצורך העמדה לדין הינה סיכוי סביר להרשעה [51% להרשעה ב-97%].** דהיינו, על היועמ"ש לקחת את כל הראיות הקבילות, ולשאול עצמו האם לדעתו – ממכלול הראיות – יש סיכוי סביר [51%] שבסוף ההליך ביהמ"ש ירשיע את הנאשם מעבר לספק סביר. אם תובע בטוח שהנאשם ביצע את המעשה, אך אין לו די ראיות קבילות כדי שיחשוב שביהמ"ש יקבע שהוא ביסס אשמה מעבר לספק סביר – חובתו לסגור התיק. תובע לא יכול להגיש כת"א כשאין, לדידו, סיכוי סביר להרשעה, וזאת רק כדי ליצור מנוף להגעה להסדר טיעון. כאן, **היקף שק"ד התובע הוא רחב מאוד**, ובג"ץ לא יכול לשים עצמו בנעליו, שכן היועמ"ש ועוזריו לומדים את עשרות אלפי הראיות ובג"ץ לא יכול לעשות דבר כזה. רק חוסר סבירות קיצוני יגרור את ביטול החלטת היועמ"ש ע"י בג"ץ.
* **מהו היחס בין שיקול התשתית הראייתית לבין שיקול נסיבות העניין בכללותן?** אלה שני שיקולים שונים לחלוטין, שאינם מזינים זה את זה. אם אין תשתית ראייתית – לא עוברים לבחון את העניין לציבור, לא ניתן לפצות על חסרונו של אחד ע"י עודף באחר.
* כשסוגרים תיק על התובע לבחור עילה אחת בגינה הוא בוגר את התיק. כיצד עושים זאת? ישנם **מבחנים להחלטה על עילת סגירת התיק**:
1. **מבחן הסיכוי הסביר להרשעה**- מידת הסבירות שהחשוד ביצע את העבירה שמיוחסת לו.ככל שהסיכוי שהחשוד ביצע את העבירה כעולה מהראיות שנאספו בתיק נמוך, העילה תהיה "**העדר אשמה**". ככל שהסיכוי שהחשוד ביצע את העבירה הנו גבוה יותר, העילה תהיה "**חוסר ראיות"**. מבחן הסיכוי הסביר להרשעה הוא המבחן הן להגשת כת"א ולקיום תשתית ראייתית, וגם לבקשת מעצר עד תום ההליכים. זה יוצר אבסורד, לפיו אם תובע מגיע למסקנה שיש להגיש כת"א – הוא בהכרח סבור שיש לעצור עד תום ההליכים, שכן זה אותו מבחן.
2. **מבחן הראיה המנהלית:** יש לבחון אם ישנן בתיק ראיות שאדם סביר היה סומך עליהן כדי לקבוע שקיים סיכוי שאינו נמוך, שהחשוד ביצע את העבירה במכלול הנסיבות. אם אין בתיק ראיות מסוג זה, תהיה עילת הסגירה **"העדר אשמה"**.

**לצורך החלטה בדבר עילת הסגירה ניתן משקל רק למידע איכותי ומהימן.** ראיות לא קבילות ניתן להן משקל רק כשהן איכותיות ומהימנות. **שיקולים שאין לשקול:** קיומן של הרשעות קודמות, תיקים סגורים לעניין סגירת התיק בשל עילת חוסר ראיות או העדר אשמה.חריג: כשהחשוד בעברה הורשע בעבר בעברות בעלות אופי דומה, כך שהצטברות ההרשעות נגדו יכולים להגביר את החשד בעברה הנוכחית.

* **חמדאן** - שוטרי יס"מ נכנסו לעצור חשוד בכפר קנא, עצרוהו והמשיכו הלאה. בשלב מסוים חמדאן רץ לעבר רכב המשטרה תוך קריאות "אללה הוא אכבר", הרכב נעצר והוא מכה את הרכב עם סכין, שוטר יורה 2 כדורים באוויר והוא נרתע אך לא מפסיק, השוטרים מכוונים נשקיהם ובשלב מסוים אחד מהם יורה כדור שגורם למותו – בְסוף הבדיקה נגד השוטר היורה (שגם שינה גרסאות; בהתחלה טען שירה כי ראה את המנוח מתקרב לחברו וחש שהייתה לו סכנה, אך לאחר מכן גילה שיש סרטון של האירוע ועולה ממנו כי לפני שהוא יורה המנוח מתרחק – ואז משנה גרסה ואומר שירה כי ראה את המנוח מרים יד, אך גם זה לא מסתדר עם הסרטון) נסגר התיק **מחוסר אשמה**. **זהו אחד המקרים החריגים בהם התערב בג"ץ בהחלטת היועמ"ש בעניין סגירת תיק מחוסר אשמה** [כאן לראשונה], בה כאמור היקף שק"ד של היועמ"ש רחב ותלוי במקצוענות וניתוח ראיות, וביהמ"ש נוטה שלא להתערב. **סולברג במיעוט** סבור שיש לדחות העתירה; הוא שאין להתערב בהחלטת היועמ"ש, שהינה ברובה מוכוונת ראיות, ושגם לפי הראיות יש הצדקה לירי [היה מאוחר בלילה בסביבה מאיימת וכו' – לא ניתן לשפוט את השוטרים בנטרול הלחץ בו היה שרויים בשעת המעשה]. בנוסף, המשמעות של החלטת הרוב הינה חיוב היועמ"ש להגיש כת"א ע"י שופטי העליון – האם זה לא ישפיע על ביהמ"ש שיבוא להכריע דין? נראה שמסר כה נחרץ משופטי העליון ישלול אפשרות למשפט צדק, שכן השופט שידון בכך יידע מה עמדת ביהמ"ש העליון ויטה לפסוק לפיה. אך **גרוסקופף ברוב** קובע כי כששוטר חורג מסמכויותיו תוך הפעלת כח (ככל שיותר כח – יותר ירצו למצות את הדין) – יש עניין חברתי ראשון במעלה לבחון את המקרה עד תום. כמו כן, כאשר גורם אכיפה מסוים מעמיד לדין גורם אכיפה אחר [מח"ש את השוטר] – יש מראית עין של ניגוד עניינים; לכן, יש הצדקה שגורם אחר בלתי תלוי הוא שיחליט על אשמתם של גורמי אכיפה – הלוא הוא ביהמ"ש – ולכן יש להגיש כת"א, וביהמ"ש יכריע כפי ראות עיניו. **קרא מצטרף אליו** ומוסיף כי יש כאן סטייה ממתחם הסבירות, ויש בעייתיות בנימוקיו של היועמ"ש [שלא היו טובים דיים, וכן היו הנמקות מאוחרות, שלא היו בהחלטה המקורית – שהן חשודות]. התוצאה**,** הייתה שביהמ"ש מורה על היועמ"ש להעמיד את השוטר לדין. החלטה זו חריגה ביותר; השוטר לא נחקר תחת אזהרה שכן היועמ"ש סגר את התיק מחוסר אשמה, ועדיין בג"ץ מורה להעמיד לדין.
* **חמדאן ד"נ**- הנשיאה חיות מורה על דיון נוסף וזאת כיוון שלא ניתן להעמיד לדין שלא נחקר כחשוד(נחקר באזהרה) מדובר בפגיעה בזכות להליך הוגן.חיות מתייחסת גם לאמירה בדבר החשש לנג"ע, ואומרת כי דבריו של גרוסקופף לכאורה עומדים בסתירה לעקרון השוויון בפני החוק [שכן שוטר שנחקר נמצא בעמדה נחותה, עניינו יגיע לביהמ"ש בכ"מ], אך זו לא ההלכה בפס"ד אלא נאמר כעמדה פרטית ולכן למרות שהיא מעוררת קושי – היא לא מצדיקה ד"נ.
* **בג"ץ קבע כי בעבירות שחיתות** [שוחד, מרמה והפרת אמונים וכד'] – **תמיד יש עניין ציבורי בהעמדה לדין**, ולכן היא לעולם לא תיסגר בשל "נסיבות העניין" אלא בשל היעדר תשתית ראייתית.
* **מהו הדין במצב הפוך – האם ניתן לפסול גם החלטה כן להעמיד לדין? ד"נ רפי רותם-** רק דרך הגנה מן הצדק. לא הולכים לבג"ץ אלא לביהמ"ש אליו הוגש כת"א עצמו, כשהמסגרת הדוקטרינרית היא הגנה מן הצדק. כלומר, אין להעלות טענות בדבר סבירות ומידתיות בקשר להגשת כת"א – אך כן ניתן במסגרת הגנה מן הצדק.

**המשפט**

* **עיון בחומר החקירה** (**ס' 74 לחסד"פ**)- בעוד שהסנגוריה יכולה להפתיע את התביעה, ואינה חייבת להעביר את חומר ההגנה ורשימת העדים לתביעה, התביעה כן מחויבת להעביר את חומריה. חוסר סימטריה זה נובע מפערי הכוחות האינהרנטיים בין התביעה להגנה, ומבטא באופן מובהק את הזכות להליך הוגן. אולם, **זכות עיון בכלל החומר שנאסף במהלך החקירה אלא רק במה שמוגדר כ"חומר חקירה".** הגדרה זו נתונה בידי רשויות התביעה, המחליטות איזה חומר מתוך כלל החומר שנאסף הן מחויבות להעביר לידי הנאשם ואיזה חומר אינו נחשב לדעתן לחומר חקירה.
* **לכלל זה יש 2 חריגים:**
* **אם ההגנה מתכוונת להביא חו"ד / תעודה רפואית –** התובע יכול לבקש מביהמ"ש שיחייב את ההגנה להעביר לה עותק של זה **[ס' 83]**
* **נאשם הרוצה לטעון טענת אליבי –** חייב לומר זאת בתחילת המשפט [אחרת – ברשות, **ס' 152**].
* **הרציונל המהותי לס' 74:**
* **מחד- חשיבות ההליך האדברסרי ויכולתו של הנאשם לשמש יריב ראוי**: כיוון שההליך הפלילי מפר באופן עקרוני את התפיסה האדברסרית המבוססת על יריבות שוויונית כבסיס לחקר האמת, ניתנת לנאשם הפריבילגיה לקבל לידיו את החומר שקיים בידי המדינה, שכן אין ביכולתו לקיים חקירות באופן עצמאי. כמו כן, כיוון שהמדינה היא בעלת כוח לשלול חירותו ואפילו חייו של נאשם, יש לספק לו את מירב האמצעים להתמודד כראוי מול כוח זה. על כן, התפיסה שצריכה להנחות היא זכות עיון לנאשם בכל חומר שיוכל להועיל להגנתו. לתביעה לא אמור להיות שיקול דעת להחליט מה מועיל יותר או פחות להגנתו ועליה להעביר כל חומר שיכול להיות רלוונטי לנאשם – בין אם החומר מזיק לו ובין אם מועיל לו. **זכות העיון הינה זכות יסוד –** רק כך ניתן להוציא את האמת לאור [**אבו-סעדה**].
* **מאידך – שמירה על ערכים כגון פרטיות הקרבן ושמירה על אינטרסים מודיעיניים של המשטרה**: חומרים רבים אשר בדיעבד מסתבר כי אינם רלוונטיים להגנתו של הנאשם ובנוסף, יש בהם כדי לפגוע בפרטיות הקרבן, בפרטיותם של אחרים, באינטרסים חקירתיים וכיוצא באלה. לכן, בידי התביעה ניתן שיקול דעת להחליט מה יועבר ומה לא יועבר. **קָצַב:** סומכים על התביעה שתבצע סינון לגבי מהו חומר חקירה ומה לא, כדי שלא יציפו את ההגנה בחומר.

אם כן, סוגייה הנראית פרוצדורלית גרידא היא בעצם אחת הסוגיות המהותיות ביותר במסגרת ההליך הפלילי, שכן היא יורדת לשרשה של השיטה האדברסרית, לשאלת הגנתו של הנאשם, לשאלת מעורבותה של התביעה ושל בית המשפט בהגנה זו, ולסיכון שבחשיפת קו הגנה עוד לפני תחילת המשפט

* **הפרוצדורה של עיון בחומרי החקירה לפי ס' 74:**
* חומר החקירה יועבר **לאחר הגשת כתב האישום** – לפני כן נותנים יותר משקל לחקירה, חשאיות, היעדר שיבוש.
* הפעולה הראשונה שהסנגור עושה מבחינה פרוצדורלית, אם יש חומר חקירה שחושב שהוא לא קיבל, הוא פונה לתובע. אם התובע לא מסכים להעביר הוא מבקש בקשה מבימה"ש **לעיון בחומר חקירה**.
* הבקשה מוגשת **לביהמ"ש הדן באישום**. ככל הניתן זה **לא** יהיה אותו שופט שדן בתיק העיקרי, כדי שלא ייטה ושלא תהיה לו דעה קדומה. הבקשה תידון בשופט יחיד.
* לא ניתן לדון בבקשה במעמד צד אחד [**בגץ היומנים**].
* **עיון שופט-** השופט יראה את החומר שיש לגביו מחלוקת. זו פגיעה מינימלית בפרטיות. **הרף הראייתי צריך להיות נמוך מאוד** כדי לאפשר עיון של שופט בחומר הרלוונטי. אם השופט מעיין זה לא אומר שמעבירים אותו לצד השני.
* אם שופט לא מקבל את הטענה של הסנגור שחומר מסוים הוא חומר חקירה, ניתן להגיש **ערר בזכות לערכאה עליונה** שידון בפני שופט יחיד בתוך 30 יום. זה אחד המקרים הבודדים בהם ניתן להגיש ערער במסגרת הליך ביניים, באמצע הליך פלילי. מבחינת יעילות לא יעלה על הדעת שננהל משפט שלם ונגלה שהייתה ראיה שהיה צריך לראות ולא ראו.
* **סנקציה בגין אי גילוי**:
* אפשרות 1- **ראיה שלא הועברה להגנה מראש – כסנקציה, התביעה לא תוכל להגישה כראיה** [**ס' 77**].
* אפשרות 2 – שכלול דוקטרינת הפסילה הפסיקתית **בפס"ד זגורי**: כאשר לא ניתן לתקן את הסיטואציה ע"י מתן זמן ללמוד ראיה (דוג' עד תביעה מרכזי שנפטר ולאחר מכן נתגלה יומן שלו, אז לא ניתן להביאו להעיד), אם הנזק הוא חמור ובלתי ניתן לתיקון – **הוא יכול להוביל לזיכוי** **הנאשם**.
* **מה לא נכלל תחת "חומרי חקירה" שיש לגלותם?**
1. **ראיות חסויות (ס' 74(ו) לחסד"פ):** על אלו מופקות תעודות חיסיון: חיסיון לטובת המדינה [ס' 44 לפסד"פ] חיסיון לטובת הציבור [ס' 45 לפסד"פ] הדרך לתקוף את תעודת החיסיון היא להגיש עתירה לגילוי ראיה, המוגשת לבית המשפט העליון כשמדובר בחסיון לטובת המדינה, או עתירה המוגשת לבית המשפט הדן בדבר, כשמדובר בחסיון לטובת הציבור. ואז יכריע ביהמ"ש האם יש לבטל את החיסיון משום שהראיה חשובה מדי ליכולת הנאשם להתגונן עד כדי שהנזק מההסתרה עולה על התועלת ממנה. התביעה יכולה למשוך את כת"א אם הראיה חסויה עד כדי שלא משתלם לה לחשוף אותה במשפט. **סיקסיק**: התביעה חייבת לתת להגנה אינדיקציה לכך שיש ראיות חסויות, ע"מ שיוכל לפנות לביהמ"ש בעתירה לגילוי ראיה.
2. **חסיונות של בעלי מקצוע (עו"ד, רופא וכד'):** במצב זה, **ס' 49, 50 לפקודת הראיות**, יהיה דיון בדלתיים סגורות בנוגע לשאלת החיסיון ובית המשפט יצטרך להחליט אם הצורך לגלות הראייה לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שיש לא לגלותה סעיפים 49, 50 לפקודת הראיות.
3. **חומר מודיעני:** מה נחשב חומר מודיעני?  **ס' 74(א)(2)**: חומר המתייחס ל: (1) לעובדות המתוארות בכתב האישום, (2) לתוכן עדות שאמורה להישמע בשלב בירור האשמה, (3) לראיה שאמורה להיות מוגשת כאמור או (4) למהימנות של עד מרכזי- **זגורי** על החומר להיות קשור קשר קונקרטי לתוכן העדות. קרי, כדי שחומר מודיעיני יהא בר-גילוי, השלכתו על מהימנות העד חייבת להיות קונקרטית, להבדיל מערטילאית או כללית גרידא.
4. **תרשומות פנימיות** אינן חלק מחומר החקירה. בנוגע לראיון עד, אין חובה להעביר את התרשומת לידי ההגנה אך חומר שנוסף/שינוי בתשובות יש להעביר להגנה. בבסיסו של חריג זה ניצב האינטרס הציבורי במתן האפשרות לעובדי ציבור להביע דעתם בחופשיות וללא מורא במהלך עבודתם, מבלי שיחששו שהדברים ימצאו דרכם לגורמים חיצוניים למערכת (**קצב**).
* **מה נכלל תחת חומרי חקירה?**
1. **מעניקים פרשנות רחבה – מבחן הרלוונטיות;** כל חומר הרלוונטי לאישום הינו חומר חקירה, גם אם הוא נמצא בשולי האישום. די להצביע על קצה חוט בשביל להראות שמדובר בחומר חקירה, לפחות ע"מ להביא את הראיה בפני שופט. ישנם דברים שברור לגמרי שהם מהווים חומר חקירה [דוג' הסכם עד מדינה, עבר פלילי ותיק חקירה של עד מדינה], אך יש מקרי גבול; (**פס"ד צוברי**). **די שהסנגור יצביע על קצה חוט** שיש בו כדי להראות שמדובר ב"חומר חקירה", או על אפשרות כלשהי, **אף אם רחוקה**, כי ייתכן שהחומר רלוונטי לאישום ויוכל לשמש להגנת הנאשם, כדי שבית המשפט יורה לתביעה להעמיד את החומר לעיונו.
2. **מרשם פלילי של עד תביעה** [**דורנר ביחזקאל**]: ניתן לאפשר עיון בעבר פלילי של כל עד תביעה. **עבר פלילי ותיקי חקירה של עדי מדינה** עשוי להיחשב חלק מחומר החקירה, שכן לעבר הפלילי יש רלוונטיות למהימנות העדים.
3. **ראיון עד** [לפני שהתביעה מעלה עדים היא מרעננת זכרונם (**קצב)**]: אין צורך להעביר דברים זניחים (כי אז זה נחשב תרשומת פנימית) אך יש חובה להעביר כל דבר מהותי שעשוי לעזור לנאשם, גם אם אינם נוגעים לעובדות העבירה למשל: אם פתאום בראיון העדה חוששת להעיד, היא לא שקטה, זה צריך להיות מועבר להגנה.
4. **חומר שלא נמצא פיזית בידי התביעה**: **בג"ץ היומנים**– סיפור על נפגעת מינית שכתבה 9 יומנים ורצו לקחת את כל היומנים שכתבה, עוד לפני שהכירה את הנאשם, כחומרי חקירה שיש לגלותם. עוד לפני עדות המתלוננת הגיש הסניגור בקשה לעיין בכל היומנים אותם כתבה המתלוננת, גם יומנים שאין מחלוקת שנכתבו לפני שהכירה את הנאשם. התביעה התנגדה וטענה כי יומנים אלה אינם רלוונטיים וכי העברתם תגרום לפגיעה קשה בפרטיות המתלוננת (אפקט מצנן על עדים ומתלוננים). לאחר כמה דיונים ועררים, טענה התביעה כי חומרים אלא כלל אינם נכללים תחת "חומרי חקירה" כמשמעותם בסעיף 74 שכן אינם נמצאים בידי התביעה. כך, כל מה שניתן לעשות הוא לדרוש את גילויים מביהמ"ש בהתאם לסעיף 108. התביעה לא טענה כי סעיף 74 מוגבל רק למצבים בהם החומר נמצא פיזית בידי התביעה וכי יכולים להיות מקרים בהם יצווה על העברת חומר שאינו נמצא פיזית בידיה, אך מקרים אלה מוגבלים למצבים קיצוניים ונדירים שבהם עולה חשש כי התביעה נמנעה במכוון ובחוסר תום לב לתפוס חומר שעלול להזיק לה.

**ביהמ"ש קבע -** כי ההנחה שלפיה חומר שאינו מצוי בידי גורמי התביעה והחקירה אינו "חומר חקירה", אינה יוצרת חזקה חלוטה. ייתכנו מקרים שבהם בית המשפט ימצא שחומר מסוים הוא כנראה "חומר חקירה" כמשמעותו בסעיף 74 לחסד"פ אף שאינו מצוי בידי התביעה ואף בלי שיתעורר ספק בהגינותה ובתום לבה של התביעה. האם יומנים אישיים הם חלק מחומר החקירה? אף שאינם חומר חקירה מובהק, **יתכנו מקרים שבהם יהיה בהם או בחלק מהם חומר רלוונטי לאישום/להגנת הנאשם**. כדי להגן על פרטיותו של הנאשם, יש ליצור הפרדה בין החלקים הרלוונטיים לכ"א לבין החלקים אישים, חוויות פרטיות של בעל היומן.

* **דרך נוספת לגילוי חומר היא באמצעות ס' 108 לחסד"פ- זהו מנגנון המאפשר להגנה לבקש מבית המשפט לחייב עד להביא מסמכים הנמצאים ברשותו.**
* **היחס בין 74 ל-108: ס' 74 יותר טוב לנאשם** גם מבחינת **הפרוצדורה**: (1) על ס' 74 ניתן להגיש ערר. על 108 לא ניתן. (2) מי שדן בס' 108 זה השופט שדן בהליך העיקרי, לעומת זאת בס' 74 זה לא אותו שופט מכיוון שלא רוצים שתהיה הטיה טרם ההכרות עם העדים (3) לפי ס' 108 לא מקבלים את החומר בתחילת ההליך. וגם **מבחינת המהות**: (2) בס' 74, הסנגור רואה את החומר ומחליט אם הוא טוב לו או לא. בס' 108, העד מעיד בפני ביהמ"ש בהליך העיקרי ואז לא ניתן לבצע סינון. (3) חובתה של התביעה לספק לנאשם חומר: כשפונים לס' 74, בעצם רוצים מהתביעה שתעבוד בשבילי ותשיג לי את הראיות. לפי ס' 108, נקודת המוצא היא שהחומר לא נמצא בידי התביעה, ויש רצון שביהמ"ש יקרא לעד והוא יעביר את החומר.
* **בפס"ד שיינר** **הש' עמית** אומר כי במצב בו חשיפת החומר תפגע בזכות לפרטיות, עדיף לעשות שימוש בס' 108, (ולא ס' 74) פסיכולוג יעיד בביהמ"ש ויסביר מדוע לא יהיה טוב לחשוף את הדברים.

**טענות מקדמיות**

* **כללי**
* **ס' 149 לחסד"פ**- רשימה של **10 טענות מקדמיות** [לצורך המבחן זו **רשימה סגורה**, בפועל לא].
* **טענות מקדמיות**- טענות נגד ההליך עצמו ולא נגד האשמה. לא מדובר בטענות הגנה.
* **היפוך נטל ההוכחה**- למרות שהנאשם מעלה את הטענה, נטל ההוכחה על התביעה **להוכיח שלא מתקיימת טענה זו**. חריג: טענת הגנה מן הצדק – נטל הוכחה על הנאשם.
* **ס' 150**- ביהמ"ש רשאי להעלות טענה מקדמית **מיוזמתו** (ייחודי לשיטה האדברסרית). אם ביהמ"ש העלה טענה מעצמו הוא חייב לתת לשני הצדדים להגיב. (לדוג' במקרה שביהמ"ש מעלה את טענת ההתיישנות אך הנאשם רוצה להוכיח את חפותו ושלא ישאר לו רישום).
* **מועד העלאת הטענות המקדמיות (ס' 151)**
* ניתן לטעון מיד לאחר הקראת כתב האישום (תחילת המשפט), לכל אורך המשפט וגם בערעור (פרט לשני החריגים).
* 2 חריגים- טענות מקדמיות שאם לא נטענו בהתחלה, לא ניתן יהיה להעלותן בהמשך אלא באישור ביהמ"ש:
1. **ס' 149(1)-** **טענת חוסר סמכות מקומית.**
2. **ס' 149(3)- פגם או פסול בכתב אישום.**

מדובר בטענות טכניות שאם יתעוררו בשלב מאוחר יותר עשויות לגרור זמן שיפוטי מיותר, שהרי החלטה שלא ניתנת בסמכות/ מבוססת על פגם בכ"א בטלה מעיקרה.

* **דיון בטענה מקדמית**
* **ס' 150-** כשעולה טענה מקדמית ביהמ"ש צריך לתת **אפשרות תגובה לתובע**. כולל גם את הזכות לדחות את הדיון לשם הבאת ראיות. אולם אם דחה ביהמ"ש את הטענה מראש, לא חייב לחכות לתגובת תובע.
* **ס' 150-** **מועד ההחלטה בטענה**- ביהמ"ש צריך להחליט **לאלתר**, אלא אם כן הוא סבור שיש להשעות את ההחלטה לשלב אחר.
* אם ביהמ"ש קיבל את הטענה- 4 סעדים אפשריים:
1. **תיקון** כתב האישום (פגם או פסול).
2. **ביטול** כתב האישום (התיישנות, חנינה). לא מהווה זיכוי
3. **העברת התיק** לערכאה בעלת סמכות לפי **ס' 70 לחוק בתי המשפט** (חוסר סמכות עניינית/ מקומית).
4. **המתקת העונש** (הגנה מן הצדק)
* **ערעור על דחיית/ קבלת טענות מקדמיות שאינה מבטלת את המשך ההליך המשפטי-** ניתן לערער **רק לאחר קבלת פסק הדין**. ביטול כתב האישום בשל טענה מקדמית שווה ערך למתן פסק דין ועל כן ניתן לערער מיד.

**רשימת הטענות המקדמיות**

* **טענה 1: חוסר סמכות מקומית [ס' 149(1) לחסד"פ]**
* תביעה צריכה להיות מוגשת באחד מבתי משפט **שנמצאים באותו מחוז שבו בוצעה העבירה/מקום מגורי הנאשם**.
* **מועד העלאת הטענה לחוסר סמכות מקומית**: **ס' 151** אם הנאשם לא העלה טענה זו לאחר ההקראה, יש לקבל את אישור ביהמ"ש אם מעוניינים להעלות טענה זו בהמשך. בית המשפט ייתן לתובע זכות להגיב ולהביא ראיותיו וייתן החלטתו לאלתר אלא אם ראה להשהות את מתן החלטתו לשלב אחר של המשפט.
* **סמכות מקומית נקבעת לפי (ס' 6 לחסד"פ):**
* עדיפות **למקום ביצוע העבירה** – ככל שהעבירה הושלמה במחוז אחר, ניתן להגיש כ"א בכל אחד מהמחוזות.
* **מקום מגורי הנאשם** – מקום מגורים **קבוע** ולא זמני.
* **מקום התפיסה** – **(ס' 6(ג))**: רק במידה ומקום ביצוע העבירה ומקום מגורי הנאשם אינם ידועים. (לדוג' עבירה שנעברה בחו"ל ומגורי הנאשם אינם ידועים או שהוא מתגורר בחו"ל **ס' 6(ב1)**).
* כשאין סמכות מקומית לביהמ"ש כלשהו (לדוגמה: סייבר, הסגרה מחו"ל) – כתב האישום יוגש לביהמ"ש בירושלים.
* **חריג:**
* **כ"א עם צירוף אישומים ממחוזות שונים –** תהיה סמכות לכל אחד מהמחוזות שבהם בוצע כל אחד מהאישומים.
* **כ"א של שני אנשים שגרים במחוזות שונים** – תהיה סמכות לכל אחד מהמחוזות הללו (**ס' 7** – בכתב אישום הכולל מס' עבירות או מס' נאשמים, הסמכות נתונה לכל בימ"ש שלו סמכות לדון באחת העבירות או באחד הנאשמים).
* **תוצאת קבלת טענת חוסר סמכות מקומית:**
1. ביטול כתב האישום במקרים של עיוות דין – אין מניעה להגיש כ"א חדש.
2. העברת התיק לערכאה מוסמכת: **ס' 79(ב) לחוק בתי המשפט.** ביהמ"ש הנעבר רשאי להמשיך מהשלב אליו הגיע קודמו, או להתחיל מ-0.
	* **כלל "לא יעבירנו עוד"** – ניתן להעביר דיון בתיק לבית משפט אחר רק פעם אחת.

* **טענה 2: חוסר סמכות עניינית [ס' 149(2) לחסד"פ]**
* מתייחסת לעבירות שבכתב האישום אשר אינן מצויות בסמכות ביהמ"ש (טענה מהותית) או למותב לא נכון.
* **מועד העלאת הטענה: ס' 151** ניתן להעלות טענה זו **בכל שלב**. בית המשפט ייתן לתובע זכות להגיב ולהביא ראיותיו וייתן החלטתו לאלתר אלא אם ראה להשהות את מתן החלטתו לשלב אחר של המשפט.
* **סמכות ביהמ"ש השלום** **(ס' 51 לחוק בתי המשפט)**
* **סמכות**- עבירה שעונשה **קנס** בלבד או **מאסר עד 7 שנים**. בנוסף, עבירות לפי פק' הסמים המסוכנים, אם פרקליט המחוז/המדינה החליט להעמיד לדין בשלום (גם אם עונש המאסר עולה 7 שנים ובלבד שלא יוטל מאסר מעל 7 שנים).
* **חריג:** עבירות שעונשן פחות מ-7 שנים ובכל זאת **לא** ידונו בשלום:
* עבירות כלכליות כדוגמת ניירות ערך וייעוץ השקעות (בסמכות ביהמ"ש הכלכלי), אלא אם כן פרקליט המחוז/ המדינה החליט שידון בשלום.
* עבירות שוחד וצווארון לבן כדוגמת גניבה בידי מנהל, קבלת דבר במרמה, רישום כוזב במסמכי תאגיד וכו', אם פרקליט המחוז החליט להגיש למחוזי.
* הגבלים עסקיים (בסמכות ביהמ"ש המחוזי בירושלים).
* עבירות במסגרת ארגון פשיעה לפי חוק המאבק בארגוני פשיעה.
* **חריגה מסמכות** – סמכותו העניינית של בימ"ש השלום היא סמכות ייחודית ביחס לסמכות העניינית של המחוזי, משמע מקום שיוגש למחוזי במקום לשלום – תהיה בכך חריגה מסמכות.
* **מותב (הרכב שופטים)**- **שופט יחיד** אלא אם כן נשיא בימ"ש השלום החליט על הרחבת מותב לאור בקשת שופט/ בעל דין/ מיוזמתו ולאחר שנתן לבעל הדין הזדמנות לטעון טענותיו **(ס' 47 לחוק בתי המשפט).**
* **עונש**- עד 7 שנים. אם יש מספר עבירות שכל אחת מהן פחות מ-7 שנים – גזר הדין הכולל יכול להיות יותר מ-7 שנים.
* **סמכות ביהמ"ש המחוזי (ס' 40(1) לחוק בתי המשפט)**
* **סמכות שיורית**- עונש **מאסר מעל 7 שנים** **וכל מה שלא נקבע בסמכותו של השלום.**
* המחוזי ידון בכתב אישום שמכיל בתוכו גם עבירות ששייכות לשלום כל עוד קיים בכתב האישום **עבירה אחת לפחות** שנמצאת בסמכות ביהמ"ש המחוזי.
* **ערעורים על השלום**.
* כתב אישום **נגד שופט מכהן או רה"מ מכהן** יידון במחוזי בירושלים במותב של 3.
* חריג: פק' הסמים המסוכנים – אם פרקליט המחוז/ המדינה החליט להעמיד את הנאשם לדין לפני השלום, גם אם עונש המאסר עולה על 7 שנים, ובלבד שלא יוטל בגינן מאסר העולה על 7 שנים.
* **תוצאת קבלת הטענה:**
* בתחילת המשפט – תיקון כתב האישום אם טרם הוחל בשמיעת הראיות והתיקון לא יסב עיוות דין לנאשם.
* בטרם הוכרע הדין – העברת התיק לערכאה מוסמכת ע"פ **ס' 79(ב) לחוק בתי המשפט**.
* לאחר הכרעת הדין – ביטול כתב האישום (בכפוף לדוק' של בטלות יחסית) – אין מניעה להגיש כ"א חדש.
* **מותב** (**ס' 37 לחוק בתי המשפט**)-
* *דן יחיד:* **ברירת המחדל**.
* חריגים לעבירות מאסר של 10 שנים ויותר: הריגה, חבלה בנסיבות מחמירות, עבירות הלבנת הון, חוק הבחירות לכנסת, גניבה בידי עובד ציבור, שוד, סחר בבני אדם לעסוק בזנות.
* עבירה לפי פק' הסמים המסוכנים.
* חוק מאבק בארגוני פשיעה.
* ערעור על ביהמ"ש לתעבורה על עבירות חטא ועוון.
* עררים על החלטות ביניים (החלטת מעצר) של ביהמ"ש השלום.
* ערעור על עבירות תעבורה שאינן פשע.
* *3 שופטים:*
* עבירות שדינן מוות, מאסר של 10 שנים או יותר [חריג: עבירות ספציפיות בהן ידון שופט אחד למרות שהן מעל 10 שנים – מופיעות למעלה].
* ערעורים על פס"ד השלום.
* משפט חוזר.
* כתב אישום נגד שופט מכהן או רה"מ מכהן.
* כאשר נשיא בית המשפט או סגנו הורו על הרחבת המותב.
* **תוצאות פגם במותב**: רשאי בית המשפט **לרפא את הפגם ולהורות על דן יחיד**, שהרי כל החלטה שהתקבלה בחוסר סמכות עניינית הינה בטלה מעיקרה. על אף האמור, לאור כלל בטלות היחסית, נראה כי **בית המשפט לא יבטל את כתב האישום/ההחלטות שהתקבלו בנסיבות אלה**.
* **כלל "לא יעבירנו עוד"** **[ס' 79(ב) לחוק בתי המשפט]-** ניתן להעביר דיון בתיק לבית משפט אחר רק פעם אחת.אם מגלים שאין סמכות לאחר שהתיק כבר הועבר פעם אחת:
* אם הועבר למחוזי – יכול לדון בתיק או לבטל את כתב האישום.
* אם העבירה צריכה לדון בביהמ"ש המחוזי והתיק הועבר לשלום – בסמכות השלום לבטל את כ"א בלבד.
* **טענה 3: פגם או פסול בכ"א [ס' 149(3) לחסד"פ]**
* **פגם**: השמטה של פרט חיוני להצגה הולמת של התנהגות הנאשם ונסיבותיה וכן השמטה של הוראת חיקוק. **פסול**: אי עמידה בדרישות החוק בנוגע לכשרות כ"א (גורם שאינו מוסמך הגיש, הכניסו עבר פלילי של נאשם).
* **מועד העלאת הטענה**: מיד לאחר תחילת המשפט, בשלב מאוחר יותר הדבר יתאפשר רק באישור ביהמ"ש.
* **נפקויות קבלת הטענה**: [1] תיקון כתב האישום והעברתו לשופט אחר [2] ביטול כ"א אם נגרם עיוות דין, ניתן להגיש מחדש.
* **טענה 4: העובדות המתוארות בכתב האישום אינן מהוות עבירה [ס' 149(4) לחסד"פ]**
* סיטואציה שבה גם אם יוכיחו את כל העובדות שבכתב האישום, הדבר לא מהווה עבירה.
* **נפקות:** ביטול כתב האישום; אם מדובר בפגם כי שכחו לציין עובדות מסוימות – ייתכן ויינתן לתקן את כתה"א.
* **טענה 5: זיכוי קודם או הרשעה קודמת בשל המעשה נושא כתב האישום [ס' 149(5) לחסד"פ]**
* לא מעמידים אדם לדין על מעשה שהוא זוכה או הורשע בו בעבר. **חריג**: 2 תנאים מצטברים – המעשה גרם למוות של נפגע העבירה + הנאשם הורשע בשל עבירה אחרת בגין אותו מעשה.
* **מועד העלאת הטענה**: עדיף לאחר תחילת המשפט אך ניתן בכל שלב ללא צורך באישור.
* **תנאי להעלאת הטענה**: קיים פסק דין של זיכוי או הרשעה, אם כ"א בוטל או היה בטל מעיקרו- לא נחשב. אין פס"ד ניתן לטעון לסיכון כפול. כאשר פסק הדין לא הרשיע (הודאה ללא הרשעה) יראו כהרשעה.
* **מתי ניתן לטעון**: כאשר יש כ"א שני בגין אותו מעשה. **אותו מעשה**= מבחן זהות הרכיבים דורש זהות בין המעשה בגינו נשפט וזוכה או הורשע בעבר לבין הנוכחי. **מעשים יחשבו זהים** אם כל רכיבי האחד כלולים בשני, גם אם כולל אחד המעשים רכיבים נוספים (שוד וגניבה). **מעשים לא יחשבו זהים** אם כל אחד מהמעשים כלל רכיבים נוספים על אלה שמהם מורכב השני (גניבה ומרמה) 🡨 לא תשמע טענת כבר זוכיתי כבר הורשעתי.
* נטל ההוכחה על הנאשם כי פסק הדין המזכה/מרשיע ניתן בגין אותו "מעשה" שבגינו הוגש האישום הנוסף.
* **עבירה נמשכת**: על מעשה אחד נמשך ניתן לטעון טענה זו. **עבירה מתחדשת**: על מעשה מתחדש לא ניתן לטעון.
* **נפקות קבלת הטענה**: ביטול כ"א. ניתן להגיש מחדש.
* **ס' 186 לחסד"פ** זוהי אינה טענה מקדמית מהרשימה. ביהמ"ש רשאי להרשיע נאשם בכל אחת מהעבירות אבל לא יעניש יותר מפעם 1 על אותו מעשה. לעלות בטיעונים לעונש או בכל שלב אחר של המשפט מבלי שנדרש אישור בית המשפט. **ביטון** מגדיר "אותו מעשה" כ- **מבחן פיזי צורני**- הבוחן האם מדובר בפעולות נפרדות שניתן לפצלן על אף שבוצעו ברצף, רלוונטי בעיקר בעבירות רכוש (למשל בפריצה לבית יש אקט של שביר תחלון ואקט של פריצה לכספת). **מבחן מהותי מוסרי**- מתמקד באינטרס של קורבן העבירה לפיו ריבוי נפגעים הוא אינדיקציה לריבוי עבירות הנובעות ממעשים נפרדים, רלוונטי בעבירות גוף (לחיצה אחת על פצצה שהרגה 20 איש תראה כ20 מעשי הריגה). # כאן רלוונטית סוגיית כלילת כמה עבירות בכתב אישום אחד.

* **טענה 6: משפט פלילי אחר תלוי ועומד נגד הנאשם בשל המעשה נושא כתב האישום – סיכון כפול [ס' 149(6) לחסד"פ]**
* הופסקו ההליכים הפליליים בנסיבות שלא באשמת הנאשם, בניסיון השני להעמידו לדין באותן עבירות יטען **לסיכון כפול** – זוהי דוקטרינה שהוכרה בפסיקה אך לא התקבלה בפועל. כאשר היסוד העובדתי של העבירה נכלל בעבירה השנייה, ניתן לטעון כי במדובר באותו מעשה אשר מעמיד את הנאשם בסיכון כפול.
* **פס"ד סוסן**: מי שהואשם לפני ערכאה בלתי מוסמכת, לא הועמד כלל ועיקר בסיכון של הרשעה בדין, ולפיכך בידי התביעה לחזור ולהאשימו בבית המשפט המוסמך.
* **טענה 7: חסינות- ס׳149(7) לחסד"פ**
* כשניתנת חסינות עפ"י חוק, לא ניתן להעמיד לדין מבלי להסיר פורמלית את החסינות (למשל, ח"כ).
* נפקות: ביטול כתב האישום.
* **טענה 8: התיישנות [ס' 149(8) לחסד"פ]**
* התיישנות העבירה או העונש. אם חלף זמן ההתיישנות לא ניתן עוד להעמיד לדין או לבקש ריצוי עונש, בכפוף לאירועים מנתקים.
* **מועד העלאת הטענה**: מיד לאחר תחילת המשפט, ניתן גם מאוחר יותר ובערעור. בית המשפט ייתן לתובע זכות להגיב ולהביא ראיותיו וייתן החלטתו לאלתר אלא אם ראה להשהות את מתן החלטתו לשלב אחר של המשפט.
* **נפקויות קבלת הטענה**: ביטול כ"א.
* **מועדי התיישנות עבירות**: **ס' 9 לחסד"פ**-
* פשע שדינו מיתה או מאסר עולם- 20 שנה.
* פשע אחר (מעל 3 שנים)- 10 שנים.
* עוון (3 חודשים-3שנים)- 5 שנים.
* חטא (עד 3 חודשים)- שנה.
* עבירות נאצים ועוזריהם +השמדת עם + רצח רוה"מ 🡨 אין התיישנות.
* עבירות שבוצעו ע"י קטין- שנה, אם עברה – נדרש אישור יועמ"ש.
* **אירוע מנתק**- בעבירות פשע או עוון- מאפס את מרוץ ההתיישנות [יתחיל מרוץ התיישנות חדש בתום האירוע]:
1. **חקירת משטרה ע"פ חיקוק**- חיפוש ואיסוף ראיות ובלבד שהכל נועד להכין את התביעה הפלילית באותה עבירה. הליך החקירה חייב להיות הליך רשמי, מהותי וענייני.
2. **הגשת כ"א**- ברגע שהוגש כ"א מניין הימים מתאפס שוב.
3. **קיום הליך מטעם בימ"ש באותה עבירה**- מאפס את מניין הימים.
* **מועדי התיישנות עונשים**: **ס' 10 לחסד"פ**-
* פשע – 20 שנים.
* עוון – 10 שנים.
* חטא – 3 שנים.

משחלפה תקופת ההתיישנות הקבועה בחוק אין להתחיל בביצוע העונש, ואם הופסק הביצוע- אין להמשיך בביצועו.

* **מניין מרוץ התיישנות עונשים [מתי מתחילים לספור]:**
* אם **טרם** הוחל הביצוע- מיום שפסק הדין שבו הוטל העונש הפך חלוט. קורה אם הוטל על אדם עונש ותוך תקופה מסוימת לא החל לרצות אותו, או שבמהלך העונש הוא הופסק בפתאומיות למשך זמן (למשל, נאשמים שברחו ועד שחזרו עונשם התיישן).
* אם **הוחל** הביצוע- מיום שהופסק ביצוע פסק הדין.
* **טענה 9: חנינה [ס' 149(9) לחסד"פ]**
* ניתן לתת חנינה (ע"י הנשיא/ח"כ) טרם הרשעת הנאשם.
* **נפקות:** ביטול כתב האישום.
* **טענה 10: הגנה מן הצדק [ס' 149(10) לחסד"פ]**
* האזנות סתר, משפט תקשורתי, מחדלי חקירה, אכיפה בררנית. ביהמ"ש יכול להמתיק את העונש במקום לבטל כת"א.
* **יפת**- הטענה תתקבל במקרים חריגים של התנהלות שערורייתית של הרשויות שיש בה דיכוי/התעמרות בנאשם.
* **כנגד מי טוענים?** **התביעה**, **המשטרה**. באופן עקרוני ניתן לטעון גם נגד **ביהמ"ש**, אך טרם קרה בפועל.
* **מהות העילה**- (1) הנאשם לא יזכה למשפט הוגן. (2) המשפט הוגן, אך בעצם קיומו של המשפט תהיה פגיעה בצדק או בעקרונות הצדק.
* **מועד העלאת הטענה**- מיד לאחר תחילת המשפט, אך ניתן להעלותה בכל שלב ההליך וגם בערעור מבלי אישור בית המשפט.
* **נטל ההוכחה**- **על הנאשם** (בניגוד לשאר הטענות המקדמיות) עליו להוכיח קש"ס בין התנהגות הרשות לבין הפגיעה בזכויות. יש לעשות שימוש בחוק חופש המידע ולבסס את הטענה ע"י נתונים.
* **המבחנים לעילה:** בניגוד לגישה בעבר, לפיה היה צורך להוכיח התנהגות שערורייתית ובלתי נסבלת של הרשות שיש בה משום "רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם", שלאורה "המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסלית נפגעת" אשר הייתה שמורה למקרים חריגים בלבד (**פס"ד יפת**). כיום, יש להראות פגיעה ממשית בתחושת ההגינות והצדק. לצורך כך, נקבע ב**פס"ד בורוביץ** מבחן משולש:
1. זיהוי פגמים בהליכים שננקטו וקביעת עוצמתם במנותק משאלת האשם.
2. בחינה האם קיום ההליך למרות הפגם תפגע באופן חריף בתחושת הצדק – נדרש איזון בין האינטרסים תוך התחשבות בחומרת העבירה, מידת הפגיעה ביכולת הנאשם להתגונן ומידת אשמה של הרשות. (עלות הפגם מול תועלת ההליך)
3. בחינה האם ניתן לרפא את הפגמים באמצעים מתונים ומידתיים יותר מאשר ביטול כ"א. למשל הקלת העונש.
* **ראשי נזק להגנה מן הצדק:**
1. **אכיפה סלקטיבית**- אכיפת הדין נגד אדם אחד והימנעות מאכיפתו כנגד אחרים. נדרש דמיון רב בין המקרים. אכיפה סלקטיבית פוגעת באינטרס ההסתמכות של הפרט על התנהלות גורמי האכיפה (**זקין**). 2 הגדרות לאכיפה בררנית:
* החלטה להעמיד לדין רק חלק מהמעורבים בפרשה.
* החלטה להעמיד לדין בשעה שבפרשות אחרות שעניינן דומה לא הוגשו כתבי אישום.

סעד: צריך לתאום את חומרת הפגם והפגיעה בנאשם הקונקרטי (**פס"ד בורוביץ + פרץ**(. שיקולים: מידת הפגיעה בשוויון, תום ליבה של הרשות, הסתמכות הנאשם. שלבי הוכחה:

1. יש להראות הבחנה בין מקרים בהם יש דמיון רלוונטי. **פרץ**- **לא די במקרה זהה אחד, אלא לאורך זמן ובאופן שיטתי**.
2. יש להראות כי בבסיס ההבחנה קיים שיקול פסול שאינו מידתי וראוי [לזכור שלפרקליטות עומד עקרון תקינות המנהל].
3. **שיהוי בהגשת כ"א**- חלף זמן רב מביצוע העבירות וההשתהות אינה מוצדקת. טענה זו תתקבל במקרים יוצא דופן. שיהוי ניכר וחוסר בתום לב בהגשת כתב אישום יכול להביא ביטולו. **יש לבדוק 2 פרמטרים**: (1) אורך ההשתהות. (2) נסיבות ההשתהות. מקרים מסובכים שבהם ההתעכבות בתום לב לבין מקרים פשוטים בהם ההשתהות בזדון.לרוב שיהוי כשלעצמו לא יבסס הגנה מן הצדק (יכול להיות שהוגש באיחור ברשלנות, אך בתו"ל ולא בזדון).
4. **התנהלות גופי חקירה**- התנהלות מחדלית של גופי החקירה והתביעה עשויה להביא לביטול או הפחתה בכתב האישום. יש לבחון האם בכך נמנעה מהנאשם היכולת לנהל את הגנתו כראוי [דוגמאות: היעדר תמלול חקירה, לא נבדקה טענת אליבי, עדי ראיה לא נחקרו, עו"ד של הנאשם לא נכח במסדר הזיהוי, אבדה ראיה שהייתה חשובה לנאשם, השתלת ראיות, תחקירן מתחזה לקטין, אי העברת חומרי חקירה, הצהרות לא נכונות].
5. **סוכן מדיח**- השפעה של גורמי האכיפה על אדם על מנת שיבצע עבירה. יכול לטעון שהודח לביצוע העבירה.
* **נפקויות קבלת הטענה**: (1) עיכוב ההליכים השיפוטיים. (2) ביטול כתב האישום. (3) הפחתה בענישה.
* **פסלות שופט**
* שופט לא יישב בדין אם מצא מיוזמתו או לבקשת בעל דין כי קיימות נסיבות שיש בהן כדי ליצור חשש ממשי למשוא פנים בניהול המשפט (**סעיף 77א לחוק בתי המשפט**).
* **פרוצדורה:**
* **מועד העלת הטענה** - על הטענה להיות מועלית לאחר תחילת המשפט (ההקראה) ולפני כל טענה אחרת ואם נודעה עילת הפסלות לבעל הדין רק בשלב מאוחר יותר- מיד לאחר שנודעה לו ועליו להראות שלא יכול היה לדעת אודות עילת הפסלות קודם לכן בשקידה סבירה (**מבחן היכולת לדעת**). אי העלאת הטענה במועד, עלולה להביא לדחייתה על הסף.
* **ניתן שלא לפסול את השופט מלדון בתיק** אם מפאת דחיפות העניין לא ניתן לקיים את ההליך לפני שופט אחר ועלול להיגרם נזק חמור או עיוות דין אם לא ידון בעניין (**סעיף 77א(א2) לחוק בתי המשפט**).
* **אם סורבה הבקשה ניתן לערער על-פי סעיף 147 לחסד"פ**, תוך 5 ימים מההחלטה בפני בית המשפט העליון. הערעור יידון בפני נשיא בית המשפט העליון או מותב של שופטי בית המשפט העליון או שופט אחד של בית המשפט העליון- בהתאם להחלטת נשיא בית השפט. הדיון יופסק עד להחלטה בערעור אלא אם החליט השופט הדן בתיק אחרת מטעמים מיוחדים שיירשמו, תוך נטילת סיכון שהערעור יתקבל. היה והוחלט שלא להפסיק את הדיון, רשאי נשיא בית המשפט העליון או השופט הדן בערעור להורות על הפסקת הדיון.
* **מבחנים פסיקתיים:**
1. **התבטאויות שופט: פס"ד ידיד -** נקבע כי המבחן שיש להחיל בעניין פסלות שופט הוא **מבחן האפשרות הממשית** ולא די בחשד סביר. זה מבחן אובייקטיבי שבוחן האם מהנסיבות החיצוניות עולה הרושם שאכן נבצר מהשופט לשפוט את בעלי הדין בצורה אובייקטיבית. לכן, יש להראות כי ביהמ"ש **גיבש עמדה נחרצת** ביחס לאדם שעומד בפניו (**פס"ד מחגאנה**).סופיות העמדה נגזרת מהאופן שבו הובעה. אין דין התבטאות כללית כדין התבטאות פרטנית; אין דין התבטאות שלא במסגרת הדיון כדין התבטאות בדיון; אין דין התבטאות מסויגת בהליך ביניים כדין התבטאות נחרצת בסיום ההליך (**פס"ד מסיקה**).
2. **ניהול ההליך:** הנטייה היא לא לפסול שופט בשל משוא פנים על-יסוד החלטות שאותן השופט קיבל **בקשר לניהול ההליך (הגבלת חקירת נגדיות ועדי הגנה)** וגם כאשר שופט מגביל חקירה ע"י ב"כ הנאשם או נוזף בו, אין הוא מתכוון אלא למלא תפקידו לפי הבנתו ומצפונו. גם אם החלטות כאלה פוגמות במראית פני הצדק, מנקודת הראות של בעל הדין, אין להעדיף את מראית פני הצדק על עשיית צדק. כמו כן, **אין פגם אינהרנטי בעצם החשיפה לחומר ראיות בלתי קביל (פס"ד אבוטבול + מחגאנה + קסטרו).**
* **לעניין קרבת המשפחה**- **סעיף 77א לחוק בתי המשפט** קובע כי שופט לא יישב בדין ביודעו כי בא כוח אחד הצדדים הוא בן משפחתו.