**מבואות- תכליות ההליך הפלילי**

סדר הדין הפלילי מפגיש אותנו עם שאלות פליליות מהותיות המשפיעות על כלל ההליך הפלילי ואף לשינוי התוצאה המשפטית. הממשקים שבין ההליך הפלילי לחוקתי הם כל כך ברורים וחזקים והשאלות שעולות בעת האחרונה, הן שאלות שעוד לא ניתנה לה תשובה והמחוקק לא הכריע, כך שלמשפטנים אין ברירה מלגבש תובנות ללא קולו של המחוקק.

לפני שנכיר את הסדר הכרונולוגי של ההליך הפלילי, נעסוק במטרת ההליך הפלילי ותכליותיו.

**מטרת ההליך הפלילי- עשיית דין צדק**

אך מה הכוונה בעשיית דין צדק? בשביל להבין את השאלה ניתן לספר על פרשת חייבטוב.

רקע- פרשת חייבטוב

עשיית דין צדק

* חשיפת האמת
* הרשעת האשם ואותו בלבד
* זיכוי חף מפשע
* מניעת עיוות דין ושמירה על כבוד האדם
* הגנה על זכויות נפגעי העבירה

הפרשה הייתה סביב שוד שהתקיים ב2002 בשדרות, במהלך השוד אחד מעובדי הסנוקר נורה ונרצח. באיזשהו שלב מתקבל מיעד מודיעני שמייחס את השוד והרצח לחייבטוב, אסיר ששוהה בבית הכלא בגין הצתת בית מגוריו בשדרות. המשטרה חותמת הסכם עם מדובב (=שוטר\עבריין שמועסק על ידי המשטרה. בתמורה לתשלום הוא נכנס לתא המאסר ומטרתו לחלץ פרטים מהחשוד ביחס למעורבות באותה עבירה שהוא נחשד דרך זה שהוא מתחזה להיות חבר לתא).   
האסיר הוצא מבית הכלא והועבר לתא המעצר במשטרת שדרות ששם גם היה המדובב, מסטטוס של אסיר הוא עובר לסטטוס של עצור. שינוי הסטטוס משנה משום שמעבר לסטטוס של עצור צריך להתקיים תהליך מעצר, צריך להודיע על זכויות למפגש עם עורך דין ובקשת הארכת מעצר בבית המשפט. עצור זכאי לכל הזכויות שלפי סדר הדין הפלילי עצור זכאי לו.   
המשטרה לא הסבירה לחייבטוב את החשדות אלא חשדות כלליים וזאת מתוך הרצון שהוא יקשור את עצמו לאירוע לבד מבלי דיבור של המשטרה. האסיר לא נפגש עם עורך דין מהחשש שעורך הדין יזהיר אותו מהמדובב. באיזשהו שלב, החקירה מתקדמת לחקירה גלויה, ועדיין האסיר דורש לראות עורך דין (אך המשטרה לא פונה אליו). במהלך אחת השיחות המדובב מנבא שיגיע עורך דין לבקשת הארכת מעצר- מה שלא קרה. בהארכת המעצר בית המשפט מציע לו להיפגש עם סנגור והוא מסרב. בית המשפט דורש מהמשטרה להפגיש את חייבטוב עם עורך דין. בסופו של דבר חייבטוב הודה ברצח והורשע בכך. הסיפור לא נגמר פה, אך אין ספק שללא ההודאה אין תיק רצח. ואם אין די בכך בימים שלפני הרצח נצפה חייבטוב מעשן סמים קשים יחד עם המדובב והחוקרים לא עשו דבר כדי למנוע זאת, מה שבעצם מביא לכך שלא נדע האם הסמים השפיעו על ההודאה. אך לא רק זה- המשטרה שאמורה למנוע ביצוע עבירות היא שותפה לביצוע העבירות. וחייבטוב אחרי הרבה מאוד שנים שיושב בכלא הוא מערער לעליון.

1. **חשיפת האמת**

כשמדברים על צדק, וכל שיטת משפט דמוקרטית שואפת לעשיית צדק, מה הכוונה חשיפת האמת, נשאלה השאלה איזו אמת? כאן יש הבחנה ופער בין האמת המשפטית לאמת העובדתית:

* אמת עובדתית- גילוי האמת העובדתית זו האמת שהתרחשה בפועל, כלומר על פי מבט אובייקטיבי של פלוני זאת האמת, מה שקרה בפועל זאת האמת. האמת העובדתית תשתנה מאותו הרגע שהטעות תתברר. למשל פלוני יושב בבית הכלא ופתאום מתגלה שההרשעה היא הרשעת שווא, יש מישהו אחר שביצע את המעשה. באותו רגע האמת היא שפלוני לא אמור לשבת בכלא, אך עד שהמשפט יתרגם את האמת העובדתית לכך שפלוני ישוחרר, צריך להתקיים משפט חוזר. כלומר צריך לגלגל הליך של הפיכת ההרשעה לזיכוי, כי ההרשעה היא חלוטה ולכן צריך משפט חוזר.
* אמת משפטית- האמת המשפטית היא משקפת את ההתרחשות כפי שבאה לידי ביטוי בהליך המשפטי על ידי שופט מקצועי שרואה את המציאות על בסיס דיני הראיות והפרוצדורה של אותה שיטת משפט (כאשר לכל שיטת משפט יש דיני ראיות ופרוצדורה שונים).   
  אנו נחפש את האמת המשפטית כי אנחנו נמצאות בהליך משפטי, אך השאיפה היא שהאמת המשפטית תהלום ותחפוף לאמת העובדתית. עם זאת, שיטת המשפט לא תמיד תחפש את האמת העובדתית ותשאף לכך שהיא תחפוף לאמת המשפטית. למשל, בפרשת חייבטוב גם אם אנחנו מאמינות כי ההודאה היא בגדר הודאת אמת, יש קווים אדומים ששיטת המשפט לא תחצה ולכן ייתכן והיא תזכה את חייבטוב וזאת על אף האמת העובדתית. שיטת המשפט תוותר על האמת העובדתית כדי להשיג תכליות אחרות כמו משפט הוגן. לדוגמא:
* עדות בן משפחה- יש מקרים שפקודת הראיות לא תאפשר לקבל ראיה מסוימת מתכליות שהן יותר חשובות מגילוי האמת. למשל לא ניתן לקבל עדות של בן משפחה כנגד משפחתו- כך למשל ילד מול אם\אב. זה נובע מכך שהערך של שלמות התא המשפחתי הוא ערך לא פחות חשוב מגילוי האמת. פקודת הראיות רוצה שתהיה הלימה בין האמת העובדתית למשפטית, אך לפעמים יש סיטואציות שבהן תכליות אחרות שהן יותר חשובות מגילוי האמת העובדתית, כמו שלא רצה להעמיד את ההורה במצב שהוא מעיד כנגד הילד, אך האם זה בכל מקרה. יש פה כלל, חריג וחריג לחריג- למשל בעבירות אלימות בן משפחה כן יכול להעיד, כי בעבירות אלימות יותר חשובה האמת העובדתית. המשפט משחק בין האמת העובדתית לתכליות האחרות.
* הסדרי טיעון- בהסדרי טיעון מוכנים להתגמש עם התכלית של גילוי האמת העובדתית כדי להשיג תכליות אחרות- כמו יעילות, חיסכון במשאבים ובזמן. גם אם הסדרי טיעון זה רוע הכרחי, זה חלק מהמציאות שמאפשרת למערכת המשפט להמשיך להתקיים ולעבוד. זה מאפשר לא רק לשופטים להתפנות לתיקים אחרים, אלא גם שיקום יותר טוב כי הנאשם מעיד על עצמו, מקצר את ההליך המשפטי, עדיף להרשיע בעבירה קלה יותר מאשר הסיכוי שיזוכה מהעבירה החמורה יותר. הסדרי הטיעון מאפשרים לסטות מהאמת העובדתית כדי להגשים את אותן התכליות. כמובן שגם בהסדרי טיעון יש גבולות שלא נאפשר סטייה מהאמת העובדתית- כמו במקרה של יצירת סיפור שמנותק מהאמת העובדתית, כמו הפער בין תקיפה להעלבה. יש גבול לכמה המשפט מוכן לסטות מהאמת כדי להגשים תכליות אחרות.
* דיני החיסיונות- אסור לעיתונאי לחשוף את מקורותיו, לכאורה זה לא עולה בקנה אחד עם האמת העובדתית- הודלף מידע לעיתונאי, העיתונאי יודע מי המדליף, המדליף ביצע עבירה פלילית, אך החיסיון קובע שלמשטרה אסור לשאול את העיתונאי מי הדליף. לכן סוטים מהאמת העובדתית כדי להגשים תכלית חשובה אחרת של חופש העיתונות. חיסון עורך דין לקוח עובד באותה הצורה, השוטר לא יכול לפנות לעורך הדין ולשאול אותו מה אמר החשוד, וזאת כדי לשמור על הליך הוגן. נרצה שהחשוד יוכל להתייעץ עם עורך דינו באופן גלוי ומלא.

1. **הרשעת האשם, ואותו בלבד**

והצד השני של המטבע הוא:

1. **זיכוי החף מפשע**

בסופו של יום, בית המשפט יעשה הכל כדי שחלילה לא ימצא אדם שהורשע ונמצא בבית הכלא על לא עוול בכפו. נרצה להרשיע רק את האשם ולזכות את החף מפשע. מערכת המשפט הישראלית מעדיפה שיהיו זיכויים שגויים על פני הרשעות שגוייות- אנחנו יכולות לספוג זיכוי שגוי אך לא נוכל לספוג הרשעה שגויה "מותר אלף פושעים מחוץ לבית הכלא מפני אחד חף מפשע בבית הכלא". הוכחה לכך היא הפער בין רף ההוכחה של המשפט הפלילי לאזרחי- בעוד שבמשפט האזרחי רף ההוכחה הוא של מאזן ההסתברויות 51%, במשפט הפלילי רף ההוכחה הוא מעל לכל ספק סביר- נלך על הרף הכי גבוה שאפשר כדי להוכיח שאותו אדם ביצע את העבירה במאה אחוזים, וזאת מתוך מודעות שחלק מתפספסים בדרך. הרף הגבוה גורם לכך שלא מעט אנשים שיצאו זכאים ביצעו את המעשה, אך נוכל לחיות עם זה כדי להשיג עד כמה שאפשר ביטחון שאותו אדם שהורשע הוא אשם, אך ברור שיש מחיר. אם נוריד את הרף ל51% אולי נכניס הרבה יותר אשמים אך על הדרך גם נפגע בהרבה מאוד חפים מפשע.   
מעל לכל ספק סביר מצד אחד משרת את האמת העובדתית שמוודא שרק את האשמים נרשיע, אך מהצד השני פוגע באמת העובדתית כי הוא מזכה נאשמים שאין מספיק ראיות לספק סביר. מצד אחד נעלה את האמת העובדתית כי יותר אשמים יורשעו, אך נפגע באמת העובדתית כי יותר חפים מפשע יורשעו, ולכן שיטת המשפט מעדיפה יותר זיכויים שגויים מאשר הרשעות שגויות.

חשוב להבין כי יש הבדל בין זיכוי להרשעה גם באפשרות של משפט חוזר. בעוד שעל זיכוי לא ניתן לפתוח את המשפט מחדש (גם אם הגיעו ראיות חדשות המצביעות על אשמתו של המזוכה), בהרשעה, עומד לבית המשפט הכלי של משפט חוזר על מנת לוודא כי לא בוצעה הרשעה שגויה. כלומר משפט חוזר הוא חד כיווני ולא דו כיווני- משפט חוזר זה כלי שקיים רק לבית המשפט העליון, גם כשיש הרשעה חלוטה (וזה מה שקורה עם זדורוב) לעומת זאת אם יש זיכוי שגוי, אין דרך להעמיד אותו שוב לדין. הוא כבר היה תחת אישום, זוכה ובזה תם ההליך הפלילי. כמובן שכל עוד יש זכות לערער הערעור הוא דו כיווני- גם התביעה וגם ההגנה, אך פה במשפט חזור מדברים על זיכוי חלוט.

1. **מניעת עיוות דין ושמירה על כבוד האדם**

חלק מההליך הפלילי הוא שמירה על הזכות להליך הוגן של החשוד והנאשם. היכולת לאפשר להם להתגונן היא חלק אינהרנטי מהזכות להליך הוגן.

1. **הגנה על זכויות נפגעי עבירה**

יש צורך להגן על זכויות נפגעי העבירה. מי שמייצג את הנפגעים זו התביעה, הפרקליטות. התביעה מייצגת לא רק את האינטרס הציבורי אלא גם את זכויות נפגעי העבירה.

**מתח בין שני ערכים מרכזיים**

האם כל התכליות הללו תמיד מתיישבות אחת עם השנייה? התשובה לכך שלילית. ההתנגשות הבולטת ביותר היא בין ערך האמת לערך ההגינות:

1. ערך האמת - מטרת ההליך הפלילי היא לגלות את האמת, וסדר דין פלילי נועד לעזור לגלות אותה.
2. ערך ההגינות - הפרוצדורה הפלילית מגלמת בתוכה ערכים של הגינות שיש להם ערך עצמאי מעבר לכך שהם משרתים את גילוי האמת.

ישנן חמש תכליות להליך הפלילי שגם ביניהן יכולה להיות התנגשות:

1. לחימה בעבריינות
2. מיצוי הדין עם הנאשמים
3. ביטחון ברחובות
4. זכויות החשוד והנאשם
5. זכויות נפגע העבירה

זה אינטרס ציבורי מובהק, אך פתאום התכלית הליך הוגן מכניסה את החשוד והנאשם לתמונה, והתכלית החמישית כביכול מסדרת עם השלוש הראשונות.

אך לפעמים התכליות גם יכולות להשתלב ולבוא ביחד: למשל איסור שימוש בפוליגרף, מצד אחד נרצה להגן על הנאשם כי פוליגרף יש בו הטיה, נאסור פוליגרף כדי לוודא שאנחנו נרשיע את האשם ולא חף מפשע.

**הלכת חייבטוב**

רקע עובדתי (מנוי פלח): 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.

שהם

מי שכתב את פס"ד המרכזי הוא השופט שהם. השופט מסכים כי העבירה שחייבטוב לכאורה ביצע היא עבירה חמורה, אך כשמדובר בפגיעה קשה בזכות להליך הוגן, חומרת העבירה לא תהיה שיקול מכריע. דווקא בעבירות החמורות צריך להקפיד על קוצו של יוד בזכויות החשוד והנאשם.  
שהם אומר בצורה שאיננה משתמעת לשני פנים, שהוא לא פוסל את ההודאה לפי ס' 12 לפקודת הראיות. ס' 12 קובע כי הודאה צריכה להיות חופשית ומרצון, ומשום כך, למרות שהוא מכיר בכך שהיו פגמים בחקירה, לטענתו הם לא פגמו ברצון החופשי של חייבטוב להודות או לא, ומכאן שאין לפסול אותה. הוא אף ממשיך ואומר כי ההודאה צולחת את המבחן הפנימי ואת המבחן חיצוני. המבחן הפנימי זה המבחן שבודק האם זאת הודאת אמת- האם יש בה סדר קוהרנטי, היגיון, סימנים שנוכל לרכוש בה אמון מבחינה פנימית. לגבי המבחן החיצוני, שלפי הפסיקה על מנת להרשיע נאשם על הודאה שלו צריך דבר מה נוסף חיצוני אליה. כלומר, ניתן ללמוד שלדעת השופט שהם הנאשם אשם- אך זו כבר אינטרפרטציה של הכתוב. הוא לא אומר באופן ישיר כי חייבטוב אשם, אך ניתן לקרוא את זה בין השורות.

"חומרת העבירה לא תהווה שיקול להימנע מפסילת הראיה, בהתאם לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית, שכן דווקא בעבירות חמורות יש להקפיד על זכותו של הנאשם להליך הוגן, ואין כל היגיון בהפעלת הדוקטרינה בעבירות קלות בלבד" (סעיף 89 לפסק דינו).

ברק ארז

השופטת ברק ארז מצטרפת לתוצאה של שופט שהם, אך בניגוד אליו, היא איננה מאמינה שחייבטוב אשם. שני שופטים, אותה התוצאה, אבל כשקוראים את פס"ד ניתן להבין שהמורכבות היא יותר גדולה. ברק ארז הרבה פחות בטוחה לגבי האמת העובדתית, והיא לא חוסכת מילים קשות- חציית קו אדום של המשטרה, עבירה פלילית. היא גם מזכירה למשטרה באיזה צד היא אמורה להיות- המשטרה לא אמורה לעבור עבירות פליליות, אלא תפקידה הוא למנוע את אותן העבירות. זה בלתי נתפס עד כמה בית המשפט העליון לא מהסס לבקר את המשטרה- "טשטוש קו הגבול בין אכיפת החוק לעולם העברייני".

"השימוש שעשו המדובב והמערער בסמים במסגרת הימצאותם המשותפת בתא המעצר הביא לחצייתו של קו אדום... שימוש בסמים במסגרת של חקירה פלילית מעורר קשיים מהותיים... בראש ובראשונה, שימוש בסמים מסוכנים מהווה עבירה פלילית, על כל המשתמע מכך..."

מלצר

המשנה לנשיאה מלצר, מרגיש צורך להתנצל בפני משפחת הקורבן על התוצאה המשפטית וזיכוי הנאשם. יש לציין כי בניגוד לשני השופטים הראשונים, מפסק דינו של מלצר לא ניתן להבין את עמדתו לגבי שאלת האשם של חייבטוב.

ניתן לראות כמה הפרוצדורה מתובלת במהות ולא רק בשאלות טכניות.

**פס"ד ירדאו קסאי נ' מ"י**

רקע עובדתי מקוצר: היה מדובר באדם אתיופי שעוכב לא כדין אך נמצא סכין. כך התהליך עד מציאת הסכין היו כרוכות בו הפרות של הליך הוגן, בעיקר עיכוב לא חוקי כי לא היה חשד סביר.   
בהרחבה (מנוי פלח): 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**.**

שאלה אחת שנשאלה הייתה האם היה אפשר לפסול את הראיה. גם בפס"ד הזה ניתן לראות את הדילמות בין התכליות.

ברק ארז: דפנה ברק ארז מגיבה וקובעת כי כשמדובר בפגיעה חמורה בזכות של הליך הוגן, חומרת העבירה לא מעלה ולא מרידה. היא מסכימה עם מלצר, אך מוסיפה שלא קשור לזה אם העבירה חמורה או לא, כי בחייבטוב כבר זיכו אדם שהורשע ברצח במחוזי. השופטת ברק ארז מדברת על הפגיעה הקשה באזרח שלא כדין, והיא מדברת על הפגיעה הקשה שנובעת מהתנהגות גורמי אכיפת החוק.

פוגלמן: השופט פוגלמן מחזק ואומר כי יש כאן פגיעה בכבוד אל מול עוברים ושבים ואפילו רומז כי לפעמים היבטים של צבע עור, היותו של אדם דר רחוב, מובילים למעשים שפוגעים בשוויון, בכבוד, בזכות להליך הוגן.

**מטרת סדר הדין הפלילי**

אחרי שדיברנו על תכליות ההליך הפלילי נרד לרזולוציה יותר מפורטת ונדבר על מטרת סדר הדין הפלילי. המטרה המרכזית היא לתת בידי המערכת את הכלים לעשיית צדק ("להוציא כאור משפט"):

1. אכיפת הדין הפלילי המהותי: בסופו של יום נרצה לאכוף את סדר הדין הפלילי והמהותי. זה עדיין דין דיוני, ונרצה רק דרך הדין הדיוני לאכוף את ההליך הפלילי. זה נכון שמדובר במקצוע פרוצדורלי אך יש מקרים שבהם הפרוצדורה הופכת למהות. למשל התיישנות, התיישנות היא הליך פרוצדורלי שאומר כי מכיוון שעבר זמן רב מביצוע העבירה נרצה לשים גבול ולא לאפשר להעמיד אותו לדין על אותה העבירה. אם העבירה התיישנה המשמעות היא שיש מחסום דיוני מהעמדה לדין, זה אומר ששיטת המשפט יצרה מחסום דיוני, אך במבחן התוצאה הוא לא הועמד לדין ולכן הכלל הדיוני הפך להיות המהות.
2. לקבוע סטנדרט ניהול משפט על-מנת שיקויים באופן מסודר, יעיל והוגן: סדר הדין הפלילי בסופו של יום רוצה לקבוע כללים שגם יבטיחו שוויון, גם יעילות, סדר, הרי אף אחד לא מעלה על דעתו שכל שופט יקבע לעצמו בבית המשפט אז סדרי הדין, זה פוגע בשוויון, בוודאות, וביעילות. הכללים מבטיחים גם אמת מידה וחובת זהירות על עורך הדין שידע מה לוח הזמנים, לכן זה לא רק פוגע ביציבות ובוודאות אלא גם ביכולת לייצג את הלקוח כראוי.
3. לתת לנאשם תריס בפני עיוות דין- הגנה על זכויות הפרט של הנאשם: נותן לנאשם את היכולת להתגונן.
4. לאפשר לנאשם לקבל את מלוא ההגנה הנדרשת.

**חשיבות השמירה על הכללים**

* שמירה על הכללים מונעת רשלנות במקרים עתידיים
* עלות התדיינות
* חוסר שרירות
* כללים טובים יובילו לזיכוי החף ולהרשעת האשם

מתי תתאפשר סטייה מהכללים?

יחד עם זאת הואיל ומדובר בכללים דיוניים, אז אפשר לסטות מהם, אבל ככל כדי לסטות מהם צריכים להתקיים שני תנאים מצטברים

1. נדרשת הסמכה לסטות- שהדין יאפשר את הסטייה. עדיין סדרי הדין מעוגנים בחוק, אך זה לא מספיק.
2. מניעת עיוות דין- צריך להבטיח שהסטייה תגרום לעיוותים בדין.

דוגמאות:

1. ס' 3 לחסד"פ- סדרי דין באין הוראות: בכל ענין של סדר הדין שאין עליו הוראה בחיקוק, ינהג בית המשפט בדרך הנראית לו טובה ביותר לעשיית צדק.
2. ס' 238- פגמים שאינם פגמים בדין: הכלל הוא שלא אמורים להיות ליקויים במסמך כזה או אחר, אך החריג הוא שאם מדובר בליקוי טכני זה לא הפגע בתוקף ההליך שנעשה על סמך אותו מסמך. החריג לחריג הוא שאם בית המשפט חושב שיש חשש לעיוות דין הוא רשאי לעשות כל הוראה כדי להסיר את החשש. יש פה כלל, חריג, חריג לחריג עד לעיוות שדין- שאם יש עיוות דין בית המשפט צריך לעשות הכל כדי למנוע את עיוות הדין.

ליקוי טכני בעריכתו של מסמך הנערך לפי חוק זה, אין בו כדי לפגום בתקפם 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.

דוגמאות מהפסיקה לס' 238

פרשת סילבסטר

רקע עובדתי: פרשת סילבסטר היא האירוע הפלילי הראשון במדינת ישראל. סילבסטר, אזרח בריטי, הועמד לדין בכך בשל האשמה של העברת מסרים למדינת אויב על יעדים לפגיעה, בזמן מלחמת העצמאות. הטענה הייתה לביצוע עבירות ביטחוניות, וזאת מכוח הפקודה המנדטורית שהייתה קיימת אז.

אחת מטענותיו של סנגור הייתה כי בכתב האישום שכחו לציין שהעבירה שעליה סילבסטר נאשם, זאת עבירה שהיסוד הנפשי הוא של כוונה מיוחדת, רק אם המעשה נעשה בכוונה לפגוע בביטחון המדינה.   
זה היה פגם טכני בלבד, מאחר והתביעה כן הפנתה לס' בפקודה, אך לא הוסיפה את זה במלל. על בסיס הטעות, הסניגור טען כי צריך לזכות את הנאשם.

בית המשפט: בית המשפט העליון שולח מסר מאוד ברור שאומר כי עם כל הכבוד לשיטת המשפט הבריטית ששם כל פגם של התביעה, כל הפרה של כלל יכולה להוביל לזיכוי, שיטת המשפט הישראלית העצמאית, קובעת כי בכל מה שקשור לאשמה, כל ספק יפעל לטובת הנאשם. עם זאת, כל מה שקשור לעניינים פורמליים וטכניים, לא ישפיע על שאלת האשמה, שהרי לא יעלה על הדעת שנאשם יזוכה על פרטים טכניים שלא קשורים לאשמה. סילבסטר בסופו של דבר זוכה, לא בזכות הפרט הטכני, אלא זוכה בשל סוגיות שקשורות לדין המהותי של המשפט הפלילי.   
בהערת אגב, העובדה הזאת חשובה להיסטוריה של המשפט- שעל בסיס לחצים דיפלומטיים הוחלט לא להעמיד אזרחים בריטיים, בדומה לסילבסטר. יחד עם זאת, היועץ המשפטי לממשלה קבע כי מי שמחליט לגבי העמדה לדין זה לא דרג פוליטי אלא דרג מקצועי. עצמאות של מוסד היועץ המשפטי לממשלה צמחה יש מאין דווקא מפרשת סילבסטר.

פרשת אפלולו

רקע עובדתי: הייתה קלטת שהוגשה על ידי התביעה, אך הנאשם וטען כי היא לא קבילה. בית המשפט רושם את הטענה אך קובע כי ההחלטה תינתן מאוחר יותר, אחרי שהנאשם יעיד. הנאשם טען שהוא רוצה לדעת אם הקלטת קבילה לפני שהוא מעיד, כי אם הוא מכריע עכשיו, נמנע ממנו היתרון הטקטי.

השופט ברק דוחה את הטענה כשהוא מתבסס על הלכת סילבסטר- ההליך הפלילי הוא לא משחק, הוא לא שח-מט, לא כתוב כי ההליך הפלילי צריך להעניק יתרונות טקטיים של הנאשם על פני התובע.

פרשת קניר

הפרשה הזו למעשה עסקה בנאשם שהועמד לדין ואחד מיסודות העבירה שבה הוא הואשם היה שהוא תושב ישראל. גם פה הייתה תקלה טכנית של התביעה ששכחו להביא ראייה שהוא תושב ישראל. בהליך הפלילי שום דבר לא מובן מאליו, וכי אם אין הסכמה בין הצדדים, הכל צריך להיות מוכח. בשלב הסיכומים הסניגור שולף את הטענה כי צריך לזכות את הנאשם, מאחר ולא הוכחו כל יסודות העבירה (לא הובאה ראיה שהנאשם הינו תושב ישראל). חשוב להבהיר כי הסניגור מעלה את הטענה בסוף המשפט ולא בתחילתו, כשהיה קל לתקן את התקלה.

ס' 167 לחסד"פ: *סיימו בעלי הדין הבאת ראיותיהם, רשאי בית המשפט, אם ראה צורך בכך, להורות על הזמנת עד - ואפילו כבר נשמעה עדותו בפני בית המשפט ועל הבאת ראיות אחרות, אם לבקשת בעלי דין ואם מיזמת בית המשפט.*

הס' מסמיך את בית המשפט להזמין עד מטעמו לבקשת בעלי הדין או מטעמו. זהו חריג לגישה האדברסרית הנהוגה בישראל, וזה מפני שהס' מקנה לגיטימציה להתערבות של בית המשפט בהליך, על מנת להביא לגילוי האמת באופן אקטיבי. הפרשה הייתה תקדים, כי מעולם לא השתמשו בס' 167 אחרי פרשת ההגנה, רגע לפני שבית המשפט נותן את הכרעת הדין.

לאור זאת מתעוררת השאלה, האם ניתן לעשות שימוש בס' 167 לחסד"פ לפני שלב הסיכומים? (אחרי פרשת התביעה וההגנה)?

בית המשפט: לאחר שבית המשפט נענה לבקשה, המסר שהועבר היה שלא כל טעות טכנית של התביעה או ההגנה תוביל לזיכוי או הרשעה, הכללים הם חשובים וצריך לשאוף שהכללים יתנו לבית המשפט את הסמכות לעשות צדק, אף לפעמים עמידה פורמלית על הכללים היא זו שתגרום לעיוות דין. ואם פגמים וכישלונות טכניים של התביעה או ההגנה יחרצו את גורל המשפט זה מה שיוביל לפגיעה באמון הציבור. מפני שהוא "לא יראה ששופטיו נכנסים לטרקלין של בית הדין אלא שהוא עומד בפרוזדור ודנים בעניינים טכניים".

פרשת אנגל

בפרשה הכשל הטכני של התביעה היה שבטעות שקלטת מסוימת לא הועברה להגנה (לא מתוך כוונת מכוון). כשזה קורה אם אפשר לתקן מתקנים את הטעות, אך הנאשם טוען כי מאחר והיה פה פגם צריך לזכות אותו. טענתו התבססה על כך שאם הוא היה יודע שיש קלטת כזו הוא היה מעיד אחרת, אך כעת הוא יצא שקרן כי הוא לא ידע שיש קלטת.

תשובת בית המשפט שהייתה שהנאשם מעיד על עצמו שקרן. חשוב לציין כי יש מקרים שבהם אי הצגת קלטת כזו תוביל לזיכוי, וזה אם מדובר בפגם שעשוי להשפיע על שאלת חפות האשמה ולא עניין טכני.

בפסקי הדין סילבסטר, קנין, אנגל אלו דוגמאות שבית המשפט הלך עם התביעה. פרשת דמיאניוק מסבירה כי הכלל הזה אינו חד צדדי אלא בהחלט יכול להוביל לזיכוי.

פרשת דמיאניוק

רקע עובדתי: ב1986 האזרחות האמריקאית של דמיאניוק נשללה מכיוון שהוא הסתיר משירות ההגירה האמריקאי את העובדה כי הוא שירת בSS. הוא הוסגר לישראל ועומד לדין בבית המשפט המחוזי מכוח חוק עשיית הדין בנאצים ועוזריהם, חוק רטרואקטיבי שאין לו התיישנות. אחד הדברים המיוחדים בתיק היה הרכב השופטים- 2 שופטי מחוזי ואחד עליון. טענת התביעה הייתה כי אותו אדם, דמיאניוק הוא איוון האיום שביצע מעשי רצח והתעללות בכלואים במחנה טרבלינקה.   
ההרכב הזה מרשיע את דמיאניוק וגוזר את דינו, גזר דין מוות. יש ערעור אוטומטי לעליון, שם רגע לפני סיום ההליכים, נפל מסך הברזל, נפתחים ארכיונים שהיו סגורים לציבור, ושם מגלים מסמך שממנו עולה שאיוון האיום מטרבלינקה שמו היה איוון מרצנקו. זה מעלה ספק, אך האם זה בגדר ספק סביר?

בבית המשפט העליון התביעה מציעה הצעה ואומרת כי לדעתה אין ספק סביר אך גם אם יש, על בית המשפט להשתמש בס' 167 לחסד"פ, המאפשר להרשיע נאשם בעבירה שאשמתו בו התגלה מהעובדות שהוכחו בבית המשפט, גם אם הן לא כתובות בכתב האישום, אך אסור להשית עונש חמור יותר מזה שאפשר היה להטיל.  
הכלל הוא ברור- לא ניתן להרשיע נאשם על בסיס עובדות שלא כתובות בכתב האישום ושלא הוכחו מעל לכל ספק סביר, וזאת מפני שהנאשם צריך לדעת בפני מה הוא נאשם ולא אמור להיות מופתע בדיון בהאשמת אישומים שלא היו כתובים. אך החסד"פ עצמו יוצר חריג וקובע כי יהיו מקרים שניתן להרשיע בעובדות שלא היו כתובות בכתב האישום, אך זה בתנאי שניתנה לו הזדמנות סבירה להתגונן מפני העובדות החדשות, והחריג השני הוא שהעונש שישיתו עליו ממילא לא יהיה חמור מהעונש שניתן היה להשית עליו מזה שהיה כתוב בכתב האישום.

התביעה טוענת כי הביאו ראיות שהוא היה כחלק משירות הSS, הוא היה שומר במחנה, ועשה מעשים נוראים, ולכן גם אם הוא לא איוון האיום, ניתן להרשיע אותו על בסיס העבירות והראיות שהוצגו בכתב האישום.

בית המשפט דוחה את הטענה, ומזכה אותו, לאחר שלא השתכנע מכך שהייתה לו הזדמנות סבירה להתגונן בפני הטענה החדשה, שהרי רק טרבלינקה היא חלק מכתב האישום. משום כך, לא הייתה לו הזדמנות לעשות כתב הגנה שיטתי ומאורגן כיוצא מזכות להליך הוגן.   
בית המשפט העליון משדר מסר שאומר כי לא משנה מי עומד בפני לבית המשפט, הוא ידאג להליך הוגן של כל אחד ואחת גם אם מדובר דמיאניוק. כשבית המשפט העליון מזכה אותו, זה לא אומר שהוא לא מאמין לעדויות שנשמעו בפניו, אלא שהאמת המשפטית לא הביאה את בית המשפט להכרעה של מעל לכל ספק סביר. בית המשפט משדר כי שאלת הצדק היא לא שאלה הקשורה למי עומד מולי אלא לשאלה האם הוא קיבל את הזכות להליך הוגן.

*"הוואכמן איוון דמיאניוק יצא לפנינו זכאי, מחמת הספק, מהאישומים הנוראים המיוחסים לאיוון האיום מטרבלינקה. מידה ראויה היא זו לשופטים, שאינם בוחנים כליות ולב, ואין להם אלא מה שעיניהם רואות וקוראות. תם – ולא נשלם. השלמות איננה נחלתו של שופט בשר ודם".*

ניתן לשאול למה לא זיכו אותו על טרבלינקה אבל יעמידו אותו לדין, בהליך חדש לחלוטין שנוגע לעובדה החדשה? היועץ המשפטי לממשלה נדרש לשאלה הזו, ולטענתו לא רק שלא הייתה מספיק תשתית ראייתית, גם אי אפשר לפתוח בהליך חדש כשהוא לא יודע בוודאות האם ירשיעו את הנאשם. הוא לא רצה לקחת את הסיכוי שהוא יזוכה שוב- להביא שוב את העדים שיעידו על מה שנעשה להם, והזעזוע של החברה הישראלית.

ניתן לראות את השופטים חותמים על הכרעת הדין כשידיהם רועדות אך עשו את מלאכתם כפי שראו לנכון, וזו דוגמא למתח שבין צדק לבין שיקולים ותכליות אחרות.

**השפעת ההליך הפלילי על גילוי האמת**

* 1. **חזקות משפטיות**

אמת עובדתית – משקפת את ההתרחשות על פני מבט של מתבונן אובייקטיבי מהצד.

אמת משפטית – משקפת את ההתרחשות דרך שחזור שופט מקצועי את המציאות על בסיס הראיות שהוצגו בפניו ובכפוף לסייגים ולפרוצדורה.

* 1. **שיטת משפט: אדברסרית / אינקוויזטורית**

ההליך המשפטי בישראל מבוסס על השיטה האדברסרית שהיא השיטה המקובלת במשפט המקובל.

1. מבוסס על עימות, ז"א יש עימות בין שני הצדדים - התביעה וההגנה, והשופט צריך להכריע ביניהם.
2. הצדדים הם אלה שאחראים להבאת הראיות.
3. ככלל, השופט לא מזמן עדים ולא מביא ראיות.

שיטת משפט אדברסרית- בית המשפט הוא פסיבי, אין לו אלא את מה שעינו רואות אלא את מה שמוצג לו באמצעות שני הצדדים. ואת העובדות הוא מקבל רק על סמך כתב האישום. השופט לא רואה את הראיות בשלב הזה והוא מקבל את הראיות תוך כדי ניהול ההוכחות. ודוק: הצדדים הם מי שאחראים להבאת הראיות, השופט כלל פסיבי, לא מביא עדים, לא מציג ראיות. וזה בניגוד להליך האינקוויזטורי שזה השופט החוקר.

שיטת משפט אינקוויזטורית- השופט החוקר. לשופט יש חלק אקטיבי בגילוי האמת, הוא לא מגובל על ידי הראיות שהצדדים מביאים, הוא מביא עדים, הוא מזמן ראיות, אין לו כמעט מגבלות של קבילות.

1. מבוסס על חקירה - השופט חוקר.
2. השופט אחראי לגילוי האמת המהותית. הוא אינו מוגבל על-ידי הצדדים.
3. השופט יכול לזמן עדים ולהביא ראיות.
4. מגבלות מועטות בענייני קבילות ראיות.

הרציונל של ההליך האדברסרי

1. התפיסה הליברלית: laissez faire תנו לדברים להיעשות
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. כלומר כתוצאה מהמתח בין הצדדים (בעוד שהתביעה מייצגת את האינטרס הציבורי, הנאשם מייצג את האינטרס שלו), האמת בסופו של דבר תצוף, ובית המשפט הניטרלי יוציא את האמת.

מתי ביהמ"ש כן יתערב בניהול המשפט ?

1. ע"מ לתקן טעויות פרוצדוראליות של הצדדים.
2. גם בהליך האדברסרי יש דברים שנלקחו מהשיטה האינקוויזיטורית- בישראל יש הליך אדברסרי עם היבטים אינקוויזטורים. למשל יש לו סמכות להביא עדים מטעמו- זה סממן אינקוויזטורי בתוך ההליך האדברסרי. וכך גם בתחילת ההליך- בהקראה בית המשפט יכול לברר את גרסת הנאשם, לשאול שאלות. אך בעיקרו זה הליך אדברסרי.

מאמרו של קרמניצר

פרופ' קרמניצר מבקר את השיטה האדברסרית בכך שהוא מעלה את השאלה מתי שיטת המשפט הגיעה לשוויון בין התביעה להגנה, המאפשר לשופט להיות ניטרלי? לפעמים מכל מיני סיבות, האמת לא תצא לאור בשל שיקולים פוליטיים בין נאשם ולתביעה. גם אם יש שוויון בין ההגנה לתביעה בפערי הכוחות, למה שנחשוש מלהעניק יותר סמכויות לשופט- שהרי הוא עצמאי, מקצועי, בלתי תלוי, בשונה משאר מדינות המשפט המקובל (כמו המושבעים בארצות הברית). לכן קרמניצר מציע במאמר לאמץ מרכיבים בתוך השיטה האינקוויזטורית ולאפשר לשופט מתחילת המשפט להיחשף לכל הראיות.

המאמר מעורר חשיבה, כי הוא שואל שאלה מעניינת מדוע אנחנו כל כך חוששות להקנות יותר כוח לשופט ופחות לכבול את ידיו? השופט בהליך הפלילי די מוגבל, עיניו וידוי קשורות כי הוא לא נחשף לראיות, וזאת בניגוד לצדדים- שרואים את חומר החקירה של התביעה. בית המשפט לא יודע כלום בתחילת המשפט, כשהראיות הולכות ומתקבלות בהליך הדרגתי בשלב ההוכחות. פרופ' קרמניצר מציע להביא בפני השופט את הראיות כולן בראשית המשפט. זה אומנם רעיון שובה וקוסם, שהרי ההנחה שלנו היא שבית המשפט הוא עצמאי ומקצועי שיודע להפריד בין הדעה מעיון בחומר הראיות, לבין הרושם שהוא יקבל מהחקירות. אבל במציאות זה לא עובד בצורה מושלמת, מאחר והשופט עלול לגבש איזושהי הטיה שתמנע שיפוט מקצועי. במהלך קריאת חומרי החקירה, מתעורר החשש כי השופט עלול לגבש הטיה, מחשבה, כיוון לגבי העדים, וזאת רק מלקרוא את התיק ומכלול הראיות. אם הוא יראה את כל הראיות טרם שלב ההוכחות, זה עלול ליצור הטיה שעשויה לפגוע באובייקטיביות של השופט. לכן ההצעה של קרמניצר היא מעניינת אך בעייתית.

ס' 143א- מענה לפתרון של קרמניצר

אל מול הצעתו של קרמניצר יש את ס' 143ב לחסד"פ שקובע כי: הס' הזה הוא למעשה מאפשר בעבירות מסוימות, לקיים מעין דיון מקדמי המאפשר לצדדים (בהנחה שיש הסכמה- תנאי סף לס' הוא שתהיה הסכמה של הצדדים),

על אף הוראות סעיף 143, רשאי בית המשפט, בתחילת המשפט ובכפוף להוראות סעיף קטן (ג), לנהל דיון מקדמי בכתב אישום, שמטרתו אחד מאלה:

(1)   בירור עמדת הנאשם לענין הודיה או כפירה בעובדות הנטענות בכתב האישום, כולן או מקצתן;

(2)   בחינת האפשרות לצמצום המחלוקת העובדתית או המשפטית, כולה או מקצתה;

(3)   ייתור הצורך בשמיעת ראיות;

(4)   סיום הדיון במסגרת הדיון המקדמי.

והתפקיד של הדיון המקדמי הוא בירור על דעת הנאשם, סיום הדיון בהסדר טיעון וכו. אלו התכליות של דיון מקדמי, השופט והצדדים מנסים ביחד לייתר את המחלוקת, לגבש איזשהו הסדר טיעון. דיון מקדמי כזה מאפשר שופט לעיין בחומר הראיות כולו, בהסמכת הצדדים, מה שהופך את הצדדים למעין שופט שנותן שירות לצדדים. אגב, זה שופט מקצועי שיכל לשמוע את התיק מתחילתו ועד סופו, אך לצורך העניין יש לו יכולות גישוריות ולתת לצדדים הצעות המייתרות את המחלקות. למשל במחוזי יש שופט עם תקן מיוחד, הוא עושה רק דיונים מקדמיים שהמטרה היא לצמצם את היקף התיקים שיגיעו להוכחות. אם זה לא מצליח, אז הפרוטוקול חסוי והדיון ימשך בפני שופט אחר. השופט שניהל את הדיון המקדמי לא ינהל את תיק ההוכחות, והצדדים קיבלו שירות משפטי ומקצועי מטעם שופט אחר. שבעצם מציף את הקשיים ומוצא פתרון מבחינת סיכוי-עלות, ומשקף את החסרונות של כל צד.

לקחו את הרעיון של קרמניצר אבל בלי לשלם את מחירים- כן יש שופט בתחילת ההליך שנחשף לכל הראיות ומנסה לעשות צדק ולגשר בין הצדדים, אבל אם זה לא צולח הוא לא ידון בתיק.

* 1. **מושבעים / שופט מקצועי**

בשיטת המשפט הישראלית לא קיימת שיטת המושבעים, וזאת מסיבה היסטורית. הבריטים לא סמכו בקולניות על הילידים שישפטו את עצמם. ולכן, למרות ששיטת המשובעים נהוגה באנגליה היא לא נהוגה בקולוניות, ומכאן שגם בישראל, שהושתתה על המשפט המנדטורי אין את שיטת המושבעים.

שיטת המושבעים זוהי הבחנה בין שיטות משפט שונות שעשויה להשפיע על גילוי האמת- בשיטת המושבעים התפקיד של השופט הוא משפטי, הוא מסמן את חומר הראיות עבור המשובעים, הוא מנחה בשאלות משפטיות. וההיגיון שעומד מאוחרי השיטה ברור- מדוע שופט יותר טוב באיתור אותות האמת של עד\נאשם על אחרים? אין ערובה שהתמקצעות משפטית של השופט תוביל לכך שהוא ידע יותר טוב מאחרים להבחין בין אמת לשקר. יש פה גם עניין רומנטי בשיתוף של הציבור בהליך השפיטה.

ניתן לציין כי בארצות הברית ששם שיטת המשובעים נהוגה, כמעט ואין תיקים שמסתיימים בהכרעת דין של מושבעים. רוב התיקים בכלל לא מגיעים לבית המשפט, וזאת בשל הכמות הבלתי-נתפסת של הסדרי טיעון. אין כמעט הזדמנות לראות משפט אמיתי (שהזכות להישפט מול מושבעים היא זכות חוקתית) עם מושבעים.

בהערת אגב, למה בישראל, בית משפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק דן בערכאות מנהליות כערכאה ראשונה? זה נובע גם מסיבה היסטורית- אנגליה הגדולה לא רצתה שבקולוניות, מי שידון את פקידי המנדט בעתירות המנהליות יהיו השופטים בערכאות הנמוכות, שהם היו מקומיים. אותו רעיון שהשופטים המקומיים ישפטו את פקידי המנדט, לא יקום ולא יהיה. ולכן הוצעה הצעה לפיה עתירות מנהליות ידונו בפני בית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, ששם יושבים שופטים בריטים. הרעיון נשאר מתוך הרגל ואף רומנטיזציה שאחרון האזרחים יכול לפנות לערכאה הגבוהה ביותר על פגיעה בזכויותיו, אך זה יצר עומס גדול ויחס לא פרופורציונלי בין כמות התיקים להרכב הקטן של שופטים. חשוב לציין, כי היום הורידו את המשפט המנהלי לבית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט מנהלי.

* 1. **כלל מהותי / כלל דיוני**
* כלל מהותי (=דיני העונשין)- כלל שמגדיר מה אסור ומה מותר. הוא מגדיר נורמה חברתית, קרי: זכויות וחובות.
* כלל דיוני (דיני ראיות ופרוצדורה)- מגדיר כיצד הפרט והחברה מממשים את הכללים המהותיים. איך ממשים את הכלל המהותי.

חשוב להבין כי יש שתי הבחנות חשובות בין כלל דיוני לכלל מהותי:

* 1. זמן התחולה- כללים דיוניים ודיני ראיות חלים אקטיבית (או רטרוספקטיבית), כלומר גם על עבירות שבוצעו לפני תיקונם. לאדם אין זכות קנויה כי הדיון המשפטי בעניינו יתקיים על-פי הכללים הדיוניים שהיו בתוקף בזמן ביצוע העבירה. כלומר, ניתן לשופט אותו עכשיו על כלל דיוני שנכנס לתוקף זמן קצר לפני הדיון המשפטי, גם אם הוא ביצע את העבירה לפני שנה. הוא לא יכול לטעון שישפטו אותו לפי כללים דיוניים שחלו בעת ביצוע העבירה. זה מתוך הרציונל שאין שום מימד של הסתמכות על הכללים הדיוניים בעת ביצוע העבירה, ולכן מידת הפגיעה בהסתמכות היא כל כך קטנה אם בכלל, ונהוג לומר שהכללים חלים באופן אקטיבי. כלומר בעת ביצוע העבירה העבריין לא מכלכל את צעדיו לפי הכללים הדיוניים שקיים באותו הזמן.   
     לעומת זאת, כלל מהותי אינו חל למפרע (בכפוף לסעיפים 4-5 לחוק העונשים המחילים רטרואקטיבית שינויים מהותיים לטובה). כלל מהותי לא יחול, לא רטרואקטיבית, אלא אם מדובר בכלל שהוא מטיב עם הנאשם. לדוגמא- לאחרונה שמענו דיונים בהקשר של מה ההשלכות של ביטול עבירת הפרת האמונים. הטענה שהוא לא יחול רטרואקטיבית, לא מסתדרת עם ס' 4-5 לחוק העונשין, לפיהם כלל מהותי אל יחול רטרואקטיבית כשהוא פוגע בך, אבל אם זה פועל לטובתך אז זה יחול גם רטרואקטיבית (כלומר המשפט יתבטל).
  2. אפשרות סטייה מהוראות חוק- לא ניתן לסטות מהוראות חוק מהותיות. לעומת זאת, בהוראות דיוניות של סדרי דין, בית המשפט יאפשר סטייה בתנאי שלא ייגרם עיוות דין. ככלל, בכלל דיוני יש יותר גמישות בסטייה ממנו. צריך לציין כי בכל זאת צריך הוראת חוק שתאפשר את הסטייה, (כלומר אם כלל נקבע בחוק ובתקנה החוק צריך לאפשר את הסטייה). באופן עקרוני בעוד שבהוראת חלוק מהותית אין סטייה, בכלל דיוני, סדרי הדין כן מאפשרים סטייה אם לא יגרם עיוות דין (כמו דמיאניוק).

1. **כללים פרוצדורליים המשפיעים על המהות**

* כלל סופיות הדיון
* דיני ראיות: לדוגמא: חסיונות למיניהן (עו"ד-לקוח, עיתונאי, כהן דת); איסור על עדות אישה נגד בעלה בעבירות שאינן אלימות עדות שמועה; האזנת סתר מפלילה - בלתי קבילה.
* דיני חקירה, חיפוש וממעצר: המשפט מטיל הגבלות על החוקרים בחיפושים, מעצרים וחקירות גם במחיר של עשיית צדק.
* זכות השתיקה והחיסיון מפני הפללה עצמית: אינם עולים בקנה אחד עם חשיפת האמת. נסייג זאת בכך שנשאל האם זכות שתיקה מוחלטת משרתת את העבריינים אז זה נכון שזה פוגע באמת העובדתית, אך אם היא משרתת דווקא את החפים מפשע אז היא אולי יכולה להציל מהודאות שווא. הרעיון שיש כל כך הרבה כוח ביחסים בין המשטרה לחשוד, שלפעמים רק שתיקה ומיסוך בין החשוד ולחוקר היא זו שתמנע הרשעות שווא. ולכן מתעוררת שאלה, מהי התכלית של זכות שתיקה- האם לשרת את האשמים (וודאי שלא רק כתוצאת לוואי) אלא זכות השתיקה נועדה להגן על החפים מפשע.

אלו כללים טכניים לכאורה, אך משפיעים על גילוי האמת באופן אקוטי.

פרשת הפניקס

הפסיקה אומרת דבר פשוט, יש הבדל בין התביעה לסניגוריה. כשהתביעה מבקשת לסטות מהכללים בית המשפט היה יותר קפדן ונוקשה, כי התביעה היא שחקן חוזר, גוף מקצועי. לעומת זאת, שהנאשם מבקש לסטות מהכללים, אז בית המשפט יתייחס לזה ביתר גמישות ופחות נוקשות. זה נובע בגלל סיבה אחת- שהתביעה מבקשת לסטות מהכלל זה עשוי לפגוע בנאשם, שלמעשה יצא מתוך נקודת הנחה שכללי הדין והפרוצדורה בסופו של דבר מביאים לתוצאה מסוימת, וסטייה מהם עשויה לפגוע באינטרס הציפייה והסתמכות. לעומת זאת, כשהנאשם מבקש לסטות מהכללים נהיה קצת יותר גמישים (לא תמיד נגיד לתביעה לא ולסניגוריה כן) אך יש פה גישה מעניינת.

דרך אגב, חייבטוב ישב בכלא 7 שנים, הגישו את הערעור לעליון הרבה אחרי הרבה מהזמן מאפשר להגיש ערעור. אך כשהנאשם מבקש להשתמש בזכות ערעור, גם אם הזמן חלף, נהיה הרבה יותר גמישים מאשר התביעה מבקשת לערער על ההכרעה. כשהתביעה תבקש, מבחינת הנאשם זה חלוט, ולכן הסיכוי שבית המשפט יבקש לסטות מהכללים הוא קטן יותר.

**ס' 56א לפקודת הראיות**

זהו ס' חדש שהתקבל לספר החקיקה לפני מספר חודשים. ס' 56 בעצם מעגן את הלכת יששכרוב בחוק:

הדבר המעניין הוא בשתי המילים "באופן מהותי". שתי המילים הללו עוררו ויכוח גדול בוועדות הכנסת ובסוף נכנסו ובצדק. הרעיון הוא שיש פה אפשרות לבית המשפט לפסול קבילות של ראיה שהוצגה תוך פגיעה בלתי מידתית בזכות להליך הוגן. שבתוך הס' גם הכניסו את השיקולים שבשיקול הדעת- קבוצות שיקולים המקנות לבית המשפט שיקול דעת כמעט בלתי מוגבל. לא כל פגיעה בהליך הוגן יכולה להוביל לפסילת קבילות הראיה, אלא רק אם מדובר בפגיעה מהותית, וגם אם היא מהותית, עדיין יש שיקול דעת רחב לבית המשפט להחליט שהוא איננו פוסל. זה מחזיר לפרשת סילבסטר, שם קובע הנשיא זמורה בהקשר של הפרת כללים שאין בהם שום דבר שקשור להוכחת האשמה. בכל מה שקשור להוכחת אשמה או חפות כל ספק ילך לנאשם, אך בכללים טכניים לא מתקל על הדעת שהנאשם יזוכה על הפרה טכנית. המחוקק מאמץ את הלכת יששכרוב בחוק וקובע כי גם בהפרות מהותיות (בשאלת החפות או האשמה), גם כשמדובר בהפרה של הזכות של הליך הוגן שזה עניין מהותי, נבחרה השיטה שנותנת את הסעד של היעדר קבילות רק בפגיעה מהותית (לא כל פגיעה) וגם יש המון שיקול דעת לבית המשפט.

**סמכות לפסילת ראיה שהושגה שלא כדין**

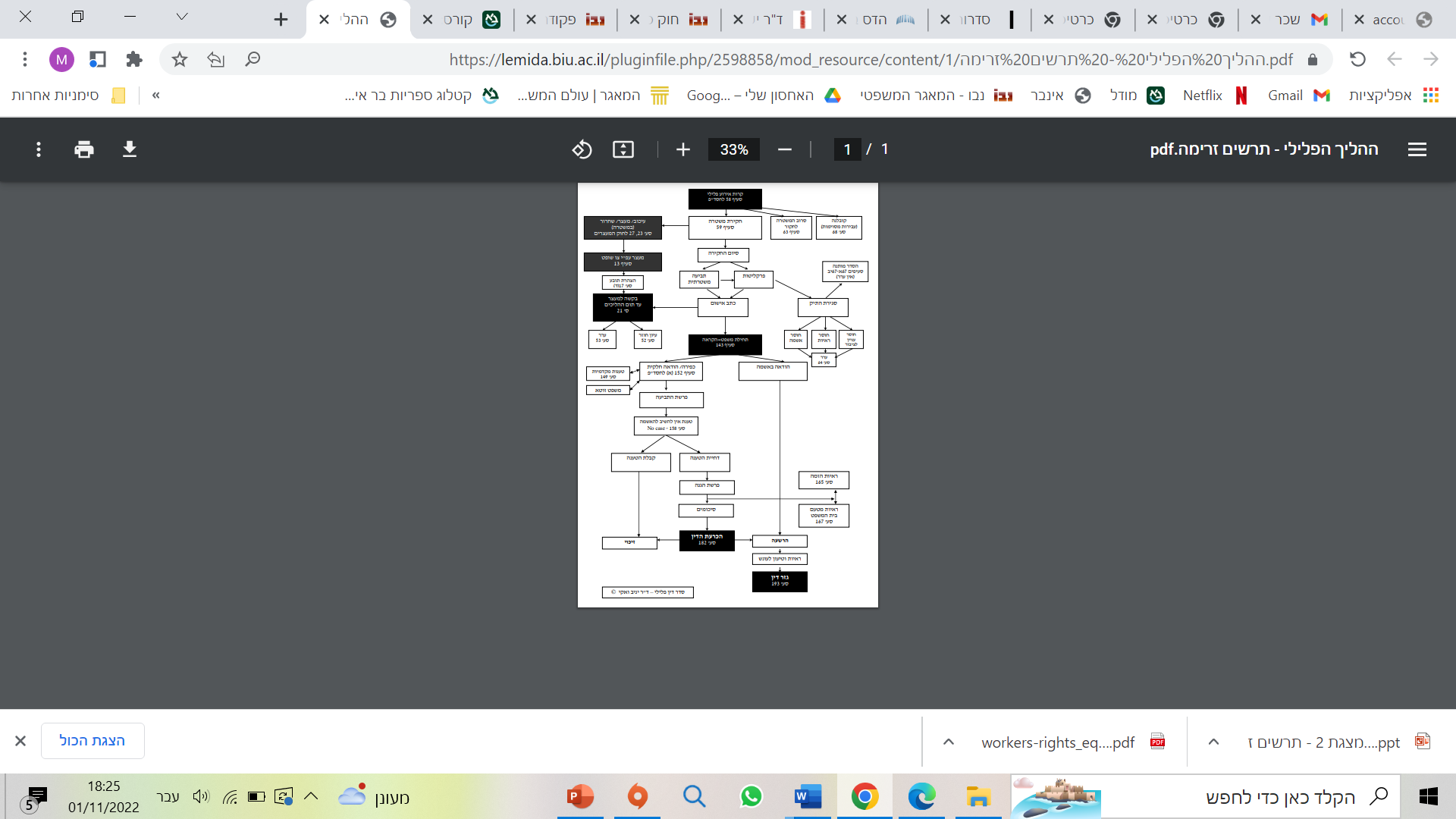
56א. (א) בית המשפט הדן במשפט פלילי רשאי שלא לקבל ראיה שהושגה שלא כדין, ובכלל זה הודעת נאשם או עד, חפץ או כל ראיה אחרת, אם שוכנע שקבלתה במשפט **תפגע באופן מהותי בזכות להליך הוגן**, בשים לב לאופייה ולחומרתה של ההפרה, למידת ההשפעה של ההפרה על הראיה שהושגה ולעניין הציבורי שבקבלת הראיה או באי-קבלתה; בסעיף קטן זה, "הפרה" – השגת ראיה שלא כדין.

אם הנשיא זמורה בסילבסטר שאמר שבהוכחת האשמה כל ספק הולך לטובת האנשם, פה מדברים שגם פגיעות בזכות להליך הוגן, לא מדובר בכל פגיעה אלא רק מהותית.

אלו היבטים טכניים לכאורה שעשויים להשפיע על גילוי האמת, כי השאלה האם יש שיטת מושבעים, או אדברסרית, יכולה לשנות את האמת המשפטית שתקבע בסוף ההליך.

**סקירת ההליך הפלילי**

**שלבי ההליך הפלילי (בקצרה)**



1. ביצוע עבירה- התרחש אירוע פלילי
2. שלב החקירה- המשטרה חוקרת ואוספת חומרים.
3. תביעה- כשהמשטרה מסיימת את החקירה, התיק עובר אל גופי התביעה (הפרקליטות, התביעה המשטרתית). התביעה מחליטה האם להגיש כתב אישום, או על סגירת התיק, קביעת הסדר מותנה. אם היא סוגרת את התיק, יש צורך בעילה מסוימת- חוסר עניין לציבור, היעדר אשמה, חוסר ראיות. אם התביעה לא סוגרת את התיק מוגש כתב אישום.
4. הגשת כתב האישום
5. תחילת המשפט- קריאת כתב האישום ותגובת הנאשם (מודה, מודה חלקית, כופר). אם הוא כופר באשמות, מתחילים את שלב ההוכחות.
6. שלב הוכחות

* פרשת התביעה
* טענה אין להשיב לאשמה (גם אם נקבל את כל הראיות שהציגה התביעה צריך לזכות אותו)
* פרשת ההגנה

1. סיכומים
2. הכרעת דין- אשם או זכאי
3. גזר דין- אם הנאשם נמצא אשם עוברים לקביעת גזר דין.

**הליך המעצרים- מבוא**

הליך המעצרים הוא הליך נפרד שלפעמים מתלווה להליך הפלילי. המעצר יכול להיות לפני שלב הגשת כתב האישום (כלומר בשלב החקירה), קרי מעצר ימים, ויכול להיות מעצר עד תום ההליכים (אחרי הגשת כתב אישום).

כלומר הליך המעצרים יכול להתלוות לכלל שלבי ההליך הפלילי- שלב החקירה, שלב העמדה לדין, שלב המשפט, שלב פוסט המשפט (ערעור, משפט חוזר). בכל שלב יש גורם אחר דומיננטי- אם זה בחקירה הגורם הוא משטרת ישראל, בעוד שבשלב העמדה לדין, הגורם הוא התביעה (פרקליטות, תביעה משטרתית), וכך גם בשאר השלבים- שלב המשפט, שלב הפוסט משפט (ערעור).

**סקירת שלבי ההליך הפלילי (בהרחבה)**

1. **ביצוע העבירה**

ביצוע מעשה שעולה לכדי עבירה פלילית (מכוח חוק העונשין).

1. **תלונה (ס' 59)**

ההליך הפלילי בדרך כלל מתחיל בשלב בתלונה. חשוב להבין כי כל אדם רשאי להגיש תלונה. התלונה לא תלויה בקורבן העבירה, והוא איננו חייב להגיש תלונה על מנת לפתוח חקירת משטרה. גם אנשים אחרים שהם לא קשורים לתלונה יכולים להגיש תלונה לרשות החוקרת. למשל, חלק גדול מהתלונות נפתחות בעקבות תחקיר עיתונאי ולא מצריך תלונה של הקורבן. זה נכון שאם הקורבן לא מעיד יש בעיה משפטית של מתן עדות, אך מבחינת פתיחת החקירה לא צריך את הקורבן אלא מספיק שנודע למשטרה בכל דרך.

**חקירת המשטרה [53] (תיקון מס' 82) תשע"ח-2018**

59.  נודע למשטרה על ביצוע עבירה, אם על פי תלונה ואם בכל דרך אחרת, תפתח בחקירה; אולם בעבירה שאינה פשע רשאי קצין משטרה בדרגת פקד ומעלה להורות שלא לחקור אם היה סבור שנסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות לפתיחה בחקירה או אם היתה רשות אחרת מוסמכת על פי דין לחקור בעבירה.

צצ

לפי לשון ס' 59, על פני הדברים, אין למשטרה שיקול דעת, ולכאורה המשטרה תמיד חייבת לחקור כל תלונה שהוגשה. עם זאת, למרות שהס' עצמו לא נותן מרחב פעולה, הפסיקה קבעה שצריך לפרש את הס' באופן כזה שמקנה שיקול דעת. כשכתוב נודע למשטרה, אז הכוונה היא לסיטואציה שבה יש חשד סביר לביצוע עבירה. חייבת להיות לתלונה איזושהי תשתית ראייתית אובייקטיבית, וזה מפני שבמציאות, יש מספר לא מבוטל של תלונות סרק. ולא יעלה על הדעת כי כל תלונה מופרכת, על פניה תחייב את המשטרה לזמן את החשוד לכאורה לחקירה.

בסיפא של הס' כתוב כי בעבירה שאינה פשע (עבירה עם עונש פחות מ3 שנות מאסר), כלומר בעבירות חטא ועוון יש סמכות לקצין בדרגה מסוימת לא לפתוח בחקירה מכוח עילה של חוסר עניין ציבורי. חשוב להדגיש כי האפשרות הזאת זה לא קיימת בעבירת פשע, אלא רק בעבירת חטא ועוון.

**החלטה שלא לחקור בעבירות מין או אלימות כלפי בן זוג (תיקון מס' 36) תשס"ב-2002**

59א.  (א)  בסעיף זה –  
"בן זוג" – מי שמקיים או שקיים מערכת יחסים זוגית;  
"המרכז" – המרכז לטיפול ולמניעת אלימות במשפחה שברשות המקומית שבה הוגשה התלונה, ואם לא היה ברשות המקומית מרכז כאמור – המחלקה לשירותים חברתיים שברשות המקומית האמורה  
"המתלונן" – בן הזוג המתלונן;  
"עבירת מין או אלימות" – עבירה מסוג עוון לפי סעיפים 192, 334, 336 שלא בנסיבות מחמירות, 337, 346(ב), 347(א1), 348(ג) ו-(ה), 376, 377 שלא בנסיבות מחמירות, 379, 380 ו-381(א), לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

חשוב לציין כי בעבירות מין ובעבירות משפחה, המחוקק מקשה ומקשיח את התנאים שבהם המשטרה יכולה לא לחקור. הסיבה לכך היא ניסיון העבר- היו מקרים רבים שבהם היו תלונות על אלימות בתוך המשפחה, ובעקבות לחץ של בן הזוג המתלוננת חזרה בה מהגשת התלונה. מה שהוביל לסגירת החקירה ובסוף רצח של הקורבן. לכן, המחוקק הקשיח את היכולת לא לחקור עבירות מין ואלימות כלפי בני זוג, במיוחד אם חזרו בהם מהתלונה.

1. **פתיחת חקירה**

משטרת ישראל היא הגוף החוקר המרכזי, אך היא לא לבד. ס' 221 לחסד"פ כותב ברחל בתך הקטנה שהמשטרה לא חייבת להיות הגוף החוקר היחידי, ויש עוד גופים מלבד המשטרה. מלבדה, קיימים עוד גופים חוקרים, שקיבלו על פי חוק הסמכה לבצע חקירות פליליות- כמו רשות הסמים, רשות לניירות ערך וכו. משטרת ישראל היא המרכזית, ולכן חשוב להבין כי אם יש גוף חוקר אחר למעט המשטרה, הגוף חייב לקבל הסמכה מפורשת מהחוק. צריך לזכור כי חקירה פוגעת פגיעה מהותית בכבוד האדם, וכל פגיעה בזכות אדם מצריכה הסמכה מפורשת בחוק.

מהלך החקירה

לאחר הגשת תלונה, המשטרה מתחילה לחקור:

* חקירת החשוד- החשוד נחקר תחת אזהרה. המשטרה מחויבת לעדכן את החשוד שהוא חשוד על ביצוע עבירה פלילית מסוימת, שיש לו זכות שתיקה מוחלטת (שהוא יכול לשתוק ולא לומר דבר במהלך החקירה), וכי יש לו גם זכות היוועצות עם עורך דין.
* חקירת העדים- בזמן החקירה, המשטרה לא חוקרת רק את החשוד תחת אזהרה, אלא גם מתשאלת עדים. עדים זה כל מי שיכולת לתרום ולהאיר פרטים אודות החשדות. עד לא נחקר תחת אזהרה כי הוא לא חשוד, ולכן אין לו זכות שתיקה מוחלטת. חשוב לציין כי אומנם העד לא נהנה מזכות שתיקה מוחלטת, אך הוא כן נהנה מהזכות לחיסיון מפני הפללה עצמית. כלומר לעד אין זכות לא לענות לשום שאלה בחקירה, אלא רק את הזכות לא לענות לשאלה שעלולה להפליל אותו. במידה ועד שומר על זכות שתיקה מוחלטת, יהיה ניתן להעמיד אותו לדין על הפרת חובה חוקית.   
  הרבה פעמים עד יכול להתחיל את החקירה כעד, ועם הזמן, אם יש חשדות נגדו, המשטרה מחויבת לעצור את העד, להזהיר אותו ורק אז להשתמש בחשדות כנגדו.

פתיחת חקירה

* חקירת החשוד
* חקירת עדים
* חיפושים
* תפיסת חפצים
* תרגילי חקירה- עימותים, מדובב

תיק החקירה כמובן תמיד מתועד (הוא מקבל מספר- פ.א, פרטי אירוע). חוק סדר דין פלילי -חקירת חשודים מתייחס לאופן ביצוע העבירה בהיבטים שונים- מתי הנחקר מתועד בווידאו, אודיו וכו. בכל מקרה, כל החקירה מתועדת. למשל אם יש חיפוש, חייב להיות דוח המתאר את החיפוש, מה נמצא, איפה, אם יש מדובב אז גובים עדות מהמדובב לפני ואחרי.

האם הפרקליטות מעורבת בשלב החקירה? התשובה מורכבת וזה תלוי בתיק ובנסיבות. בתיקים גדולים שיש להם השלכות ציבוריות, מורכבים, תיקי מעצרים, כאן הפרקליטות מעורבת. אך בהרבה תיקים אחרים, התביעה לא מעורבת בשלב החקירה. המונח של פרקליט מלווה הוא מונח שקיים אך לא בכל מקרה, ולרוב בעיקר בתיקים מרוכבים. זה תמיד מבורך, שהתובע שרואה את הנולד מראש יכווין את המשטרה בכיווני החקירה אך זה לא תמיד קיים.

1. **מעצר לצורכי חקירה**

מעצר- חריג לכלל: חשוב להבהיר כי לא בכל חקירה יש מעצר ואף רוב החקירות מתבצעות ללא מעצר. תמיד אנחנו שומעות בתקשורת את הדיווחים אודות המעצרים, ולכן זה נראה שבכל חקירה יש מעצר. הכלל הוא חקירות ללא מעצר, מעצר הוא החריג לכלל, וזאת מפני שמעצר מייצר את הפגיעה הכי קשה שיש בזכות לכבוד האדם וחירות. במעצר לצרכי חקירה, הנחקר עדיין בחזקת חף מפשע, וכשעדיין כשחזקת החפות היא לצד הנחקר, שוללים ממנו את חירותו. מעצר זה אחת הפגיעות הקשות ביותר במדינה דמוקרטית, פגיעה שאין מנוס ממנה אך זהו לא הכלל. כי להבדיל ממאסר, נקודת המוצא במעצר היא שהאדם חף מפשע. בעוד שמאסר הוא אחד מהעונשים שניתן להשית בהתאם לחוק על מי שהורשע, מעצר הוא לא עונש והעצור לא בגדר עבריין מורשע. מעצר שולל את חירותו של אדם מבלי שהוא הורשע ולכן זה יעשה במקרים חריגים בלבד. חשוב לזכור כי מבחינת המשטרה תמיד מעצר יהיה עדיף, וזאת מפני שתמיד יותר קל לחקור חשוד כשהוא עצור.

מעצר ראשוני- מעצר לצורכי חקירה יכול להתבצע באמצעות מעצר ראשוני. מעצר ראשוני יכול להיות לדוגמא במקרה בו שוטר שהולך לתומו בשטח ומול עיניו מתבצעת עבירה פלילית. במקרה כזה, השוטר יכול לעצור אדם ללא צו של שופט במעצר ראשוני. אופציה נוספת היא שהמעצר הראשוני יהיה על פי צו של שופט- מראש המשטרה פנתה לשופט שלום והוציאה במעמד צד אחד צו מעצר, ואז המעצר הראשוני יתבצע בעקבות צו של שופט. כלומר, מעצר ראשוני יכול להיות על פי או ללא צו.

תנאים למעצר

על מנת שהמשטרה תוכל לעצור אדם, צריכים להתקיים תנאים מסוימים. לאורך כל דיני העצרים צריכים להתקיים שלושה תנאים מצטברים כדי לעצור אדם:

1. תשתית ראייתית מינימלית- נבדוק מה התשתית הראייתית שקושרות אותו לעבירה. עוצמת התשתית הראייתית תשתנה בהתאם לסיטואציה ולסטטוס שבו נמצא החשוד (במעצר ימים) הנאשם (במעצר עם תום ההליכים). לפני הגשת כתב אישום עוצמת התשתית הראייתית הנדרשת תהיה נמוכה, וככל שנתקדם בזמן וזה כבר יהיה מעצר עד תום ההליכים, תידרש תשתית ראייתית גבוהה יותר. נדגיש שוב, תשתיתית ראייתית תשתנה בהתאם לסטטוס האדם.
2. עילת מעצר- חשוב להבין כי לא עוצרים אדם בהיעדר עילת מעצר. אם אין סיבה טובה (שהחוק מונה) המאפשרת לשלול את חירותו של אדם, שהוא עדיין בחזקת חף מפשע לא ניתן יהיה לעצור אותו. בגדול, אפשר לדבר על מספר עילות מרכזיות- מסוכנות, חשש לשיבוש הליכים, חשש מבריחה, הפרת האמון (הפרת הוראה חוקית שהגבילה את החירות שלו) וכו.

חשוב להדגיש כי בשלב המעצר לפני הגשת כתב אישום (מעצר ימים), מותר למשטרה להגיש גם ראיות שהן לא קבילות (להוכחת התשתית הראייתית וגם להוכחת עילת המעצר).

1. מידתיות- תמיד צריך לבדוק לפני שעוצרים אדם כי אין אמצעי שניתן לנקוט על מנת להשיג את אותה התכלית. כלומר אמצעי שימנע את החשש שממנו אנחנו חוששות, תוך פגיעה פחותה יותר- כמו עיכוב, חלופה וכו.

מגבלות זמן- לאורך הקורס נראה שיש גם מגבלת זמן למעצרים- למשל, בשלב של מעצר לפני הגשת כתב אישום, אדם שנעצר מעצר ראשוני, חייבים להביא אותו להארכת מעצר בפני שופט תוך 24 שעות. וזה לא משנה אם המעצר הראשוני הוא על פי צו או ללא צו. בעבר הדרישה עמדה על 48 שעות להארכת מעצר.   
בשלב הזה, כשהחשוד מובא בפני שופט להארכת מעצר, זה מכונה מעצר ימים. כלומר בסיום ה24 של המעצר הראשוני, מתחיל מעצר הימים. גם כאן יש מגבלה של זמן וימים ספורים, לא ניתן להחזיק אדם במעצר ימים סך הכל מעבר ל30 יום. במידה והמשטרה רוצה להאריך את המעצר מעבר ל30 יום, היא חייבת את אישור היועמ"ש. חשוב להדגיש כי אישור היועמ"ש מהווה רק תנאי סף למעצר ימים מעל 30 יום במצטבר בגין אותו אירוע- גם אם ניתן אישור יועמ"ש זה לא בטוח שבית המשפט יאשר את הארכת המעצר.

* בית המשפט הוא תמיד בית המשפט השלום, שם יש שופט מעצרים המעניק הארכות מעצר. יש מגבלה שלא ניתן לתת כל פעם יותר מ15 ימים הארכה.
* כמובן, זה שהמשטרה קיבלה 8 ימים הארכת מעצר זה לא אומר שהיא חייבת להחזיק 8 ימים אלא לשחרר אותו קודם (אם אין לה צורך יותר במעצר).

תוצאות לוואי- למעצר יש תכליות שהן חשובות ובגינו ישללו מהחשוד את חירותו. התכלית העיקרית היא כשיש חשש למסוכנות, שיבוש ובריחה, אבל צריך לזכור כי יש לו גם תוצאות לוואי. אדם נחקר כשהוא עצור, כוח ההתנגדות שלו לא זהה לכוח ההתנגדות שלו לחשוד חופשי. אין עילת מעצר שקוראים לה "הרצון להחליש את כוח ההתנגדות של החשוד", אלא זו רק תוצאת לוואי. אם נגיע לחקירה אחרי שהנחקר היה בביתו, אז ברור שכוח ההתנגדות חזק יותר מאשר אם הוא העביר את הלילה במעצר. זו תוצאת לוואי וזו לא עילת מעצר אף פעם.

נקודות נוספות על מעצר לצורכי חקירה:

* בשלב המעצר לצורכי חקירה, בכל שלב הארכות המעצר, הסניגור והחשוד לא רואים את חומר החקירה והוא לא נמצא ברשותם. זה נובע מחשד לשיבוש הליכי חקירה, וכי בשלב הזה נרצה לתת למשטרה את מלוא הגמישות.
* מי שמטפל בבקשות להארכות מעצר זו המשטרה ולא התביעה (הפרקליטות) כי אנחנו עדיין בשלב החקירה.
* על החלטת של בית משפט בעניין מעצר ניתן להגיש ערר בזכות (פעם אחת) וברשות (פעם שנייה). אפשר גם להגיש בקשה לעיון חוזר לאותה ערכאה.

1. **התביעה**

אחרי שהסתיימה החקירה כל חומר הראיות שאסף הגוף החוקר, מועבר לתביעה. גם כאן צריך לומר שראש התביעה הכללית הוא היועמ"ש (שלו יש עוד מספר כובעים). יש לציין כי על סדר היום הציבורי עומדת לדיון הדרישה לפיצול תפקידו של היועמ"ש כראש התביעה הכללית. מתחתיו יש מספר סוגים של תובעים לפי ס' 2 לחסד"פ:

1. הפרקליטות- בראש הפרקליטות עומד פרקליט המדינה. יש גם פרקליטי מחוז, מנהלי מחלקה וכן הלאה. הפרקליטות מופיעה בבית המשפט העליון ובכל הערכאות. הפרקליטות אחראית בעיקר על העבירות החמורות יותר, עבירות פשע ומעלה. החלוקה לא דיכוטומית, יש עבירות שהן אינן פשע ושהן מספיק חשובות כדי שהפרקליטות תופיעה בהן והפוך, יש עבירות פשע שגם התביעה המשטרתית תופיע בהן. הפרקליטות היא הגורם ששומעים עליו בתקשורת אך מבחינה כמותית היא לא הגורם הגדול שמגיש כתבי אישום.
2. התביעה המשטרתית- הגורם המרכזי והגדול ביותר, 90% מכתבי האישום מגישים הוא התביעה המשטרתית. אלו שוטרים שהתמנו כתובעים על ידי המפכ"ל. הם מופיעים בדרך כלל בעבירות חטא ועוון ופחות בפשע. בעבירות מין גם אם זה בבית משפט השלום, הפרקליטות בדרך כלל תופיע. זה מורכב בדרך כלל מחומרת התיק, חשיבותו הציבורית וכו.   
   יש לציין כי התובעים המשטרתיים נמצאים במחלקה שהיא נפרדת מהשוטרים המבצעים את הליך החקירה. יש הפרדה פנימית בין שוטרים לתובעים.
3. תובעים מוסמכי יועמ"ש- יש גם תובעים שקיבלו הסמכה מהיועמ"ש. למשל תובעים המגישים כתבי אישום בעבירות תכנון ובנייה, איכות הסביבה וכו. זה יכול להיות גם עורכי דין פרטיים שזה כבר מעלה שאלות של הפרטה. שהרי, עורך דין פרטי מקבל הסמכה מהיועמ"ש להגשת כתבי אישום וחובש את כובע הקטגור. כמובן שיש פיקוח הדוק על התובעים מוסמכי היועץ ובדרך כלל הם לא יעסקו בעבירות פשע. אלו תובעים שיש להם התמקצעות שבדרך כלל אין למשטרה או לפרקליטות, אלא רק לגורמים פרטיים. עם זאת, הסיבה המרכזית להסמכת תובעים פרטיים היא תקנים. אין מספיק תקנים ולכן יש מספר לא מבוטל של תובעים כאלו. יש לציין כי תובע מוסמך לא יכול לייצג לקוחות באותן עבירות שהוא הוסמך בהן בכובע של קטגור, בשל החשש מניגוד עניין.
4. תובעים מכוח חוק- יש גם תובעים שיש להם הסמכה מכוח החוק. למשל תובעים המגישים כתבי אישום בדיני תכנון ובנייה, יש להם הסמכה מכוח החוק (אך בכל זאת מקבלים הסמכה מהיועמ"ש כי הוא בא כח כל התובעים). לעורכי דין פרטיים יותר נוח להצהיר שהם מוסמכי היועמ"ש ולכן תהיה כפילות כזו.

כל התובעים כולל התובעים המשטרתית הם תחת הנחייתו של היועמ"ש.

תפקיד התובע- תפקיד התובע הוא לבדוק את חומר הראיות ולהחליט לאיזה כיוון הולכים- סגירת התיק או הגשת כתב אישום. הוא עושה את זה על סמך חומר החקירה. ככלל, תובע לא נפגש עם עדים, כי מי שגבתה את העדויות ואספה חומרי חקירה זו המשטרה. אולם, יש מקרים כמו עבירות מין, שלפעמים תובע כן רוצה להתרשם מהמתלוננ\ת ואז התובע\ת יפגש עם עדים. כמובן שזה לא נעשה כעניין שבשגרה, וזה רק להתרשמות ולא כחקירה.

תנאים להגשת כתב אישום

אם תובע מחליט להגיש כתב אישום, הוא יעשה את זה אם הוא מגיע למסקנה שהתקיימו שני תנאים מצטברים שהחוק מונה:

1. תשתית ראייתית- סיכוי סביר להרשעה. רף התשתית הראייתית הנדרשת הוא האם יש סיכוי סביר שבסוף המשפט (לאחר שבית המשפט ישמע את הראיות והחקירה הנגדית), בית המשפט ירשיע את הנאשם מעל לכל ספק סביר. בעצם כבר בשלב הזה, התובע\ת צריכ\ה לנבא את תוצאות המשפט- האם יש סיכוי סביר להרשעה וזאת רק על סמך ראיות קבילות.
2. עניין לציבור- האם נסיבות העניין מתאימות להעמדה לדין. זה תנאי, שבניגוד לתנאי הראשון שהוא תנאי טכני, כאן הוא תנאי מהותי שיש בו מרחב לשיקולים נורמטיביים.

כמובן שאם יש התלבטות, התובע\ת רשאי\ת לבקש השלמת חקירה- הוא יכול לפנות למשטרה ולבקש השלמת חקירה בנושא חשוב שלא נחקר מספיק.

עילות לסגירת תיק

אם התובע\ת מחליט\ה על סגירת התיק, נדרשת עילה מסוימת שבגינה התיק נסגר:

1. חוסר ראיות- בעצם התנאי הראשון להגשת כתב אישום לא התקיים, לפיו אין תשתית ראייתית מספקת ואין סיכוי סביר להרשעה.
2. חוסר אשמה- עילת חוסר אשמה זה המצב הטוב ביותר מבחינתו של החשוד. מאחר והיא מעידה הפוך מעילת חוסר הראיות- אין עשן בלי אש. זה לא שאין ראיות כי אולי החשוד היה מספיק מתוחכם כדי שלא היו ראיות, או הייתה התרשלות מצד המשטרה, אלא שאין שום ספק שהוא לא ביצע את העבירה.

יש נפקות לעילה שבגינה נסגרת התיק. סגירת תיק בחוסר אשמה תוביל לכך שהרישום נמחק גם מרישומי המשטרה, בעוד שסגירת תיק מחוסר ראיות, נשאר רישום בעניין פתיחת חקירה. יש לרישום גם משמעות מעשית- גורמים מסוימים לפי חוק מידע הפלילי, יכולים להתרשם מהרישום המשטרתי שנשאר. אם התיק נסגר מחוסר אשמה אין רישום משטרתי, וזה בוודאי חשוב כי הרישום יכול להשפיע על מינוי ציבורי- כמו שופט.

1. חוסר עניין לציבור\ נסיבות העניין אינן מתאימות להעמדה לדין- המחוקק שינה את הנוסח בשל הביקורת הקשה שהייתה עליו. זוהי ניסוח פוגעני שבעיני הציבור זה מעיד על כך שהתלונה לא מעניינת את הציבור. התלונה לא מספיק חשובה כדי שזה יעניין את המשטרה, בעוד שהמתלונן נשאר במקום הנפגע.
2. הסדר מותנה- אפשרות נוספת נקראת סגירת תיק בהסדר. כאשר מדובר בעבירות שאינן פשע המנויות בחוק, לא יגישו כתב אישום אם הנחקר מתחייב לבצע את ההתחייבויות שהתובע והוא יסכימו עליהם יחד. כמובן שיש רשימה סגירה בחוק והתובע לא יכול לעשות מה שרוצה. אם הנחקר יבצע את זה התיק ייסגר. יש כמה תנאי סף לאפשרות של סגירת תיק בהסדר- שאחד מהם זה שהתביעה לא מבקשת מאסר בפועל. סגירת התיק בהסדר זה תולדה של מחשבה נכונה- שיש הרבה תיקים שהם על הסף של עניין ציבורי, או כתבי אישום שהם על סף הליך משפטי, נוצר כלי שמגדיר את קשת האפשרויות, חוסך המון משאבים ובסופו של דבר מגיע לאותה תוצאה מלכתחילה ולא בסוף ההליך. זה מקל על העומס שעל בית המשפט, ומאפשר להפנות את השופטים לתיקים הקשים ביותר. ההסדר נובע גם מהרצון לייצר כלי המותאם לאנשים נורמטיביים ששגו.

אפשר להגיש ערר על החלטה שלא להעמיד לדין וסגירת התיק, אך זה בתוך הפרקליטות עצמה ולא דרך בית המשפט. מחלקת עררים בפרקליטות המדינה עוסקת עררים ויש הנחיות בחוק למי בדיוק מגישים את הערר.

1. **מעצר עד תום ההליכים**

שלב המעצרים יכול להיות גם בשלב המשפט. אם מעצר בצרכי חקירה הסיטואציה היא שהמעצר הוא לפני הגשת כתב אישום, כעת החשוד כבר לא חשוד אלא נאשם. כבר הוגש כתב אישום ומעצר תום ההליכים זה הליך שמבקש לעצור אותו עד סוף ובמהלך המשפט. קודם הוא היה עצור במהלך חקירה. כל מעצר צריך קולב שעליו נתנה את המעצר- או חקירה או משפט. כעת זה הקולב של המשפט וקודם זה היה חקירה. בכלל לא מדובר על מעצר מנהלי שהוא מעצר מניעתי שלא קשור להליך פלילי.

* מי שמגיש את בקשת מעצר עד תום ההליכים זה כבר לא המשטרה והגוף החוקר, אלא התובע.
* גם במעצר עד תום ההליכים צריך שלושה תנאים מצטברים: תשתית, עילה, היעדר חלופה סבירה. חשוב לציין כי בבקשת מעצר עד תום ההליכים, בניגוד לימים, התשתית הראייתי היא כבר לא חשד סביר לביצוע העבירה אלא סיכוי להרשעה, תוך התבססות על ראיות קבילות בלבד.
* במעצר עד תום ההליכים, בניגוד למעצר לצורכי חקירה, הואיל והחשוד מקבל את התואר נאשם, הוא כבר צד להליך והוא כבר זכאי לעיין בכל חומר החקירה. אנחנו כבר נמצאות בשלב אחר לחלוטין, זה לא שהסניגור מגשש באפלה ולא רואה את חומרי החקירה. פה הוא כבר רואה את כלל החומרים.
* למרות שזה מעצר עד תום ההליכים, גם בו יש מגבלת זמנים. צריך שהמשפט יסתיים בהכרעת דין תוך תשעה חודשים. יש פעמים שזה לא קורה, ולכן לבית המשפט העליון יש את הסמכות להאריך את המעצר 3 חודשים כל פעם. אין מגבלה על מספר הארכות.
* כלל ימי המעצר בפועל (נכון גם למעצר ימים וגם עד תום ההליכים) מקוזזים מהעונש אם הנאשם יורשע ויושת עליו עונש מאסר. לא חייב להיות רצף בין מעצר לפני הגשת כתב אישום לבין מעצר אחרי כתב אישום. יכולה להיות סיטואציה שבזמן החקירה המשטרה לא חשבה שצריך לעצור אותו, ובשלב המשפט כן. למשל בשלב כלשהו עולה חשש לשיבוש. במקרה כזה, תהיה בקשה למעצר עד תום ההליכים לפחות לתקופת עדי התביעה.
* השופט שידון בבקשה למעצר עד תום ההליכים זה לא אותו שופט שידון בכתב האישום, וזאת מפני שלא נרצה שהשופט שדן בכתב האישום יעיין בראיות לפני שהוא שומע את העדים. בבקשת מעצר עד תום ההליכים נחשף השופט לראיות התביעה בשאלה של האם יש תשתית ראייתית (סיכוי סביר להרשעה). השופט יכול להחליט שהוא מאפשר מעצר עד תום ההליכים, שחרור בערובה, שחרור מלא ואף מעצר באזיק אלקטרוני (שלא קיים בבקשת מעצר לפני כתב אישום אלא רק במעצר עד תום ההליכים).
* גם כאן אפשר להגיש ערר בזכות לערכאה גבוהה יותר, ורשות בפעם השנייה. ניתן גם להגיש בקשה לעיון חוזר בנסיבות הכתובות בחוק שמוגש לאותה ערכאה. הדיון בבקשת מעצר בתום ההליכים לפני בקשת מעצר לפני כתב אישום כי הנאשם והסניגור נחשפים לכלל חומר הראיות.

הצהרת תובע

כשיש סיטואציה שבה החשוד היה עצור במעצר ימים, לפני הגשת כתב אישום, וכעת רוצים להגיש כתב אישום לצד בקשה על מעצר עד תחום ההליכים, יש מגבלת זמן וצריך להכין את כתב האישום מהר. כמובן שאם אין עצורים, ואין בקשה למעצר עד תום ההליכים אז אין לחץ להגשת כתב אישום.

לדוגמא יש אפשרות עדיין בשלב מעצר ימים ובסיום החקירה, לבקש מבית המשפט עוד חמישה ימים כדי להכנת כתב אישום, שבזמן הזה הנאשם יישאר במעצר ושיהיה רצף בין החקירה למשפט. ס' 17 לחוק המעצרים מאפשר לבקש עד 5 ימים להכנת כתב אישום כדי שיהיה רצף והנאשם יהיה עצור בזמן הזה.

1. **הגשת כתב אישום**

כתב אישום זה מסמך שתמיד חייב להיות בכתב, הוא יכול להיות מוגש נגד נאשם אחד, נגד מספר נאשמים וכו. יש בו סיפור המספר את האישום- ומתחתיו יש רשימה של העבירות שבהן התביעה מבקשת להרשיע את הנאשם. כתב אישום זה עניין מקצועי לכל דבר ועניין, שכן יש מומחיות בהכנת כתב אישום. בהכנת כתב אישום צריך לנסח את הסיפור באופן כזה שאם הנאשם יודה בכל מה שקרה בסיפור, אפשר יהיה אוטומטית להרשיע אותו בעבירות שרשומות למטה. נבטא את הסיפור באופן כזה המבטא את כל יסודות העבירה שמופיעות מתחתיו.

יש את רשימת עדי התביעה שהמשטרה מראש מציינת שהם יהיו העדים שבאמצעותם תבקש התביעה להוכיח את כתב האישום מעל לכל ספק סביר. ומבחינתו של האנשם אין הפתעות- הוא יודע את כל העבירות שבהן הוא מואשם, הוא יודע מי עדי התביעה, ומה הם אמרו בחקירה- כי הוא קיבל את כל החומר, הוא משחק בקלפים פתוחים. מנגד, התביעה יכולה להיות מופתעת- היא לא יודעת מי יהיו עדי ההגנה, באיזו אסטרטגיה הנאשם ינקוט וכו.

שימוע

בהנחה והוגש כתב אישום, ס' 60א(ד) לחסד"פ קובע את האפשרות לשימוע. בעבירות פשע יש ניתנת לחשוד הזכות לטעון בפני התובע למה לא להגיש נגדו כתב אישום. יש לזה חריגים- לדוגמא אם החשוד או העצור לפני הגשת כתב אישום ויש כוונה לעצור אותו עד לתום המשפט, אז אין מספיק זמן לתת לו את 30 היום לשימוע כי חייב לעמוד במגבלות החוק.

1. **הקראה**

שלב המשפט מתחיל בשלב ההקראה, זה השלב הפורמלי של תחילת המשפט. במידה והתביעה תטען בגזר הדין למאסר בפועל, היא חייבת לציין את כוונתה כבר בשלב הזה של הקראה. כך שהנאשם יודע מראש האם התביעה תבקש מאסר בפועל או לא. אם היא לא מבקשת אז היא לא תוכל לדרוש את העונש בהמשך. זה נובע מהסיבה שמאסר בפועל הוא אחת מהסיבות למינוי סניגור ציבורי.

הקראה היא פתיחת המשפט בה הצדדים מוזמנים להקראת כתב האישום. כך שהגשת כתב האישום לא פותח את המשפט, והמשפט נפתח רק בשלב ההקראה. בהקראה הנאשם יכול להודות או לכפור בהאשמות, ואף לטעון טענות מקדמיות. זה השלב שבו- אחרי ההקראה ולפני התשובה, הנאשם יכול לטעון טענות מקדמיות.

טענות מקדמיות

הטענות המקדמיות הן טענות שטוענים אותם בשלב המקדמי של המשפט. מאחר ואלו טענות (חוץ מהגנה מן צדק) פרוצדורליות בלבד, אם הן מתקבלות הן לא מובילות לזיכוי, אלא לביטול כתב האישום\ לתיקונו\ להעברת כתב האישום לביהמ"ש אחר וכו.

* חוסר סמכות מקומית ועניינית
* פגם או פסול בכתב האישום
* כבר זוכיתי\ הורשעתי
* כתב האישום אינו מגלה
* הגנה מן הצדק- טענה מקדמית שנולדה בפסיקה ועוגנה בהמשך בחקיקה- ס' 149(10).

יש שתי טענות מקדמיות בחוק שאם לא נטען אותן בשלב ההקראה, ניתן יהיה לטעון בהמשך רק ברשות בית המשפט. שתי הטענות הן חוסר סמכות מקומית ופגם או פסול בכתב האישום. יתר הטענות ניתן לטעון גם בשלבים המאוחרים יותר של המשפט.

תשובת הנאשם

במשפט פלילי אין כתב הגנה, הנאשם פשוט משיב לכתב האישום והוא יכול לעשות זאת בע"פ, אך בתיקים מורכבים התשובה תהיה בכתב.

נקודת המוצא היא שהנאשם לא צריך להוכיח את חפותו, אלא התביעה צריכה להוכיח מעל לכל ספק סביר שהוא ביצע את המעשה. בתשובתו לאישום, עומדות לנאשם כמה אפשרויות:

* שתיקה- לא מודה ולא כופר. במקרה של שתיקה, חשוב לדעת כי שתיקה של הנאשם מהווה חיזוק לראיות התביעה.
* כפירה\ כפירה חלקית- הוא יכול להחליט שהוא כופר בחלק מהעובדות, או בכל העובדות.
* מודה- הנאשם יכול להודות בכל כתב האישום או בחלק מהעבודות.
* הוא יכול לטעון עובדות אחרות.

אם הנאשם מודה בכל העובדות שבכתב האישום אין טעם לעבור לשלב ההוכחות ואנחנו עוברות ישירות להכרעת הדין. חשוב לציין כי יש שני סוגים של הודאות- הודאה בחקירה המשטרתית והודאה בשלב ההקראה. אם הנאשם מודה במשפט עצמו זה לא נחשב הודאת חוץ (מחוץ לבית משפט) ולא צריך את התוספת הראייתית של דבר מה. אם הנאשם מודה במשטרה והתביעה מבקשת להשתמש בהודאה שלו בשלב ההוכחות, צריך דבר מה נוסף (בניגוד לשלב המשפט לא צריך דבר מה נוסף).

הודאה בדרך כלל תהיה תולדה של הסדר טיעון (שחייב להיות גלוי לבית המשפט). כמובן שגם בהמשך המשפט ניתן יהיה להגיע להסדר טיעון, אך במקרה כזה בהמשך המשפט יהיה צריך להגיש בקשה לתיקון כתב האישום.

* הודאה= מעבר להכרעת הדין
* כפירה= תחילת שלב ההוכחות

המטרה של שלב הקראה זה לנסות לברר את גבולות המחלוקת.

תיקון כתב האישום לאחר ההקראה- שלב ההקראה הוא לא רק תחילת המשפט, אלא יש לה גם חשיבות פרוצדורלית שיכולה להכריע בכל מיני שאלות שיצוצו בהמשך. אחרי ההקראה אם התביעה רוצה לתקן את כתב האישום היא חייבת רשות מבית המשפט. לפני ההקראה, תיקון כתב האישום כרוך רק בשליחת הודעה. יש פה הבדל עצום. הרציונל שעומד זה שינוי מצבו של הנאשם לרעה אחרי ההקראה, שמסתמך על כתב האישום הכתוב.

חזרה מכתב אישום לאחר הקראה- יכולים להיות מקרים שהתביעה תרצה לחזור בה מכתב האישום. חשוב להבין כי מטרת העל של התביעה זה הגעה לחקר האמת, שהאדם שיורשע יהיה האשם בלבד ולא להביא להרשעות שווא, ולכן יש חשיבות לחזרה מכתב האישום. אם יש סיטואציה שבה התביעה חושבת שהיא טעתה היא יכולה לחזור מכתב האישום, אך יש לשים לב האם זה לפני או אחרי ההקראה:

* אם היא חוזרת מכתב האישום לפני ההקראה זה ביטול- כלומר אפשר יהיה להגיש את כתב האישום שוב.
* אך אם היא חוזרת מכתב האישום אחרי ההקראה זה כבר זיכוי ולא יהיה ניתן להגיש כתב אישום שוב (ס' 94 לחסד"פ).

ב94ג המחוקק הוסיף סעיף מתוחכם לפיו יש אפשרות שהתביעה וההגנה יסכימו לחזרה מכתב אישום אחרי ההקראה שלא תיחשב זיכוי אלא ביטול. במקרה וההגנה והתביעה הגיעו להסכמה שהתביעה תחזור בה מכתב האישום אחרי ההקראה, וזה יחשב ביטול- כדי להגיש מחדש כתב אישום צריך אישור של היועמ"ש.

טענת אליבי- אם הנאשם רוצה לטעון שהוא בכלל לא היה במקום שנטען שהוא היה וזה לא הוא, נקבע כי בית המשפט צריך להגיד לו שאם הוא לא יטען טענת אליבי בתחילת המשפט, הוא לא יוכל לטעון אותה בשלב ההוכחות אלא ברשות בית המשפט.

ההבדל בין הסדר טיעון להסדר מותנה- סגירת תיק בהסדר זה בסמכות התובע במשא ומתן מול הנאשם (החשוד), והשופט לא מעורב. יש רשימה סגורה של שיקולים ושל הסמכות שהתובע יכול להגיע עם הנאשם והתיק נסגר בהסדר, בית המשפט לא נמצא בתמונה. בהסדר טיעון זה שונה- שם הנאשם מודה בחלק מעובדות כתב האישום תמורת זה שהתביעה מצמצמת את כתב האישום ויש הסכמה לעניין העונש, הסדר טיעון מחייב הצגתו בבית משפט. ובית משפט חייב לאשר אותו. כלומר יש שני תנאים: 1. הנאשם מודה בהסדר הטיעון המתוקן 2. אישורו בית המשפט. אם זה הוצג בתחילת המשפט, ידיו של השופט כבולות.

1. **ניהול המשפט**

כפירה מלאה או חלקית בכתב האישום תוביל לפתיחת המשפט וניהול ההוכחות.

1. ראיות התביעה

מי שמתחיל את פרשת ההוכחות זו התביעה. בשלב ההוכחות התביעה מביאה את ראיותיה וחומרי החקירה. התביעה צריכה להוכיח את עובדות כתב האישום מעל לכל ספק סביר. היא עושה זאת באמצעות ראיות: עדים, ראיות בכתב או ראיות חומריות. אם אין הסכמה כל הראיות מובאות באמצעות עדים. אין בהליך פלילי תצהירי עדות ראשית (שהם נמצאים בהליך אזרחי בלבד, במקום חקירה ראשית). בפלילי כל העדים חייבים להעיד, וכל עד מטעם התביעה נחקר תביעה ראשית, חקירה נגדית על ידי ההגנה, וחקירה חוזרת אם יש צורך להבהיר דברים.

החקירה היא לפי החלטת התביעה ולא סדר כתב האישום.

עד עוין- אם עד תביעה מעיד פתאום הפוך ממה שהעיד במטרה, אז התביעה יכולה לבקש להכריז עליו כעד עוין, שבית המשפט רשאי להתיר לתביעה לחקור בחקירה נגדית.

הודאת הנאשם כראיה- אם יש הודאת נאשם במשטרה, האם אפשר להגיש אותה כראיה לעניין תוכנה? זאת בעיה כי מבחינה משפטית טהורה זאת עדות מפי השמועה. כי מי שגבה את הודאת הנאשם זה החוקר. החוקר הוא בדרך כלל עד תביעה מספר אחד והוא מגיש את ההודאות של הנאשם במשטרה. זאת עדות מפי שמועה כי הוא יכול להעיד את זה שהוא שמע את הנאשם אומר לו את הדברים, אך לא יכול להעיד לעניין תוכנם. עדות מפי השמועה זאת עדות שכלל היא איננה קבילה, כי אנחנו חוששים למהימנותה (אין אפשרות לנאשם לחקור בחקירה נגדית על תוכן העדות את מי ששמע את העדות, כי הוא לא יכול להעיד על תוכנה). הכלל בדיני הראיות היא שעדות מפי שמועה איננה קבילה, אך יש לה חריגים- אחד מהם זה הודאת נאשם. הודאת נאשם הוא חריג לכלל איסור עדות מפי שמועה. העדות תוגש מפי החוקר, אך התביעה תצטרך להוכיח שההודאה ניתנה מחופשי ומרצון- ס' 12 לפקודת הראיות (שעליו יש פסיקה רבה). כך שאפשר להגיש את ההודאות המפלילות של הנאשם במשטרה, אבל מכיוון שזה חריג לכל הפוסל עדות מפי השמועה, צריך דבר מה נוסף על מנת לאמת את מה שהוא אמר במשטרה.   
יש לציין כי גם אם הנאשם לא יעלה להעיד בפרשת ההגנה, זה עדיין לא בהכרח יסייע לו אם הוא הודה במשטרה.

אלו עדיי וטענת אין להשיב לאשמה

התובע מסיים את פרשת התביעה באלו עדיי, ואז עוברים לפרשת ההגנה. לפני תחילת פרשת ההגנה, הסניגור יכול לטעון את הטענה של אין להשיב לאשמה- אין תיק להשיב לו. המהות של הטענה, גם אם ניקח את כל מה שהובא לדיון, וגם אם נניח שכל העובדות נכונות, הנאשם אומר לבית המשפט העדויות שהתביעה הביאה אינן מובילות להרשעה מעל לכל ספק סביר, גם אם כולן יוכחו כאמת. אין לתביעה תיק שיחייב את הנאשם לענות. ולכן הנאשם מבקש מהשופט לזכות אותו, עוד לפני שהוא מתחיל את פרשת ההגנה.

למה לא תמיד לטעון טענת אין להשיב לאשמה? שהרי זו שיטת מצליח, אין סנקציה לטענה. עורכי דין רציניים אף פעם לא טוענים אלא אם כן יש להם בסיס מאוד גדול לטענה. כדי לבסס טענת אין להשיב לאשמה צריך לחשוף חלק מפרשת ההגנה, ואם אנחנו מבינות שהיא ישר תדחה חלק מהקלפים של פרשת ההגנה נחשפים לתביעה. הרף הראייתי שצריך לעמוד כדי להעביר את הכדור מהתביעה להגנה, הוא כל כך נמוך שהתביעה תעמוד בו. ולכן על מנת שהטענה תתקבל, צריך שמשהו חריג מאוד יקרה. הסיכוי שיהיה מצב כזה לקבלת הטענה, הוא לא גבוה.

1. ראיות ההגנה

הנאשם לעולם לא עד תביעה. אם הוא רוצה הוא יכול להיות עד הגנה (ולא חייב), הוא יכול להחליט שהוא שותק במשפט- כמו שהוא יכול לשתוק בחקירה כך הוא יכול לשתוק במשפט. אם הוא לא עולה להעיד יש לזה מחיר, כי זה עלול להיחשב חיזוק או לסייע לתביעה (152 לחסד"פ). כמו כן, אם הנאשם שתק בכל החקירה ולראשונה הוא פורס את גרסתו בהגנה, משקלה של העדות נמוכה עד להיחשב עדות כבושה- כי איפה היית עד עכשיו, למה שנאמין לך.  
אם הנאשם רוצה להעיד הוא צריך להעיד ראשון- כדי שהוא לא ישמע את העדים האחרים. יש קושי בכך שהנאשם כן שמע את עדי התביעה- אך אי אפשר להביא למצב שנאשם לא יהיה במשפט שלו עצמו. אם הוא לא מעיד ראשון והוא רוצה להעיד יותר מאוחר, הוא צריך לבקש רשות מבית המשפט. כל יתר העדים חוץ מהנאשם לא שומעים את עדותם של השאר, כלומר עדי ההגנה לא שומעים את עדי התביעה. עד לא שומע עדות של עד אחר לפני שהוא מעיד אלא אם כן זה נאשם.

עדי הזמה ס' 165- אחרי פרשת ההגנה התביעה יכולה לבקש רשות מבית המשפט להביא עדים שהיא לא יכלה לצפות מראש. זה לא במקרה שהתביעה התרשלה אלא רק בנסיבות שהיא לא יכלה לצפות מראש. נניח שהנאשם שתק במשטרה, אין לו בכלל גרסה, ולראשונה הוא פורס את גרסתו המלאה בחקירה ראשית בפרשת ההגנה, פתאום התביעה מבינה כי כדי להפריך את גרסתו היא צריכה להביא עדי הזמה, היא לא יכלה לצפות את זה.

ס' 181- יש גם לבית משפט את האפשרות להביא עדים מטעמו.

1. **סיכומים**
2. סיכומי תביעה

התביעה מסכמת ראשונה, וההגנה מסכמת לאחר מכן.

1. סיכומי הגנה
2. **הכרעת הדין (זיכוי או הרשעה)**

יש מגבלת זמן להכרעת דין- תוך 30 יום מהגשת הסיכומים ס' 181א.

בית המשפט חייב להתחיל את הכרעת הדין במילה זכאי, במקרה בו הנאשם מזוכה. אם הוא אשם עוברים לשלב גזר הדין. לכן אם לא צוין בתחילת הקראת הכרעת הדין שהנאשם מזוכה, אין מה לחכות לסוף כי הנאשם הורשע.

1. **שלב הראיות לעניין העונש**

במידה והנאשם הורשע עוברים לשלב גזירת העונש. שלב גזירת העונש מאוד דומה למבנה של שלב ההוכחות, בעצם נפתח משפט קטן שכל כולו נועד לבחון איזה עונש יש להשית על הנאשם.

1. ראיות התביעה לעונש

בשלב הראיות לעונש, התביעה יכולה להביא ראיות שלא יכלה להביא בשלב ההוכחות- כמו גיליון הרשעות של הנאשם (שלא הוצג לפני על מנת לא להטות את השופט). פה היא כבר יכולה להביא רישום פלילי קודם, עדות קורבן, בן משפחה.

1. ראיות ההגנה לעונש

הנאשם יכול להביא עדים מטעמו כולל עדי אופי. עדים שאמורים לשכנע את בית המשפט להשית על הנאשם עונש קל. ניתן להביא תסקיר לנאשם או תסקיר קורבן.

1. סיכומי התביעה
2. סיכומי ההגנה לעונש

תמיד ניתן לנאשם את המילה האחרונה, לפני שבית המשפט מכריע.

1. **גזר הדין**

דרכי ענישה

* מאסר בפועל- עד 9 חודשים, תקופת המאסר תרוצה בעבודות שירות במקום.
* מאסר על תנאי
* קנס כספי
* פיצוי למתלונן

ניתן גם למרות הרשעה לא להשית עונש, אך זה בדרך כלל יבוא לאדם מאוד נורמטיבי שיכול לפגוע בעבריין, במקרים מאוד נדירים.

**בקשה לעיכוב הליכים**

היועמ"ש יכול לעכב הליכים, לאחר שהנאשם בדרך כלל מגיש בקשה לעיכוב ההליכים. אם יש נסיבות אישיות חריגות- כמו מחלה, ניתן לעכב. יש גם התליית הליכים- הנאשם ברח אך לא נרצה שהמשפט יהיה תלוי ועומד.

1. **פוסט משפט**

פוסט משפט אלו כל ההליכים שהם אחרי המשפט עצמו, כוללים- ערעור, דיון נוסף, משפט חוזר.

ערעור

אחד מהדברים החשובים הוא שבהליך פלילי אין ערעור על החלטת ביניים. הכלל הוא שניתן לערער על החלטת ביניים בסוף ההליך. יש חריגים לכך:

* אם יש מחלקות בין הנאשם לבין התביעה בעניין גילוי חומר חקירה, במקרה כזה אין היגיון לחכות לסוף המשפט כי זה יכול להשפיע על כל ההליכים (ס' 74).
* פסלות שופט- אם הוגשה טענת פסלות והשופט לא קיבל את הטענה, ניתן לערער לנשיא בית משפט עליון.
* תמיד אפשר להגיש ערעור לבג"ץ כנגד החלטה של בית משפט, גם בהליך ביניים (זה יהיה נדיר שבכלל תוגש, והטענה תתקבל).

את הערעור שני הצדדים יכולים להגיש. זה לא מובן מאליו, יש שיטות משפט שונות שבהן כאשר יש זיכוי והתביעה מערערת על הכרעת הדין, התביעה לא יכולה בכלל לערער (בשל התפיסה של סיכון כפול). בישראל גם התביעה וגם ההגנה יכולות לערער גם על הכרעת הדין וגם על גזר הדין.

ערכאת הערעור לא מתערב בממצאים העובדתיים- בית המשפט שישב בערכאה התרשם מהמינות העדים והראיות, ולכן אין שום יתרון של ערכאת הערעור על הערכאה האחרונה. אפילו להפך- יש חיסרון וכלל ערעור הוא בסוגיות משפטיות. מטרת הערעור זה לאתר שגיאות בהליך בערכאה הקודמת. ערכאת הערעור לא אמורה להתחיל את המשפט מחדש, לא אמורה להביא לכך שגורם בכיר יותר ישקול את העניין מחדש. אלא זה מבקש להעמיד את ערכאת הערעור על טעויות שבית המשפט עמד עליהם. בית המשפט בערכאת הערעור ככלל לא שומע ראיות, אם הוא חושב שיש ראיות שצריך היה לגבות, הוא יכול להחזיר את הערעור לערכאה הקודמת עם הנחיות או שהוא יכול לגבות את הראיות בעצמו.

חשוב לציין כי גם אם בית המשפט מקבל את הערעור, הוא יכול לא לשנות את פסק הדין. בית המשפט יכול לקבל את הערעור אך לא לשנות את פסק הדין אם הוא חושב שלא נגרם עיוות דין. כלומר לקבל את הערעור אבל לא לשנות את התוצאה.

ערעור הוא בזכות פעם אחת ורשות בפעם שנייה- תוך 45 יום אפשר להגיש את הערעור. הארכת מועד מהערעור תהיה במקרים חריגים כשהתביעה מבקשת ופחות חריגים כשההגנה מבקשת.

דיון נוסף

דיון נוסף הוא עוד אפשרות שעומדת לצדדים. דיון נוסף מוגש לבית המשפט העליון וההרכב הוא של שלושה שופטים. במקרים מאוד חריגים כשמדובר בהלכה חריגה תתקבל הבקשה לדיון נוסף.

משפט חוזר

זה גם הליך חריג, כאשר הנאשם מבקש לפתוח במשפט חוזר למרות שיש פס"ד סופי בעניינו שהפך לחלוט. הכלל הוא שבדרך כלל לא פותחים פס"ד חלוט, ורק בנסיבות חריגות ניתן להגיש בקשה לבית המשפט העליון למשפט חוזר. משפט חוזר זה מה שקורה היום בעניין זדורוב. משפט חוזר זה רק כאשר ההגנה מבקשת ולעולם לא יהיה במקרה ההפוך, כאשר יש זיכוי. זה רק כאשר יש הרשעה, אין מקרה לפי החוק שהתביעה תבקש משפט חוזר בזיכוי.

**השפעת המהפכה החוקתית על סדר הדין הפלילי**

**מבוא**

בשנת 1992 הרשות המכוננת כוננה את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק, שני חוקי היסוד היחידים שעוסקים בזכויות אדם. בחקיקת החוקים נפל דבר ששינה את שיטת המשפט הישראל ככלל, ובהליך הפלילי בפרט.

כמעט כל סוגיה שנעסוק בה בהליך הפלילי- בעיקר בשלב החקירה, יש בו פוטנציאל לפגיעה בזכיות האדם המנויות בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. למשל:

* חירות- מעצר שפוגע פגיעה קשה בחירות, וזה כאשר החשוד נמצא בחזקת חף מפשע.
* קניין- דיני החיפוש המאפשרים לתפוס ראיות תוך כדי חקירה, פוגעים בזכות לקניין (ס' 3 לחוק יסוד).
* פרטיות- חיפוש ביתי פוגע בזכות לפרטיות.
* כבוד האדם- דרכי החקירה שעלולות לפוגע בכבוד האדם.

פוטנציאל הפגיעה בזכויות אדם הוא עצום.

במדינת ישראל אין עוד חוקי יסוד העוסקים בזכויות אדם למעט חוק יסוד כבוד וחירותו וחופש העיסוק, ובפרט אין חוק יסוד העוסק בזכויות דיוניות של חשודים בהליך הפלילי. היו הצעות לחוק יסוד זכויות במשפט, כמו הצעתו של שר המשפט גדעון סער שניסה לקדם כינון זכויות של חשודים ונאשמים בהליך הפלילי. יש זכויות שאם נחשוב עליהן לעומק נצפה שהן יהיו מעוגנות בחוקה (שחוקי היסוד הם הפרקים העתידית בחוקה שיעסקו בזכויות). תחת הזכויות החוקתיות יש מגוון רחב של זכויות קונקרטיות- כמו זכות שתיקה, זכות מניעה מהפללה עצמית, זכות החפות וכו. אלו זכויות שכולן חלק מהזכות להליך הוגן ובמדינות מתוקנות הן מעוגנות בחוקה. למשל החוקה הקנדית יש התייחסות מפורשת לזכות של נאשם שיתנהל משפט הוגן בזמן סביר. אותו הדבר גם בארצות הברית- מגילת הזכויות האמריקאית (התיקון החמישי לחוקה) הוא מדבר על זכות השתיקה, הזכות להימנע מהפללה עצמית, הזכות להיות מיוצג.

בישראל שום דבר למעט חוק יסוד כבוד האדם וחירותו ולכן אפשר להבין את הבשורה הגדולה. זה נועד להמחיש עד כמה חוק יסוד כבוד האדם וחירותו שינה את כללי המשחק.

**זכויות חשודים ונאשמים בהליך הפלילי- כזכויות חוקתיות**

נכון שאין בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו התייחסות קונקרטית לזכויות ייחודיות של חשודים ונאשמים בהליך הפלילי. אך כן יש התייחסות קונקרטית לזכות אדם כמו הזכות לחיים, לכבוד, פרטיות, קניין, חירות וכו. כל אלה יכולות להיות מענה ראוי שדרכו אנו נזרים אל מגילת הזכויות החוקתיות את הזכות להליך הוגן. בהחלט אפשר לגזור מאותן זכויות חוקתיות את הזכויות הדיוניות של נאשמים וחשודים בהליך הפלילי.

"הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי הדיוני ומהותי"- זה מאמרו של אהרן ברק בו הוא מתייחס לזכויות חשודים ונאשמים. לפיו, הזכות לכבוד האדם היא בסיס ראוי שניתן להשית עליו את הזכויות הדיוניות של חשודים ונאשמים בהליך הפלילי, גם אם זה לא כתוב ברחל בתך הקטנה. ברק אומר מה שהיה הוא לא מה שיהיה- חזקת החפות מ92 יש לה מעמד חוקתי. אותו הדבר גם בקשר לדרישה שיש להרשיע מעל כלל ספק סביר, זו דרישה חוקתית. כך גם על כל הליכי המעצר, חיפוש, זכות היוועצות, הזכות להימנע מפני הפללה עצמית, זכות שתיקה, אלו בעלות מעמד חוקתי על חוקי כאשר הצינור הוא הזכות לכבוד.

מעמד הזכויות מכוח פסקת ההגבלה

לפסקת ההגבלה יש שתי תכליות:

1. תכלית המעלה את זכויות החוקתיות למעמד על חוקי- כי אין לפגוע בזכויות המנויות בחוק זה אלא אם מדובר "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". כלומר פסקת ההגבלה מעגנת את הדרישה מהמחוקק לעמוד בתנאים מסוימים כדי לפגוע בזכויות האלו, ולכן ניתן להבין הזכויות נמצאות במעלה הפירמידה.
2. פגיעה בזכויות- התפקיד השני דווקא משקף את המגלה של הזכויות החוקתיות והעובדה שאין במשפט הישראלי זכויות יסוד מוחלטות. למעט הזכות כנגד עינויים שהיא זכות מוחלטת (ואז עולה השאלה מהם עינויים), כלל הזכויות הן זכויות יחסיות. אפילו הזכות לחיים היא זכות יחסית- עצם העובדה שבמדינת ישראל יש חובת גיוס לצה"ל, שמעמידה חיילים במצבים מסכני חיים. פסקת ההגבלה, משקפת בסופו של דבר את התובנה שזכויות היסוד, כולל הזכויות להליך הוגן הן יחסיות.

**דוגמאות להשפעת המהפכה החוקתית על זכויות דיוניות**

1. דוקטרינה הפסילה הפסיקתית

אם נקרא את פרשת יששכרוב, השופטת ביניש לא הכריעה מה המעמד החוקתי של זכויות דיוניות של חשודים ונאשמים, למרות שהיא רומזת כי הגישה המסתמנת היא שזכות היוועצות היא במעמד חוקתי. הדעה של ברק בהחלט התקבלה בפסיקה, לפיה גם אם לא נכריע בשאלה האם הזכות להליך הוגן זכתה למעמד חוקתי במלוא היקפה, פגיעה מהותית בזכות תעלה לכדי פגיעה מהותית בזכות לכבוד האדם. בעצם הזכות להליך הוגן נכנסת לתוך מערכת הזכויות חוקתיות דרך הציבור של כבוד האדם. באותו פס"ד קיבלנו את דוקטרינה הפסילה הפסיקתית- שהיום היא כבר מעוגנת בחוק (ס' 65א לפקודת הראיות). דוקטרינה לפיה ראיה שהושגה שלא כדין תיפסל, אם קבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכות להליך הוגן אך חורגת מגדרה של פסקת ההגבלה. אנחנו מבינות שבסופו של יום למרות הדרמה בהלכה של יששכרוב, עדיין הזכות להליך הוגן היא לא זכות מוחלטת כי:

* מדובר בפגיעה מהותית
* החורגת מגדריה של פסקת הגבלה- יש מקרים שהפגיעה הזאת לא תוביל לפסילת קבילות הראיה, ועל מנת שהיא תיפסל הפגיעה הזאת צריכה להיות פגיעה החורגת מגדריה של פסקת ההגבלה.

1. דוקטרינת הגנה מן הצדק

התהליך של המפכה החוקתית השפיע על סדר הדין הפלילי בהרבה היבטים- כשהלכת יששכרוב זה רק אחד מהם. דוגמא נוספת היא טענת הגנה מן הצדק. זוהי טענה מקדמית שעוגנה בחקיקה, אך נולדה אי שם בסוף שנות ה90 בפס"ד בעניין יפת. הטענה משקפת בצורה טובה את המהפכה החוקתית.   
דוקטרינת הגנה מן הצדק בעצם אומרת שיש מקרים שבהם, בשל הפגיעה הכל כך קשה בזכות להליך הוגן, בין אם היא באה מהמשטרה, או מהתביעה- צריך לבטל את כתב האישום בלי שום קשר לשאלת חפות או אשמה. דוקטרינה הגנה מהצדק היא הצומת ששם מתנקזים המשפט הפלילי והמשפט המנהלי- כי הדוקטרינה אומרת כי לא עוסקים בשאלה האם הנאשם חף פשע לפי הדין המהותי, אלא מבקשת לבטל את כתב האישום כי הפגמים הדיוניים מזעזעים, הפגיעה כל כך קשה שלא קשר לחפות או אשמה צריך לבטל את המשפט.   
כלל הפסילה הפסיקתית מבקש לפסול את קבילות הראיה המסוימת שהתקבלה תוך הפגיעה בהליך ההוגן. דוקטרינת ההגנה מן הצדק מבקשת לבטל את כתב האישום כולו. הדוקטרינה כל כך רחבה שהיא מאגדת בתוכה טענות רבות- שיהוי בלתי נסבל בהגשת כתב האישום (למרות שזה בתוך תקופת ההתיישנות), נשפטתי בידי התקשורת (התקשורת כבר שפטה כיכר העיר ולכן אין סיכוי שיקבל משפט הוגן), אכיפה בררנית (ללא שוני רלוונטי) וכו.   
בפס"ד יפת בית המשפט יצר את התשתית להגנה מן הצדק אך שם הוא הציב רך כמעט בלתי עביר- המצפון יזעזע, בית המשפט יהיה פעור פה, ההפרה היא כל כך קשה עד כדי כך שזה רף שכמעט בלתי עביר. אין כמעט מצב שבית המשפט יהיה פעור פה. לאט לאט הרף רוכך ועם הזמן כבר דובר על התנהגות רשלנית יכולה להביא להגנה מן הצדק ולא צריך לעמוד ברף כל כך גבוה, בהמשך זה כבר עוגן בחסד"פ בס' 177.

**ההשפעה הקונקרטית של המהפכה החוקתית על ההליך הפלילי**

נראה כל מיני דוגמאות שהמכנה המשותף לכולן הוא שבית המשפט נותן הרבה יותר משקל להגנה לזכויות החשודים והנאשמים ואולי פחות משקל לאינטרס הציבורי. זהו שינוי בנקודת האיזון.

פס"ד גנימאת

פס"ד בעניין גנימאת זו דוגמא טובה שממחישה את זה בהקשר של דיני מעצרים.

רקע עובדתי: תושב חברון שהעומד לדין על גניבת שני רכבים, ושהאלה הייתה האם יש מקום לעצור אותו עד תום ההליכים כן או לא. בית המשפט עוצר אותו עד תום ההליכים בקביעה שגניבת רכבים היא מכת מדינה. זה הגיע לבית המשפט העליון כערכאת ערעור ובהרכב מורחב של 3 שופטים.   
בדיון המורחב נפסק כי מכת מדינה לא יכולה להביא לעילה עצמאית למעצר עד תום ההליכים. זו שאלה עקרונית שיש לה השלכות מרחיקות לכת.

בית המשפט: כדי לעצור אדם צריך שלושה תנאים : 1. תשתית 2. עילה 3. היעדר חלופה סבירה. אדם שהועמד לדין בעבירה שהיא מכת מדינה, אם נעצור אותו רק בגלל זה, אנחנו מבינות כי תכלית המעצר היא הרתעה. בעצם במקרה כזה, נרצה לשדר מסר לכל העבריינים הפוטנציאלים, דעו לכם כל מי שהועמד לדין בעבירה כזאת אוטומטית ייזרק למעצר עד תום הליכים.   
במדינה דמוקרטית זה לא יכול לקרות, לא ניתן לעשות שימוש בנאשם שהוא עדיין בחזקת חף מפשע, הוא עדיין לא הורשע, לא ניתן לעשות בו שימוש כדי להרתיע את הציבור, על הגב שלו בעצם לשלול את חירותו אלא אם כן יש עילת מעצר עצמאית. אם נראה שהנאשם הספציפי הזה הוא מסוכן יש עילת מעצר, אם נרצה שיש חשש שהוא יברח יש עילת מעצר, אך אם נעצור אותו ונשלול לו את החירות כשהוא חף מפשע רק כדי להרתיע אחרים, על הגב שלו, זו פגיעה שלא נוכל להרשות אותה. בית המשפט העליון בדיון הנוסף למעשה אומר את האמירה הברורה הזאת- לא ניתן לעצור אדם עד תום ההליכים רק בגלל העובדה שהוגש כתב אישום בעבירה שהיא מכת מדינה.  
אם הנאשם יורשע ובמסגרת הטיעונים לעונש, התביעה תטען שצריך להחמיר כי העבירה היא מכת מדינה, זה לגיטימי, כי זה חלק משיקולי הענישה. בעוד שבשלב הטיעונים לעונש הנאשם כבר לא בגדר חף מפשע, במעצר עד תום ההליכים הוא כן נהנה מחזקת החפות.

בהערת אגב, אחת ההשלכות של הלכת גנימאת, היא שהמהפכה החוקתית לא מאפשרת לבטל חוק שנהנה מס' שמירת הדינים. אבל, ברק קובע כי זה לא אומר שאי אפשר לפרש חקיקה קודמת שנהנית משמירת הדינים, פרשנות שהיא ברוח המהפכה החוקתית. לא נבטל את החוק אך נפרש אותו פרשנות כזאת שהיא הולמת את המהפכה החוקתית. זה נפסק בגנימאת כי היה חוק מעצרים חדש אבל הוא לא היה בתוקף- כלומר כל דיני המעצר נדונו בהתאם לחקיקה קודמת שלא היה ניתן לבטל אותה כי הייתה מוגנת מכוח שמירת דינים, אך בית המשפט העליון פירש אותה ברוח המהפכה החוקתית.

חשוב לציין כי יש בהלכת גנימאת מחלוקת בין השופטים בשאלת זכויות הנאשמים אל מול זכויות נפגעי העבירה:

* שמגר טען כי זכויות האדם הנחו את בית המשפט עוד לפני חקיקת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, לכן אין פה דרמה כל כך גדולה כמו שמציגים. הוא ממשיך בכך שלא רק הנאשם צריך ליהנות מהזכויות החוקתיות, אלא החוק צריך להיות בשורה גם לקורבנות, שזכאים להגנה על חירותם וכבודם מפני פחד ופגיעה לא פחות מהנאשם.
* ברק מסכים איתו שגם הקורבנות זכאים להגנה על הזכות לכבוד שקיבלה מעמד חוקתי בחוק יסוד, אבל הוא יאזן בין שתי הזכויות כשיש התנגשות. אם מוגש כתב אישום נגד נאשם ואין שום עילת מעצר ספציפית שמראה את המסוכנות שלו, אז איפה ההתנגשות? האם נעצור אותו רק מכיוון שזו מכת מדינה? אם אין סכנה מהנאשם לציבור אז אין פה התנגשות.
* השופטת דורנר לא הבינה על מה מתווכחים, בכל מקרה לא צריך לעשות איזון אופקי בין זכויות הנאשם לזכויות הקורבן. זכויות נפגע העבירה נכנסות ומגולמות בתוך האינטרס הציבורי- ולכן האיזון הוא מול זכות הנאשם להליך הוגן מול האינטרס הציבורי ובתוכו נכנסות זכויות הקורבנות. הדיון הוא מול איזון אופקי מול זכויות הקורבן אל הנאשם, או הנאשם אל מול האינטרס הציבורי שבתוכו נכנסות זכויות הקורבנות.

חוק זכויות נפגעי העבירה- זהו חוק שעיגן את זכויות הקורבן בזכויות מסוימות. יש להם זכויות קונקרטיות אך אין להם זכויות וטו- כמו לשמוע את עמדתם, אך אין לעמדתם זכות וטו. למשל נפגעי העבירה לא יכולים למנוע מהתביעה לחתום על הסדר טיעון אבל התביעה צריכה לשמוע אותם בלב פתוח ונפש חפצה.

פס"ד שגיא צמח נ' שר הביטחון

כפי שציינו לעיל, בעקבות המהפכה החוקתית בית המשפט נותן משקל רב יותר לזכויות על פני האינטרס הציבורי, במיוחד על זכויות החשוד והנאשם- הזכות להליך הוגן, וזאת דרך הלכת גנימאת. בהמשך למהפכה החוקתית, נראה כי ההלכות שנדון בהן, נותנות יותר משקל לזכות הליך הוגן על פני האינטרס הציבורי, וזאת גם אם צריך לשלם מחיר כדי להגן על זכויות אדם. בית המשפט מוכן לשלם את המחיר הזה, ונראה את זה בפרשת שגיא צמח, שעסקה בסוגיה שלכאורה טכנית- תוך כמה זמן צריך להביא חייל שנעצר על ידי משטרה צבאית להארכת מעצר בפני שופט.

השאלה שעמדה במרכז פס"ד, הייתה האם תקופת הזמן עד להבאת הארכת מעצר בפני שופט, הזמן שהיה מנוי בחוק אז, עומדת במשקפי פסקת ההגבלה, עומדת במגבלת הזכויות החוקתיות. בעבר הזמן עמד על 96 שעות, אך חשוב לציין כי התיקון שיפר את המצב אל מול הקודם. כלומר המחוקק כן תיקן את המצב, אך בכל זאת השאלה החוקתית היא השאלה האם תקופת הזמן של 96 שעות, כן עומדת בפסקת ההגבלה.   
יש לציין כי בהקשר החוקתי, עלתה השאלה האם חוק מיטיב חוסה תחת שמירת הדינים, או כל חוק שתוקן לאחר כניסת חוקי היסוד, יבחן ברשת פסקת ההגבלה- בין אם הוא מטיב ובין אם לאו. הטענה של המדינה הייתה שחוק מטיב משפר את המצב הקודם ולכן, גם הוא אמור להיות מחוסן מביקורת שיפוטית בשל שמירת הדינים. בעצם, בית המשפט קובע כי כל חוק שתוקן, גם אם הוא מתקן חוק שכן נהנה משמירת הדינים, יבחן בפרספקטיבה של פסקת ההגבלה.

לאחר המשוכה הזאת, המדינה טוענת כי יש רצון לשפר את המצב הקיים של 96 שעות עד להבאה בפני שופט, אך זה מצריך יותר כוח אדם, משאבים, הליך בירוקרטי וכו. בתגובה לכך, השופט זמיר אמר את המשפט הידוע- ההבדל בין רצוי למצוי בגימטרייה זה כסף. כלומר זכויות אדם עולות כסף, וכל חברה דמוקרטית אמיתית נבחנת לא אם היא יודעת לנסח חוקים המעלים על נס את זכויות האדם, אלא האם בפועל, יש ביטוי בספר התקציב. אנחנו כחברה דמוקרטית, צריכות להיות מוכנות לשלם מחיר כדי להגן על זכויות האדם. בסוף כשרואים את המכלול- של 10,000 חיילים שנעצרים מידי שנה על ידי משטרה צבאית, אל מול הפגיעה בחירויות הפרט- מתעוררת השאלה האם צריך לתת משקל לטענות של תקציב, כוח אדם וכו? חשוב לציין כי שיקול תקציבי הוא לא שיקול זר, מאחר ולא אנחנו לא חיות בחלל ריק- תמיד יש מגבלה תקציבית. אך השאלה היא אל מול מה הוא נבחן- ובמקרה הזה, השיקול התקציבי נבחן אל מול פגיעה משמעותית בחירות האדם. לכן אל מול הפגיעה העצומה בחירות, השופט זמיר קובע כי זהו מחיר סביר שהצבא צריך לעמוד בו. במקרה הזה, הוא לא מדבר על 24 שעות אלא על 48 שעות.

בשורה התחתונה, פס"ד שגיא צמח, בדומה לגנימאת, הוא עוד דוגמא לנכונות של בית המשפט לשלם מחיר על מנת להגן על זכויות אדם.

שינוי טרמינולוגיה בחוק- חוק המעצרים והחיפושים

צריך לומר כי אחרי חקיקת שני חוקי יסוד שעסקו בזכויות אדם, ואחרי פס"ד בנק המזרחי ב95, נחקקו במסגרת סדר הדין הפלילי שני חוקים חשובים. שני חוקים חדשים שנחקקו מיד לאחר כניסת שני חוקי היסוד לתוקף.

1. חוק המעצרים- למשל ס' 1ב- לחוק *"שתבטיח שמירה מרבית על כבוד האדם וזכויותיו"*. אנחנו רואות שהמחוקק, כשהוא מחוקק חוקים העוסקים בהליך הפלילי, כבר מדבר בשיח של הזכות לכבוד. בפרשת עזאזמי, בית המשפט העליון קובע שמעצר איננו רק גורם לפגיעה בחירות, אלא גם בכבוד האדם, ומשום כך תמיד צריך להעדיף חלופת מעצר. השופט אלון מתייחס לתנאים הקשים בבית המעצר, וקובע כי גם הם אמורים להיות פרמטר מול עיני השופט כשהוא בוחן את בקשת המעצר.

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

1. חוק החיפושים- גם חוק החיפושים עוסק בשאלה מתי אפשר לעשות חיפוש בגוף האדם- חיצוני ופנימי. נראה ס' כמו ס' ..ד שאומר כי החיפוש בחשוד "*יעשה תוך שמירה על כבוד האדם.... ובמידה המועטה האפשרית של אי נוחות וכאב*". זוהי טרמינולוגיה מאוד חשובה של המחוקק, שאחרי חוקי יסוד שמה את זכות הכבוד במרכז. פס"ד גואטה- פס"ד שניתן עוד לפני חוק החיפושים החדש, שם מדבר השופט אלון על כך שלא כל הסכמה של חשוד לחיפוש יכולה לגרור פגיעה והשפלה, ורמיסת הכבוד. שם היה מדובר בחשוד שהחביא בגופו חבילת סמים, והסכים לבקשת המשטרה לערוך חיפוש בגופו ברחוב. ואכן, השוטרים ביצעו חיפוש והפשיטו את החשוד באמצע הרחוב, ללא כל שמירה על צנעת הפרט. השופט אלון קובע, כי למרות וניתנה הסכמה מצד החשוד, יש קושי בביצוע חיפוש הכרוך ברמיסת הזכות לכבוד. כלומר, גם אם מדובר בחיפוש בהסכמה, עדיין צריך לשמור על מינימום של כבוד וצלם אנוש.

2(ד)  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.

בדומה למגמה בפסיקה, גם שני החוקים הללו שנחקקו בסמוך לחוקי היסוד, גם הם מעלים על נס את זכויות האדם.

**השפעת חוקי היסוד על קבילות ראיות ופרשנות ס' 12 לפקודת הראיות**

מכאן נעבור לנושא העיקרי שילווה אותנו במהלך כל הקורס- שאלת השפעת חוקי היסוד על קבילות ראיות, ועל פרשנות ס' 12 לפקודת הראיות.

**משל הרכבות**

משל הרכבות ייתן לנו תשובות טובות למה שקורה בשנים האחרונות בהליך הפלילי. חשוב כבר מעתה להבהיר, כי לא להכל יש תשובות- לפעמים הרב הנסתר על הגלוי, וכי גם כשהמחוקק נדרש סוף סוף הוא לא תמיד מוכן להכריע. משל הרכבות מסביר את הדילמות שעומדות בבסיס השאלות הנוגעות לקבילות הראיות.

משל הרכבות, שואל כי בפרשת הדרכים, על איזה רכבת נרצה לעלות- האם נעלה על רכבת שדוהרת צפונה או דווקא על הרכבת שדוהרת דרומה? כל רכבת מדמה את הרעיון והתכלית שנרצה להשיג.

1. רכבת הראיות

הרכבת שדוהרת דרומה נקראת רכבת הראיות. הרעיון שעומד בבסיס הרכבת הזו- אנחנו רוצות לדהור אל הגשמת האמת העובדתית. נרצה שתהיה חפיפה עד כמה שיותר מלאה בין האמת העובדתית למשפטית, ולכן על מנת שנוכל להוציא לאור את מה שקרה באופן אובייקטיבי, הרכבת חייבת להתכתב עם המגמה של מעבר מקבילות למשקל. כלומר, נרצה לפרק את אותם מחסומים פרוצדורליים ופורמליים שעלולים למנוע מלהגיע לאמת העובדתית. נרצה לקחת את הקווים הבינאריים של קביל מול לא קביל, ובמקומם לייצר כללים גמישים והעברה לעניין של משקל.   
המעבר מקבילות למשקל מתבסס על ההנחה שבניגוד לשיטה האמריקאית הבנויה על חבר מושבעים, בשיטת המשפט הישראל יש שופטים מקצועיים ועצמאים, ולכן למה שנהסס להעניק לשופט יותר כלים ולהכניס כמה שיותר ראיות לסל שלו. בשאלה איזה משקל ניתן לכל ראיה, צריך לשמור על המקצועיות של השופט שידע לתמחר את המשקל בהתאם לנסיבות, לסיטואציה ובהתאם לנתונים הספציפיים של אותה הראיה. נקודת המוצא של הרכבת שדוהרת דרומה- שכל המחסומים הפורמליים שעוסקים שאלות של קבילות, הרבה פעמים יוצרים פער שקשה לחיות איתו בין האמת העובדתית לאמת המשפטית. ולכן נרצה למזער את הדיונים הבינאריים והפורמליים אלו שמונעים מאיתנו להגיע לחקר האמת. זה משקף מגמה יחסית חדשה של דיני הראיות- שנות ה80 של המאה ה20.

1. רכבת הזכויות

הרכבת שפונה צפונה, תשאל מה קרה במרץ 92? וב95 בבנק המזרחי? זוהי רכבת שהיא תולדה של אותה מהפכה חוקתית. הרכבת המכונה רכבת הזכויות, טוענת כי קרה דבר בישראל- יש שני חוקי יסוד שמתייצבים את הזכויות ברמה על-חוקית, ולכן הפרוצדורה הפלילית מקבלת למעשה פרספקטיבה אחרת. אנחנו נרצה ליצור כלל חדש במסגרת ההליך הפלילי שיסלק כל ראיה שהושגה דרך פגיעה קשה, מהותית, בזכות להליך הוגן, שהיא אומנם לא מעוגנת בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו באופן פורמלי. הזכות להליך הוגן בהחלט נכנסת לתוך המגילה החוקתית שלנו דרך הזכות לכבוד, ולכן הרכבת הזו אומרת כי אנחנו צריכות לשאול את עצמנו, איזו חברה נרצה לחיות בה- האם חברה שמקבלת ומוכנה להכניס לתוך סל הראיות, גם כאלו שהוגשו תוך פגיעה קשה בהליך לזכות הוגן, שהיא זכות נגזרת כחלק מהזכות לכבוד. הרכבת הזו, מבקשת ליצור כלל שיפסול ראיות כאלו, והשאלה היא עד כמה נרצה לדהור צפונה. אנחנו יכולות ליצור כלל שלא ייתן שיקול דעת לבית המשפט- פסילה חובה, ראיה שהושגה שלא כדין תוך פגיעה מהותית בזכות הליך הוגן נמצאת מחוץ לסל- כלל פסילה גורף.

אלו שיתמכו בכלל פסילה גורף, יטענו שהתכלית מאוד מורכבת ויש לה הרבה מאוד רבדים:

1. זווית חינוכית-הרתעתית- רק כך נרתיע את המשטרה ונחנך אותה לא להשיג ראיות תוך פגיעה בזכות להליך הוגן.
2. תכלית חוקתית- אם באמת מדברים על זכות לכבוד של חשודים ונאשמים בהליך הפלילי, גם זה נתון שצריך לקחת בחשבון וצריך להוסיף גם תכלית של יושרה שיפוטית. איך בית המשפט נראה אם הוא מקבל ומכניס לידו ראיה תוך פגיעה בזכות ההליך הוגן, הוא הופך לשותף למעשה וזה פוגע באמון הציבור בהליך השיפוטי.
3. יושרה שיפוטית
4. אמון הציבור בבית המשפט
5. בירור האמת- בעיניהם כלל פסילה גורף ומוחלט ישרת את האמת העובדתית, כי לא מן הנמנע שראיה שהושגה תוך פגיעה מהותית בהליך הוגן, לא משקפת את האמת העובדתית, וזאת במיוחד על הודאות. ייתכן שהוא הודה מאחר שהפגיעה היא כל כך קשה, שההודאה היא לא הודאת אמת. זה מחזיר לדיון בחייבטוב- לוויכוח של השופט שהם וברק ארז. התומכים בכלל הפיסקה הגורף והיעדר שיקול דעת יסבירו כי יש תכלית נוספת והיא התכלית שלך בירור האמת.

על איזה רכבת נעלה?

אלה שלוקחים את הרכבת הראיות רוצים לחיות בעולם שנותן יותר שיקול דעת לשופט, בעולם שהאמת המשפטית תהלום את האמת העובדתית. והם טוענים כנגד רכבת הזכויות- אתם מרחיקים מאמת העובדתית. בתוך הסקאלה הזאת, יש עוד פרמטרים:

פרמטרים לניסוח כלל הפסילה איזה כלל פסילה נרצה לנסח? אחת מההשלכות המרכזיות של המהפכה החוקתית היא יצירתו של כלל פסילת הראיות.

שאלות לדיון:

1. שיקול חומרת העבירה- האם ככל שהעבירה היא יותר חמורה ככה ניטה לאפשר פגיעה בזכות להליך הוגן? או דווקא להפך? דווקא בעבירות החמורות נרצה להגן עוד יותר על הזכות להליך הוגן?
2. דוקטרינת פירות העץ המורעל? מה לגבי ראיה שהושגה כדין, אך לא היינו מגיעות אליה אלמלא ראיה קודמת שהושגה לא כדין? האם נאמץ את הדוקטרינה האמריקאית שאומרת כי אם העץ הוא מורעל, אז כל פירותיו גם הם מורעלים- לא נפסול רק את הגזע אלא איתו גם את כל הפירות. אם לדוגמא עיכבתי אדם שלא כדין, הוא נחקר בתחנת המשטרה תחת אזהרה. אם נאמץ את דוקטרינת פירות העץ המורעל נצטרך לפסול את ההודאה, כי לא היינו מגיעות להודאה אלמלא היינו מעכבות אותו עיכוב שלא כדין. נניח העיכוב בוצע בשיקולים פסולים של צבע עור למשל, לא נרצה לאפשר מעצר כזה ולעודד התנהגות של מעצר על בסיס נתונים מפלילים. השאלה היא עד כמה נרצה לדהור צפונה עם רכבת הזכויות. ככל שאנחנו נצפין, כך ייתכן ואנחנו מתרחקות מהאמת העובדתית אבל משפרות אתת ההגנה על זכויות.
3. ראיה חפצית? מה קורה כשיש ראיה חפצית? ראיה חפצית היא כל ראיה שעומדת על שתי רגליים עצמאיות, כמו סכין. נניח שעיכבו את האדם על בסיס שיקול זר של צבע עור, השוטר מתחקר אותו ומתגלה שהוא מחזיק שלא כדין סכין. מה נעשה עכשיו? יש כאן ראיה חפצית שהיא תולדה ישירה של העיכוב הלא חוקי. זה כבר לא דוקטרינה העץ המורעל- העיכוב הלא חוקי הוביל לראיה. יש הבדל בין הודאה חפצית להודאה ורבאלית- בהודאה ורבאלית עולה החשש שהיא ניתנה לא מתוך רצון חופשי.
4. עיתוי בחינת שאלת הקבילות? חשוד מזומן למשטרה, החוקר רוצה לעיין בטלפון הסלולרי שלו, אך החוק קובע שכדי לעיין בטלפון סלולרי צריך צו של שופט. לשוטרים אין צו, ולכן הם שואלים את החשוד האם הוא מסכים שיעיינו בטלפון, אך הם לא אומרים לו שהוא לא חייב להסכים. החשוד מסכים, אך ההסכמה היא לא הסכמה מדעת כי השוטרים לא עדכנו את החשוד שהוא לא חייב להסכים. פתאום החשוד משנה את דעתו, אך בינתיים השוטרים השיגו כמה ראיות מפלילות, ומבקשים צו לעיין בטלפון, כשהבקשה מבוססת על ראיה שהושגה שלא כדין. האם השופט בהליך ביניים, זה שאמור לדון בבקשת המשטרה לצו, שהיא מבוססת על ראיות שהושגו שלא כדין, האם השופט בהליך ביניים עכשיו ידון בשאלת קבילות הראיות. ואם הראיות יפסלו, האם השלב לבדוק את הפסילה הוא עכשיו בהליך ביניים, או רק בהליך המשפטי העיקרי- אחרי שיוגש כתב אישום וכו. זו דרמה גדולה כי יכול שופט בהליך ביניים לסרב למשטרה בבקשה המבוססת על ראיות שהושגו שלא כדין. הוא דן בשאלת הקבילות עכשיו ולכן הוא לא מוכן להסתמך על ראיה בתיק שהיא לא קבילה, כלומר בית המשפט בהליך ביניים שם ברקס למשטרה ולא נותן לה צו. זה לוקח אותנו לרכבת הזכויות ומרחיק מהראיות, כי לוקחים את הזכות להליך הוגן עוד צעד אחד קדימה ועוצרים את המשטרה. לא רק זה שהמטרה לא מקדשת את כל האמצעים, אלא האמצעים הלא חוקיים שננקטו- העובדה שעיינת בטלפון ללא צו, האמצעים הלא חוקיים ימנעו ממך להגיע אל המטרה, להגיע אל האמת ולא יינתן צו. יש פה גם עניין של חינוך- משטרה צריכה לפעול בהתאם לחוק ולכן היא לא יכולה לפעול בצורה שפוגעת בזכות להליך הוגן.
5. פגיעה מהותית? אם נלך על כלל פסילה כזה, האם נפסול כל ראיה שהושגה שלא כדין ותוך פגיעה בזכות להליך הוגן? או רק פגיעה מהותית בזכות להליך הוגן?
6. כלל פסילה גורף? האם זה כלל פסילה גורף או כלל עם שיקול דעת לבית המשפט?
7. האם כלל הפסילה יחול גם כשהפגיעה של הליך הוגן היא פגיעה בעד, או רק כשהפגיעה להליך הוגן היא פגיעה בחשוד? האם נאשם יכול לטעון שניתן לפסול את הראיה גם אם הפגיעה היא לא בו, אלא פגיעה בעד המפליל אותו.

**המצב הקיים לפני חקיקת חוקי היסוד**

עד לחקיקת חוקי היסוד העמדה של בית המשפט העליון הייתה ברורה- אין בישראל כלל הפסילה החוקתית ובטח לא דוקטרינת פרי העץ המורעל, אלא אם כן החוק קובע אחרת. נקודת המוצא הייתה שאי חוקיות בהשגת הראיה לא משפיעה קבילותה אלא על משקלה- רכבת הראיות. אם נקרא את הלכת יששכרוב נראה את ההיסטוריה- בפסק דינה ביניש מדברת על כך שיש שלושה כללי פסילה בחוק (לפני הלכת יששכרוב):

* חוק אזנת סתר
* חוק הגנת הפרטיות

ס' 13 לחוק האזנת סתר וחוק הגנת הפרטיות, קובעים כי ראיה שהוגשה תוך פגיעה בפרטיות או בהאזנת סתר היא אסורה, ולכן היא לא תהיה קבילה. עם זאת, יש לכלל הפסילה הזה חריג- שבעצם מעניק לבית המשפט שיקול דעת לקבל את הראיה, וזאת אם הצורך להשגת צדק עולה על הפגיעה בפרטיות. יש פה כלל בחוק ספציפי שקובע חריג- המאפשר לבית המשפט הרבה שיקול דעת.

* ס' 12 לפקודת הראיות

ס' 12 לפקודת הראיות קובע כי הודאת חוץ של נאשם תיפסל, אלא אם קבלתה במשפט היא חופשית ומרצון. על התביעה להוכיח כי ההודאה היא בגדר חופשית ומרצון, ובמידה והיא לא עומדת בכך, ההודאה לא קבילה- ולכן יש פה סוג של כלל פסילה.

אגב, שני כללי הפסילה הראשונים הם כללים יחסיים בעוד שהשלישי הוא מוחלט. כי בחוק האזנת סתר והגנת הפרטיות יש שיקול דעת לבית המשפט, בעוד שבשלישי אין שיקול דעת- שקובע כי צריך להראות שהודאה ניתנה בחופשי ומרצון, ואם היא לא ניתנה בחופשי ומרצון היא נפסלת. כמובן שהשאלה מהו "חופשי ומרצון" מאפשרת מרחב של שיקול דעת, אך הכלל עצמו הוא גורף.

יש פה שלוש דוגמאות שלושה כללי פסילה ערב הלכת יששכרוב המעוגנים בחוק. עם זאת, בינתיים נחקקו חוק המעצרים וחוק החיפושים שבהם יש כללים שאומרים למשטרה מה מותר ומה אסור בעיכוב ובחיפוש בגוף האדם. היינו מצפות שיהיו בחוקים כללי פסילה. אם המחוקק חוקק חוק מעצרים חדש, היינו מצפות שהוא יסדיר מה קורה שמקבלים ראיה בחיפוש שלא כדין. אך בשני החוקים אין שום כלל פסילה וממשיך את השקט המוחלט. כל זה היה נכון עד להלכת יששכרוב.

**הלכת יששכרוב**

עובדות: חייל נכלא בכלא שש בגין נפקדות, ובמהלך הקליטה נפלה מתחתוניו חבילת גראס. החוקר יודע שהוא הולך לעצור את החייל- לפי החוק השיפוט הצבאי, כאשר קיימת וודאות קרובה לוודאי שהחייל ייעצר, חובה להודיע לו על זכות ההיוועצות עם עורך דין. החוקר הצבאי אומנם אומר לצו שיש לו זכות שתיקה אך לא מציין בפניו את זכותו להיוועצות. החייל מודה שהוא עשה שימוש בסם בעוד כל מיני מקרים אחרים, ללא קשר לסם שנתפס. אנחנו מדברות על שאלת ההודאה של החייל שהוא עשה שימוש במקרים נוספים בסם כשהוא חייל. רק בתום החקירה, החוקר מספר שיש לו זכות היוועצות.  
מוגש כתב אישום כנגד החייל, כשאחד מהאישומים הוא שימוש בסם כשהיה חייל תוך התבססות על ההודאה שלו.

התביעה אומרת שאומנם הראיה הושגה שלא כדין, אך אין כלל פסילה שיפסול את הראיה. עם זאת, בית המשפט הצבאי פוסל את הראיה. בית הערעורים הצבאי מקבל את הערעור אך מעניק זכות ערעור לבית המשפט העליון. מוגש ערעור לבית המשפט העליון.

בית המשפט: כל מי שעסק בסוגיה ידע שמפסק הדין תצא הלכה שתשנה את המצב המשפטי הקיים בישראל- הרבה מאוד שנים ההלכה הזו הייתה בדיונים, ובית המשפט העליון היה על סף תחנונים למחוקק שיקבע כללי פסילה בחקיקה. למרות זאת, המחוקק עד אז לא הרים את הכפפה, מה שהוביל את בית המשפט העליון להטיל את הפצצה ולקבוע בפס"ד יששכרוב את כלל פסילה פסיקתית. השופטת ביניש כתבה את פסק הדין המרכזי, ושם היא מדברת על חשיבות זכות היוועצות. ביניש קובעת כי הזכות היא אספקט אחר של זכות השתיקה, שהרי מה שווה זכות השתיקה ללא היוועצות. מכאן, ביניש מעגנת ויוצרת את כלל הפסילה הפסיקתית.

1. **כלל הפסילה הפסיקתית**

הדוקטרינה של כלל הפסילה הפסיקתית. השופטת ביניש קובעת לדוקטרינה שני כללים מצטברים:

1. **השגת ראיה נעשתה שלא כדין**
2. אמצעי חקירה המנוגד לחוק, תקנה או בנוהל מחייב; בלתי הוגן; או פוגע שלא כדין בזכות יסוד מוגנת-תחילה צריך להראות שהקריאה הושגה שלא כדין, למשל: אמצעי חקירה שמנוגד לחוק, לתקנה או נוהל מחייב, ראיה שהוגשה בתנאים בפוגעים בזכות יסוד קיימת.
3. זיקה סיבתית בין האמצעי הפסול לראיה שהושגה- צריך שתהיה זיקה סיבתית בין האמצעי הפסול לבין הראיה שהושגה. כלומר צריך להראות כי אותה ראיה שהושגה היא תולדה של אותו אמצעי שלא כדין. קשר סיבתי בין האמצעי הבלתי כשר לבין הראיה.
4. **קבלת הראיה במשפט תפגע באופן משמעותי בזכותו של הנאשם להליך הוגן, באופן שחורג מגדריה של פסקת ההגבלה**

זהו אחד מהתנאים החשובים שעליו נעמיק את הדיון. אנחנו רואות שיש פה הרבה מאוד שיקול דעת, ולכן מי שהתפלל לכלל פסילה גורף לא ימצא את מבוקשו כאן. למעשה השופטת ביניש פורטת לפרוטות את התנאי השני, בשלוש קבוצות של שיקולים שהשופט\ת צריכ\ה לשקול במסגרת ההחלטה- האם לקבל את הראיה או לפוסל אותה:

* אופייה וחומרתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה

בקבוצת השיקולים הזאת, השיקול העיקרי הוא עד כמה המשטרה רמסה, פגעה בזכויות להליך הוגן. לא ניתן להשוות בין הפרה חמורה לבין הפרה שהיא קלה יותר. אם מדובר בפגם טכני ושולי ברור שנתייחס אליו אחרת לעומת פגם משמעותי.

* עוצמתה ומידת חומרתה של אי החוקיות
* שימוש מכוון או בתום לב של אמצעי חקירה פסול-לא הרי אמצעי ראיה שהושג שלא כדין, בזדון, שהחוקרים יודעים שהם מפרים ברגל גסה את זכויותיו של החשוד, כהרי ראיה שהושגה כלא דין בתום לב, כי החוקרים לא הבינו לא ידעו ואף התרשלו. שאלת תום הלב היא שאלה מכריעה באשר לחומרתה והפגיעה, ואי החוקיות. עד כמה המשטרה הפרה ברגל גסה את הזכות באמצעות הפעולה הלא חוקית.
* באיזו קלות ניתן היה להשיג את הראיה באופן חוקי- אם השגת הראיה בדרכים כשרות היא קשה יותר, זה אולי יכול להפחית את עוצמת הפגיעה בזכות להליך הוגן, ואולי הפוך. אם יש נאשם שבאופן מתוחכם הקשה מאוד על החקירה, יכול להיות שרשויות החקירה לא היו מגלות את הראיה אילו עבדה כדין.
* האם הראיה הייתה מתגלית גם לולא השימוש באמצעים פסולים-האם הראיה הייתה מושגת ללא השימוש הלא חוקי, כאן אם ממילא ניתן היה להשיג את הראיה בדרכים כשרות, היא הייתה עשויה להפחית את הפגיעה.
* האם יש נסיבות מקלות שבכוחן להפחית האי חוקיות- לדוגמא, נניח והחשוד, אם המשטרה לא הייתה נוקטת באותו אמצעי חקירה הראיה הייתה מושמדת. אלו נסיבות מקלות כי אם הראיה הייתה מושמדת לא היה למשטרה אותה. או למשל סיטואציה של חקירה צורך. חקירת צורך נועדה למנוע ולסכל פגיעה בציבור, לפעמים תוך כדי חקירת צורך, החשוד מודה גם בביצוע עבירה כזו. ברור שחקירת צורך פוגעת פגיעה קשה באוטונומיה. אגב, פס"ד בן אוליאל, עוסק בדיוק בשאלה הזאת- של הודאת חשוד אגב בין שתי חקירות צורך.
* מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה
* באיזו מידה אי החוקיות עשויה להשפיע על מהימנות הראיה ועל ערכה ההוכחתי-עד כמה אמצעי החקירה הפסול משפיע על הראיה. דיברנו על פסילה של ראיה חפצית, כאן עולה השאלה האם אמצעי החקירה הפסול עלול להשפיע על מהימנות הראיה, כי אם כן לא נרצה אותו. למשל הודאה ורבלית- שיכול להיות שאדם מודה כי קשה לו והוא רוצה להפסיק, אם אמצעי החקירה הפסול ישפיע על מהימנות הראיה, זה שיקול שעלול לפסול את הראיה.
* האם קיומה של הראיה הוא עצמאי ונפרד מאי החוקיות שבהשגתה-אם זאת ראיה שעומדת על שתי רגליים עצמאיות במנותק באמצעי הראיה הפסולה, ראיה אובייקטיבית, האם נמהר לפסול אותה? כמובן שאלו הם שיקולים שעשויים לא לפסול את הראיה, כי אומנם הייתה פגיעה אבל הראיה היא ראיה.
* נזק מול תועלת- הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראיה
* מהות העבירה ומידת חומרתה.
* חשיבות הראיה ומידת חיוניותה להוכחת האשמה.

המבקרים של הלכת יששכרוב כאן מוצאים את עיקר הביקורת. הקבוצה הזאת שואלת האם מחיר החברתי הכרוך בפסילת הראיה, גבוה מהתועלת האפשרית שתצמח מכך. שיקול הדעת הוא עצום, כי פה צריך לבדוק את מהות וחומרת העבירה, חשיבות הראיה- עד כמה היא חיונית להוכחת האשמה, או שיש ראיות אחרות שניתן לבסס את האשמה עליהן. זה מכניס אותנו לדיון ולוויכוח נוקב בפסיקה שעוסק בשיקול חומרת העבירה.   
ביניש גם מודה שזה חרב פיפיות- מצד אחד עבירות חמורות ביותר, זה אמור להיות שיקול נגד פסילת הראיה, כי לא נרצה לשחרר אדם שהועמד לדין בעבירה הכי חמורה בספר החוקים בגלל איזשהו פגם. אך כבר הלכת יששכרוב ניתן לטעון בדיוק ההפך- דווקא בעבירות החמורות, רצח, אונס, שאם עבריין מורשע בהן, הפגיעה בחירות היא חמורה ומשמעותית, ולכן דווקא פה נצפה מהמשטרה להקפיד על קוצו של יוד, ונוציא את שיקול חומרת העבירה מהמשחק כשמדובר בעבירה חמורה. כלומר אם יש סיטואציה שחומרתה של אי החוקית היא רבה, אז שיקול חומרת העבירה לא יהווה פקטור. מהצד השני, יכולה להיות סיטואציה שבה אי החוקיות היא יחסית ברף הנמוך, אז שיקול חומרת העבירה יכולה להיות שיקול מכריע כנגד חומרת העבירה.   
בשנים האחרונות, רוב השופטים בבית המשפט כי שיקול חומרת העבירה לא יהווה פקטור בשיקול פסילת הראיה אם מדובר בהפרה חמורה של אי חוקיות. הראיה לכך היא הלכת חייבטוב, שם חייבטוב זוכה מרצח, הואיל והפגיעות בזכות להליך הוגן היו ממש חמורות- עישון סמים קשים, בידוד לחלוטין מעורך הדין, אי מתן זכות היוועצות.

תמונה שמכילה טקסט

התיאור נוצר באופן אוטומטי

זאת לא רשימה סגורה ויותר מזה אין שום מדרג במשקל היחסי של כל אחד מהשיקולים. כל מקרה יקבע על פי נסיבותיו, ואחת הביקורות המובהקות כנגד הלכת יששכרוב זה ההיקף העצום של שיקול הדעת המוענק לבית המשפט. עד כדי כך שיש הטוענים שאין בהלכת יששכרוב שום גדולה, מרוב שההלכה הזאת רחבה, היא בעצם לא אומרת כלום. כל שופט יוכל להחליט כל החלטה, כי אפשר להצדיק פסילה או קבלה של ראיה, וזאת משום שהקריטריונים הם כל כך רחבים ועמומים שאין הנחיה ברורה לשיקול הדעת. קבוצות השיקולים כל כך רחבות שניתן להגיע לכל תוצאה ולהצדיק אותה.

בסופו של דבר, אין שום דבר מפתיע בהלכת יששכרוב- זו הלכה המתיישבת עם הרעיון שאין זכויות מוחלטות. גם אם הזכות להליך הוגן היא זכות יחסית שנרצה לאזן אותה בזכויות אחרות. אנחנו רואות את היחסיות שכרוכה בדוקטרינה הזאת.

צריך לציין כי השופטת ביניש מתייחסת לכך שתכלית הדוקטרינה היא לא הרתעתית אלא למנוע פגיעה באמון הציבור בהליך השיפוטי. כלומר אם נקבל את הראיה, זה עשוי לפגוע באמון הציבור. השופטת ביניש מדגישה כי כלל הפסילה לא נועד לחנך את המשטרה, אולי זו מטרה נלווית, אבל היא מדגישה כי אנחנו לא בארצות הברית ואנחנו לא מקבלות את דוקטרינת פירות העץ המורעל. אצלנו יש דוקטרינה פסילה פסיקתית, ואם יש מספר ראיות, כמה חוליות בשרשרת- החולייה הראשונה הובילה להתנהלות הלא תקינה של המשטרה הובילה לראיה מספר 1, וראיה מספק 1 הובילה ל2 וכו. ואם בארצות הברית פוסלים את כל הפירות יפסלו אוטומטית, בפסילה של הראיה ה1. בישראל אין העץ המורעל, נבדוק כל חוליה וחוליה בשרשרת בהתאם לפרמטרים שנקבעו. כלומר יכול להיות שחוליות מס' 3-4 יתקבלו, וחוליה מס' 1 תתקבל. ברור כי קיימת זיקה של הראיות האחרות לראיה שנפסלה, ולכן הוא שיקול רלוונטי אך לא מכריע. כי לכולם יש זיקה עובדתית להפרה הראשונה בהגעה לראיה הראשונה. עדיין אם נפסול את אחד זה לא אומר בהכרח שנפסול את שתיים. ביניש מחדשת שאין את דוקטרינת פירות העץ המורעל, והתכלית היא לא תכלית הרתעתית וחינוכית, אלא על שמירה על אמון הציבור במערכת המשפט.

השופטת ביניש מבינה כי לא ניתן לתקן את הפגיעה שקרתה- אין פה צדק מתקן, לא ניתן לכפר על הפגיעה בזכות להליך הוגן, אך בכלל הפסילה הפסיקתית ניתן למנוע את הפגיעה באמון הציבור בעצם כך שבית המשפט לא מקבל את הראיה. לא נאמץ את התכלית הרתעתית כי אז היינו מקבלות את דוקטרינת העץ המורעל, ולכן הראיה הזאת תיבחן בהתאם כלל מכלול הראיות ושיקול הדעת האדיר של בית המשפט.

קבוצות השיקולים האלה כל כך רחבות, שאפילו יש סתירה בין הקבוצות. לכן זה מכניס הרבה אי וודאות, חוסר יציבות והרבה שיקול דעת. חשוב אבל להדגיש כי עם כל החסרונות של כלל הפסילה הפסיקתית ושיקול הדעת הרחב שניתן לשופט, אין אלטרנטיבה טובה אחרת. בארצות הברית יש מאמר שמראה כי האמריקאים התחילו את הדרך בכלל פסילה גורף, מוחלט, דוקטרינת פירות העץ המורעל, ויצרו דוקטרינה שנועדה לחנך ולהרתיע את הממשלה, וגם הם הבינו בשנת 2022 שהם הלכו רחוק מידי. המאמר מראה כי איך בשנים האחרונות בית המשפט העליון האמריקאי מוצא סייגים לאי פסילת הראיות, ולאט לאט מצמצמים את הנוקשות הדוקטרינה. זה נובע מכך שהציבור לא יכל לעמוד בתוצאות של שחרורים חשודים בגלל טעות טכנית של השוטר, והמרחק של האמת המשפטית לעובדתית לפעמים שם ללעג את בית המשפט. ולכן האמריקאים היום, שזה דבר דרמטי, בשנת 2022 הם מאמצים את היחסיות ושיקול הדעת שביניש אימצה ב2006. גם המחוקק שלנו ב2022 שאימץ את כלל הפסילה, הולך בדיוק עם שיקול הדעת הרחב על יתרונותיו ועל חסרונותיו.

**סמכות לפסילת ראיה שהושגה שלא כדין**

56א. (א)

בית המשפט הדן במשפט פלילי רשאי שלא לקבל ראיה שהושגה שלא כדין, ובכלל זה הודעת נאשם או עד, חפץ או כל ראיה אחרת, אם שוכנע שקבלתה במשפט תפגע באופן מהותי בזכות להליך הוגן, בשים לב לאופייה ולחומרתה של ההפרה, למידת ההשפעה של ההפרה על הראיה שהושגה ולעניין הציבורי שבקבלת הראיה או באי-קבלתה; בסעיף קטן זה, "הפרה" – השגת ראיה שלא כדין.

היום אנחנו בעידן שהדוקטרינה הפסילה הפסיקתית מעוגנת בחוק- ס' 56א לפקודת הראיות. המחוקק עיגן את הדוקטרינה הזאת בחוק, וזו בשורה גדולה ששר המשפטים גדעון סער קידם. ס' 56א לפקודת הראיות- הסיפא מעגנת את אותן קבוצות שיקולים שבית המשפט העליון יצר בהלכת יששכרוב.

1. **פרשנות ס' 12 לפקודת הראיות**

להלכת יששכרוב יש שני חלקים- חלק אחד שהשופטת ביניש דנה במשמעות שיש לחוקי היסוד בכל מה שקשור לפרשנות ס' 12 לפקודת הראיות ולמעשה קובעת הלכה חדשה המביאה לידי ביטוי פרשנות המתכתבת עם חוקי היסוד.

ס' 12 לפקודת הראיות למעשה קובע שעל מנת שהודאת חוץ תיחשב כהודאה קבילה, התביעה צריכה להראות שהיא ניתנה באופן חופשי וברצון. באופן היסטורי, הרציונל שעמד בבסיס ס' 12 עוד לפני המהפכה חוקתית, זה להבטיח שההודאה היא הודאת אמת וכדי שלא נקבל לתוך ההליך המשפטי הודאת שווא. לאט לאט התווספו עוד רציונליים לס' 12 וזה בא לידי ביטוי בהלכת יששכרוב במסגרת הפרשנות המעודכנת לס' 12 אגב חוקי היסוד. השופטת ביניש טוענת כי ס' 12 נועד להגן על שתי זכויות יסוד:

1. הגנה על הזכות לשלמות הגוף והנפש של הנחקר- צריך להבטיח שוטרים או כל גוף חקירה אחר, לא יפגע בשלמות הגוף או הנפש של הנחקר. השופטת ביניש אומרת כי הזכויות האלה עלו לדרגה חוקתית, על חוקתי, בעקבות חוקי היסוד. ולכן אם יש אמצעי חקירה פסול, שיש בו כדי לפגוע שלא כדין בזכות של הנחקר לשלמות הגוף כדי להשפיל ולבזות, זה יביא באופן גורף ומיידי לפסילת ההודאה. ויותר חשוב מכך, לא יהיה צריך לבדוק האדם האמצעי הפסול משפיע על אמיתות ההודאה. כלומר ברגע ששוטרים פוגעים פיזית או שלמות נפשו של הנחקר, כלומר איום, השפלה, ביזוי, אלימות זה יוביל באופן מיידי לפסילת ההודאה, גם אם לא יהיה קשר סיבתי בין פגיעה בשלמות הגוף והנפש לאמיתות ההודאה. כלומר פתאום רואים כי חוקי היסוד הוסיפו עוד רכיבים לס' 12 אך בתנאים מאוד קיצוניים. זה בכלל לא היה אחת מהטענות של יששכרוב, אך אומרת השופטת ביניש כי לס' 12 יש עוד רציונל והוא הגנה על הזכות לאוטונומיה ועל חופש הבחירה של החשוד אם להודות או לא.
2. הגנה על הזכות לאוטונומיה ועל חופש הבחירה של החשוד אם להודות או לא- כלומר, יש לחשוד זכות להחליט האם הוא רוצה או להודות או לא, כי עומדת לו זכות השתיקה. לכן צריך לוודא כשהחשוד מודה ומשתף פעולה שהוא עושה את זה מתוך רצון טוב וחופשי כחלק מהאוטונומיה והבחירה האישית שלו. השופטת ביניש קובעת כי פגיעה חמורה ומשמעותית, באוטונומיה וחופש הבחירה של הנאשם במסירת הודאתו, תוביל לפסילה. אבל, כאן כשאנחנו מדברות על פגיעה באוטונומיה זה לא כמו הרכיב הראשון של פגיעה בגוף ובנפש, פה צריך להראות קשר סיבתי בין השימוש באמצעי הפסול לבין שלילת הרצון החופשי למסור הודאה. כלומר יש להראות כי השימוש באמצעי הפסול הוא זה שהוביל לשלילת חופש הבחירה של הנאשם האם להודות או לא. שוב אנחנו רואות, כי לא רק החשש מפני הודאות שווא שזו התכלית ההיסטורית של ס' 12, ברוח המהפכה החוקתית, גם הערך העצמאי של זכות לכבוד מקבל ביטוי, אך פה צריך להראות קשר סיבתי בין האמצעי לבחירה האם להודות או לא. עם זאת, למשל סטודנטית למשפטים צריכה לדעת שיש זכות היוועצות, ולכן במקרה שלה אי אפשר להראות קשר סיבתי בין הפגם לבין חופש הבחירה, כי הסטודנטית ידעה שעומדת לו זכות היוועצות.

לגבי יששכרוב החוקר לא הודיע שיש לו זכות היוועצות, אך הודיע שיש לו זכות שתיקה. בחקירה הנוספת אחרי שהוא התייעץ עם עורכי דין הוא כן שיתף פעולה, ובזמן הזה הוא כן ידע שיש לו זכות היוועצות. לכן בנסיבות האלה לא ניתן לומר כי זה שהחוקר לא הודיע על זכות היוועצות, זה פגע בזכות של יששכרוב לאוטונומיה. כלומר אין קשר סיבתי בין הפגם לבין שלילת חופש הבחירה. מכאן, השופטת ביניש מחליטה כי ההודאה לא תיפסל לפי המבחנים של ס' 12 לפקודת הראיות, אבל הבשורה הגדולה של הלכת יששכרוב היא בכלל כלל הפסילה הפסיקתית. אולי מהטעם הזה היא לא מדברת על משמעות של אי היוועצות לפי ס' 12, כי היא רצתה את הבשורה הגדולה להביא מכלל הפסילה הפסיקתית.

על משל הרכבות- השופט עמית

*"אין ספק שבתקופה האחרונה, וביתר שאת במשפטו של נתניהו, עובר ההליך הפלילי משיח של ראיות לשיח של זכויות. בימים עברו, המשפט הפלילי התמקד בעבודה המייגעת והאפורה של בחינת כל ראיה לגופה, קבילותה, משקלה והצטברותה למכלול של ראיות, והכל על מנת לממש את תכלית כל התכליות של המשפט - חקר האמת. דומה כי המקום של ה"ראיות" הולך ונזנח לטובת טענות לפגמים כאלה ואחרים בהליך החקירה ובהליכי התביעה, טענות לאי חוקיות של מעשה זה או אחר במהלך החיפוש, תפיסה, חקירה, ועוד. טענות כאלה מסיטות את ההליך הפלילי מדרך המלך ומהתכלית של חקר האמת, וגורמות לו להסתרבל ולהתארך יותר ויותר, ולמעשה מביאות להיפוך תפקידים: הנאשם קם מכיסאו והופך לקטגור, והמאשימה (התביעה והפרקליטות), אמורה מכאן ואילך להתגונן ולהוכיח כי פעלה כחוק. מבלי להמעיט בתרומת שיח הזכויות להליך הפלילי ולזכויות הנאשם, נראה כי הגיעה העת שההליך הפלילי שהלך והסתרבל ישיל מעליו משקולות שנוספו לו בשנים האחרונות, ויחזור ויעמיד במרכז הבמה את החתירה לבירור האמת העובדתית."*

תכלית כל התכליות חקר האמת= אם נתרגם את זה לרכבות נתרגם לרכבת הראיות. השופט עמית מבטא גישה מאוד של הרכבת הדרומית- לקחו את הרכבת צפונה אבל הלכו איתה צפונה מידי, אולי התרחקו מידי מהאמת העובדתית. מיד דפנה ברק ארז משיבה לו שזה חלק מהאמת, הרצון להגן על זכות החשוד והאנשם זה חלק מההגנה על האמת העובדתית, כי זה עשוי להביא להרשעת חף מפשע.

**משמעויות והשלכותיה של הלכת יששכרוב**

בית המשפט מבין שהוא חייב כאן ועכשיו לדון בקבילות הראיה ולכן, לצד זה הוא גם חייב לדון בשאלת המשקל פגיעה בזכות להליך הוגן. כלומר דרך קבילות הראיה השופטים\ות היו חייבים לפתח את הזכות להליך הוגן ומהי הזכות. משום כך המשמעות והחשיבות של הלכת יששכרוב זה לא מספר הפעמים שבית המשפט פסל ראיה, אלא פיתוח הזכות להליך הוגן. בעצם, הלכת יששכרוב יצרה קשר בין שאלת הקבילות להליך הוגן. כשיש את הקשר הזה, הוא מטיל חובה על בית המשפט לפתח את הזכות להליך הוגן, ולכן נראה מ2006 פסקי דין מכוננים שקובעים ומקבעים את הזכות להליך הוגן- כמו הזכות להיוועצות, זכות השתיקה וכל מיני סוגיות שלא הגיעו לבית המשפט העליון. וזו החוזקה של הלכת יששכרוב.

הדיון בהלכת יששכרוב יוביל לשתי תכליות:

1. פיתוח הזכות להליך הוגן
2. גבולות הגזרה של כלל הפסילה ולצורך זה נענה על כל השאלות שכתובות בטבלה.

**פס"ד עזבון המנוח יוני אלזם נ' מדינת ישראל**

זה פס"ד מובהק לפיתוח הגבולות של זכות ההיוועצות. אלזם היה חשוד ברצח, וכחלק מפעולות החקירה, הוכנסו מדובבים לתאו.

כרקע לפס"ד אלזם צריך להבין את תפקיד המדובב. שימוש במדובב זוהי שיטת חקירה שאיננה פסולה באופן עקרוני, כי המשטרה חייבת לנקוט בטקטיקות ואסטרטגיות מתוחכמות כדי להשיג ראיות. אחת מהאסטרטגיות זה שימוש באדם, שיכול להיות אסיר, סוכן משטרתי שמתיימר להיות חבר לתא המאסר ולכן הוא מדובב את החשוד על מנת שהוא יקשור את עצמו לעבירות, במסגרת שיחת חולין בין שני חברים, וזאת כאשר המדובב מחזיק מכשיר הקלטה. המדובב מן הסתם משחק משחק, וזאת בעוד שהחשוד חושב שהוא חבר לתא והוא לא יודע שאותו בחר משתף פעולה עם המשטרה. כאן עולה השאלה- מה ההגבלות שחלות על מדובבים, או שאולי האם הכל מותר?

בפס"ד היה פגם בולט- יונתן אלזם קיבל את עצת עורך דינו לשתוק. עם זאת, הוא היה מאוד מאוכזב מההתנהלות של עורך דינו. המדובבים זיהו את האכזבה של אלזם מעורך דינו והם רכבו על האכזבה הזו. הם ניסו לתקוע טריז בינו לבין עורך הדין וניסו לשכנע את אלזם שהעצה שהוא קיבל מעורך דינו לשמור על זכות השתיקה נועדה כדי לשרת עורך הדין. אמרו לו כל מיני אמירות למשל שעורך הדין נוהגים לשתף פעולה עם המשטרה וכו. הם גרמו לו לחשוב שהעצה היא עצה שלא אמורה לשרת את המטרה שנועדה לשמור עליו אלא לשרת מטרות של עורך הדין.   
המדובבים התריעו בפני אלזם על שיתוף פעולה בין עורך דינו למשטרה, ושהוא נמצא בניגוד עניינים. הם באופן שיטתי דאגו להעצים את הכעס של אלזם על הסנגור, לערער את יחסי האמון, הם ייעצו לו עצות משפטיות כביכול, ובכך למעשה הם בלהיטות גרמו לו בסוף להודות באשמה. זו בדיוק חציית הגבולות, כי כשהמדובב מספק עצות כמו עורך הדין, מטיל דופי ביושרה המקצועית של עורך הדין, ומשכנע לפטר אותו על הדרך מציע הצעות משפטיות, הוא בעצם גורם לחשוד לפתח בו תלות. זה בדיוק המקום שחציית הגבול גרמה לכך שההודאה היא לא מתוך רצון טוב וחופשי ויש כאן פגיעה בדיוק באוטונומיה וזכות ההיוועצות. ולכן בית המשפט אומר כי לכל תעלול יש גבול, ופה הייתה חציית גבולות.

בית המשפט קבע כי כשהמשטרה מנסה להיכנס לתוך יחסי עורכי דין לקוח ומנסה לערער את אמון של החשוד בעורך הדין, ולתת עצות משפטיות במקום עורך הדין כדי לתקוע טריז בין השניים, בעצם היא חוצה קו גבול פסול. אסור למדובב שפועל בשם המשטרה, להיכנס למתחם המוגן ביחסי עורך דין לקוח.

בנוסף ניתן לשאול שאלות של מדובב אקטיבי לעומת מדובב פסיבי. הפסיקה כן מכירה בפרקטיקה של מדובב אקטיבי. בחדר החקירות יש מערך שלם של הפקה של אירוע, חוץ מאדם אחר שלא ידוע שהם שחקנים הוא החשוד. הקו העובר עד למקום שבו נפגעת חופש הבחירה שלו והאוטונומיה האם להודות או לא. בית המשפט פוסל במקרה הזה את ההודאה.

על הדרך היו עוד פגמים- היה שלב שהחשוד הודה בפני המדובב, ואז רצו שיודה בפני החוקר. אלזם רצה להודות לחוקר אחד, ורגע לפני מגיע עורך הדין. המשטרה יודעת שאם הוא יפגוש את עורך הדין לפני שיראה את החוקר לא תהיה הודאה, ולכן הם מנעו את הפגישה. יש מקרים בחוק המאפשרים לדחות פגישה של עורך דין לקוח, אך השופטים אומרים חד משמעית שזה לא המקרה, כי החשש שאולי עורך הדין ייעץ לשמור על זכות השתיקה, זה לעולם לא יכול להביא למניעת הפגישה, כי זה בדיוק המטרה של הזכות. לכן ניתן לראות פה פיתוח של הזכות להליך הוגן בהיוועצות עם עורך הדין.

לוי הביע ביקורת קשה בכל מה שקשור למניעת מפגש. מנעו מפגש כי ידעו שהוא הולך לייעץ לו זכות השתיקה, הם עשו זאת שלא כדין וגם לא היה את התהליך הפורמלי של מניעת מפגש.

בפס"ד אלזם בנוסף לפיתוח זכות היוועצות, נקבע גם כללים לדיבוב:

* נקבע כי מדובב לא יכול לקבל טובת הנאה שהיא תלוית הודאה. אסור לחוקרים להצהיר על טובת הנאה מסוימת, משום שאסור ליצור תמריץ שעלול להביא לפגיעה בזכות להליך הוגן.
* ככל לא ראוי שיהיה קשר בין המדובב ובין החוקרים. מי שאמור לפקח על המדובב זה לא החוקר- כי אנחנו חוששות שחוקר החשוף לכל חומר החקירה, ישתול בין אם בזדון או בתום לב, איזשהו פרט מוכמן אצל המדובב, והוא ישתול את הפרט אצל החשוד. נרצה שיהיה נתק בין היחידה החוקרת לבין היחידה שמתפעלת את המדובב.
* מדובב לא יכול לאיים- כי אם מדובב מאיים הוא עשוי לגרום לחשוד לחשוש ולהודות מתוך פחד ולא מתוך רצון חופשי. זו הודאה שלא יכולה להינתן מרצון טוב וחופשי.

יש לציין כי כל הכללים האלה הם כללים שנוצרו אגב חציית גבולות של מדובבים.

קיבלנו את הלכת אלזם שהובילה לפסילת ההודאה של החשוד. ההודאה נפסלה גם על פי המסלול של ס' 12 וגם על פי המסלול של הלכת יששכרוב. בית המשפט פוסל אותן ועל הדרך קיבלנו דרך הלכת יששכרוב כללים מה מותר ומה אסור למדובב.

אלזם אומנם זוכה מרצח, אך הוא זוכה אחרי שהוא נמצא מת בתא המעצר. העובדה שאלזם כבר לא היה בין החיים בעת זיכויו מעיד על כך שבית המשפט ממהר להשתמש בכלל הפסילה הפסיקתית, כשהתוצאות שעלולות לבוא מזיכויו של הנאשם קטנות מאוד. שכן, אם נחזור לכלל הפסילה הפסיקתית- זיכוי אדם מת פחות פוגע ויוצר מחיר חברתי של זיכוי של אדם שעשוי להיות אשם.

**אסף שי נ' מדינת ישראל**

רקע משפטי: אחת הטענות שעלו בפס"ד היא לגבי השאלה לזכות היוועצות למי שאיננו עצור.

ס' 34 לחוק המעצרים שעומד על זכות ההיוועצות, מדביק את הזכות הזאת למי שהסטטוס שלו הוא עצור. אחת השאלות שביניש דנה ביששכרוב היא האם ראוי להקנות את הזכות למי שאיננו עצור אך נמצא במשמורת המשטרה, כלומר בחקירה. ביששכרוב ביניש נמנעה מלהכריע בנושא, וזאת מהסיבה כי החוק הרלוונטי במקרה לא היה חוק המעצרים אלא חוק השיפוט הצבאי. חוק השיפוט הצבאי במובן הזה הרבה יותר מתקדם מחוק המעצרים, הואיל ובו נקבע כי אם יש הסתברות למעצר של החשוד, והחוקר יודע על כוונת המעצר, חובה עליו ליידע את החשוד אודות זכות היוועצות. בעצם בעוד שחוק המעצרים מדביק את זכות ההיוועצות לעצור, חוק השיפוט הצבאי הוא מתיר את הזכות לחשוד, וזאת מפני שחלה על החוקר חובה ליידע את החשוד על זכותו, כבר בשלב שהחוקר שיודע הולך לעצור אותו והוא עוד לא עצור.

ביששכרוב לא הייתה מחלוקת שאותו חוקר צבאי בזמן שהוא חקר את יששכרוב, הוא כבר ידע שהוא הולך לעצור אותו. ומשום כך ביניש אז לא נדרשה לשאלה העקרונית אם זכות היוועצות ניתנת גם למי שעדיין לא עצור. גם ביששכרוב היא רמזה כי הנטייה שלה היא להשיב על כך בחיוב, וזאת מפני שזה לא משנה אם חשוד עצור או לא. שהרי כשאדם בחקירה והוא לא עצור, אך הוא חשוד בחקירה ומבקשים ממנו גרסה, מה זה משנה אם עצרו אותו או לא- החשוד צריך את עורך הדין בדיוק בשלב שהוא צריך לדעת איך להגיב להאשמות שמוטחות נגדו, וכי אין שום רלוונטיות לשלב המעצר. אין שום היגיון להדביק את ההיוועצות לעצור, הואיל וכל הרעיון הוא שחשוד, שברך כלל לא עצור ידע שלפני שהוא מחליט להודות או לא, על מנת שיהיה לו חופש בחירה אמיתי הוא ייוועץ עם עורך דין. כבר ביששכרוב ביניש אומרת כי לפי דעתה צריך לפרש את החוק המעצרים ככזה החל על מי שלא נעצר, אך היא לא מכריע שם.

רקע עובדתי: היה מדובר בכביש דו סטרי עם קו לבן רציף, כשבחלק קטן מתוכו היה ניתן לפנות שמאלה. במקרה הזה, באותו הזמן שהיה רכב שעצר על מנת לבצע פנייה שמאלה, אסף שי שנוהג במשאית מאחוריו מתנגש בו. זה גרם לתאונת שרשרת קשה עם מספר הרוגים. אסף שי נחקר תחת אזהרה כחשוד וגובים ממנו שתי הודאות.   
בשלב מסוים, כמה חודשים לאחר התאונה, יש דיון בבית המשפט בבקשה להחזרת רישיון הנהיגה שנפסל בפסילה מנהלית. אסף שי מתייצב לדיון בבית המשפט, כשבסיומו פונה אליו חוקר ומבקש ממנו להצטרף אליו להשלמת חקירה. אסף שי הוא מוזהר בדבר זכות השתיקה, ואז ממש בהתחלה הוא אומר כי הוא לא רוצה להמשיך את החקירה ללא זכות היוועצות. כלומר בסיטואציה הזאת, החוקר לא מודיע על הזכות אלא אסף שי בעצמו. החוקר מתעלם מבקשתו.

בהמשך החקירה אסף שי מגיש על מגש של כסף את היסוד הנפשי של הריגה בקלות דעת, וכתוצאה מכך הוא מואשם על קלות דעת במקום הריגה ברשלנות.   
תזכורת, אדישות היא במצב שיש שוויון נפש לגבי גרימת התוצאה הקטלנית, בעוד שבקלות דעת אני פועלת למרות שנצפית האפשרות של התאונה הקטלנית, אך אני לא רוצה שזה יקרה ואני נותנת סיכוי בלתי סביר לאפשרות שהיא תקרה. בשני המקרים, פזיזות אני צפיתי את התוצאה הקטלנית, בניגוד לרשלנות ששם לא צפיתי אך אדם סביר בנעלי צריך היה לצפות. ברגע שאסף שי מודה שהוא עשה הרבה דברים בזמן הנהיגה במקום להסתכל קדימה אל הכביש, הוא הגיש על מגש של כבסף את היסוד הנפשי המחמיר. אדם זהיר הוא אדם שמסתכל קדימה ורק קדימה ולא מי שעושה דברים תוך כדי נהיגה.

בית המשפט: בית המשפט קובע הלכות בשלושה תחומים:

1. זכות היוועצות לחשוד שלא עצור

ס' 34 לחוק המעצרים קובע כי עצור זכאי לזכות היוועצות עם עורך דין.  
בראש ובראשונה שואלת ביניש באסף שי האם זכות היוועצות חלה על מי שלא עצור אך נמצא בחקירה? היא מגיעה למסקנה כי גם כאן הנטייה לומר שכן אך היא לא חייבת להכריע. היא כבר אמרה את זה ביששכרוב שהנטייה שלה היא להשיב על כך בחיוב, אבל במקרה הזה, היא גם לא הייתה צריכה להכריע במפורש מאחר ואסף שי ביקש מלכתחילה להתייעץ עם עורך הדין. כלומר היא לא חייבת להכריע כאן כי ממילא אסף שי היה מודע לזכות ההיוועצות.

עם זאת לפי ס' 34(ב) הקובע כי אם ביקש עצור להיפגש עם עורך דין, יאפשר זאת האחראי על החקירה ללא דיחוי.   
אסף שי הוא לא עצור ולכן פה היא כן ביניש מכריעה. היא מכריעה שכן אם ביניש קובעת שלאסף שי יש זכות היוועצות עם עורך דין, ו34ב חל רק על עצורים (ולא על חשוד שלא עצור כמוהו), אז בעצם היא מכריעה שהחובה חולה גם וכאשר המבקש איננו עצור. וכעת, אחרי הלכת אסף שי, בין אם חשוד עצור ובין אם לא, אם הוא ביקש להיפגש עם עורך דין צריך לעשות את זה ללא דיחוי.   
לדעת פרופ' הראל, ביניש אומרת ללא מילים, שחלה על החוקר גם את החובה להודיע לחשוד על זכותו להיוועצות, וזאת גם למי שאיננו עצור.

בשורה התחתונה: כל עוד אדם נחקר תחת אזהרה ניתנת לו זכות היוועצות, ואם ביקש צריך לאפשר לו את זה ללא דיחוי.

1. ללא דיחוי

בפס"ד מתעוררת שאלה גם בנוגע למסגרת הזמנים של "ללא דיחוי", שהרי לפי ס' 34(ב) אם ביקש עצור להיפגש עם עורך דין, יאפשר זאת האחראי על החקירה ללא דיחוי. בפס"ד השופטת מציינת כי הנטייה של בית המשפט העליון היא לפרש את המונח ללא דיחוי במובן הזה שצריך לעצור את החקירה, להודיע ולפנות לעורך הדין, אך אין חובה לחכות עד שעורך הדין יגיע, וזאת משום שהחשוד תמיד יכול לשתוק עד שיבוא עורך הדין- גם אם זו תקופה של מספר ימים. ואז במקרה כזה מה תעשה המשטרה? תפסיק לחקור עד שהוא יגיע?

בין היתר בעקבות חוקי היסוד נקבע כי בהחלט צריך לפנות לעורך הדין וליצור איתו קשר באופן מיידי ככל שניתן. אך השופטת ביניש מחדשת כי אם עורך הדין מגיע תוך זמן סביר, תתכבדו ותפסיקו את החקירה עד שהוא יגיע. היא לא מגדירה מה נחשב לזמן סביר, ולכן פה כמובן יד הפרשנות רחבה. הקביעה הזאת שאם עורך דין יגיע תוך זמן סביר, יש לחכות לו ולא להמשיך את החקירה, זה כבר חידוש של אסף שי.   
ביניש ממשיכה ואומרת כי יש לפעמים נסיבות מיוחדות שיצדיקו את הפסקת החקירה לאלתר, וזאת גם אם עורך הדין לא יגיע תוך זמן סביר. היא לא ציינה את כלל הנסיבות המיוחדות שיחייבו הפסקה מיידית של החקירה אם עורך הדין לא יגיע תוך זמן סביר, אך היא מבהירה כי המקרה הזה הוא אחד מהם:

* אסף ביקש להיוועץ בעצמו עם עורך הדין כבר בפתח החקירה.
* הוא לא היה עצור- ולכן לא נשקפה ממנו סכנה כלשהי.
* חלפו חודשיים מאז התאונה ומההודאה הראשונה, אז מה היה כל כך דחוף? למה כל כך דחוף להמשיך את החקירה- שהרי לא היה איזשהו מידע דרמטי חדש במהלך החודשיים האלה. נראה כי יש פה ניצול הזדמנויות, במיוחד שהחוקר אמר לאסף שי במפורש כי הוא רק רוצה להשלים פרטים.

מכל אלה החוקר היה צריך להפסיק את החקירה עד להגעתו של עורך הדין.

1. האם הראיה קבילה?

העלילה מתפתחת כי ניתן לטעון שאומנם החוקר טעה בכך שהוא לא הפסיק את החקירה, אך אסף שי שיתף פעולה, ענה, דיבר כל הזמן הזה. אז אולי הוא ויתר מרצונו על זכות ההיוועצות כחלק מהאוטונומיה של הרצון הפרטי וחופש הבחירה? שהרי אם הוא בחר להשיב על השאלות למרות שהוא ביקש ולא קיבל, אז אולי זכות ההיוועצות לא נפגעה כשהוא שיתף פעולה.

בקריאת הפרוטוקול ומהלך החקירה עולה תהיה איך הגיוני שאסף שי ביקש עורך דין, אך כמה שניות אחר כך הוא פתאום עונה לשאלות החוקר. ביניש בעצמה הבינה כי כנראה הייתה בעיה של תיעוד, ולכן לא נוכל להגיד בצורה חד משמעית שהוא ויתר על זכות ההיוועצות. במקרה הזה יש מחדל רישומי, וכל ספק צריך שיפעל לטובת הנאשם, גם ספק שנובע ממחדל רישומי. כשהשופטת ביניש בוחנת ומסתכלת על העובדות, היא פונה לבית המשפט המחוזי ורואה מה אסף שי העיד שם. היא רואה שכששאלו אותו על מהלך החקירה הזה, הוא ענה שהיה עליו לחץ וניסיון לנצל את הסיטואציה תוך כדי יצירת מסר כי לא כדאי לו לדחות את החקירה- אם לא יגמור את זה עכשיו, מחר הוא יצטרך לחזור, לשלם על ערבות וכו. איזה רצון חופשי היה כשהמסר שמשתמע הוא שלא כדאי לו להתייעץ? ולכן יש ספק שהחוקר ניסה להשפיע שלא כדין כדי למנוע ממנו את הזכות לייצוג.

הנתיב השני הוא מה גבולות הגזרה של הכלל הפסילה הפסיקתית וניישם את שלוש קבוצות השיקולים של יששכרוב.  
אם נסתכל על עוצמת הפגיעה בזכות ההיוועצות- יש פגיעה קשה כי לא מדובר בראיה שיש לה קיום נפרד ועצמאי, אלא ההודאה היא תולדה של אי החוקיות. היא מגיעה למסקנה כי צריך לזכות אותו מעבירת ההריגה, היא פוסלת את ההודאה ומרשיעה אותו בגרם מוות ברשלנות.

אל ביניש, הצטרף השופט רובינשטיין בהחלט מעלה שאלות וקשיים הנובעים מהזיכוי, מעבירת ההריגה- "האם יימלט העבריין מהדין בשל דקדוקו של ההליך?" השופט רובינשטיין ער לקושי הכרוך בזיכוי ובמיוחד לעובדה שהנאשם אחר כך יצעק זכאי. אך בסוף גם הוא מצטרף לשופטת ביניש.

יש לציין שהשופטת ברלינר בדעת מיעוט כן חשבה כי יש ויתור מתוך רצון חופשי על זכות ההיוועצות וההודאה כן קבילה.

אסף שי מסמל דבר פשוט- הלכת יששכרוב הולכת להישאר, היא לא הולכת למלט רק עבריינים בעבירות קלות אלא גם בחמורות. גם בעבירות חמורות בית המשפט לא יהסס לפסול את קבילות הראיה (למעט אלזם ששם המחיר החברתי היה קטן מאחר והוא נפטר לפני זיכויו, והחידוש יהיה בחייבטוב).

**זכות ההיוועצות בעקבות אסף שי**

ס' 34 לחוק המעצרים

(ד)  נמצא העצור באותה עת, בעיצומם של הליכי חקירה או של פעולות אחרות הקשורות בחקירה, באופן שנוכחותו נדרשת כדי להשלימם, ועריכת הפגישה עם עורך הדין ללא דיחוי, כאמור בסעיף קטן (ג), מחייבת את הפסקתם או את דחייתם למועד אחר, והקצין הממונה בדרגת רב פקד ומעלה (להלן בסעיף זה – הקצין הממונה) סבר כי הפסקתם או דחייתם עשויה לסכן, באופן ממשי, את החקירה, רשאי הוא להורות בהחלטה מנומקת בכתב, שפגישת העצור עם עורך הדין תידחה לזמן הנדרש כדי להשלים את הפעולה, ובלבד שההפסקה לא תעלה על שעות ספורות.

(ה)  סבר הקצין הממונה כי פגישת העצור עם עורך הדין עלולה לסכל או לשבש מעצרם של חשודים נוספים באותו ענין, למנוע גילוי ראיה או תפישת דבר שהושג בקשר לאותה עבירה, רשאי הוא להורות, בהחלטה מנומקת בכתב, שהפגישה תידחה לתקופה הנדרשת, ובלבד שהיא לא תעלה על 24 שעות משעת המעצר.

(ו)   על אף הוראות סעיף קטן (ב), רשאי הקצין הממונה בהחלטה מנומקת בכתב להורות שלא לאפשר פגישת עצור עם עורך דין, לתקופה שלא תעלה על 48 שעות משעת המעצר, אם שוכנע שהדבר דרוש לשם שמירה על חיי אדם או לצורך סיכול פשע, או שהדבר כרוך בעבירת בטחון והתקיימה עילה מהעילות המפורטות בסעיף 35(א); אין בהוראות סעיף קטן זה כדי לגרוע מזכותו של עצור, שביקש זאת, שתינתן לו הזדמנות סבירה להיפגש עם עורך דין לפני שיובא לבית המשפט בענין מעצרו.

[בעבירות בטחון, לפי סעיף 35 לחוק, ניתן לדחות פגישה ב-10 ימים. ניתן גם, לפי סעיף 36, שלא להודיע על דבר המעצר בעבירות אלה].

כיום, ס' 32 לחוק המעצרים חל רק על חשוד שהוא בגדר עצור, זוהי לקונה שיש לתקן אותה. עם זאת, בהחלט אפשר לומר שבעקבות הלכת אסף שי, היום הזכות הזו הוחלה גם על חשוד שאיננו עצור, אלא כזה שנמצא במשמורת החקירה.

חשוב להבין שגם זכות ההיוועצות איננה זכות מוחלטת, ובתוך ס' 34 לחוק המעצרים יש אפשרות לדחות אותה, החל משעות ספורות, המשך 24 ועד 48 שעות, ואם מדובר בעבירות ביטחוניות זה מגיע להרבה יותר ימים. אומנם, צריך לזכור כי גם אם דוחים את זכות ההיוועצות צריך לנקוט בפרוצדורה שננקטת בחוק.

בהקשר של יונתן אלזם, כאשר החוקר יודע שעורך הדין הולך לשבש את ההודאה המסתמנת של החשוד בשל קיום זכות השתיקה, זאת לא עילה לדחיית זכות ההיוועצות. ורק כשמדובר בנסיבה שעלולה לשבש את החקירה באופן ממשי, ולא חשש מזה שעורך הדין ייעץ לחשוד לשתוק. מצב כזה איננו שיבוש וסיכון החקירה, שהרי זכות שתיקה וההיוועצות היא זכות חוקתית וזה בהחלט חלק מהזכות שניתנות לחשוד.   
דעת הרוב באלזם פסלה את ההודאה כשהמדובבים ניסו לתקוע טריז בין החשוד לעורך הדין, השופט לוי הביע ביקורת קשה בכל מה שקשור למניעת מפגש. מנעו מפגש כי ידעו שהוא הולך לייעץ לו זכות השתיקה, הם עשו זאת שלא כדין וגם לא היה את התהליך הפורמלי של מניעת מפגש. והוא מזוכה באופן כזה שההודאה שלו נפסלה גם לפי ס' 12 וגם לפי כלל הפסילה הפסיקתית.

בעקבות אסף שי, אחר כך בחייבטוב נקבע כי הוויתור על זכות ההיוועצות צריך לעשות לצד תיעוד שלה. וזה נעשה מתוך רצון טוב וחופשי, וראוי כי בוויתור על זכות ההיוועצות התיעוד יהיה מספיק טוב כדי שנדע שלא עשית את זה מלחץ, איומים, או כל דבר כזה שנראה בפרשת אסף שי.

**הונצ'יאן נ' מדינת ישראל**

מקרה קשה של אזרח סיני, עובד זר המואשם ברציחתה של עובדת זרה מהפיליפינים בעקבות בקשתה להפסיק את הקשר הרומנטי שהיה ביניהם. חשוב להבין כי היו מספיק ראיות שביססו את ההרשעה ברצח, אך נעסוק בהודאה אחת שנגבתה בעקבות מעצרו.

הונצ'יאן נעצר בהרצליה, וכבר בשטח מודיעים לו על זכות השתיקה. זו תופעה ישראלית שנובעת מארצות הברית, לפיה החוקרים כשהם עוצרים את החשוד מעדכנים את החשוד בזכות השתיקה שעומדת לו, וכי הוא לא חייב לומר דבר העלול להפלילו. הפרקטיקה הזאת נוצרה משום שאם כבר במהלך הנסיעה החשוד יאמר דברים שיכולו בעתיד להוות ראיות לביסוס הרשעתו, המשטרה תוכל להשתמש בזה רק אם היא הודיעה לו על זכותיו. כלומר, ברגע שהודיעו בשטח כי יש לו זכות שתיקה, רק אז המשטרה תוכל להשתמש בראיות האלה. אם לא נודיע לו יהיה יותר קשה לעשות בהן שימוש. מכאן נוצר נוהל במשטרה להודיע על הזכויות כבר ברגע המעצר, ולא לחכות לפתיחת החקירה.

הונצ'יאן הגיע לתחנת המשטרה וחוקרים אותו. בפתח החקירה מודיעים לו כי עומדת לו הזכות להיוועצות. עם זאת, לפי הנוהג שהיה קיים אז, רק בסוף החקירה, אחרי שהוא מוסר הודאה והקצין מחליט להמשיך את המעצר- כלומר כליאה, רק אז מודיעים לו שיש לו זכות לסניגור ציבורי.

השאלה המשפטית שעלתה היא האם צריך להודיע לחשוד (במידה והוא זכאי לסניגור ציבורי), על זכותו לסניגור ציבור כבר בפתח החקירה, יחד עם ההודעה על זכות היוועצות. או שלחילופין, ניתן יהיה להודיע על זכותו לסניגור הציבורי רק בסוף החקירה?

ס' 32 לחוק המעצרים

**הסברת זכויות לעצור**

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

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

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

התשובה לשאלה שנשאלה בפס"ד נגזרת מס' 32 לחוק המעצרים. לפיו רק כאשר החליט הקצין הממונה לעצור את החשוד, רק אז קמה החובה להודיע לחשוד על זכויותיו.

ניתן ללמוד מהס' כי מהלך המעצר הוא כדלקמן: העצור נעצר בשטח, הוא מגיע אל הקצין הממונה (שהוא אחראי ועושה ביקורת על המעצר בשטח). וכשהקצין הממונה מחליט לעצור את החשוד (על המשך המעצר וכליאתו) רק אז צריך להודיע לו שעומדת לרשותו זכות היוועצות עם עורך דין, ובפרט על סניגור ציבורי. בפועל, תמיד הקצין הממונה יחליט על מעצר רק אחרי החקירה, אחרי הוא שומע את החשוד.

כאן הדילמה- מה שווה הודאה על זכות ההיוועצות לאחר החשוד מסר הודאה. המשטרה מבינה את זה ולכן היא גוזרת על עצמה אמת מידה מחמירה, ואת ההודעה על עצם זכות היוועצות, המשטרה מרצונה מקדימה לפתח החקירה, ואת ההודעה על סניגור ציבורי היא משאירה בסוף.

**הודעה לעצור על אפשרות מינוי סניגור ציבורי**

19.  (א)  נעצר אדם והובא לתחנת משטרה או למתקן של רשות החוקרת על פי דין או שהוא חשוד בביצוע עבירה, יודיע לו הממונה על התחנה או על החקירה, בהקדם האפשרי, כי באפשרותו לבקש מינוי סניגור ציבורי אם הוא זכאי לכך לפי חוק זה.

          (ב)  בקשה למינוי סניגור ציבורי תועבר לסניגור ציבורי מחוזי בדרך שיקבע שר המשפטים.

השופט רובינשטיין פונה לס' 19(א) לחוק הסניגוריה הציבורית. אשר לפיו עולה כי הודעה על זכות העצור לסניגוריה הציבורית צריכה להיות בהקדם האפשרי- כלומר בפתח ובהתחלת החקירה. מכאן שיש סתירה בין ס' 19 לחוק הסניגוריה הציבורית שממנו עולה הודעה על זכות לסניגוריה ציבורית בתחילת החקירה, אל מול ס' 32 בחוק המעצרים שממנו עולה שניתן להודיע על זכות לסניגוריה הציבורית רק כשהממונה מחליט על מעצר, קרי אחרי החקירה.

בית המשפט

השופט רובינשטיין מכריע בסתירה ואומר כי המשטרה תתכבד ותקדים את ההודעה על הזכות לסניגוריה ציבורית לתחילת החקירה. כפי שהמשטרה גוזרת על עצמה אמות מידה מחמירות לגבי עצם ההודעה על וזכות ההיוועצות אז שתגזור על עצמה אותן אמות מידה על הודעה על זכות לסניגוריה ציבורית. שהרי מה שווה זכות היוועצות אם אין לחשוד את הכסף והמשאבים לשכור עורך דין? הזכות להיוועצות עם עורך דין לא שווה כלום אם אין לחשוד תשתית כלכלית. מכאן שאת הזכות לייצוג חינם, יש להודיע עליה לפני שהחשוד מחליט להודות או לא.

לדעת הראל, הכרעת בית המשפט כל כך מובנית מאליה, שעצם הסתירה בין חוק המעצרים לחוק הסניגוריה הציבורית, היא דבר מוזר.

חשוב להבין כי בפס"ד הונצ'יאן לא היה שום דבר בכדי לשנות את ההרשעה ברצח, ולכן פס"ד לא משפיע על שאלת קבילות הראייה וגבולות גזרת כלל הפסילה הפסיקתית. כך שפס"ד לא עושה דבר בפיתוח גבולות הגזרה של כלל הפסילה הפסיקתית אבל כן מוסיף לזכות היוועצות.

**איתן פרחי נ' מדינת ישראל (נמצא במצגת השנייה)**

רקע עובדתי: המשטרה באותה עת מנסה למצוא קצה חוט לפרשת רצח של עורכת הדין ענת פלינר. המשטרה משתמשת באמצעי חקירה מתוך שיטת אלימינציה- פונה להרבה מאוד אנשים שהם לא חשודים, ומבקשת מהם בהסכמה דגימת רוק לצורך בדיקת הקשר שלהם לרצח. הואיל ואלו לא חשודים, צריך לקבל את הסמכתם.   
איתן פרחי מסכים לבדיקה וזאת בכפוף להבטחת המשטרה שהבטיחה באופן שלא משתמע לשני פנים כי היא לא תשתמש בבדיקת הרוק לשום דבר אחר למעט חקירת רצח של עורכת הדין (ואף לא תשאיר את הדגימה במאגר).

ס1 14 לחוק החיפוש: ס' 14 לחוק החיפוש קובע את התנאים לחיפוש בהסכמה בגופו של אדם שאיננו בגדר חשוד.   
זה הסעיף שמכוחו פרחי ביקש כמתנדב בהסכמה לתת בדיקת רוק, כשהמשטרה מתחייבת שלא יעשה שום שימוש אחר בדגימה. במקרה כזה, אסור לעשות השוואה בין נתוני הדנ"א שהופקו בחיפוש הזה אל נתונים במאגר אלא לשם העבירה שבגינה נעשה החיפוש, וכן אסור לכלול את הנותנים במאגר לפי הס'.

**חיפוש בהסכמה בגוף אדם שאינו חשוד (תיקון מס' 1) תשס"ה-2005**

14.    (א)  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:

(2)   החיפוש נדרש לשם בדיקת קשר אפשרי של אותו אדם לעבירה הנחקרת.

          (ב)  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.

הסיפור הוא שבאותה העת המשטרה חוקרת שלוש זירות אונס שונות שבהן לא נמצא האנס אבל נמצאו דגימות זרע שלו. אותה חוקרת עם זיכרון פנומנלי שבדקה את בדיקת הרוק של פרחי, נזכרת כי היא ראתה רצף דנ"א דומה בחקירת האונס שהיא ביצעה לגבי דגימת זרע שנמצא באחת משלוש זירות האונס ההן.  
כאן מתרחש הפגם- היא עורכת השוואה והתוצאה מדהימה, אדם מסתובב חופשי והוא חשוד באונס בשלוש זירות אונס שונות, אך לכאורה לא ניתן להגיע אליו כי התחייבו לא לעשות שימוש אחר בדגימת הדנ"א שהוא נתן בהסכמה.

המשטרה מבצעת פעולות חקירה והיא מהדקת את החקירה סביב פרחי דרך למשל איכון הטלפון הסלולרי היא מגלה שהוא היה באותן שלוש זירות אונס שונות, כלומר יש עוד ראיות שמתקשרות אותו לאונס, אך השאלה מה עושים. בזמן הזה, המשטרה מבקשת בשופט בבית משפט השלום בקשת מעצר (שהוא נמצא בשדה משפטי נוח כי מעצר לפני הגשת כתב אישום ניתן להשתמש בראיות בלתי קבילות ולכן הוא לא אמור לבצע סקירה של קבילות הראיה), השופט עוצר את פרחי, ופרחי מכחיש כל מעורבות לעבירות הפליליות.

במהלך החקירה, המשטרה משתמשת באמצעי חקירה פופולרי והוא מתן סיגריה לחשוד. כשפרחי מעשן סיגריה, זורק אותה לפח, מכאן המשטרה משתמשת בדנא שנמצא על בדל הראיה. כאן שוב יש ממצא חד וחלק שמוכיח את מעורבות פרחי בפשעים הללו. ואם לא די בכך היו ראיות נוספות שחיזקו את התביעה כמו שהוא סירב לתת דגימת רוק, ראשית הודאה (אך מעולם לא הודה).

כנגד פרחי מוגש כתב אישום בגין אותן שלוש זירות אונס והוא טוען כי צריך לזכות אותה בשל כלל הפסילה הפסיקתית- הופרה לשון ס' 14 וההתחייבות המפורשת שעל בסיסה הוא פעל. זה לא מרשים את בית המשפט העליון, ופה אחד מרשיע את פרחי.

בית המשפט:

יש פה פגיעה קשה בזכות להליך הוגן, אבל בית המשפט עושה מהלך מתחכם- הם פוסלים את ראיית הדנ"א הראשונה שהוא נתן בהסכמה (כי פה זו פגיעה בוטה בהליך הוגן), פוסלים את ראית הדנ"א שהושגה בתרגיל חקירתי על בסיס הראיה הראשונה, אך מרשיעים אותו על בסיס כל יתר הראיות של איכון הטלפון הסלולרי, ראשית ההדואה, סירוב לבדיקת רוק וכו.

לא ניתן להכחיש כי ישנו קשר סיבתי עובדתי בין הפגם הראשון של הפרת ההבטחה בין כל הראיות האחרות- מה שמעורר את השאלה האם כלל הפסילה הפסיקתית מאמץ לתוכו את פרי העץ המורעל? בפס"ד פרחי ניתנת התשובה.

חשוב להבין כי כחלק מקבוצת השיקולים של כלל הפסילה, יש פה תום לב מצד המשטרה- שהרי לא הייתה הפרה בוטה בזדון של ההפרה, אלא מתוך חשד קטן של החוקרת. רק לאחר שהיא ראתה את ההשוואה, היא גילתה, ולכן זה לא זדון- יש כן פעולה בניגוד לדין אך שנעשתה בתום לב.

בפרשת פרחי בית המשפט העליון משנה דיסקט ואומר כי דווקא בעבירות החמורות נרצה להקפיד על קוצו של יוד, ושהגישה שאומרת ששיקול חומרת העבירה הוא בדרך כלל יפעל לטובת התביעה, אנחנו נמעט בפסילת ראיות, היא בגישה שנדחתה. הגישה החדשה שמאומצת היא גישה לפיה נפסול ראיה בהפרה חמורה של הזכות להליך הוגן, וזאת גם עבירות חמורות. בעבירות חמורות בוודאי, שבהפרה חמורה נהיה הרבה יותר קפדניות. פה בית המשפט עונה למבקרים שאמרו כי הלכת יששכרוב היא רק בשורה גדולה לעבירות הקלות, ואומר במפורש שכשמדובר בפגיעה קשה בזכות להליך הוגן, שיקול חומרת העבירה לא יהווה שיקול נגד הפסילה.

אדמונד לוי: השופט אדמונד לוי דן בשאלת חומרת העבירה. הוא עושה את ההבחנה בין קשר סיבתי עובדתי לבין קשר סיבתי משפטי. קודם כל הוא אומר כי אין דוקטרינת העץ המורעל בישראל, לאחר שביניש אמרה את זה ביששכרוב. ואם יש כמה חוליות, נבחן כל חוליה באופן עצמאי לפי קבוצות השיקולים של יששכרוב. זה נכון שאם היה פגם קודם בחוליה הראשונה זה יכול להשליך על החולייה השנייה והשלישית.   
עם זאת, אדמונד לוי מתחכם ועושה הבחנה בין קשר סיבתי עובדתי למשפטי:

1. קשר סיבתי עובדתי- כשמדובר בפסילת ראיה של חוליות מתקדמות בשרשרת, וכאשר החולייה הקודמת נפסלה, אז נבדוק אם יש קשר סיבתי עובדתי קודם כל בין ההפרה לראיה. כלומר האם בעקבות ההפרה של אותה ראיה שנפסלה, הגעתי גם לראיה הזו ולא נגיע לראיה הזאת אם לא הייתי מפרה. הקשר הסיבתי העובדתי בודק האם ההפרה הראשונה שהובילה לפסילת הראיה המקורית, היא שהובילה לאיתור הראיה הנגזרת- אם יש קשר סיבתי עבודתי בין הפגם הראשוני לראיה הנגזרת.
2. קשר סיבתי משפטי- אך זה לא מספיק קשר סיבתי עובדתי, צריך לוודא שיש גם קשר סיבתי משפטי. במידה ו.ניתק הקשר הסיבתי המשפטי אז בהחלט ייתכן כי נקבל את הראיה הנגזרת. בשאלה מה הכוונה בקשר סיבתי משפטי, אדמונד לוי נותן כל מיני דוגמאות, שאחת מהן היא- אני עוצרת אדם כאשר המעצר אינו חוקי, חוקרת אותו, ומביאה אותו לתחנת המשטרה. במהלכה אני נותנת לו את כלל הזכויות ואחר שהוא התייעץ עם עורך דין הוא מודה בעבירה שבגינה נעצר. יכול להיות שהעבירה היא החזקת סכין, אז את הסכין אני אפסול כי הסכין את תולדה של ההפרה, מאחר ולא הייתי מגיעה אל הסכין אלמלא הייתי עוצרת אותו במעצר לא חוקי. אבל בינתיים בחקירה הוא הודה שהוא החזיק סכין, והוא הודה אחרי שהוא יכול לשתוק, אחרי שהוא התייעץ עורך דין וכו. זה מצב שאומנם יש קשר סיבתי עובדתי, אך הקשר הסיבתי המשפטי נותק.

אחרי שהוא יוצר את ההבחנה בין הקש"ס העובדתי למשפטי, הוא ניגש למקרה ואומר כי לא היינו מגיעות לטלפון הסלולרי אלמלא ההפרה ראשונה, אך זהו נתון אובייקטיבי שנמצא ברשת הסלולר באופן עצמאי והוא מנותק מההפרה. אותו הדבר לגבי ראשית ההודאה שהוא אמר בחקירה לאחר שניתנו לו כל הזכויות, אותו דבר לגבי הסירוב שלו לדגימת רוק. את שתי הראיות האלה הוא מכשיר והוא פוסל את ראיות הדנ"א.

לי נראה כי לעניין עוצמת הזיקה הקיימת בין ההשוואה הראשונה הפסולה ובין הראיות הנגזרות, אין מקום להבחין בין הראיות הנגזרות השונות, שכן מדובר בעיקרו של דבר באותה זיקה עצמה הנעוצה בכך שאלמלא נערכה ההשוואה הראשונה הפסולה לא היה המערער, ככל הנראה, נחשד ונחקר בגין עבירות המין והראיות הנגזרות שנאספו במהלך חקירתו לא היו באות לעולם. אולם, הדוקטרינה שאומצה בשיטתנו המשפטית על-פי הלכת יששכרוב היא הדוקטרינה היחסית המותירה לבית המשפט שיקול דעת בפסילת הראיה בהתחשב בנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה. לצורך הפעלת שיקול דעת זה יש לתור אחר "איזון ראוי בין ההגנה על זכויות הנאשם ושמירה על הגינות ההליך הפלילי וטוהרו, לבין ערכים ואינטרסים נוגדים ובהם - ערך גילוי האמת, הלחימה בפשע הגואה וההגנה על שלום הציבור ועל זכויותיהם של נפגעי עבירה" (שם, 556). השאלה הרלוונטית המצריכה תשובה בהקשר זה היא בעיני השאלה - האם קבלת הראיה תהפוך את המשפט בכללותו לבלתי הוגן. בהקשר זה יש לזכור כי הגינות ההליך אין משמעה רק הגינות כלפי הנאשם אלא גם כלפי נפגעי העבירה והציבור בכללותו הזכאים לקבלת הגנה מפני פגיעה בשלומם, בביטחונם או בכבודם כבני אדם. וכדבריו הקולעים של הנשיא שמגר "ההגינות בהליך, אשר אחריה אנו תרים, היא לא רק הגינות כלפי הנאשם, אלא גם כלפי מי שמבקש עזרתה של החברה כדי שתסיק מסקנות מביזויו והשפלתו כאדם".

חיות: השופטת חיות מצטרפת לעמדה של השופט אדמונד לוי אך היא מרגישה לא בנוח עם התוצאה, והיא אומרת כי כל הרעיון הזה של קשר סיבתי משפטי ועובדתי, לפסול את שתי דגימות הראשונות ולהכשיר את האחרות, הוא נראה לעין מאולץ. היא אומרת בצורה כנה- אנחנו מפעילות את ככל הפסילה הפסיקתית שהוא כלל גמיש, המתחשב בקבוצות שיקולים נוספות שבין היתר חומרת העבירה זה אחד מהם, זכויות הקורבנות, אינטרס הציבור במיגור הפשיעה ונגיע למסקנה כי אנחנו מרשיעות אותו על בסיס מכלול הראיות מבלי לעשות את ההבחנה המלאכותית בין שתי ראיות הדנ"א הראשונות שנפסלות לבין הראיות הנוספות שמתקבלות.

חיות מדברת על כך שהגינות זה לא רק כלפי הנאשם אלא גם כלפי קורבנות העבירה.

בעיני הראל יש מסר מאוד חשוב בשופטת שאומר כי די עם הפלפולים כי ברור שאף אחד לא יוכל להרגיש נוח עם ההפרדה המאוד מלאכותית בין קשר סיבתי עובדתי למשפטי. צריך להסתכל על כל התמונה ולהגיד את האמת- משתמשים בכל הראיות, כי יש הרבה שיקול דעת והנסיבות מצביעות לכיוון אחד. יש פה אמירה שיש בה הרבה יותר כנות.

לסיכום בפרשת פרחי יש כמה חידושים:

1. בית המשפט משנה את כיוון שבעניין שיקול חומרת העבירה- הקפדה על קוצו של יוד.
2. דוקטרינת פרי העץ המורעל לא מתקבלת בישראל.
3. ההבחנה בין קש"ס עובדתי למשפטי (שבהמשך לא ממש התרוממה כי הנשיאה מצביעה על החולשה שלה במלאכותיות).

**בן חיים נ' מדינת ישראל**

העובדות: שוטרים שהיו בסיור שגרתי ברחוב נווה-שאנן בתל-אביב, הבחינו בבן-חיים ודרשו ממנו להזדהות. לאחר בירור שערכו הסתבר כי הוא "אינו דרוש" (היינו, לא היה תלוי ועומד נגדו צו מאסר) אך יש לו "רישום פלילי כלשהו". בשלב זה ביקש אחד השוטרים מבן-חיים להוציא את מה שהוא מחזיק בכיסיו. בן חיים הסכים, רוקן הכיסים, ואז נתגלתה סכין שהחזיק. משכך, הועמד לדין בגין החזקת סכין שלא כדין.

הבעיה היא שהחיפוש שנעשה ושהוביל לגילוי הסכין איננו חוקי. אם נגיע למסקנה שהחיפוש אינו חוקי נצטרך לשאול את עצמינו שהרי הוא הסכים לשלוף את הסכין מכיסיו, וכן האם ההסכמה שלו נובעת מתוך רצון חופשי או שמעצם ההפרה? שהרי איך הוא יכול לדעת שהוא לא חייב להסכים אם לא אמרו לו. בעצם אנחנו מסכלות לא רק על הסכמה אלא הסכמה מדעת.

במקרה זה, אוחדו עם מקרה בן-חיים מקרים נוספים, שעוסקים באותה סיטואציה, כדי להגיע להכרעה עקרונית בכל המקרים.

בית המשפט

ביניש (דעת הרוב):

לעניין החיפוש- הנשיאה ביניש קובעת כי החיפוש לא כדין משום שאין חשד סביר. החיפוש לא היה חוקי שכן בנסיבות המקרה לא התקיים "חשד סביר", שהוא התנאי לחוקיות חיפוש בכליו של אדם. כל פעולה שיש בה משום איזושהי פגיעה בזכויות הפרט מחייבת חשד סביר, שזה המינימום וכרטיס הכניסה לפגיעה בזכויות הפרט- החל מעיכוב, דרך מעצר, המשך בחיפוש. חשד סביר לביצוע עבירה הוא כרטיס כניסה מינימלי, שהרי נגיע למצב בו כל שוטר בכל זמן יוכל לעיין ולפגוע בזכויות אדם?

מבחן החשד הסביר הוא בעיקרו מבחן אובייקטיבי שבו נדרש בית המשפט להעריך את סבירות שיקול דעתו של השוטר שערך את החיפוש לשם הכרעה בשאלת חוקיות החיפוש. המבחן הוא אובייקטיבי, האם שוטר באותן נסיבות עניין יגבש חשד סביר?

במקרה הזה שום דבר לא הוביל לחשד אובייקטיבי כנגד בן חיים, למעט העבודה כשהוא בודק בגיליון הרישום שלו, זה שיש לו עבר פלילי קודם. עבר פלילי קודם לא מהווה חשד סביר לביצוע עבירה, כי אחרת לא נמצא מזה.  
כלומר קיומו של עבר פלילי בלבד המנותק מנסיבות חיצוניות קונקרטיות אינו מגבש כשלעצמו חשד סביר המסמיך שוטר לערוך חיפוש על גופו של אדם או בכליו בלי צו שיפוטי.

יכול להיות שתחושת הבטן של השוטרים התבררה בדיעבד כנכונה, אך לא ניתן לבסס חשד סביר על אינטואיציה, תחושת בטן, צריך איזשהו חשד אובייקטיבי או סימן שמעורר חשד לביצוע עבירה. וזה לא היה בבן חיים.

לעניין ההסכמה- אבל אז עולה השאלה- הוא הסכים. וכאן מגיעה ההלכה החשובה של ביניש. ביניש קובעת כי שוטר, גם אם אין לו סמכות חיפוש על פי החוק בהיעדר חשד סביר, אם כתחליף לחשד הסביר הוא מקבל הסכמה מדעת בביצוע החיפוש זה מכשיר את החיפוש. אבל כדי שהסכמה תהיה הסמכה מדעת, צריכים להתקיים כמה תנאים:

1. צריך לומר לאדם משוא החיפוש שעומדת לרשותו הזכות לסרב לחיפוש וכי הוא לא חייב להסכים.
2. צריך לומר במפורש שהסירוב לא ייזקף לחובתו.

אלה שני הדברים שיוצרים את פערי הכוחות המובנים בין שוטר לאזרח- רק אם האזרח ידע שהוא לא חייב להסכים לחיפוש, וגם אם הוא לא יסכים זה לא יהווה ראייה לחובתו, רק אז זה מגבש את ההסכמה מדעת.  
במקרה של בן חיים אומרת השופטת ביניש כי לא נאמר לו שהוא לא חייב להסכים, לא נאמר לו שאם הוא לא יסכים זה איננה ראיה לחובתו, לכן הסכמה אינה מדעת, החיפוש אינו חוקי ולכן היא פוסלת את הסכין. אין פה דוקטרינת העץ המורעל כי הסכין היא תולדה של הפגם.

אבל למה יש גם פיתוח של גבולות הגזרה? כי לראשונה בהיסטוריה של כלל הפסילה הפסיקתית בית המשפט העליון פוסל ראיה חפצית שאין מחלוקת ביחס למהימנותה. שזהו אחד מהשיקולים נגד הראיה- נבדוק האם זו ראיה שעומדת על שתי רגליים. עם זאת, שלושת קבוצות השיקולים של הלכת יששכרוב הן מתנגשות אחת עם השנייה, לכן למרות שזו ראייה עצמאית שעומדת על שתי רגליים, העבירה קלה, הפרה מהותית של הזכות להליך הוגן כי בוצע חיפוש של כדין. בית המשפט לא מהסס לפסול ראיות חפציות. שלפסול ראיה חפצית זה מרחיק מהאמת העובדתית.

דנציגר (דעת המיעוט):

השופט דנציגר מתייחס לעיקרון בסיסי של עקרון חוקיות המנהל. עקרון חוקיות המנהל לפיו בעוד שפרט יכול לעשות הכל למעט מה שנאמר עליו במפורש, רשות יכולה לבצע רק מה שהדין מסמיך אותה לבצעו במפורש. העקרון הזה הוא עקרון בסיסי במשפט המנהלי שנועד בעיקר כדי למנוע ניצול לרעה של כוחה של הרשות המנהלית. נרצה לשלוט ולא לאפשר לרשות לגבש על עצמה סמכויות שלא כתובות בחוק.   
השופט דנצינגר אומר כי לפי עקרון חוקיות המנהל, העקרון הזה קובע שרשות לא יכולה לפעול אלא אם כן יש לה הסמכה מפורשת בדין. איפה כתוב שחוקר יכול לבקש הסכמה מדעת אם אין לו הסמכה בחוק? איפה כתוב שהסכמה מדעת יכולה להיות תחליף להיעדר הסמכה בחוק. גם עצם זה ששוטר פונה לאדם, ומבקש ממנו הסכמה כתחליף לסמכות בחוק, גם זה צריך הסמכה בחוק ואין לו את זה.

השופטת ביניש עונה כי אם אתה מוותר מתוך רצון טוב וחופשי אז יש לך זכות לוותר על עקרון חוקיות המנהל. היא אומרת כי חלק מהכבוד של האדם זה לתת כבוד לבחירותיו, ואם הוא בחר לאפשר חיפוש בכיסיו, על אף שאין הסמכה בחוק, והוא בחר לאפשר לך לבקש ממנו, אז זה חלק מהאוטונומיה שלו, וגם זה ערך בעיניה. במילים אחרות, ההסמכה יכולה להיות הסכמה, אך זה בתנאי שזאת הסכמה מדעת. זה מספיק כדי להתגבר על עקרון חוקיות המנהל.

אך השופט דנציגר אומר עוד דבר- יש פערי כוחות, אוכלוסיות מוחלשות שההסכמה מדעת הזאת לא יכולה לבטל את פערי הכוחות ולתקן בפועל, לפחות לגבי חלק מהאוכלוסיות לא ניתן לקבל הסכמה מדעת. כלומר דנציגר טוען שלוש טענות:

1. הוויתור כשלעצמו לא מקים מקור הסמכה סטטוטורי לעקרון המנהל (שביניש עונה שהסכמה מדעת עשויה להתגבר על עקרון החוקיות).
2. פערי הכוחות שלא ניתנים לתיקון.
3. הראל מוסיף טענה שלישית שנמצאת במאמר של פרופ' מרים גור אריה והיא ברגע שקיבלנו את דעת הרוב של הלכת בן חיים אנחנו יוצרות חשש להפללת יתר, כי ניתקנו את אמת המידה האובייקטיבית של חשד סביר. ניתן לפנות לכל אחד גם אם אין אמת מידה אובייקטיבית של חשד סביר, ולכן שוטר יכול לפנות לפלוני ולא לאלמוני מתוך שיקולים זרים של צבע עור, מגדר וכו, כל מיני שיקולים זרים שנרצה למנוע. הנה יצרנו מדרון חלקלק שיאפשר הפללת יתר כי ניתקנו את אמת המידה האובייקטיבית.

אך ההלכה היא כדעת ביניש.

לסיכום- אגב הדיון בכלל הפסילה הפסיקתית קיבלנו פיתוח של מגבלות החיפוש, וגם פסלנו בכלל הפסילה הפסיקתית בעוד צעד שאפשר פסילת ראייה חפצית. לראשונה בית המשפט פוסל ראיה חפצית שמנותקת מאי החוקיות ושעומדת על שתי רגליים.

**פרשת שמש**

עובדות: הרכבת הקימה ועדת חקירה לאחר שתי תאונות רכבת קשות. התאונות הובילו במקביל גם לפתיחת חקירה פלילית וגם לוועדת חקירה פנימית שרכבת ישראל רצתה להקים על מנת לבחון מה היו תקלות ובעיקר למנוע תקלות כאלו בעתיד. ברור שלרכבת ישראל אין סמכות שלטונית אלא רק סמכות לבצע את ועדת החקירה הפנימית מכוח הסכמת העובדים כדי למנוע תאונות כאלו בעתיד.

ועדת החקירה חקרה בין השאר את עובדי הרכבת, עת בהתאם לנהלים הפנימיים של החברה, עובדים אלה נחקרו בלא שהיו מיוצגים ובלא שהוזהרו כי הדברים שיאמרו עלולים לשמש כנגדם בהליך פלילי. כלומר הם לא היו מיוצגים על ידי עורכי דין, לא נודע להם על זכות השתיקה, ולהפך נאמר להם כי מתחייבים שכל דבר שנאמר נשמע אך לא יוצא לשום גורם חוץ רכבתי. נקודת המוצא היא שהובטח להם שזה נשאר בחברה בלבד.

סעיף 10.8 לנוהל ועדות החקירה של הרכבת קבע במועד הרלוונטי לענייננו הוראת סודיות:

המידע אשר נצבר ו/או נוצר אגב ובעקבות עבודת הוועדה, לרבות דו"חות חקירה וכל מסמך אחר אשר שימש את הוועדה בחקירתה, מהווים מידע חסוי וסודי, ואין להעביר כל מידע כאמור לכל גורם חוץ- רכבתי, לרבות לחברות ביטוח וכל בא-כוח אחר של מי שהיה מעורב בתאונה תפעולית, אלא באישור היועמ"ש של הרכבת".

חושב להבין כי מצד העובדים, מי שלא משתף פעולה יש עליו סכנת פיטורים. מאחר ואיזה מעביד ירצה להחזיק עובד שלא מוכן לספר לו מה היה חלקו בפרשה שהיו מעורבים נפגעים, כדי למנוע תקלות כאלו בעתיד במיוחד במונופול.

**הזמנה להציג חפץ**

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

עם פתיחת החקירה הפלילית, העבירה הרכבת את דוחות ועדת החקירה, אך המשטרה ביקשה לקבל גם את הודעות העובדים מכוח סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי (הזמנה לקבלת חפץ).

חברת רכבת ישראל טענה כי הסירוב למשטרה לא נובע מרצונה להתכסות מאחורי חיסיון הפללה עצמית כתאגיד, אלא שהיא דואגת לעובדים עצמם, שהרי היא התחייבה בפניהם ששום דבר לא יוצא החוצה, הם באו אליה כשהם לא מיוצגים ולא הייתה לשם זכות שתיקה, ועכשיו איך נוכל לתת את כל ההודאות האלה? ולכן היא לא יכולה לתת את החומר.

העניין הגיע לבימ"ש עליון ועל פסיקת העליון הוגשה והתקבלה בקשה לדיון נוסף. עלו שתי שאלות מרכזיות:

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 הודעות שהתקבלו שלא בהתאם לכללי ההליך הפלילי.

יש לציין כי אף עלתה שאלה אחרת בפסקי דין לפיה האם הסניגור יכול לפנות לבית המשפט ולבקש במעמד צד אחד שבית משפט יורה על פלוני לבוא ולהעיד בפניי. זה לא עבד, ובית המשפט דחה את הטענה מאחר וס' 43 לפקודת סדר הדין הפלילי נוגע רק למשטרה.

חברת רכבת ישראל טענה כי אם בית המשפט יקבע ויאפשר מתן ההודעות למשטרה, המשמעות היא פגיעה באפקטיביות של ועדות חקירה פנימיות, כי אף אחד לא יאמין ולא ישתף פעולה בעתיד עם ועדות חקירה פנימיות. בסוף יש גם אינטרס ציבורי למנוע תאונות ולכן כל מעסיק עתידי שירצה להקים ועדות כאלה לא יוכל. שהרי אם אומרים שההבטחה שניתנת לעובדים לא שווה כלום, אז אף לא יאמין, אך אחד לא ישתף פעולה, תפגע האפקטיביות של ועדות חקירה. מה שכן זה גם פוגע בזכות להליך הוגן ומקצר למשטרה את הדרך, במקום להשיג את הראיות בדרך המלך.

בית המשפט:

בגלגול הראשון השופט דנציגר יחד עם השופט רובינשטיין למעשה מקבלים את טענת הרכבת והם אומרים כי ההודאות נגבו מבלי שהעובדים קיבלו את הזכויות החוקתיות- זכות שהתיקה וההיוועצות.

* ההודעות נגבו בלא שמירה על זכויות העובדים (זכות השתיקה, זכות ההיוועצות).
* לעובדים הייתה ציפייה סבירה שההודעות לא יועברו, באופן העלול לחשוף אותם להעמדה לדין.
* מסירת ההודעות נוגדת את חוש הצדק וההגינות הבסיסית.
* מסירת ההודעות מעמידה לרשות המשטרה "מסלול עוקף חקירה" שעלול לרוקן מתוכן את חובותיה כלפי חשודים.
* הדבר נכון גם אם ההודעות הללו לא ישמשו בסופו של דבר כראיה בהליך הפלילי. זאת, משום שעל בסיס ההודעות הללו המשטרה תוכל להשיג ראיות נוספות.

המשטרה בעצם עוקפת את דרך המלך ועוקפת בעצם גם את כל זכויות החשודים ולכן בית המשפט לא מאפשר למסור את ההודאות למשטרה.

השופט רובינשטיין אפילו מדבר על כך שרכבת ישראל היא גוף דו מהותי כי היא חברה ממשלתית, מונופול, שירות חיוני והוא מחיל את הנורמות של הבטחה שלטונית- כמוש רשות שלטונית לא יכולה להבטיח הבטחה שלטונית ולסגת ממנה, כך גם על גוף דו מהותי ועל בסיס זה הוא מקבל את טענת הרכבת.

אדמונד לוי (דעת מיעוט): הוא חשוב שזאת טעות חמורה והוא בעצם אומר לשאר השופטים התבלבלתם- כלל הפסילה הפסיקתית לא אמור להיבחן בהליך ביניים. כלל הפסילה הפסיקתי ייבחן רק בהליך העיקרי, ולכן לא תפקידו של שופט בהליך ביניים שאמור לבחון האם לתת צו כנגד הרכבת, לפי ס' 43, לבחון את שאלת קבילות הראיות. המשטרה צריכה לחקור, ואחר כך בהליך המרכזי נשאל האם הראיות הללו יוכלו להתקבל כראיה לפי כלל הפסילה הפסיקתית. כלומר השאלה הזאת תיבחן רק בהליך העיקרי ורק אם יוגש כתב אישום, ואם התביעה תרצה בעתיד להשתמש בפרוטוקולים כראיה כנגד העובדים, מן הסתם הסניגור יטען לכלל הפסילה הפסיקתי, ומי שיכריע בזה הוא השופט שידון בתיק העיקרי. רק לשופט בהליך העיקרי יש תמונה רחבה והסתכלות על, שכן הוא יוכל לראות מה חומרת העבירה, ראיות אחרות, כל השיקולים של הלכת יששכרוב. וזאת בניגוד לשופט בהליך הביניים שיש לו רק זווית ראיה מצומצמת.   
השופטים טועים כי הם לוקחים את הלכת יששכרוב ומקדימים אותה בזמן- משלב המשפט אל החקירה, ודרך הלכת יששכרוב נותנים ברקס למשטרה ולא נותנים לה לחקור.

ניתן לראות מההשלכות של דעת הרוב על כלל הפסילה הפסיקתית- בית המשפט בדעת הרוב נותן ברקס למשטרה ולא נותן לה לראות את הפרוטוקולים, שאפשר לראות בזה אימוץ של דוקטרינה פרי העץ המורעל בישראל. שהרי בית המשפט אומר בצורה מסוימת- ברור שלא תבקשו להשתמש בעדויות הישירות שהעדים העידו בוועדת החקירה במשפט העיקרי נגדם. ברור כי הראיות האלה יפסלו בכלל הפסילה הפסיקתי (מאחר ולוקחים את משה אמרו תחת חקירה בלי זכות שתיקה, התייעצות, חשש לפיטורים), המשטרה לא רוצה את הפרוטוקולים לזה. אלא שהיא מקווה דרך העדויות בחקירת הועדה הפנימית להשיג ראיות נגזרות, כשאין דוקטרינת פרי העץ המורעל בישראל יש סיכוי גבוה שהראיות הנגזרות יתקבלו נגד העובדים, וזאת מפני שהמשטרה תטען לניתוק קשר סיבתי משפטי- כי ניתן צו של בית משפט שמאפשר לעיין בראיות. דעת הרוב, בזה שהיא מונעת מהמשטרה לעיין בראיות יש קבלה לפחות חלקית של פרי העץ המורעל ואולי איזושהי גישה הרתעתית חינוכית כנגד המשטרה.

דיון נוסף

משום שפרקליט המדינה חשב כי פס"ד מזיז את האיזון מאינטרס הציבור לזכויות החשוד והנאשם הוא דורש דיון נוסף. בדיון הנוסף התוצאה מתהפכת.

בגלגול השני דעת המיעוט מתקבלת ודעת הרוב הופכת להיות דעת מיעוט. כך שהעמדה של השופט דנציגר שהוא היה בדעת הרוב בגלגול הראשון מתהפכת. דעת הרוב בגלגול השני, מפי השופטת ביניש, בעצם אומרת כי יש לשים את הדברים על דיוקם- כלל הפסילה הפסיקתית מקומו להיבחן בשלב המשפט ולא בשלב החקירה. בשלב המשפט יבדקו את זכות להליך הוגן אל מול כל קבוצת השיקולים, אך לא נשים ברקס ונכניס את כלל שיקול הדעת לשלב הביניים, ובשלב הזה ניתן את כל האמצעים לידי המשטרה.

ביניש הופכת את התוצאה ומאמצת את דעת המיעוט. היא אומרת באופן ברור שמה שביהמ"ש עשה בגלגול הראשון, היה שהוא אימץ חיסיון חדש, ושהיה בלבול בין דיני החיסיון לבין דיני הקבילות. חיסיון זהו מצב בו המחוקק קובע בצורה ברורה שראיה מסוימת, תהיה חסויה בפני הרשות החוקרת, מטעמים שונים בעיקר אינטרסים ציבוריים, הגוברים על חקר האמת. דוגמא: חיסיון עו"ד-לקוח. הדין קובע שהמשטרה לא יכולה לזמן לחקירה את עו"ד, ולתשאל אותו על דברים שאמר לו הלקוח במסגרת הייצוג. אנו מעניקים את החיסיון למרות שיש חשש שיפגע בחקר האמת. או למשל מקור עיתונאי. הפסיקה אומרת בפס"ד בן ציון, שהמשטרה לא יכולה לזמן עיתונאי ולבקש ממנו שיעיד אודות זהות המקור, שהדליף לו את אותה הראיה, גם אם המקור ביצע עבירה פלילית. הרציונל של החיסיון עיתונאות חופשית, חופש הביטוי. אם לא ניתן את החיסיון למקורות, לא יהיו מדליפים, ועם כל הצער שמדליפים חסינים מעבירות פליליות, יש פה אינטרס ציבורי של חברה להעניק אותו חיסיון למקורות על מנת לשמור על עיתונות חופשית, נשכנית החושפת שחיתויות.   
בשתי הדוגמאות האלו הענקנו חיסיון- כי יש הוראה המונעת מהמשטרה את היכולת להיחשף ממידע, על אף שהוא עשוי לתרום לגילוי האמת, וזאת בשל קיומם של אינטרסים חשובים יותר.

ביניש אומרת כי יש לקרוא לילד בשמו- דעת הרוב דה פקטו יצרה חיסיון חדש. וזאת משום שהמשמעות של פסיקת דעת הרוב היא שמונעים מהמשטרה, שהיא הגוף החוקר, את היכולת להיחשף לראיות שעשויות לסייע לה לחקר האמת, משום שאנו מעוניינים באינטרס הציבורי שהוא קידום פעולה של וועדות חקירה פנימיות. אז קודם כל אומרת ביניש שדעת הרוב, אגב הלכת יששכרוב, יוצרת כלל חדש של חיסיון. הלכת יששכרוב, בכלל לא עוסקת בחיסיון, אלא היא עוסקת בשאלת קבילות הראיה שהושגה שלא כדין (ופוגעת בזכות להליך הוגן החורגת מגדרי פסקת ההגבלה), שכן הלכת יששכרוב נחקרת בזמן המשפט. ההליך הפלילי מתחיל בדר"כ בתלונה, עובר לחקירה משפטית, משם עובר לתביעה המחליטה האם להעמיד לדין ומשם עובר למשפט עצמו, הלכת יששכרוב עוסקת בשאלת קבילות הראיות בעת שהסנגור טוען כי צריך לפסול את הראיה, ולכן היא חלה במשפט עצמו. זאת אומרת, לפי סדר ההליך יש לבדוק את קבילות הראיות רק בשלב המשפט. כך שרק אחרי שיש כתב אישום, ורק אחרי שיש טענה מצד הסניגור לפגיעה בזכות להליך הוגן (משום שהראיות שעליהם תתבסס התביעה בועדה הפנימית הן ראיות שהושגו ללא נוכחות עורך דין, ללא זכות שתיקה וכו) ולכן קבילות הראיה תיבחן רק על ידי השופט שדן בהליך העיקרי. רק בהליך העיקרי שיהיה לשופט\ת את כל התמונה, רק אז ניתן יהיה לבחון את שאלת קבילות הראיה (תהיה לו תמונה רחבה לבדוק את חומרת הפגיעה, הנזק מול התועלת, חשיבות הראיה וכל השיקולים של הלכת יששכרוב). את קבילות הראיה צריך לבדוק השופט העיקרי, אך בפרשת שמש שופטי הרוב הקדימו את הלכת יששכרוב אל שלב החקירה המשטרתית. כלומר על בסיס הטענה לפגיעה פוטנציאלית בהליך ההוגן של העובדים, אנחנו מראש נמנע את העברת החומר למשטרה ובפועל נשים ברקס למשטרה על ידי השופט בהליך הביניים בעת הגשת הבקשה מצד המשטרה להעברת הראיות, שהוא יצטרך להכריע כבר אז על קבילות הראיה. לשופט הזה בהליך הביניים אין את התמונה הרחבה שיש לשופט בהליך העיקרי, אלא התמונה שעומדת בפניו מאוד מצומצמת (הוא לא יודע למשל מה יתר הראיות), הוא לא יכול באמת לשקול את מכלול השיקולים שהשופט בהליך העיקר יכול. משום כך אומרת ביניש בדיון הנוסף כי הלכת יששכרוב נוגעת לשאלת קבילות הראיות, ולכן דעת הרוב הקדימה את הלכת יששכרוב ובכך יצרה חיסיון חדש, כי הברקס הזה מונע מהמשטרה לגשת לחומר.

מתעוררת השאלה, האם זה נכון ליצור חיסיון? כאן ביניש עונה לעצמה כשהיא שואלת כי מי רשאי לקבוע הוראות בדבר חיסיון, שזה המחוקק. חיסיון בעצם טבעו מעדיף שיקולים אחרים על פני חקר האמת, ולכן המחוקק הוא זה שעושה את האיזון של השיקולים בעת קביעת החיסיון. אך בפס"ד של דעת הרוב בגלגול הראשון הייתה הכרעה של מדיניות שראוי שהמחוקק יעשה זאת. הנשיאה ביניש בודקת ורואה כי יש מקרים בהם יש חסיונות בחוק לממצאים של וועדות חקירה פנימיות. זה למשל קיים ביחס לוועדות חקירה של צבא, במשטרה. אך האם יש חוק המקנה חיסיון לוועדת חקירה פנימית של מעסיק רגיל? התשובה היא לא.   
האם פרשת שמש מצדיקה יצירת חיסיון פסיקתי? כי בסופו של דבר ביהמ"ש יודע ליצור חסיונות פסיקתיים, ויש גם תקדימים כמו חיסיון עיתונאי שהוא עד היום לא מעוגן בחוק ונוצר בפסיקה. כלומר בית המשפט העליון כן יכול ליצור חיסיון פסיקתי כי יש כזה תקדים, אך האם זה המקרה? התשובה בפירוש שלילית. ביניש מגיעה למסקנה הזאת משום שיש כאן הסדר שלילי, שהרי המחוקק יודע ליצור חסיונות בחוק. אבל גם ברמה של הלכת יששכרוב, אין לשופט בהליך הביניים את התמונה הרחבה כדי לבחון את שאלת קבילות הראיה. אין ליצור דה פקטו את החיסיון הזה, ומשום כך השורה התחתונה היא שהמשטרה יכולה לגשת אל הראיות של ועדת החקירה הפנימית. בשלב הזה נותנים את מרחב התמרון הגדול ביותר למשטרה על מנת להגיע לחקר האמת, ומכאן שהמשטרה יכולה לעיין בחומרים. את שאלת קבילות הראיה יבחנו במקום המתאים וזה בהליך העיקרי.

השופט דנציגר, נותר איתן בדעתו הנחרצת ואומר לנשיאה כי זו טעות. פס"ד הזה, בסופו של דבר, לא עושה צדק עם העובדים. הוא אומר כי הרי ברור לאן זה הולך, גם אם אותם פרוטוקולים, בעתיד הפרקליטות לא תרצה להגיש אותם בתור ראיה, הם יובילו לראיות נגזרות. וכפי שראינו בהלכת פרחי, ראיות נגזרות נבחנות על פי הכללים הרגילים של הלכת יששכרוב וככל הן לא נפסלות. אומנם השופט לוי עושה את ההבחנה בין קש"ס עובדתי לבין קש"ס משפטי. ברור כי יש קש"ס עובדתי לראיות הנגזרות, אך בקשר קש"ס משפטי הפרקליטות ישר תטען כי הקשר הסיבתי ניתק וזאת משום שברגע שהשופט פסק בהליך הביניים כי אפשר לעיין בפרוטוקולים, אז ניתק הקשר הסיבתי. ולכן לפי דנציגר דעת הרוב נותנת למשטרה לעשות שימוש באמצעים פסולים, מתוך תקווה שבעתיד הראיות יפסלו בהליך העיקרי. עם זאת, דעתו הייתה דעת מיעוט.

גם הנשיאה ביניש אומרת במפורש כי יהיו מקרים שיכול להיות שיובילו לכך שהפרה מאוד משמעותית של הזכות להליך הוגן בהליך הביניים, תוביל לכך שבית המשפט לא יתן צו ואף יעצור את המשטרה. אך בפרשת שמש זהו לא המקרה, וזאת משום שאולי אנחנו חשות אי נוחות שהמשטרה עושה מעקף ומשתמשת בפרוטוקולים במקום לעבוד בעצמה, אך גם לא נוכל להגיד שהמשטרה עושה איזשהו פגם, אין כאן פגם המצדיק לומר שהמשטרה פגעה באופן משמעותי ודרסה ברגל גסה את הזכויות של העובדים. המשטרה לא הייתה זו שהבטיחה לעובדים שלא ישתמשו בפרוטוקולים, וכי לרכבת בכלל לא הייתה סמכות להבטיח דבר כזה מאחר ולא היה לה חיסיון. היא הבטיחה לעובדים והעובדים הסתמכו על ההבטחה, אך לא היה פגם של המשטרה, ולכן זה לא המקרה לשים ברקס למשטרה וזה לא המקרה שלשופט בהליך הביניים יהיה את הכח לעצור את המשטרה.

אחרי הדיון הנוסף התוצאה התהפכה והרכבת הייתה מחויבת להעביר למשטרה את הפרוטוקולים. חשוב לזכור את דעת דנציגר משום שנחזור אליה בפרשת יונתן אוריך.

**פרשת יונתן אוריך**

פרשה שעברה הרבה מאוד דיונים בבית המשפט העליון החל מהשופט אלרון, דרך דיון של שלושה שופטים ובסוף דיון בהרכב מורחב. יש הרבה מאוד ניואנסים בפס"ד, אך אנו נעסוק באחת בלבד.

ס' 23א (ב) לפסד"פ (מעצר וחיפוש):

"(א) חדירה לחומר מחשב וכן הפקת פלט תוך חדירה כאמור, יראו אותן כחיפוש וייעשו על-ידי בעל תפקיד המיומן לביצוע פעולות כאמור; לענין זה, "חדירה לחומר מחשב" – כמשמעותה בסעיף 4 לחוק המחשבים, תשנ"ה-1995.

(ב) על אף הוראות פרק זה, לא ייערך חיפוש כאמור בסעיף קטן (א), אלא על-פי צו של שופט לפי סעיף 23, המציין במפורש את ההיתר לחדור לחומר מחשב או להפיק פלט, לפי הענין, והמפרט את מטרות החיפוש ותנאיו שייקבעו באופן שלא יפגעו בפרטיותו של אדם מעבר לנדרש.

רקע עובדתי: בזמן תקופת בחירות, היועמ"ש מודיע על כוונתו להגיש בכפוף לשימוע, להגיש כתב אישום כנגד ראש ממשלה מכהן. ימים ספורים לפני הבחירות, מוגשת תלונה במשטרה, על-ידי אחד מעדי המדינה שהיה אמור להעיד במשפט כנגד ראש הממשלה. בתלונה הוא טוען שהיה רכב שחנה ליד ביתו בו הושמעה קלטת שחזרה ואמרה לו לחזור בו מעדותו. שזה למעשה עבירה של הטרדת עד. בעקבות התלונה פתחו בחקירה פלילית שהובילה לחשד כנגד 4 מיועציו של ראש הממשלה למעורבות במעשה.   
בחוק יש ס' מאוד ברור בס' 23(א) לפקודת סדר הדין הפלילי. הסעיף קובע כי כדי לבצע חיפוש במחשב, צריך צו של שופט. כלומר, לפנות מבעוד מועד לשופט, ולבקש ממנו צו לחיפוש במחשב (שזה כולל גם טלפון סלולרי). הרציונל שעומד בבסיס הס' הוא שכל חיינו נמצאים באותו המכשיר- בין אם זה תמונות, הודעות, מיילים, מסמכים, יומנים וכו'. אנו רוצים ששופט יוודא כי החיפוש נעשה באופן מידתי, הוא יוודא שהחיפוש יעסוק רק בחשדות כך שהפגיעה בזכות לפרטיות תהיה מידתית.

אין חולק כי השוטרים שחקרו את החשודים תחת אזהרה, אך נעשה בזמן הזה מהלך מעניין בעקבות פס"ד בן חיים. בבן חיים נפסק שהמשטרה יכולה, כתחליף להסמכה בחוק, לבקש מפלוני, לבצע חיפוש על פני גוף, גם בהעדר חשד סביר. כלומר בהיעדר חשד סביר, נדרשת הסכמה מדעת שלה שני רכיבים:

1. השוטר צריך להודיע לאותו אדם כי הוא אינו חייב להסכים לחיפוש.
2. הוא חייב להודיע כי אם לא יסכים, זה לא יהווה ראיה בחובתו.

שני תנאים אלה יבטיחו את ההסכמה מדעת ויבטיחו להתגבר על יחסי הכוחות האינהרנטיים בין השוטר לבין הפרט. במאמר מוסגר, גם ביניש בפס"ד בן חיים מבינה כי הסכמה מדעת לא יכולה להכשיר הכל ולכן לדוגמא היא אומרת שחיפוש פנימי או חיצוני בגוף האדם, לפי חוק החיפושים, לא ניתן להתגבר דרך הסכמה מדעת, אם אין הסמכה בחוק. פה מידת הפגיעה היא גדולה יותר ולכן לא ניתן להתגבר אם אין הסמכה. כלומר הסכמה מדעת יכולה להוות תחליף רק כשנערך חיפוש ברף הנמוך יותר וזהו חיפוש על גופו של אדם, בניגוד לחיפוש פנימי.   
המשטרה לוקחת את הלכת בן חיים ומיישמת אותה לעניין חיפוש בטלפון סלולרי, ופונה לחשודים כשהיא מבקשת את הסכמתם לחיפוש בטלפון, על אף שאין בידה צו של שופט (לפי ס' 23א לפקודה). אך המשטרה שוכחת לציין בפני החשודים שהם לא חייבים להסכים, ושגם אם יסרבו, אז סירוב לא ייזקף לחובתם. כך שהיא עונה רק על התנאי הראשון אך לא לרכיב השני.

מתעוררת שאלה עקרונית האם ניתן להעתיק את הלכת בן חיים, ולהחיל אותה מחיפוש בגוף לחיפוש במחשב? עמדת פרופ' הראל היא שלילית משום שחיפוש בטלפון סלולרי כרוך בפגיעה חמורה ומהותית בזכות לפרטיות, וכן אין באמת שליטה- ברגע שלוקחים את הטלפון ומחפשים בו, היכולת לשלוט בחיפוש ועל היקפו היא מזערית. ולכן לדעתו הקפיצה הזאת מחיפוש ברף הנמוך, לחיפוש בטלפון זוהי קפיצה בעייתית.   
ביהמ"ש עוד לא נתן את דעתו בעניין חוקיות הקפיצה הזאת והשאלה נותרה בצריך עיון. למרות זאת, עמדת היועמ"ש כפרשן מוסמך של הדין היא שהקפיצה הזו היא חוקית. כלומר, ניתן להחיל את הלכת בן חיים מחיפוש גופני לחיפוש במחשב\ טלפון. אך בית המשפט העליון עוד לא נתן את דעתו על השאלה. הסוגיה לא הוכרעה בפרשה משום שלא נדרש היה להכריע כי ממילא, גם אם נחיל את הלכת בן חיים לחיפוש בטלפון, היא כשלעצמה, לא בוצעה כנדרש. מאחר ולא נאמר לחשודים שאם הם יסרבו, זה לא ייזקף לחובתם. ממילא יש כאן פגם חמור שהרי אם לא נאמר שניתן לא להסכים ושזה לא ייזקף לחובתי, חשוד בחקירת משטרה לא היה מעלה בדעתו שהוא יכול לסרב. ביחסי הכוחות בין שוטר עם מדים לחשוד בחקירה פלילית, אי אפשר להשיג הסכמה מדעת כשלא מגשימים את הרכיב השני. המחשבה שניתן להגיד לא לשוטר שמבקש היא בלתי אפשרית. משום כך יש פה פגם חמור, שהשאלה מה יעלה בעקבותיו.   
מה שקרה בפועל זה החשודים הסכימו לחוקרים לעיין בפלאפון, אך ברגע שראו שהם נכנסים לעומק הודעות הם לא חזרו מהסמכתם. בשלב הזה, פונה המשטרה בדרך המלך לביהמ"ש לקבלת צו לחיפוש בפלאפון הסלולרי. היא עושה עכשיו מה שהייתה אמורה לעשות מלכתחילה.

השאלה המשפטית: האם שופט\ת, בהליך ביניים, אמור לדון בשאלת קבילות הראיה, הואיל והבקשה לצו מבוססת בין היתר על ראיות שהושגו בחיפוש שאיננו כדין?   
האם שופט\ת בהליך ביניים אמור בשלב הזה לעצור את המשטרה בטענה שהבקשה מבוססת על ראיה שהושגה תוך פגיעה בזכות להליך הוגן, או שמא השופט\ת צריך להימנע מלדון בהליך הביניים, לאפשר למשטרה, מתוך התקווה כי השופט\ת בהליך עיקרי תפסול את הראיה?

ביהמ"ש: השאלה הגיעה אל השופט אלרון, בתור שופט יחיד.  
אלרון מפרש את הלכת יששכרוב וטוען כי במקרה הזה בניגוד להלכת יששכרוב, הוא לא אמור לבחון קבילות ראיה שכבר הושגה. בסופו של דבר השופט\ת אמור להכריע האם הצו שיינתן למשטרה יפגע פגיעה נוספת בזכות לפרטיות של הנחקר. צו שיאפשר חיפוש נוסף בטלפון של הנחקר, יביא לפגיעה נוספת בזכות לפרטיות של הנחקר, ודווקא השופט\ת בהליך ביניים, יש לו את הכוח והיכולת הטובה ביותר למנוע את המשך הפגיעה הזו או לצמצם אותה. השופט אלרון אומר משפט מאוד מעניין- דוקטרינת פירות העץ המורעל לא התקבלה בישראל, וביהמ"ש מאוד סובלני לראיות נגזרות, במילים אחרות הוא כבר צופה פני עתיד והוא יודע מה יקרה. הוא יודע שאם שופט בהליך ביניים ייתן צו, והחיפוש בטלפון יוביל לראיות נגזרות, הראיות הנגזרות ככל הנראה תוכשרנה מאחר וביהמ"ש מאוד סובלני לראיות נגזרות. הואיל ובית המשפט מגלה סובלנות לראיות נגזרות בהליך העיקרי, על השופט\ת בהליך ביניים להקפיד ביתר שאת על הזכויות של נחקרים כבר בשלב החקירה. מכאן, הוא קובע מבחן דו-שלבי (המבוסס על הלכת יששכרוב).

המבחן הדו-שלבי של אלרון:

1. זיקה- בשלב הראשון צריך לבדוק האם יש זיקה בין המידע שאותר בחיפוש המוקדם הלא חוקי, לבין התשתית העובדתית שעליה מבוססת הבקשה לצו חיפוש.   
   אם אין זיקה, אין בעיה- שהרי אם צו החיפוש לא מבוסס בכלל על ראיה שהושגה באופן לא חוקי אז אין בעיה ויש לאשר את הצו. אבל אם יש זיקה אז נעבור לשלב הבא.
2. שיקולים נוספים- בשלב השני נבדוק את חומרת הפגם שהיה בחיפוש המוקדם, חומרת החשדות, נחיצות הצו להמשך החקירה, הזיקה של בעל המחשב לחשדות.  
   אלו שיקולים המזכירים את הלכת יששכרוב. כלומר, גם אם יש זיקה, לא נאמר באופן גורף שהשופט\ת לא תיתן את הצו, אלא היא צריכה לבחון את מכלול השיקולים, הדומים להלכת יששכרוב.

"...עצם ביצוע עבירות על-ידי גורמי אכיפת החוק מהווה תופעה פסולה שאין להשלים עימה. המטרה אינה מקדשת את האמצעים, ואין בעצם השאיפה למיצוי החקירה כדי להתיר לחוקרי המשטרה לבצע עבירות האסורות בדין. על רשויות החקירה להקפיד הקפד היטב על הוראות החוק ועל יישום נהלי החקירה, ולהוות דוגמה לכל אזרח להתנהגות נאותה. לא יעלה על הדעת כי במסגרת מאמציהן למיגור הפשיעה יבצעו חוקרי המשטרה פעולות המנוגדות לדין, שהרי אין מתקנים עוול בעוול. אל לחוקרי המשטרה להניח כי כל פעולותיהם יזכו להכשר מצד בתי המשפט. באותה מידה, על בתי המשפט מוטלת החובה לדקדק בזכויותיהם של נחקרים ולהבטיח כי בקשות המונחות בפניהם אינן נענות כלאחר יד... הליכי חקירה בלתי תקינים עלולים להוביל בסופו של יום לחוסר אמון בתוצאות החקירה – הן מצד בית המשפט הדן בהליך העיקרי והן מצד הציבור. חקירה שאינה מתנהלת בשום שכל זורעת ספקות בליבו של בית המשפט, מקשה עליו לברר את העובדות הדרושות להכרעתו – ופוגמת בהליך הפלילי ובאמון הציבור בו..."

ההלכה של שופט אלרון, גורסת שתהיינה נסיבות שביהמ"ש בהליך ביניים, יוכל לשים ברקס למשטרה ולעצור אותה, ולא לאפשר בהליך ביניים את הצו. במילים אחרות, לא רק שאי אפשר לומר שהאמצעי לא ישיג את המטרה, אלא לפעמים אמצעי לא חוקי לא רק שלא ישיג את המטרה אלא יפגע במטרה. כי אמצעי לא חוקי בסופו של דבר יגרום לכך שלא תהיה אפשרות לקבל צו ולא יוכלו להביא להמשך החקירה.

המאמר "בין הלכת יששכרוב לדוקטרינת פרי העץ המורעל"   
החוקרים, פרופ' הראל ופרופ' דנציג-רוזנברג מראים שהשופט אלרון, מבלי להודות בכך, הופך את הדיון הנוסף שמש. השופט אלרון מתאמץ באותה החלטה להסביר מדוע הוא לא הופך את שמש. הם כתבו את המאמר לאחר הגלגול הראשון. דה פקטו יש פה היפוך של הלכת שמש. צריך לומר כי המאמר נכתב אחרי הדיון הראשון כי הם רצו לפרסם מהר מאחר שידעו שזה יגיע לביהמ"ש העליון. המאמר היום, הוא לא מעודכן ברמת ההתפתחויות, אך הוא כן משקף ניתוח משפטי, שלפי פרופ' הראל, הוא עדיין נכון.

כבר בדיון הנוסף בשמש, השופטת ביניש שואלת את עצמה מה יקרה אם ראיה שהושגה באמצעי פסול תוך פגיעה קשה בזכות להליך הוגן, ומבקשים מביהמ"ש בהליך ביניים צו, האם הוא אמור לדון בשאלת הקבילות כבר בהליך ביניים? היא אומרת שהיא לא צריכה להכריע אך היא רומזת שעל אף שזו שאלה שאינה פשוטה, יתכנו מקרים בעתיד שאולי השופט\ת בהליך ביניים כן יצטרך להתערב, אך אין צורך לדון בכך בפס"ד שמש כי לא הייתה הפרה בוטה של המשטרה.   
במקרה הזה של אוריך, יש הפרה בוטה של המשטרה. ביונתן אוריך הייתה הפרה בוטה של המשטרה (בהיעדר הסכמה מדעת) בעוד שבפס"ד שמש לא הייתה.

השופטים לא מעוניינים לעצור את החוקרים, והם אומרים במפורש כי הם לא יעצרו את ידיהם של החוקרים בשלב של החקירה ונרצה שהם יגיעו לחקר האמת. הם לא יעסקו בשאלת הקבילות בשלב הביניים. כפי שהשופט דנציגר זעק בדיון הנוסף בשמש, הוא אומר כי במדינה דמוקרטית שחרטה על דגלה את זכויות החשוד, אינה רשאית לבצע פעולות שנועדו לעקוף את זכויות החשוד. הוא אומר שגם אם בהמשך תיפסל הראיה, זה יהיה מאוחר מידי, הואיל ושמו הטוב של החשוד כבר הוכתם. לעומת זאת אם תתקבל קבילות הראיה בהחלטה מקדמית, ניתן יהיה להפחית את ההשלכות הקשות. דנציגר חוזר ואומר את מה שאומר אלרון כמה שנים אחרי באוריך בגלגול הראשון- כי גם אם תיפסל הראיה בדיעבד, זה יוביל להשגת ראיות נגזרות שהן תתקבלנה במשפט. ולכן מה זה יעזור לנאשם בהליך העיקרי אם יפסלו את הראיה העיקרית אך הנגזרות תתקבלנה? איזה תמריץ ניתן למשטרה בזמן החקירה לנהוג כדין? גם דנציגר מדבר על חשיבות המשטרה לנהוג באופן חוקי ואיך להרתיע אותה להשיג ראיות לא חוקיות ולא לתמרץ אותה לפגוע בזכויות להליך הוגן. כלומר, בהליך ביניים, השופט לא אמור לעצום את עיניו בטענה שהכל ייבדק בסוף.   
מה שאמר דנציגר זה אחד לאחד מה שאמר השופט אלרון אומר בפס"ד אוריך, ומשום כך פרופ' הראל טוען שהשופט אלרון כן הופך את הלכת שמש.

עלה השאלה- האם מה שהשופט אלרון מבקש לקדם בדיון הראשון, דה פקטו אומר שדוקטרינת העץ המורעל, או סממנים מסוימים, חלים בישראל?  
ביניש אמרה ביששכרוב כי לא מקבלים את דוקטרינת פירות העץ המורעל. היא אומרת כי תכלית ככל הפסילה הפסיקתית איננו להביא לתכלית חינוכית הרתעתית, בישראל התכלית היא למנוע פגיעה באמון הציבור. לכן אין דוקטרינת פרי העץ המורעל וכל חוליה בשרשרת תיבדק על פי הכללים שנקבעו ביששכרוב. האם השופט אלרון במידה מסוימת מביא סממנים של דוקטרינת העץ המורעל?   
התשובה היא מורכבת מידי- מצד אחד במובן מסוים יש קבלה של סממן פרי העץ המורעל, השופט אלרון בעצם אומר כי אם השופט בהליך ביניים מונע מהמשטרה להשיג ראיות נוספות על בסיס ראיות שהושגו בדרך פסולה, התוצאה היא שאנו מונעות מראש את הוכחת הראיות הנגזרות, מראש נמנע מהמשטרה להשיג את הראיות הנגזרות ובכך נמנע את הצורך בכלל לדון בהן בשאלת הקבילות בהליך המרכזי. בנוסף אם הבקשה לצו מבוססת על פגיעה קודמת בזכות להליך הוגן, יש כאן מעין ביסוס של דוקטרינת העץ המורעל.   
יש לשים לב שהשופט אלרון לא הולך בכל הכוח כי גם הוא אומר שיש שלבים- גם אם יש זיקה בין החיפוש הלא חוקי לראיה, עדיין לבית המשפט יש שיקול דעת. עדיין בית המשפט יצטרך לבחון שיקולים של הלכת יששכרוב, המקנים לו המון שיקול דעת. וכי שיקול חומרת העבירה כן נכנס לשלב הליך הביניים, כי הוא בודק את חומרת החשדות (במקום העבירה).

ולכן המסקנה היא שעמדת אלרון בפועל מאמצת את דעת המיעוט של דנציגר בשמש.

הדיון הנוסף- פניית פרסה?

אין באמת מחלוקת בין השופטים שהרי גם השופט אלרון לא חושב ששופט בהליך ביניים לא צריך לבחון את שאלת הקבילות. כולם מסכימים ששאלת הקבילות צריכה להיבחן בסוף ולכן המחלוקת היא לא ביחס להכרעה חד משמעית בשאלת קבילות בהליך ביניים. אלא המחלוקת היא לגבי מה הסיכוי ששופט בהליך ביניים, על בסיס פגם קודם בהליך החקירה, ימנע מתן צו וידחה את הבקשה רק בגלל הפגם.

הנשיאה חיות

"ייתכנו מקרים שבהם עצם קרות החיפוש הבלתי-חוקי עשוי להוות שיקול **מכריע** שיצדיק **לבדו** את דחיית הבקשה... אך תוצאה כזו יש להגביל, לגישתי, למצבים קיצוניים ולנסיבות חריגות ביותר שבהן התנהלותן של רשויות החקירה יש בה משום פגיעה אנושה במיוחד בעיקרון שלטון החוק ובזכות לפרטיות."

לכן גם הנשיאה, לא עושה פניה פרסה מוחלטת. היא לא אומרת ששופט בהליך ביניים צריך לעצום את עיניו לכל פגם שנעשה בשלב החקירה. אבל היא אומרת שרק במקרים בהם מדובר בפגיעה אנושה במיוחד, בשלטון החוק ובזכות לפרטיות, רק במקרים כאלה אותו פגם, ואותו חיפוש בלתי חוקי, יכול להוות שיקול מכריע ולבדו יכול למנוע מתן צו של שופט ביניים. חיות מצמצמת מאוד את אלרון.

פרופ' הראל כתב מאמר נוסף שההרתעה נשחקה משמעותית, והמסר החינוכי-הרתעתי כלפי המשטרה נפגע. כשאנחנו קוראות את הדיון הנוסף אנחנו רואות שרק במקרים נדירים מאוד- פגיעה אנושה, הבקשה תידחה. יאמר לזכותה של הנשיאה חיות שהיא לא מתחמקת בעניין הראיות הנגזרות שנאספו כתוצאה מהצו, שניתן על בסיס ראיות בלתי חוקיות. האם השופט בהליך העיקרי יתעלם מהן או יקבל אותן? היא אומרת שיש את פרחי, את המבחן של השופט לוי ויפעלו על פי זה. אבל כן ברור לאן זה הולך, די ברור שרוב הסיכוי שראיות נגזרות תתקבלנה. ולכן המסר לדעת הראל הוא שההרתעה נמחקה.

יש עוד עמדות בהרכב המורחב, למשל השופטת ברק-ארז שמצטרפת לאלרון וטוענת שאולי חיות קצת הגזימה עם הרף הגבוה הזה של המקרים החריגים והפגיעה האנושה.

**פרשת בן אוליאל**

רקע עובדתי: בן אוליאל הורשע ברציחת בני משפחת דוואבשה- "הפיגוע בדומא". כחצי שנה לאחר הרצח, בן אוליאל נעצר והועבר לחקירת שב"כ. ב21 הימים הראשונים, הוא היה מנוע מלהיפגש עם עורך דין, יש מניעה חוקית להיפגש, ובזמן הזה הוא נותר איתן בשתיקתו. שום אמצעי חקירה לא עבד עליו, ואז הוחלט להפעיל עליו אמצעים מיוחדים בחקירת צורך. חקירת צורך היא חקירה שבמהלכה ננקטים אמצעים החורגים משיטות חקירה הרגילות, כשההצדקה לנקיטה באותם אמצעים לא חוקיים הוא חריג הצורך, המופיע בחוק העונשין.  
סייג הצורך, הוא אחד מההגנות והוא עשוי להכשיר בדיעבד שימוש בלתי חוקי באמצעי חקירה. אבל הפסיקה קבעה שתחולת סייג הצורך מותנית במספרתנאים מצטברים:

ס' 34יא לחוק העונשין:

"לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי להצלת חייו, חירותו, גופו או רכושו, שלו או של זולתו, מסכנה מוחשית של פגיעה חמורה הנובעת ממצב דברים נתון בשעת המעשה, ולא היתה לו דרך אחרת אלא לעשותו."

* המעשה דרוש באופן מידי
* סכנה מוחשית
* הפגיעה שמנסים למנוע היא פגיעה חמורה
* שלא תהיה בפני העושה כל חלופה אחרת
* מעשה מידתי ביחס לפגיעה הצפויה

באחד מפסקי הדין, ביהמ"ש העליון קובע שחריג הצורך תמיד יבחן בדיעבד והוא לא יכול להקנות מראש סמכות לחקירה שהיא בלתי חוקית. זאת אומרת יש פתח להכשיר את הפעולה הבלתי חוקית אך זה תמיד יהיה בדיעבד ולא מראש.

לכן כשהמשטרה מחליטה לחקור את בן אוליאל בחקירת צורך, היא עושה זאת מתוך הבנה שיש כאן פצצה מתקתקת- חקירת הצורך נעשית על מנת למנוע הפיגוע הבא. ולכן חקירת הצורך לא נועדה ככלי חקירה גורף על מנת להוציא הודאה על דברים שעשה בעבר, הואיל וחקירת הצורך נועדה למנוע פצצה מתקתקת, פיגועים עתידיים.   
ובחקירת הצורך, בן אוליאל מודה. בהמשך נערכה עוד חקירה ובה הוא שוב מודה. ההודאות האלו, בחקירת הצורך, הן בלתי קבילות, וכך קבע גם ביהמ"ש המחוזי והן אינן עומדות בלב הדיון שנעסוק בו. אנו נעסוק ביחס לקבילות ההודאה השלישית שהוא מסר, אחרי 36 שעות מסיום חקירת הצורך. לאחר 36 שעות הוא מודה שוב, אך הפעם ללא שימוש באמצעים מיוחדים של חקירת צורך. הוא אפילו מבצע שיחזור, מוביל את החוקרים לבית ומשחזר.

השאלה המשפטית: האם ההודאות האלו הן קבילות? כאשר מספר שעות לאחר מכן, החוקרים נוקטים שוב בחקירת צורך, בשנית מפעילים עליו אמצעים מיוחדים וגם שם אין חולק שמה שהוא אמר לא קביל. זאת אומרת השאלה המשפטית מצטמצמת להודאות שמסר בן אוליאל בין שתי חקירות הצורך.  
אגב, לאחר מכן, כאשר לא הייתה מניעה להיפגש עם עורך דינו, שלאחריה הוא חזר בו מההודאות.

ביהמ"ש:

מחוזי- בית המשפט המחוזי פוסק שההודאות קבילות ושמשקלן גבוה. חשוב לזכור כי ס' 12 מחייב בחינה דו שלבית: 1. מבחן פנימי- משקל פנימי של ההודאה, 2. מבחן חיצוני- דבר מה נוסף. ביהמ"ש המחוזי אומר ששני השלבים התרחשו. יש דבר מה נוסף- השחזור שמאמת את ההודאות, והפרט החשוב ביותר זוהי העובדה שהוא יודע פרטי חקירה מוכמנים (צבע הרכב, מאפייני החלונות, זיהוי החלון ממנו זרק, איך הבקבוק התנפץ, תיאור הבקבוק), שחלקן החוקרים עצמם לא ידעו. אלו פרטים שמאמתים את ההודאה.

בית המשפט העליון- בשלב הראשון, הסניגור טוען טענה מעניינת והיא פסלות אוטומטית לראיות עוקבות. השופט אלרון אומר במפורש כי שיטת המשפט שלנו לא אמצה כלל פסלות אוטומטית שלפיו יש לפסול כל ראיה כזו. השיטה שלנו לא מקבלת שברגע שיש שימוש באמצעים פסולים ובחקירות צורך, זה פוסל כל ראיות עוקבות.   
אלרון אומר ביושר כי אומנם זה מאוד מפתה לאמץ כלל כזה, כי הרי אם לא יאמצו אותה, אז יהיה תמריץ למשטרה לעשות שימוש באמצעים מיוחדים, וזאת מתוך התקווה שהם יובילו להודאות אמת, שגם אם היא תיפסל ניתן יהיה להכשיר אותה בהודאות מאוחרות יותר (הוא אף מפנה לדבריו בפס"ד אוריך). הוא בהחלט ער לכך שאם נאפשר למשטרה להשיג הודאות באמצעים פסולים, יש חשש שזה יוביל לתמריץ של משטרה להשתמש באמצעים פסולים. השופט של אלרון בבן אוליאל הרבה יותר מתון משהיה בפס"ד אוריך. הפעם הוא אומר כי יש חשש לכך, אך ההלכה של בית המשפט העליון באופן שיטתי גורסת כי אין פסלות אוטומטית של ראיות עוקבות. הוא אפילו אומר כי הסניגורים מבקשים כי בית המשפט יאמץ את דוקטרינת העץ המורעל לא התקבלה בישראל, אך הוא חוזר ואומר כי הדוקטרינה לא התקבלה בישראל. בישראל יש גישה שונה, גישה של איזונים והוא מפנה לס' 56(א) לפקודת הראיות שמאמץ בחוק את כלל הפסילה הפסיקתית, ואומר כי אפילו המחוקק דחה אותה.

השופט אלרון מפנה לדרך המלך, איך לבדוק את קבילות הודאות בין שתי חקירות הצורך, יש לכך שתי דרכים:

1. ס' 12 לפקודת הראיות

הוא פותח את הדיון בס' 12 (שתמיד מתחילים מס' 12). אם יש ראיה שהיא לא הודאה אין זה רלוונטי ופונים לכלל הפסילה. הפסיקה מפרשת את ס' 12 ככזה שההודאה תיפסל רק אם הופעל לחץ חיצוני, ורק אם הלחץ הזה היה בו כדי לשלול את היכולת של הנאשם לבחור האם לעשות שימוש בזכות השתיקה או לא.   
שאלת החופש של הנאשם לבחור נבדקת באופן סובייקטיבי, לפי נסיבות המקרה. חשוב להבין כי העובדה שההודאה הראשונה, הושגה באמצעים פסולים, אין בכוחה, כדי לפסול את ההודאה השנייה, ובלבד שהוסרה העננה של אותם אמצעים פסולים. שלא תהיה השפעה של אותם אמצעים פסולים על אותה הודאה זו.

אלרון אומר כי המבחן שהתפתח בפסיקה הוא קשר סיבתי- קשר בין האמצעי הפסול בהודאה אחת לבין ההודאה האחרת. אם יש קשר סיבתי אז ההודאה תיפסל. אם נבדוק את המקרה שלנו, 17 ימים הוא שותק והוא מתחיל לדבר כשיש חקירת הצורך. לכן נשאל האם תיתכן, שהודאה תהיה חופשית ומרצון בפרק הזמן בין חקירת צורך אחת לבין חקירת צורך שנייה?

מבחינה עובדתית, ננקטו בחקירת הצורך אמצעים שגרמו לכאב, אך הוא פסק שזה לא עינויים. דווקא כאן השופט אלרון אומר כי הוא לא מתערב במסקנות של בית המשפט המחוזי, ולכן הוא מגיע למסקנה שההודאה העוקבת קבילה לפי ס' 12 ולכן אין הוא מתערב. אלרון מסביר כי בית המשפט המחוזי ניתח את פעולות החקירה, מהלך החקירה, האווירה בחקירות וכו. המחוזי עסק בשאלת קבילות ההודאה, העובדות הוכחו במשפט והגיע למסקנה של המחוזי. המסקנה היא שניתק הקשר הסיבתי בין אמצעי החקירה להודאה, וכי לא האיומים גרמו לו להודאות ולבצע את השחזור.

1. כלל הפסילה הפסיקתית

השלב הבא בניתוח של אלרון הוא כלל הפסילה הפסיקתית. חשוב להבין כלל הפסילה וס' 12 הם שני מסלולים נפרדים שהתוצאות שלהם עשויות להיות שונות ולכן צריך לבדוק את שניהם. יכולה למשל להיות סיטואציה שהחוקרים פועלים כדין, אבל בפועל אין רצון חופשי של החשוד, ואז יפסל ס' 12 ולא בכלל הפסילה.   
לפי הלכת יששכרוב, לביהמ"ש, יש הרבה שיקול דעת- 3 קבוצות שיקולים. אך מה התנאי המקדמי של הלכת יששכרוב עוד לפי קבוצת השיקולים? שהמשטרה פעלה שלא כדין ובאמצעי חקירה פסול. ולכן צריך לשאול את עצמינו האם עומד לחוקרים סייג הצורך? אם עומד להם סייג הצורך שנבחן בדיעבד, אז הם פעלו כדין. כמובן שהסנגורים טוענים כי לא היה פה עניין של צורך. השב"כ רצה להשוות לחקירה ניתוח סיקולי, אך באמת הם רצו להשיג הודאה. חשוב להבין כי עמדת המדינה היא שחקירת צורך אינה בגדר עינויים. שכן, עינויים היא ייתכן והזכות היחידה שהיא מוחלטת.

ביהמ"ש המחוזי קובע כי שאלת קיומו של סייג הצורך אינה מחייבת הכרעה, כי שאלת סייג הצורך ושאלת קבילות ההודאה הן שתי שאלות נפרדות. כלומר, גם אם חוקרי השב"כ, פעלו כדין (יש סייג צורך) זה עדיין לא אומר שנקבל את ההודאה לפי ס' 12. זה ברור כי זה שיש חריג וזה שיש הצדקה, זה עדיין לא אומר שההודאה ניתנה באופן חופשי ומרצון. אבל לא כך בכלל הפסילה הפסיקתית, אצלה יש תנאי סף של התנהגות החוקרים והאם הם פעלו כדין.   
השופט אלרון בודק 2 טענות:

1. האמצעי הפסול, כביכול, השפיע ישירות על מסירת ההודאות העוקבות ולכן צריך לפסול אותן- השופט אלרון טען שאם נקבע כי סייג הצורך עומד לחוקרי השב"כ, אז לפי הלכת יששכרוב ייתכן שסללנו את הדרך לקבילות ההודאות בחקירות הצורך (כי יש פעולה שלא כדין). אך אם לא נקבע שסייג הצורך לא עומד לטובת החוקרים, אז המבחן שנאמץ דומה למבחן בס' 12. כלומר זיקה סיבתית בין האמצעי החקירה הבלתי חוקי לבין ההודאה, לכן צריך לבדוק את הזיקה בין האמצעים הפסולים לבין ההודאה העוקבת. אנו נגיע לאותה מסקנה של ס' 12 לפיה לאחר 36 שעות מסיום חקירת הצורך, ניתק הקשר. גם אם החקירה נעשתה שלא כדין, עדיין בן אוליאל לא מסר את ההודאות בהשפעת השימוש שנעשה באמצעים הפסולים ולכן אין קשר סיבתי, ומכאן שכך או כך, זה לא רלוונטי אם יש זיקת צורך או לא. אם הוא מתקיים אז ההודאה תוכשר, אם הוא לא מתקיים גם ההודאה תוכשר כי אין קשר סיבתי.
2. צריך לבחון את ההודאות העוקבות כראיות נגזרות (שנגזרות מההודאה כולה), מטעם זה לקבוע שהן אינן קבילות- בהנחה וסייג הצורך לא עומד לחוקרי השב"כ, יש לבדוק האם צריך לפסול את ההודאה, שניתנה שלא כדין לפי הלכת יששכרוב בהקשר של ראיות נגזרות. כלומר צריך לבדוק מה אומרת הלכת פרחי ביחס לראיות נגזרות. אדמונד לוי אמר כי צריך קשר סיבתי עובדתי וקשר סיבתי משפטי. השופט אלרון מנתח את הלכת פרחי, ואומר שברור כי מבחינה עובדתית, יש קשר סיבתי עובדתי. שאלמלא ההודאה בחקירת הצורך, הוא לא היה מודה בחקירה העוקבת. יש קשר סיבתי בין ההודאה שהוא מסר לבין ההודאות העוקבות.   
   עכשיו נבדוק האם יש קשר סיבתי משפטי- כעת השאלה היא האם העובדה שהחשוד יודע שהוא כבר הודה בחקירת הצורך, מספיקה כדי לבסס את הקשר הסיבתי המשפטי או שנותק הקשר? השופט אלרון מאמץ את הדעה של ביהמ"ש המחוזי אשר אומרת שהראיות העוקבות אינן כמו הראיות הפסולות, והוא מביא כל מיני סיבות. אם מדובר בראיות שנלקחו בזמנים שונים, על ידי חוקרים שונים, ולכן קבלת הראיות ההודאות העוקבות לא גורמות לפגיעה בזכות להליך הוגן. כלומר גם בהנחה שיש קשר סיבתי עובדתי, מבחינת הקשר הסיבתי המשפטי יש פסיקה שאומרת שגם אם ההודאה המאוחרת ניתנה מתוך ידיעה שהוא כבר מסר הודאה קודמת, ככל שההודאה המאוחרת ניתנה באופן חופשי ומרצון, לא נבדוק את ההשפעה שהייתה לחשוד לעובדה שהוא מסר הודאה קודמת. זאת אומרת   
   השיקול הטבעי של הנאשם שהודה כבר במעשים שלו, הוא שכשלעצמו לא יאיין את ה-"חופשי ומרצון". השופט אלרון לצורך זה מגייס את פרק הזמן, זהות החוקרים, האווירה בשתי החקירות, את העובדה שהראיה הנגזרת אין חשש מאמינותה.

בשורה התחתונה, ביהמ"ש מכשיר את ההודאות, גם לפי ס' 12 וגם לפי כלל הפסילה. השופט אלרון בהסתמך על פסיקת המחוזי, בודק גם את משקל ההודאות ודוחה את הערעור. מפתיע שדווקא השופט אלרון, הוא זה שדוחה את הערעור, אותו שופט שזעק את אותן הזעקות ביחס לראיות הנגזרות. האם השינוי נובע מהעובדות ומהחומרה?

זהו פס"ד חדש ועוד אין ניתוח מעמיק באקדמיה הבוחן את פס"ד.

במבט צופה פני עתיד: בבן אוליאל מתעוררת השאלה האם צריך לקבוע כלל במבט צופה פני עתיד כשיש חקירת צורך ושאגב חקירת הצורך מתקבלת הודאה. חשוב להבין כי חקירת צורך המטרה שלה היא סיכולית ולא לגבות הודאה קודמת. אז האם בסיטואציה הזאת אולי נכון לצפות מהמשטרה במבט צופה פני עתיד? כלומר נצפה מהמשטרה בחקירה הבאה ולאחר חקירת הצורך לעשות סוג של רענון ולומר לחשוד את מה שהוא כנראה לא יודע- ששאלת קבילות ההודאה בצורך תיבחן ע"י ביהמ"ש וכרגע מתחילים מחדש, להזהיר אותו, להודיע על זכויותיו וכן הלאה.   
אולי צריך להודיע לנחקר כי שאלת קבילות ההודאה בחקירת הצורך תיבחן על ידי בית המשפט, וכרגע החקירה מתחילה מחדש, ולכן המשטרה צריכה להזהיר אותו מחדש ולהודיע לו על זכויותיו? וזאת על מנת שהוא יבין שאם הודה במסגרת חקירת הצורך, זה לא בהכרח יוביל לקבילות ההודאה. חשודים רבים נוטים לחשוב שאם הם הודו בחקירת הצורך אז כדאי שהם יודו בחקירה הבאה לשיפור מצבם. לדוגמא- אם למשטרה יש כבר סכין, אז אולי עדיף לו להודות הואיל והסכין נמצאה. החשודים לא מבינים כי לא מן הנמנע שידונו בשאלת קבילות הראיה בבית המשפט בהמשך, והראיה לאו דווקא תתקבל. בית המשפט לא מקבל את הטענה כי אם החשוד מודה בחקירה הבאה, אחרי שהזהירו אותו בחקירה הראשונה, והוא הודה כי נתפסה הסכין, כבר לא היה לו מה לעשות ולכן לא הייתה לו ברירה אלא להודות ומכאן שזה מאיין את ההודאה השנייה.

כלומר השאלה היא האם במבט צופה עתיד צריך לבקש כחלק מחובת ההגינות של המשטרה לעשות ריענון ולהזכיר לחשוד את זכויותיו, במיוחד במקרים זועקים שהם סוג של קו אדום? חשוב להבהיר כי הפסיקה לא הולכת לכיוון הזה. יש טיעונים לכאן לכאן- למשל שהאזהרה הזאת והרענון מחדש זהו תפקידו של הסניגור להזהיר את לקוחותיו, והטיעון השני שזה לא מתפקידו של הסניגור, אלא בשל פערי הכוחות בין הצדדים זה דווקא בא כחלק מתפקידה של המשטרה וחובת ההגינות שלה.  
ואולי תובנה נוספת- ככל שנקבע עוד כללים כאלה, עולה השאלה מה יקרה בעתיד, ששוטר לא יעשה את הרענון הזה ויהיה מקרה כמו בן אוליאל- אז האם בעתיד כן נפסול את ההודאה?

**השלכות הלכת יששכרוב- חלוקה לנתיבים**

1. **פיתוח הזכות להליך הוגן**

אגב הדיון בהלכת יששכרוב, נלמד מה כוללת הזכות להליך הוגן, שזה נדון אגב בשאלת קבילות הראיה.

1. **פיתוח זכות ההיוועצות**

זכות היוועצות זאת אחת מהזכויות החשובות שניתנות לחשוד כחלק מהליך הוגן. נרצה לאפשר לחשוד להיוועץ עם עורך דינו על מנת שיוכל לקבל את הזכות להליך הוגן באופן ראוי. שהרי מה שווה זכות השתיקה ללא זכות היוועצות- הסנגור הוא זה שייעץ לחשוד האם כדאי לחשוד להשתמש בזכות השתיקה ומה ההשלכות של השימוש הזה.

כמו כן, מטרה נוספת של זכות ההיוועצות היא שהמפגש בין עורך הדין לנאשם גם נעשה על מנת לפקח על הליך החקירה. שכן, במדינת ישראל בניגוד לארצות הברית, עורך הדין לא נכנס לחקירה עצמה והוא לדעת על התרחשותה ומה נאמר בה רק מצידו של החשוד.

אלזם

בית המשפט קבע כי כשהמשטרה מנסה להיכנס לתוך יחסי עורכי דין לקוח ומנסה לערער את אמון של החשוד בעורך הדין, ולתת עצות משפטיות במקום עורך הדין כדי לתקוע טריז בין השניים, בעצם היא חוצה קו גבול פסול. אסור למדובב שפועל בשם המשטרה, להיכנס למתחם המוגן ביחסי עורך דין לקוח.

בנוסף נקבעו כללים לדיבוב:

1. איסור קבלת טובת הנאה למדובב שהיא תלוית הודאה.
2. איסור קשר בין המדובב ובין החוקרים.
3. על המדובב חל איסור לאיים.

אסף שי

1. הרחבת זכות ההיוועצות- ס' 34(ב) הקובע כי אם ביקש עצור להיפגש עם עורך דין, יאפשר זאת האחראי על החקירה ללא דיחוי. הלכת אסף שי מחילה את זכות ההיוועצות גם על חשודים שאינם עצורים, ולא רק על כאלו שעצורים. ובהרחבה- סעיף 34(ב) לחוק המעצרים קובע כי אם ביקש עצור להיפגש עם עורך-דין, יאפשר זאת האחראי על החקירה "ללא דיחוי". החובה הקבועה בחוק לאפשר פגישה עם סנגור "ללא דיחוי" אינה מצומצמת למצבים בהם הנחקר שביקש זאת הינו עצור, והחובה האמורה חלה גם כאשר הנחקר המבקש להיפגש עם סנגורו מצוי במשמורת המשטרה לצרכי חקירה כשהוא אינו בבחינת "עצור".
2. ללא דיחוי- 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 על אתר 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 ההודעה, אינה ניתנת להגדרה ממצה והיא מחייבת בחינת נסיבותיו של כל מקרה לגופו.

הונצ'יאן

בפס"ד נשאל האם בפתח החקירה צריך להודיע גם על זכות היוועצות וגם על זכות לסניגור ציבורי בהיותו זכאי על פי החוק, או שאפשר בפתח החקירה להודיע רק על הזכות להיוועצות (סניגור) ורק בנוסף זכות לסניגור ציבורי?

נקבע: הודעה לחשוד על זכות ההיוועצות העומדת לרשותו וזכותו לסניגור ציבורי צריכה להיעשות בפתח החקירה ולא בעת החלטתו של הקצין הממונה בדבר מעצר החשוד.

1. **פיתוח מגבלות החיפוש**

בן חיים

1. המבחן לחשד סביר הוא מבחן אובייקטיבי.
2. עבר פלילי כשלעצמן לא עולה לגדר חשד סביר.
3. הסכמה מדעת יכולה להוות תחליף ולהכשיר חיפוש לא חוקי. אם חיפוש נעשה בהסכמה שהיא לא מדעת, הוא יחשב כחיפוש לא חוקי.

להסכמה מדעת יש תנאים מצטברים:

* משוא החיפוש יודע שעומדת לרשותו הזכות לסרב לחיפוש וכי הוא לא חייב להסכים.
* מושא החיפוש יודע כי הסירוב לחיפוש לא ייזקף לחובתו.

1. **גבולותיה של הלכת יששכרוב ועיצוב כלל הפסילה הפסיקתית**

מפסקי הדין נלמד מהם גבולותיה של הלכת יששכרוב וכלל הפסילה הפסיקתית. תוך כדי, נחזור חזרה לשאלות ששאלנו בהתחלה:

1. שיקול חומרת העבירה
2. דוקטרינת פירות העץ המורעל
3. ראייה חפצית
4. עיתוי בחינת שאלת הקבילות
5. פגיעה מהותית
6. כלל פסילה גורף

אלזם

פעילות המדובבים היא שגרמה לאלזם לוותר על זכות השתיקה, בניגוד לעצה מפורשת שקיבל בעניין זה מסנגורו אותה חשף בפני המדובבים. התוצאה: הודאותיו של אלזם במשטרה נפסלות, והוא מזוכה (לאחר מותו). ההודאה נפסלה גם על פי המסלול של ס' 12 וגם על פי המסלול של הלכת יששכרוב.

העובדה שאלזם כבר לא היה בין החיים בעת זיכויו מעיד על כך שבית המשפט ממהר להשתמש בכלל הפסילה הפסיקתית, כשהתוצאות שעלולות לבוא מזיכויו של הנאשם קטנות מאוד. במשך זמן רב, פרשת אלזם היתה המקרה היחיד בו נפסלה הודאה בעבירת רצח. שנים לאחר מכן – פרשת חייבטוב.

אסף שי

ההודאה נפסלה מכוח כלל הפסילה הפסיקתית. אסף שי מסמל כי גם בעבירות חמורות בית המשפט לא יהסס לפסול את קבילות הראיה (למעט אלזם ששם המחיר החברתי היה קטן מאחר והוא נפטר לפני זיכויו, והחידוש יהיה בחייבטוב).

פרחי

* אמירה עקרונית לפיה כשמדובר בפגיעה קשה בזכות להליך הוגן, שיקול חומרת העבירה לא יהווה שיקול נגד הפסילה.
* שלילת דוקטרינת פרי העץ המורעל בשיטת המשפט הישראלית- ראיות נגזרות נבחנות על פי הכללים הרגילים של הלכת יששכרוב וככל הן לא נפסלות.
* הבחנה בין קשר סיבתי עובדתי למשפטי.

בן חיים

לראשונה פסילה של ראיה חפצית, ראיה שעומדת על שתי רגליים.

פרשת שמש

שאלת קבילות הראיה נדונה רק בהליך העיקרי, ואין לדון בה בהליכי ביניים. שכן, במקרה אחר עלול להיווצר חיסיון המונע גישה של המשטרה לראיות.

פרשת אוריך

גלגול ראשון- קבלת עמדת המיעוט של השופט דנציגר בשמש (שופט בהליך ביניים יכול לדון בשאלת קבילות הראיה על מנת לעצור את המשטרה ודחיית הבקשה לצו, תוך המבחן הדו שלבי).

דיון נוסף- רק במקרים בהם מדובר בפגיעה אנושה במיוחד, בשלטון החוק ובזכות לפרטיות, פגם בהליך הוגן יוכל למנוע מתן צו של שופט ביניים.

בן אוליאל

אין פסלות אוטומטית של ראיות עוקבות (לא מקבלים את דוקטרינת פרי העץ המורעל).

גם אם ההודאה המאוחרת ניתנה מתוך ידיעה שהוא כבר מסר הודאה קודמת, ככל שההודאה המאוחרת ניתנה באופן חופשי ומרצון, לא נבדוק את ההשפעה שהייתה לחשוד לעובדה שהוא מסר הודאה קודמת. השיקול הטבעי של הנאשם שהודה כבר במעשים שלו, הוא שכשלעצמו לא יאיין את ה-"חופשי ומרצון".

**סיכום- כלל הפסילה הפסיקתית מול ס' 56א'**

אנחנו חוזרות לס' 56א לפקודת הראיות, אותו תיקון שמאמץ את כלל הפסילה הפסיקתית בחוק. ננסה לעשות השוואה בין החוק לכלל הפסיקה ונדון במספר סוגיות שנדונות ולא נדונות בחוק.   
היו לנו יש שני מסלולים, אחד הוא פיתוח כלל הפסילה הפסיקתית והשני זה פיתוח הזכות להליך הוגן אגב כלל הפסילה הפסיקתית. נצטרך לזוז בגבולות הגזרה של כלל הפסילה הפסיקתית אחרי שהמחוקק קבע את דברו:

**סמכות לפסילת ראיה שהושגה שלא כדין**

56א. (א) בית המשפט הדן במשפט פלילי רשאי שלא לקבל ראיה שהושגה שלא כדין, ובכלל זה הודעת נאשם או עד, חפץ או כל ראיה אחרת, אם שוכנע שקבלתה במשפט תפגע באופן מהותי בזכות להליך הוגן, בשים לב לאופייה ולחומרתה של ההפרה, למידת ההשפעה של ההפרה על הראיה שהושגה ולעניין הציבורי שבקבלת הראיה או באי-קבלתה; בסעיף קטן זה, "הפרה" – השגת ראיה שלא כדין.

* חלה על כלל הראיות- החוק מבהיר ברחל בתך הקטנה שהוא חל על כל סוגי הראיות, כלומר גם על ראיות חפציות. לפי החוק אין הבחנה בין הודאה, סכין וכו.
* ראיה שהתקבלה תוך הפרת הדין כלפי עד- יש התייחסות ספציפית לסיטואציה שבה הראיה או ההודאה שהתקבלה שלא כדין יכולה להיות גם כזו שהיא רלוונטית ביחס להודאת עד. למעשה החוק מקבל את עמדת הפסיקה לפיה ראוי להחיל את כלל הפסילה גם לראיה שהיא הודאה של עד.   
  עד היום הייתה מחלוקת בפסיקה- הייתה גישה שאומרת כי כשמדובר בהפרה בהודאה של עד, אז ההגנה צריכה להצביע על עוצמה גדולה יותר של הפרת הדין. כלומר לפיה יש הבדל בין הודאה של עד להודאה של נאשם. המחוקק אמר את דברו ולמעשה מחליט שאין הבדל, כך שכלל הפסילה יחול על כלל סוגי הראיות, ללא הבחנה בין הודאת עד לנאשם. ההבחנה הזאת רלוונטית כי יכול להיות שיפעילו אמצעים בלתי חוקיים כלפי עד שבסופו של דבר יפליל את הנאשם, והנאשם בהמשך ירצה להשתמש בכלל הפסילה כדי לפסול את הודאת העד. הסיטואציה הבעייתית הזאת תהיה עוד יותר מורכבת אם העד הזה יעיד בבית המשפט. אם יש טענה שנקטו באמצעים שלא כדין במהלך החקירה של העד במשטרה, וגרמו לו לשתף פעולה עם המשטרה, כתוצאה מכך הוא הופך להיות עד מדינה, והוא מעיד בבית משפט שם הוא אומר שכל מה שנאמר הוא נכון. כלומר גם אם הייתה פעולה שלא כדין במהלך החקירה שהיא הובילה לגיוסו כעד מדינה, עכשיו הוא אומר שהכל אמת. ואז עולה השאלה מה המשמעות- ככל שיש אמצעים שננקטו שלא כדין ושהובילו לשיתוף פעולה, ברור שצריך תוספת ראייתית בלי כל קשר לפי פקודת הראיות.
* עוצמת הפגיעה- פגיעה מהותית או לא מהותית. על הדרך היו כל מיני טיוטות בלי המילה מהותית, לשמחתנו המילה מהותית כן נכנסה לתוך החוק, ובכך המחוקק מאמץ את גם הלכת יששכרוב של הפגיעה מהותית, וגם את מבחן ההגנה מהצדק- שגם שם מדובר על כך שהפגיעה בזכות להליך הוגן היא פגיעה מהותית.   
  זה מזכיר את הציטוט של השופט עמית, באחד מפסקי הדין מעלה תהיה שמשהו קרה בעשורים האחרונים, הולכים וזונחים את אותה הרכבת שנוסעת דרומה אל רכבת הראיות, ועוברים לדיון בדבר הזכויות של הנאשם. לדעת עמית, זה מסרבל את ההליך הפלילי, והופך את הנאשם להיות קטגור והמדינה מנגד צריכה להתגונן. אך האם תכלית כל התכליות היא האמת כפי שטוען השופט עמית? הוא עדיין מעמיד את האמת כתכלית כל התכליות ומדבר על זה שאיבדנו את האיזון. מנגד, השופטת ברק ארז לא מסכימה עם האמירה הזאת, לדעתה הזכויות מובילות הרבה פעמים לאמת ולא תמיד יש סתירה ביניהן. מה שבטוח שאם אנחנו משמיטות את המילה מהותית, אז הציטוט של השופט עמית היה נכון ביתר שאת, הואיל והיינו מוצאות את עצמינו שכל פגיעה קטנה בהליך הוגן הייתה נבחנת תחת כלל הפסיקה, והיה פוגע בהליך בירור האמת.
* שלוש קבוצות שיקולים- נוסחת האיזון מאמצת את אותן שלוש קבוצות השיקולים של הלכת יששכרוב. המחוקק לא רצה לרדת לפרטי פרטים אלא השאיר שיקול דעת רחב לבית המשפט.
* פירות העץ המורעל- כפי שאמר השופט בבן אוליאל, אין מילה וחצי מילה שמלמדת על זה שדוקטרינת פירות העץ המורעל התקבלה בישראל. בדברי ההסבר כן יש רמז לתכלית ההרתעתית אך אין לדוקטרינה הזאת ביטוי בישראל, שאגב גם בארצות הברית נסוגים ממנה.
* עיתוי הפסילה- האם גם בשלב הביניים תיתכן פסילה ראיות? החוק פשוט שותק לשאלה הזאת. החוק לא מכריע במחלוקת הפסיקתית שתלויה בהכרעה בד"נ אוריך בעניין עיתוי פסילה הראיה- האם ניתן לפסול ראיות גם בהליך ביניים? ולכן אנחנו נשארות עם עמדתה של הנשיאה חיות.
* המשקל של שיקול חומרת העבירה- החוק שותק לאותן קובצות שיקולים בלי התייחסות למעמד.
* הליך אזרחי או פלילי- אין התייחסות לשאלה האם כלל הפסילה חל רק בהליך פלילי או שמא ראוי להחיל גם בהליכים אזרחיים, כמו תביעה אזרחית של חברת הביטוח. האם גם בהליך אזרחי ניתן לפסול קבילות ראיה שהושגה תוך פגיעה בזכות חוקתית? יש לזה פסיקה בערכאות הנמוכות, אך בעליון אין הכרעה. ניתן לטעון כי המחוקק אולי הכריע וזאת מפני שכתוב בפקודת הראיות שעוסקת גם באזרחי וגם בפלילי, שזה ימצא רק בהליך הפלילי.

**שלב החקירה וזכות השתיקה**

1. **פתיחה בחקירה (ס' 59)**

הסמכה בחוק: כל חקירה יש בה פוטנציאל לפגיעה בזכויות חוקתיות ולכן כדי לבצע הליך חקירה, יש צורך בהסמכה בחוק. חשוב להבין כי אומנם משטרת ישראל היא הגוף החוקר המרכזי, יש עוד גופים המחזיקים בסמכויות חקירה כמו הרשות לניירות ערך, הרשות לתחרות וכו. גם משטרת ישראל וגם שאר הגופים החוקרים, מכוח ס' 241 לחסד"פ כל סמכות לביצוע חקירה דורשת הסמכה.

**חקירת המשטרה**

59.  נודע למשטרה על ביצוע עבירה, אם על פי תלונה ואם בכל דרך אחרת, תפתח בחקירה; אולם בעבירה שאינה פשע רשאי קצין משטרה בדרגת פקד ומעלה להורות שלא לחקור אם היה סבור שנסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות לפתיחה בחקירה או אם היתה רשות אחרת מוסמכת על פי דין לחקור בעבירה.

פתיחה בחקירה: ס' 59 קובע כי חקירה נפתחת בעת הגשת התלונה, אך התלונה היא אינה הדרך היחידה להביא לפתיחת החקירה. צריך לומר שהפסיקה פירשה את ס' 59 באופן כזה שהחובה לפתוח בחקירה מתקיימת גם אם מדובר בעבירה שהיא פשע (שעל פני הדברים לפי נוסח הס' אין למשטרה שקול דעת והיא מחויבת לפתוח בחקירה). החובה הזאת תתגבש רק אם יש ומתגשמים אותם תנאים אובייקטיבים המצדיקים פתיחה בחקירה. חשוב להבין כי כרטיס הכניסה ככלל לפתיחה בחקירה הוא יסוד סביר לחשד שנעברה עבירה. זו התשתית הראייתית המינימלית לפתיחה בחקירה. כך שאם יש תלונות שבהן מעלילים עלילות שווא והתלונה לא מצדיקה פתיחה בחקירה, אז המשטרה לא תיפתח בחקירה ולא עומדת החובה לפתוח.

מעורבות התביעה בשלב פתיחת החקירה

מה המעורבות של התביעה בשלב פתיחת החקירה? השאלה הזאת נדרשת הואיל וההחלטה לפתוח בחקירה נתונה למשטרה.   
ואכן, על פני הדברים לפי ס' 59 המשטרה היא זו שמחליטה על פתיחה בחקירה אך לא כך הדברים.   
היועץ המשפטי לממשלה הוא ראש התביעה הכללית ולכן יש לו סמכות עצמאית להורות למשטרה לפתוח בחקירה. חשוב להבהיר כי זה לא כתוב בשום מקום או מעוגן במפורש בחוק, אך אנחנו יכולות ללמוד את זה מכמה מקורות. מלבד הפרשנות מתבקשת מכך שהיועץ המשפטי מתפקד כראש התביעה הכללית, ולכן ברור שהוא יכול להורות על פתיחת החקירה, יש מקורות נוספים שיכולים לרמוז על כך:

**ערר**

64.  (א)  על החלטה שלא לחקור או שלא להעמיד לדין, משום שנסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות לפתיחה בחקירה או להעמידה לדין, לפי העניין, שלא נמצאו ראיות מספיקות או שנקבע שאין אשמה, רשאי המתלונן לערור כלהלן:

(1)   על החלטה שניתנה על ידי גוף חוקר או תובע כאמור בסעיף 12(א)(1)(ב) או (2) – לפני פרקליט מחוז, פרקליט מפרקליטות המדינה שמונה למנהל תחום עררים או פרקליט מפרקליטות המדינה, בדרגה שאינה פחותה מסגן בכיר א' לפרקליט המדינה, שפרקליט המדינה הסמיכו לכך;

* ס' 64א1- הס' מעגן את היכולת להגיש ערר על החלטה שלא לפתוח בחקירה. הערר מוגש אל מספר גורמים שכתובים בס'- שבשורה התחתונה היא הפרקליטות. כלומר אם החוק מקנה למתלונן סמכות להגיש ערר נגד המשטרה שהחליטה לא לחקור, ולפנות אל הפרקליטות, אז ברור שצריך להקנות מלכתחילה את הסמכות לפרקליטות ולהורות למשטרה על פתיחה בחקירה גם אם לא הוגש ערר.
* ס' 61- המקור השני הוא ס' 61 המאפשר לתובע לשלוח את המשטרה ל"שיעורי בית" לפני ההחלטה על המשך בתיק, כלומר לשלוח את המשטרה לבצע השלמות חקירה לפני הגשת כתב אישום. ניתן להבין כי הפרקליטות יכולה להורות על השלמת חקירה, אז היא יכולה מלכתחילה להורות על הפתיחה בחקירה.

**המשך החקירה [56]**

61.  הועבר חומר החקירה כאמור בסעיף 60, רשאי היועץ המשפטי לממשלה או תובע להורות למשטרה להוסיף לחקור, אם מצא שיש צורך בכך לשם החלטה בדבר העמדה לדין או לשם ניהול יעיל של המשפט.

לשון ס' 57א מעורר עוד סוגיה- סמכות לא לחקור עבירת פשע?

המחוקק מגביל את המשטרה לא לחקור אם נסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות לפתיחה בחקירה\ העמדה לדין, רק בעבירות עוון או חטא. ומכאן מתעוררת השאלה, נוכח לשון החוק, האם למשטרה אין סמכות להחליט על כך שלא חוקרים עבירות מסוג פשע, מתוך שיקולים של נסיבות העניין לא מתאימות להעמדה לדין?   
הפרשנות שבית המשפט קיבל היא שאומנם למשטרה אין סמכות שלא לחקור בעבירת פשע אם נסיבות העניין בכללותן לא מתאימות להעמדה לדין, אך לפרקליטות עומדת הסמכות להחליט לא לפתוח בחקירה גם בסיטואציה שנסיבות העניין לא מתאימות לפתיחה לחקירה. יש הרבה מאוד שיקולים שהיועץ שוקל ומתייחס אליהם לפני פתיחה בחקירה- למשל כשהיועץ המשפטי לממשלה הנחה שאין לפתוח בחקירה בעניין הדלפות, אחד השיקולים שהוא התייחס אליהם זה הסיכוי שחקירה כזו עלולה ליצור אפקט מצנן של העמדת עובדי מדינה בחזקה שהם אשמים.

**בדיקה מקדימה**

החוק לא מגדיר מהי בדיקה מקדימה, והיא דבר שאיננו מעוגן בחוק. אנחנו לא נמצא ס' המתייחס לבדיקה מקדימה בחוק סדר הדין הפלילי.

מהי בדיקה מקדימה? הרבה פעמים המשטרה צריכה לבצע הליך טרום חקירתי כדי שהיא תוכל לגבש תובנות ביחס לשאלה האם יש חשד סביר לביצוע העבירה שהוא כרטיס הכניסה לפתיחה בחקירה. זה סוג של כלי עזר שנמצא בארגז הכלים של התביעה שנועד להעשיר את הנסיבות שיגרמו לה להחליט האם לפתוח בחקירה או לא, ולכן כשמה כן היא, בדיקה מקדימה היא הליך טרום חקירתי שעומד לרשות גופי אכיפת החוק.

מתי פותחים בבדיקה מקדימה? ההליך הזה אושר בבג"ץ עוד בשנת 2002, ובעקבותיו יצאה הנחיית יועץ. ההנחיה הכללית למעשה מבהירה את המקור הנורמטיבי של הליך הבדיקה. בגדול נקודת המוצא שעומדת בבסיס ההליך של בדיקה מקדימה, היא הפגיעה הפוטנציאלית הקשה שעשויה להיגרם לחשוד כתוצאה מחקירה פלילית. העובדה שקיים רישום משטרתי המתעד את הפתיחה בחקירה כנגד החשוד ויש גורמים שעשויים להיות חשופים אליו, זה עלול להביא להשלכות קשות כמו איבוד מקום העובדה וכו, במיוחד שלתפקידים מסוימים ההשלכות יכולות להיות קשות עוד יותר (כמו עובדי מדינה). למשל במח"ש אם נתחיל לחקור כל שוטר על כל תלונה שהוגשה נגדו, זה יכול להביא לאפקט של הרתעת יתר של השוטרים, ולדוגמא הם יחששו להשתמש בכוח. מהמקום הזה של הפגיעה הקשה שיש בפתיחה בחקירה נולדה אותה הנחיה ואותו כלי שנקרא בדיקה מקדימה. הרעיון שנבצע הליך טרום חקירתי, ועל פי תוצאותיו נחליט האם יש חשד סביר- שאם יש חשד סביר אז נפתח בחקירה ואם לא אז לא.

בדיקה מקדימה- כלי פריווילגי? הכלי הזה של בדיקה מקדימה מעלה טענות רבות ליחס של איפה ואיפה כלפי עובדי ציבור בכירים, שבעוד שאצל אדם מן ביישוב ישר יפתחו בחקירה משטרתית (על כל השלכותיה), דווקא עובדי ציבור נהנים מאותו הליך טרום חקירתי שנקרא בדיקה.   
חשוב להגיד שאם יש חשד סביר לביצוע עבירה זה לא משנה אם את ראשת ממשלה, נשיאה, ראשת עיר, ולכן יפתח תיק גם אם יש השלכה ציבורית עצומה לעצם פתיחת החקירה. לפעמים המחוקק דורש כדי לפתוח בחקירה כנגד נושאי משרה מסוימים, את אישורו של היועץ המשפטי לממשלה וזה בגלל ההשלכות האדירות. אך הפסיקה מדגישה לאורך כל הדרך, שגם המחוקק מבקש פרוצדורה יותר מוקפדת, והגורם הבכיר ביותר יאשר מראש פתיחה בחקירה, זה לא אומר שיש מבחינה מהותית רף שונה. סיכוי סביר לחשד זה רף רלוונטי גם לראש וממשלה וגם לאדם מן היישוב. מבחינה מהותית אין הבדל.

שיקולים לפתיחה בבדיקה מקדימה: ובכל זאת מתי משתמשים בהליך של בדיקה ולא ישר פותחים בחקירה? על פי ההנחיה מדובר בסיטואציות שעדיין לא התגבש אותו חשד סביר, אין הצדקה לפתיחה בחקירה פלילית ועדיין עולה השאלה מה אומרת ההנחיה, כלומר מהן אמות המידה לפתיחה בבדיקה? הנחיית היועץ מפרטת שני שיקולים מרכזיים לנקיטה בהליך בדיקה:

1. עוצמת התשתית הראייתית ההתחלתית ביחד לחשד- החשיבות הציבורית במיצוי הבירור העובדתי- כאן לא מעט פעמים דווקא נבחר ציבור ועובד ציבור בכיר יכול למצוא את עצמו בסיטואציה שנפתחת נגדו בבדיקה, וזאת על אף שאין חשד סביר לביצוע העבירה. יש טענות מסוימות שלאור תפקיד הציבורי יש מקום לשלול אותן או לכל הפחות לבדוק אותן. יכול להיות שאם הייתי אדם מהיישוב התיק נגנז, אך הואיל ואינני אדם מן היישוב יש עניין לפתוח בבדיקה שעשויה להוליד חשד סביר בעתיד, ולכן דווקא כאן מעמדו של איש ציבור פחות טוב ממעמדו של אדם מן היישוב. יש מספר דוגמאות שניתנות בהנחיית היועץ למקרים כאלה- למשל תלונה נגד ושא תפקיד בכיר שמקורה אינו ישר, כך שספק הייתה נפתחת החקירה אך יש חשיבות לברר ולהסיר את העננה הזאת מעל ראשו.
2. ההשלכות הציבורית התפקודיות הכרוכות בהחלטה על פתיחה בחקירה- באותם מקרים שבהם התפקיד הציבורי הוא כל כך משמעותי, כזה המשפיע על סדרי שלטון, תרבות פוליטית, שההשלכה של החקירה חורגת מהנאשם הספציפי, מחייבים נקיטת משנה זהירות. למשל תלונות של אלימות של שוטרים, חיילים שפתיחה בחקירה עשויה להביא להרתעת יתר, ניצול לרעה של ההליך הפלילי כדי לשים רגליים שלשחקנים פוליטיים.

אנחנו בעצם הולכות בין הטיפות- פתחנו בזה שאם יש חשד סביר פותחים בחקירה, וכעת אומרים לנו ההשלכות הציבוריות, באותם מקרים לא נבדוק עוד את החשד הסביר כי אם נבדוק אותו נגיע למסקנה כי יש לפתוח בחקירה, אך לאור השלכותיה ציבוריות נעשה ישיבה לפני ונבדוק לפני כן האם יש חשד סביר. אם יש חשד סביר מצד אחד זה לא משליך על השאלה האם לפתוח בחקירה, מהצד השני פה אנחנו אומרות כי לאור ההשלכות הציבוריות, נעשו כמה וכמה בדיקות לפני כן כדי לברר את החשד הסביר שמצריך פתיחה בחקירה.

מהצד השני היועץ אומר כי כשאנחנו חושבות שבדיקה עוצרת את מרוץ ההתיישנות כי זה אותו רציונל של חקירה. אבל הואיל וזה לא הוכרע בפסיקה יש להביא בחשבון את תקופת השתיינות אם לפתוח בבדיקה או בחקירה. אם יש חשד סביר צריך לפתוח בחקירה נקודה, ולכן מה צריך להבין ההוראה הזאת? שאם אנחנו על סף תקופת התיישנות עדיף הפוך- אם אנחנו סמוך לתקופת התיישנות ואין הכרעה שבדיקה משהה את תקופת ההתיישנות עדיף לא לפתוח בחקירה. פתיחה בחקירה עוצרת ככלל את מרוץ התיישנות, בבדיקה מוקדמת אין הכרעה האם תקופת ההתיישנות עוצרת, ולכן התובע צריך לקחת בחשבון- תדע כי אולי צריך לפתוח בחקירה כדי למנוע את ההתיישנות. הסתירה הפנימית נובעת מכך השאלה אמורה להיות רק חשד סביר, אם יש חשד סביר פותחים, אם אין אז יש לעשות חקירה. זה אולי ס' שחושף את הבעייתיות בהנחיה הזאת. דרך זה ניתן להבין כי כשיש חשד סביר תמיד פותחים בחקירה, אך יש הרבה מאוד משחק עם שאלת החשד הסביר, כי הרבה פעמים ניתן להגיד שעוד לא הגענו לרף ואז נפתח בבדיקה, אך אם אנחנו בהתיישנות אנחנו לא נפתח בבדיקה אם לא קרובות לחשד הסביר.

הכלי הזה של בדיקה מקדימה, יש בו הרבה משחק של שיקול דעת.

יש פס"ד של השופט הנדל המנתח את הנחיית היועץ ולא מתייחס לבעייתיות הזאת- הוא רואה בס' הזה כס' תקין.

היקף הבדיקה המקדימה: המשטרה וגם הפרקליטות וכל גוף חוקר יכול לבצע את הבדיקה. היועץ כותב בהנחיה מה מותר ומה אסור לעשות במסגרת הליך הבדיקה:

מה מותר:

* בדיקה במערכות משטרתיות
* גביית עדויות
* איסוף מסמכים
* וכו

מה אסור:

* לא חוקרים באזהרה
* לא מבצעים חיפוש/עיכוב/כל כלי שפוגע בחירות- כי כרטיס הכניסה לפגיעה בחירות הוא חשד סביר ואנחנו עוד לא שם.

מה אסור אלא אם ניתן אישור מהיועץ

* גביית גרסה
* ביצוע פוליגרף.

וגם ככלל גם לא גובים ממנו גרסה (אם הוא לא חשוד, לא ניתן לחקור אותו תחת אזהרה, אין לו את הזכויות של חשוד), כל מה שהוא יגיד לא ניתן להשתמש כנגדו אך מה שיגיד יוביל לפעולות חקירה, ולכן רק באישור היועמ"ש ניתן לגבות עדות מהאדם נושא הבדיקה.

פס"ד מיקי רוזנטל: השופט הנדל מנתח את ההנחיה הזאת, והוא שולל את הטענה כי אחרת תהיה הנחת סלב לנבחרי ציבור, כל ההליך הזה הוא הליך בעייתי- הטענה נדחתה. השופט הנדל מנתח באריכות את הבדיקה המקדימה ואת הנחיות היועץ.

1. **זכות השתיקה**

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

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

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

מהו מקור הסמכות לתשאל חשודים ועדים במהלך חקירה?

כתוב בצורה ברורה בס' 2 לפקודת הפרוצדורה הפלילית כי קצין משטרה רשאי לחקור בעל פה כל אדם, לתשאל חשודים ועדים במהלך חקירה עליה אמון אותו קצין משטרה.

בס' 2,2 אותו אדם יהיה חייב להשיג על כל השאלות, למעט שאלות שיהיה בהן כדי להעמידו בסכנה פלילית.

ס' 2 לפקודה מעגנן את הסמכות לתשאל, אך יש הבדל בין חשוד לבין עד. לעד יש חסיון בפני הפללה עצמית בעוד שלחשוד יש זכות שתיקה מוחלטת.

**זכות השתיקה- רציונליים**

מדוע אנחנו כלל מעניקות לחשודים את זכות השתיקה?  
חשוד יכול למלא את פיו במים, לשתוק לחלוטין, לא לענות על אף שאלה וליצור מיסוך בינו לבין החוקר. למה שניתן לחשוד זכות כל כך רחבה- כשלעד ניתנת זכות מצומצמת יותר- הוא חייב לענות על כלל השאלות למעט לשאלות שעולות להעמיד אותו בסכנה פלילית?

אבי תורת התועלתנות ג'רמי בנת'האם אמר: אילו היו מתאספים עבריינים מכל הסוגים ומנסחים שיטה לפי אוות נפשם, האם לא היה הכלל הזה הראש והראשון שהיו קובעים לביטחונם הם?" בנת'האם שואל למה זה טוב לנו כחברה? לתת להם את הפרס שהם מלכתחילה היו נותנים לעצמם? למה זה טוב? מה הרציונליים התיאורטיים שעומדים בבסיס זכות השתיקה המוחלטת לחשוד?

נקודת המוצא של בנת'האם היא נקודת מוצא שקל מאוד להתחבר אליה אך תיאורטית היא שגויה. הוא יוצא מנקודת הנחה שהשותקים הם בהכרח האשמים (אלו שביצעו את המעשה), ולכן השותק הוא אשם. זאת נקודת מוצאו, ומכאן שהמסקנה המתבקשת היא שדווקא חפות תדרוש את זכות הדיבור ואשמה תדרוש את זכות השתיקה. אם הוא חף מפשע הוא ידבר, ואם הוא אשם הוא ישתוק.   
על זה אומרים בדיוק הפוך- כי הרציונל הראשון שבית המשפט עומד עליו בזכות השתיקה, הוא שזכות השתיקה משמשת מגן דווקא לחפים מפשע ולאו עבריינים. היא מגנה על חשוד שנמצא לבדו אל מול חוקרים, בסיטואציה קשה ומאיימת תוך הפעלת אמצעים קשים שעשויים לגרום לו להודות בדבר שלא ביצע, ומכאן שלא נרצה הודאת שווא. ולכן ככל שאדם נורמטיבי יותר, הערעור על פעולותיו מצד המשטרה יביא לאובדן הביטחון העצמי שלו ביושר פעולותיו. אם למשל אנחנו נמצא בסיטואציה שאין עורך דין בחקירה סיטואציה מאיימת, ותחושת האשם אצל אדם חף מפשע היא גוברת עוד יותר והיא עשויה לגרום לו להודות במה שלא ביצע. זכות השתיקה היא הכלי המאפשר לעשות מיסוך בינו לבין החוקר, והמיסוך הזה יעזור לו לפחות עד שהוא ייפגש עם עורך דינו.

בפרשת גלעד שרון נמנים עוד רציונליים:

* מציאות בלתי באפשרית- אנחנו כחברה לא נרצה להעמיד חשודים בסיטואציה שכל אופציה היא בלתי אפשרית. בעולם שבו אין זכות שתיקה מה ניתן לעשות? אם אתה אשם אז אתה תודה כי אין ברירה, או שאתה תשקר ואז אתה מבצע עבירה פלילית של עדות שקר, או שאתה תשתוק שגם זאת בעירה פלילית בעולם שבו אין זכות לשתוק. משום כך לא נרצה להעמיד את החשוד בדילמה. ניתן להקשות ולהגיד כי אם הוא לא אשם הוא יכול לדבר, אך זה חוזר לאמירה של בנת'האם שזו זכות של אשמים.
* הגישה האדברסרית- לפי הגישה הזאת אדם הוא חף מפשע עד שתוכח אשמתו. בשיטה הזאת אני לא אמורה להוכיח את אשמתי ההפך הוא הנכון, בהליך פלילי המדינה צריכה להוכיח מעל לכל ספק סביר ולכן לא אגיש על מגש של כסף את הראיות נגדי ושתתאמץ.
* חוסר אמון בהודעות מפלילות- הרעיון הוא שאדם שמודה בביצוע העבירה יש חוסר אמון אינהרנטי כי זה בניגוד לאינטואיציה, וכלל אנחנו נוטות לא להאמין להודאות מפלילות, וזכות השתיקה היא המאפשרת לעשות את אותו המיסוך ולמנוע הודאות מפלילות. יש קושי כי כל שיטת משפט יכולה להחליט האם להכשיר הודאה ומתי. בשיטה שלנו מכשירים ברצון חופשי, ולכן להגיד יש חוסר אמון אינהרנטי זה סוג של צביעות.
* צמצום החשש שנובע מכך שהודאות מפלילות התקבלו באמצעים פסולים- הרעיון שאם את שותקת אין תמריץ להתחיל בפעולות חקירה פסולות נגדך. אם יש חקירות פסולות, אז האופציה של זכות השתיקה המאפשרת לחשוד לשתוק כל החקירה, עשויה לצמצם את החשד וההשפעה של חקירה בלתי חוקיות על החשוד. עם זאת, הטיעון הזה פחות משכנע, כי אנחנו מלכתחילה מסכימות לאמצעים הבלתי חוקיים בשל זכות השתיקה, ואנחנו לא באות מלכתחילה ופוסלות את הראיות שהתקבלו מהאמצעים הללו.
* רציונל נוסף שיש בו טעם- זכות השתיקה יוצרת איזון בין פער הכוחות האינהרנטי בין המשטרה לחשוד, אין שוויון בין הצדדים ולכן זכות השתיקה קצת מצמצמת את פערי הכוחות.
* ליברליות- זכות השתיקה בהיבט הליברלי מעניקה חירות לא לשתף את העולם החיצון עם מה שקיים בתוך נבכי ליבי, וככלל לא נרצה להטיל חובה על אדם לדבר.

אין עיגון לזכות שתיקה מוחלטת ולכן לא נוכל להגיד שיש זכות שתיקה מוחלטת אלא יש חיסיון בפני הפלילה עצמית. ההרחבה של זכות שתיקה מוחלטת לחשוד, היא הרחבה שאין לה עיגון בחוק אלא מקורה בפסיקה. ודווקא בפס"ד בעניין גלעד שרון בית המשפט משאיר בצריך עיון האם ראוי להשאיר את ההרחבה הזאת על קנה. עם זאת, זה נשאר רק בגדר צריך עיון, ולכן זכות השתיקה קיימת ועד היום חשודים נהנים מזכות השתיקה המוחלטת למרות שזה לא מעוגן במפורש בחוק.

**מה הנפקות של שתיקה במשטרה?**

כאן צריך להבין שלשתיקה בחקירת המשטרה יש השלכות משמעותיות. לכאורה יש לחשוד את הזכות לשתוק אך בוא נראה כמה זה יעלה לו- בראש ובראשונה חשוד רוצה במהלך המשפט עצמו להעיד עדות קוהרנטית, מלאה, בזמן שהוא שתק במהלך כל החקירה (ולא רק בחקירה הראשונה), והוא פתאום בפרשת ההגנה פתאום פורס את גרסתו במלאה. כאן השאלה הראשונה שירה התובע בחקירה הנגדית תהיה איפה היית?

לשתיקה יש נפקות עקיפה והיא בעיקר בהיבט של דיני הראיות. המשקל שבית המשפט ייתן לעדות הזאת שואף לאפס והוא יהיה קטן ביותר. רוב הסיכויים הם שבית המשפט לא יאמין לעדות הזאת ולכן היא נקראת עדות כבושה (כובש אצלך עד שאתה מחליט לומר את גרסתך)? אם לא תצליח להראות סיבה טובה למה כבשת את עדותך, אנו נצפה מאדם שיאמר את גרסתו בהזדמנות הראשונה. עברנו כל כך הרבה שלבים בדרך- 1. חקירה, 2. הוגש כתב אישום, 3. שמיעת עדות התביעה, ואחרי שכל הפאזל נמצא לנגד עיני הנאשם בכבודו ובעצמו מציג את הגרסה הקוהרנטית עם פתרונות לבעיות שנמצאו בעדי התביעה, ולכן פשוט לא יאמינו. כל מיני אמירות שינסו להצדיק את השתיקה, לא יחזיקו מים וזו לא הצקה. לעומת זאת אם הנאשם יאמר כי הוא חשש לקרוב משפחה, שהיה תחת איומים, יכול להיות שבית המשפט יקבל את זה. אם הנאשם לא יסביר למה כבש את עדותו ולא יתנן הסבר מניח את הדעת בית המשפט לא יאמין לו.

כלומר יש כמה נפקויות לשתיקה מוחלטת:

1. משקל העדות של הנאשם יהיה קטן מאוד ולא יאמינו לה.
2. שתיקה מהווה התנהגות מפלילה- סנקציה שנייה היא סנקציה שפותחה בפסיקה המדברת על כך ששתיקה של החשוד במשטרה מהווה התנהגות מפלילה. זה לא מעוגן בחוק בצורה מפורשת ויש לזה לא מעט תהיות, אך בתי המשפט מזמן הכשירו את זה ומייחסים את אותה התנהגות מפלילה לחשוד ששותק במשטרה לאורך כל הדרך, הואיל ונצפה שהוא יאמר את גרסתו. לדוגמא אדם שנחקר בגין עבירת מין, מתלוננת שמטיחה בפני החשוד דברים קשים- היא בוכה ובסערת רגשות בזמן שהוא שיתק. זאת התנהגות מפלילה, משום שכשמטיחים דברים כל כך קשים נצפה לכל הפחות שהוא יתייחס.

"לא יחליט קצין הממונה על מעצרו ל אדם ע המשך מעצרו או שחרור בערובה [...] בלי שיתן תחילה לאותו אדם להשמיע דברו לאחר שהזהירו.."

יש שאלה האם התנהגות מפלילה היא חיזוק? יש שאלה האם זה מגיע לכדי חיזוק, אך גם אם לא חיזוק אז בוודאי התנהגות מפלילה. לכאורה יש לזה עיגון בס' 28 לחוק המעצרים. לכאורה ניתן להבין מהס' כי אם הוא נמנע מלהשיב על שאלות זה שווה סנקציה של חיזוק. הס' בעייתי כי אם המחוקק רוצה להקנות לשתיקה את אותו תג המחיר של חיזוק שיתכבד ויעשה את זה בצורה ברורה ומפורשת, ככה לא יוצרים סנקציה. היינו מצפות לס' שיאמר כי שתיקה שווה חיזוק ולא שילמדו אותנו ששיתקה שווה חיזוק דרך זה שהקצין יגיד שאם הוא שותק זה שווה חיזוק.  
כמו כן, לא כל חשוד הוא עצור, ס' 21 עוסק בתרחיש מאוד ספציפי של אדם שנעצר בשטח והוא מובא לחקירה, קצין הממונה על החקירה צריך להחליט האם עושה את המעצר בשטח, ולפני שאתה מחליט אומר החוק לאותו קצין כי הוא צריך להגיד לחשוד את זה שהרגע נאמר- להזהיר אותו ולציין את הזכויות שלו. החלק הארי של החקירות בישראל מתבצעות ללא מעצרים, אם אני נחקר כחשוד כל חוק המעצרים לא רלוונטי ואז איפה הסנקציה של החיזוק? ולכן מוזר אם המחוקק ורצה לקבוע תג מחיר של חיזוק והוא עושה את זה בצורה עקומה.  
לעומת זאת הפסיקה רואה את השתיקה כהתנהגות מפלילה, כי היא עשויה להביא לחשד מעל לכל ספק סביר, יש פה ערך עצמאי של התנהגות מפלילה בדיוק כמו שנמנע מלשתף מכל מיני פעולות אחרות. למשל הימנעות ממסדר זיהוי. אם חשוד מסרב לבצע בדיקות רפואיות והמשטרה לא עושה את הבדיקות האלה זו יכולה להיות התנהגות מפלילה, ולכן גם לשתיקה יש ערך וזהו ערך לא פשוט בכלל.

1. שתיקה במשטרה עלולה להביא למעצר-אם נשתוק במשטרה יש הרבה יותר סיכוי שיבקשו לעצור את החשוד. זה בא לידי ביטוי בחוק המעצרים בס' 24(3) יש עילת מעצר עצמאית שנקראת מעצר לצורכי ביצוע פעולות חקירה המצריכות מעצר. אם אני שותק לא מן הנמנע שהמשטרה צריכה לנקוט בפעולות חקירה המצריכות מעצר כמו מדובב.
2. פס"ד קורבן- מדובר על מעצר עד תום ההליכים. אדם ששתק במשטרה לאורך כל הדרך, בשלב המעצר עד תום ההליכים למרות שיש חזקת מסוכנות לאותה העבירה שנאשם בה, הוא ניסה לאיין את חזקת המסוכנות ולהגיד שזו רק חזקה וניתן להפריך אותה. השופט זמיר אומר כי ברגע ששתקת לאורך כל החקירה זה יעמוד לחובתך כשתנסה להפריך את חזקת המסוכנות. באותן עבירות חמורות שיש חזקת מסוכנות לעניין מעצר עד תום ההליכים, וירצו להפריך את החקירה לא יתנו להפריך בטענה ששתקת במשטרה. כלומר שתיקה לא תאפשר הפרכת חזקה.

כל הדוגמאות האלו הם דוגמאות קיצוניות של שתיקה לאורך כל החקירה. אם חשוד שותק רק בחקירה ראשונה ומדבר בשנייה ולהפך, זה לא יפרע לחובתו כי זה לגיטימי. בדרך כלל הסנקציות בגין השתיקה יבואו יוטלו כאשר השתיקה היא לאורך כל החקירה.

לכן עולה השאלה מה נשאר מזכות השתיקה? זה מאוד נחמד שנותנים זכות חוקתית שנובעת מהזכות להליך הוגן, מהזכות לכבוד, זה שרשור של הזכות החוקתית לכבוד. אז פורמלית יש זכות שתיקה, אך מעשית מקבלים פטיש חמישה קילו שמונע ממנו לשתוק, ומכאן עולה השאלה האם נשאר משהו מזכות השתיקה? מה שווה זכות השתיקה אם הסנקציות בגינה הן כל כך קשות ואולי לא נשאר הרבה ממנה?

ואם זה לא מספיק המחוקק סייג מפורשות את זכות השתיקה, כלומר זכות השתיקה איננה חלה כשהמחוקק סייג אותה במפורש. לדוגמא- פס"ד בעניין קלקודה שם היה מדובר בשאלה משפטית והיא האם כאשר יש חובה על פי דין לצורך אכיפת דין מסוים (כמו להכין דוחות) ופנו אל הנאשם לצורך המצאת דוחות שהחוק מחייב, ואז הוא יטען שהוא לא מכין כי יש לו את זכות השתיקה. זכות השתיקה נסוגה כאשר החוק מסייג אותה במפורש, ובסיטואציה הזאת כשמבקשים ממך להכין דוחות כדי לאכוף את הדין, לא תוכל להגיד כי אסור לבקש דוחות כי זה יפליל אותי, ולכן סיטואציה כזו שהמחוקק החריג את זכות השתיקה היא לא קיימת. לדוגמא הזכות הזאת לא כוללת את הזכות להימנע מאמצעי חקירה- כמו התייצבות למסדר זיהוי.

**תשובת הנאשם לאישום**

152. (א)  לא בוטל האישום מכוח טענה מקדמית, ישאל בית המשפט את הנאשם מה תשובתו לאישום; הנאשם רשאי שלא להשיב, ואם השיב, רשאי הוא בתשובתו להודות בעובדות הנטענות בכתב האישום, כולן או מקצתן, או לכפור בהן, וכן לטעון עובדות נוספות בין אם הודה כאמור ובין אם לאו; השיב הנאשם באחת הדרכים האמורות, רשאי בית המשפט לשאול אותו שאלות, ובלבד שהשאלות לא יחרגו מהדרוש להבהרת תשובת הנאשם; תגובת הנאשם יכול שתיעשה על ידי סניגורו.

          (ב)  הימנעות הנאשם להשיב לאישום או לשאלות בית המשפט כאמור בסעיף קטן (א) עשויה לשמש חיזוק למשקל הראיות של התביעה; בית המשפט יסביר לנאשם את תוצאות הימנעותו.

מקורות נורמטיביים נוספים:

* ס' 152- בשלב כתב האישום יכול הנאשם להחליט שהוא ממלא פיו מים והוא לא עונה, ו152ב קובע את התוצאה של שתיקה כזאת- חיזוק למשקל ראיות התביעה. במקום לשמור על זכות השתיקה, רוב הנאשמים מכחישים, מפני שלא חכם לשתוק כאשר אפשר להכחיש מבלי לשלם את המחיר של חיזוק.
* ס' 162- הנאשם יכול למלא פיו מים ולהחליט שהוא לא עולה להעמיד מטעם ההגנה, זו שתיקה במשפט שלה יש מחיר כבד מאוד- חיזוק או סיוע לראיות התביעה.

**שתיקת הנאשם   [145א]**

162.  (א)  הימנעות הנאשם מהעיד עשויה לשמש חיזוק למשקל הראיות של התביעה וכן סיוע לראיות התביעה במקום שדרוש להן סיוע, אך לא תשמש סיוע לצורך סעיף 11 לחוק לתיקון הראיות (הגנת ילדים), תשט"ו-1955 או לצורך סעיף 20(ד) לחוק הליכי חקירה והעדה של אנשים עם מוגבלות.

גם חיזוק וסיוע צריך לחזק משהו ואין יש מאין, ולכן טקטיקת אם הראיות של התביעה כל כך חלשות אולי שווה לנאשם לשתוק במשפט.

**זכות השתיקה- דבר מה נוסף?**

אחת השאלות שנדונו בפסיקה היא האם ניתן להשתמש בשתיקה במשפט כדבר מה נוסף להודאה שמסר הנאשם במשטרה? כלומר כאשר הנאשם סיפק הודאה במשטרה, היא טעונה דבר מה נוסף, כעת הוא שותק במשפט ולכן נשאלת השאלה האם השתיקה יכולה להוות דבר מה נוסף להודאה שניתנה בחקירה? לכאורה מבחינת קל וחומר התשובה היא פשוטה- כן. כי סיוע הוא הרבה יותר מדבר מה נוסף, אך הפסיקה דנה בזה כי יש תחושה לא נוחה שבכך שנאשם ששותק במשפט לוקחים את השתיקה כדבר מה נוסף, שהרי כל הזמן סבים סביב אדם ולא יוצאים ממנו החוצה.

פס"ד מילשטיין

פרשת מילשטיין, פסק בית המשפט העליון כי ככלל התשובה היא חיובית- אפשר להשתמש בשתיקה במשפט כדבר מה נוסף להודאה מחוץ למשפט, אבל זה יעשה רק במקרים חריגים. ולפני שזה יעשה, בית המשפט צריך להשתכנע כי ההודאה מחוץ למשפט עומדת בפני עצמה, שלא היה לחץ פנימי שהוביל את הנאשם להודות במשהו שהוא לא עשה. לחץ פנימי כעיקרון זה לא פסול, אך כאן צריך לבדוק שאין לחץ פנימי שהוביל להודאת שווא. השופט צריך להשתכנע כי השתיקה במשפט לא נובעת מהסבר תמים (הואיל ואם יש הסבר תמים לשתיקה שלו במשפט אז זה יכול בהחלט להשפיע).

**חובת האזהרה**

איך החשוד יודע שעומדת לרשותו זכות השתיקה? כאן יש את האזהרה.

האזהרה היא הכלי שבאמצעותו הרשות החוקרת חייבת להודיע שיש לחשוד זכות שתיקה כחשוד כי אחרת אם היא לא תזהיר אותו, היא לא תוכל להשתמש בהודאה שלו לפי ס' 12 לפקודת הראיות- של רצון טוב וחופשי. חובת האזהרה אומרת כי שלפני שרשות חוקרת חשוד (ולא על תשאול עד) היא חייבת להזהיר אותו ולומר לו :

1. באיזה עבירה הוא חשוד.
2. שהוא לא חייב לומר דבר- כלומר שיש לו זכות שתיקה.
3. שכל דבר שהוא יאמר עשוי לשמש ראיה כנגדו במשפט.

רק אם אומרים את כל אלה אז אפשר לדעת ולייחס לחשוד רצון טוב וחופשי. החשוד מתוך חופש הבחירה והאוטונומיה שלו מחליט האם לשתף פעולה או לא.

אחד הדברים החשובים הוא שהרשות חוקרת היא בעצם רשות שלטונית ולכן היא לא יכולה לשחק עם חובת האזהרה הזאת. במובן הזה שהיא צריכה לדעת טוב מאוד לפני שהיא מתשאלת את האדם שנמצא מולה, מה הסטטוס ובאיזה משבצת הוא נמצא- חשוד, עד. אם הוא עד היא לא מזהירה אותו כי הוא לא חשוד, לא עומדת לרשותו זכות השתיקה, יש לו רק זכות להימנע מפני הפללה עצמית, ומכאן שהוא הוא חייב לענות על כל השאלות חוץ משהאלות שעשויות להפליל אותו. במידה והוא שותק, הוא מפר הוראה חוקית שמחייבת כל אדם להשיב נכונה על שאלות חוץ מאלה שהתשובה עליהן עלולה לסכן אותו בהפללה.

הרבה פעמים המשטרה חוקרת עד בעודו בסטטוס של עד, ותוך כדי החקירה היא מבינה שהוא לא כזה תמים ואז היא חייבת לעצור, להזהיר אותו ואז הוא עובד מסטטוס של עד לסטטוס של חשוד. רק אחרי שהיא מזהירה אותו, כל מה שהוא יאמר אפשר יהיה להשתמש כנגדו. לפני שהיא מזהירה אותו עקרונית אי אפשר להשתמש כנגדו בדברים שהוא מסר כי לא נחקר תחת אזהרה ולא ניתן לייחס את אותו חופש ואוטונומיה שאם להודות או לא.

פרשת אלמליח

פס"ד יפה של התחכמות מצד המשטרה. אדם שפנה למשטרה והגיש תלונה על זה שיש לדעתו חשד שפלוני במערכת בחירות קיבל שוחד. המשטרה ביקשה ממנו את המסמך והיה לה כבר חשד שהמסמך הזה מזויף כלומר שהאדם הזה הוא בעצם חשוד. היא לא עצרה אותו, ובתחילת החקירה היא לא הודיעה לו שהוא משנה סטטוס לחשוד, והוא בתגובה מחליט לשתוק, לא לשתף פעולה עם המשטרה. אחרי זה היא מעמידה אותו לדין על הפרת חובה חוקית.

בית המשפט העליון בביקורת חריפה על המשטרה אומר כי למשטרה יש חובת הגינות מוגברת, מדובר ברשות ציבורית ולכן אם החוקר מעמיד בפני אותו אדם מצג שממנו עולה שהוא חשוד, דה פקטו, אבל הוא לא מזהיר אותו ומודיע לו פורמלית שהוא חשוד ולא נותן לו את זכות השתיקה הפורמלית. וזאת בזמן שמבחינת המצג העובדתי שאותו אדם קיבל מהחוקר ברור שהוא בסטטוס של חשוד. בית המשפט אומר כי לאדם הזה עומדת זכות שתיקה גם אם לא הודיעו לו פורמאלית. כי לא המעמד הפורמלי הוא זה שקובע שיש זכות שתיקה מלאה או חיסון בפני הפללה עצמית אלא המצג שהוצג בפניו. למשטרה יש חובת הגינות מוגברת והיא לא יכולה בדיעבד להתכחש למצג שהיא הציגה בפניו. בית המשפט מזכה אותו.

מקור נורמטיבי

עולה השאלה איפה מעוגנת חובת האזהרה? איפה כתוב בחוק שיש חובה לרשות החוקרת להזהיר את החשוד לפני שהיא חוקרת אותו?

התשובה היא שזה לא כתוב, כלומר חובת האזהרה אינה מעוגנת בחוק. זה דבר מדהים שבשנת 2022 אנחנו עדיין יונקות את חובת האזהרה מתקנות השופטים האנגליים שנקלטו במשפט הישראלי דרך סימן 46 לדבר המלך ומועצתו. הפסיקה האנגלית היא זו שיצרה את חובת האזהרה, והיא נקלטה בישראל דרך סימן 46. למרות ששיטת המשפט שלנו עצמאית, עדיין לא טרחו לעגן בחוק את חובת האזהרה.

לכאורה ניתן לומר שיש לזה איזשהו עיגון- אותו ס' 28 לחוק המעצרים שעל פני הדברים עומד על חובת האזהרה. התשובה לכך הן בשתי הבעיות:

1. זה חוק המעצרים- כשרוב החקירות נעשות כשהחשוד לא עצור.
2. האם כתוב זכות שתיקה? כתוב רק חיסיון להפללה עצמית, לא חייב שאינו חייב לומר דבר, אלא לומר דבר העלול להפלילו. זאת לא זכות שתיקה מוחלטת אלא לכל היותר חסיון בפני הפללה עצמית.

אם רוצות ליצור חובת אזהרה צריך לכתוב אותה בחוק זכויות חשודים ולא ניתן להדביק אותה רק לעצורים, שהרי לא כל החשודים הם עצורים. משום כך יש את הכרח להתבסס ואנו עדיין ניזונות מאותם תקנות שופטים אנגליות. יש לציין כי השר גדעון סער כן עיגן את כלל הפסילה הפסיקתית אך לא הצליח לעגן את זכות השתיקה.

מה הנפקות לכך שהחשוד לא הוזהר?

מפה עולה עוד שאלה- מה קורה אם חשוד לא מוזהר?

אם חוקר לא מזהיר את החשוד בדבר: 1. עבירה, 2. זכות שתיקה מוחלטת 3. כל דבר שתאמר עשוי לשמש נגדך, זה עלול להביא לטענה מצד ההגנה לקבילות הראיה. חשוב להבין כי טענה לפסלות אוטומטית היא לא נכונה, כי צריך לבדוק את הפגם בהליך ההוגן בשני המסלולים:

1. ס' 12 לפקודת הראיות
2. ס' 56א כלל פסילת הראיות.

אזהרה זכות חוקתית?

יש להבהיר כי האזהרה היא אינה זכות חוקתית. הזכות החוקתית היא הזכות להליך הוגן שממנה נגזרות זכויות בת כמו חזקת החפות, אזהרה וכו. אזהרה היא רק כלי טכני שנועד לוודא כי לא פגעו בזכות החוקתית שהיא זכות השתיקה והזכות להיוועצות, אך היא לא זכות חוקתית. ולכן אם לא הזהירו את החשוד צריך לוודא את שאלת קבילות הראיה לפי ס' 12, ועל כן יכול להיות שעל אף הפגם, הראיה תהיה קבילה. זה רק אינדיקטור לרצון חופשי אך הוא לא מוחלט. אזהרה היא אחד מהאינדיקטורים החשובים ויש סיכוי גדול שהראיה תיפסל מאחר והוא חשוב, אך זה לא היחידי.

לדוגמא- שוטר רואה תאונת דרכים קשה, השוטר עוצר לעזור בתאונה, הוא רואה אדם בוכה, והוא אומר משפט כמו איך נרדמתי על ההגה. במקרה כזה השוטר לא הזהיר אותו ולכן האם ההודאה תיפסל? בסיטואציה כזאת שאין ניצול לרעה של כוח, תרגיל חקירתי, יש פה אמירה שנאמרה לפני שהשוטר פתח את הפה. אין פה אזהרה אך כנראה שההודאה תעמוד בתנאים של ס' 12. כך גם בחקירות צורך של השב"כ (בן חארס, סמיראק). השב"כ בחקירת צורך לא דואג להזהיר את החשוד כי זה לא התכלית שלה, חקירת צורך נועדה למנוע פצצה מתקתקת, אך מה קורה כשיש כמו בבן אוליאל יש הודאה. רוב הסיכוי שקו חקירת צורך יפסל, אבל עדיין יצטרכו לבחון את זה.

**ס' 47 לפקודת הראיות**

עד עכשיו דיברנו על שתיקה במהלך החקירה. ס' 47 בפקודת הראיות הוא ס' שמחיל מעין זכות שתיקה לא רק על החקירה במשטרה אלא גם על חקירה בבית משפט. וזאת משום שס' 52 מחיל את ס' 47 על חקירה בבית משפט. ס' 47 חל גם כשהמשטרה מבקשת למסור ראיה העשויה להפליל את החשוד וחל גם כשבית משפט מבקש למסור ראיה שעשויה להפליל אותו.

**ראיות מפלילות**

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

(ב) 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.

בניגוד למה שנאמר לעיל, אפשר לשאול האם זה זכות שתיקה או זכות חיסיון מפני הפללה עצמית? זוהי זכות מפני הפללה עצמית מאחר ולא אומרים לחשוד שהוא יכול לשתוק לחלוטין, אלא אומרים לו שהוא יכול למסור ראיה שעשויה להפליל אותו.

האם ברור מזה האם זו ראיה וורבלית או רק מסמך? מזה ניתן להבין כל דבר ולא רק בגדר וורבלית. הלכת חורי אומרת כי ס' 47 חל גם על מסמכים ולא רק על ראיה וורבלית. גם אם דורשים ממני למסור מסמך, ניתן לא למסור אותו אם המסמך עלול להפליל אותי.

רכיבים נוספים שהס' מתייחס אליו:

1. הזכות בס' 47 היא לא זכות שתיקה מוחלטת אלא הפללה עצמית.
2. הס' מדבר גם על עדות ורבלית וגם על מסמכים (הלכת חורי).
3. הס' חל גם על חקירת משטרה וגם על דיון בבית משפט.
4. ס' 47 מכרסם בזכות השתיקה שהיא כעת חלקית עוד יותר בכך שבית המשפט יכול לחייב את החשד למסור את הראיה ובלבד שהוא מעניק "חיסיון שימוש": לא היה אפשר להשתמש בראיה הזו נגד אותו אדם.
5. החיסיון לא יחול על מסמכים ציבוריים (קלקודה- בהמשך).

ס' 47 ב- המחוקק מכרסם פה בזכות השתיקה כי הוא אומר שבית משפט יכול לחייב את הנאשם למסור את הראיה בין אם זה מסמך ובין אם זה עדות ורבלית, ובלבד שהוא מעניק חיסיון שימוש. מאחר והראיה נמסרה והיא עלולה להפליל את החשוד, לא ניתן יהיה להשתמש בראיה הזאת נגדו. אז למה זה מכרסם בזכות השתיקה? רק נגדו לא ניתן לעשות שימוש. לא כתוב שאי אפשר יהיה לעשות שימוש בראיות הנגזרות שנמצאו בעקבות הראיה הזאת. אז אולי בראיה הזאת לא ניתן יהיה להשתמש כנגדו אך בפירותיה ניתן יהיה.

פסיקה כרסום נוסף

בפסיקה נקבע כי אומנם ס' 47 חל גם על המסמכים, אך הוא חל רק על מסמכים פרטיים ולא על מסמכים ציבוריים. מסמכים פרטיים זה מסמכים כשמם כן הם—מכתב, יומן, דברים שנכתבים כחלק מהאוטונומיה ואין חובה על פי דין לכתוב. לעומת זאת אם זה מסמך ציבורי כמו הצהרות מס, פנקסי חשבונות, דרכון, או כל מסמך אחר שנגדיר ציבורי, החיסיון בפני הפללה עצמית לא חל עליו ויש פה עוד כרסום בזכות חיסיון בפני הפללה עצמית בהקשר של מסמכים ובכך שזה חל רק על מסמכים פרטיים.

פס"ד לגזיאל

היה מדובר בסיטואציה שלגזיאל הועמד לדין נאשם ולפי ס' 47 הוא צילם את חומר החקירה נגדו עם כתב האישום, וחומר החקירה אבד. הפרקליטות פונה אל הנאשם ומבקשת את חומר החקירה, כשהנאשם לא מסכים לכך- מאחר ואם הוא הוא ייתן את הראיות נגדו הם פוגעים בזכות כנגד הפללה עצמית. נשאלת השאלה האם ניתן לחייבו לתת את הראיות?

בית המשפט משיב בחיוב, כי כשזה נובע מהעובדה שהמסמכים שהנאשם צילם מהתביעה הם מסמכים ציבוריים והם קניינה של המדינה וזה לא של הנאשם.   
עיקר הנימוק שהחיסיון הפני הפללה עצמית לא חל כי זה מסמך ציבורי ולא מסמך פרטי. באנלוגיה במסמך ורבלי, זה מסמך שנכתב מתוכך ועליו חל החיסיון. זה מחזיר לפרשת קלקודה שם נפסק כי חיסיון בפני הפללה עצמית נסוג מפני הוראת חוק ספציפית השוללת את החיסיון. ואם כתוב שחובה למסור את המסכמים, אז החיסיון לא חל מרישומים שהחוק דורש מהאזרח למלא כדי שהן יוכלו לוודא שהוא עומד בחוק.

פס"ד גלעד שרון

פס"ד בעניין גלעד שרון העלה שאלה עוד יותר מעיינת כי עלתה שאלה חריג.

גלעד שרון גר עם אביו ראש הממשלה בדירה בחוות השקמים. אבל לאור חוק חסינות חברי כנסת, חוק שמקנה לחברי הכנסת חסינות המשטרה פירשה את החוק באופן כזה שאי אפשר להוציא צו חיפוש בביתו של גלעד שרון לאור העובדה שהוא מתגורר עם אביו חבר הכנסת אריאל שרון, שלו יש חסינות מפני חיפוש.

זה מקרה חריג שלא ניתן להוציא צו חיפוש- אם זה היה אדם מן היישוב פשוט מוצאים צו חיפוש מהשופט ואז לא נמצא בשיח של חיסיון כי לא צריך את שיתוף הפעולה של האדם, והצו מקנה למשטרה את הזכות לחפש ולתפוס ראיות ולכן לא הוא מביא את המסכמים אלא המשטרה לוקחת מכוח הצו. אך לא היה ניתן להוציא צו, ואז פונה המשטרה לבית משפט על פי ס' 43 פקודת סדר הדין הפלילי.

זה מאוד חריג שמשתמשים בס' הזה כנגד חשודים, בדרך כלל משתמשים בס' הזה כנגד עדים, כאן גלעד שרון הוא חשוד אך לא ניתן לבצע חיפוש בביתו ולכן משתמשים בס' 43 כדי שבית משפט יקרא לו, יזמן אותו וימציא מסמכים שהמשטרה דורשת. גלעד שרון מתחכם ואומר כי לחשודים יש זכות שתיקה, מבקשים ממנו לבוא בפני בית המשפט ולהציג מסמך, וצריך לקרוא את ס' 43 יחד עם ס' 47 לפקודת הראיות, הוא חשוד ולא עד, ולכן יש לו זכות שתיקה מוחלטת. כך שלמרות שבית המשפט הוציא צו שהוא מחויב להתייצב ולהביא את המסמך, הוא יכול ביחס המסמך למלא את פיו מים ולהתעלם מהמסמך. גלעד שרון אומר שהוא פשוט לא מגיע ולא מתייצב.

בית המשפט: השורה התחתונה היא שנכון לחשוד במשטרה כשהוא נחקר יש זכות שתיקה מוחלטת לעניין עדות ורבלית (למרות שהיא לא כתובה בחוק) הזכות לשתיקה מוחלטת לא קיימת לגבי הדרישה מחשוד להמציא מסמכים לפי ס' 43 לפקודת סדר הדין הפלילי מעצר וחיפוש. אין זכות שתיקה מוחלטת אלא יש רק זכות לחיסיון בפני הפללה עצמית? למה בית המשפט העליון פוסק שאין לחשוד זכות שתיקה מוחלטת לעניין מסמכים? יש לחזור לרציונליים והם לא מתקיימים כאשר מדובר על הצגת מסמכים ולא עדות ורבלית.

1. אם אמרנו שהחשוד נמצא לבד מול החוקר בלי עורך דין ויש חשש שכתוצאה מהלחץ יודה בדבר שלא ביצע, כאן אין חשש כזה, כי צו שאומר שיש להביא מסמכים הוא מול בית המשפט ולא המשטרה והוא יכולה להיוועץ עם עורך דינו.
2. מסמל הוא ראיה אובייקטיבית, אין את האופי של עדות, אין חשש שמעשים פסולים יביאו להודות במשהו שלא ביצע.
3. אין חשש להודאת שווא שקיים לגבי עדות ורבלית. לא צריך להוציא את הראיה יש מאין אלא להביא את המסמך שהיה קיים קודם.
4. המסמך הוא ציבורי, ולכן היכולת להתחקות לאחר המהימנות שלו היא הרבה יותר גדולה.
5. הרצון להימנע מהטלת חובת עשה על הפרט- זה לא קיים בעניינו, יש הרגשה לא נוחה כשמחייבים אדם לדבר, פה לא מבקשים ליצרו באופן אובייקטיבי את הראיה, אלא כל מה שנדרש הוא שיתוף פעולה מינימלי של הבאת המסמך, ולכן זה דבר דומה לצו חיפוש.

לכן המסקנה היא שאין זכות שתיקה מוחלטת כשמדובר בדרישה להמצאת מסמכים לפי ס' 43, יש לכל היותר זכות לחיסיון בפני הפללה עצמית, ולכן אנחנו נעבור אל ס' 47 לפקודת הראיות. זה נכון שצריך לקרוא את סעיף 43 יחד עם ס' 47, אף אין זכות שתיקה מוחלטת, ודבר שני הוא חייב למסור את המסמכים אלא אם יטען שמסמכים מסוימים עלולים להפליל אותו. גם כאן נבדוק האם אלו מסמכים פרטיים או ציבוריים, אם אלו מסמכים ציבוריים תמסור כי החיסיון לא חל על מסמכים ציבוריים, אם אלו מסמכים פרטיים שעלולים להפליל אותך אז עוברים ל47ב שבית המשפט יכול לחייב אותך למסור את המסמך ובלבד שיקנה לך חיסיון שימוש. ראיות נגזרות אפשר להשתמש בהם כנגדך. ולכן ס' 47 כן מכרסם בזכות להימנע מצפני הפללה עצמית וזכות השתיקה.

ס' 47ג

החשוד מעיד בחקירה ראשית ואז בא התובע שרוצה לחקור בחקירה נגדית, האם כאשר מגיעה חקירה נגדית ובאה שאלה קשה, האם שם הוא יכול להתגונן בזכות השתיקה, ויטען שעליה הוא לא חייב לענות כי זה פוגע בזכות השתיקה?

(ג) נאשם שבחר להעיד במשפטו כעד הסניגוריה, לא יחול עליו סעיף זה לגבי העבירה שהוא מואשם בה באותו משפט.

אם הוא בוחר להעיד כעד הגנה, הוא חייב להיחקר בחקירה נגדית כי אין לו זכות שתיקה. אין זכות שתיקה בחקירה נגדית אם האדם בחר להעיד כעד הגנה.

צריך לקרוא את ס' 43 יחד עם ס' 47 אבל בקונטקסט של פס"ד גלעד שרון.

פס"ד השני של גלעד שרון שם בית המשפט טוען כי המסמך לא אצלו, כל עוד המסמך נמצא אצל אדם מטעמך ויש לך את השליטה עליו אתה לא יכולה להגיד שהוא לא אצלך.

**העשרה- הצעת חוק תיקון פקודת המשטרה**

התיקון המוצע למעשה מבקש לשנות את מערכת היחסים או להסדיר בצורה יותר ברורה את מערכת היחסים בין השר לביטחון הפנים לבין פקודת המשטרה. בפקודת המשטרה יש הגדרה ברורה לסמכות המפכ"ל אך אין הגדרה לסמכות השר. היו מספר ועדות שעסקו בשאלה הזאת, אך המצב הקיים הוא שבעוד שלרשות מפכ"ל עומדות הרבה בסמכויות לניהול המשטרה, אין התייחסות בחקיקה הקיימת לסמכויות השר. המצב הזה הוא בניגוד לשרים אחרים, שהחקיקה העניקה הרבה מאוד משקל לדעת השר בפעילות המשרד.

נשאלת השאלה למה השר לביטחון פנים ולבין המפכ"ל אין כמעט התייחסות בחקיקה? זה נובע מהעובדה שלמשטרה יש ייחודיות מאוד ספציפית לעומת משרדים אחרים. המשטרה עוסקת קודם כל בניהול חקירות, ויש משמעות מאוד גדולה להחלטה על פתיחה בחקירה. זו סוגיה רגישה שאנחנו רוצות אותה נקייה מהיבטים פוליטיים, ולכן אנחנו נשאף לשמור על המשטרה (בכל מה שקשור לחקירות) כעצמאית.

זה נושא ששייך לאותה משפחה של היועץ המשפטי לממשלה שאחראי על העמדה לדין, כראש התביעה הכללית. אפילו השב"כ שלו כן יש הוראה בחוק הקובעת את כפיפותו להוראת הממשלה, אך לצידה יש הוראה אחרת שקובעת כי השב"כ לא יפעל משיקולים פוליטיים. זו הסיבה לכך שעד היום המשטרה הייתה סמכות מקצועיות, עצמאית נטולת סממנים פוליטיים. חשוב להזכיר כי המשטרה אחראית גם על היבט אחר של זכויות האדם- כמו הפגנה, עלייה להר הבית וכו. להרבה מאוד מהפעילות של המשטרה יש לה קשר ישיר לזכויות האדם (ולא רק בהיבט של חקירות), ולכן עולה השאלה האם זה ראוי שלדרג הפוליטי תהיה אפשרות להשפיע על הנושא הזה?

הצעת החוק המוצעת עושה כמה שינויים:

1. היא קובעת שהתקציב השנתי של הממשלה יהיה תקציב נפרד והשר יהיה ממונה על אותו תקציב.
2. מוסיפים ס' לפיו המפכ"ל נתון למרות הממשלה וכפוף לשר.
3. ס' הקובע כי משטרת ישראל נתונה למרות הממשלה וכפופה למרות השר.
4. הס' המרכזי הוא תיקון ס' 9- יש כאן מונח חדש שהמדיניות והעקרונות הכללים של השר.
5. ס' 8ג שאומר כי כל מה שאומר לכפיפות המפכ"ל לשר לא יחול בעניין חקירה ותיקים מסוימים- לרבות בפתיחתם, ניהולם וסיומם. מוציאים את היכולת של השר להתערב בתיק ספציפי שעומד, אך למעט לעניין מדיניות, טיפול בתיקים והעמדה לדין. לפי ההצעה יש לשר פוליטי את היכולת לקבוע מדיניות בעניין העמדה לדין ולא רק בעניין בחקירות, וזה מה שעד היום נמצא בסמכותו של היועץ המשפטי לממשלה כראש התביעה הכללית. כעת לפי ההצעה גם בעניין העמדה לדין יוכל השר להתערב בשל מדיניות העמדה לדין.

יש פה שאלה עקרונית, שמחד ניתן לטעון כי השר הוא בעל האחריות ולכן מדוע שלא נקנה לו סמכות, וכי טענת נגד יטענו שהשר רשאי לעסוק רק בהוראות כלליות. כלומר למה שתהיה בעיה ונמנע משר את האפשרות להורות למפכ"ל שיתרכזו יותר בX מאשר בy. בעני הראל זו דרמה כי התיקון מאוד עמום- גם ועדת צדוק ושרי הביטחון פנים הבינו כי בשיח עם המפכ"לים הצליחו לגבש איזושהי צורת עבודה שכן מאפשרת לשר לקבוע מדיניות או לכל הפחות להתוות מדיניות, אך ללא התערבות בפועל. לא ברור מהנוסח הזה מה הכוונה מדיניות, מה תכלול מדיניות- האם למשל השר יכול להגיד לא להשקיע יותר כספים בחקירות הקשורות להיבטים פוליטיים? החשש הגדול כי הנוסח הכללי והעמום הזה יוביל לפריצה של המצב הקיים וזה יכול בתורו להוביל לפוליטיזציה של המשטרה ולשימוש במשטרה לצרכים פוליטיים.   
הצעת החוק הזו היא לא מספיק ברורה, עמומה מידי, ולא התקיים דיון ציבורי מעמיק כדי להתוות בידוק את המותר והאסור, ובטח ובטח בכל מה שקשור להעמדה לדין ששם זה ממש סטייה בולטת מהמצב הקיים. העמדה לדין נכון להיום נתונה ליועץ המשפטי לממשלה. אך כאן לכאורה נוכל לאפשר תכתיב של השר למדיניות העמדה לדין.

יש גם טענה שמנסה להשוות בין הצבא למשטרה, אך לא הרי משטרת ישראל כצבא להגנה לישראל- שכל המהות שלו זה להפעיל כוח כנגד אויבים מבחוץ, בעוד שהמשטרה אמורה לאכוף את הדין כנגד אזרחים. המהות שלה היא שונה לחלוטין ולכן עצם החשש לפוליטיזציה הוא הרבה יותר מסוכן שמדובר בגוף שאמור לאכוף את הזכויות בתוך מדינת ישראל.

**הגבלת חירות- עיכוב ומעצר**

**הגבלת החירות**

אנחנו נעסוק בנושאים הקשורים להגבלת חירות- מעיכוב (שם משהים את חופש התנועה לתקופת זמן מוגבלת), ממשיך למעצר שם הפגיעה בחירות היא הקשה ביותר, וממשיך גם לכל מה שקשור לשחרור ותנאים, שגם אם אין פגיעה בחירות, יש כאן פגיעות קשות בזכויות חוקתיות אחרות- כבוד האדם, קניין וכו. שכן יש גם היבטים שלמים הקשורים לחיפוש- בין אם זה בגוף האדם שם הפגיעה בכבוד היא משמעותית וכו. כל ההיבטים האלה קשורים להגבלת חירות אגב ההליך הפלילי.

1. **עיכוב**

**מהו עיכוב?**

כל דיני העיכוב מוסדרים בחוק המעצרים, פרק ג'. כשאנחנו מדברות על עיכוב, אנחנו עוסקות בשורה התחתונה של הגבלת חירות, שהיא הגבלה המסויגת מראש גם מבחינת הזמן וגם מבחינת התכלית. אנחנו נגביל את החירות ונשהה את חופש התנועה במובן שאדם לא יכול לנוע באופן חופשי, אבל ההגבלה הזאת על חופש התנועה כפופה לזמן מוגדר ותכלית מסוימת.

ס' 1- גם עיכוב למרות שלא מדבר על שלילת חופש התנועה, מחייב הסמכה בחוק או לפי חוק (כלומר בתקנות שם צריכה להיות הסמכה מפורשת). אין להקל ראש בפגיעה הקיימת בזכויות החוקתיות כתוצאה מעיכוב.

**מעצר ותחולה**

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

ס' 1 לא מגדיר לנו מהו עיכוב, ולכן יש לפנות לפרק ג.

ס' 66- עיכוב ניתן לבצע בשל חשד שנעשתה עבירות חטא, עוון בפשע, וזאת בניגוד למעצר, שהוא רלוונטי אך ורק לעבירת פשע או עוון (ולא חטא). יש פה הכרעה של המחוקק שעבירת חטא שהעונש פחות משלושה חודשי מאסר, לא חמורה מספיק עדי כדי לפגוע פגיעה אנושה בזכויות חוקתיות עקב המעצר.

**הגדרות (תיקון מס' 1)  תשנ"ז-1997**

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

בשל החשד שנעשתה עבירה או בכדי למנוע ביצוע עבירה. כלומר במקרה בו אין חשד שאדם ביצע עבירה, ניתן לעכב אותו וזאת כי למנוע ביצוע עבירה עתידית.   
לדוגמא- נניח יש צו של מפקד צבאי שאומר כי אזור מסוים נקבע כשטח צבאי סגור ואסור להגיע, אך ידוע כי יש אוטובוס שלם שמצהיר במפורש שהוא נוסע כדי להפר את הצו הזה. המשטרה יכולה לעכב את האוטובוס הזה כבר בתל אביב, וזה מפני שהיא רוצה למנוע את ביצוע העבירה.

אשר הגבלת החירות מסוימת מראש בזמן ובתכלית- כלומר הגבלת החירות היא מדודה גם מבחינת הזמן, וגם מבחינת התכלית:

1. זמן

ס' 73 א קובע את מסגרת הזמנים, ועונה על הגדרת הזמן בהגבלת החירות.

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

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

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

לפי הס' ניתן לעכב עד 3 שעות, ובמקרים שבהם יש נימוקים מיוחדים ניתן לעכב עד 6 שעות. נימוקים מיוחדים יכולים להיות לדוגמא בסיטואציה של מספר רב של מעורבים. כלומר הכלל הוא שלוש שעות, החריג הוא שש שעות. כשלפני זה ברירת המחדל הוא פרק זמן סביר (פרק הזמן הדרוש)- ברירת המחדל היא לא ללכת שלוש שעות בהגדרה.

איך יכול להיות שיש מגבלה של שלוש שעות ובכל זאת אנשים מעוכבים ונחקרים למשך זמן ארוך יותר? בתרחיש הזה, ברגע שהחוקר מתקשר ומבקש מהחשוד לגשת לתחנה, ונענה לבקשתו, החשוד לא תחת הגדרת מעוכב, כי הוא בא מרצונו. וכשהמשטרה מבקשת מהחשוד להתייצב בתחנה, הוא צריך לסייע לה לבצע את מלאכתה ולהגיע. אם אדם מגיע מיוזמתו (נענה לבקשה) זה לא נחשב עיכוב. רוב הנחקרים במדינת ישראל כשקוראים להם הם מגיעים, ולכן כמעט ולא מגיעים לתרחיש של צו מעצר או עיכוב.

עיכוב תמיד עדיף ממעצר וזאת כחלק מעקרון המידתיות. ס' 23 ג בחוק המעצרים עוסק בתרחיש מתי שוטר יכול בשטח לעצור אדם מבלי שיש לו צו של שופט. המחוקק מגדיר במפורש לשופט כי תמיד עדיף עיכוב על פני מעצר, כחלק מעקרון המידתיות שחל על כל גבי המשפט, ובפרט בסדר דין פלילי ודיני מעצרים.

1. תכלית

התכלית משתנה בהתאם לסוג העיכוב ועל ידי מי הוא בוצע. ולכן על מנת להגדיר את התכלית המסוימת, נצטרך לחלק את הדיון לשניים: נתחיל בעיכוב על ידי שוטר ונמשיך על עיכוב על ידי אדם פרטי (שגם זאת סמכות שהמחוקק מקנה בחוק המעצרים).

**סוגי העיכוב- שוטר\ אדם פרטי**

1. **עיכוב על ידי שוטר**

גם כאן נחלק את הדיון לשניים, לעיכוב של חשוד ולעיכוב של עד.

1. עיכוב של חשוד

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

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

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

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

(2)   הזיהוי היה בלתי מספיק, או לא ניתן לחקור אותו במקום הימצאו.

עיכוב= הגבלת חירות מוגבלת מראש ובזמן ובתכלית. בחוק המעצרים אנחנו רואות כי המחוקק מגדיר מראש לשוטר מה תכלית העיכוב:

ס' 67- המחוקק קבע שתי תכליות לעיכוב

* בירור הזהות והכתוב של האדם שנמצא מול השוטר.
* על מנת לחקור את אותו אדם ולמסור לו מסמכים.

המחוקק יוצר הבחנה נוספת בין סיטואציה בה השוטר מעכב את החשוד או את אותו אדם במקום הימצאותו (שטח), לבין סיטואציה בה השוטר מבקש ממנו להתלוות אליו לתחנת המשטרה כדי שהחקירה תהיה בתחנה ולא בשטח (או שהוא יבוא לתחנת המשטרה בתאריך עתידי). שני התרחישים האלה נמצאים יחד, ויש איזושהי הקשחה של התנאים. המחוקק יוצר הבחנה בין הסיבות שמובילות את השוטר לעכב את אותו אדם, ולדרוש את הגעתו לתחנת המשטרה לצורך חקירה (עכשיו או במועד אחר):

* אם מדובר ביסוד סביר שנעברה עבירה אין הבדל.
* אם מדובר בכך שהאדם חשוד בכך שהוא עומד לעבור עבירה, כאן מקשיחים- הסתברות גבוהה לכך שהוא עומד לעבור עבירה. לא מספיק שהשוטר חושב שהחשוד עומד לעבור עבירה, אלא צריכה להיות הסתברות גבוהה לכך, ובנוסף צריך שהזיהוי היה בלתי מספיק (כלומר שלא ידועה הזהות), או שלא ניתן לחקור בשטח (כי לא כל חקירה אפשר לבצע בקרן הרחוב).

ניתן לראות שיש פה הקשחה של התנאים ביחס לעיכוב בתחנת המשטרה כאן ועכשיו או זמן עתידי אחר.

יסוד סביר לחשד שאדם ביצע עבירה

עיכוב מהווה פגיעה בזכויות אדם ולכן צריך חשד סביר לביצוע עבירה. דיברנו על חשד סביר ככרטיס הכניסה והתנאי המקדמי לפתיחה בחקירה, וזאת להבדיל מבדיקה מוקדמת.

פס"ד דגני- פס"ד דגני מסביר מהו יסוד סביר לחשד, והוא קובע לו מבחן אובייקטיבי. לפי המבחן האובייקטיבי צריך להראות כי שוטר סביר שהיה נמצא בסיטואציה הזו היה מגבש את אותו חשד סביר. חשוב להבין כי אינטואיציה, תחושת בטן ואמונה סבירה זה לא מספיק, בדומה לעבר פלילי קודם במנותק מנסיבות חיצוניות נוספות (בן חיים). במבחן החשד הסביר צריך שתהיה ראיה שתבסס את הסבירות של החשד. הראיה הזאת יכולה להיות ראיה שהתקבלה במישרין (כמו ריח או ראיה), אך היא יכולה להיות גם ראיה ממידע מודיעיני שהוא מספיק מבוסס בעיני כל שוטר סביר.  
שוטר צריך לבחון את כל הנסיבות העומדות בפניו- אך אין זה אומר שחובה שיהיו לשוטר ראיות שמהן ניתן לסבור חד משמעית שנעשתה עבירה, אלא מספיק ראיות המצביעות על הכיוון.   
כמו כן לא מעט פעמים יהיו סיטואציות שבדיעבד מסתבר שהשוטר טעה בחשד שלו, אך זה לא מעיד על היעדר סבירות. כלומר המבחן לחשד הסביר הוא לא האם בדיעבד צדקת, כך שטעות עובדתית לא גורעת מחוקיות העיכוב, ולכן כל עוד שוטר הצליח לבסס את החשד הסביר הנדרש, מעשיו כשרים גם אם הוא שגה.

עיכוב בשטח מול עיכוב לצורך חקירה

**חקירה בתחנת משטרה**

(3א) חקירת חשוד תתנהל בתחנת משטרה (בחוק זה – תחנה), אלא אם כן סבר השוטר כי לא ניתן לנהלה בתחנה או שיש צורך עניני לנהלה בדחיפות מחוץ לתחנה, או אם סבר הקצין הממונה כי קיים צורך עניני בחקירת החשוד מחוץ לתחנה.

ההבחנה בין עיכוב בשטח לבין עיכוב לצורך חקירה במשטרה- לפי ס' 3א לחוק חקירת חשודים, ברירת המחדל היא שחוקרים חשודים בתחנת המשטרה ולא בשטח.

עם זאת, עלתה בפסיקה השאלה איך ס' 3א משתלב עם ס' 67 שממנו עולה כי חקירה תתבצע בשטח כשמדובר בעיכוב?

פס"ד חוטר ישי: השופט זמיר בפרשת חוטר ישי נותן עדיפות לחקירה במשטרה. הוא אומר כי קודם כל כשאתה מוזמן לתחנת המשטרה אנא תתייצב, ומדבריו ברור כי הכלל הוא חקירה במשטרה והחריג הוא חקירה במקום. כלומר השופט זמיר מבהיר כי הוא במלאכת הפרשנות והוא נותן את העדיפות לחוק חקירת חשודים.  
הואיל ורוב החקירות נעשות בהסכמה הנושא הזה לא הגיע יתר על המידה לבית המשפט העליון.

מי מוסמך לעכב?

ס' 39 מעניק סמכויות מעצר לעובדי ציבור. האפשרות הזאת לא הייתה טרם חוק המעצרים.

**הענקת סמכויות מעצר לעובדי ציבור**

39.  (א)  השר לבטחון פנים, רשאי בצו להעניק לעובד ציבור סמכויות שוטר לעכב או לעצור ללא צו שופט, אם שוכנע כי מתן הסמכות חיוני למילוי תפקידו.

ס' 39 עדיין מדבר על עיכוב על ידי שוטר בלבד, ולא מדבר על עיכוב על ידי אדם פרטי. עם זאת, הס' קובע כי שוטר יכול להיות גם עובד ציבור שקיבל הסמכה מהשר לביטחון פנים. ניתן להסיק מהס' שאדם פרטי לא יכול לקבל סמכות לעכב, אלא רק מי שנחשב לעובד מדינה.

1. **עיכוב של עד**

אחד הדברים המדהימים שקרו לפני חוק המעצרים הוא שהסיטואציה בשטח הייתה בלתי נסבלת- פקודת הפרוצדורה הפלילית, העניקה לשוטר את הסמכות לחקור כל אדם, אבל לא הייתה סמכות מפורשת המאפשרת לחייב לכל אדם ולדרוש ממנו להתלוות אל השוטר. כך שלפני התיקון המצב היה אבסורדי- משטרת ישראל שגם ככה כוח האדם שלה מוגבל, כעת צריכה לחטט את רגליה כי העד לא מסכים להגיע למשטרה. זאת אומרת יש לה סמכות לחייב לענות לכל שאלה, אבל אין לה סמכות לחייב אותו לבוא אליה. כך שנשאלת השאלה האם משטרת ישראל תחקור עדים בבתיהם? זה לא לעניין ולא נכון לאפשר מצב כזה. בעקבות זאת התווספה בחוק המעצרים הסמכות לעכב עד.

ס' 68:

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

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

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

גם פה זה לא דבר פשוט ומובן מאליו- עד הוא לא חשוד, ובכל זאת ס' 68 קובע כי יש סמכות מפורשת המאפשרת לשוטר לעכב עד שאדם שיכול למסור לו מידע או כדי לברר את זהותו או כדי לחקור אותו במקום, או לזמן אותו לתחנת המשטרה הקרובה. כלומר ס' 68 מאפשר לשוטר גם לעכב את העד וגם לזמן אותו אחרי זה לתחנת המשטרה. אך הסמכות היא לא רק לזימון עתידי לתחנה, אלא השוטר יכול לדרוש מהעד ולחייב אותו להגיע באופן מידי לתחנת המשטרה. וזה בדרך כלל קורה אם יש חשש שהעד לא יתייצב לחקירה במועד שנקבע, ולכן במקרה כזה השוטר יכול לדרוש ממנו להגיע איתו עכשיו תחנת משטרה.

**אופן ביצוע העיכוב**

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

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

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

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

(2)   אם מילוין עלול לסכל את ביצוע המעצר;

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

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

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

אופן ביצוע העיכוב מוסדר בס' 72, עם הפניה לס' 24. ס' 24 עוסק באופן ביצוע המעצר, והמחוקק שולח לס' 24 ומחיל אותו על עיכוב בשינויים המחייבים. כלומר נחיל את אותו הנוהל לגבי מעצר של ס' 24 ביחס לעיכוב:

* לזהות את עצמו- ביותו שמו והיותו שוטר
* מעוכב- מיד הוא צריך להודיע לאדם שהוא מעוכב, כאן יש את שינוי הסטטוס- החשוד צריך לדעת שהוא מעוכב.
* בהקדם האפשרי להבהיר לו את סיבת העיכוב.

מזה ניתן ללמוד שיש פרוצדורה מאוד ברורה לעיכוב.

הוראות ס' 24(ב)-יש כל מיני תרחישים המאפשרים לשוטר לעכב את השלבים השונים באופן ביצוע העיכוב, אבל דבר אחד אי אפשר לדחות וזה החובה להודיע לו על העיכוב. לגבי יתר החובות- קרי סיבת העיכוב, זיהוי, אלה דברים שאפשר לדחות אם מתקיימות הנסיבות של ס' ב.  
לדוגמא- נניח אדם שורף צמיגים במחאה, השוטר צריך לפנות את הכביש ואחרי זה הוא יסביר את סיבת העיכוב. אך הדבר הברור הוא שלא ניתן לדחות את החובה להודיע על עצמם העיכוב.

מאוד מעניין ס' ג- "מילוי החובות.... הוא תנאי לחוקיות המעצר". ס' 24(ג) בעצם אומר לשוטר כי אם הוא כשל בטכניקה, באופן ביצוע העיכוב, העיכוב לא חוקי על כל המשמעויות הכורכות בכך. כך שאם אדם נמלט מהשוטר בעיכוב כזה, הוא לא יועמד לדין על הפרת חובה חוקית, כי כל אקט העיכוב עצמו הוא לא חוקי. כך שעל השוטר לעשות את הפרוצדורות הנדרשות כדי להימנע מאי חוקיות העיכוב.   
ס' ג מאוד חריג בנוף החקיקתי- יש הרבה מאוד הוראות שאומרות מה צריך לעשות, אבל אין כמעט הוראות שאומרות שאם לא עשית כך וכך זה לא חוקי. המחוקק רוצה להסביר כי שינוי הסטטוס של אדם צריך להיעשות בפרוצדורה הדרושה, בדגש על הודעה בשינוי הסטטוס.

ברגע הזה שס' 72 החיל את ס' 24 על עיכוב= למשל לא ניתן לעשות עיכוב בטלפון כי ראינו איך מעכבים, ולכן כל הפרוצדורה ששוטר מבקש מאדם להגיע לתחנה היא לא נחשבת עיכוב. אם כמובן החשוד מגיע בהסכמה אז אנחנו לא נמצא במחוז של עיכוב. אך אם האדם לא מתייצב בתחנה, עדיין השוטר צריך לבוא פיזית אליו, ולבצע במקום את כל הפרוצדורה, ואז באמצעות העיכוב ניתן להביא אותו לתחנת המשטרה.

**סוגי עיכובים**

ס' 69- עיכוב לחיפוש ולבדיקת מסמכים

**עיכוב לחיפוש ולבדיקת מסמכים (תיקון מס' 1)  תשנ"ז-1997**

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

ס' 69 קובע את היכולת של השוטר לבצע עיכוב על מנת לערוך חיפוש ולבדוק מסמכים.   
דוגמא מתעבורה- יש לשוטר סמכות לדרוש רישיון נהיגה גם ללא חשד סביר, אך ברגע שהוא דורש להציג רישיון נהיגה הוא מעכב את הנהג. איפה הסמכות? בפקודת התעבורה יש רק סמכות להצגת רישיונות, אך איפה הסמכות לעכב? זה חוזר אל ס' 69 שאומר כי אם בחוק אחר יש סמכות להצגת מסמכים, אז בחוק הזה ניתנת גם הסמכות לעכב את האדם כדי לממש את הסמכות ההיא. כך נכנסו לכל דיני העיכוב, מה שמוביל לפס"ד בעניין טבקה.

פס"ד טבקה

פס"ד טבקה הוא בהקשר חוקיות המנהל אך מתקשר גם לסדר דין פלילי.

**החזקת תעודת זהות והצגתה**

2.    תושב שמלאו לו 16 שנים חייב לשאת עמו תמיד תעודת זהות ולהציגה בפני קצין משטרה בכיר, ראש רשות מקומית, שוטר או חייל במילוי תפקידם, כשידרשו זאת ממנו.

בפס"ד עוסקים בשאלה המשפטית הפשוטה האם מכוח ס' 2 לחוק תעודת זהות והצגתה רשאי שוטר לדרוש מאדם שיציג לו תעודת זהות ללא חשד סביר?

כדי להבין את השאלה הזאת צריך לפנות לס' 2 לחוק.

כל פס"ד טבקה עוסק בפרשנות של המילים כשידרשו זאת ממנו. המשטרה פירשה את הס' הזה ככזה המאפשר לה לדרוש תעודת זהות ללא חשד סביר, כי לא כתוב. המשטרה פירשה אפילו פרשנות יותר מחמירה- והיא באה אומרה שלא רק שהיא יכולה לדרוש מפלוני תעודת זהות מבלי שיש חשד סביר, לא היא יכולה לבצע פעולות שיטור נוספות ללא חשד סביר. למשל שוטר יכול לקחת את תעודת הזהות, להיכנס למסוף המשטרתי, לראות אתה פרטים אודות האדם שנמצא מולו, לברר אודות עברו הפלילי וכו.

האם השלוש מילים כשידרשו זאת ממנו יכולות להחזיק את הדרישה להציג תעודת זהות, ועוד יותר את הדרישה לבצע פעולות שיטור נוספות?  
הדרישה להצגת תעודת הזהות זה בגדר עיכוב, בשל ס' 69. נכנסו תחת כל הפרוצדורה של עיכוב על כל המשתמע מכך- מגבלת זמן, אופן ביצוע העיכוב (24), אך השאלה היא האם המילים הללו יכולות להכיל גם את הדרישה להציג תעודת זהות ללא חשד סביר?

ביהמ"ש: השופטת חיות בפס"ד בדעת הרוב קובעת כי התשובה חיובית אך מסייגת את דבריה (רק על עצם הצגת תעודת זהות). בפס"ד היא מפרשת את המילים האלה ואומרת כי גם אם היא הייתה רוצה אין פה שום דרישה לחשד סביר, ולכן ניתן לדרוש גם ללא חשד סביר. אך גם פה היא מסייגת ואומר כי אם שוטר מבקש תעודת זהות על בסיס ס' 2, צריך להראות למה הוא צריך את תעודת זהות. לצורך מילוי תפקידו- כלומר צריך קשר סיבתי בין הצגת תעודת הזהות לבין מילוי תפקידו.

לדוגמא- ניקח מקרה של צעירים ששותים אלכוהול, אם הוא דורש תעודת זהות זה לגיטימי כי בקשת תעודת הזהות היא לצורך הבדיקה האם מדובר בצעירים מתחת לגיל 18 או לא. או למשל שוטר שהולך באתר בנייה, אם השוטר מבקש תעודת זהות זה לצורך הבדיקה האם מדובר באזרח ישראלי או שב"ח. בסיטואציה הזאת יש מידע רלוונטי בתעודת שלשמו השוטר ביקש. זה לא לקפריזה, כך שדרך הדרישה הזאת, נדרש אלמנט אובייקטיבי שהוא לא חשד סביר. כלומר צריך קשר סיבתי בין דרישת הצגת תעודת הזהות, לכתוב בה מה. שמביא לכך שגם בהיעדר דרישת חשד סביר, צריך קריטריון אובייקטיבי.

הנשיאה בחלק השני של פס"ד אומרת כי כשהמשטרה מבקשת פעולות שיטור נוספות- על פעולות השיטור הנוספות צריך חשד סביר. השלוש מילים אלה לא יכולות להחיל מבחינה פרשנית את פעולות השיטור הנוספות. אם יש חשד סביר אנחנו לא נמצא בחוק תעודת זהות אלא חסד"פ- לא צריך את העיכוב דרך החוק הזה, אלא יש מנגנון אחר. אם יש חשד סביר זה כבר עניין אחר ולא צריך את ס' 2.   
גם במסלול של ס' 69, גם אם דורש תעודת זהות בלי חשד סביר זה עדיין נחשב עיכוב ולכן צריך לבצע את כל הפעולות הפורמליות שדורש עיכוב. באופן פורמלי זה עיכוב לכל דבר ועניין.

חיות הולכת בין הטיפות- מצד אחד היא מאפשרת ללא חשד סביר, אך בשביל למנוע פרופיילינג היא דורשת הסבר וקשר סיבתי אובייקטיבי.

בהערת אגב, השופט שטיין בדעת מיעוט סבור שצריך חשד סביר גם לעצם הדרישה של הצגת תעודת זהות, גם אם זה לא פעולות שיטור נוספות. הוא מגיע למסקנה כי אם ידרשו זאת ממנו, הכוונה היא שזה בתנאי שיש חוק אחר שמדבר על חשד סביר. כאשר שוטר דורש דבר מה מבלי שיש לו סמכות מכוח הדין (ונקודת מוצאו היא שאין לו סמכות), יכול אזרח ללכת מבלי לתת תעודת זהות. היעדר חובה שבדין משמעותה חסינות. הרציונל הוא חופש, לא כבוד ולא פרטיות- כשאין סמכות לא מגיעים לכבוד או פרטיות פשוט אין סמכות ולא חובה לענות לו.

"כאשר שוטר או בעל שררה אחר פונה לאזרח ודורש ממנו דבר-מה מבלי שדרישתו מגובה בסמכות מכוח דין, רשאי האזרח לענות לאותו בעל שררה "לאו בעל דברים דידי את" ואחר כך להפנות לו את גבו וללכת לענייניו. נימוסין והליכות שבהן האזרח נתברך יכול שינחוהו לתת לאיש השררה תשובה אחרת ולהיענות לדרישתו, אך לא באלו קא עסקינן, אלא בהיעדר חובה שבדין. היעדר חובה שבדין, משמעה חסינות מפעולות של אנשי שררה וחירות שלא להיות מוטרד על ידיהם בשום דרך. חירות זו היא בגדר זכות שלילית: הזכות לא להיות מסומן ומוטרד על ידי שוטר או איש שררה אחר, והרציונל שלה הוא חופש כפשוטו – לא כבוד, ולא פרטיות."

ס' 70- עיכוב לשם ביצוע צו מעצר או צו מאסר

**עיכוב לביצוע צו מעצר או צו מאסר (תיקון מס' 1)  תשנ"ז-1997**

70.  (א)  היה לשוטר יסוד סביר לחשד כי ניתן נגד אדם צו מעצר או צו מאסר, רשאי הוא לעכבו עד לקבלת עותק הצו, לצורך ביצוע המעצר או המאסר על פיו.

          (ב)  לא ניתן לקבל עותק הצו במקום, רשאי שוטר לדרוש מאותו אדם להילוות עמו לתחנת המשטרה לשם קבלת הצו ולשם ביצוע המעצר או המאסר על פיו.

ס' 71- עיכוב כלי רכב לשם חיפוש

**עיכוב כלי רכב לשם חיפוש (תיקון מס' 1)  תשנ"ז-1997**

71.  (א)  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.

המיוחדות של הס' הזה בא לידי ביטוי בעובדה שכאן המחוקק מסמיך את השוטר אם יש לו חשד סביר שנעשתה עבירת עוון ופשע, וסבר שיש לבצע חיפוש בכלי הרכב, הוא יכול להורות לעכב את כלי הרכב. מה שמיוחד שהוא גם מקנה את הסמכות לחפש ברכב כדי לאתר את מבצע העבירה, קורבנה או ראיה הקשורה בעבירה, וגם מקנה את סמכות העיכוב. כלומר גם את סמכות החיפוש וגם את סמכות העיכוב.

ס' 72 א (יורחב בהמשך)

**חיפוש מוגבל על גופו של אדם שעוכב (תיקון מס' 14) תשע"ח-2018**

72א.  (א)  שוטר רשאי לערוך חיפוש מוגבל על גופו של אדם שעוכב, בעת כניסתו לרכב בשימוש משטרת ישראל או לאמבולנס, בליווי שוטר, לשם תפיסת נשק או חפץ אחר, העלול לסכן את שלומו של אדם או את ביטחון הציבור או העלול לסייע בבריחתו גם בלא חשד שהאדם מחזיק חפץ כאמור, ורשאי השוטר לתפוס את החפץ שהתגלה אגב החיפוש.

יש פה סמכות מוגבלת לבצע חיפוש מוגבל על גופו של אדם שעוכב. אם למשל שוטר חושד שיש לאדם נשק עליו לפני שהוא מכניס לניידת, גם אם הוא לא עצור, יש לשוטר סמכות לחיפוש מוגבל.

**ס' 74- דו"ח עיכוב**

השוטר צריך עם תום העיכוב לכתוב דוח, אך רק אם הובא לתחנת המשטרה או שעברו מעל ל20 דק.

1. **עיכוב על ידי אדם פרטי**

כאן יש סמכות חריגה לאדם פרטי לבצע עיכוב בתנאים שמעוגנים בס' 75.

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

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

(1)   האדם חשוד כי ביצע בפניו עבירת אלימות, פשע, גניבה או עבירה שגרמה נזק של ממש לרכוש;

(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.

אדם פרטי לפי הדין לא יכול לבצע מעצר. אבל הוא כן יכול לעכב בנסיבות מסוימות. ככל הדין מסתייג מסעדים עצמיים, בטח כשאנשים פרטיים מבצעים אותם, ובטח כשיש שימוש בכוח. וזה מפני שנקודת המוצא היא שלרשויות הביטחון יש מונופול בכל מה שקשור לשימוש בכוח ובאלימות לא בכדי. ולכן ככלל לא נרצה שאנשים פרטיים יבצעו מעצרים.

אדם פרטי רשאי לעכב במקרים הללו:

75א(1):

האדם חשוד כי ביצע בפניו עבירת אלימות, פשע, גניבה או עבירה שגרמה נזק של ממש לרכוש.

לדוגמא- אם אני הולכת ברחוב ורואה אדם מכה אדם אחר, אני יכולה לעכב את המכה כי זאת עבירת אלימות שנעשתה בפניי עד לבואו של שוטר. או אפילו אם הוא גנב לנגד עיני.

75א(2):

יש אלמנט של שרשור. אני לא ראיתי במו עיני את החשוד מבצע עבירה, אך מישהו אחר ראה ומישהו אחר רודף אחריו, ומישהו צועק לי לבוא לעזור כי למשל הוא ראה אותו גונב חפץ. אולי זה לא בוצע בפניי, בוצע בפניי אדם אחר אך הוא קורא לעזרה.

שני המקרים האלה תקפים רק בתנאי שיש חשש שהחשוד ימלט או שהזדהותו אינה ידועה.   
למשל אם אדם יש לו ויכוח עם בעל המסעדה, ורואים את בעל המסעדה מכה את הלקוח. לא ניתן לעכב משום שזהותו ידועה- הוא בעל המסעדה ואין חשש שהוא ימלט. יכול וניתן להתקשר למשטרה אך לא ניתן לעכב. העבודה שאומרים והכל אם יש חשש- זה רלוונטי לשני הסעיפים ושתי האופציות.

75(ב)- מגבלת זמנים- גם פה יש מגבלה של שלוש שעות.

ס' 75ג- רשאי להשתמש בכוח סביר ובלבד שלא יהיה השימוש בכוח כדי לגרום לחבלה- מה זה "בכוח סביר"? ומה זה "כדי לגרום לחשוד חבלה"? לא כולם לומדים משפטים ולא כולם יבינו מה המשמעות. לכן אזרח שמעכב אדם אחר צריך לדעת שאסור לו לגרום חבלה- יש לו סמכות להשתמש בכוח סביר אך לא לגרום חבלה. אך אם נגרמה חבלה והחבלה פגעה באותו אדם מעוכב, האזרח חרג מסמכותו ועוד יותר מזה הוא ביצע עיכוב של כדין ואין לו חסינות מתביעה אזרחית כתוצאה מהנזק שנגרם.   
זה נודע מס' 44 לפקודת סדר הדין הפלילי מעצר וחיפוש. בס' נקבע הפטור מאחריות של שוטר בשל מעצר ועיכוב. שוטרים נהנים מפטור מאחריות פלילית או אזרחית אם העיכוב או המעצר היה בתום לב ולמען שלום הציבור, גם אם הם פעלו לפי הדין. שוטר שעיכב שלא כדין לא ניתן להעמידו לאחריות פלילית או אזרחית, בתנאי שהוא עשה את זה בתום לב ולמען שלום הציבור. האדם הפרטי שעיכב את החשוד אין לו את ההגנה הזאת כי כתבו שוטר במפורש, ולכן אולי יועמ"ש יפטור מאחריות פלילית, אך אין פטור מאחריות אזרחית.

**פטור שוטר מאחריות (תיקון מס' 9)  תשנ"ז-1997**

44.  שוטר לא ישא באחריות אזרחית או פלילית בשל מעצר או עיכוב שלדעת בית המשפט ביצע אותו בתום לב ולמען שלום הציבור, אולם האמור בסעיף זה לא יגרע מכוחם של הממונים עליו לנקוט אמצעים משמעתיים כפי שיראו לנחוץ.

כל זה נובע מהרתיעה של המחוקק מסעד עצמי. כל מה שקשור לאזרח שנוטל את החוק לידיו, זה דבר שהמחוקק מנסה להמעיט בו- מעצר לא קיים, עיכוב קיים אך במגבלות מהותיות.

**אופן העיכוב**

האם אדם פרטי שמעכב כפוך לאופן ביצוע העיכוב שהשוטר כפוף אליו? כלומר הוא צריך להודיע למעוכב כי:

1. זהות המעכב
2. שינוי סטטוס- עיכוב
3. סיבת העיכוב

בס' 72 כתוב כי על מבצע העיכוב ולכן מבחינה לשונית ניתן לטעון שגם אדם פרטי כפוף לכך. הנושא הוכרע בפרשת ירדאו-קסאי.

פס"ד ירדאו-קסאי

דעת הרוב היא שזו גזירה שהציבור לא יוכל לעמוד בה. השופטת ברק ארז אומרת כי כן נרצה לעודד את הציבור לעזור לזולת אך אם נחיל את הס' על אדם פרטי, אנחנו חוטאות את הס' זה אם נחדיר את דרישת העיכוב, רוקנו מתוכן את הדרישה. לא ניתן לצפות שזה יקרה, כפרשנים חייבים להבין את זה. ולכן בפס"ד נקבע כי אדם פרטי לא כפוף לנוהל ביצוע העיכוב ששוטר כפוף אליו.

פס"ד משלב גם את דיני העיכוב וגם את כלל הפסילה הפסיקתית.

רקע עובדתי: אדם רכב על אופניים, בזמן שאנשים החלו להתקשר למשטרה והחלו להתלונן עליו. הפקחים מעכבים אותו ומכאן הכל מסתבך כי הוא רוכב לתומו על אופניו, פתאום קופצים עליו מכל עבר פקחים ושם מבצעים חיפוש. מוצאים עליו סכין שהוחזקה שלא כדין וטלפון שנחשד כגנוב, אבל הכל התחיל מעיכוב לא חוקי.

בית המשפט: בית המשפט מגיע למסקנה מהתשתית הנורמטיבית שעמדה בפניו עולה שהפקחים לא נחשבים שוטרים לצורך ביצוע העיכוב. יש חוק שמקנה סמכויות עיכוב לפקחים אך הוא לא נכנס לתוקף בזמן שהתבצע העיכוב, ולכן בסיטואציה הזאת הם תפקדו כאנשים פרטיים. יש פה סיטואציה של "חשד נעבר"- א' הוא גיבש לנגד עיניו, א' אומר לב', ב' אומר לג' וג' מבצע את העיכוב. ולכן בית המשפט בוחן את הסיטואציה בהקשר של עיכוב על ידי אדם פרטי.

1. הפקחים לא ראו בפניהם את עבירת האלימות.
2. או שאדם אחר מצביע על אדם שביצע מול עיניו עבירה- גם זה לא קרה כי גם אותו אחד שהתקשר לא בוצעה בפניו שום עבירה, הבחור סך הכל רכב על אופניו.

זאת סיטואציה שברור מהעובדות כי לא מתקיימים התנאים הנרשים לעיכוב, מכאן שהעיכוב לא חוקי, ולכן היה צריך לדון בהלכת יששכרוב. האיש היה עצור על כך לא מעט זמן שבסוף בית המשפט העליון מזכה אותו מאחת העבירות בשל יישום של כלל הפסילה הפסיקתית, הוא מזכה מעבירה של נשיאת סכין (שזו תולדה ישירה של עיכוב לא חוקי), ולגבי הטלפון השוטר ראה בליטה של דבר ממכנסיו ולכן היה חשד סביר. זה פס"ד המשלב את כלל הפסילה הפסיקתית אגב פיתוח והזכות להליך הוגן בדיני העיכוב.

השופט מלצר מתייחס לסיטואציה של חשד שהוא קורא לו חשד נעבר. הוא אומר כי במקרים בהם א' מדווח על חשד סביר שהתעורר אצלו וב' מדווח לג' אז החשד שבא בפני ג' יכול למלא את דרישת החשד הסביר גם אם הוא חשד נעבר- זה עדות מפי השמועה, אך זה בתנאי שאפשר לבחון את סבירות בחשד הראשוני שהתקיים אצל א'. כלומר אם יש סיטואציה של א', ב' ג', מספיק שיביאו את א' הוא מבסס את החשד הסביר. אז אומר השופט מלצר מספיק שתבססו את הסבירות של חשד של א' וזה מספיק, לא צריך להביא לעדות את כל שרשרת העדים. אבל, במקרים שיש שרשרת גרסאות שהועברו אחד לשני, מקים חשש שאחד מהדיווחים איננו אמין, כל השרשרת תצטרך להיבחן.

אי אפשר להצדיק מעצר בלתי חוקי בטענה שממילא ניתן לעכב. השוטר יכול לעכב או לעצר, אם המעצר אינו חוקי לא ניתן בדיעבד להגיד שממילא ניתן לעכב, כי יש הבדל ברור בין עיכוב למעצר. אי אפשר לאפשר בדיעבד הכשרה של מעצר על ידי עיכוב.

אי אפשר להתנגד בעיכוב אך אין זכות לנקוט באלימות שהיא בלתי סבירה. לא כל טעות עובדתית תפגע בחוקיות העיכוב- ויכול להיות שאתה בטוח שהשוטר טועה, ואתה צודק, אבל אתה לא יכול להתווכח עם השוטר כי יש לו חשד סביר, ואם אין יכולת להפריך את החשד תתכבד ותגיע איתו לתחנה.

**סירוב לעיכוב**

**סמכות שוטר לעצור בלא צו**

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

**תיקון מס' 1)  תשנ"ז-1997**

          (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.

ס' 23 סירוב לעיכוב חוקי מקנה עילת מעצר עצמאית. אם אני הולכת עם החברה שלי ואני רוצה לראות יחד איתו את המשחק, והשוטר מעכב אותי, וחבר מפריע לעיכוב כנגדי, זאת עילת מעצר גם כנגדו וגם כנגדי. אך זה רק לתכלית שלשמה הוא מבקש לעכב אותו- הוא לא יכול לעצור אותי על עילה אחרת אלא אם כן גם הכיתי את השוטר אז יש עילת מעצר נוספת.

1. **מעצר**

**עקרונות היסוד**

יש לפתוח את הדיון בדיני המעצרים בשלושה עקרונות יסוד שילוו אותנו לכל הדרך.

1. חוקיות המינהל

מעצר זה הליך שפוגע באופן ממשי בזכות לחירות, ולכן כל סמכות מעצר צריכה להיות מעוגנת במפורש בחוק.

עקרון החוקיות נובע מהעובדה שהכלל הוא חירות, והמעצר הוא החריג, ובפרט לאור הפגיעה הקשה הכרוכה בחירות, בהיותה פגיעה שעדיין יוצאת מתוך נקודת הנחה שהנעצר הוא בחזקת חף מפשע, מכאן שהפגיעה היא פגיעה מאוד קשה ומשום כך אנחנו מדגישות את עקרון החוקיות במובן הזה שאין סמכות טבועה לעצור אדם אנחנו נרצה הסמכה בחוק, או זה לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו.

**מעצר ותחולה**

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

אנחנו למדות את העיקרון מס' 1 לחוק המעצרים. שאומר כי לא יתבצע מעצר אלא אם ניתנה לכך הסמכה מפורשת בחוק, וזה בדיוק זה עקרון החוקיות.

פס"ד מורוזובה נ' מדינת ישראל

במורוזובה עוסקים בפרשנות מאוד מחמירה של דיני המעצרים.

רקע עובדתי: שם היה מדובר בנאשמת שהוגש נגדה כתב אישום בגין רצח, והיא הייתה עצורה במעצר עד תום ההליכים. אחרי 4 חודשים שהיא ישבה במעצר היא חותמת על הסכם טיעון ובעקבותיו היא מורשעת בעבירת הריגה. באופן חריג אחרי שהיא מבצעת שלוש שנות מעצר היא מגישה ערעור באיחור, בית המשפט מאפשר לה, ובמהלך הדיון היא חוזרת מהסדר הטיעון כך שהתיק חוזר שוב לבית המשפט בשאלת ההרשעה והזיכוי- לבסוף ההרשעה מבוטלת.

השאלה המשפטית: השאלה היא שכעת רוצים שוב לעצור אותה עד תום ההליכים, איך מפרשים את אותם 4 חודשים שהיא הייתה עצורה קודם לכן- האם הם נעלמו, ומתחילים את המניין של מעצר עד תום ההליכים מחדש- שהרי יש מגבלת זמן של עד 9 חודשים, מעצר עד תום ההליכים לא יעלה על 9 חודשים עד לרגע הכרעת הדין. השאלה היא האם מתחילים את הספירה מ0 או שלוקחים בחשבון גם את הארבעה חודשיים הקודמים.

בית המשפט: בית המשפט פוסל בדעת רוב שבוודאי שצריך לקחת בחשבון גם את תקופת המעצר הקודמת, כלומר אותה תקופה שקדמה להכרעת הדין שכבר בוטלה. מהסיבה הפשוטה שעלינו לפרש בצורה מאוד דווקנית כל פגיעה בחירות, ולא ניתן לפרש את אותם 4 חודשים כאילו הם נעלמו ולא היו. בית המשפט אומר כי פרשנות כזאת מקלה, לא מתיישבת עם החובה להעניק הסמכה מפורשת למעצר בחוק.

שקארנה נ' מדינת ישראל

רקע עובדתי: גם בשקארנה מדברים על עקרון החוקיות אך שם מדברים על תרחיש אחר- בית משפט השלום דן בבקשת מעצר ימים. שקארנה נעצר והמשטרה מבקשת להאריך את המעצר, אך שופט המעצרים מחליט לא לקבל את בקשת המשטרה ולשחרר את החשוד בערובה. המשטרה לא שבעת רצון מההחלטה הזאת והיא מבקשת להגיש ערר (ניתן להגיש ערר על ההחלטה הזאת לבית המשפט המחוזי). אך בינתיים המשטרה חוששת שמא החשוד יברח, שהרי בינתיים משחררים אותו הביתה ועד שיהיה דיון בערר, הוא יברח. במצב כזה הדיון בערר כבר לא יהיה רלוונטי כי הוא ישוחרר, ולכן היא מבקשת משופט השלום ששחרר את החשוד למעצר בית, לעכב ביצוע עד 48 שעות. פשוט תעכב את השחרור עד שהמשטרה תדון בערר למחרת במחוזי. השופט מסרב והמשטרה שוב מאוד לא שבעת רצון גם מהסירוב הזה והיא עושה מהלך נדיר- היא מרימה טלפון בלילה אל אותו שופט מחוזי שאמור לדון בבוקר בערר, מספרת לו את המצוקה והחשש שהחשוד יברח עד לדיון למחרת, והשופט המחוזי נותן הוראה לעצור אותו עד לשמיעת הערר לפניו.

בית המשפט: זה נשמע הגיוני אך יש בעיה אחת- אין הסמכה בחוק כזו, אין תרחיש כזה של הארכת מעצר בטלפון. זו פרקטיקה שלא מעוגנת בחוק ובית המשפט אומר שצריך להימנע ממנה מכל וכל. והוא חוזר על אותה אמירה- אין סמכות טבועה לעצור אדם, גם אם מדובר בהגבלת חירות מתוחמת של מספר שעות.

לכאורה לפי הפסיקות האלה נחשוב העקרון הזה מיושם מאוד דווקנית ושבית המשפט לא מפר אותו, אך במציאות עקרון החוקיות לעיתים לא מיושם במלוא העוצמה. לדוגמא במעצר עד תום ההליכים הרבה פעמים יש דיון והשופט לא מקבל החלטה מכאן אוטומטית. כלומר יש סיטואציה שצריך לאפשר את המעצר באופן זמני עד לקבלת החלטה בבקשת המעצר עד לתום ההליכים עצמה. זה הגיוני אך יש בעיה- אין שום הוראה בחוק שמאפשרת לשופט במעצר עד תום ההליכים לעצור את הנאשם במעצר ביניים- עד להכרעה בבקשה לגופה.

**סדרי דין באין הוראות**

3.    בכל ענין של סדר הדין שאין עליו הוראה בחיקוק, ינהג בית המשפט בדרך הנראית לו טובה ביותר לעשיית צדק.

אז מה עושים? קודם כל כדאי לתקן את החוק, הבעיה היא שהרבה מאוד שנים הוא לא מתוקן והמחוקק לא מרים את הכפפה. בית המשפט העליון אומר אמירות שמעצר הביניים זה סוג של סמכות עזר לביצוע התכלית העיקרית וזה ההחלטה האם לעצור אותו עד תום ההליכים ולכן אין ברירה. אבל יש בעיה אחרת- במשפט המנהלי, סמכות עזר\ טבועה לא יכולה להיות כזו הפוגעת בזכויות אדם, כך שהטרמינולוגיה של סמכות טבועה\ עזר היא טרמינולוגיה שלא ניתן לקבל אותה ביחס למעצרים.   
הסיטואציה כזאת רואים כל מיני אמירות של השופט עמית שלמעשה מגייסות כל מיני סעיפים כלליים מהחקיקה. לדוגמא ס' 3 לחסד"פ. אפשר לגייס את הס' הזה כדי לפתור הרבה מאוד בעיות וזה מה שנעשה בהקשר של הדוגמא שניתנה. לדעת הראל זה לא טוב וצריך להיצמד לפרשנות הדווקנית ולא לגזור מעצר מכוח סמכות טבועה או מכוח ס' כלליים כאלה כמו ס' 3 לחסד"פ.

1. עקרון התחולה הכללית

עקרון התחולה הכללית שממנו אנו יכולות ללמוד שחוק המעצרים פורס את חסותו על כל דיני המעצרים, למרות שמבחינה פורמאלית המעמד של חוק המעצרים אינו שונה ממעמד של חוק אחר ושניהם נמצאים תחת הקובייה של חקיקה ראשית- שהרי הוא לא חוק יסוד. אך צריך להכיר בכך שיש מידי פעם חוקים שעל אף שהם נמצאים במעמד של חוקים, הם פורסים אותם על חקיקה רגילה אחרת- למשל חוק יסודות התקציב, החלק הכללי של חוק העונשין. גם חוק המעצרים הוא כזה החולש על כל דיני המעצרים.

לדוגמא: ס' 1ג לחוק המעצרים- העיקרון הכללי שחוק מאוחר גובר על חוק מוקדם וחוק ספציפי גובר על חוק כללי, בס' 1ג יש שיבוש שלו. כי זהו חוק כללי, שכן אומר שאם יש חוק ספציפי שרוצה לקבוע אחרת הוא גובר, אבל חוק מאוחר לא גובר, כי החוק הכללי הזה חולש על כל הוראה אחרת גם אם היא מאוחרת שעוסקת במעצרים. אם יש חוק מאוחר שגובר, נפרש את החוק לפי חוק המעצרים ולא נפרש אותו כהסדר שלילי.

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

1. עקרון המידתיות

עיקרון המידתיות שהוא עקרון החולש על כל תחומי המשפט, אך הוא בא לידי ביטוי בצורה מאוד ברורה במעצרים ומלווה את חוק המעצרים לכל אורכו ורוחבו. לפי עקרון זה תמיד צריך לשאוף לנקוט בפעולה שתשיג את התכלית כזו שהפגיעה בחירות תהיה קטנה יותר.

העקרון השלישי הוא עיקרון המידתיות, לפיו, לאור חזקת החפות אנחנו צריכות לעשות כלל שבידינו על מנת למזער את הפגיעה בחירות, ולכן אנחנו רואות בחקיקה שורה של הוראות העדפה שהן נגזרות מעקרון המידתיות, כי הן למעשה מבקשות מהמשטרה או מכל גורם רלוונטי, תמיד לנקוט בפעולה שפגיעתה בבחירות היא פחותה יותר. את חלקן אנו מכירות:

* ס' 23ג לחוק המעצרים- זאת תורת העדפה הברורה, כי השוטר בשטח תמיד צריך לזכור שאם הוא יכול לעכב, הוא צריך לעשות שימוש בסמכות הזאת ולא יעצור אדם ללא צו. כלומר אם יש שתי אפשרויות, על השוטר לקחת וליישם את האפשרות הפחות פוגענית.

לא ייעצר אדם לפי סעיף זה אם ניתן להסתפק בעיכוב.

* ס' 4 לחוק המעצרים- שאומר בצורה ברורה כי תמיד עדיף מעצר על פי צו מאשר מעצר ללא צו. מעצר על פי צו יש לו יתרון כי השופט בוחן את המעצר מראש ולא שוטר בשטח המפעיל שיקול דעת עצמאי. יש להבין כי תמיד מעצר ייבחן על ידי שופט, כי אם אין לו צו מלכתחילה, בכל מקרה העצור יובא בפני שופט להארכת מעצר, אחרי 24 שעות. זה עדיין לא עדיף כי אנחנו תמיד נעדיף שהשופט יכשיר את המעצר מראש, אך זה יהיה במעמד צו אחד- המשטרה הולכת לשופט, מוציאה צו מעצר ובדרך כלל יש את שלב הפרוץ שהיא כבר מצוידת בצו כזה. זה עדיף אם אין לחץ ויש מספיק זמן, אז ברור שזה עדיף.

**עדיפות למעצר בצו**

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

* ס' 13- ס' 13 עוסק במעצר על פי צו של שופט. יש לס' 13 שני כובעים: 1. כובע אחד זה שמגיעים עם צו מעצר מראש, 2. כובע שני זה שבאים אל השופט אחרי שהחשוד נעצר במעצר ראשוני ומבקשים הארכת מעצר. זה אותו ס' עם שני כובעים. וב13ב', המחוקק לא משאיר שום דבר פתוח וכותב במפורש כי עדיף שחרור בערובה על פני מעצר. הוא אומר לשופט לקחת בחשבון כי תמיד עדיף לנקוט בהליך שפגיעתו בחירות היא פחותה.

**עילות המעצר לפני הגשת כתב אישום**

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

* ס' 21ב(1)- בדומה לס' 13 קיים אותו ס' גם בנוגע למעצר עד תום ההליכים שזה ס' 21. בס' כתוב כי שופט המעצרים במעצר עד תום ההליכים תמיד יבדוק האם לא ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של שחרור בערובה ותנאי שחרור, שפגיעתם בחירותו של מעצר פחותה. אגב במעצר עד תום ההליכים, כלומר אחרי הגשת כתב אישום יש עוד אופציה שלא קיימת במעצר לפני הגשת כתב אישום והוא מעצר בפיקוח אלקטרוני- מעצר בפיקוח אלקטרוני זה עוד ביטוי להוראת העדפה. אם קודם לכן בס' 21ב1 בקישנו מהשופט לבדוק חלופת מעצר מבחינת מעצר בית, שחרורו בערובה, כאן כבר יוצאים מתוך נקודת הנחה במעצר בפיקוח אלקטרוני (מס' 22), כי בית המשפט מצא שאין מקום לשחרור בערובה ואין מקום למעצר בית, אלא צריך לעצור אותו עד תום ההליכים, עדיין בא המחוקק ואומר כי גם אם לא ניתן להשיג את מטרת המעצר בשחרור בערובה, יש לבדוק אם חרף החזקת העצור במקום במעצר, הוא מבקש לבדוק אם יש אפשרות למעצר בפיקוח אלקטרוני. כמובן שיש לכך תנאים: הנאשם צריך להסכים, בית המשפט מצא כי בנסיבות המקרה מעצר בפיקוח אלקטרוני ישיג את התכלית לאחר שהוא שקל את חומרת העבירה.   
  תמיד מעצר בפיקוח אלקטרוני פוגע פחות ממעצר תחת סורג ובריח. ואם לא די בכך אז גם בתוך דיני השחרור בערובה. בס' 46 נקבע- לאדם מן היישוב שהוא לא נמצא באלפיון העליון אין כסף לשחרור בערובה, אז מה יעזור ששופט עכשיו יטיל ערובה לדוגמא על סך מיליון שקלים? אז זה כאילו הוא לא שחרר בערובה, על השופט להטיל סכום כזה שמצד הנאשם יכול להשיג אותו ומצד שני יהיה לו כואב מאוד לאבד אותו, ולכן גם פה צריך מידתיות.

**מעצר לאחר הגשת כתב אישום (תיקון מס' 11) תשע"ה-2014**

(1)   לא ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של שחרור בערובה ותנאי שחרור, שפגיעתם בחירותו של הנאשם, פחותה;

**סוגי מעצרים- מבט על**

1. מעצר ראשוני ומעצר ימים

יש אפשרות לשוטר לעצור בלי צו, וזה עוסק בתרחיש שאין צו מעצר. זה קורה לפעמים והמשטרה לא תמיד מצוידת בצו מעצר. כשעצור נעצר במעצר ראשוני ללא צו, אז נראה כי יש פרוצדורה שחייבים לעמוד בה: צריך להביא את העצור בפני הקצין הממונה, אפשר לשחרר את העצור קודם לפני שהוא ראה את הקצין הממונה, אך אם ממשיכים במעצר, העצור חייב לפגוש את הקצין הממונה. אם הקצין מחליט שיש להמשיך והאריך את המעצר, יש להביא אותו בפני שופט תוך 24 שעות להארכת מעצר ימים.

ס' 13

האופציה העדיפה זה ס' 13 המעגן מעצר ראשוני על פי צו, כלומר מבעוד מועד המשטרה ניגשת במעמד צד אחד ומבקשת צו מעצר- וזה הכובע הראשון של ס'ד 13.

בין אם אדם נעצר מעצר ראשוני עם ובלי צו, כשרוצים להמשיך את המעצר מעבר ל24, צריך להביא אותו בפני שופט מעצר ימים, וכעת מוחל ס' 13 בכובע השני שלו. החוק מלכד את שני המצבים הללו של מעצר ללא או על פי צו, לס' אחד- והוא ס' 13. כל שוטר שעוצר חשוד במעצר ראשוני, צריך לפעול לפי הס' הזה.

1. מעצר עפ"י הצהרת תובע

צריך לזכור כי כל מעצר צריך לתלות על איזשהו קולב, לפני הגשת כתב אישום, המעצר נתלה על שלב החקירה. אך כעת בשלב של סיום החקירה, מהו הקולב שעליו אפשרות לתלות את המעצר? אם אין חקירה צריך את הקולב הבא והוא כתב האישום.

בין לבין, הרבה פעמים לוקח זמן להכין את כתב האישום. זה נכון שבדרך כלל שיש מעצר, אז התביעה מעורבת עוד לפני, מפני שהיא מבינה שיש לוח זמנים מצומצם, ולכן תובע צריך להכיר את התיק עוד לפני כדי להספיק להכין כתב אישום. במצב כזה, מצד אחד אין את הקולב של החקירה כי הסתיימה החקירה, ומהצד השני אין כתב אישום כי לוקח זמן להכינו. ס' 17ד הוא הגשר בין הקולב החקירתי לבין הקולב של המשפט- וזה מעצר על פי הצהרת תובע.

התובע מצהיר כי הוא בשלב הכנת כתב אישום, והוא מבקש מבית המשפט להעניק רק עוד מספר ימים עד חמישה ימים כדי להכין כתב אישום ושם יבקשו הארכת מעצר עד תום ההליכים, ושם הוא יוכל לעבור לקולב הבא שזה ס' 21 לחוק המעצרים, שעוסק במעצר עד תום ההליכים.   
כלומר לתובע יש עד חמישה ימים להכנת כתב אישום ולהגיש בקשת מעצר עד תום ההליכים.

1. מעצר עד תום ההליכים

גם במעצר עד תום ההליכים יש מגבלת זמן- תוך 9 חודשים המשפט צריך להסתיים בהכרעת דין, ותוך שלושים יום צריך להתחיל את המשפט בהקראה.

1. מעצר עד תום הערעור

מה קורה כשיסתיים המשפט? כאן יכולים להיות שני תרחישים שבהם למרות שהסתיים המשפט, בסיטואציה שעל פני הדברים מחייבת את שחרור הנאשם, התביעה תרצה להגיש ערעור והיא תרצה שהנאשם יהיה עצור במהלך הערעור. זה כבר קולב שלישי. קולב ראשון הוא חקירה, קולב שני הוא המשפט וכעת הקולב השלישי הוא הערעור.

**שחרור והפטר בתום המשפט (תיקון מס' 1) תשנ"ז-1997 (תיקון מס' 11) תשע"ה-2014**

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

יכולים להיות שני תרחישים:

1. הכרעת הדין: תרחיש שהנאשם זוכה- והתביעה רוצה לערער על הכרעת הדין, לצורך זה יש את ס' 63. אם הנאשם זוכה והתביעה רוצה להגיש ערעור על הזיכוי, אז בסיטואציה הזאת התביעה יכולה לבקש מבית המשפט שיעכב עד 72 שעות את השחרור כדי שהיא תגיש ערעור.
2. גזר הדין: תרחיש שהנאשם לא זוכה- הנאשם הורשע אבל לא קיבל מאסר בפועל. אם הוא לא קיבל עונש של מאסר בפועל, אז גם פה התביעה מאוד לא תרצה שהוא ישוחרר. הפעם היא תגיש ערעור על גזר הדין ולא על הכרעת הדין כי הוא כבר הורשע. ס' 22ב גם הוא מאפשר לתביעה לבקש מבית המשפט שגזר עליו עונש שלא מאסר בפועל, לעכב את השחרור ב72 כדי להגיש ערעור.

בתרחיש הראשון הערעור הוא על הכרעת הדין ובתרחיש השני הערעור על גזר הדין. אגב בתרחיש הראשון הוא תרחיש יותר קשה- הוגש כתב אישום, נערך משפט, חזקת החפות לא נסתרה אלא ההפך, היא עומדת על שתי רגליים, ובכל זאת התביעה חושבת שהשגיאה היא כל כך קשה והיא מבקשת שהוא עדיין יהיה עצור. זה לא פשוט אך יש סמכות לדרוש את זה.

מה קורה שמוגש ערעור?

בס' 22ב, כמובן שיש אפשרות לבית המשפט שאליו הוגש הערעור, להורות על מעצר עד לתום הליכי הערעור. כלומר בדיוק כמו מעצר עד תום ההליכים, רק הפעם המעצר הוא עד תום הערעור.   
אם עוסקים בערעור ניתן להתייחס לפס"ד שקארנה. גם פה זו בסיטואציה שבית המשפט מחליט על שחרור בערובה או על שחרור לא בערובה של מישהו שהיה עצור. בית המשפט רוצה לשחרר או בערובה או לא בערובה, והיועץ המשפטי לממשלה מודיע שהוא רוצה להגיש ערר על החלטת השחרור. ההבדל בין התרחישים הקודמים לזה- שם זה היה ערעור על הכרעת הדין וגזר הדין ופה זה ערר על השחרור (בערובה או שלא). גם כאן יש אפשרות לבקש את עיכוב השחרור, אבל זה עד 48 שעות. וכמו שבשקארנה אותו שופט שלום לא הסכים לעכב את השחרור עד להחלטת הערר, וזה מה שהוליד את הסיטואציה המוזרה הזאת הוראת מעצר בטלפון.

מספר סעיפים חשובים:

* ס' 14- על פני הדברים זה ס' שאין בו שיקול דעת. כי אם אדם נמלט ממשמורת חוקית, לא ישקלו הוראת העדפה.
* ס' 62- שנדון בו בהמשך, זה ס' מאוד חשוב המאפשר לשופט בית משפט עליון להאריך את תקופות המעצר ב90 יום כל פעם.  
  ס' 62ב- אם מדובר בסיטואציה שהיא מורכבת, שמדובר בריבוי נאשמים וכו אז אפשר גם ב150 ימים ולא 90. כשיש מגבלות זמן שנעמוד עליהם בהמשך, יש סמכות לשופט עליון לצלוח את המגבלות ולהאריך אותן, בין אם זה מגבלת הזמן של 9 חודשים מעצר עד תום ההליכים, בין אם זה מגבלת הזמן שצריך להתחיל את המשפט בהקראה- תוך 30 ימים אחרי שהנאשם נעצר עד תום ההליכים, בין אם זו מגבלה לעניין מעצר ימים, כמות הזמן שבה ניתן לעצור אדם במעצר ימים.

את כל המגבלות שכתובות ב59-61 יכול שופט בית משפט עליון לגבור עליהן ולהאריך כל פעם בין 0-100 ימים, תלוי בנסיבות.

**סוגי מעצרים- הרחבה**

**סמכות שוטר לעצור בלא צו**

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

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

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

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

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

(5)   האדם חשוד שעבר אחד מאלה:

(א)   עבירה שדינה מיתה או מאסר עולם;

(ב)   עבירת בטחון כאמור בסעיף 35(ב);

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

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

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

1. **מעצר ראשוני ללא צו**

תחילת הדרך היא מעצר ראשוני ללא צו. ס' 23 לחוק המעצרים- משאין ברירה וניגשים לתוך הס' הזה נתחיל ממנו.

מעצר- בידי שוטר

חשוב להבהיר כי אדם פרטי לא יכול לבצע מעצר, רק עיכוב. עם זאת:

* ס' 39 לחוק יכול השר לביטחון פנים להסמיך עובד ציבור לבצע מעצר.
* ס' 40- עובד ציבור שקיבל הסמכה מהשר לביטחון פנים, לא יכול להיכנס לבית מגורים ללא צו מעצר, וזה רק שוטר יכול לעשות. להיכנס לבית מגורים ללא צו מעצר, עובד ציבור שקיבל הסמכה מהשר לביטחון פנים לא יכול לעשות זאת. הוא כן נהנה מההגנה של ס' 44 לפקודת סדר הדין הפלילי וכל החובות יחולו עליו, אבל את זה הוא לא יכול לעשות.

לאורך כל הדיון בדיני מעצרים צריך תמיד לבדוק שלושה תנאים מצטברים, בהתאמה למעצר ראשוני:

1. תשתית ראייתית- יסוד סביר שאדם ביצע עבירה בת מעצר.

יסוד סביר לחשד זה תנאי סף לכל מהלך שיש בו פגיעה בכבוד ובוודאי חירות, זה גם אותו רף הנדרש לפתיחה בחקירה. עבירה בת מעצר היא עבירת עוון ופשע, לכן לא ניתן לעצור אדם על עבירת חטא (העונש בגינה הוא עד שלושה חודשי מאסר), יש פה הוראה של מחוקק מבחינת מדיניות שעבירות קלות לא שוות את הפגיעה הכל כך קשה בחירות, בעוד שעיכוב כן אפשר.   
כל הדיון של יסוד סביר של חשד שערכנו פתיחה בחקירה ובעיכוב, רלוונטי גם כאן. לא צריך דרגת וודאות קרובה למדי, ומהצד השני אינטואיציה ותחושת בטן גם היא לא תספיק, וראינו בבן חיים שעבר פלילי קודם ללא איזשהו סממן חיצוני נוסף- מידע מודיעיני, משהו מהשטח, הוא לא מספיק. עבר פלילי קודם כשלעצמו לא יכול לבסס את אותו חשד סביר. המבחן הוא מבחן אובייקטיבי, צריך ששוטר סביר באותן נסיבות יגבש את אותו החשד. והחשד לא צריך להיות כזה שהתגבש בחושיו של השוטר עצמו יכול להיות חשד מועבר- מישהו מצביע על מישהו, או מידע מודיעיני, מרדף וכו.   
חשוב להבין כי טעות עובדתית לא תשלול את התשתית הראייתית גם אם בדיעבד הסתבר שהשוטר טעה, כל עוד שוטר סביר בנסיבות העניין היה מגבש את החשד, ולכן תמיד נבחן איך נראו הדברים בזמן המעצר ולא מה המסקנה בדיעבד.

השופט קדמי בספריו תמיד עשה הבחנה בין טעות עובדתית למשפטית- טעות עובדתית סבירה כל עד שוטר סביר מגבש את החשד, לא תשלול את המעצר. ההבחנה בין טעות משפטית לעובדתית יכולה להיות בעבירת בת מעצר, למשל אם שוטר לא ידע את החוק ועצר בגין עבירת חטא, הוא טעה, לא היה פה זדון, אך הטעות הזאת כן תשלול את חוקיות המעצר, מאחר וזאת טעות משפטית. ניקח דוגמא כי זאת הייתה עבירת עוון והכנסת הורידה אותה אתמול לעבירת חטא, אז כל שוטר סביר היה טועה. זאת טעות סבירה, אבל המעצר לא חוקי כי זאת משפטית ולא עובדתית, ולכן לא ניתן לעצור.

1. עילת מעצר- בס' 23 יש למעשה שלוש עילות חלופיות (ולא מצטברות):
2. *העילה הראשונה זו עילה שעוסקת בשיבוש הליכי חקירה ומשפט והיא נמצאת בא1-3.*   
   אלו שתי סיטואציות שניתן להכניס תחת אותה עילה, קרי שיבוש הליכי חקירה. את ההבחנה המעניינת שהמחוקק עושה בין התשתית הראייתית לבין העילה. בעוד שלגבי התשתית הראייתית כתוב יסוד סביר לחשד, כלומר משהו שהיה בעבר. לגבי עילת המעצר המחוקק משתמש במונח אחר- יסוד סביר לחשש- כי זה דבר הסתברותי ועתידי. גם פה זה מבחן אובייקטיבי.

האדם חשוד שעבר אחד מאלה:

* עבירה שדינה מיתה או מאסר עולם;
* עבירת בטחון כאמור בסעיף 35(ב);
* עבירה לפי פקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973, למעט עבירה הנוגעת לשימוש בסם או להחזקת סם לשימוש עצמי;
* עבירה שנעשתה באלימות חמורה או באכזריות או תוך שימוש בנשק חם או קר;
* עבירת אלימות בבן משפחה כמשמעותו בחוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א-1991;

א1 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;

1. *העילה השנייה היא עילת המסוכנות:*

* 23א(5)- יש פה רשימה סגורה של עבירות שם האדם חשוד בהן אז למעשה יש חזקת מסוכנות (למשל עבירה שנעשתה באלימות חמורה, אכזריות, תוך שימוש בנשק קר או חם וכו). זה עדיין לא אומר שיש חובת מעצר אוטומטית, כי עדיין צריך לבדוק האם עיכוב ישיג את אותה תכלית (אם הוא לא בורח וכו).
* 23א(1)- זה עוד ביטוי לעילת המסוכנות. זה אומר שביתר העבירות, עבירות שלא נמצאות ברשימה של א5 (שוב רק עבירות פשע או עוון, לא חטא) יש עילת מעצר אם העבירה בוצעה בפניו של השוטר או זה מקרוב. ואם השוטר סבור כי שבשל כך הוא עלול לסכן את ביטחונו של אדם, הציבור או המדינה. "זה מקרוב" זאת הסיטואציה שמבחינת התשתית הראייתית הכי מבוהקת שיכולה להיות- זה ממש תרחיש שבו העבירה בוצעה ממש בפניו של השוטר. כלומר זה כבר לא יסוד סביר לחשד, אלא דרגת קרבה הכי קרובה שיש מבחינת התשתית הראייתית, כי הוא פשוט ביצע את העבירה מולו ובפניו. זו דרגת ההודאות הכי גבוהה שבוצעה העבירה.  
  יש את האופציה השנייה של זה מקרוב, אומרת הפסיקה שזה לא בפניו אך מהצד השני זה לא יכול להיות ימים- אלא שעות בלבד. כלומר הפסיקה אומרת כי ניתן למתוח את ה"בפניו" לכמה שעות אבל לא לימים. כך שאם השוטר הגיע זמן קצר לאחר האירוע והוא יכול ללמוד על ביצוע העבירה מכל מיני נסיבות אחרות, זה יכול להיכנס לזה מקרוב.   
  הסיפא שהוא סבור "שבשל כך" מעיד על הקשר הסיבתי. צריך להראות קשר סיבתי בין העבירה שבוצעה בפני השוטר או הזה מקרוב לבין העובדה שהוא סבור שאותה עבירה עלולה להצביע על כך שהוא מסוכן לביטחונו של אדם, הציבור, ביטחון המדינה- ביטחון הציבור זה כולל רכוש, ולכן חשוב להבין כי כאן מסוכנות כללית לא תספיק. כלומר מסוכנות שנובעת מאופייו הכללי של העצור ואולי מעבירות קודמות שהוא ביצע זה לא מספיק, וצריך להראות קשר סיבתי בין העבירה שבוצעה בפניו או זה מקרוב לבין המסוכנות. לשים לב כי פה זה גם לא יסוד סביר אלא הוא סבור, כי העבירה בוצעה בפניו, ככה שמספיק שהוא סבור גם אם לא כל שוטר סביר היה. מכיוון שהעבירה בוצעה בפניו כאן יורדים דרגה ולא דורשים מבחן אובייקטיבי אלא מסתפקים במבחן סובייקטיבי שבזה שהוא סבור.

**סמכות שוטר לעצור בלא צו**

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

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

פס"ד כהן נ' התובע הצבאי  
פס"ד מראה כמה לא ניתן למתוח את הזה מקרוב.  
רקע עובדתי: נהג צבאי שביצע עבירה בפני שוטר צבאי והשוטר אמר לו להתייצב מחר בבוקר לתחנה. הוא הגיע לתחנה והשוטר עוצר אותו בלי צו מעצר, החשוד בורח והשאלה הייתה האם זו בריחה ממשמורת חוקית- כי אם המעצר חוקי זה כן בריחה ואם לא מעצר חוקי אז זו לא בריחה.   
השאלה הייתה למה השוטר לא עצר אותו אתמול? אם זה לא היה כל כך דחוף לעצור אותו אתמול וכעת חלפו כמה שעות ואל ניתן להסתמך על הזה מקרוב של אתמול וחובה להוציא צו מעצר. כלומר גם אם נמתח את "הזה מקרוב" כי יש נסיבות אובייקטיביות שבגינן לא ניתן לבצע את המעצר מיד, זה בטח לא המקרה. אז לא ניתן להרחיב אותו יותר מידי, וגם שמרחיבים אותו נרצה להבין למה מרחיבים אותו ולא כמו במקרה הזה שסתם לא התחשק לך לבצע את המעצר בלילה.

* 23א4- מסוכנות סל- שגם היא נכנסת למשפחת עילת המסוכנות והיא מכונה כמסוכנות סל. כי גם אם לא נכנסו לא5 שם יש את הרשימה הסגורה, וגם אם לא נכנסו לא1 בפניו או זה מקרוב, אם העבירה בוצעה באופן כזה שיש יסוד סביר לחשד (שזה כרטיס הכניסה) לכך שהוא ביצע עבירה בת מעצר, ויש יסוד סביר לחשש- לשים לב שזה מבחן אובייקטיבי, זה לא שאני חושש אלא כל שוטר סביר יחשוש כי זה לא בוצע בפניו, שהחשוד יסכן את הביטחון של אדם, הציבור והמדינה זה מספיק וכאן לא צריך קשר סיבתי בניגוד לא1. בא4 אין שום התייחסות לקשר סיבתי בין החשד שמקים את התשתית הראייתית לבין החשש למסוכנות. כאן מספיק מסוכנות שנובעת מהעבר של החשוד, מהעיסוק שלו, האישיות וכן הלאה. כלומר גם אם המסוכנות לא נובעת ממעשה העבירה שהוא חשוד, אלא מסוכנות כללית היא תספיק לפי ס' 23א4. המבחן אובייקטיבי ולא סובייקטיבי לעניין יסוד סביר לחשד.

1. *23א6 ו23(ב)- הפרת הוראה חוקית המגבילה חירות*:  
   המשפחה השלישית של עילת המעצר נמצאת ב23א6 וב23ב ונקרא לה הפרת הוראה חוקית המגבילה חירות.

* סירוב לעיכוב- אם העיכוב הוא חוקי והחשוד מסרב לעיכוב, זאת עילת מעצר עצמאית ללא צו. כאן גם לא צריך עבירת בת מעצר כי עיכוב אפשר לעכב גם בעבירת חטא. גם יכול להיות שמישהו אחר מפריע וגם אותו אפשר לעצור. כלומר פה אין שום דרישה לכך שהעצור עבר עבירת בת מעצר והמעצר הזה אינו עונש, לא עוצרים את האדם על זה שהוא סירב למעצר ורוצים להעניש אותו, אלא עוצרים אותו לתכלית שלשמה בוצע העיכוב. ואחרי שהושגה התכלית שבגינה התבקש העיכוב צריך לשקול מה לעשות- שחרור בערבות וכו. אגב יכול להיות שבגלל שהוא סירב לעיכוב יעמידו אותו לדין על הפרת חובה חוקית, לא יעצרו כעונש אלא על תכלית שבשבילה ביקשו לעכב.

(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.

* הפרת תנאי השחרור א(6)- בתוך המשפחה של הפרת הוראה חוקית המגבילה חוקית יש את ס' א6. "האדם שוחרר בערובה ויש יסוד סביר להניח כי הוא הפר תנאי מתנאי השחרור....". למשל שוטר הביא עצור למעצר ימים ושחרר אותו למעצר בית. לאחר מכן הוא מסתובב בקניון ורואה את הבחור מסתובב לו הנאתו. זה בדיוק המקרה שיש יסוד סביר להניח כי הוא הפר את תנאי שחרור, או להימלט מהדין, או הפר את תכנית הפיקוח, או נמלט ממשמורת חוקית.   
  כדי לעצור אדם צריך תשתית, עילה, חלופת מעצר, כאן השאלה האם צריך תשתית. יש כאלה שסבורים שפה לא צריך תשתית, כי אותו שוטר שרואה את האדם שהפר את תנאי השחרור בערובה, אז השוטר שלא הוא זה שעצר את העצור אבל הוא יודע שמחפשים אותו אז הגיוני שיש כאלה שסבורים שלא צריך תשתית, כי אם הוא הפר את תנאי השחרור בערובה, הייתה תשתית אך הוא לא יודע מהי. כלומר הוא לא היה משוחרר בערובה אם הוא לא היה חשוד במשהו.  
  בתוך המשפחה הזאת אפשר לדבר גם על הימלטות ממשמורת חוקית, גם על הפרת תנאי שחרור קודמים וגם על סירוב לעיכוב חוקי. כל השלושה האלה הם הפרת חובה חוקית קודמת המגבילה חירות.

(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;

* ס' 47א- גם הס' הזה מקנה סמכות לשוטר לבצע מעצר ללא צו, אם יש אדם ששוחרר בערובה הוא פשוט לא מביא אותה במועד, ולהביא אותה בפני שופט. זה ס' ספציפי של הוראה המגבילה חירות שמדבר על אדם ששוחרר בערובה ולא עצרו אותו במועד ניתן לעצור אותו ללא צו.

סיכום של אורי וליאור פורר:

1. מידתיות- היעדר חלופה סבירה אחרת שתשיג את אותה תכלית שבגינה רוצים לבצע את המעצר.

במעצר ראשוני ללא צו המידתיות תבוא לידי ביטוי בכך שתמיד עדיף עיכוב על פני מעצר. חשוב להבין כי התנאים המצטברים הם תשתית, עילה והיעדר חלופה, שבתוך העילות יש מספר עילות חלופיות.

ס' 25- מהלך המעצר: מבקש להביא את העצור לתחנה ללא דיחוי ולהעביר אותו לקצין הממונה. יש חשיבות בלהעביר אותו אל הקצין הממונה על החקירות. למה זה חשוב? כי עוצרים אדם בשטח ולא ניתן להתמהמה. ס' זה מתווה עקרון מרכזי- "ללא דיחוי", אלא אם התקיימו חריגים מסוימים המופיעים בס'.

ס' 27- בדיקת חוקיות המעצר. אחרי שמביאים את העצור אל תחנת המשטרה, מה עושים בה? הס' מספר את התהליך שהקצין הממונה צריך לבצע כדי לבחון את חוקיות המעצר. הקצין הממונה מבצע ביקורת של גורם בכיר על השוטר בשטח. הקצין בודק בהליכי בקרה פנימיים לפני שמגיעים למשפט, והוא מברר האם התקיימו תנאי ס' 23. אם לא מתקיימים התנאים צריך לשחרר אותו מיד, אלא אם מתקיימת עילת מעצר לפי ס' 13 (עילות מעצר של שופט). העילות דומות, ואין משמעות גדולה לס' ולבדיקה הנוספת. מה ההבדל? יכול להיות תרחיש לפיו השוטר בשטח לא גיבש את אותו היסוד הסביר לחשד. אולם, הקצין הממונה בודק לאחר שהחשוד נחקר. יכול להיות שבחקירה תחת אזהרה, התגבש את אותו יסוד סביר לחשד. ולכן, הקצין הממונה יבחן את המקרה לפי ס' 13 העילות הן אותן עילות של ס' 23.  
אם הקצין הממונה מוצא שהמעצר היה כדין, הוא יכול לעצור אותו ובעצם להמשיך את המעצר. כמובן, הוא יכול לשחרר בערובה. חשוב לדעת כי אם המעצר הוא בעקבות הפרת משמורת חוקית, אין שחרור בערובה.

יש כמה חלופות:

1. המשך מעצר- המשך המעצר של השטח ואחרי 24 שעות צריך להביא את העצור בפני השופט.
2. שחרור בערובה ס' 42
3. שחרור מלא ללא תנאים
4. הטלת ערובה- ס' 27(ד) מדבר על הטלת ערובה. אדם שבא לא כעצור והממונה מצא עילה למעצר. הוא יכול לעצור אותו או להטיל ערובה. כאשר החשוד שהובא לתחנה כשהוא איננו עצור אפשר לעשות "הטלת ערובה". ההבדל בין שחרור ערובה להטלת ערובה הוא ששחרור הוא שהאדם היה עצור ואז משחררים אותו, ובאופציה של הטלת ערובה אין שחרור (כי לא היה עצור) ולכן רק מטילים ערובה. הטלת ערובה מבחינת סטיגמטית, היא פחות בעייתית. יש הבדל בין מצב שאדם היה עצור והוא שוחרר לבין אדם שלא היה עצור והוטלה עליו ערובה. הטלת ערובה היא אפשרות העומדת לקצין הממונה רק אם האדם לא היה עצור ויש עילה למעצר. בעצם קופצים על שלב המעצר ועוברים ישר לערובה.

ס' 42(ו) לחוק המעצרים: קביעת ערובה בידי הקצין הממונה

"(א) החליט הקצין הממונה לשחרר בערובה או להטיל ערובה, יקבע את סוג הערובה ואת גובהה לפי השיקולים האמורים בסעיף 46.

(ב)  שחרור בערובה יהיה על תנאי שהחשוד יתייצב לחקירה או למשפט בכל מועד שיידרש, ושלא ישבש הליכי חקירה ומשפט; הקצין הממונה רשאי, בהסכמת החשוד, להתנות את השחרור בערובה בתנאים הבאים..."

ס' 28 לחוק המעצרים: שמיעת טענות העצור

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

[

בכל מקרה, הקצין הממונה לא יחליט על מעצר אדם, על המשכו, על שחרור בערובה וקביעת הערובה אם הוא לא נתן לאדם זכות טיעון. נכנסת כאן גם זכות ההיוועצות- אם הוא מחליט לשחרר אותו, הוא לא חייב לשמוע אותו.

שחרור בערובה- ס' 42

מה זו ערובה?

השילוב של ס' 41 עם ס' 42 משלים לנו על התמונה של קביעת הערובה. מה זה שחרור בערובה? ברירת המחדל היא שהחשוד יתייצב לחקירה או למשפט במועד, ושלא ישבש הליכים. הקצין הממונה רשאי בהסכמת החשוד, להוסיף עוד תנאים, חשוב לציין כי יש רשימה סגורה של תנאים שהקצין יכול להוסיף בהסכמת החשוד, מאחר והמחוקק מגביל את הקצין הממונה.

ס' 41: הגדרות

" 'ערובה' – ערבון כספי או ערבות עצמית של חשוד או של נאשם, בין לבדם ובין בצירוף ערבות מכל סוג שהוא, ערבות או ערבון כספי של ערבים, הכל כפי שיורה בית המשפט או הקצין הממונה, לפי הענין."

ס' 42: קביעת ערובה בידי הקצין הממונה

"(א) החליט הקצין הממונה לשחרר בערובה או להטיל ערובה, יקבע את סוג הערובה ואת גובהה לפי השיקולים האמורים בסעיף 46.

(ב)  שחרור בערובה יהיה על תנאי שהחשוד יתייצב לחקירה או למשפט בכל מועד שיידרש, ושלא ישבש הליכי חקירה ומשפט; הקצין הממונה רשאי, בהסכמת החשוד, להתנות את השחרור בערובה בתנאים הבאים..."

המחוקק גם מסביר מה קורה במקרה בו החשוד לא מסכים לערובה, או במצב שהקצין קובע גם תנאים שאינם בתחום סמכותו. החשוד ייעצר ויובא בהקדם האפשרי לשופט בתוך 24 שעות. הס' הרלוונטי הוא ס' 48: תנאי השחרור בערובה.

"(א) שחרור בערובה הוא על תנאי שהמשוחרר יתייצב לחקירה, לדיון במשפטו או בערעור, או לנשיאת עונשו, בכל מועד שיידרש, וכן שיימנע מלשבש הליכי משפט; בית המשפט רשאי להוסיף תנאים, לפרק זמן שיקבע, ככל שימצא לנכון, לרבות..."

כלומר יש שני תנאים לערובה:

* החשוד יתייצב לחקירה/משפט בכל מועד שיידרש.
* שלא ישבש הליכי חקירה ומשפט

הקצין יכול להגיד שזה לא מספיק לו, והוא יכול להוסיף תנאים, לדוג': לא לקיים קשר עם המתלוננת. ס' 42(ב) כל תנאי נוסף חייב להיות בהסכמת החשוד, ויש אפשרויות בס' (ב)(1)-(ב)(8). אם החשוד לא מסכים לתנאים, או שהקצין רוצה לשחרר אותו בערובה בתנאים שלא בסמכותו (אלא בסמכות שופט), ניתן ללכת לס' 42(ד). במקרה הזה החשוד צריך להיעצר ולבוא בפני שופט עד 24 שעות מהמעצר. כאן ביהמ"ש הוא בעל הכח. כאן יש רשימה פתוחה. לשופט יש סמכות הרבה יותר רחבה.

אילו שיקולים הקצין וביהמ"ש צריך לשקול כאשר הם קובעים שחרור בערובה?

ס' 46: שיקולים לקביעת ערובה:

* מהות העבירה;
* המידע שבידי התביעה;
* עברו הפלילי של האדם;
* מצבו הכלכלי של האדם ויכולתו להמציא את הערובה הנדרשת;
* האפשרות שהאדם יוכל לעמוד בתנאי הערובה.
* בקביעת תנאי הערובה של קטין יתחשב השופט, בין השאר, בצרכיו המיוחדים כקטין."

איך יודעים שזה גם קצין? ס' 42 מפנה לס' זה.

חוטר ישי נ' מדינת ישראל

עובדות המקרה- חטר ישי היה ראש לשכת עו"ד הציעו לו שחרור בערובה עם תנאים מעבר לתנאים הבסיסיים. הוא לא הסכים. המשטרה לא עצרה אותו אלא הביאה אותו לביהמ"ש, מבלי שהוא עצור. חוטר ישי טוען שלא עצרו אותו, ולכן לשופט אין סמכות לדון בשחרור בערובה (ס'42(ד)).

השאלה המשפטית- האם זה אפשרי? חטר ישי טוען כי אין לביהמ"ש סמכות לדון כי היה צריך לעצור אותו.

ביהמ"ש- דחה את הערעור. **"**ייעצר" ללא חובת מעצר. אם למשטרה יש את מלוא הסמכות, היא יכולה לקיים גם את חלק מהסמכות. תמיד עדיף לנקוט בפעולה שפחות תיפגע. התשובה של ביהמ"ש היא ש"יעצר" לא אומר שחייבים לעצור. אם אפשר לפנות לביהמ"ש כשאתה לא עצור, אתה לא יכול להשתמש בזה כנגדה. אם אפשר להשתמש באקט שפגיעתו מידתית יותר, יש להעדיף אותו.

הבאת העצור בפני שופט

**ס' 29: הבאת העצור בפני השופט**

"(א) מי שנעצר בידי הקצין הממונה לפי סעיף 27 יובא בהקדם האפשרי, ולא יאוחר מ-24 שעות, בפני שופט."

**פעולות חקירה דחופות**

30.  על אף הוראות סעיף 29, אם מצא הקצין הממונה כי יש צורך לבצע פעולת חקירה דחופה, שלא ניתן לבצעה אלא תוך כדי מעצרו של החשוד, ולא ניתן לדחותה עד לאחר הבאת העצור בפני שופט, או שיש צורך בפעולה דחופה הנדרשת בקשר לחקירה בעבירה כאמור בסעיף 35(ב), רשאי הוא להשהות את הבאת העצור בפני שופט, לצורך ביצוע אותה פעולה לתקופה שלא תעלה על 48 שעות מתחילת המעצר.

לפי ס' 29 צריך להביא את החשוד להארכת מעצר בפני שופט תוך 24 שעות, בהקדם האפשרי.   
החריג לכלל הוא ס' 30 שמדבר על פעולות חקירה דחופות. בפעולה דחופה ניתן להשהות ולהאריך את הזמן להבאת העצור בפני שופט ל48 שעות.

"על אף הוראות סעיף 29, אם מצא הקצין הממונה כי יש צורך לבצע פעולת חקירה דחופה, שלא ניתן לבצעה אלא תוך כדי מעצרו של החשוד, ולא ניתן לדחותה עד לאחר הבאת העצור בפני שופט, או שיש צורך".

1. **מעצר ראשוני לפי צו**

עד כה דנו במעצר ראשוני ללא צו. יש לס' 13 2 כובעים:

* בקשת צו למעצר ראשוני
* הארכת מעצר אחרי המעצר הראשוני (בין אם המצער היה בלי צו ובין אם היה אם).

עכשיו נדון בכובע הראשון – בקשת צו למעצר ראשוני. ברוב החקירות יש מספיק זמן ללכת לשופט במעמד צד אחד ולהוציא צו מעצר. רוב המעצרים הם כאלו שמתחילים בהוצאת צו ולא על ידי מעצר.

סמכות- עניינית ומקומית

**סמכות ענינית**

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

**סמכות מקומית**

3.    (א)  בכפוף להוראות אחרות שבחוק זה, הסמכות המקומית בענין שחוק זה דן בו, תהא נתונה לבית המשפט אשר באזור שיפוטו התקיים אחד מאלה:

1. סמכות עניינית 2(1)- תמיד פונים לבימ"ש שלום לפני הגשת כתב אישום. יודעים את זזה מס' 2(1): סמכות עניינית. תמיד לשופט שלום, משמע תמיד פונים לבימ"ש שלום.
2. סמכות מקומית (ס' 3)- בעבר לא היה ס' סמכות מקומית, ולכאורה היה ניתן לפנות לבימ"ש במקום X כדי לקבל צו במקום Y, לכן ניתנו הוראות מיוחדות בס' 3(א). אלו לא אותם כללים של סמכות מקומית – כתב אישום. הסמכות המקומית משמעותה הכללים לאיזה ביהמ"ש צריך לפנות למעצר.

תחילת מעצר

**סדרי דין (הוראת שעה)  תש"ף-2020**

15.  (א)  בקשת מעצר תוגש בכתב על ידי שוטר ותיתמך בהצהרתו שלאחר אזהרה או בתצהיר:

דיון בבקשת מעצר שלא במעמד החשוד יתקיים בדלתיים סגורות, אלא אם כן הורה השופט אחרת מטעמים מיוחדים שיירשמו.

לפי ס' 15 הנקודה שבה מתחיל המעצר זה ברגע שנותנים לעצור את הצו ביד.

סדרי הדין של תחילת המעצר- ס' 15(א): לפי ס' 15 כל בקשה צריכה להיות בכתב, צריכה להיתמך בתצהיר, כל בקשה של המשטרה לצו מעצר צריכה להיות מעוגנת בתצהיר.

תנאי נוסף הוא מעמד צד אחד כלומר הדיון מתקיים בדלתיים סגורות. איך יודעים שזה במעמד צד אחד? לפי ס' 15(ח). יש בכך היגיון – לא רוצים לסכל את עצם המעצר, אם אדם ידע את זה לא יהיה אפשר למצוא אותו.

ס' 13 הוא הס' באמצעותו השופט בוחן את הצו. אין כל כך הבדל מס' 23. יסוד סביר לחשד- כרטיס הכניסה. זה מעט מורכב. השופט שאמור לדון, לא רואה את הצד השני. יש רק מסמכים ושוטר. הרבה אינטואיציה משפטית.

שלושה תנאים למעצר על פי צו

1. תשתית עובדתית- יסוד סביר לחשד שהאדם עבר עבירה שאיננה חטא (חטא היא לא עבירה שאפשר לעצור בגינה). ס' 15(ו)- כאן ניתן להשתמש בראיות בלתי קבילות. משמע מידע מודיעיני, פוליגרף, גיליון הרשעות קודמות וכד'. זה יכול לבסס את השלב לפני כתב אישום

 לשם החלטותיו בבקשת מעצר, רשאי השופט להיזקק לראיות אף אם אינן קבילות במשפט.

יש גם מקום לראיות בלתי קבילות, כמו בפס"ד פרחי, שם השופט איפשר מעצר תוך התבססות על ראיית דגימת דנ"א שהייתה לא קבילה למקרה הזה.

1. עילת מעצר- העילות קבועות בס' 13 ואין רשימה סגורה כמו שיש בס' 23. אנחנו עוד נתעמק בס' זה בהמשך.

* ס' (3) הוא עילה מיוחדת וחריגה. מסתכלים על החקירה עצמה. אין בעיה עם העצור, אלא רוצים לעצור בגלל החקירה. צריך נימוקים מיוחדים שירשמו, כדי לבצע מעצר. בעוד כל העילות האחרות התבוננו בחשוד (מסוכנות, שיבוש), העילה מתבוננת על החקירה (לא קשור לחשוד). זאת עילה יותר פוגענית מהעילות האחרות, כי היא לא קשורה לחשוד. בגלל החקירה הוא צריך להיות עצור, לדוג': מדובב. בגלל שהעילה הזו בעלת פגיעה גדולה יותר צריך נימוקים מיוחדים. זוהי עילה שנהיה יותר קפדנים איתה ולכן היא אף מוגבלת בזמן.

1. היעדר חלופה בס' (ב) מדברים על תחלופות. בתוך הס' מבקשים מהשופט לדון בשאלה האם ניתן להשיג את אותה תכלית בחלופה. מה זה רלוונטי לשלב הראשוני (הכובע הראשון של הס')? השופט בגוף הצו יכול להחליט על תנאים לשחרור בערובה. ניתן ללמוד את זה מס' 12. הוא יכול לעשות את זה בבקשת המעצר הראשונית, בה השופט יכול להורות על תנאי השחרור בערובה.

**מעצר של נמלט ממשמורת**

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

ס' 14: מעצר של נמלט ממשמורת- ראינו בס' 23 סמכות שוטר. אבל מה קורה כאן? יש סמכות חובה להורות על מעצר. לכאורה, אין שק"ד בכלל.

ס' 51: תוצאות הפרת תנאי שחרור בערובה

זהו ס' מעניין, אנחנו לומדות שלשופט יש שק"ד בעניין חילוט הערבות, וכן צריך לבחון אם הייתה עילת מעצר. המחוקק לא קובע באופן גורף שכל הפרת תנאי, תגרור מעצר. השופט צריך לבדוק אם התקיימה עילת מעצר.

אותו חשוד שנעצר על פי צו של שופט שהוצא בעוד מועד, מה עושים איתו לאחר שעוצרים אותו? צריך את הקצין הממונה? לא. התהליך בעצם נעשה כבר על-ידי השופט. הקצין לא בודק את השופט. אין צורך בתהליך.

ס' 20: שחרור עצור לפי צו מעצר על-ידי קצין משטרה

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

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

מה עושים אם יש צו מעצר שהוצא בעוד מועד ואז הקצין מחליט לשחרר אותו לאחר 6 שעות חקירה?

ס' 20- אם הש' לא קבע את תנאי המעצר הצו תקף ל24 שעות. האם קצין יכול לשחרר את העצור לפני? הצו תקף ל24 שעות, אם רוצים להמשיך את המעצר צריך להאריך מול שופט. אבל אם רוצים לשחרר לפני, כל עוד השופט לא ביקש שהעצור יבוא אליו לפני השחרור, הקצין יכול לשחרר אותו לפני סיום 24 שעות בלי להביא אותו בפני שופט.

הוא יכול כל עוד השופט בצו המעצר לא קבע ברחל בתך הקטנה שהוא רוצה שהחשוד יובא בפני שופט. כל החלטה חייבת להיות מנומקת. אין תרחיש של צו מעצר שהוא לא מנומק (ס' 12). בשלב זה של בקשת מעצר ראשונית, ביהמ"ש לא שולח לתסקיר מעצר. בשלבים מאוחרים, כאשר יש הזדמנות יותר סבירה אז יהיה ניתן.

ס' 21א: תסקיר מעצר

"(א) ...ואולם, בבקשה למעצר לפי סעיף 12, לא יורה בית המשפט על הגשת תסקיר מעצר, בענייננו של מי שהיה עצור פחות מחמישה ימים עד למתן החלטתו, אלא במקרים מיוחדים"

החוק קובע בסיפא כי לא ניתן להגיש תסקיר על אדם שהוא עצור פחות מ-5 ימים אלא אם יש נסיבות מיוחדות.

ס' 19: ביצוע צו מעצר

ס' 19- מה תוקפו של הצו? 180 ימים. כלומר, צו מעצר שניתן ללא נוכחות החשוד תקף ל180 ימים. אלא אם כן השופט האריך את התקופה, בהחלטה מנומקת. למשטרה יש 180 יום להחליט מתי היא רוצה להוציא מהכוח אל הפועל את שלב הפרוץ.

**ביצוע צו מעצר**

19.  (א)  צו מעצר שניתן שלא בנוכחות החשוד, יבוצע בידי שוטר או בידי עובד ציבור שהוסמך לכך.

          (ב)  צו שניתן לפי סעיף קטן (א) יהיה בתוקף 180 ימים, אלא אם כן האריך השופט את התקופה, בהחלטה מנומקת בכתב.

          (ג)   צו מעצר שניתן בנוכחות החשוד, יבוצע בו במקום על ידי שוטר או עובד ציבור שהוסמך לכך, אלא אם כן הורה בית המשפט על ביצועו במועד אחר.

שוטר יכול להחליט מתי שלב הפרוץ. הוא יכול להחזיק בצו ולא לעצור באופן מידי. השופט לא אומר מתי לעצור, הוא רק נותן צו.

אמרנו שעל כל צו מעצר ניתן להגיש ערר בזכות פעם ראשונה וערר שני ברשות בפעם שניה.

ערעור (ס' 52-53) עיון חוזר בהחלטת בית המשפט

**עיון חוזר בהחלטת בית המשפט (תיקון מס' 1)  תשנ"ז-1997**

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

**ערר על החלטת בית המשפט (תיקון מס' 1) תשנ"ז-1997 (תיקון מס' 8) תשע"א-2011**

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

ס' 52 (עיון חוזר- לאותה ערכאה)+ ס' 53 (ערר- לערכאה גבוהה יותר)- ניתן להגיש ערר על צו מעצר, או להגיש בקשה לדיון חוזר. בד"כ זה פחות קורה, כי עד שעוברות 24 שעות לא מספיקים לערער. ניתן להגיש ערר על המעצר הראשוני, אבל בפועל זה לא קורה.

**פרוצדורת המעצר**

חשוב להבין כי מעצר ראשוני בין אם הוא נעשה על פי או ללא צו, צריך להיעשות פרוצדורה מסוימת. דיברנו על כך שעסקנו בעיכוב בס' 24 לחוק המעצרים, מלמד אותנו למעשה מה הפרוצדורה שהשוטר צריך לבצע בהליך המעצר הראשוני בשטח. יש פרוצדורה מאוד מובנית:

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

24.  (א)  העוצר אדם יזהה את עצמו תחילה בפני החשוד, בציון שמו או כינויו הרשמי והיותו שוטר או עובד ציבור, יודיע לו מיד שהוא עצור ויבהיר לו את סיבת המעצר בהקדם האפשרי במהלך ביצוע המעצר;

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

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

(2)   אם מילוין עלול לסכל את ביצוע המעצר;

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

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

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

1. זהות- השוטר צריך להזדהות.
2. שינוי הסטטוס- על השוטר להודיע מיד על שינוי הסטטוס מחשוד לעצור.
3. סיבת המעצר- להודיע לו את סיבת המעצר ובהקדם האפשרי.

בס' 24 ב יש חריגים שהם יכולים להיות רק לרכיב הראשון והשני, כלומר חריג לעצם ההזדהות וחריג לפירוט סיבת המעצר. אם מנויים אחד החריגים המתקיימים בס' 24ב אפשר לדחות את שני הרכיבים האלה, אך לא ניתן לדחות את עצם ההודעה על שינוי הסטטוס ואת זה צריך לעשות מיד וזה לא בר דחייה.

ס' קטן (ג) הוא חשוב כי בהיותו חריג בנוף החקיקתי- כתוב באופן ברור שלא משתמע לשני פנים שאם השוטר לא מבצע את המעצר בהתאם לפרוצדורה המנויה בס', אז המעצר לא חוקי על כל המשתמע מכך. כלומר החשוד יכול לברוח וזה לא יחשב כבריחה ממשמורת חוקית, אם המעצר לא חוקי אז הבריחה היא חוקית, והוא יכול אף לנקוט פעולות כדי להתגונן מהמעצר.

חשוב להבין כי על אף שההתנגדות לא תיחשב כבריחה ממשמורת היא עדיין צריכה לעמוד באמות מידה של סבירות ולא ניתן למשל בבריחה מהשוטרים ממעצר, לזרוק אבן לעבר פניו של השוטר וכו. הס' הזה הוא באמת חריג אבל אל לטעות ולהסיק מכך שגם הפירות של המעצר לא תהיינה קבילות. וזאת משום שמחזיר לדיון בדוקטרינת פירות העץ המורעל שלא התקבלה בישראל באופן ישיר (ראינו סממנים שלה בפרחי ואוריך).

חסינות מאחריות במעצר בלתי חוקי: ס' 44 לפקודת סדר הדין הפלילי מעניק סוג של חסינות בפני העמדה לדין כי השאלה מה קורה שהמעצר אינו חוקי כי הוא לא עמד בתנאים של ס' 24. יש פה הוראה מעניינת המרחיבה את ההגנה שניתנת לכל עובד ציבור (ס' 7א לפקודת הנזיקין שלא מעניקה הגנה לעובד ציבור מחמת רשלנות), כאן ס' 44 מרחיב את ההגנה של פקודת הנזיקין במובן הזה שגם אם השוטר התרשל והמעצר לא חוקי, כל עוד הוא ביצע בתום לב ולמען שלום הציבור הוא חסין מתביעה אזרחית ופלילית.

**פטור שוטר מאחריות (תיקון מס' 9)  תשנ"ז-1997**

44.  שוטר לא ישא באחריות אזרחית או פלילית בשל מעצר או עיכוב שלדעת בית המשפט ביצע אותו בתום לב ולמען שלום הציבור, אולם האמור בסעיף זה לא יגרע מכוחם של הממונים עליו לנקוט אמצעים משמעתיים כפי שיראו לנחוץ.

יש גם את ס' 38 לחוק המעצרים המאפשר לבקש פיצוי מאוצר המדינה על המעצר. צריך לדעת שגם המסלול הזה עומד בפני החשוד.

**סמכויות נלוות למעצר**

מה יכול השוטר לעשות אגב ביצוע המעצר? זה פרק של סמכויות נלוות למעצר וכאן אנחנו שואלות אילו סמכויות יש לשוטר במסגרת ביצוע המעצר (הראשוני בשטח בין אם נעשה על פי צו או ללא צו).

עזרת הציבור (ס' 20)

**עזרת הציבור**

20.  כל אדם חייב לעזור לשוטר או לאדם אחר הדורש באופן סביר את עזרתו לעצור אדם שהוא מוסמך לעצרו או למנוע בריחתו.

ס' 20 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) קובע כי שוטר יכול לבקש את עזרת הציבור בעת ביצוע מעצר על מנת לעצור או למנוע את בריחתו של האדם. לדוגמא שוטר יכול באופן סביר לדרוש מאזרח לבצע היתקלות, אבל בהחלט יש את הס' שמחייב את עזרת הציבור. אם לא די בכך בחוק העונשין יש את ס' 263 שקובע עבירה בגין סירוב לעזור במניעת עבירות. צריך שהמעצר יהיה כדין והעזרה תהיה סבירה, כלומר דרישת השוטר תהיה סבירה.

הפעלת כוח (ס' 19)

האם לשוטר יש סמכות להפעיל כוח? התשובה היא שבוודאי שכן, וזה מכוח ס' 19 לפקודה. הס' קובע כי ניתן להשתמש בכל אמצעי סביר אם האדם מתנגד למעצר מנסה להתחמק ממנו. וממנו ניתן להבין כי שוטר מוסמך להפעיל כוח לצורך ביצוע המעצר.

אחת השאלות שנשאלו בפסיקה היא מה עוצמת הכוח ששוטר רשאי להפעיל. באופן עקרוני מידת הכוח כפופה לעקרון הסבירות- כלומר הפעלת כוח סביר. צריך לומר הוא שמה שיכריע את עוצמת הכוח בדרך כלל היא עוצמת ההתנגדות למעצר ולא חומרת העבירה שהחשוד חשוד בה. כלל שהחשוד מתנגד באופן יותר מסיבי למעצר, כך גם עוצמת הכוח שהשוטר צריך להשתמש בו תעלה ביחס ישיר.  
יתר על כן, יש גם את עילת המידתיות שהיא ענף של עילת הסבירות- שלה יש שלושה מבחני משנה שאחד מהם נזק מול תועלת. למשל נניח שההתנגדות היא עזה למעצר, ואין לשוטר דרך אחרת לבצע את המעצר אלא באמצעות שליפת אקדח וירי. מתעוררת השאלה האם ירי בהנחה וההתנגדות מסיבית אפשרית גם כשמדובר בחשדות ברף הנמוך? (עדיין חייב להיות עבירת עוון ופשע). שימוש בכוח שעלול להביא לתוצאות קשות, כלומר שימוש בכוח ממית, כאן הלגיטימיות של השימוש באותו כוח תיגזר לא רק מעוצמת ההתנגדות אלא גם מחומרת העבירה, כי יש פה את האלמנט של מידתיות- נזק מול תועלת. יש לזכור כי השוטר הוא לא השופט והוא גם לא התובע, אז עם כל הכבוד לא נרצה שדרך המעצר נגיע לתוצאות לא טובות שיגבו חיים של אדם כשהוא עדיין בחזקת חף מפשע.

**שימוש בכוח**

19.  מי שמוסמך לעצור אדם חב מעצר רשאי להשתמש בכל אמצעי סביר הדרוש לביצוע המעצר, אם האדם מתנגד למעצר או מנסה להתחמק ממנו.

שימוש בכוח ממית

יש שני פס"ד רלוונטיים (גולד, אנקונינה) ואם ניקח את שניהם יחד ההלכה קובעת כי על מנת שניתן יהיה להשתמש בכוח קטלני צריכים להתקיים שלושה תנאים:

1. מעצר חוקי
2. עבירת פשע המסכנת חיים וגוף- לא כל עבירה אלא רק עבירה שהחשוד הוא חשוד בעבירת פשע וגם זה לא מספיק, כי פשע עשוי להיות עבירת צווארון לבן, ולכן בפס"ד אנקונינה התאימו שלא כל עבירת פשע אלא עבירת פשע שיוצרת סיכון לחיים ולגוף. הרציונל מאוד ברור- אם השוטר נוקט באמצעי שעשוי להביא לסיכון הגוף של החשוד אז צריך להראות שיש חשש שהחשוד עשוי לפגוע בשלמות הגוף של אדם אחר. ולכן לא כל עבירת פשע אלא עבירה שעשויה לסכן חיים וגוף וזה היה העידון של הלכת גולד.
3. הוראות פתיחה באש- תמיד צריך שהירי יהיה אמצעי יעיל ואחרון, רק אם אין ברירה אחרת. אל לשוטר לשלוף אקדח אם הוא יכול לאגוף את החשוד דרך ניידות נוספות שנמצאות או דרך כלים אחרים, וגם אם הוא שולף אקדח אז תמיד ירי באוויר, ואז ירי לכיוון הרגליים וכו.

באופן עקרוני הרבה פעמים שוטר מבצע מעצר והחשוד יודע שזה מעצר מוטעה, וזה גם יכול לקרות- למשל אדם ששכח את המפתח ומטפס לקומה ראשונה והשוטר עוצר. כאן זו דוגמא יפה כי החשוד יודע שזאת טעות אך השוטר לא יודע. יש פה פערי מידע ביניהם ולכן מידת הסבירות שנאפשר להשתמש בכוח בשוטר עולה על מידת הסבירות שנאפשר לאדם הפרטי. נניח ואדם יודע שהוא ביצע עבירת חטא, ואי אפשר לעצור בגינה אך החשוד עוצר אותו, המעצר לא חוקי וזאת טעות משפטית, האדם יכול לברוח, אך השוטר בראייתו המעצר חוקי, אז יש פה פערי מידע ביניהם- גם השוטר וגם האדם הפרטי ישתמשו בכוח, אז כלל הואיל ומבחינת האדם הטעות יכולה להתברר בפעולה פשוטה בתחנת המשטרה, הציפייה היא שגם אם האזרח רשאי לברוח מהמעצר הבלתי חוקי, מידת הסבירות לשימוש בכוח פחותה משוטר. גם פה השימוש של השוטר בכוח ממית היא רחוקה מאוד.

אזיקת עצור (ס' 9א)

הכלל קובע כי עצור לא יהיה כבול במקום ציבורי אלא בנסיבות הכתובות בס'.

**כבילת עצור במקום ציבורי (תיקון מס' 5)  תשס"ד-2003**

9א.     עצור לא יהיה כבול במקום ציבורי אלא לפי הוראות אלה:

שוטר סבר כי קיים חשש סביר שהעצור עלול לעשות אחד מאלה:

* + להימלט או לסייע לאחר להימלט;
  + לגרום נזק לגוף או לרכוש;
  + לפגוע בראיות או להעלימן;
  + לקבל או למסור חפץ שעשוי לשמש בביצוע עבירה או לפגוע בסדרי מקום המעצר;

צריך להבין כי לא כובלים אדם רק כדי להשפיל או סתם כי השוטר רוצה, האיזוק זה לא אמצעי שנועד להשפיל כי העצור עדיין בחזקת חף מפשע, האיזוק הוא אמצעי לוודא שהוא לא יברח, יעלם, ישבש וכו.

כניסה לחצרות

האם שוטר יכול לצורך ביצוע מעצר להיכנס לבית או שהוא צריך צו חיפוש?

ס' 26 לחסד"פ- המבצע צו מעצר, כשיש צו מעצר לפי ס' 25 לפקודת סדר הדין הפלילי בידו: יכול להיכנס לכל מקום שסביר שהעצור יהיה בו.

יש להבהיר כי עובד ציבור שקיבל סמכות משר לביטחון פנים הוא לא יכול להיכנס לחצרים, אך לשוטר כן. אם יש לשוטר צו מעצר בהגדרה הוא יכול להיכנס לחצרות.

**דרכי הביצוע**

26.  המבצע צו מעצר רשאי, כשהצו או האישור לפי סעיף 25 בידו –  
(1)   להיכנס לכל מקום שיש לו יסוד סביר להניח שהעצור נמצא בו;

**חיפוש שלא על פי צו חיפוש**

25.  שוטר רשאי, בלא צו חיפוש, להיכנס ולחפש בכל בית או מקום אם –  
(1)  יש לשוטר יסוד להניח שמבצעים שם פשע, או שפשע בוצע שם זה מקרוב;  
(2)  תופש הבית או המקום פונה לעזרת המשטרה;  
(3)  אדם המצוי שם פונה לעזרת המשטרה ויש יסוד להניח שמבוצעת שם עבירה;  
(4)  השוטר רודף אחרי אדם המתחמק ממעצר או נמלט ממשמורת חוקית.

האם במקרה שהחשוד נכנס לביתו, האם גם כאן השוטר יכול להיכנס? זהו מקרה שזה אגב קורה לא מעט פעמים. שוטר עוצר אדם , האדם בורח ונכנס לתוך בית- אז מה הוא יעשה? יוצא צו מעצר וחיפוש? ברור שזה לא הגיוני ולכן יש את ס' 25 לפקודת סדר הדין הפלילי שקובע כי ניתן בלא צו חיפוש לחפש בכל מקום, אם (תרחישים שונים בס', ביניהם): החלופה הרביעית פותרת את הבעיה לתרחיש הזה- יש ס' לגבי הימלטות והתחמקות ממעצר. לפיה השוטר רודף אחרי אדם שמתחמק ממעצר/משמורת חוקית.

פס"ד בירמן: בבירמן הייתה סיטואציה דומה- חייל הנמלט ממשמורת, שוטרים באים אליו הביתה לחפש אותו, אך הם לא מגיעים ישר אחרי ההימלטות אלא חלף זמן מההימלטות ועד למועד שהם מגיעים לביתו כך שאין את האלמנט של המרדף. הם מבקשים להיכנס, הוא לא מאפשר להם, בסוף הם נכנסים ועוצרים אותו והוא מועמד לדין בגין התנגדות למעצר.

החייל במהלך הדיון המשפטי טען טענה מעניינת- הואיל והשוטרים לא יכלו להיכנס לביתו ללא צו מעצר, צריך לזכות אותו מעבירה של התנגדות למעצר כי הם לא היו זכאים להיכנס לביתו, לא היה להם צו מעצר, ס' 25(4) לא עוזר להם.

בית המשפט: דעת הרוב מחליטה להיעזר בס' אחר- ס' 45 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש)- אדם הגר בבית/במקום שמותר להיכנס אליו מכח רשות לעצור או לחפש וכו', ירשה כניסה חופשית ויתן כל הקלה סבירה, ואם סרב, ניתן לעצור בכח. זה לא פשוט כי עדיין כתוב מכוח רשות להיכנס ולחפש- ולכן עולה השאלה האם זה כולל מעצר ראשוני ללא צו, או מכוח רשות לעצור הכוונה היא שיש צו מעצר? השופטים התלבטו ודעת הרוב חשבה שאותו ס' 45 לא מספיק טוב כי כשכתוב מכוח רשות לעצור אז הכוונה היא צו מעצר.   
דעת הרוב מצאה מזור באותו ס' 25(4) והפרשנות של דעת הרוב לס' הזה שההימלטות לא חייבת להיות סימולטנית לתפיסה. כלומר המרדף לא חייב להיות מיידי אחרי ההימלטות. כשכתוב שוטר רודף אחרי אדם אפשר להרחיב את הפרשנות של הרדיפה והיא לא חייבת להיות סמוכה להימלטות.

בדעת המיעוט של השופט אלון שהסכים לתוצאה אך לא לדרך- הוא פשוט החליט שנכון יותר להשתמש בס' 45 ולא בס' 25(4), השופט אלון אומר כי הימלטות צריכה להיות סימולטנית למרדף ואי אפשר להרחיב את המרדף של ס' 25(4) לסיטואציה הזו. אז הכוונה בס' 45 לרשות לעצור, הכוונה גם למעצר ללא צו.

חיפוש במעצר ראשוני (ס' 22א)

מה רשאי שוטר לעשות בחיפוש במעצר ראשוני?

**חיפוש בעצור (תיקון מס' 7)  תשנ"ו-1996 (תיקון מס' 11) תשס"ה-2005**

22.  (א)  שוטר העוצר אדם, או המקבל עצור או אסיר למשמורתו, רשאי לערוך חיפוש על גופו; בסעיף זה, "חיפוש על גוף האדם" – חיפוש על פני גופו של אדם, בבגדיו או בכליו, שאינו חיפוש חיצוני או פנימי כהגדרתם בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), תשנ"ו-1996.

לפי ס' 22(א) השוטר יכול לעשות חיפוש על גופו של העצור. כל עצור, שוטר רשאי לעשות חיפוש על פני גופו- שאינו חיפוש חיצוני ופנימי כהגדרתו בחוק החיפושים. נראה שיש כל מיני דרגות של חיפוש בחוק בחיפושים, הדרגות של חיפוש הן הרבה יותר גבוהות- חיפוש פנימי כמו אולטרסאונד, בדיקה גניקולוגית וכו, בעוד שחיפוש חיצוני כמו מתחת לציפורניים וכו. אלו חיפושים ברמת פגיעה יותר גבוהה מבחינת כבוד האדם. כאן מדובר בחיפוש הנוגע בכניסה למוסדות שלטוניים- אם המעצר מבקש לבצע חיפוש בכיסים ובתיקים, זו הגדרה לחיפוש על פני הגוף. ולכן כששוטר עוצר אדם, יש לו גם סמכות לבצע את החיפוש הזה על עצור (ולא פנימי או חיצוני).

כלי התקפה

האם שוטר יכול לאסוף או לתפוס כלי התקפה? ס' 21 קובע כי השוטר יכול לאסוף כל כלי התקפה.

**כלי התקפה**

21.  העוצר רשאי לקחת מן הנעצר כל כלי התקפה שעמו וימסור את הכלי שלקח לשופט או לשוטר שלפניו יש לפי החוק להביא את הנעצר.

**סמכות לתפוס חפצים (תיקון מס' 1)  תש"ל-1970**

32.  (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.

יש אפילו ס' יותר רחב שבולע את ס' 21, וזה ס' 32. הקובע את סמכות לתפוס חפצים. ניתן לתפוס כל חפץ שנעברה באמצעותו עבירה/יש יסוד סביר לחשוב כך. זה ס' הרבה יותר כללי של תפיסת חפצים הבולע את ס' 21 ומדבר על תפיסת כלי ירייה, פה הוא יכול לתפוס כל חפץ שנעברה באמצעותו עבירה.

אלו הן הסמכויות הנלוות למעצר.

1. **מעצר ימים**

מעצר שלפני הגשת כתב אישום- באים בפני שופט ומבקשים להאריך את המעצר.

מדברים על הליך שנעשה באמצעות החשוד- זה כבר לא שפונים לבית המשפט במעמד צד אחד ומבקשים צו מעצר מראש, אלא פה כבר באים להארכת מעצר עם החשוד, והמשטרה צריכה להגיש בקשה כזו. עד כה התביעה לא בתמונה, מי שמגיש את הבקשה למעצר ימים זאת המשטרה ולא התביעה, התביעה יכולה ללוות את התיק מבחינת חקירה, אך באופן פורמלי היא עוד לא בתמונה.

חשוב להבין כי כל מעצר צריך לתלות על קולב- כרגע הקולב הוא החקירה. זאת אומרת המשטרה מבקשת מבית המשפט להאריך את המעצר לצורך ביצוע חקירה. עוצרים את החשוד לצורך ביצוע חקירה, אך רוב החקירות מתבצעות כשהוא לא עצור, ולכן לא כל חקירה מלווה במעצר, ובדרך כלל המעצר הוא החריג. אך הקולב שעל בסיסו מתלים את בקשת המעצר הוא חקירה.  
חקירה היא כל פעילות שהתכלית שלה היא איסוף מידע- מידע הרלוונטי למעשה העבירה, נסיבות ביצוע העבירה (צריך לבדוק בכלל האם מעשה הוא עבירה), מציאת עדים, הליכה למקום, פעולות חקירה וכו. אך זה יכול גם להיות פעולות הקשורות בחשוד- נניח מאפייני האישיות שלו, בדיקת מצבו הנפשי.

בקשה למעצר ימים (ס' 12)

ס' 12 לחוק המעצרים הוא הס' שאנחנו מבינות ממנו שצריך להגיש בקשה למעצר ימים. אך המהות שעל בסיסה בית המשפט יחליט האם לאפשר את מעצר הימים הוא ס' 13. אותו ס' שיש לו שני כובעים:

1. מעצר ראשוני על פי צו- שבאים לשופט במעמד צד אחד ומבקשים צו מעצר ראשוני (אגב בעקבות הפרשה שבה שופטת התכתבה בוואצאפ עם התובע נלמדו הרבה מאוד לקחים ויצא נוהל לדוגמא שלא יעלה על הדעת שתובע יתכתב עם שופט בוואצאפ, אלא על פי המנגנון הפורמאלי. או למשל שהדיון צריך להיות באולם ולא בלשכה. יש כיום נהלים נוקשים כדי להבטיח שהפרוצדורה של בקשת צו מעצר ראשוני במעמד צד אחד לא יהיה כזה שיפגע בהוגנות ההליך, אמון הציבור וכו.
2. הארכת מעצר- הכובע השני של מעצר ראשוני ללא צו וכעת באים להארכת מעצר.

3 תנאים למעצר ימים

בבקשה למעצר ימים אנחנו נמצאות בכובע השני וצריך שלושה תנאים:

1. תשתית ראייתית- יסוד סביר לחשד לבצוע עבירה בת מעצר (עוון\ פשע).

מה החידוש? הרבה פעמים בהארכת המעצר הראשונה, התשתית הראייתית שהמשטרה תצטרך לעמוד בה כדי לבסס יסוד סביר לחשד תהיה ברף הנמוך, והיא תעלה ותעלה ככל שתידרשנה הארכות מעצר נוספות. הרבה פעמים שיש אירוע רב מעורבים ויש מצלמות, ורואים למשל שבאירוע הזה נכחו שמונה אנשים, לא נדע בדיוק מה מידת חלקו באלימות נניח כנגד השוטרים, ולכן יצטרכו לקחת את מצלמות הרחוב ולהתחיל לנתח מנה המעורבות של כל אחד.  
הפסיקה קבעה שבמעצר הראשוני, בהארכת המעצר הראשוני בית המשפט יסתפק ברף נמוך יותר של ראיות, אבל אם המשטרה תבוא אחרי מספר ימים עם אותו רף הראיות, אז השופט לא יאשר את זה- כי מה המשטרה עשתה עכשיו? המשטרה צריכה להראות את התשתית הראייתית ההולכת ומתקדמת, כעת השופט יחמיר עם השתית הראייתית. לפיכך לא ניתן להישמע טיעון שזה הספיק להארכת המעצר הראשונה? ראיות שיכולות להצדיק את ראיות המעצר הראשוני לא בהכרח יצדיק את המשך המעצר. יש מס' פסקי דין שעוסקים בכך כמו פס"ד רוטשטיין, לודברג וכו.

1. עילות המעצר 13א(3)- יסוד סביר לחשש לשיבוש, למסוכנות והעילה היותר מיוחדת שהיא רלוונטית למעצר ימים זה הליכי חקירה שלא ניתן לקיימן אלא אם החשוד יהיה במעצר. בס' 13א3 נראה כי המחוקק מאוד קפדן- מהסיבה הפשוטה שבעוד ששתי העילות האחרות מתמקדות בחשוד וחוששים שהוא יסכן, שיבש, יברח, פה זאת עילה שלא מתמקדת בחשוד אלא בחקירה. ולכן המחוקק הרבה יותר קפדן עם העילה הזאת כי לא מדובר בפעולה אקטיבית שיש חשש שהחשוד יעשה, ולכן יש לזה מספר מגבלות:

* נימוקים מיוחדים
* כל הארכה מוגבלת לחמישה ימים שבטוטאל בגין העילה הזאת לא ניתן לתת יותר מ15 ימים.

אילו פעולות חקירה מחייבות שהחשוד יהיה עצור? 1. מדובב, 2. עימות, 3. האזנת סתר בתוך התא. לכאורה ניתן להתבלבל שהרבה יותר נוח שהחשוד יהיה במעצר, ולכן לא סתם המחוקק כותב הליכי חקירה שלא ניתן לקיימן אלא אם החשוד לא נמצא במעצר. כלומר נטל ההוכחה הוא על המשטרה**,** היא צריכה להראות שאין חלופות אחרות.

בפס"ד ברונסון: בקשה לעצור מנהל בנק שנחשד בשחיתות. הוא שתק. השופט חשין שואל את עצמו האם צריך להראות שבלי חקירה יסוכלו המאמצים מכל וכל או שתתקיים פגיעה חמורה בחקירה. מבחינת המשטרה תמיד עדיף מעצר כי זה יותר קל, אך חשין אומר כי מצד אחד לא צריך להראות שזה יכביד על המשטרה אם הוא לא יהיה עצור, ומהצד השני לא צריך להראות שבלי המעצר יסוכלו הליכי החקירה מכל וכל. כן צריך להראות שלא ניתן לקיים באורח סביר את החקירה בדרכים המקובלות.   
בפרקטיקה בדרך כלל המשטרה הולכת על שלוש העילות ולא תשים את כל הביצים בסל הזה, כי זו עילה מגובלת מאוד. ולכן אם יש חקירה מסובכת זה כשלעצמו לא מספיק וצריך להראות קצת יותר. בפסיקה נקבע כי צריך נימוקים מיוחדים שירשמו זה מכניס ללופ- האם שופט יכתוב כי הוא עוצר אותו על בסיס ס' 14(3) כי המשטרה רוצה להכניס מדובב לתאו, אך מדובב זה לא דבר שחושפים, ולכן איך מצד אחד תשמור על החיסיון של הליכי החקירה והמצד השני תאפשר ביקורת על העילה הזאת. ולכן השופט חשין אומר כי נדרשת רמת הפשטה של תיאור הנימוקים שלא תמחק את מיוחדותם ומאידך לא תסכל את החקירה. לדוגמא הנמקה כללית שאומרת כי מאפשר את המעצר לאור שתיקת החשוד. אתה לומר מזה ששתיקת החשוד ייתכן והיא מחייבת פעולות כאלה ואחרות במעצר. בית המשפט יכול להפנות במסמכים- שהרי בשלב מעצר הימים כל חומר החקירה חסוי הסניגור והחשוד לא נחשפים לחומר הראיות ולכן הסנגור באפלה, ובית המשפט יכול לכתוב שהוא מאשר את הארכת המעצר בשלושה ימים והנסיבות כתובת במסמך ג'4. האם זה מקיים אתה נימוקים המיוחדים שרשמו? זה טוב כי לפחות אם יוגש ערר על המעצר הזה אז ערכאת הערר לפחות תדע מהם הנימוקים המיוחדים שנרשמו גם אם הסנגור והחשוד לא ידעו, לפחות תהיה ביקורת שיפוטית.

ס' 13 הוא סעיף מרכזי, כיוון שעל בסיסו מוחלט האם לעצור. לא ראינו הרצון להחליש את כוח ההתנגדות של החשוד ואין עילת מעצר כזו. מעצר בוודאי מחליש את כוח ההתנגדות אך זו תוצאת לוואי והיא לא עילת מעצר עצמאית. לעולם לא נאפשר מעצר רק די להשפיל, להקשות, להחליש את כוח ההתנגדות. הכלל הוא חירות ועדיין החשוד בחזקת חף מפשע.

1. היעדר חלופה סבירה

ס'21א עוסק בתסקיר מעצר כדי לבחון האם יש מקום לחלופת מעצר, האם יש חלופה ראויה. עובד סוציאלי מסייע לבית המשפט עם התסקיר בכל מה שקשור לחלופות אפשריות וכו.

הדיון בבקשת המעצר

הדיון בבקשת המעצר הימים, הכלל הוא :

ס' 15- תוכנה של בקשת המעצר, הצריכה להיתמך בתצהיר. עובדות, עילה וכו'. (2) יצורפו פרוטוקולים של דיוני ביהמ"ש במעצרים קודמים, חומר חסוי וכו'. צריך לצרף פרוטוקולים כי יכול להיות ששוטר המעצרים שמאריך את בקשת המעצר בפעם השנייה לא יהיה שופט המעצרים שהיה בפעם הראשונה ולכן כן נרצה שהוא ידע מה היה קודם.

ס' 16- הכלל הוא הדיון יהיה בנוכחות החשוד וזה מכוח ס' 16. זה הכלל ויש לו חריגים, אך הפומביות היא חשובה, אנחנו כבר לא נמצא במעמד צד אחד כפי שהיינו במעצר ראשוני.

תקופות המעצר

ס' 17 עומד על התקופות- אפשר להאריך מעצר ב15 ימים בכל פעם, ולא יותר מ15 ימים בפעם אחת. בדרך כלל שופטים נותנים הרבה פחות כי הם עושים סוג של בייביסיטר על המשטרה- וזה חלק מהעניין. אפשר עד 15 ימים בכל פעם, העילה השלישית היא עילה מיוחדות שמותר עד 5 ימים בכל פעם.

חשוב להבין כי אין מגבלה על מספר הארכות אלא יש הגבלה על מספר הימים כל פעם. כל עוד לא הוגש כתב אישום, חשוד לא יוחזק ברצף בגין אותו אירוע תקופת מעצר שעולה על 30 ימים כולל המעצר בשטח- מההתחלה בגין אותו אירוע. אלא אם כן הבקשה הוגשה באמצעות היועצת המשפטית לממשלה- אם יש את אישור היועצת אז זה כבר לא 17ב אלא מדלגים לס' 59.

ס' 59- אם יש אישור יועמ"ש ניתן להאריך את מעצר הימים למעבר 30 יום. שחרור באין אישום תוך 75 ימים.   
למדים מהס' הזה ששלושים יום זו הנקודה שאפשר להחזיק עצור במעצר ימים בטוטאל בגין אותו אישום, ומעבר ל30 יום תנאי הבקשה הוא אישור היועמ"שית ואם היא מאשרת זה לא אומר שהשופט יאשר, אלא זה תנאי סף להגשת בקשה כזו. לשופט יש מגבלה של עד 75 ימים. האם אפשר ל75 ימים?

מעבר ל75 עוברים לס' 62 לחוק העצרים, ששופט בית משפט עליון רשאי להאריך עד 90 ימים כל פעם ואין מגבלה על מספר הארכות.

לפי ס' 17ב- הגבלת 30 הימים רלוונטית לאירוע, לא לעילה. 30 יום מהעילה הזו ואז 30 יום נוספים מהעילה האחרת. בית המשפט מתייחס אליה ככזו- אז לכאורה היא יכולה לשחרר אותו ליום בגין אותו אירוע ולעצור אותו שוב יומיים אחרי ולכאורה מתחילים מחדש, התשובה היא לא. אם השחרור מלאכותי ונעשה רק כדי להתחמק, בית המשפט לא יעשה את זה. אלא אם זה מקרה אמיתי שמשחררים כי חשוב שניתן לפני ואז מתגלה מידע חשש וצריך לעצור אותו שוב, זה בית המשפט יישאר. רואים את המגבלה הנוקשה של הימים.

האם ניתן לעצור 30 יום בגין אישום אחד, ו30 יום בגין אישום אחר? התשובה היא לא משום שנדרש רצף אחד בגין אותו אירוע ללא אישור יועמ"ש עד 30 יום, עד 75 יום, ולאחר מכן שופט בית המשפט עליון עד 90 יום.

יכול להיות מצב ששופט מאריך את המעצר בשבוע וקצין משטרה משחרר אותו אחרי יומיים בערובה או ללא ערובה- אפשרי או לא? התשובה היא שאפשר וזה מכוח ס' 20, אם השופט שהאריך את המעצר בשבוע לא כתב במפורש שהוא מבקש שהעצור יובא בפניו לשם שחרור אז תמיד המשטרה יכולה להחליט לשחרר לפני. מכאן שקצין משטרה תמיד יכול להחליט שמשחררים בערובה/לא בערובה גם לפני הזמן המוקצה למעצר.

תפקיד הסניגור

15(ג)

החומר הנוגע לבקשת המעצר או מידע שעליו מתבססת בקשת המעצר וכל חומר הנמסר בהליך לפי סעיף קטן (ה) יועמדו לעיון השופט בלבד; החומר יסומן ויוחזר לשוטר לאחר העיון.

15(ה)

יקש שוטר כי תשובתו לשאלה תובא לידיעת בית המשפט בלבד, או ביקש לפרט בפני בית המשפט בלבד עובדות או מידע שעליהם מתבססת בקשת המעצר, ימסור לבית המשפט, בכתב, את התשובה ואת הנימוקים לבקשתו; בית המשפט רשאי להיענות לבקשה ולהסתמך על החומר המוגש לו בדרך זו אם מצא כי מתן התשובה או גילוי העובדות או המידע בנוכחות החשוד וסניגורו עלולים לפגוע בחקירה או באינטרס ציבורי חשוב אחר; התשובה החסויה תסומן, תוחזר לשוטר לאחר העיון והדבר יירשם בפרוטוקול. החליט השופט שלא להיעתר לבקשה בדבר אי-גילויו של החומר רשאי השוטר להודיע כי הוא חוזר בו מהגשת החומר שאליו מתייחסת השאלה ומשעשה כן לא יועמד החומר לעיון החשוד וסניגורו, והשופט יתעלם ממנו לצורך החלטותיו.

(ו)   לשם החלטותיו בבקשת מעצר, רשאי השופט להיזקק לראיות אף אם אינן קבילות במשפט.

הפרוצדורה יש לא מעט מחשבות ביחס לשאלה מה באמת החשוד הסניגור יכולים לעשות, שהרי הם לא נחשפים לחומר החקירה. מי שמגיש את הבקשה זה השוטר, השופט והשוטר מכירים את כל החומרים והסניגור מהלך באפלה.

**15(ג)-** החומר הנוגע למעצר/מידע עליו מתבססת בקשת המעבר יועמד לעיון השופט בלבד. כלומר אין לי כחשוד גישה לחומר הראיות. יש לזה הגיון בשלב הזה נרצה לתת את כל הכוח למשטרה לחקור- לא נרצה שיהיה פתח לשיבוש, אך הסנגור כן יכול לחקור בחקירה נגדית את השוטר.

יש פרוצדורה מאוד מעניינת- 15ה שעוסק בשלב הזה של הפרוצדורה. הסנגור שואל את השוטר שאלה ואז השוטר אומר כי הוא מבקש לפרט את התשובה בפני בית המשפט בלבד. יש פה פרוצדורה שמאפשרת למסור את התשובה לשופט, ואם השופט מגיע למסקנה כי התשובה אוו המידע הקשור למידע ההוא עשוי לפגוע בחקירה, אז התשובה תישאר חסויה. אם השופט מחליט לא להיעתר לבקשה בעניין אותה תשובה ואי גילוי חומר הקשור לאותה תשובה. אז השוטר צריך להחליט האם הוא רוצה בכל זאת שהתשובה – או שהוא חושף אותה או שלמעשה הוא חוזר בו מאותה אמירה כלפי השופט וזה לא מוגש וחוזר חזרה אל השוטר. אם הוא רוצה להגיש את הדברים האלה הוא חייב לחשוף ולכן השוטר יכול לחזור בו ולא להגיש שום דבר ביחס לשאלה.

השופט יכול להסתמך גם על ראיות בלתי קבילות- ס' 15ו.

פומביות ההליך

אחת הבעיות בעולם הרשתות החברתיות והאינטרנט הוא המידע שנמצא ברשת הוא מידע שנמצא שם לעולם וכנראה לא ימחק אף פעם. ולכן הרבה פעמים יש מעצרים מתועדים וכתבות בעניינם ובסוף הכל מתברר שלא היה ולא נברא, אך הנזק הנגרם לחשוד אף אחד לא יכול להחזיר במיוחד שחיפוש קטן בגוגל יכול להציף שוב את ההיסטוריה.

השאלה שהעלתה בפומביות היא שאולי תהיה תקופת זמן של העשייה- לפני שהולכים ומפרסים ויוצרים פומביות להליך המעצר, בוא נראה שיש דברים בגו כי יכול להתברר שכל הדברים הם בגדר עלילה. היה דיון שלם בנושא ומן הסתם עיתונאים והתקשורת בכללותה חשבה שזה יהיה אסון אם נמנע את הפומביות. הרבה פעמים הפומביות היא חשובה משום שזה עשוי להביא לתלונות נוספות נגד החשוד. אך האם למשטרה יש עניין להוציא צו איסור פרסום כי היא לא רוצה שבשלב הזה לא תהיה פומביות, אך ההנחה שאם מבחינת החקירה זה בסדר האם לאפשר תקופת זמן של שיהוי- ואחרי לא מעט דיונים בוצע תיקון בחוק בתי המשפט.

**ס' 70(ה1)(1)-** חוק בתי המשפט עוסק בשאלת הפומביות של ההליך המשפטי ולגבי חוק המעצרים יש ס' כללי בס' 16(3) שנקבע כי. הדיון יתקיים בפומבי, אבל יכול השופט להורות על דיון בדלתיים סגורות ע"פ ס' 68.

**ס' 68(א)-** הס' מוביל לס' 68ב שקובע את הכלל של פומביות הדיון וכתוב כי בית המשפט ידון בפומבי אך יש מקרים שבית המשפט יכול להורות על סגירת הדלתיים בכל מיני תרחישים מסוימים (**ב).**

**ס' 70(ד1)(1)-** הס' הרלוונטי שעוסק בפרסום ופומביות הוא ס' 70 שם נקבע כי אסור לפרסם שום דבר ביחס לדיון בדלתיים סגורות, שראינו בס' 68 מהם המקרים שבית המשפט יכול לסגור את הדלתיים, והס' המעניין הוא ס' 70ד1(1)- לא יפרסם אדם שמו של חשוד עד תום 48 שעות ממועד התייצבות החשוד לחקירה/שהיה עליו להתייצב לחקירה/סיום הדיון הראשון בעניינו, לפי המוקדם.  
המצב רק השתפר בעקבות התיקון הזה שאומר דבר פשוט- לפני שרצים ומפרסמים תנו 48 שעות למשטרה והשמיים לא יפלו עד לפרסום שמו של החשוד. הרבה פעמים חשוד מוותר מראש כי חרושת השמועות הן כל כך משמעותיות שהוא מוותר על איסור הפרסום. אי אפשר יהיה להשיב את הגלגל לקדמותו, וגם כאן יש חריגים **(ד1)(2)**

**ס' 70(ה1)(1)-** גם בחלוף ה48 שעות יש עדיין פתח שהחשוד יכול לפנות להמשך איסור פרסום שמו, אלא אם כן בית המשפט ראה כי זה עשוי לגרום לחשוד נזק חמור ובית המשפט סבר כי יש להעדיף את מניעת הנזק לחשוד על הפרסום.

1. נזק חמור- לא רגיל אלא חמור כי כל עצור ירצה שימנעו את הפרסום.
2. מניעת הנזק עדיפה על פני העניין הציבורי שבפרסום.

זה יכול לקרות במקרים בהם אולי יש רף ראייתי אך הוא רף ראייתי נמוך ומהצד השני יש מספיק למעצר, וכך לדוגמא בעל מקצוע חופשי שהנזק שעשוי להיגרם לו הוא עצום. מדובר, למשל, במילה נ' מילה.

ולא מעט פעמים המשטרה עצמה מבקשת את איסור פרסום כמו ב70ה כדי לא לפגוע בפרטי החקירה. אבל זה לא התרחיש שכרגע דובר עליו, זה תרחיש שהחשוד מבקש למנוע את פרסום שמו ואז הכלל ש48 שעות לא מפרסמים ויש חריגים כמובן, ויש את ס'ה1 שמתקיימים חריגים להאריך את איסור הפרסום מעבר לכך.

**70(ה)-** ביהמ"ש יכול לאסור פרסום שם אם זה יפגע בחקירה. האיסור יפקע עם הגשת כתב האישום, אלא אם נקבע אחרת ע"י ביהמ"ש.

פגמים בחקירה משפיעים על בקשת הארכת מעצר?

מה קורה אם יש פגמים במעצר ועכשיו המשטרה מבקשת הארכת מעצר ימים? כאשר היו פגמים קודמים האם בית המשפט בזמן הדיון בהארכת המעצר רשאי להסתמך על ראיות שהוגשו תוך פגיעה שלא כדין בזכות להליך הוגן? מה הדין של הפגמים הקודמים?

נחלק לשניים:

1. האם פגמים קודמים פוגעים בסמכות של בית המשפט להארכת מעצר? (**לא)**

למשל העיכוב היה עיכוב לא חוקי, מביאים להארכת מעצר באיחור וכו, האם הפגמים הקודמים מאיינים את בית המשפט מלדון בבקשת הארכת המעצר? האם פגם קודם מאיין את סמכותו של בית המשפט מלדון בבקשת הארכת המעצר.   
יש פסיקה ישנה והיא בפס"ד זאנח- העיכוב היה מעל לשלוש שעות, והסניגור אמר כי מאחר והחזיקו אותו לא כדין מעל לשלוש שעות, אין לבית המשפט סמכות להאריך את המעצר הזה. זו טענה שלא מתקבלת וזה לא קשור לשאלת הסמכות- גם אם היה עיכוב לא חוקי השאלה האם יש סמכות כן או לא לבצע הארכת מעצר תיגזר מס' 13- תשתית, עילה, היעדר חלופה סבירה. פגמים קודמים בשרשרת לא מאיינים בסמכות של בית המשפט לדון בארכת המעצר. הדוקטרינה של פירות העץ המורעל לא התקבלה, ולכן זו המסקנה- פגמים קודמים לא שוללים את סמכות בית המשפט להורות על הארכת המעצר.

1. האם ביהמ"ש שדן בבקשת מעצר ימים אמור להתעלם מהפגמים האלה כי זה לא השלב של ההליך העיקרי? **(לא)**

התשובה לשאלה הראשונה מביאה לתשובה של השאלה השנייה- האם השופט אמור להתעלם מהפגמים האלה? ביונתן אוריך נשאל האם שופט שמתבקש לתת צו לעיון בטלפון סלולרי, רשאי לא לתת את הצו רק בשל פגמים קודמים שעליהם מתבססת הבקשה. שם היה חיפוש לא חוקי קודם. ובשורה התחתונה אחרי שעשינו את הסיבוב הגדול, בדיון הנוסף הנשיאה חיות קובעת ששופט יכול לא לתת את הצו בשל פגמים קודמים אך זה יעשה רק במקרים חריגים ונדירים. חיות עשתה סיבוב מהשופט אלרון שהיה נחרץ אך היא לא סגרה את הדלת. פה זה אומנם לא בקשה לצו חיפוש טלפון סלולרי אלא הארכת מעצר- בשני המקרים זה הליך ביניים. וגם כאן בוודאי שבית המשפט לא אמור להתעלם מהפגמים קודמים כשהוא יחליט האם להאריך את המעצר כן או לא.

פס"ד שלמה אביב פרץ נ' מדינת ישראל

השופטת עדנה ארבל שואלת בדיוק את השאלה הזאת- האם פגמים קודמים יכולים להשפיע על ההחלטה של שופט שלום בעניין הארכת מעצר ימים. באותו מקרה זה היה פגם בזכות ההיוועצות עם עורך הדין. השופטת ארבל אומרת כי התשובה היא כן- פגיעה בזכות היוועצות עם עורך דין יכולה להביא לנפקות כבר בשלב המעצר. אותה דוקטרינה של פסלות פסיקתית חלה גם בשאלת הארכת המעצר, כאשר נפל פגם משמעותי בזכויות עצור זה יכול לפגוע בלגיטימיות של הליך המעצר, בטוהר ואמון הציבור, וכן המשטרה גם צריכה להקפיד ולשמור בזכויות העצורים. פגיעה קשה ומשמעותית בזכויות העצור יכולה לשמוט את הצידוק המוסרי להמשך המעצר. היא עומדת על הרציונליים של הרתעת וחינוך המעצר. אבל כפי שנקבע ביששכרוב זה לא ערך מוחלט ובלעדי- כי מה אם מדובר בחשוד ברצח? נשחרר אותו כי היה פגם? גם פה אומרת השופטת ארבל צריך לתת משקל לאיזון מצד אחד בפגיעה בזכויות החשוד (היקף, זמן הפגיעה וכו), לבין האינטרס הציבורי בהמשך המעצר (גילוי האמת, לחימה בפשיעה, עילות המעצר). משום כך המסקנה היא ששופט מעצרים לא אמור להתעלם בפגמים קודמים.

אל לטעות, השופט לא בוחן את שאלת קבילות הראייה- קבילות היא רק בסוף ההליך העיקרי, השאלה היא אלא קבילות אלא מה ההשפעה של פגמים לעניין מתן הצו. התשובה היא שיש השפעה לפגמים ומאוד יכול להיות שבעקבות הפגמים לא תינתן הארכת מעצר. ביונתן אוריך הנשיאה חיות אומרת שרק במקרים חריגים לא תינתן הארכת מעצר, אבל אין הבדל בין פסקי הדין בעניין העקרוני.  
יכול להיות שבשטח בגלל מורת הרוח מהפגמים, בתי המשפט יתנו ביטוי לפגמים בהחלטה שלו- ולכן לפעמים הם למשל יורו על הארכת מעצר במקום 5 ימים, אז 2 ימים. גם בפרץ עצמו השופטת ארבל לא פסקה על אי מתן הארכה כי לא היו הפגמים לא היו עד כדי כך חמורים.

**ס' 54-53-** יש לזכור כי על כל החלטה כזו של מעצר ימים ניתן להגיש ערר בזכות פעם אחת, רשות פעם שנייה ואף בקשה לעיון חוזר.

מגבלת הזמנים בחלופות מעצר

אחת השאלות שעלו בפסיקה היא על מגבלת הזמנים. עכשיו מה קורה כשיש מעצר בית- החשוד משוחרר בערובה עם חלופת מעצר של מעצר בית. ההיגיון אומר כי המגבלה של הימים שקיימת לעניין מעצר תהיה קיימת גם לעניין חלופת מעצר- עד 30 ימים, באישור יועמ"ש, עד 75 ימים.

אך יש עוד ס' מעניין והוא ס' 58. הס' מדבר על תוקף ערובה- א) תוקף ערובה יבוטל אם לא יוגש כ"א נ' החשוד תוך 180 יום, ואולם ניתן להאריכה לתק' של עד 180 יום באישור תובע. (ב)- ביהמ"ש רשאי להורות על הארכה נוספת, עד 90 יום, אם יש בקשה באישור היועמ"ש.  
כלומר 180 יום, 180 יום בפעם השנייה ועוד 90 ימים בפעם השלישית הוא 450- אפשר תיאורטית שאדם יהיה עצור במעצר בית למעלה משנה. כך שהאם נלך לפי הס' הזה או חלופת הזמנים של מעצר רגיל? לכל מעצר יש מגבלת זמנים, אבל כשמדובר בחלופת מעצר אז בעיית הזמנים מקבלת משנה תוקף.

מעצר בית הוא חלופת מעצר, וראינו כי יש מגבלות של ימים למעצר- עד 30 יום, אישור היועמ"ש עד 75. מתבקש שהמגבלות האלה יחולו על חלופת מעצר, אף ס' 58 מלמד אותנו כי מעצר בית הוא סוג של תנאי שחרור בערובה, אז כתוב בס' שהוא תקף 180 יום אם לא יוגש כתב אישום, וניתן להאריך ב180 יום ועוד 90 יום באישור יועמ"ש. אז יכולות להיות סיטואציות שאדם יישאר במעצר בית למעלה משנה. השאלה הזאת הגיעה לבית המשפט :

פס"ד 5536\13 פלוני: האם מגבלות הזמנים הן לפי ס' 58א או שמא לפי מעצר רגיל? זאת שהאלה שהשופט עמית דן בה באותו פס"ד דין- מדינת ישראל נ' פלוני.

השופט עמית יש לו נטייה לקחת סוגייה בדיני מעצרים ולשאול שאלות עקרוניות. התשובה היא שבתחילת הדרך אם יש סיטואציה של חלופת מעצר, אנחנו נלך לפחות בשלב הראשוני במסלול של ס' 16 לחוק המעצרים, גם אם יש חשוד שנעצר בחלופת מעצר של מעצר בית, ורוצים להאריך את המעצר אפשר אך זה יהיה תחת המטרייה של ס' 16 עם מגבלות הזמנים של 30 יום, וצריך לפנות לבית המשפט ולבקש להאריך את מעצר הבית.   
בהמשך הדרך, לא נסגרה הדלת, אפשר ללכת לס' 58 וברגע שעוברים לאישור יועמש עד 75 ימים, אפשר לבקש מעצר בית עד 180 יום וכו. אז מה זה משנה? אומר עמית, אני מצפה משופט שבאים אליו עם מעצר בית כ"כ ארוך תחת 58- למידתיות. אל תאשר מעצר בית ארוך כ"כ למרות שתיאורטית יש סמכות לזה.

למה השופט עמית כן מתעקש שבתחילת הדרך זה יהיה לפי ס' 16? כי שם יש מגבלת זמנים נוקשה וזה מקום שנרצה לפעול בהתחלה, נלך ל58 רק אם עברנו את המגבלות האלה וגם אז נצפה משופט להישאר קמוץ עם המגבלות האלה. זה נשמע יותר מידי זמן שאדם יישאר 180 יום במעצר בית לפני הגשת כתב אישום. מעצר בית זה לא מאוחרי סורג ובריח אך עדיין ההשלכות הן אדירות.

איך הוא מסיק שס' 16 יכול להכיל גם שחרור בערובה? כי אם נקרא את ס' 16 מדבר על הארכת מעצר ולא על חלופת מעצר. אז השופט עמית מסביר את אותו כלל ידוע של הסנהדרין שאומר שמי שמוסמך לפעול על גבול השלם ממילא מוסמך לפעול בחלקיו. ולכן אם ס' 16 מעניק סמכות להאריך מעצר, אז יש סמכות להאריך את תנאי השחרור בערובה שהפגיעה בחירות פחותה יותר מהמעצר. לכן אין בעיה שמראש תבוא המשטרה בבקשה לפי ס' 16 לא למעצר רגיל אלא למעצר בית בתנאים מגבילים. מראש מבקשים מבית המשפט חלופת מעצר תחת הבית של ס' 16, חלפתם את הזמנים האלה יש את ס' 58 שנותן הרבה יותר מידי זמן, אך תתחילו תחת ס' 16 כדי להכניס אתכם תחת מגבלת זמנים.

קיום דיון בדרך של היוועדות חזותית

ס' 16ב- קיום דיון בדרך של היוועדות חזותית- אפשרות להאריך מעצר ימים באמצעי וידאו. זוהי הוראת שעה. זה ס' שעוסק באפשרות להאריך את מעצרו של אדם במעצר ימים בווידאו קונפרנס. זו הוראת שעה שהיא בתוקף על דצמבר 2023.

* **(א)**- זו לא כפייה, העצור מבקש, התובע יכול להתנגד, ביהמ"ש יכול להסכים למעט במקרים מסוימים.

הס' אומר כי ניתן לבצע את ההליך לפי ס' 16- בקשה להארכת מעצר ימים באמצעות היוועדות חזותית, אם בית המשפט שוכנע כי די בהיוועדות חזותית, ובלבד שהעצור הוא בגיר, יש לו סניגור והעצור מבקש את זה. מה שקורה בפועל זה שהרבה פעמים עצורים- הסיפור הזה של הארכת מעצר הם יום שלם מסתובבים לדיון של 10 דק, ולכן הרבה פעמים עצורים יעדיפו דיון בווידאו מאשר להגיע פיזית לדיון. עם זאת מהצד השני לא ניתן להכריח ויש עצורים שיעדיפו את הדיון מול השופט כדי שהשופט שהוא מחליט להאריך מעצר שיסתכל לו בלבן של העיניים. ובית המשפט מפקח על ההליך הזה ויכול להסכים.

* ס' 16ג- דיונים שאין לקיימם בהיוועדות חזותית- לדוגמא, דיון ראשון לפי ס' 15.

אך יש מקרים שהמחוקק לא מאפשר את זה. למשל דיון ראשון, הארכת המעצר הראשונה אף פעם לא תהיה וירטואלית. אם עצור מנוע להיפגש עם עורך הדין גם זה לא יהיה במפגש וירטואלי וכו.

* ס' 16ד- מניעה טכנית בלתי צפויה- ניתן לקיים שיחה טלפונית בהתקיים תנאי הס'.

למשל 16ד אם יש בעיה טכנית ולא ניתן לקיים את זה וירטואלית אפשר לעשות את זה במקום בשיחה טלפונית. הצורך לא בא רק מצד העצור אלא מצד האוצר, שינוע עולה כסף ולכן פגישה וריטואלית מונע שינוע ומשאבים מצד אוצר המדינה.

1. **מעצר לפני הגשת כתב אישום- מעצר תובע**

הסתיימה החקירה ואין את הקולב שעליו תולים את המעצר לפני כתב אישום ולכן אם הסתיימה החקירה, צריך לשחרר את החשוד או לעבור לקולב הבא שהוא כתב האישום. אבל ס' 17ד מטפל בשלב הביניים- בין שלב סיום החקירה לבין הכנת כתב אישום. גם התובע הוא לא רובוט וצריך זמן להגשת כתב האישום.

ס' 17ד נועד לגשר בין שני הקולבים הללו: אם הצהיר התובע שיש עילה להגשת כ"א ושוכנע ביהמ"ש בקיום עילה להארכת מעצר עד תום ההליכים, ניתן להאריך את המעצר לתק' של עד 5 ימים בכפוף לסעיף קטן (ב).

ה5 ימים האלה יילקחו בחשבון במסגרת המגבלה של 30 הימים. פעם ראשונה יש שחקן חדש והוא התובע זה קורה במצב שבו מודיעה הממשלה כי סיימו לחקור, אבל אז אנחנו עדיין נרצה עוד זמן להכין כתב אישום ונרצה שהוא יהיה עצור כי התובע בא ומהצהיר שעל פניו הוא מבקש להגיש מעצר עד תום ההליכים יחד עם כתב האישום, ולכן הם רוצים את 5 ימים הללו.

יש לשים לב לכמה דברים:

* מה קורה אם הסתימה החקירה, יש עילת מעצר עד להצהרת תובע?   
  הסתיימה החקירה ואין הצהרת תובע, האם לשחרר? דרך אחת היא שהשופט מעיין בתיק החקירה ומזכיר לשוטר כי לא הסתיימה החקירה כי עד שלא תהיה הצהרת תובע או המשך החקירה, השופט צריך לשחרר. הוא מסביר למשטרה שהיא לא בדיוק סיימה את החקירה, כי אם היא לא סיימה את החקירה אנחנו במגבלת הזמנים של הקולב הקודם.   
  אפשרות שנייה היא אפשרות שהשופט עמית הביע אותה- הוא נתקל בבעיה הזאת עוד כשופט שלום, והוא הוציא באחת ההחלטות שלו הערה שאומרת כי קוראים את ס' 17ד כס' המאפשר לבצע הארכת המעצר בהתקיים עילות המעצר (שיבוש, מסוכנות וכו). זה לא קרה עד עכשיו (פלונית נ' מדינת ישראל- בש" 14048290).   
    
  יש עילת מעצר והחקירה הסתיימה- מה עושים? עמית עונה בשתיים:

1. גם ככה הוא עצור, לא יקרה כלום אם נעצור עד מחר. לא מספק, כי אנחנו מדברים על סמכות.
2. הטעם המשפטי: אכן נוסחו של ס' 17(ד) הוא מנדטורי. כביכול חייבים לשחרר, אבל פרשנות תכליתית מחייבת בחינת התקיימות עילות של מסוכנות ושיבוש, גם אם הסתיימה החקירה, שאחרת תיווצר תוצאה בלתי סבירה בעליל- פושע מסוכן ישוחרר כי הסתיימה תק' החקירה אם לא ניתנה הצהרת תובע. הוא קורא שנית למחוקק לתקן

* עד כמה התובע צריך להיות מפורט בהצהרתו? האם הוא צריך לכתוב כי חד משמעית יוגש כתב אישום?  
  התשובה היא לא, אין היגיון לכבול את התובע ברמה של 100%. תובע הוא לא רובוט אלא רשות מנהלית ועדיין הוא מבקש עוד זמן לעיין בחומר, נכון שהפסיקה קובעת כי לא ניתן לדרוש הצהרת תובע מבלי להכיר את חומר החקירה. תובע חייב להכיר את חומר החקירה, אבל עדיין הוא צריך לעיין בו לעמוק ולהתחבט, ולדרוש ממנו ברמה של 100% זה נוגד למכללי המשפט המנהלי, שהרשות מנהלית צריכה לבסס החלטה על נסיבות המשתנות ולא לקבע את עצמה. זו לא יכולה להיות הצהרה של 100 אחוז ולא להכיר מראש באפשרות שלא יוגש כתב אישום. התשובה ניתנה בפס"ד בדאו.
* האם התובע צריך לפרט את סעיפי האישום?  
  גם כאן אומר בית המשפט שהתשובה היא לא. לא נותן לחייב תובע לרדת לפרטי פרטים ולהחליט מראש מהם תנאי האישום המסתמנים, ולא נרצה לכבול אותו בס' העבירה (פס"ד טוויל).
* האם בית משפט ייתן אוטומטית הארכת מעצר ל5 ימים?  
  גם כאן התשובה היא לא, נצפה מבית המשפט שגם בהצהרת תובע הוא צריך לעיין בחומר הראיות ולהשתכנע שאם יוגש כתב אישום יש עילת מעצר. בית המשפט הוא לא חותמת גומי, ועד חמישה ימים לא אומר שהוא תמיד ייתן חמישה ימים, והוא גם יכול להחליט כי במקום מעצר הוא ייתן שחרור בערובה. לא כתוב שבית המשפט רשאי לשחרר בערובה, אך אם יש את מלוא הסמכות אנחנו מבינות שיש גם חלקים ממנה, בוודאי שמדובר בפגיעה פחותה בחירות. ברור שבית המשפט שלפי ס' 17 ד יש סמכות לבית המשפט להורות על חלופת מעצר בחמישה ימים הללו.
* האם הפרקליטות יכולה אחרי הצהרת תובע לזגזג ופתאום להגיש בקשה לפי ס' 13 לעוד הארכת מעצר ימים? (בהנחה שיש לה ימים ולא עברו את המגבלה)  
  זה לא פשוט כי אם יש הצהרת תובע השכל אומר שהשלב הבא הוא כתב אישום ולא ללכת אחורה לפתיחת החקירה שוב, כי הצהרת תובע אומרת שהחקירה הסתיימה ולכן אי אפשר ללכת צעד אחד קדימה ושניים אחורה.

פס"ד דוד שמעון

השופטת חיות לא שביעת רצון מהזגזוג הזה וקובעת שרק במקרים חריגים ונדירים כגון התפתחות מהותית בחקירה העשויה להשפיע על תוכן כתב האישום, והתביעה לא יכלה לבצע אותן פעולות חקירה בשקידה דרושה קודם, רק במקרים כאלה היא תאפשר את הזגזוג הזה. מקצה שיפורים שנועד לתקן מחדלי חקירה קודמים לא יאפשרו שימוש חזרה בהארכת מעצר לאחר הצהרת תובע. כי כאן נעדיף את האינטרס של החשוד והזכות שלו לחירות והעובדה שהוא יודע שהשלב הבא הוא הגשת כתב אישום ולא חקירה. מחדלי חקירה יתוקנו רק במקרים חריגים.

* מעצר תובע כחלופת מעצר

בפס"ד מטייב עלו שתי שאלות: האם במסגרת הצהרת תובע, בית המשפט רשאי במקום להורות על מעצר עד חמישה ימים לצורך הכנת כתב אישום, אבל כחלופת מעצר כמו מעצר בית. ובמידה שהתשובה לכך חיובית, מתעוררת השאלה השנייה- האם תקופת מעצר הבית מוגבלת לחמישה ימים? וזאת משום שמחד ס' 17 מגביל את הצהרת התובע לעד לחמישה ימים, ומאידך, ס' 17 מדבר על מעצר רגיל ולכן ניתן לטעון שמגבלת הזמנים של חמישה ימים רלוונטית רק למעצר בפועל ולא בחלופת מעצר כמו מעצר בית.

פס"ד מטייב נ' מדינת ישראל

בשאלה הראשונה של האם הצהרת תובע יכולה להתבצע כחלופת מעצר? התשובה חיובית וזאת מתוך העיקרון הבסיסי של מידתיות. בית המשפט בהחלט רשאי במקום להורות על מעצר במסגרת הצהרת תובע של עד חמישה ימים, להורות על חלופת מעצר. זה הגיוני כי חלופת מעצר פגיעתה בחירות פחותה יותר ממעצר על אף שהס' מדבר על מעצר.

לעניין השאלה השנייה- האם יש מגבלה לחמישה ימים? באופן פורמלי בהחלט ניתן לומר שלא צריכה להיות מגבלה של חמישה ימים כי חלופת מעצר, ראינו את ס' 58 למעצרים, וראינו ממנו כי כל שחרור בתנאים מגבלה כזו היא עד 180 ימים, ולכן מדוע שנהיה מוגבלים דווקא לחמישה ימים כשמדובר בחלופת מעצר ולא מעצר.   
בית המשפט קובע באותו פס"ד כי התביעה ביקשה 5 ימים להכנת כתב אישום, היא קיבלה מעצר בית, ולא הגיוני שיהיה אפשר להשאיר אדם במעצר בית לתקופה כל כך גדולה רק לצורך הכנת כתב אישום (מכוח ס' 58), ולכן גם אם לא נגביל את זה לחמישה ימים כי זה לא מעצר בפועל, בית המשפט אומר שצריך פרק זמן קצר יותר וכזה שלא יעמוד נניח על חודשיים. גם אם אין מגבלה פורמלית של מעצר בית, זה צריך להיות בפרק זמן סביר ולא של ס' 58.

1. **מעצר עד תום ההליכים**

סדר דין פלילי בעידן מעצר עד תום ההליכים: ברוב המקרים יש רצף בין הסיטואציה שבה החשוד היה עצור לפני הגשת כתב אישום (ס' 13 ומעצר ימים), לבין תרחיש שהתביעה רוצה לעצור אותו עד לתום ההליכים. עם זאת, בפועל לא חייב להיות רצף וצריך להבין שמעצר עד תום הליכים זה הליך עצמאי ונפרד, ולא בטוח שכל מי שהיה עצור כחשוד יהיה כנאשם עצור עד תום ההליכים וההפך- לא מן הנמנע שחשוד לא היה עצור לפני הגשת כתב אישום, אבל התביעה כן תבקש לעצור אותו עד תום ההליכים. צריך להודות שברוב המקרים יש רצף.

מעצר לפני הגשת כתב אישום ומעצר עד תום ההליכים

נשאל האם ומהו ההבדל בין המעצר שלפני הגשת כתב אישום, לבין מעצר עד תום ההליכים?

שאלת הסמכות- אם לפני כתב אישום תמיד בית משפט שלום מוסמך לדון בדיני מעצרים (גם בעבירות חמורות ביותר כמו רצח), אחרי הגשת כתב אישום הסמכות לגבי מעצר עד תום הליכים, היא לאותו בית משפט שיש לו סמכות לדון באותו כתב אישום. כלומר הערכאה שתדון בבקשת המעצר עד תום ההליכים, תלויה בשאלת הסמכות העניינית- במידה וכתב האישום מוגש למחוזי אז הסמכות לדון בבקשה תהיה של המחוזי, ואם כתב האישום מושג לשלום, אז הסמכות היא של השלום.   
חשוב להבין כי בקשת המעצר עד תום ההליכים לא תוגש לאותו שופט שידון בכתב האישום, ומי שידון בבקשה הוא שופט המעצרים. להפרדה הזאת בין השופטים יש היגיון- לא נרצה שהשופט שדן תיק העיקרי ייחשף לכלל הראיות וזאת לפני שנשמעו העדים. אנחנו נרצה להפריד בין השופט בהליך העיקרי לבין שופט המעצרים וזאת על מנת שלא יגבש דעה.

הבדל קונספטואלי- במעצר עד תום ההליכים אנחנו נמצאות בזירה שונה לגמרי מבחינה תפיסתית. בשלב הזה אנחנו לא קוראות או מתייחסות לחשוד כחשוד אלא כנאשם. יש לזה משמעות רבה משום שבשלב הזה הוא כבר צד למשפט. בשלב שלפני הגשת כתב האישום כחשוד הוא לא נחשף לחומר החקירה, הוא והסניגור שלו מהלכים באפלה ולא יודעים שום פרט על החקירה. גם פה, יש לה רציונל לפיו נרצה בשלב הזה לתת את מלוא המשקל למשטרה כדי למנוע שיבוש. לעומת זאת, כנאשם הוא כבר צד למשפט לכל דבר ועניין, פה הוא כבר מקבל את כל חומר החקירה ולכן ההתמודדות עם המעצר היא הרבה יותר משמעותית.

מגבלות הזמנים\ התקופות- אם לפני הגשת כתב אישום עסקנו בתקופות יחסית קצרות של הארכה עד 15 ימים כל פעם, שלושים יום בטוטאל, אישור יועמ"ש עד 75 יום, שופט עליון 90 וכו. כאן אנחנו מדברות על מעצר לכל אורך המשפט, זו תקופה הרבה יותר משמעותית ואנחנו גם נראה שיש הרבה יותר נוקשות בהליך הזה. לדוגמא אם דיברנו על מעצר לפני הגשת כתב אישום, לפי ס' 20 לקצין משטרה תמיד יש סמכות לשחרר לפני תום התקופה הקבועה בצו כל עוד בית המשפט אמר אחרת. לעומת זאת, במעצר עד תום ההליכים אין סרט כזה שקצין משטרה ישחרר נאשם ללא צו של בית משפט לפני הכרעת הדין. כלומר רק בית המשפט יכול לשנות את ההחלטה ולכן ס' 20 לא רלוונטי כשמדובר במעצר עד תום ההליכים- אין לקצין משטרה סמכות לשחרר. התקופות יותר משמעותיות, זה כיוון שיש מגבלות גם כאן, ונראה בהמשך בהרחבה את שתי המגבלות העיקריות- המשפט צריך להסתיים תוך 9 חודשים בהכרעת דין (שאגב אם העצור הוא באיזוק אלקטרוני זה תמיד כפל זמן- לא 9 חודשים אלא 18). המגבלה השנייה היא שצריך להתחיל את המשפט תוך 30 יום מיום המעצר עד תום ההליכים. לא יעלה על הדעת שנאשם יהיה עצור עד תום ההליכים והמשפט שלו יתחיל אחרי חצי שנה. המחוקק עומד במפורש מה נחשב תחילת המשפט- הקראת כתב האישום. ואם לא עומדים בשתי המגבלות הללו אז צריך לשחרר את העצור ממעצר. עם זאת תמיד יש אפשרות לגשת לבית המשפט בעליון ולהאריך את המגבלות ב90-150 ימים ללא מגבלה על מספר הארכות.

תנאי המעצר- תנאי המעצר במעצר עד תום ההליכים טובים יותר ממעצר ימים. לפי ההיגיון, חשוד הוא בחזקת החפות שלה יש עוד יותר משמעות מאחר ולא הוגש כתב אישום, ולכן יכול להיות תרחיש סביר שאולי הכל יגמר בתלונת שווא שלא הייתה. לעומת זאת, בהגשת כתב אישום, כבר לא מדובר בעבירת שווא אלא כזו שיכול להיות שיורשע בגינה, ולכן חזקת החפות נחלשת, אך היא עדיין עומדת. עם זאת, למרות ההיגיון הזה, המציאות היא שבמעצר עד תום ההליכים הנאשם נהנה מתנאים טובים יותר. אין פה היגיון משפטי אלא היגיון מעשי- מדובר בתקופה ארוכה יותר ולכן במעצר עד תום ההליכים התנאים טובים יותר מהגשת כתב אישום. בשני המקרים אגב, גם במעצר לפני הגשת כתב אישום ואחריו יש נוהג שאם הנאשם יורשע יקזזו מהעונש את הימים שהיו היה עצור.

אינטרס הנאשם- מעצר עד תום ההליכים זו באמת דרמה, במובן הזה שאסטרטגית הנאשם וסנגורו פחות יטו להאריך את המשפט כי הנאשם עצור, הוא לא עובד וזו תקופה מאוד ארוכה לפגיעה בזכויות האדם. לעומת זאת, כשנאשם משוחרר והוא לא עצור עד תום ההליכים יש לו אינטרס אחר- למשוך עד כמה שניתן את הזמן לניהול המשפט כדי שאם הוא יורשע בטיעונים לעונש הוא יאמר עינוי דין. שכן הנאשם יפנה לביהמ"ש ויצביע על משך הזמן שהוא נמצא תחת החרב הזו של משפט פלילי ולכן יש להקל בעונש. יש הבדל דרמטי כי כשאדם עצור עד תום ההליכים יש נאשמים שיעדיפו לזרז את המשפט עד כמה שיותר.

שלושת תנאי המעצר (ס' 21 לחוק המעצרים)

דיברנו על זה שצריכים להתקיים שלושה תנאים כדי שיהיה ניתן לעצור אדם, הרלוונטיים לכל מעצר:

1. תשתית ראייתית- לפני שזורקים נאשם מאחורי סורג ובריח לתקופה כזאת ארוכה בזמן שהוא בחזקת חף מפשע לתקופה כזו ארוכה, בואו נבדוק האם יש מספיק תשתית ראייתית. הואיל ומדברים על תקופת מעצר יותר משמעותית יש הגיון שנדרוש תשתית ראייתית יותר מוצקה. בראש ובראשונה הבדל דרמטי- רק ראיות קבילות, אין כבר אפשרות לצקת תוכן בתשתית הראייתית כבר בראיות שאינו קבילות כפי שכן ניתן במעצר לפני הגשת כתב האישום. אנחנו בכתב אישום ולכן אי אפשר להשתמש ולצקת תוכן בראיות בלתי קבילות. יש ליצור הבחנה בין הראיות שבהן התביעה כן תרצה לבסס את עילת המעצר, לצורך הוכחת עילת המעצר כן אפשר להשתמש בראיות בלתי קבילות. לדוגמא גיליון האישום של הנאשם מאוד רלוונטי לביסוס עילת המסוכנות, אבל לא לביסוס התשתית העובדתית.

שאלת הקבילות בהליך הביניים?  
אחת השאלות שעלו בפסיקה היא מה עושים לגבי ראיה שלא יודעים בשלב הזה האם היא תהיה קבילה או לא (בדומה ליונתן אוריך), שאלת הקבילות היא נתונה במחלוקת והאם ניתן להשתמש בהן, לעומת סיטואציה ששאלת הקבילות ברורה כבר עכשיו- למשל האזנת סתר אסורה בסיטואציה שבה ברור במידה רבה של סבירות שהראיה לא תהיה קבילה כמו בהאזנת סתר אסורה, לא ניתן להשתמש בה לצורך ביסוס התשתית הראייתית. אך בסיטואציה שבה רב הנסתר על הגלוי- למשל בהודאת חוץ צריך לבדוק לפי ס' 12 לפקודת הראיות, ולכן ידונו בה במהלך המשפט העיקרי. בסיטואציה כזו שלא ברור האם הראיה תהיה קבילה כן או לא, אך אנחנו לא נמצאות במקום שיש מידה גדולה של וודאות שהיא לא קבילה, ככלל שכן ניתן להשתמש בראיה הזו לצורך ביסוס התשתית העובדתית. אבל אל לטעות, נניח כי התשתית העובדתית בנויה על הודאה במשטרה, בשלב המעצר עד תום ההליכים בית המשפט ייתן משקל לראיה, אך אם במשפט העיקרי בית המשפט פוסל את ההודאה הזו, אז סנגור ערני צריך להגיש בקשה לעיון חוזר- כי השתנה משהו, התשתית העובדתית התבססה על ראיה שאז לא ידענו שהיא קבילה או לא וכעת אנחנו יודעות שהיא לא קבילה. בקשה לעיון חוזר מוגשת לאותה הערכאה כשיש נסיבות חדשות או כשחלף זמן.

האם ניתן להגיש במסגרת בקשה עד תום ההליכים ראיות שרק בית המשפט ייחשף אליהן?  
השאלה הזאת נוגעת לסיטואציה בה התביעה תגיש ראיות בלי שההגנה תיחשף אליהן, כלומר התובע רוצה להגיש במעמד צד אחד ראיות. אנחנו אחרי הגשת כתב האישום וכל הראיות לפי ס' 64 כבר הומצאו לנאשם, ולכן זה לא דבר שאנחנו מקלות ראש בו בכלל.   
פרשת מוגברי נ' מדינת ישראל- שם היה מדובר בעד מרכזי שהוא היה שותף לרצח, ושהיה אמור להעיד נגד הנאשם. במהלך המשפט הוא נפטר, והסנגור טוען כי צריך לשחרר את הנאשם כי כבר אין ראיות לכאורה, העד המרכזי כבר לא איתנו. התביעה מבקשת להגיש לבית המשפט חומר חסוי, המשטרה מנהלת חקירה שבמסגרתה יש מהלך של הכשרת עדות השותף (ס' 10א(ב) בפקודת הראיות). כלל עדות שמועה היא לא עדות קבילה (עדות השותף במשטרה) אך יש נסיבות שאחת מהן נכנסת לתרחיש הזה ויכולות להוביל לבית המשפט להכשרת העדות בבית המשפט. התביעה רוצה להגיש חומר חסוי בנושא הזה, כמובן הסניגור מתנגד. כאן בית המשפט עושה הבחנה- צריך להבחין בין תרחיש שהחומר רלוונטי באופן ישיר לעבירות המיוחסות לנאשם, במקרה כזה ככלל לא נתיר במעמד צד אחד, לעומת חומר רלוונטי שלא קשור במישרין לעבירות אלא קשור למידע שקשור לעילת המעצר, או במקרה בדומה לזה לא לתשתית העובדתית אלא מהלך המתבצע לצורך הכשרת העדות. זו ההבחנה בין חומר שבאופן ישיר קשור לתשתית העובדתית שהוא כלל לא יינתן במעמד צד אחד כי הוא צריך להיות גלוי להגנה, לבין חומר הקשור לעילת המעצר וכולי.

האם הסניגוריה יכולה להציג ראיות במעמד צד אחד (ולא התביעה כפי שדיברנו במעצר ימים), נניח יש עד טקטי שהיא רוצה להפתיע את התביעה. התשובה היא ככלל שעל אף שבית המשפט לא סגר את הדלת, לא ראוי ששופט מעצרים להיחשף לחומר שרק צד אחד רואה זה רלוונטי גם להגנה וגם לתביעה. ראינו שלתביעה יש חריגים כשלא מדובר על תשתית ראייתית, ולכן יהיו מקרים חריגים ויש תקדימים שבהם בית המשפט אפשר לסניגוריה להציג מידע רק לשופט אך זה יקרה במקרים באמת חריגים (פס"ד אבוטבול 49\559).

מהי התשתית הראייתית הנדרשת במעצר עד תום ההליכים?   
ס' 21 לחוק המעצרים- בית המשפט לא יתן צו מעצר, אם כן נוכח לאחר ששמע את הצדדים שיש ראיות לכאורה להוכחת האשמה. השאלה היא מה הפירוש של ראיות לכאורה? כבר לא מדובר בחשד סביר לביצוע העבירה שזה היה מפתח הכניסה, אלא צריך משהו מעבר.   
פס"ד זאדה- שם בית המשפט העליון עושה סדר בתקופה שהיו הרבה פסיקות סותרות וקובע מבחן מאוד ברור: ראיות לכאורה הן ראיות גולמיות אשר לגביהן קיים סיכוי סביר שעיבודן במהלך המשפט תוך בחינתן בחקירות, בקביעת אמינות ומשקל, יוביל לראיות רגילות אשר מבססות את אשמת הנאשם מעל לכל ספק סביר. זה אחד מפס"ד החשובים בדיני המעצרים כי בית המשפט העליון קובע כי המבחן הוא סיכוי סביר להרשעה. ומי שכותב את דעת הרוב הוא השופט ברק והוא משתמש באותו מבחן של סיכוי סביר להרשעה. השופט ברק אמר כי אנחנו לא נמצאים בסוף המשפט, צריך לעשות הבחנה בין מעצר עד תום ההליכים לבין ההליך העיקרי שבמסגרתו התביעה צריכה להוכיח שהנאשם ביצע את המעשה מעל לכל ספק סביר. ולכן ברור שהתשתית העובדתית צריכה להיות פחותה ממעל לכל ספק סביר, וגם אין שום היגיון לדורש רף ראייתי כל כך גבוה, כי נמצא בשלב ששופט המעצרים לא שומע עדים, אלא הוא נחשף רק לראיות, מסמכים, מוצגים אבל לא שומע עדים, ומשום כך זה אומר כי בשלב הזה המבחן הכי חשוב לחקר האמת והוא חקירה נגדית, עדיין לא התרחש. בית המשפט צריך למעשה לבחון את כל הראיות שהתביעה הביאה, ולשאול את עצמו האם לעניות דעתו כשהוא לוקח את כל הראיות וגם מתבונן על התיק כולו (גם הראיות שפחות טובות לתביעה) האם בסוף המשפט אחרי שישמעו את העדויות ויעמדו בחקר האמת, בית המשפט ירשיע את הנאשם מעל לכל ספק סביר? האם יש סיכוי סביר שבית המשפט ירשיע את הנאשם על כלל ספק סביר.   
הבחינה היא בחינה הסתברותית, כך שבניגוד להליך העיקרי שם השופט שמע את מכלול הראיות והחקירות הנגדיות, ובמבט לאחור הוא צריך לשאול את עצמו האם כל הראיות הללו מובילות לתשתית הראייתית הכי גבוהה שיש מעל לכל ספק סביר. כאן עושים בחינה הפוכה לאחור כהסתברות, לא כמו השופט בהליך העיקרי, כי אנחנו נמצאות לפני המשפט. בשלב הזה שבו התביעה על פני הדברים נמצאת בסיטואציה הכי טובה לה, כי ההגנה עוד לא הביאה את הראיות שלה (שבדרך כלל היא לא עושה את זה, מאחר והיא רוצה לשמור על אלמנט ההפתעה). אם בשלב הזה בית המשפט לא יכול לומר שיש סיכוי סביר להרשעה, האם נשלול את חירותו של אדם שבגדר חף מפשע לתקופה כל כך ארוכה? התשובה היא לא. זה המבחן הראייתי שנקבע בזאדה. זה מכונה ככור ההיתוך, כי השופט צריך לשאול את עצמו בראיה העתידית מה יקרה במהלך המשפט כשהראיות הגולמיות יעבור את התהליך של כור ההיתוך בחקירה הגולמית. זה מאוד קשה כי בשלב הזה השופט לא ידוע את משקל הראיות, אלא רק קורא את העדויות במשטרה והראיות שהתביעה מביאה.

יש גם עמדה של השופטת דורנר שהיא עמדה מעניינת. השופטת דורנר מאתגרת את אהרן ברק בכך שהיא מציגה עמדה אחרת- על מנת שניתן יהיה לעצור אדם עד תום ההליכים צריך לוודא שאין ספק מובנה באשמתו של הנאשם וסבירות ההרשעה, כל ספק כזה אמור לקעקע את התשתית העובדתית. בעוד שדעת הרוב דיברה על סיכוי סביר להרשעה מנקודת המבט של התביעה, ואומרת שרק כרסום של ממש בגרסת התביעה שאינו מוביל לסיכוי סביר בהרשעה, דורנר מדברת על ספק סביר מובנה. אם יש ספק מובנה באשמתו של הנאשם אין ראיות לכאורה. לא ניתן להסתכל על זה אחרת- דורנר מביאה גישה שמעלה על נס את חירויות הנאשם על דעת הרוב. יש היגיון משפטי בעמדה של דורנר, שנלמד בהמשך את שיקולי העמדה לדין נראה שהמבחן לתשתית הראייתית הוא אותו מבחן במעצר עד תום ההליכים- סיכוי סביר להרשעה, זו תוצאה אבסורדית. שכן כל כתב אישום מעצם הגשתו, בהנחה והתובעת לא שגתה, יש תשתית ראייתית למעצר עד תום ההליכים כי אחרת לא היה מוגש כתב אישום, לולא סיכוי סביר הרשעה. כדי לפגוע בחירות בשלב המשפט עוד לפני ההרשעה צריך יותר מזה, שהרי לא כתב אישום שהוגש לפני מעצר עד תום ההליכים, ככתב אישום שהוגש אחרי מעצר עד תום ההליכים. נדרוש תשתית ראייתית גבוהה יותר ולכן דורנר יוצקת מבחן מחמיר יותר, ספק מובנה באשמת הנאשם די בו כדי לאיין את התשתית העובדתית. בזאדה דורנר חזרה על עמדתה בתיקים קודמים, שהובילה למצב בעייתי שלה הייתה גישה יותר מקלה עם עצורים, לעומת שופטים אחרים, ואז היו סיטואציות שסנגורים ניסו לכוון את הערר שיגיע לדורנר. בזאדה המחלוקת צפה ובית המשפט הכריע לכיוון של שופטי הרוב.   
בס' 158 לחסד"פ יש אפשרות לנאשם לטעון שאין להשיב לאשמה, בתום פרשת התביעה יכול להשיב שאין קייס והוא מבקש זיכוי כאן ועכשיו מבלי שהוא יצטרך להביא ראיות מטעמו. ס' 158 משתמש במונח של "אשמה אף לכאורה", דורנר מביאה את הס' הזה להוכחת הטענה שלו. לא יכול להיות שראיות לכאורה בס' 158, אלו אותן ראיות לכאורה במעצר עד תום ההליכים, זו לא אותה תשתית. כי בס' 158 הפגיעה בנאשם היא קטנה יחסית- שעכשיו הוא יצטרך להביא את הראיות שלו. במעצר עד תום ההליכים מדברים על שלילת חירות לתקופה אורכה ולכן גם אם הפסיקה אומרת שדורנר פירשה את המבחן של 158 כמבחן מאוד מקל, זה לא צריך להיות אותו מבחן של מעצר עד תום ההליכים. תמיד צריך סיכוי סביר להרשעה, אך בס' 158 נשאל האם הסיכוי הסביר להרשעה התערער לאור החקירות הנגדיות של התובעים. כל תובע בכל יום ובכל דיון צריך לשאול את עצמו האם יש סיכוי סביר להרשעה, ואם הוא מגיע למסקנה שלא שהתביעה צריכה להיות מספיק הגונה מלחזור בה מכתבי אישום. המבחן הוא דעת ברק ולא דעת דורנר.

כאשר יש תרחיש שבו בית המשפט מגיע למסקנה שהשאלה האם נאשם יורשע או לא תוכרע על בסיס מהימנות- אם יאמינו לגישת הנאשם הוא יזוכה, ואם הוא יאמין לגישת המתלונן הוא יורשע. כששופט המעצרים מגיע למסקנה ששאלת סיכוי סביר להרשעה תתבסס על מהימנות הנאשם או המתלונן, האם במקרה כזה יש תשתית ראייתית למעצר עד תום ההליכים? שופט המעצרים לא יכול להכריע במהימנות, אין חקירות נגדיות אלא שמי שמכריע הוא השופט בתיק העיקרי שיראה את החקירות הנגדיות, לשופט המעצרים אין את הכלים האלה ולכן בסיטואציה כזו הפסיקה אומרת שיש סיכוי סביר להרשעה. הבחינה היא לא בחינה טכנית, שופט המעצרים כן אמור להסתכל על כל התיק ואם הוא רואה שבכל חומר הראיות יש סתירות פנימיות נניח בין עדי התביעה בינם לבין עצמם, באופן השולל את סבירות הסיכוי להרשעה אז בית המשפט יגיד שאין תשתית ראייתית. זו לא בחינה טכנית של הסתכלות רק על הראיות הטובות, אלא על התיק כולו בדוגמא לסתירות.  
אם שופט המעצרים קובע שאין תשתית ראייתית למעצר עד תום הליכים זה מעיד על חולשת הראיות של התביעה ולכן כדאי לתביעה לפנות להסדר טיעון.  
ההסתכלות כוללת על התיק שלא מכריעה מהימנות של העדים בשלב הזה. ספק סביר עכשווי לא יפגע בסבירות הסיכוי להרשעה גם אם הוא ספק מובנה, כי אנו לא נמצא בשלב הכרעת הדין אלא המבחן הוא סיכוי סביר להרשעה.

בג"צ חסיד שיש לו גם התפתחות בהלכה. השופט רובינשטיין בפס"ד לראשונה תבע את המונח ראיות מוחלשות. אמרנו שכדי לעצור אדם מבחינת תשתית ראייתית צריך סיכוי סביר להרשעה ופתאום מוצאים פס"ד המשתמשים בטרמינולוגיה של ראיות מוחלשות, הם בדרך כלל משתמשים בה כדי להצדיק חלופת מעצר ולא מעצר. יש פה סתירה פנימית שכן אמרנו שמדובר בשלושה תנאים מצטברים ושהתנאי שהוא ראיות שמקימות סיכוי סביר להרשעה, זה דבר בינארי- שאו שעוברים את השלב הזה או שלא. וכעת יש המונח ראיות מוחלשות, שזה מונח שבית המשפט יצר כדי ליצור לעצמו גמישות, וכדי להיות עקביים חייבים לצאת מתוך נקודת הנחה שהמונח ריאות מוחלשות מתייחס לראיות שאומנם חצו את הסיכוי הסביר להרשעה אבל ברף הנמוך- כלומר גם בתוך המונח של הסיכוי הסביר להרשעה, יש רף נמוך ורף יותר גבוה, יש דרגות של סיכוי סביר להרשעה. בשביל לעמוד ברף הזה מספיק שנחצה את הרך הנמוך ואז נקרא לזה ראיות מוחלשות. וזה מן ההסתם יכול להוביל לסיכוי גבוה יותר לחלופת מעצר. אין חומה סינית- יש הזנה הדדית. משתמשים בראיות מוחלשות כששופט המעצרים דן בשאלת המשך מעצר עד תום ההליכים, ואז הוא אומר שיש ראיות מוחלשות ולכן הוא מורה על חלופת מעצר. אם אין לך סיכוי סביר להרשעה אתה לא מגיע לחלופת מעצר, ולכן צריך להבין שראיות מוחלשות יוצא מתוך נקודת מוצא שאנחנו מעל הסיכוי הסביר להרשעה. בית המשפט שואל אם יש סיכוי סביר להרשעה, התשתית הראייתית קיימת אבל משחר לחלופת מעצר.

1. עילת מעצר- ס' 21: שתי העילות המהותיות נועדו לקדם פני סיכון (א1א, ב). יסוד סביר לחשש זה תמיד מבחן פני עתיד וב' כתוב שקיים סיכוי סביר לחשש שהנאשם יסכן א בטחונו של אדם, הציבור או המדינה.

בשלב הזה נחזור אחורה ונפרט את ההיסטוריה. השאלה המשפטית שהיום התשובה אליה היא מאוד ברורה, האם חומרת העבירה כשלעצמה יכולה להוות עילה עצמאית למעצר עד תום ההליכים. למשל עבירה שהיא מכת מדינה, היא עבירה חמורה ונרצה לשדר מסר שנילחם בכל כלי אפשרי נלחם בה. ואחד הכלים הם מעצר עד תום ההליכים, על מנת שכל אדם ידע שלא כדאי לו לעבור עבירה כזו, נשדר מסר הרתעתי שאומר כי אדם יועמד לדין על העבירה הזו ואוטומטית הוא ייעצר עד תום ההליכים. עד 1988 מעצר עד תום ההליכים הוסדר בחסד"פ, לא היה חוק מעצרים ולא היו עילות מיוחדות, ולכן כשאין עילות מעצר המפרטות בחוק השאלה האם חומרת העבירה היא עילת מעצר עצמאית היא שאלה שמקבלת משנה תוקף. הייתה מחלוקת בבית המשפט העליון ורוב השופטים אמרו שחומרת העבירה היא עילת מעצר עצמאית- נרצה להגביר את אמון הציבור במערכת המשפט, להרתיע, וכו. ורק קול אחד סבר אחרת, מנחם אלון היה בדעת מיעוט לפיה עילת מעצר לא יכולה להיות עילת מעצר עצמאית. בשנת 1988 המחוקק הואיל בטובו לחוקק את החוק (עוד לא חוק המעצרים) והתווסף ס' 21 לחסד"פ. שם נקבע שורה של עבירות שאם נאשם מואשם בגין אחת מהן זו עילת מעצר. מזה למדים שלמעט מקרים כאלה, חומרת העבירה לא תשמש עילת מעצר, אבל עדיין נותר ויכוח בין דעת הרוב למיעוט. השופט אלון המשיך והחזיק בעמדתו לפיה אותן עבירות ברשימה יוצרות חזקת מסוכנות, ועדיין הנאשם יכול להפריך אותה.   
השלב הבא הוא 1992- חוק יסוד כבוד האדם וחירותו והמהפכה החוקתית שאהרן ברק בישר עליה אז. חקיקת חוקי היסוד הובילו לאימוץ דעת המיעוט של השופט אלון ובשלב הזה מגיעה פרשת גנימאת. שם בית המשפט העליון קובע כי מכת מדינה לא יכולה להוות עילת מעצר עצמאית כי שיקולי מעצר לא יכולים להיות הרתעתיים והם תמיד אינדיבידואליים. אם זה לא היה ברור, בתקופה הרביעית קרי חוק המעצרים אימץ את עמדתו של השופט אלון באופן די משמעי, כי יש רשימה סגורה של עבירות וכתוב בס' 21 שהעובדה שהאדם הועמד לדין באותן עבירות יוצרת חזקת מסוכנות, חזקה ראייתית בלבד. חומרת העבירה לא יכולה להוות עילת מעצר עצמאית וגם כשהיא בסיס לחזקת מסוכנות, היא לא חזקה חלוטה וניתן לסתור אותה. כל מה שהיא עושה זה העברת הנטל מהתביעה לנאשם להוכיח שהוא לא מסוכן, ולכן שיקולים של הרתעה, הגברת אמון הציבור לא יכולים להוות שיקולים שיצדיקו מעצר. רק שיקולים מניעתיים קונקרטיים ואינדיבידואליים לגבי הנאשם הספציפי שנועדו לקדם דמי סיכון ממנו, רק אלה לגיטימיים בעניין מעצר. ולכן עבירה שהיא מכת מדינה כשלעצמה לא מהווה עילת מעצר עצמאית. זה נכון שאם אדם מואשם בעבירה של מכת מדינה אז אולי בגלל החומרה שלה והעונש הצפוי הוא עשוי לברוח, להתחמק וכו, אך כל אלה שיקולים אינדיבידואליים מהנאשם הספציפי כי לא יעלה להשתמש באדם ככלי להרתעת הרבים כשהוא בחזקת חף מפשע. תיקון 113 לחוק העונשין כן מאפשר לשקול שיקולי הרתעת הרבים אך רק בגזר הדין וגם אז בנסיבות מאוד מצומצמות, רק בשלב שהורשע, שהאדם כבר לא חף מפשע.

הדיון הזה מעניין כי שומעים חדשות לבקרים המון טענות שהמחוקק דורסני, בית המשפט מגן על זכויות האדם ממחוקק דורסני שרואה רק את האינטרס הציבורי ולא זכויות האדם. אך דעת הרוב בבית המשפט העליון ראה את האינטרס הציבורי על חשבון הפרט, והמחוקק הלך עם השופט אלון ולא עם דעת הרוב. כך שהמחוקק הגן על זכויות אדם ולא דעת הרוב.

לגבי חזקת המסוכנות יש את ס' קטן ג- שם יש רשימת עבירות שיש להן חזקת מסוכנות אלא אם כן הנאשם הוכיח אחרת. עקרונית אם נאשם הפריך את חזקת המסוכנות לא אמורים להמשיך לשלב הבא ולבדוק היעדר חלופה סבירה כי עוצרים בשלב 2, אין עילה. בפועל ברוב המקרים ברגע שמפריכים את חזקת המסוכנות רוב הסיכויים הם שהנאשם ישלח חלופת מעצר. אבל זה לא משקף את לשון החוק היבשה.

גם בעבירות החמורות ביותר אין לפי חוק המעצרים חובת מעצר. פס"ד עודה נ' מ"י וזו הדוגמא הכי טובה לכך שיש מקרים, גם כאשר נאשם מואשם בעבירת רצח או סיוע לרצח, הוא יוכל במקרים חריגים להשתחרר לחלופת מעצר ולא בהכרח הוא ייעצר. בעודה זה היה מקרה מאוד נדיר עם נסיבות קשות שבית המשפט לגבי נאשמת המואשמת בסיוע לרצח, ובכל זאת היא שוחררה למעצר בית כי היא הייתה קורבן של סיטואציה קשה. מדובר באישה בדואית שהוטרדה מינית על ידי בן דודה, בזמן שהיא הייתה נשואה ובעלה ואחיה הכריחו אותה לקבוע עם אותו בן דוד ורצחו אותו, ולכן הואשמה בשותפות לרצח. למרות העבירה החמורה היא הייתה בהיריון, מסוכנת היא לא, והנה דוגמא לכך שגם בעבירות חמורות כל כך אין חובת מעצר.

לגבי מסוכנות כתוב בס' קטן ב- הפסיקה מתייחסת לכך שכשכתוב ביטחון הציבור זה כולל גם אדם שמועמד לדין בגין עבירות רכוש. בית המשפט העליון בסדרת פס"ד (פרנקל, מזרחי) קובע שיהיו נסיבות שבהן גם כתב אישום בגין עבירות רכוש יוביל למעצר עד תום הליכים, זה יחשב כפשיעה בביטחון הציבור- למשל היקף שיטתי של עבירות רכוש, וכו. צריכות להיות נסיבות מיוחדות שעבירות רכוש יובילו למעצר עד תום ההליכים, שהרי ברור שלא עבירה רכוש כמעמד עבירה שפוגעת בביטחון של אדם. בית המשפט קובע שזה בעיקר יבחן לאור התחכום של העבירות, ההיקף השיטתי, ההיקף הניכר וכו.

יש עוד עילת מעצר והיא עילה דיונית והיא בס' 21א2. למה זאת עילה דיונית? כי העילה הזאת באה אומרת שאם יש התפתחויות מאוחרות, כמו אם הופר תנאי בערובה, או עילה לשחרור בערובה (כמו ערב שלא מוכן יותר להיות ערב), כל מיני התפתחויות מאוחרות הן יכולות להוות עילת מעצר דיונית. ההבדל הדרמטי בין העילה הדיונית למהותית היא שכן אין צורך לבדוק היעדר חלופה סבירה. יש בכך היגיון רב, המשותף לכל העילות הללו זו סיטואציה בה נתנו לנאשם צ'אנס, לא נתן את הערובה שהיה אמור לתת או הפרה של תנאי הערובה (נניח ברח ממעצר בית), בסיטואציה הזו לא צריך לבדוק חלופת מעצר.

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

1. היעדר חלופה סבירה – חשוב להבין כי יש הזנה הדדית בין התשתית, העילה לחלופה. באופן קר צריך לנתח את החוק ככזה שיוצר חומה סינית בין התשתית, העילה לחלופה- לא מגיעים לעילה אם אין תשתית, ולא מגיעים לחלופה אם אין תשתית ועילה. בפועל לא כך פני הדברים, ובית המשפט בסדרת פס"ד קובע ששלושת הכללים הללו מדברים אחד עם השני או שיש מקבילית כוחות בין שלושת התנאים.

לדוגמא- כלל שהתשתית העובדתית היא חלשה יותר אז, הסיכוי שבית המשפט יורה על שחרור בערובה הוא גדול יותר. זה לא קבוע בחוק, אך בית המשפט יצר את זה בפסיקותיו וכן יוצר סוג של חליפין בין שלושת התנאים הללו. רואים את זה יפה בפס"ד בש"פ 5564/11 **פלוני נ' מדינת ישראל**, שם השופט עמית באותה החלטה בצורה די כנה, משתף את הקוראים עם הקשיים שעומדים בפני שופט המעצרים. וקובע כי שופט המעצרים לא אחת מפעיל אינטואיציה, תחושת בטן, חוש מומחיות, ניסיון חיים, ניסיון שיפוטי והוא כותב כי זו לא נוסחה אוטומטית, כל מקרה הוא תפירה ידנית. הוא מדבר על הזיקה שבין עוצמת הראיות לחלופה המעצר- וכשדיברנו על מקבילית כוחות הוא אומר שיש מקבילית הכוחות בין עוצמת הראיות להגבלת החירות. ככל שעוצמת הראיות חלשה ומעוררת ספקות וסתירות כך תגדל הנכונות לשחרר לעילת מעצר (איפה העילה?), ככל שהראיות לכאורה חזקות יותר ומתקיימים שאר התנאים להורות על מעצר, כך תקטן הנכונות להסתפק בחלופת מעצר. זה המינוח של ראיות מוחלשות- יוצאים מתוך נקודת הנחה שהן ראיות שעולות מעל הסף של סיכוי סביר להרשעה אך ברף הנמוך.  
הוא ממשיך ואומר כי מקום בו עילת המעצר עוצמתית, לא יהיה מנוס ממעצר הנאשם על אף הבעייתיות בראיות. כלל ראיות מוחלשות יובילו לחלופה, אבל אם בדרך יש עילה חזקה כמו מסוכנות, אז לפעמים לא יהיה מנוס וגם בראיות מוחלשות נעצור ולא נשלח לחלופה. בהמשך, בית המשפט קובע עוד קביעה שאומרת כי כחלק מהטרייד אוף, אם חומרת העבירה יוצרת חזקת מסוכנות (רשימת העבירות), אומר בית המשפט שנוצרת חזקה כנגד שחרור בערובה. מאיפה זה בא? בית המשפט מייבא את חזקת המסוכנות מהעילה ומלביש אותה גם על התנאי השלישי- שאם יש חזקת מסוכנות יש גם חזקה כנגד החלופה. בעולם נקי יש תשתית, עוברים לעילה- נניח כי לא הופרכה חזקת המסוכנות אז זה אומר שיש עילה, עוברים לשאלה האם אין חלופה סבירה אחרת- מי אמר שאם לא הופרכה חזקת המסוכנות יש חזקה כנגד חלופת המעצר? זוהי עוד דוגמא לטרייד אוף בין שלושת תנאים.

*אכן, כאשר שופט המעצרים נדרש ליתן החלטה בבקשה למעצר עד תום ההליכים, הוא מצויד בפסיקה עניפה המתווה את דרכו. אך לצד המדיניות השיפוטית והשיקולים הצריכים לעניין, מפעיל שופט המעצרים את האינטואיציה, את תחושת הבטן, חוש המומחיות, ניסיון החיים והניסיון השיפוטי, ואת התרשמותו הישירה מהנאשם ומהמפקחים המוצעים כ"דבר מה נוסף" אשר לעיתים מטה את הכף אם למעצר ואם לחלופה. אין מדובר בנוסחה מתמטית, כל מקרה הוא "תפירה ידנית" (כביטויה של השופטת נאור ב*[*בש"פ 7686/03*](http://www.nevo.co.il/case/5840072) *רפייב נ' מדינת ישראל ([פורסם בנבו], 9.9.2003)), כאשר התוצאה האופרטיבית נגזרת מנסיבותיו הקונקרטיות של העושה ושל המעשה. אין לך שופט מעצרים ששנתו אינה נודדת מחשש שמא הורה על מעצרו של נאשם שבסופו של יום נמצא חף מפשע, או מחשש שהורה על שחרורו של נאשם שלאחר מכן ביצע עבירות נוספות, לעיתים עבירות קשות ביותר. ידיעה אודות מעשה רצח או אונס "מקפיצה" את השופט אשר חש-אץ לבדוק שמא מדובר ברוצח או אנס שהוא הורה על שחרורו ממעצר. האחריות כבדה מנשוא, אך כפי שרופא בחדר מיון נדרש לקבל החלטה אם לאשפז את החולה או לשחררו, כך גם שופט המעצרים אינו רשאי להתנצל מחובתו ועליו להחליט אם למעצר ואם לחלופת מעצר כזו או אחרת.*

השופט עמית בפלוני

הלכת קורמן נ' מ"י- ילד ידה אבנים, רכז הביטחון קיבל הודעה על כך, הוא תפס את הילד, היכה אותו והילד מת. אין מחלוקת שהוא לא רצה להרוג, אך הילד נהרג. הוא הועמד לדין בגין הריגה, וקורמן שמר על זכות השתיקה במשטרה. מותר לחשוד לשתוק כחלק מהזכות להליך הוגן, ואז יש בקשת מעצר עד תום ההליכים ואז טוען קורמן שהופרכה חזקת המסוכנות, והוא ביקש חלופת מעצר. השופט זמיר קובע כי אם חשוד שומר על זכות השתיקה, זה אומר שהוא לא הפריך את חזקת המסוכנות ולכן יש עילת המעצר, ואם הוא לא הפריך את חזקת המסוכנות יש חזקה נגד לחזקת החלופה. יש פה כמה בעיות: מה הקשר בין שמירה על הזכות השתיקה במשטרה לבין היעדר הפרכת חזקת המסוכנות? יכול להיות ששמירה על זכות השתיקה במשטרה תהיה לה השלכה במשפט, אבל שתיקה במשטרה תמנע את היכולת להפריך את חזקת המסוכנות? זה פס"ד שהוא מעורר לא מעט שאלות. אבל זמיר אומר כי כשהנאשם שותק במשטרה הוא לא שולל את חזקת המסוכנות ולכן יש עילת המעצר, ומביאים את החזקה גם להיעדר חלופה. וזו הפכה להלכה- שאם שותק במשטרה, יכולה להיות לה נפקות לעניין מעצר עד תום ההליכים.

זה מדגים את העובדה שזה מאוד קל על ספלי האקדמיה לדבר על מבחנים וקטגוריות, אך בסוף יש שופט שצריך לקבל החלטה הרת גורל מבחינת החשוד, הנאשם והאינטרס הציבורי.

**תסקיר מעצר (תיקון מס' 1) תשנ"ז-1997**

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

תסקיר מעצר

ס' 21א הוא הס' שעוסק בתסקיר מעצר. כששופט רוצה לבחון חלופת מעצר אין לו את המידע הרלוונטי לגבי השאלות הנדרשות למשל האם יש לו רבים שיכולים להיות ערבים, חלופות מעצר, אנשים שמפקחים, מי שעושה את זה, התסקיר של שירות המבחן, גורם מקצועי שעושה את העבודה הזאת. זו לא חובה אבל כמעט תמיד יש תסקיר מעצר שם נקבע האם לשלוח לחלופת מעצר, מי יכול לערוב וכו. זו סמכות רשות ולא חובה.

מגבלות זמנים

ס' 60 קובע את מגבלת הזמנים, שפיקוח אלקטרוני זה תמיד פי 2.

**שחרור באין משפט (תיקון מס' 1) תשנ"ז-1997 (תיקון מס' 11) תשע"ה-2014**

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

יש מגבלת זמן- ניתן לבקש עוד שלושים יום אם הסניגור והנאשם רוצים לתחילת המשפט כלומר להקראה. ס' 61 זו המגבלה השנייה, שהיא המגבלה המרכזית- צריך תוך 9 חודשים לסיים את המשפט בהכרעת דין ואם הוא באיזוק אלקטרוני 18 חודשים, ואלא לשחרר בערובה. כמובן שאפשר על ידי החלטה של שופט בית משפט עליון לגבור על ההגבלות האלה- הוא יכול להאריך 90 יום כל פעם ללא מגבלה על מספר הארכות.

בתיקון המחוקק התפכח והבין שלפעמים בגלל העומס האדיר שעל בתי המשפט 90 יום לא מספיקים ולכן יש אפשרות לבית המשפט העליון אם מדובר בתיק שעבירה מורכבת, ריבוי נאשמים, אישומים וכן הלאה, מראש להאריך ל150 ימים כל פעם ולחזור על הארכות ללא מגבלה על מספר הארכות.

 (ג)   בלי לגרוע מהוראות סעיף 62, ניתן פסק דין מרשיע נגד נאשם לאחר שהיה נתון במעצר לתקופה המצטרפת כדי תשעה חודשים, ואם היה נתון במעצר בפיקוח אלקטרוני – תקופה המצטרפת כדי 18 חודשים, בשל אותו כתב אישום, רשאי בית המשפט שהרשיעו לצוות על הארכת מעצרו או על מעצרו מחדש עד למתן גזר דין, אם מצא כי יש עילה למעצרו; לא ניתן גזר דין בתוך 90 ימים, ולעניין מעצר בפיקוח אלקטרוני – בתוך 180 ימים, מיום שציווה בית המשפט כאמור, ישוחרר הנאשם מן המעצר.

מה קורה אם עברו 9 חודשים ניתנה הכרעת דין ולא ניתן גזר דין?  
ס' 61ג נותן תשובה- יש לבית המשפט אפשרות להורות על עוד 90 ימים מעצר ואם זה פיקוח אלקטרוני 180, עד לקביעת גזר דין. האם בין הכרעת דין לגזר דין אפשר עד אינסוף להישאר במעצר? גם פה יש מגבלת זמנים וזה כתוב בס' קטן ג. 90 יום, או 180 באיזוק אלקטרוני.

בסילבוס יש לא מעט פסקי דין שעוסקים בשאלות המתממשקות עם המשפט המנהלי והן עסוקות בשאלת השוויון- עד כמה דיני המעצרים קולטים את דיני השוויון שמכירים מהמשפט המנהלי. פגם קודם (זאנח) בשרשרת לא שולל מבית המשפט את הסמכות לדון בהארכת מעצר או במעצר. אך בהחלט פגם קודם הוא יכולה להיות סיבה שבעת המשפט התחשב בה בשאלה האם להורות על חלופת מעצר, הוא לא שולל את הסמכות אך הוא בהחלט יכול להשפיע על השופט. בהקשר של דיני השוויון יש לא מעט טענות של נאשמים הטוענים לפגיעה בשוויון. למשל שניהם עשו את אותו המעשה, שותפים, האחד שוחרר למעצר בית והשני שוחרר למעצר מלא. יש פה שתי שאלות: 1. צריך לבדוק האם יש פה הפרה של זכות השוויון האריסטוטלי (צריך לבדוק האם יש שוני רלוונטי בין פלוני לאלמוני), לדוגמא שניים ביצעו את אותה העבירה רק אחד ביצע אותה בשלב שבו היה במעצר בית והפר את תנאי השחרור והשני לא. יש פה שוני רלוונטי שהרי מי שביצע את העבירה בתנאי שחרור קודמים הוא שונה ממי שביצע את העבירה "סתם". אך אם יש מקרה ששניים ביצעו את אותו המעשה ויש שני שופטים שונים שדנים בבקשת המעצר והשאלה היא שאלה של תשתית עובדתית. לאחד נאמר שאין סיכוי סביר להרשעה והשני אמר שיש סיכוי סביר. פה כבר אין שוני רלוונטי כי אין שוני בעילה, אבל בגלל התשתית העובדתית ששניהם ביצעו את אותו המעשה בדיוק זה בעייתי שאחד אומר שיש סיכוי סביר והשני לא. ולכן לא מן הנמנע שטענת חוסר השוויון מתקבל.  
יש פס"ד שדן בנושא הזה ובית המשפט קובע שטענה לפגיעה בשוויון היא טענה שבהחלט צריך לקחת אותה בחשבון אבל לא מן הנמנע שהאינטרס הציבורי כמו מסוכנות גבוהה, יגבר. זאת אומרת יש קושי לאור הפגיעה בשוויון בהנחה שאין שוני רלוונטי, אך השוויון כמו כל זכות אחרת הוא זכות יחסית וכנגד הזכות לשוויון צריך גם לשקול את השיקולים של האינטרסים הציבוריים שנובעים מחשש למסוכנות, שיבוש. ובמקרה הזה הם גוברים על זכות השוויון.

1. **מעצר ביניים**

דיברנו על כך שכאשר מוגש כתב אישום יש רצף לבין מעצר לפני ואחרי כתב אישום, יש בעיה כי כתב האישום מוגש יחד עם מעצר עד תום הליכים ואין זמן, והשאיפה היא לרצף. ניתן לדמיין סיטואציה- הסתיימו הימים האלה וחייבים להגיש כתב אישום ויחד איתו את הקולב הבא, הסניגור אומר כי זה תיק גדול, רק עכשיו ראה את החומר ומצפים שהוא ילמד את חומר הראיות לפי ס' 64- איך הוא יספיק? ולכו ס' 21ד אומר כי לפי בקשת הנאשם וסנגורו רשאי בית המשפט לדחות את הדיון בבקשת המעצר עד תום ההליכים כדי לאפשר לסניגור ללמוד את חומר החקירה. זה מכונה מעצר ביניים.

בית המשפט לא יתן צו מעצר לפי סעיף קטן (א), אלא אם כן נוכח, לאחר ששמע את הצדדים, שיש ראיות לכאורה להוכחת האשמה, ולענין סעיף קטן (א)(1), לא יצווה בית המשפט כאמור, אלא אם כן נתקיימו גם אלה:

(1)   לא ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של שחרור בערובה ותנאי שחרור, שפגיעתם בחירותו של הנאשם, פחותה;

(2)   לנאשם יש סניגור, או שהנאשם הודיע שברצונו שלא להיות מיוצג בידי סניגור.

 על אף הוראות סעיף קטן (ב) רשאי בית המשפט, על פי בקשת הנאשם או סניגורו, לדחות את הדיון, כדי לאפשר לנאשם או לסניגורו לעיין בחומר החקירה ולצוות שהנאשם יהיה במעצר לתקופה שלא תעלה על 30 ימים.

מה שעומד מאחורי המעצר שכשיש פגיעה כל כך חמורה בפגיעות לא לומדים עילת מעצר מהיקש, אלא כל דבר צריך להיות בהסמכה בחוק. ס' 21(ב) נקבעו שתי העילות מהותיות. לפי העילה השנייה צריך לבדוק היעדר חלופה סבירה ולנאשם יש סניגור וכי הוא מוותר על הזכות להיות מיוצג. אם אין לו סניגור והוא לא ויתר על הייצוג, בית המשפט ימנה לו סניגור מהסנגוריה, כל עוד לא התנה סניגור בית המשפט רשאי לצוות על מעצרו לתקופות שלא עולות על 7 ימים. גם זה מעצר ביניים כי הוא לפני החלטה בבקשת המעצר עד תום ההליכים לגופה אלא בשלב ביניים. גם הס' הזה וגם 21 ד מתקשרים לעבודה שלאור הפגיעה בחירות כל מעצר צריך להיות מעוגן בחוק או לפי חוק לפי הסמכה מפורשת בו.

לגבי מעצר ביניים עדיין ההלכה קובעת שבית המשפט לפני שהוא מאפשר מעצר ביניים הוא צריך לבדוק שיש ראיות לכאורה. מה קורה בסיטואציה אחרת שבית המשפט שולח לתסקיר מעצר, לקוח זמן עד שתהיה תשובה מהתסקיר ולכן איפה הסמכות של שופט לעצור מעצר ביניים בתרחיש הזה, או שבית המשפט אומר שהוא שמע את הדיון והחלטה תינתן בעוד 10 ימים? מה לעשות עם הנאשם? במעצר ביניים יש שתי דוגמאות ואין סמכות בדוגמא הזו שהיא אגב הדוגמא הטיפוסית. יש פסיקה של השופט עמית שניסתה לגזור את הסמכות מכוח סמכות טבועה, מזכות עזר אך סמכות עזר במשפט המנהלי לא יכולה לפגוע בזכויות אדם, כי פגיעה כזאת דורשת סמכות מפורשת. מה ההסבר האפשרי?

ס' 3 לחסד"פ- בכל עניין של סדר הדין שאין עליו הוראה או חיקוק ינהג בית המשפט בדרך הטובה ביותר לעשיית צדק. אגב, כדאי השופט יתפנה לסדר את הלקונה הזו ולחוקק בצורה מפורשת את האפשרות למעצר ביניים. בהיעדר הוראה כזו משתמשים בס' 3. בכל מקרה בית המשפט קובע כי תמיד מעצר ביניים חייב השופט לראות שיש איזשהו ניצוץ של תשתית, גם אם לא ראיות לכאורה צריך תשתית כלשהי.

לא ניתן להשתמש בס' 20 למעצר עד תום ההליכים, ניתן להבין את זה מס' 21(ה). המחוקק לא משאיר מקום לאי הבנות וכותב את זה במפורש. קצין משטרה לא יכול להגיד שהוא משחרר. הפרקליטות צריכה לפנות לבית המשפט, לבקש לשחרר את העצור. כמובן שאם הפרקליטות תבקש מן הסתם בית המשפט יאשר, אבל זה לא יכול להיות על בסיס החלטה של קצין המשטרה

21(ה)  צו מעצר לפי סעיף זה יעמוד בתוקפו עד למתן פסק הדין, אלא אם כן קבע בית המשפט אחרת; על צו מעצר לפי סעיף זה לא יחולו הוראות סעיף 20.

1. **מעצר עד סוף הליכי הערעור**

ס' 63 לחוק המעצרים: שחרור והפטר בתום המשפט

"זוכה נאשם, בוטל האישום או הופסקו הליכי המשפט, ישוחרר מיד ממעצרו, אם הוא עצור; ואם שוחרר בערובה, ובכלל זה אם נעצר במעצר בפיקוח אלקטרוני בצירוף קביעת ערובה, יופטרו הוא וערביו מערבותם ויוחזר הערבון הכספי, הכל לפי הענין; ואולם, אם הודיעה התביעה כי בדעתה להגיש ערעור, רשאי בית המשפט לשחררו בערובה מטעמים שיירשמו, או להורות על מעצרו לתקופה שלא תעלה על 72 שעות לשם הגשת הודעת הערעור, ואם היה עצור בפיקוח אלקטרוני – להורות על המשך מעצרו בפיקוח אלקטרוני לתקופה האמורה."

ס' 22 לחוק המעצרים: סמכות מעצר עד לערעור

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

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

יש שני תרחישים שעדיין התביעה תרצה שהנאשם יהיה עצור עד סוף הליכי הערעור:

1. זיכוי- התרחיש הראשון הוא כשהנאשם זוכה במשפט, ומן הסתם אחרי שהוא וזכה צריך לשחרר אותו.
2. הרשעה ללא מאסר- הנאשם הורשע אך בית המשפט לא השית עליו עונש מאסר בפועל.

בשני התרחישים הללו, אם הפרקליטות לא תעשה שום דבר צריך מיד לשחרר את הנאשם. חוק המעצרים גם מתייחס במפורש לשני תרחישים אלה.

תרחיש א'- ס' 63: אם זוכה הנאשם, יש לשחרר מיד ממעצרו. ואם הודיעה התביעה על כוונתה לערער, בית המשפט יכול להורות על חלופת מעצר או מעצר עד 72 להכנת כתב הערעור. כלומר יש אפשרות לתביעה לאחר שהנאשם זוכה, לבקש באותו המעמד לעכב את השחרור במשך 72 שעות, על מנת לאפשר לתביעה להגיש הודעת ערעור.   
חשוב להבין כי זה כן מאוד נדיר, כלל ובאופן עקרוני יש מדיניות מאוד מרסנת לגבי הגשת ערעורים על ידי התביעה במקרה של זיכוי. אין זה אומר שהתרחיש הזה לא קורה אף פעם, ויש אפילו מדינות שלא יאפשרו זאת משום שהן רואות את זה כסיכון כפול. אבל גם אם פורמלית התביעה יכולה להגיש ערעור, זה יקרה במקרים חריגים. שכן, הנאשם כבר זוכה בערכאה הראשונה, ואם זה חריג אז קל וחומר שיש קושי כפול- 1. גם מעצם המעצר כשהוא זוכה, 2. ועוד יותר בגלל מעצר עד תום ההליכים ולא מוגבל. זה מאוד נדיר כי לא רק שחזקת החפות לא התנפצה, אלא הפוך- יש אישוש שלה. אז עכשיו יבקשו לעצור אותו עד סוף הליכי הערעור? זה יקרה רק במקרים שהפרקליטות תזהה טעות אקוטית בערכאה הדיונית. ובית המשפט של הערעור לא יתייחס לזה כעניין של השגרה והוא יצטרך לבחון האם אין חלופת מעצר.

תרחיש ב'- ס' 22: ניתן פסק דין מרשיע אבל לא הוטל עונש מאסר בפועל, והתובע מבקש לערער על העונש, התביעה יכולה לבקש 72 להשהות את השחרור על מנת שתוכל להגיש ערעור. ובהנחה שבית המשפט בשני התרחישים האלה מעכב את השחרור, התביעה יכולה אחרי שהיא מגישה ערעור, היא יכולה לבקש מעצר עד תום הליכי הערעור.

לקונה בחוק ופס"ד עפיף

בתרחישים הללו זה מעצר לצורך תקופת הערעור. לכן אם בעבר, בשלבים הקודמים של המשפט, נתלינו על קולב של חקירה (מעצר ימים והגשר של מעצר תובע) ושל משפט (מעצר עד תום ההליכים), כעת הקולב הוא ערעור, וגם כאן יש גשר של 72 שעות.   
אך יש פה בעיה, משום שיש לקונה. ס' 22(ב) בא לאחר ס' 22(א), וס' 22א מתייחס לתרחיש השני של הרשעה בלי מאסר בפועל, הלקונה היא בכך שס' 63 שהוא מדבר על זיכוי. וב63 אפשר גם להשהות ב72 שעות כדי לערער על הזיכוי, אך חסר לנו 63(ב) בדומה לס' 22(ב) שמדבר על מעצר בתקופת הערעור בתרחיש של פס"ד מרשיע בלי מאסר בפועל, שיקבע למקרה של זיכוי. היה צריך להופיע 63(ב) המאפשר לעצרו בשלב הערעור במקום של זיכוי. ברור לנו שזו לקונה זה כמעט בלתי מתקבל על הדעת שהמחוקק בס' 63 יאפשר לתביעה לבקש מביהמ"ש להשהות את השחרור 72 אם הוא זוכה וכדי להגיש ערעור, אך שלא תהיה אפשרות לבקש מעצר לאחר שחרור. המחוקק לא היה חד כדי למלא את הלקונה.

ביהמ"ש מצא פתרון יצירתי ללקונה בפס"ד עפיף. פתרון טוב שאפילו הופך את ס' 22(ב) למיותר.

**סמכות ענינית**

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

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

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

(3)  בערעור – לבית המשפט שלערעור.

הפתרון הוא ס' 2(3) לחוק המעצרים, הקובע כי סמכות עניינית בעניין ערעור, תהיה לביהמ"ש שלערעור. יש הוראת סל שאומרת כי יש את ס' 21 מעצר עד תום ההליכים, ולכן אוטומטית ס' 2 אומר כי אם יש סמכות עניינת לבית המשפט לדון במעצר עד תום ההליכים, אז יש לו גם סמכות עניינית במעצר לצורך הערעור. כלומר מכוח ס' 2 לביהמ"ש של הערעור יש הסמכות לדון במעצר עד תום הליכי הערעור. לכן ס' 22(ב) הפך למיותר, כי בהגדרה מכוח ס' 2(3) יש סמכות לבית המשפט של הערעור. אז אם לפי ס' 21 מעצר עד תום ההליכים זה בערכאה הראשונה, אז בערעור יש אותה סמכות של 21 רק לבית המשפט של הערעור. זה הפתרון היצירתי שבית המשפט מצא בפרשת עפיף.

**ערר ועיון חוזר**

**עיון חוזר**

ס' 52 מדבר על הסמכות לבקש מאותה ערכאה לעיין בשנית באותה החלטה הקשורה למעצר, שחרור, הפרת תנאי השחרור הערובה וזה במקרה שנתגלו עובדות חדשות, נסיבות או שעבר זמן רב ממתן ההחלטה.

**עיון חוזר בהחלטת בית המשפט (תיקון מס' 1)  תשנ"ז-1997**

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

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

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

מה ההיגיון? מעצר הוא אף פעם לא הליך סופי. וזה מאוד חשוב, כי למשל מעצר עד תום ההליכים הוא מעצר עד סוף המשפט, זה לא אומר שזה תמיד יהיה עד תום המשפט. תמיד יהיה אפשר בנסיבות המעוגנות בחוק עיון חוזר. לדוגמא, פתאום באמצע המשפט, עדות מסוימת שעל בסיסה הנאשם נעצר עד תום הליכים, ביהמ"ש קובע שהיא אינה קבילה. אז סניגור ערני ישר יגיש בקשה לעיון חוזר כי ייתכן ואין כבר תשתית ראייתית. או למשל אם היה חשש שהנאשם יאיים על 3 עדים שעתידים לעיין במשפט. ובשלב שבו הם סיימו להעיד, אפשר יהיה להגיש בקשה לעיון חוזר.

חשוב להדגיש כי עיון חוזר זה באותו בית המשפט שנתן את ההחלטה, אותה הערכאה.

העילה לעיון חוזר זה בעובדות או נסיבות חדשות, אך יש להבין שגם יש עילה נוספת והיא כאשר עבר זמן ניכר מעת קבלת ההחלטה, וזה בעיקר רלוונטי למעצר עד תום ההליכים, ואז אולי אחרי זמן רב אפשר לקבוע חלופת מעצר. הרבה פעמים בית המשפט עובד בשיטת "סלמי"- הוא נתן חבילת מעצרים ואז לאט לאט הוא מקצץ, כי הוא רואה שהזמן עבור והנאשם לא עובר על התנאים.

ס' 52(ב): *"אדם המוחזק במעצר בשל אי יכולתו להמציא ערובה, רשאי לפנות בכל עת בבקשה לעיון חוזר."* הס' מבטא עניין של מידתיות. חושבים שיכול אך מסתבר שאין לו את זה.   
פס"ד רביזדה, שם בית המשפט העליון אומר את המובן מאליו שכאשר מדובר באדם המוחזק במעצר משום שאינו יכול להמציא ערובה, אין זה מותנה בזמן או נסיבות מיוחדות ותמיד יהיה אפשר להגיש בקשה לעיון חוזר.

**ערר**

בערר היה סוג של שינוי, ואפילו שינוי דרמטי. בעבר הייתה אפשרות להגיש ערר בזכות לעניין מעצרים עד לעליון. ויש לכך היגיון, שכן הנאשם הוא בחזקת חף מפשע, והוא רוצה להגיע עד לעליון. אבל המחוקק שינה את זה כבית המשפט העליון קרס והעומס הוא עצום, ולכן יש פה שינוי- פעם ראשונה בזכות ופעם שנייה ברשות.

בס' 53(ג) יש מגבלת זמן לערר. לכאורה למה יש מגבלת זמן? בעבר הייתה פרקטיקה שסניגורים ותובעים כל אחד מהצד שלו, חיכו להגיש את הערר לשופט תורן שנוח להם. למשל דורנר הייתה ידועה שופטת כמגנה על זכויות אדם ומאוד מקלה, ולכן סניגורים חיכו להגיש אליה את הבקשה. זהו מצב לא רצוי ולכן המחוקק קבע מגבלת זמן.

**ערר על החלטת בית המשפט (תיקון מס' 1) תשנ"ז-1997 (תיקון מס' 8) תשע"א-2011**

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

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

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

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

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

ערר ברשות לעליון

אחת השאלות שעלתה בפסיקה היא לגבי ערר בערכאה שניה, שהוא ברשות. ש נשאל באילו תנאים יאפשרו ערר לעליון? כלומר שהיה ערר לשלום, ערר בזכות למחוזי וכעת רוצים ערר ברשות עליון. בדרך כלל כשמדובר בערר בגלגול שני, אנחנו יודעות שזה רק כאשר מדובר על הכרעה שהיא בעלת חשיבות ציבורית ובמקרים חריגים מאוד. זה נכון, הפסיקה אומרת שגם בהקשר הזה ביהמ"ש יאפשר ערר שני\ ברשות רק כשיש הכרעה בעלת חשיבות ציבורית. אבל עדיין, הואיל ומדובר על מעצרים, השאירו את הפתח כך שלא רק במקרים נדירים שיש הכרעה משפטית, אלא גם במקרים של דיני נפשות. בפס"ד ברטלר השופט דנציגר יצר את הפתח שיהיו מקרים גם בדיני נפשות וגם כשזה לא יהיה בשאלה משפטית. למשל שבית המשפט העליון סובר שמדובר בהחלטה בלתי ערכית\ צודקת בצורה קיצונית.

ס' 53(ב): שקובע כי השופט הדן בערעור רשאי להיזקק לחומר ראיות חדש.

**שחרור בערובה**

דיברנו על שחרור בערובה במעצר לפני הגשת כתב אישום, וזה בקשר לקצין הממונה. הס' הרלוונטיים לשחרור בערובה הם בסימן ו לחוק המעצרים.

ערובה תמיד מותנת בשני תנאים שהם ברירת המחדל:

1. החשוד יתייצב לחקירה או למשפט
2. שלא ישבש הליכי חקירה ומשפט

אלה הם שני התנאים בהגדרה לשחרור בערובה, וכעת ניתן להוסיף עוד תנאים.

**מי הגורם המשחרר?**

ס' 42 (ב)  שחרור בערובה יהיה על תנאי שהחשוד יתייצב לחקירה או למשפט בכל מועד שיידרש, ושלא ישבש הליכי חקירה ומשפט; הקצין הממונה רשאי, בהסכמת החשוד, להתנות את השחרור בערובה בתנאים הבאים:

ס' 48  שחרור בערובה הוא על תנאי שהמשוחרר יתייצב לחקירה, לדיון במשפטו או בערעור, או לנשיאת עונשו, בכל מועד שיידרש, וכן שיימנע מלשבש הליכי משפט; בית המשפט רשאי להוסיף תנאים, לפרק זמן שיקבע, ככל שימצא לנכון, לרבות:

* קצין ממונה- כאשר מדובר בקצין הממונה, הס' הרלוונטי הוא ס' 42(ב) הקובע כי קצין ממונה רשאי להשית שחרור בערובה. ס' 42 הוא הס' עוסק בתנאים שהקצין הממונה יכול להשית על משוחרר בערובה.
* בית המשפט- כאשר ביהמ"ש משחרר בערובה, הס' הרלוונטי הוא ס' 48. בס' 48 יש בו הרבה יותר מרחב, שכן המילה "לרבות" לא קיימת בס' 42. מכאן שלביהמ"ש, בניגוד לקצין הממונה, יש אפשרות להוסיף עוד תנאים שלא קיימים לקצין הממונה.

באופן עקרוני כאשר יש סמכות מעצר, יש סמכות טבועה לשחרור בערובה. זה הכלל, וזה סוג של סמכות עזר. במקרה הזה מבחינת המשפט המנהלי אין שום בעיה שזו סמכות עזר, כי שחרור בערובה במהותה היא ההפך ממעצר מבחינת פגיעה בזכויות אדם- בניגוד למעצר, היא מבטלת את הפגיעה, ולכן יש סמכות טבועה לשחרור בערובה אם יש סמכות לעצור, וזה אלא אם החוק שולל את הסמכות.   
לדוגמא ס' 27(ה) לחוק המעצרים שקובע כי "*עצור שיש יסוד סביר להניח שהוא נמלט ממשמורת חוקית, ייעצר ללא אפשרות של שחרור בערובה*." יש פה היגיון והמחוקק לא משאיר כל פתח לפרשנות. זה מקרה מובהק לשלילת סמכות. דוגמא נוספת נוגעת לנמלט ממשמורת חוקית**.** ס' 14 לחוק המעצרים: "*ראה שופט, על יסוד הצהרה בכתב של שוטר, כי אדם נמלט ממשמורת חוקית, יצווה על מעצרו של האדם לשם החזרתו לאותה המשמורת שממנה נמלט."* גם פה נראה שלא משאירים לשופט שיקול דעת.

**שחרור בערובה על ידי בית המשפט**

בעבר דיברנו על ההבדל בין שחרור בערובה להטלת הערובה. דיברנו על כך בהקשר של הקצין הממונה, מעצר לפני הגשת כתב אישום אם יש עילת מעצר, במקום לעצור ולשחרר בעורבה ניתן ישר להטיל ערובה. ואז הבנו שאין הבדל בין שחרור בערובה להטלת ערובה, למעט זה שהטלת ערובה פחות פוגענית בהיבט של טרמינולוגיה, כי הוא לא "נעצר". יש עוד אופציה להטלת ערובה, הפעם לבית המשפט.

**שחרור בערובה על ידי בית המשפט (תיקון מס' 1)  תשנ"ז-1997**

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

בס' 44(ב) נקבעה הסמכות של בית המשפט להטיל ערובה גם במקום שאחד מהתנאים של מעצר עד תום הליכים לא התקיים (תשתית, עילה, חלופה). אבל למה? למה שנטיל ערובה אם אין תשתית או עילה, ובהמשך הס' כתוב במפורש כדי להבטיח את התייצבותו במשפט. במובן הזה זה ס' מאוד מיוחד, זה מעניין כי המחוקק לא סתם מגביל את התכלית של הטלת הערובה, וזאת משום שאין עילה או תשתית. ולכן ניתן לעשות את זה רק מכוח עילה ספציפית והיא כדי להבטיח שהנאשם יתייצב.

האם מכוחו של ס' 44(ב) ניתן להורות על שחרור בערובה בדרך של מעצר בית? התשובה היא שלא. מעצר בית זה לא התכלית, מעצר בית נותנים כאשר יש חשש שהנאשם יסכן, ישבש או יברח. אבל זה לא תנאי קלאסי כדי להבטיח שהוא יתייצב למשפט. לכן צריך לברור את התנאים כשמדובר בשימוש בס' 44(ב), כי אין עילת מעצר- לא באים להבטיח שלא ישבש אלא רק באים להבטיח שהוא יתייצב במשפט.

בש"פ 1332/21 פלוני נ' מדינת ישראל

יש את פס"ד של השופט עמית שהוא פס"ד חדש יחסית. עמית עושה סדר בסיפור של שחרור בערובה והטלת ערובה.

ההחלטה עוסקת בסיטואציה בה הוגש כתב אישום נגד נאשם, והפרקליטות כבר יודעת שהיא תסתפק במעצר בית והיא לא באמת רוצה לעצור אותו עד תום ההליכים. יש לה שתי אופציות- אופציה אחת היא הגשת בקשת מעצר עד תום ההליכים, ובמסגרת השחרור היא תתפשר על לעצור אותו בערובה. אך אם הפרקליטות מוותרת על האופציה הזו, והיא ישר תגיש בקשה להטלת ערובה ולא לעצור אותו (ולכן זה גם לא שחרור בערובה), ובבקשה הזאת היא תרצה לשחרר למעצר בית לפי ס' 44(ב), האם זה אפשרי?   
בס' המחוקק מגביל את בית המשפט בהטלת ערובה כדי להבטיח התייצבות במשפט, ולכן לכאורה, בהליך הזה אין לביהמ"ש את הסמכות להורות על שחרור בערובה מסוג של מעצר בית. זו בעיה וזה בדיוק הנושא שהשופט עמית דן בו. עמית משתף כי הוא רוצה לשלוח לנאשם לגמילה, אבל הוא לא יכול לעשות את זה מכוח ס' 44ב. אבל זה לא הגיוני ולכן הוא קורא למחוקק לתקן את זה. אבל עד שהוא יתקן, השופט עמית מוצא פתרון יצירתי והוא אומר כי אם הנאשם הוא בר מעצר, שתיאורטית יש לביהמ"ש סמכות לעצור עד תום הליכים מבחינת תשתית או עילה, אך הפרקליטות בכל זאת הלכה לפי ס' 44(ב) כדי על בית המשפט מבחינת זמן ומשאבים ומוותרת על המעצר, אז במקרה כזה תהיה סמכות לשופט לקבוע כל מה שהוא רוצה לפי ס' זה. יש ביקורת על עמית בכך שלשון החוק היא המלצה לפי הפרשנות הזו, הוא יוצר פרשנות יצירתית על אף שלשון החוק מאוד ברורה. הוא יוצר את המונח של "בר מעצר"- אם באים לפי ס' 44ב ומבקשים הטלת ערובה ולא שחרור בערובה, אז אם אין עילת מעצר או תשתית, השופט כבול לנוסח של הס', אבל אם הוא כן בר מעצר, והוא במסלול של 44ב רק בגלל נסיבות שרצו להקל, אז לשופט יש את הסמכות.

יש עוד כמה פס"ד העוסקים בס' 44(ב) כמו פס"ד אדזיאשווילי.

**תוקף הערובה**

ס' 58 לחוק המעצרים מדבר על תוקף הערובה לפני הגשת כתב האישום- עד 180 יום. כמו כן יש גם את פס"ד **רבינוביץ'** בעניין פרשנות ס' 58.

יש פרק שלם שלא נדון בו, והוא מעצר בפיקוח אלקטרוני. לקרוא את סימן ג1 (אין צורך בפסקי הדין). חשוב לדעת כי מעצר בפיקוח אלקטרוני הוא לא קיים לפי כתב אישום, והוא רלוונטי רק לגבי מעצר עד תום הליכים.

ס' 22ב הוא הס' החשוב. מעצר בפיקוח אלקטרוני הוא לא נחשב כחלופת מעצר, ונקודת המוצא היא שזה מחליף מעצר תחת סורג ובריח. זה לא עוד סוג של חלופה, שכן ס' 22 ב קובע כי במקרה בו אי אפשר להשיג את עילת המעצר בדרך של חלופת מעצר, רק אז ניתן יהיה לקבוע מעצר בפיקוח אלקטרוני. וזה אם התקיימו מספר תנאים:

1. ניתנה הסכמתו של הנאשם
2. בית המשפט מצא שבנסיבות המקרה זה יאפשר את תכלית המעצר- אך יש לשקול את חומרת העבירה, עבר פלילי, אם עמד בעבר בתנאי הפיקוח.

ס' קטן ב קובע כי יש מקרים שלא יוטל פיקוח אלקטרוני באותן עבירות אלא אם כן בית המשפט שוכנע מטעמים מסוימים וכו.

יש לזכור כי תמיד מגבלות הזמנים בפיקוח אלקטרוני הן פי 2 ממעצר.

**תפיסה וחיפוש**

ישנם מספר סוגי חיפוש- חיפוש מוגבל על גופו של אדם, חיפוש על פני גופו של אדם, חיפוש חיצוני, חיפוש פנימי, וחיפוש בהסכמה מדעת. לפני שנגיע לחיפוש בגוף האדם, חשוב להזכיר סוגי חיפושים אחרים שלא נוגעים לגוף האדם- כמו חיפוש בחצרים, וצווי חיפוש.

**דרכי הביצוע [25]**

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

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

**חיפוש שלא על פי צו חיפוש**

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

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

(2)  תופש הבית או המקום פונה לעזרת המשטרה;

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

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

**חיפוש בחצרים**

חיפוש בחצרים זו הסמכות להיכנס לחצרים ולבצע חיפוש, וזה מוגדר גם בפקודה וגם בחסד"פ עצמו:

* ס' 26 לחסד"פ מקנה סמכות להיכנס לחצרים לצורך ביצוע צו מעצר. לאו דווקא צריך צו מעצר, כל מקום שיש בו עצור, והמשטרה רוצה לעצור אותו, ניתן להיכנס לחצרים.
* בס' 25 לפסד"פ יש כל מיני חלופות המאפשרות להיכנס, בלי צו חיפוש ולחפש בכל בית או חצרים- ביצוע עבירה\ בקשת עזרה\ יסוד סביר להניח שמתבצעת עבירה\ מרדף אחרי נמלט.

אך חשוב להבין כי ס' 25 זו לא דרך המלך, שכן דרך המלך היא לפנות לשופט מבעוד מועד ולבקש צו חיפוש. וזה מופיע בס' 23, שם נקבע כי כשהמשטרה רוצה לתפוס חומרים וראיות היא פונה לשופט במעמד צו אחד לצורך צו חיפוש. מה ניתן לעשות כשיש צו כזה? המשטרה יכולה להיכנס בכח אם מונעים כניסה (ס' 45- אם הממונה על החצרים לא מאפשר להיכנס, המשטרה יכולה להיכנס גם בכוח). והדבר הכי חשוב הוא שניתן לתפוס ראיות (ס' 24(א)(ב)).

**צווי חיפוש**

23.  רשאי שופט ליתן צו לערוך חיפוש בכל בית או מקום (להלן – צו חיפוש) אם –

(1)  החיפוש בו נחוץ כדי להבטיח הצגת חפץ לצורך כל חקירה, משפט או הליך אחר;

(2)  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;

(3)  יש לשופט יסוד להניח שנעברה עבירה או שמתכוונים לעבור עבירה נגד אדם הנמצא בו.

ס' 23 לפקודת הסד"פ: צווי חיפוש

אם יש אדם שנמצא בחצרים שהמשטרה מחפשת בהם, בין אם היא נכנסה על פי צו או ללא צו, ואם יש יסוד סביר שהוא מחזיק בחפץ שהיא מחפשת, אז מותר לחפש על פני גופו- ס' 29 לפקודה. זה כבר מחבר אותנו ויוצר נקודת מפגש בין חיפוש בחצרים לבין חיפוש על פני גוף. כך למשל שאם המשטרה מחפשת טלפון, ויש יסוד סביר שאותו אדם מחביא את הטלפון, אז מותר לחפש על פני גופו.

**חיפוש בכלי רכב**

ס' 71 לחוק המעצרים העוסק בחיפוש בכלי רכב. בעצם זה ס' כפול הנוגע גם לעיכוב וגם לחיפוש. כלומר הוא מאפשר גם לעכב את כלי הרכב וגם לחפש בכלי הרכב, וזאת אם יש יסוד סביר לחשד שבוצעה עבירת בת מעצר. וצריך לחפש בכלי הרכב כדי לאתר את מבצע העבירה, או כלי שהשתמשו בו לביצוע העבירה.

**חיפוש במחשב\ טלפון סלולרי**

אם יש מחשב או מכשיר סלולרי, הס' הרלוונטי הוא ס' 23 לפקודת הסד"פ, שהזכרנו אותו בהקשר של יונתן אוריך ופס"ד בן חיים. בס' הזה צריך צו מבעוד מועד, כדי שהשופט יוודא שהפגיעה היא מידתית. יונתן אוריך התחיל מזה שלא היה בידיהם את הצו והם ניסו להתחמק מזה באמצעות הסכמה מדעת, ופס"ד בן חיים.

**תפיסת חפצים**

**סמכות לתפוס חפצים (תיקון מס' 1)  תש"ל-1970**

32.  (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.

יש גם אפשרות לתפוס חפצים, מכוח ס' 32 לפקודת הסד"פ. זה הס' המרכזי שעוסק בתפיסת חפצים. זה סעיף מאוד רחב.

**חיפוש בגוף האדם**

**רקע היסטורי לחוק החיפושים**

בעניין של חיפוש בגוף האדם, יחד עם חוק המעצרים נכנס חוק חדש והוא- חסד"פ (סמכויות אכיפה- חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי) (להלן: "חוק החיפושים").

לפני שחוק החיפושים נחקק, לא הוגדרו בכלל סוגים שונים של חיפוש בגוף האדם. היו כל מיני דברי חקיקה שהשתמשו במונחים שונים- לפעמים חיפוש על הגוף, חיפוש בגוף, ולא היה ברור בדיוק מה טיב החיפוש. ולכן ביהמ"ש בפרשנות מאוד דווקנית קבע הלכה לפיה אם המחוקק רוצה לאפשר חיפוש חודרני, שיכתוב זאת במפורש. זאת אומרת, כל עוד כתוב חיפוש בגוף או על הגוף, מפרשים זאת כחיפוש על פני הגוף שלא כולל חדירה. אלמנט חדירתי בגלל הפגיעה הקשה בכבוד, נרצה או הסמכה מפורשת בחוק, או הסכמה מצד אותו אדם שנערך בו החיפוש.

פס"ד קטלן

דוגמא מוכרת לכך הוא פס"ד קטלן. פס"ד נסב סביב הפרקטיקה שהייתה בעבר לפיה כל אסיר שחוזר מחופשה, אוטומטית עובר חוקן וההסמכה היא מכוח ס' 5 לפקודת בתי הסוהר המדבר על חיפוש בגוף האסיר.   
ביהמ"ש קבע שס' זה אינו מספיק לאפשר חדירה וחוקן ללא הסכמה,. ולכן לפי ס' זה הפרקטיקה הזו לא אפשרית.

מכאן נוצרו להן הבחנות לא כל כך מוצלחות שעוגנו בפסיקה. למשל חדירה או ניתוק דברים מהגוף (כמו ניתוק שיערה), זה סוג של חדירה וטעון הסמכה מפורשת בחוק. אבל לעומת זאת, אם מדובר רק על הסרת דברים על פני הגוף, ולא ניתוק, כאן ביהמ"ש אומר שזה בסדר כי אין איזשהו אלמנט של חדירה. כיום, כולם מסכימים שהמבחן הזה לא טוב ועמום, וגם לא כל כך משקף את היבט הפגיעה בכבוד. לדוגמא- חיפוש בגוף האדם, לשון עמומה כזאת אפשרה התבוננות בגופו הערום של אדם, כי זו לא חדירה ולא ניתוק. אך ניתן להסכים כי התבוננות כזאת מבחינת הכבוד היא מאוד פוגענית. זה מה שקורה כשבית המשפט יוצר פרשנות למלא את החסר, אך בסוף השופט הוא אינו מחוקק והוא לא יכול לתקן את החוק.

פס"ד גואטה

פס"ד מדגים את הבעיה. בגואטה השופט אלון עסק במצב של חיפוש בהסכמת החשוד שהופשט בקרן הרחוב. היה חשד שהוא מחביא באחוריו חבילת סמים ואכן מצאו שם. לכאורה זה לא ניתוק כי זה לא חדירה, ולכן זה נכנס פורמאלית תחנת ההגדרה העמומה הזו. אך השופט אלון בגואטה קובע שלא ניתן לבצע השפלה בקרן הרחוב, וגם להסמכה יש גבולות, וחיפוש בקרן הרחוב נעשה רק במקרים מאוד חריגים. לא כל הסכמה מכשירה וצריך לוודא שלא דורסים את כבוד האדם שלא לצורך. ההבחנה בעצם יצרה מצב אבסורדי, שגם במקרה כזה שהחבילה מוחבאת עכוזו, לא נחשבת כחיפוש חודרני.

**קטגוריות החיפושים**

חוק החיפושים בעצם טרף את הקלפים. חוק החיפושים שנכנס לתוקף ב1996, יצר את ההבחנה בין חיפוש פנימי לחיפוש חיצוני ובעקבותיה נוצרו להן מספר קטגוריות של חיפושים.

1. חיפוש מוגבל על פני גופו של אדם- קטגוריה שלא קשורה לחוק החיפושים. ס' 72א לחוק המעצרים. שוטר עיכב והוא רוצה להביא אותו לתחנת המשטרה והוא מעוניין לוודא שאין עליו נשק. המחוקק מסמיך את השוטר, על מנת לוודא שאין על נשק/חפץ שעלול לסכן, או שיעזור לו לברוח, לבצע חיפוש מוגבל לפני שהוא נכנס לניידת/לאמבולנס. הס' הזה נחקק ב2018, והוא תולדה של הרבה מאוד תלונות של שוטרים שטוענים כי מותר לעכב אדם, מכניסים אותו לניידת, אך אם הוא ישלוף עליהם סכין? שהרי הוא לא עצור ולא ניתן לבצע חיפוש על פני גופו של אדם, והשוטרים רוצים איזושהי סמכות רק לוודא שאין עליו נשק. ולכן המחוקק נתן לשוטרים את הסמכות הזו עם מגבלות. יצרו סמכות לפי הקטגוריה השנייה "לייט"- חיפוש מוגבל על פני גופו של אדם. מה זה חיפוש מוגבל? לא כולל הורדת בגד אשר חושף את מה שהיה מכוסה.
2. חיפוש על פני גופו של אדם- מה זה חיפוש על פני גופו של אדם? כדי להבין את הקטגוריה הזו אנו נסתכל על פקודת סדר הדין הפלילי, ס' 22 (ב). ההגדרה לחיפוש על פני גופו של אדם, היא הגדרה שיורית. זה חיפוש על פני גופו, בבגדיו או בכליו שהוא לא פנימי או חיצוני. כלומר כל מה שהוא לא פנימי או חיצוני, נכנס להגדרת חיפוש על פני גופו של אדם. זה חיפוש דומה לחיפוש הטריוויאלי שנכנסים לאוניברסיטה, מקומות ממשלתיים, וכו- חיפוש בתיקים, בכיסים. גם לחיפוש הזה שהוא נמצא ברף הנמוך של הפגיעה בכבוד, נדרשת הסמכה מפורשת בחוק. ולכן השאלה מתי ניתן לבצע חיפוש כזה, היא בסוף תיגזר לפי השאלה מתי החוק מאפשר ביצוע חיפוש כזה. ס' 22 הוא הס' המגדיר וכל יתר החוקים שנותנים את הסמכות לערוך חיפוש על גופו של אדם, מפנים בחזרה להגדרה של ס' 22.

**חיפוש בעצור (תיקון מס' 7)  תשנ"ו-1996 (תיקון מס' 11) תשס"ה-2005**

22.  (א)  שוטר העוצר אדם, או המקבל עצור או אסיר למשמורתו, רשאי לערוך חיפוש על גופו; בסעיף זה, "חיפוש על גוף האדם" – חיפוש על פני גופו של אדם, בבגדיו או בכליו, שאינו חיפוש חיצוני או פנימי כהגדרתם בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), תשנ"ו-1996.

          (ב)  אין בהוראות סעיף קטן (א) כדי לגרוע מסמכות חיפוש על פי חוק בגופו של עצור או אסיר.

          (ג)   דברים שנתפסו בחיפוש לפי סעיף קטן (א) יוחזקו במשמורת, תיערך רשימה של הדברים שנתפסו שתיחתם בידי המחפש ומי שחיפשו על גופו; עותק של הרשימה יימסר למי שחיפשו על גופו.

האם במסגרת חיפוש זה, על פני גופו אפשר לבקש מאדם להתפשט? לא. וזאת משום שהגדרה של חיפוש על פני גופו זה כל מה שהוא לא פנימי או חיצוני, לכן יש לפנות לחוק החיפושים כי זו הגדרה שיורית. ולכן אם נפנה לחוק החיפושים, ההגדרה של חיפוש חיצוני בס' 1 לחוק, היא אחד מאלה- בחינה חזותית של גופו העירום של אדם. מכאן שבחינה חזותית בגוף עירום זה נכנס תחת חיפוש חיצוני, ולכן לא ניתן לבחון ולדרוש מהאדם להתפשט, כי זה חיפוש חיצוני והוא לא נמצא תחת ההגדרה השיורית. זה חיפוש מאוד מינורי- כיסים, תיקים וזהו.

ס' 22ב אומר כי כאשר שוטר מקבל עצור, אוטומטית הוא יכול לבצע חיפוש על פני גופו (וזה לא חל על מעוכב כי כתוב שוטר העוצר אדם). יש סמכות לשוטר עוצר אדם אוטומטית לחפש על פני גופו.

מקום נוסף שיש סמכות כזו הוא ס' 29 לפקודה, הקובע כי אם יש מקום שבו מבצעים חיפוש בחצרים, ויש שם אדם שיש יסוד סביר לחשוב שהוא מחביא את החפץ, בס' 29 כתוב כי מותר לבצע חיפוש על גופו כאמור ס' 22 (ההגדרה נמצאת בס' 22).

דוגמא נוספת היא בס' 3 לחוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור: סמכות חיפוש בלא צו. זה החוק שמקנה למאבטחים סמכויות לחיפוש על פני גופו של אדם.

"(א) לשם שמירה על ביטחון הציבור רשאי שוטר, חייל מוסמך או מאבטח, לערוך חיפוש בלא צו של שופט כמפורט להלן:

(1) על גופו של אדם, בכלי תחבורה, במטען, בטובין אחרים – בעת כניסה לנמל, לבנין או למרום מגודר;

(2) על גופו של אדם, בכלי תחבורה, במטען ובטובין אחרים – בעת כניסה לאחד מהמקומות המפורטים בפסקה זו או בעת הימצאותם בהם:

...

(3) על גופו של אדם, במטען ובטובין אחרים – בעת כניסה לרכב ציבורי, בעת הימצאות בו או בעת יציאה ממנו.

(ב) היה לשוטר, לחייל מוסמך או למאבטח חשד סביר שאדם נושא עמו שלא כדין נשק, או עומד לעשות שימוש שלא כדין בנשק, או שנשק המוחזק שלא כדין נמצא בכלי תחבורה, רשאי הוא לערוך חיפוש על גופו של האדם או בכלי התחבורה.

(ב1) (1) היה לשוטר חשד סביר שאדם עומד לבצע עבירת אלימות נגד אחר, רשאי הוא לערוך חיפוש על גופו של האדם כדי לבדוק אם הוא נושא עמו שלא כדין נשק; לעניין סעיף זה יראו חשד סביר כאמור, בין השאר, אם במקום ציבורי האדם מתנהג באופן בריוני, ובכלל זה נוקט אלימות מילולית או איומים או מתנהג באופן מרתיע או מפחיד אחר;

(2) התעורר חשד סביר כאמור בפסקה (1) לגבי אנשים שחברו יחד, תחול סמכות החיפוש גם לגבי כל אחד מהם.

(ג) (1) חיפוש על גופו של אדם לפי סעיף זה הכרוך במגע גופני ייערך על ידי בן מינו של האדם, אלא אם כן בנסיבות הענין לא ינתן לעשות כן ויש בדחיית החיפוש סיכון בלתי סביר לשלום הציבור, לרבות שלומו של אדם.

(2)   אין לדרוש מאדם לחשוף בפרהסיה חלקי גוף שבדרך כלל הם מוסתרים אלא כדי למנוע סכנה קרובה לוודאי לשלום הציבור.

(ד)  בסעיף זה, "חיפוש על גופו של אדם" – חיפוש על פני גופו של אדם, בבגדיו או בכליו שאינו חיפוש חיצוני או פנימי כהגדרתם בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אגיפה – חיפוש בגוף החשוד), התשנ"ו-1996."

כל המשפחה הזו של חיפוש על פני גופו של אדם, זה אותו עניין ואותו סוג של חיפוש, רק צריך למצוא את הס' לכל הקשר.

ס' (ב1)(1) הוא ס' מעניין. אם שוטר רואה שמישהו מתנהג באופן בריוני, זה מספיק לחשד סביר על מנת לבצע חיפוש על פני גופו. אומר המחוקק כי אם שוטר רואה שמישהו מתנהג באופן בריוני, מרתיע, מאיים זה מספיק כדי שיהיה לו חשד סביר לחיפוש על פני גופו על מנת לחפש נשק שהוא נושא שלא כדין.

1. חיפוש חיצוני על פני חוק החיפושים- הקטגוריה השלישית נמצאת בחוק החיפושים. היא הקטגוריה הכי פשוטה, יש רשימה סגורה של חיפושים בסעיף ההגדרות. יש 12 אפשרויות ברשימה הסגורה לחיפוש החיצוני.

"'חיפוש חיצוני'- אחד מאלה:

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

(2) נטילת טביעה של כל חלק מהגוף;

(3) לקיחת חומר שמתחת לציפורניים;

(4) גזירת ציפורניים;

(5) לקיחת חומר מתוך הנחיריים;

(6) לקיחת שיער, לרבות שורשיו;

(7) לקיחת חומר מעל הגוף;

(8) בדיקה על העור;

(9) מתן דגימת שתן;

(10) מתן דגימת רוק;

(11) מתן דגימה של אוויר באמצעות בדיקת נשיפה;

(12) נטילה של דגימת תאי לחי;"

אגב, בחינה חזותית של גופו העירום של אדם, נחשב כחיפוש חיצוני היום ולא נכנס להגדרה של "על פני הגוף". מה שבעבר בפסיקה הישנה היה מותר והיה נחשב על פני גוף.

1. חיפוש פנימי לפי חוק החיפושים- רשימה סגורה בס' ההגדרות.

" 'חיפוש פנימי' – אחד מאלה:

(1) בדיקת דם;

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

(3) שיקוף פנים הגוף באמצעות מכשיר רנטגן;

(4) הדמיית פנים הגוף באמצעות סורק מסוג כלשהו;

(5) בדיקה גינקולוגית, לרבות לקיחת חומר;

(6) נטילת דגימת דם מזערית;"

1. חיפוש בהסכמה מדעת?-הקטגוריה החמישית היא חיפוש בהסכמה מדעת, אך זו קטגוריה נתונה למחלוקת. שכן, השאלה הנשאלת היא לדוגמא- האם רשום חוקן בחיפוש פנימי? לא. אז מה עושים? האם זה אומר שחוקן אסור כי זאת רשימה סגורה והוא לא בפנים, או שאולי ניתן לפי הפסיקה הישנה להגדיר אותו כחיפוש אפשרי כל עוד יש הסכמה מדעת. יש כאן דילמה, למשל שוטר מבקש מחשוד לשתות מי מלח, כי הוא יודע שזה יגרום לו להקיא והשוטר חושש שהוא בלע שקית סמים. מה זה שתיית מי מלח? זה הרי חיפוש פנימי, אך זה לא מופיע ברשימה הסגורה של האפשרויות, ולכן מתעוררת השאלה האם ניתן לבקש הסכמה מדעת. המורכבות היא שרשום בחוק "אחד מאלה" כלומר המחוקק הוא זה שהגביל לרשימה סגורה, ולכן אולי התשובה היא שלא ניתן לבקש לערוך חיפוש פנימי מהסכמה מדעת. הוא לא כתב "לרבות" אלא רק אחד מ.

**הסמכות לערוך חיפוש**

עד כה דנו בקטגוריות השונות של החיפוש, כך שיצאנו מנקודת מוצא שקמה הסמכות לערוך את אותו החיפוש. אך כעת נרצה לשאול מתי בכלל קמה סמכות לערוך חיפוש לגבי כל אחת מהקטגוריות.

* לגבי שתי הקטגוריות הראשונות, התשובה פשוטה והיא כשהחוק כותב.
* מה לגבי החיפוש הפנימי והחיצוני? כאן צריך לקרוא את חוק החיפושים.

**חיפוש חיצוני**

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

ס' 3 לחוק החיפושים: חיפוש חיצוני

כרטיס הכניסה הוא יסוד סביר לחשד שבגוף החשוד נמצאת הוכחה לביצוע עבירה. אך האם זה כל עבירה או עבירות מסוימות, ס' ההגדרות מספק הגדרה למונח עבירה, שלפיה עבירה היא עבירות עוון או פשע. כלומר ניתן לקבוע מסקנה חד משמעית- לא ניתן לבצע ביצוע חיצוני או פנימי לגבי עבירות חטא (שהעונש בגינה הוא עד 3 חודשי מעצר). יש בזה היגיון בדומה למעצרים- כי בשל הפגיעה בכבוד, אנו נעדיף את כבוד האדם על פני איתור האמת העובדתית. יש מקרים שבהם האמת העובדתית היא אם כל המטרות, שדוגמא לכך היא חיפוש בגין עבירת חטא.

**חיפוש פנימי**

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

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

ס' 4 לחוק החיפושים: חיפוש פנימי

לגבי חיפוש פנימי שהוא חיפוש יותר חודרני, כבר לא מדובר בשוטר רגיל כמו בחיפוש חיצוני, אלא מדובר קצין משטרה. המחוקק מקשיח את התנאים לחיפוש פנימי כי זה חיפוש הרבה יותר חודרני והרבה יותר פוגעני ולכן כאן זה רק עבירה מסוג פשע. חיפוש חיצוני- כל שוטר, חיפוש פנימי- רק קצין משטרה אחרי שהוא גיבש את החשד הנדרש.

מהו חיפוש פנימי בפסקה אחת? ס' קטן (ב) הוא חריג- בדיקות דם ניתן גם בעבירות עוון.

האם צריך את הסכמה של החשוד?

שוב נפנה לס' 3 ו4:

* חיפוש חיצוני

"לא נתן החשוד את הסכמתו לחיפוש החיצוני, יובא החשוד בפני קצין משטרה לצורך קבלת אישור בכתב לעריכת החיפוש, לרבות לשימוש בכוח סביר הנדרש לעריכתו.

(ד) בטרם יתן קצין המשטרה את אישורו כאמור בסעיף קטן (ג), יתן הזדמנות לחשוד להשמיע את טעמי סירובו, ויסביר לו שניתן להשתמש בכוח סביר לעריכת החיפוש ואת המשמעות המשפטית של סירובו כאמור בסעיף 11."

"והכל אם החשוד נתן את הסכמתו לכך" כלומר חייבים לבקש את הסמכתו של החשוד (ס' 3(א) סיפא), ויש בזה הגיון, לפני שניגשים לגופו של אדם, המינימום הוא לבקש את הסכמתו. הס' לא אומר כי בכל מקרה לא נעשה כלום אם הוא לא יסכים, אך קודם כל מבחינת הכבוד של גופו של אדם אחר זה לבקש את הסכמתו. ואם הוא לא נתן את הסכמתו, ס' 3(ג)-(ד) קובע שצריך להביא אותו בפני קצין משטרה (שקודם זה היה שוטר רגיל). הקצין יסביר לחשוד כי בתנאים מסוימים, ניתן להשתמש בכוח סביר לביצוע החיפוש, וכן הוא יסביר לו את המשמעות המשפטית של הסירוב (עבירה פלילית).

אם עוברים את הפרוצדורה הזו, יש מקרים שניתן לבצע את החיפוש ללא הסכמה.

כל מה שאנחנו קוראות, הוא רלוונטי לחיפוש בדרך המלך, אבל יש תרחישים שבהם המשטרה משיגה את מה שהיא רצתה בלי שהיא עשתה חיפוש. לדוגמא: חשוד למשל שנותנים לו לשתות כוס מים, והוא משאיר את הכוס על השולחן. המשטרה לוקחת דגימת רוק מהכוס כד להפיק דנ"א, האם זה נחשב חיפוש פנימי/חיצוני? זה לא נחשב כי מתנות שמשאירים למשטרה, המשטרה לוקחת. זה מאוד מזכיר את פס"ד פרחי עם הסיגריה.   
אגב, באחד מפס"ד בעניין חיפוש פנימי יש סיפור מטלטל, שנתפס אדם לאחר שעברו שנים רבות מרצח נוראי, ושהגיעו אליו דרך חיפוש משפחתי. אותו אדם ירק ברחוב, המשטרה עקבה אחריו ולאחר שהוא ירק, לקחו דגימת דנ"א מהרוק וכך קשרו אותו למקרה הרצח. אחת הטענות שהוא טען בביהמ"ש העליון היא שלא בוצעה הפרוצדורה הנדרשת של החיפושים. ביהמ"ש אמר לו שלא צריך פרוצדורה כי זה לא נחשב חיפוש לפי חוק החיפושים, אלא זה בעצם תרגיל חקירה. כך שכל הפרוצדורה שאנו לומדות בפרק זה, לא קשורה לתחבולות כאלה ואחרות מצד המשטרה.

* חיפוש פנימי

4ג- "קצין משטרה יסביר לחשוד בלשון המובנת לו את מטרת החיפוש הפנימי, סוגו ודרכי עריכתו, וכן יסביר לו את זכותו שלא להסכים לחיפוש, את האפשרות למתן היתר לעריכת החיפוש על ידי בית המשפט ואת המשמעות המשפטית של סירובו כאמור בסעיף 11."

  (ד)  לא ייערך חיפוש, ולא תוגש בקשה להיתר לעריכת חיפוש לפי סעיף זה, אלא אם כן נתן רופא אישור שאין מניעה בריאותית לערוך את החיפוש; לא יינתן אישור אלא לאחר שהרופא בירר עם החשוד את מצב בריאותו ככל שהדבר נוגע לחיפוש; סירב החשוד להיפגש עם הרופא לקבלת אישור, יסביר לו קצין המשטרה את המשמעות המשפטית של סירובו כאמור בסעיף 11.

4(ג)- צריך שיהיה קצין משטרה ולא שוטר שיגבש את אותו חשד סביר לביצוע עבירה, וכי למעט בדיקת דם זו עבירת פשע ולא רק עבירת עוון. בנוסף לכל ההליך בפני קצין המשטרה, בהנחה והחשוד מסרב לביצוע החיפוש, המחוקק דורש לבצע עוד דבר- והוא לפנות לבית לביהמ"ש ולבקש היתר לעריכת החיפוש.

ואגב, כתוב בחוק כי לצורך בדיקה גניקולוגית תמיד צריך לבקש היתר גם אם יש הסכמה. זה ס' פטרנליסטי לאור הפגיעה הקשה הכרוכה בבדיקה הגניקולוגית, כאן המחוקק לא מאפשר הסכמה מדעת, ותמיד בבדיקה גניקולוגית חובה לפנות לבית המשפט ולבקש היתר.

4(ד) בחיפוש פנימי בין אם החשוד מסכים ובין אם לא, חייבים אישור רופא.

**סמכות להפעלת כוח**

* חיפוש על פני הגוף

בשתי הקטגוריות הראשונות של חיפוש על פני הגוך וחיפוש מוגבל, אם יש מצב של התנגדות, האם ניתן לבצע חיפוש? בשביל זה צריך למצוא הסמכה בחוק, אך אין הסמכה מפורשת. אבל איך בכל זאת ניתן? אם יש סמכות לבצע חיפוש על פני הגוף, יש גם סמכות לעכב על מנת לחפש (ס' 69). התנגדות בכוח לחיפוש, זו גם התנגדות לעיכוב. כאשר התנגדות לעיכוב זו עילת מעצר עצמאית, ולהביא את החשוד למעצר. וכדי לבצע מעצר יש את ס' 19 לפקודה המקנה את הסמכות לשימוש בכוח על מנת לעצור חשוד.   
כלומר בהגדרה חיפוש על גופו של אדם זה גם עיכוב (ס' 69), ואם מישהו מתנגד לחיפוש בעקיפין הוא מתנגד לעיכוב, התנגדות לעיכוב זאת עילת מעצר עצמאית, ולכן התנגדות לחיפוש על פני הגוף יש סמכות להפעלת כוח סביר (ס' 19).

**שימוש בכוח**

19.  מי שמוסמך לעצור אדם חב מעצר רשאי להשתמש בכל אמצעי סביר הדרוש לביצוע המעצר, אם האדם מתנגד למעצר או מנסה להתחמק ממנו.

לכן ניתן להשתמש בכח לשם ביצוע חיפוש.

* חיפוש חיצוני

לגבי חיפוש חיצוני, האם ניתן להשתמש בכח סביר כאשר אדם מתנגד? גם כאן יש צומת וחוק החיפושים הוא מורכב. יש הבחנה ביו שני סוגים של חיפושים חיצוניים (ס' 3(ב) לחוק החיפושים): המחוקק לוקח את הרשימה הסגורה של חיפושים חיצוניים, מחלק אותה לשניים ועושה הבחנה בין חיפוש חיצוני חודרני לכזה שאינו חודרני.

(ב)  על אף הוראות סעיף קטן (א), רשאי שוטר או מי שנקבע לכך בסעיף 5, לפי הענין, לערוך חיפוש חיצוני כהגדרתו בפסקאות (1) עד (3) ו-(6) עד (8), למעט טביעת שיניים, מנשך שיניים, או לקיחת שיער מחלקים מוצנעים של הגוף, תוך שימוש בכוח סביר, כאשר החשוד לא נתן את הסכמתו, ולאחר שניתן אישור לכך כאמור בסעיפים קטנים (ג) ו-(ד).

1. חיפוש חיצוני חודרני- 4-5, 9-12 לס' ההגדרות. וכן מה שמגיע מחלקים מוצנעים.
2. חיפוש חיצוני שאינו חודרני- אפשר לבצע שימוש בכח סביר. 1-3, 6-8 לס' ההגדרות. אם זה חיפוש חיצוני שאינו חודרני, ניתן לעשות שימוש בכוח סביר. כלומר בבחינה חזותית של גופו העירום של אדם, טביעת אצבע, חומר בציפורניים (ללא גזירת ציפורניים), לקיחת שיער (למעט לקיחת שיער מחלקים מוצנעים של הגוף). הרציונל הוא שלא כל חיפוש חיצוני ניתן לעשות שימוש בכוח סביר אלא רק חלק מהרשימה. אם נכנס לתוך אותם ס' שהם חיפוש חיצוני שאינו חודרני והחשוד מתנגד לחיפוש, וניתן להפעיל את הכוח רק לאחר שהקצין מסביר לחשוד ונותן לו הזדמנות להסביר את עמדתו.

המסקנה היא שבחיפוש חיצוני חודרני וחיפוש פנימי, לא ניתן להשתמש בכוח בכלל (לא כוח סביר או לא סביר). הרבה פעמים משפטנים מתבלבלים לאור העובדה שאם בחיפוש פנימי חשוד מסרב לבצע חיפוש בהסכמה, ניתן לפנות לבית המשפט כדי לקבל היתר. ואז האם אומרים שההיתר מקנה לבצע חיפוש פנימי גם אם החשוד מסרב. התשובה לכך היא שלילית. המחוקק מדייק כי הוא לא כתב "צו" אלא היתר. אז למה לפנות לבית המשפט אם אי אפשר בחיפוש פנימי לבצע שימוש בכוח? התשובה היא שיש משמעות להיתר, הסירוב לחיפוש פנימי, כאשר יש היתר, זו סנקציה ראייתית או עבירה פלילית. בשביל זה צריך את ההיתר, אבל אל לטעות כי היתר לא יכול לאפשר חיפוש בכוח בכלל גם בחיפוש פנימי וגם חיפוש חיצוני חודרני. זו עוד דוגמא לסיטואציה שבה עם כל הכבוד לרצון להגיע לאמת העובדתית באמצעות השגת הראיות, יש קו אדום שהמחוקק יוצר אותו ומעדיף את הזכות לכבוד על פני הרצון להגיע לאמת העובדתית. חשוב להבין כי זה לא אומר שהסירוב לא יהיה ראיה נגדית או סנקציה פלילית כלפי החשוד. אבל באופן ישיר להפעיל כוח, זה לא יקרה. כמובן שבמקום אפשר להשתמש בתרגיל חקירתי.

לסיכום:

* בחיפוש על פני גופו של אדם ניתן להפעיל כוח סביר מאותה דרך פתלתלה של ס' 69 ו19.
* בחיפוש חיצוני לא חודרני, אם יש הסכמה הכל בסדר, ואם אין הסכמה פונים לפרוצדורה שלקצין הממונה ואז ניתן להפעיל כוח סביר.
* חיפוש חיצוני חודרני וחיפוש פנימי נדרשת הסכמה, ואם אין יש פרוצדורה מסוימת. בכל מקרה, אין אפשרות לעשות שימוש בכח.

**ההשלכות לסירוב לחיפוש**

כאדם מסרב לחיפוש, מהן ההשלכות המעשיות לאותו סירוב?

פס"ד חורי

פס"ד לפני חוק החיפושים.

היה חשד שאדם החזיק/השתמש בסמים, וביקשו ממנו לטבול את ידיו בתמיסה כימית המזהה שאריות של סם. חורי סירב לבקשה, השוטרים לא הפעילו כח. והשאלה הייתה מה המשמעות של הסירוב?

ביהמ"ש קבע כי חורי היה חייב לבצע את הטבילה, ואם אין נימוק המסביר את הסירוב, הסירוב הוא חיזוק לראיות נגדו. כלומר הסירוב הוא לא ראיה עצמאית אך עצם הסירוב הוא חיזוק. ודוק: אם הוא סירב ללא נימוק משכנע, הסירוב יהווה חיזוק לראיות נגדו.

מכאן נרצה לראות מה המצב אחרי חקיקת חוק החיפושים.

ס' 11 לחוק החיפושים: סירוב החשוד

נראה כי המחוקק אימץ את הלכת חורי בחיפוש פנימי או חיצוני.

* סירוב לחיפוש חיצוני שאינו חודרני

מה קורה כשהחשוד מסרב לסירוב חיצוני שאינו חודרני, והשוטר משתמש בכוח סביר לבצע את החיפוש, האם גם אז ניתן להסיק חיזוק מהסירוב? המחוקק מאוד ברור בשאלה מתי הסנקציה הראייתית תיגזר. הוא קובע כי רק אם בשל הסירוב, החיפוש לא נערך, ולכן אם החיפוש נעשה בכוח סביר, אז אין סנקציה ראייתית.

11.  (א)  סירב החשוד שייערך חיפוש בגופו, בין באמירה ובין בהתנהגות המונעת את החיפוש, ולא נערך החיפוש בשל סירובו, עשוי סירובו לשמש חיזוק למשקל הראיות של התביעה; לענין זה, "סירוב לחיפוש" - לרבות סירוב לענין האישור הנדרש לפי סעיף 4(ד).

ס' 2ב נקבע בחוק אחר הסדר שונה, באשר לחיפוש בגופו של חשוד, יחול חוק זה בכפוף להסדר השונה שנקבע. לענין סעיף קטן זה, "הסדר" - לרבות עילות החיפוש, תנאיו והתוצאות המשפטיות לסירוב לחיפוש."

* סירוב לחיפוש על פני הגוף

מה קורה אם מדובר בחיפוש על פני הגוף ולא נערך החיפוש בגלל סירוב החשוד? האם ניתן להשתמש בסירוב כסנקציה ראייתית? שאלה לא פשוטה. אפשר להשתמש בס' 2(ב) שהוא סעיף העקרונות. " יש פה את עקרון הכלליות. החוק פורס את כנפיו על חקיקה ספציפית, אלא אם חוק ספציפי אחר קובע דבר אחר. חוק החיפושים פורס את כנפיו על חקיקה ספציפית ולכן אפשר לגזור קונסטרוקציה משפטית שאומרת כי אם החשוד מסרב לחיפוש על פני הגוף, יחילו את הסנקציה הראייתית דרך הצינור של 2(ב) גם לגבי חיפוש על פני הגוף. אולי בעזרת ס' 2ב ניתן למשוך את ס' 11 לגבי חיפוש על פני הגוף.

* סירוב לחיפוש פנימי

פס"ד קורטאם: אדם שבלע שקית סם והיה סיכון שהיא תתפוצץ לו בגוף באופן מידי. שם ביצעו הליך רפואי ללא הסכמתו, כדי להוציא את השקית. זה הגיע לבית המשפט כי אחרי זה הוא טען שהחיפוש לא חוקי, ולא ניתן להשתמש בשקית, בראיה שנמצאה. ביהמ"ש דחה את הטענה, בכך שהוא אישר לבצע הליך רפואי, גם ללא הסכמתו. אם זה דרוש להצלת חייו, החיפוש חוקי.  
זה עוגן גם בחוק זכויות החולה. יש הוראה מפורשת בס' 15 המאפשרת לבצע התערבות רפואית ללא הסכמה, כאשר מדובר בהצלת חיים.

האם הסירוב יכול להוות גם עונש?

**עונשין (תיקון מס' 1) תשס"ה-2005 (תיקון מס' 7) תשע"ט-2019**

12.    (א)  חשוד בעבירה לפי סעיפים 300 או 301א לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן – חוק העונשין), או בעבירה על פקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973 (בחוק זה – פקודת הסמים המסוכנים), או על סימן ה' לפרק י' לחוק העונשין, שדינן עשר שנות מאסר או יותר –

(1)  המסרב לחיפוש חיצוני ולא ניתן היה לערוך באופן סביר את החיפוש בשל סירובו; או

(2)  המסרב לחיפוש פנימי, שבית המשפט נתן היתר לעריכתו,

דינו – מאסר שנתיים.

האם ניתן להעמיד לדין על הסירוב? התשובה היא חיובית מכוח ס' 12 לחוק החיפושים. ס' זה משית עונש של עד שתי שנות מאסר לסירוב לחיפוש, אבל הוא מוגבל למקרים מסוימים- כאשר חשודים בעבירות רצח, סמים, עבירות שבגינן יש מעל 10 שנות מאסר.   
זאת עבירה פלילית עצמאית- גם פה זו תהיה עבירה פלילית רק אם יש היתר לחיפוש פנימי, או אם זה חיפוש חיצוני ואז לא צריך היתר, וכמובן שהחשוד סירב ומנע את החיפוש. אגב לא בוצע מכל סיבה שהיא, יכול להיות שזה חיפוש חיצוני שאינו חודרני וניתן להשתמש בכוח, אך גם אם לא השתמשו בכוח זה עדיין יכול לענות על מניעת חיפוש, כי זה שיש סמכות להשתמש בכוח לא מחייב את השימוש בכוח.

בלי כל קשר יש עוד עבירות שניתן לגזור עבירה פלילית- כמו הפרעה לשוטר, הפרת חובה חקוקה, אבל פה המחוקק כן גזר עבירה פלילית עצמאית.

**אופן עריכת החיפוש**

עקרונות לאופן עריכת החיפוש נמצאים בס' 2 לחוק החיפושים:

* החיפוש צריך להיעשות תוך שמירה על כבוד האדם (ס'2ד)
* מידתיות שנמצאת בתוך ס' 2ד
* בדרך כלל חיפוש יערך על ידי בן מינו של החשוד אלא אם כן מתקיימים החריגים הכתובים בס' 2(ה)(2).
* חיפוש פנימי וחיצוני מסוימים חייבים להיעשות במרפאה ולעיתים על ידי רופא.
* לגבי חיפוש פנימי תמיד צריך אישור רופא לפני שבוצע חיפוש (ס' 4ד).
* בסירוב לבצע בדיקה רפואית, וצריך אישור רופא לביצוע החיפוש הפנימי, זה כמו סירוב לחיפוש.
* ס' 2(ג)- תמיד צריך לבקש הסכמה, בגלל האלמנט של הכבוד.

ס' 2(ב) נקבע עקרון הכלליות. חוק החיפושים פורש את חסותו על כל סוגי החיפוש אלא אם יש הסדר ספציפי בחוק אחר, ואז הוא גובר. אם אין הסדר ספציפי, חוק החיפושים הוא חוק שיש לו אלמנט כללי. נכון שחוק ספציפי גובר על חוק כללי, אך בהקשר הזה הכלל שחוק מאוחר גובר על חוק מוקדם, לא קיים. כי כתוב שחוק החיפושים פורס את כנפיו גם על חיפושים אחרים.

כל הסיפור, עולם שלם של מה קורה כאשר יש חיפוש לא חוקי, האם ניתן להשתמש בראיות שהושגו, זה קשור לדיון של כלל הפסילה הפסיקתית. אין בחוק החיפושים הוראה ספציפית הקובעת מה דינן של ראיות שהושגו לא כחוק, אבל יש את כלל הפסילה הפסיקתית שעוגן בפקודת הראיות.

**חיפוש בהסכמה**

**חיפוש בהסכמה בגוף אדם שאינו חשוד (תיקון מס' 1) תשס"ה-2005**

14.    (א)  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.

 (ב)  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.

          (ג)   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.

ס' 14 הנוגע לחיפוש בהסכמה מתקשר גם לפרשת בן חיים וגם לפרשת פרחי.

ס' 14 למעשה מאפשר לבצע חיפוש בגוף אדם גם במי שאינו חשוד, כאשר צריכים להתקיים שני תנאים חלופיים:

1. הנפגע\ הקורבן 14א(1)- האדם שרוצים לחפש בגופו הוא נפגע העבירה ויש סיוד סביר להניח שיש בגופו ראיה הנדרשת להוכחת ביצוע עבירה (כמו אונס).
2. 14א(2)- החיפוש בגופו של האדם נדרש לשם קשר אפשרי לעבירה הנחקרת (בדומה לסיפור של פרחי שלא היה חשוד).

בנוסף על מנת לבצע את החיפוש נדרשת הסכמה מצד אותו אדם ושהסכמתו ניתנה בכתב.

את אותו המנגנון השופטת ביניש מיישמת בפרשת פרחי וגם בפרשת חן חיים. בבן חיים זה עוד יותר מאתגר כי שם אנחנו עוסקות בחיפוש על פני הגוף ולא בחיפוש לפי חוק החיפושים, ושם השאלה היא האם ניתן לבצע חיפוש על פני הגוף בהיעדר הסמכה בחוק, והאם אפשר לרפא את היעדר ההסמכה בהסכמה מדעת. דעת הרוב השיבה בחיוב אך בשביל שההסכמה תתקבל, על השוטרים להודיע ולעדכן את אותו אדם שהוא לא חייב להסכים, וכי אי הסכמתו לא תהווה ראיה לחובתו, רק כשיתגשמו שני התנאים הללו נראה בהסכמה כהסכמה מדעת.

חיפוש פנימי או חיצוני- הסכמה מדעת?

אחת השאלות שביניש כן דנה זה האם נתן לבצע חיפוש פנימי או חיצוני בהסכמה מדעת, במנגנון של בן חיים ולא במנגנון של 14. המנגנון של 14 ברור- הוא עוסק בחוק בחיפושים, ואם מדברים על אדם שאינו חשוד, נוכל לבצע חיפוש בהסכמה רק במי שנפגע עבירה או לשם בדיקת קשר אפשרי לעבירה הנחקרת. ולכן מכאן השאלה היא האם ניתן לבצע לחיפוש על פני גופו במנגנון של בן חיים גם בחיפוש פנימי או חיצוני. כלומר לא רק חיפוש מינורי על פני הגוף, אלא חיפוש משמעותי יותר וביניש משיבה בשלילה בבן חיים. המנגנון של בן חיים כשלעצמו, הסכמה מדעת שמרפאת היעדר הסמכה בחוק, היא תקפה רק לחיפוש על פני הגוף ולא לחיפוש פנימי או חיצוני.

שאלה נוספת היא מה לגבי חיפושים שלא מנויים בחוק בחיפושים? כמו חוקן שהוא חיפוש פנימי אך הוא לא כתוב בחוק, או טבילת ידיים במי מלח, גם זה לא כתוב בצורה ישירה, אבל אולי כן ניתן ללמוד בעקיפין באחד מהחיפושים האחרים. נניח שתיית חומצה לגרימת הקאה כדי שתביא לפליטת חבילת סמים שנבלעו, זה לא בחוק החיפושים אך זה אמור להיות לחיפוש פנימי. עם זאת, אמרנו שנקודת המוצא שזאת רשימה סגורה, גם פנימי וגם חיצוני, ועולה השאלה האם ניתן להתגבר על חוק החיפושים ולאפשר לחיפוש פנימי שאינו רושם ברשימה סגורה בחוק, כמו חוקן, או שתייה של חומר שיגרום להקאה. האם ניתן באמצעות הסמכה מדעת במנגנון של בן בחיים, לבצע את זה?

זה מורכב מאוד כי לכאורה אפשר לומר שהמנגנון של חיפוש פנימי וחיצוני בחוק החיפושים הוסדר וזה ס' 14. זה מסדיר את המנגנון של הסכמה מדעת ומאפשר רק באחת משתי האפשרויות: 1. הנפגע עבירה שלא חשוד, 2. חיפוש נדרש לשם בדיקת קשר אפשרי של אותו אדם לעבירה הנחקרת, אבל לא כתוב שזה מאפשר פתח מילוט להכרה בחיפוש שלא רשום ברשימה הסגורה של חוק החיפושים. מסעיף 14 כשלעצמו אין אינדיקציה כזו, אלא ההפך- יש אינדיקציה שאומרת הפוך- שזו רשימה סגורה, ולכן הדעה הרווחת היא שלא ניתן באמצעות הסכמה מדעת לבצע סוג של חיפושים שאינו מופיע בחוק החיפושים- פנימי או חיצוני. כך שהמנגנון שהיה לפני חוק החיפושים, הסכמה מדעת, לא רלוונטי בהקשר של חוק החיפושים אלא רק בהקשר של ס' 14 שהוא ס' פרטני המסדיר הסמכה מדעת בחוק החיפושים.

יש לציין כי בס' 14א נקבע במפורש שחיפוש שנעשה באמצעות הסכמה מדעת לפי ס' 14 לא תיערך השוואה מנתונים הזיהוי שהופקו מהחיפוש, לבין נתוני הזיהוי שהופקו במאגר. ניתן לעשות שימוש במה שנמצא רק לשם העבירה שבגינה בוצע החיפוש (בדומה לפרחי) ולא בעבירה אחרת.

**שיקולי העמדה לדין**

לפני שניכנס לעומק ונבין מה הם השיקולים שעומדים בשאלת העמדה לדין, קודם כל ובראש ובראשונה נצטרך לשאול את עצמנו מי הם התובעים במדינת ישראל?

**התובע**

ס' 12 לחסד"פ הוא הסעיף המגדיר את כלל סוגי התובעים בישראל.

חשוב להבין כי בראש כל התובעים עומד היועץ המשפטי לממשלה, בכובעו כראש התביעה הכללית. כמובן שליועץ המשפטי יש עוד כובעים מלבד ראש התביעה- כמו הפרשן המוסמך של הדין, ייצוג המדינה בערכאות (גם בהליכים אזרחיים ופליליים), ייצוג האינטרס הציבורי שבמסגרת הכובע הזה הוא גם רשאי להתייצב בכל הליך שהוא מעוניין, גם אם המדינה היא לא צד לו, וזה במידה והוא חושב שיש אינטרס ציבורי במיוחד בתביעה שנידונה.

סוגי התובעים

1. הפרקליטות- תחילה הפרקליטות שבראשה עומד פרקליט המדינה. הפרקליטות מופיעה בכל הערכאות- שלום, מחוזי, עליון. עיקר עיסוקה הוא סביב עבירות פשע, ואף בעבירות עוון וחטא ברמת חומרה גבוהה.
2. התביעה המשטרתית- כמעט מ90% מנוהלים על ידי התביעה המשטרתית, הם בעיקר מופיעים בבית המשפט השלום בעבירות חטא ועוון, ואפילו חלק מעבירות הפשע (הנמצאים בדרגת חומרה נמוכה). יש לציין כי התביעה המשטרתית היא הנושאת את עול מערכת התביעה בישראל, וניתן לראות את זה באופן מובהק באחוזי התיקים שמנוהלים ומיוצגים על ידה.
3. עורכי דין בהסמכת היועץ המשפטי לממשלה- התובעים שמקבלים הסמכת יועץ הם עורכי דין פרטיים שהייעוץ המשפטי לממשלה מסמיך אותם להופיע בתיקים מסוימים. בגץ הוא זה שהכשיר את הפרקטיקה הזו של הסמכת עורכי דין פרטיים, שניתן אף לטעון כי זו הפרטה לכל דבר ועניין. לדעת הראל אין מנוס מלעשות שימוש באותם עורכי דין פרטיים בהסמכת יועץ, אך הוא מבהיר כי אין זה ראוי. וזאת מהסיבה שבסופו של דבר מדובר בעורך דין פרטי שביום אחד הוא חובש את כובע הקטגור ומגיש כתבי אישום בשם מדינת ישראל, ויום למחרת הוא חובש את הכובע של סניגור פרטי. ולמרות זאת, זהו כורח המציאות והפרקטיקה הזאת מחויבת משתי סיבות מרכזיות: האחת היא שאין מספיק תקציב לתקנים בפרקליטות ובתביעה המשטרתית. והשנייה היא שהרבה פעמים התובעים הם כאלו המחזיקים בהסמכה ספציפית בנושאים פליליים שבהם אין לפרקליטות או לתביעה המשטרתית מספיק ידע, מיומנות או מומחיות, בדרך כלל יהיה מדובר בעבירות הנוגעות לתכנון ובנייה, הגנת הסביבה וכו.
4. תובעים בהסמכת החוק- הסוג הרביעי והאחרון אלו הם תובעים שיש להם הסמכה מפורשת בחוק, לדוגמא חוק התכנון והבנייה מסמיך תובעים מטעם הוועדות המקומיות של רשויות מקומיות להגיש כתבי אישום בנושאים הקשורים לתכנון ובנייה.

אגב, נקודת המוצא היא שהיועצים המשפטיים לממשלה, גם אם הם קיבלו הסמכה מפורשת מהחוק, הם אינם יכולים לפנות לבית המשפט בלי הסמכת היועץ. למרות שזה לא כתוב בחוק והיו כל מיני מקרים שאתגרו את ההנחה הזאת, עדיין זה מאוד נדיר שיתכן מצב כזה שהיועץ המשפטי מופיע ללא הסמכת יועץ. בפרקטיקה, בדרך כלל אותם יועצים רוצים את הסמכת היועץ וזה מפני שמאוד נוח להם להופיע בבית המשפט בכובע של היועץ המשפטי לממשלה. כמו כן סיבה נוספת לכך שצריך את הסמכת יועץ כי הכתובת המקצועית והמשפטית של כל התובעים היא של הייעוץ המשפטי לממשלה, כפי שהוא גם הכתובת המקצועית של היעוץ המשפטי של השר. יועצים משפטיים של שרים, בכובע הייעוץ הם לא כפופים למנכ"ל המשרד או לשר, ומבחינה מקצועית הוא כפוף ליועץ המשפטי לממשלה והוא נחשב לזרוע שלו. ולכן אם השר חולק על היועץ המשפטי של המשרד, הוא יכול ללכת ולפנות אל היועץ המשפטי לממשלה שהוא הכתובת האחרונה, כל עוד בית המשפט לא אמר אחרת. תיאורטית אפשר גם להגיש עתירה כנגד הייעוץ המשפטי לממשלה, אם השר חולק על עמדת היועץ המשפטי לממשלה, יש כמה אפשרויות: הוא יכול לבקש ייצוג פרטי (כמו בפרשת דרעי), אפשרות אחרת נדירה, היא שאין מניעה משפטית עקרונית להגשת עתירה כנגד חוות הדעת של הייעוץ המשפטי לממשלה.

**התובע וסגירת תיק**

מי שמחליט האם לסגור את התיק או להגיש כתב אישום, הוא התובע (על כל סוגיו).

ס' 60 הוא עוסק בחלוקת הסמכויות והעבודה בין התובעים, כלומר איזה תובע מבין התובעים שאנחנו מכירות יעסוק באיזה סוגי תיקים:

* התביעה המשטרתית- מופיעה בבית משפט שלום- בעבירת חטא ועוון, וחלק מעבירות הפשע.
* הפרקליטות בכל סוגי התיקים.

כמובן שיש חריגים משני הכיוונים, כלומר יש גם עבירות עוון שמועברות לפרקליטות ויש עבירות פשע ברף הפחות חמור שעוברות לטיפול התביע המשטרתית, ויש עבירות עם שיקול דעת וכו.

ס' 60(ו) הוא סעיף מעניין שקובע כי טיפול בחומר חקירה, שלא על פי החלוקה הקבועה בחוק, כשלעצמו אינו פוסל כשלעצמו את ההליך בגין חוסר סמכות. כלומר לא ניתן לטעון שכיוון שהיה פגם בחלוקת סמכויות בתיק הספציפי, והוא עובר לתובע פלוני במקום סוג של תובע אחר, בגלל זה צריך לבטל את ההליך מחוסר סמכות. הס' אומר לא- לא בהכרח פגם יגרום לסעד של בטלות, פה ס' 64 אומר את זה.

**יידוע ושימוע טרם הגשת כתב אישום**

ס' 60א לחסד"פ עוסק ביידוע על העברת חומר החקירה לתובע בעבירת פשע. זהו ס' העוסק בשימוע, לפיו בעבירות פשע צריך ליידע את החשוד שחומר החקירה הועבר לחקירה, וכתגובה לכך נאפשר לחשוד את זכות טיעון לשכנע את התובע למה עליו לא להגיש כתב אישום. כמובן שיש גם חריגים בתוך הס' גם לזכות השימוע.

זה סעיף חשוב מאוד. זה נכון שגם לפני השימוע, בשלב החקירה לחשוד יש הזדמנות לשכנע את התובע והמשטרה ולנסות למנוע את הגשת כתב אישום, אבל עדיין שום דבר לפני ואחרי לא דומה לזכות השימוע בהעמדה לדין. שכן, יכול להיות שבמהלך החקירה החשוד ישמור על זכות השתיקה, משום כך בזמן החקירה לא הייתה לו את היכולת לשכנע למה לא להגיש כתב אישום. שכן, בחקירה בדרך כלל מאפשרים לחשוד לענות על השאלות שמשטרה רוצה לשאול ולא מה שהחשוד רוצה. בנוסף במשטרה לרוב החשוד יחזיק את הקלפים ולא ירצה לחשוף אותם בפני החוקרים. כמו כן, חשוב להבין כי זה עצם כך שלנאשם יש אפשרות במשפט להוכיח את חפותו לא עוזרת, מאחר והוא רוצה מראש למנוע את עצם הגשת כתב האישום ולמנוע פתיחה במשפט פלילי נגדו. ולכן אף אחד מהכלים האחרים לא פותר את הצורך של להקנות זכות טיעון לחשוד לפני הגשת כתב אישום.   
יש לזכור כי כתב אישום זו דרמה. כתב אישום זו סמכות שלטונית מאוד לא פשוטה שיש בה אלמנט של כוח, שעלולה להביא אדם לא לישון בלילה כי חרב ההרשעה הפלילית מונחת מעל ראשו, ומלבד ההיבט הנפשי, כתב האישום עשוי להביא למחירים אפילו של איבוד מקום העבודה ופרנסתו של הנאשם. למשל בהלכת דרעי ופנחסי נקבע שבכתב אישום חמור יש חובה לפטר את השר. מכל אלה יש חשיבות עצומה לזכות השימוע ס'60א.

**יידוע על העברת חומר חקירה לתובע בעבירת פשע (תיקון מס' 28)  תש"ס-2000  (תיקון מס' 28) (תיקון) תשס"א-2001  (תיקון מס' 28) (תיקון מס' 2) תשס"ב-2002**

60א.  (א)  רשות התביעה שאליה הועבר חומר חקירה הנוגע לעבירת פשע תשלח לחשוד הודעה על כך לפי הכתובת הידועה לה, אלא אם כן החליט פרקליט מחוז או ראש יחידת התביעות, לפי הענין, כי קיימת מניעה לכך[[5]](https://www.nevo.co.il/law_html/law01/055_096.htm" \l "_ftn6" \o ").

(ד)  חשוד רשאי, בתוך 30 ימים מיום קבלת ההודעה, לפנות בכתב לרשות התביעה כאמור בסעיף קטן (ב), בבקשה מנומקת, להימנע מהגשת כתב אישום, או מהגשת כתב אישום בעבירה פלונית; פרקליט המדינה, פרקליט המחוז, ראש יחידת התביעות או מי שהם הסמיכו לכך, לפי הענין, רשאים להאריך את המועד האמור.

 (ז)   הוראות סעיף קטן (א) לא יחולו על מי שבעת העברת חומר החקירה היה נתון במעצר, והוגש נגדו כתב אישום בתקופת מעצרו.

למרות שהשימוע נעשה לפני הגשת כתב אישום, ולמרות שתיאורטית החשוד לא זכאי לעיין בחומר החקירה בשלב הזה (כי עיון בחומר החקירה הוא רק אחרי הגשת כתב אישום) הפסיקה וההנחיות היועץ המשפטי לממשלה קבעו כי ליבת חומר החקירה צריכה להיות מועברת אל החשוד, לפני השימוע. חשוב להבין כי ההיגיון בליבת חומר החקירה, הוא שאין שום ערך לשימוע בלי ליבת חומר החקירה. שכן מבחינת החשוד, מה שווה לקחת את הסיכון של לחשוף קו הגנה אם לא ידוע אפילו מהו לב חומר החקירה שיש נגדו, במקרה כזה הנזק של חשיפת הקלפים יעלה על התועלת. לכן זה נקבע בפסיקה והנחיית יועץ.

**העמדה לדין וסגירת התיק**

כעת אנחנו מגיעות לשלב בו החומר מגיע אל התובע, הוא סיים את השימוע וכעשיו הוא צריך להחליט מה עושים- האם להגיש כתב אישום או שבמידה ולא לסגור את התיק.

השלמת חקירה

**המשך החקירה [56]  (תיקון מס' 33) תשס"א-2001**

61.  הועבר חומר החקירה כאמור בסעיף 60, רשאי היועץ המשפטי לממשלה או תובע להורות למשטרה להוסיף לחקור, אם מצא שיש צורך בכך לשם החלטה בדבר העמדה לדין או לשם ניהול יעיל של המשפט.

לאחר שהתקיים שימוע, והתובע מגיע לשלב החלטת העמדה לדין, ס' 61 מקנה לתובע סמכות לבקש מהמשטרה השלמת חקירה, וזאת במידה ואין לו מספיק נתונים לקבל החלטה.

התנאים להעמדה לדין

שני התנאים המצטברים שעולה מס' 62 לחסד"פ להמעדה לדין:

1. תשתית ראייתית- ראיות מספיקות לאישום, מבחן הסיכוי הסביר להרשעה.
2. עניין לציבור- או בשמו המעודכן נסיבות העניין בכללותן מתאימות להעמדה לדין. התנאי השני מקנה לתביעה שיקול דעת עצום, מאחר והוא תנאי כל כך רחב. שכן הוא בוחן ברמה הכי פשטנית ושוקל את הנזק מול התועלת- האם התועלת בהעמדה לדין עולה על הנזק.

**העמדה לדין וסגירת תיק (תיקון מס' 33) תשס"א-2001 (תיקון מס' 82) תשע"ח-2018**

62.  (א)  ראה תובע שהועבר אליו חומר החקירה שהראיות מספיקות לאישום אדם פלוני, יעמידו לדין, זולת אם היה סבור שנסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות להעמדה לדין; ואולם החלטה שלא להעמיד לדין, בשל עילה זו תהיה באישור בעל תפקיד כלהלן:

זה הרבה כוח לתביעה מאחר וגם אם יש תשתית ראייתית עדיין צריך להראות שנסיבות העניין בכללותן מתאימות להעמדה לדין. בעוד שהתנאי הראשון נחשב כתנאי שיש בו מומחיות והוא מאוד טכני- לוקחים את הראיות עם אזמל של מנתחים ומנסים להעריך את התוצאה של המשפט. זהו מבחן מאוד קשה להערכה ונדרשת מיומנות של תובע\ת המפתחת במהלך שנים, זוהי מיומנות שונה לחלוטין משל בית המשפט. לעומת התובע, בית המשפט בסיום המשפט בודק את כל הראיות והעדים שהובאו והוא בוחן האם הנאשם עשה את מעשה מעל לספק סביר, כשההבדל המרכזי הוא שהשופט עושה את זה אחרי שהעדים והנאשם עברו חקירה נגדית. זו עבודה שונה לחלוטין ממה שהתובע צריך לעשות בשלב העמדה לדין- כי זה מלכתחילה, והשני בדיעבד. זה תהליך הסתברותי שנעשה מראש על בסיס הראיות שיש לתביעה עוד לפני שעברו את המסננת של חקירה נגדית, והתובע לא יכול במאה האחוזים להכריע בשאלה כי הוא רק רואה ניירות ולא שומע עדים- מי ששמע זו המשטרה, ועל בסיס זה הוא צריך לשאול האם יש סיכוי סביר להרשעה.

מכאן שבעוד שהתנאי הראשון הוא תנאי מקצועי, התנאי השני הוא תנאי נורמטיבי שיש בו לא מעט ערכים. זה הבדל עצום כי אם מוגשת עתירה לבג"ץ כנגד ההחלטה לא להגיש כתב אישום, יש הבדל תהומי אם התיק נסגר מחוסר ראיות, או התיק נסגר בשל היעדר עניין לציבור. לפעמים מדובר בעשרות ומאות אלפי ראיות, ומתחת ליועץ המשפטי לממשלה יש צוותים, המון פרקליטים, עשרות חוות דעת, מאות של דיונים ובסוך מגיעים ההחלטה האם מגיעים לסיכוי סביר להרשעה.   
אין לבג"ץ את המשאבים והזמן כדי להכריע בזה, שכן אם הוא היה עושה זאת, הוא היה צריך לבטל את כל הדיונים שלו ולעשות את עבודת היועץ. אין לו את הכלים, הזמן ומשאבים וזה גם לא תפקידו של בג"ץ לשאול את עצמו איזו החלטה הוא היה מקבל אילו הוא היה היועץ המשפטי לממשלה. תפקידו של בג"ץ זה לשאול את עצמו האם יש פה חוסר סבירות קיצוני בהחלטת היועץ. לעומת זאת כשמדובר בנסיבות העניין בכללותן, פה זה שיקולים נורמטיביים ולכן יש יותר מקרים שבג"ץ יתערב בהחלטת היועץ בגין העילה השנייה לעומת הראשונה.

ערר על עילת סגירת התיק

סעיף 62(ב)(1) קובע שההחלטה לסגור תיק תועבר לחשוד, שרשאי לערער על עילת הסגירה. כלומר ההחלטה לסגור את התיק מן הסתם מועברת לחשוד והוא רשאי להגיש ערר על עילת הסגירה, יש מספר עילות סגירה מרכזיות- כמו עילת סגירה של חוסר ראיות, חוסר אשמה, נסיבות העניין אינן מתאימות להעמדה לדין. שתי העילות הראשונות נמצאות תחת התשתית הראייתית בעוד שהשלישית נמצאת בנסיבות העניין בכללותן.

   (ב)  (1)   על החלטה שלא להעמיד לדין תימסר לחשוד הודעה בכתב בלא ציון עילת סגירת התיק, ואולם יצוין בה כי החשוד רשאי לברר את עילת סגירת התיק באמצעות הגעה לכל תחנת משטרה וכן באחת הדרכים שנקבעו על ידי המשטרה ושפורטו בהודעה;

חשוד יעדיף חוסר אשמה, וזה בשל הרישום המשטרתי. יש הבדל מבחינת הרישום בין סגירת תיק בשל חוסר אשמה לבין סגירת תיק בשל היעדר ראיות מספיקות.

חוק המידע הפלילי ותקנת השבים: חוק המידע הפלילי הוא חדש שהחליף חוק קודם ונכנס לתוקף לפני חצי שנה. הוא עוסק במתח בין מצד אחד הרצון לאפשר לגופים רלוונטיים לשקול עבר פלילי של אדם ביחס לכל מיני תרחישים (נניח מינויים), אבל מהצד השני יש גם את עקרון תקנת השבים, והחוק הזה גם רוצה לאפשר לאדם שהורשע שההרשעה לא תלווה אותו כאות קין לאורך כל חייו, ויש שלב שההרשעה מתיישנת, נמחקת.   
היבט ספציפי- המשטרה מתנהלת מרשם פלילי, שלו יש פרטי רישום הקשורים לרשעה, והוא עובר לגורמים מסוימים הרשאים לשקול בהקשרים שונים את ההרשעות. לצד זה, המשטרה מנהלת עוד מרשם שהוא המרשם המשטרתי, והוא כולל חקירות פליליות תלויות ועומדות, תיקים סגורים, זה לא מרשם פלילי כי אין פה הרשעה, אלא רק שלב של חקירה פלילית. יש גורמים מסומים שיש להם לפי החוק גישה גם למרשם המשטרתי, זה חשוב כי כשנפתחת נגד אדם חקירה פלילית והעובדה שיש מרשם משטרתי, גם אם החקירה נסגרה והתיק סגור (לא הועמד לדין), נשאר רישום במרשם המשטרתי ויש גורמים שרשאים לקבל את המידע.  
ובשורה התחתונה: אם התיק נסגר מחוסר אשמה הוא נמחק מהמרשם המשטרתי, ואם התיק נסגר מחוסר ראיות הרישום נשאר ויהיו גורמים שיוכלו לעיין בו. לכן חשוד יעדיף חוסר אשמה כי אז הרישום ימחק לחלוטין מהמרשם המשטרתי.

פס"ד פישלר נ' מפכ"ל המשטרה  
לשים לב לפרשת פישלר שם מראים את ההבדל הזה בין תיק שנסגר מחוסר ראיות אל מול חוסר אשמה. יש נטייה לומר כי חוסר ראיות זה אין עשן בלי אש- כלומר או שהיה מזל גדול והמשטרה לא הצליחה להשיג את הראיות, או שהחשוד היה מתוחכם וגרם לזה שלא יהיו מספיק ראיות. בכל מקרה יש חשד. לגבי תפקידים מסוימים יש חשיבות עצומה בין תיק שנסגר מחוסר אשמה לחוסר ראיות. למשל כשופט- יש הבדל משמעותי שהתיק שלו נסגר בחוסר ראיות, שכן למרות שאין מניעה פורמלית מלהמשיך לכהן כשופט, יש פה סיטואציה לא פשוטה מבחינת נראות ואמון הציבור שהוא ימשיך בתפקידו.

*"זה שתיקו נסגר בשל חוסר ראיות מספיקות נתפס ככזה שהחשד כנגדו, על אף שלא הגיע לכדי הגשת כתב אישום, לא הוסר. לכן, בכל מקום בו מוגשת תלונה כנגדו יבחן שוב המאגר בו מופיעים אלה שנחשדו על ידי המערכת עוד קודם לכן. מאידך, זה שתיקו נסגר מהיעדר אשמה נתפס כמי שנוקה לחלוטין מחשד ולכן אין כל טעם להוסיף שמו למאגר משטרתי כלשהו" (בג"צ 7256/95 פישלר נ' מפכ"ל המשטרה).*

*"סיווג עילה לסגירת תיק חקירה, כמו החלטות בעניינים אחרים המסורים לשיקול הדעת של רשויות התביעה, אינה חסינה מפני ביקורת שיפוטית. ואולם, בית משפט זה קבע לא אחת כי התערבות 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" (בג"צ 6213/14* ***ארגמן נ' משטרת ישראל****).*

פס"ד ארגמן נ' משטרת ישראל  
חשוד שתיקו נסגר יכול לערור על עילת הסגירה ואף לעתור לבג"ץ. פס"ד ארגמן מדבר על כך שלחשוד יש את היכולת להגיש ערר על עילת הסגירה ולבקש לשנותה מחוסר ראיות לחוסר אשמה, ורק במקרים של אי סבירות קיצוני בית המשפט יתערב.

ערר על סגירת תיק

כאשר נסגר תיק חקירה בשל עילה זו או אחרת, נתונה בידי המתלונן האפשרות לערור על ההחלטה. כידוע, אין למתלונן זכות לדרוש קיומו של הליך משפטי. יחד עם זאת, במידה שהערר נדחה, קיימת אפשרות לעתור לבג"ץ כנגד התביעה.

כלומר גם למתלוננ\ת יש את האפשרות לערר על ההחלטה לסגור את התיק. למשל אם אדם הגיש תלונה למשטרה והתיק נסגר, והמתלונן רוצה להגיש כתב אישום כי הוא חושב שנעשה לו עוול, הוא יכול להגיש ערר. אגב אם הערר נדחה הוא יכול להגיש עתירה לבג"ץ.

**ביקורת על שיקול דעת התביעה**

במשך שנים סמכותה של התביעה בנוגע לעילות הסגירה נתפסה בעבר כסמכות כמעט מוחלטת. נקודת המוצא של בית המשפט העליון סברה כי הואיל והתביעה היא גוף מקצועי חסר פניות, והואיל והיועץ המשפטי לממשלה מעמדו רם והוא מתפקד כאיש מקצועי, לכן התערבות בשיקול דעתם הוא בלתי ראוי. משום כך אם מישהו רוצה לתקוף את החלטת היועץ המשפטי לממשלה בכובעו כראש התביעה הכללית, בשביל שבית המשפט יתערב ויפסול את החלטת התביעה, צריך להראות חוסר תום לב או מניעים זרים ופסולים.

זה מעלה שאלות לא פשוטות- ממה שונה דומה של היועץ המשפטי לממשלה מדמו של כל פקיד אחר בכיר ככל שיהיה? למה אצל יועץ צריך להראות חוסר תום לב ומניעים זרים, ולשני רק חוסר סבירות קיצוני? עילת הסבירות למעשה גורסת שבית המשפט יכול להתערב גם אם אין פגם בסמכות, ההליך תקין, לא נשקלו שיקולים זרים, אין חוסר תום לב, ובית המשפט מתערב רק כי אותו פקיד איזן איזון קלוקל במכלול השיקולים הענייניים. למעשה אנחנו רואות כי בעבר לגבי היועץ המשפטי לממשלה היה פטור- נקודת המוצא של בית המשפט העליון שאי אפשר להתערב בהחלטות של חוסר סבירות קיצונית אלא רק בשל חוסר תום לב ושיקולים זרים.   
עם זאת, זה השתנה וטוב שכך, וכיום היועץ המשפטי למשלה כמו כל רשות מנהלית אחרת ניתן לתקוף את החלטתו בעילה של חוסר סבירות קיצונית. כן יכול להיות מצב שהיועץ המשפטי לממשלה מאזן איזון קלוקל בין מכלול השיקולים הענייניים וצריך להתערב בהחלטה שלו כי יש חוסר סברות קיצוני. כך שבגנור נקבע לראשונה שחוסר סבירות זו עילה שהיום ניתן להשתמש בה גם נגד החלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה.

גנור נ' היועמ"ש

פרשת גנור היא נקודת המפנה בעמדת הפסיקה ביחס לשק"ד התביעה. בגנור לראשונה בגץ קובע כי ניתן להתערב בהחלטות היועץ המשפטי לממשלה גם בחוסר סבירות קיצוני ולא רק בעילה של שיקולים זרים.

רקע עובדתי: העתירה עסקה בפרשת ויסות המניות ובהחלטת היועמ"ש דאז חריש שלא להעמיד לדין את בכירי ענף הבנקאות בגין פרשה זו. היועץ המשפטי לממשלה חריש החליט שלא להעמיד לדין את עובדי ענף הבנקאות על אף פרשת ויסות המניות שהובילה לטלטלה עצומה במשק הישראלי. עד כדי כך שהמדינה נאלצה להלאים בנקים, שכן אם היא לא הייתה עושה את זה כל המשק היה קורס. יש לציין כי בעקבות הפרשה הזאת הוקמה וועדת חקירה. היועץ המשפטי לממשלה דאז סגר את התיק בטענה כי אותם עובדים שילמו מחיר אישי ולא רק הם אשמים והייתה שתיקה של הרבה גורמים אחרים, ולכן הוא החליט לא להעמיד לדין בגין חוסר עניין לציבור ולא בשל היעדר תשתית ראייתית.

במקרה הזה הורד הרף לביקורת שיפוטית על שיקול דעתה של התביעה והיועץ המשפטי לממשלה, ונקבע כי בית המשפט יתערב לא רק בשל חוסר תום לב ושיקולים זרים אלא גם בגין עילה של חוסר סבירות קיצונית. כלומר על מנת שבית המשפט יתערב צריך שהאיזון בין נכלול השיקולים הרלוונטיים הוא כל כך קלוקל ופסול עד כדי כך שהוא יגיע לחוסר סבירות קיצוני.  
הדרך הטובה ביותר להדגים את עילת הסבירות היא באמצעות המטאפורה של דפנה ברק ארז- אם נשווה לאותו שף שמכין את ארוחת הערב, התבשיל הוא בלתי אכיל בעליל, הוא שם במקום כפית מלח עשר כפיות. הוא אכן שקל את כל השיקולים העניינים לא הוסיף רכיב אחר של שיקול זר, אלא איזן באופן קלוקל. גם החלטה להעמיד לדין או שלא, שתיהן יכולות להיות במתחם הסבירות, ועל מנת שבית המשפט יתערב זה צריך להיות במקרה שזה כל כך זועק לשמיים שבית המשפט יתערב.  
הסיכוי שזה יקרה יותר גבוה כאשר מדובר בתקיפת החלטת היועץ בעניין של חוסר עניין לציבור, מאשר עילה של חוסר ראיות, וזאת משום לבג"ץ את המשאבים זמן ויכולת לנתח את הראיות כפי שליועץ יש והוא גם לא אמור לשאול את עצמו מה היה עושה אם הוא היה היועץ.

בית המשפט לראשונה מתערב בהחלטת יועמ"ש וקובע שיש שם חוסר סבירות קיצונית.

**מבחן סגירת התיק בגין חוסר ראיות**

יונה יהב (פרשת בראון- חברון)

רקע עובדתי: 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.   
כפי שמתאר בית המשפט, באנגליה וארה"ב הגישה הרווחת מדברת על "סיכוי סביר להרשעה". כלומר, אם סבור תובע כי בתיק אמנם קיימות ראיות, אך לא מספיקות באופן סביר לשם הרשעה, הוא רשאי לסגור את תיק החקירה. המשטרה ממליצה להעמיד לדין אך רובינשטיין סוגר את התיק בחוסר ראיות.

השאלה המשפטית: מה המבחן לחוסר ראיות?

בפרשת יונה יהב יש כמה עקרונות חשובים:

* המבחן לחוסר ראיות הוא סיכוי סביר להרשעה.

השופט גולדברג קובע את המבחן הזה. חשוב להבין כי לא מספיק שהיועץ המשפטי לממשלה או התובע יחשוב שהוא סבור שהנאשם ביצע את המעשה, השאלה היא לא מה התובע חושב וזה גם לא מעניין, אלא השאלה היא מה הראיות. יכול להיות שהתובע חושב שאותו חשוד ביצע את המעשה אבל אין ראיות המקימות סיכוי סביר להרשעה. ולכן המבחן הוא שהתובע צריך לעשות סוג של בחינה מקדמת של המשפט- אחרי שבית המשפט יעבור על ראיות שעברו את המסננת של החקירה הנגדית, האם בסוף יש סיכוי בית המשפט ירשיע מעל לכל ספק סביר? צריך סיכוי סביר שבית המשפט ירשיע, כלומר ספק סביר הוא למשל שמתוך 10 שופטים, 6 ירשיעו, צריך מעל לחמישים אחוזים כדי שיהיה סיכוי סביר להרשעה. זו החלטה מקצועית ולכן בית המשפט גוזר על עצמו ריסון מוגר בהקשר של כדאיות הראיות.   
אם היועץ המשפטי לממשלה אחרי שבחן את כל הראיות סבור שאין סיכוי סביר להרשעה- הוא חייב לסגור את התיק! חשוב להבין שזה לא עניין של הגינות אלא ביצוע מקצועי של מה שחייב על פי הדין. גם במקרה בו היועץ לא בטוח שיש סיכוי סביר להרשעה אך זה תיק תקשורתי ורגיש, גם אז אסור לו להעמיד לדין. אם יועץ משפטי לממשלה סבור שאין סיכוי סביר להרשעה הוא חייב לסגור את התיק.

* מבחן של ראיות קבילות בלבד

צריך להבין שמבחן הסיכוי הסביר להרשעה יבחן על בסיס ראיות קבילות בלבד. כשאנחנו בוחנות את סיכוי סביר להרשעה אין להתבסס על ראיות בלתי קבילות, שכן אנחנו כבר לא נמצאות בשלב טרום העמדה לדין, בשלב שהחקירה, אלא בשלב אחד לפני תחילת המשפט.

דעה מעניינת של דורנר בדעת מיעוט הייתה כי לכל היותר הם מצביעים על ספק לכאורי במידת ידיעתו של ראש הממשלה על מה שנאמר. אם בזאדה דורנר הייתה במיעוט, פה היא אומרת שבפרשת זאדה נקבע שהרף הראייתי למעצר עד תום ההליכים הוא הסיכוי הסביר להרשעה, כשהיא חשבה שם שהמבחן צריך להיות ספק באשמתו של הנאשם, דעת הרוב ענתה בשלילה. הם קבעו כי ספק באשמתו של הנאשם, לא מכרסם בסיכוי הסביר להרשעה ולכן כן נעמיד לדין. אם ספק לכאורה באשמת הנאשם לא מאיין את התשתית הראייתית למעצר עד תום ההליכים, אז איך יכול להיות שספק לכאורי במידת ידיעתו של ראש הממשלה והפנמה של אותה הרשעה יכול להספיק כדי לא להגיש כתב אישום? שהרי הגיוני שהרף הראייתי של מעצר עד תום ההליכים יהיו יותר מרף מעצר עד תום ההליכים, כי במעצר פוגעים בחירות ופה רק מגישים כתב אישום. הגיוני שבמעצר יהיה צורך ביותר ראיות מכתב אישום, כי אחרת כך הגשת כתב אישום יש מספקי ראיות למעצר עד תום ההליכים. אז בזאדה אמרו לדורנר שספק באשמת הנאשם לא מספיק כדי למנוע מעצר עד תום ההליכים, ופה אומרים שספק באשמתו של האנשם מספיק כדי לא להעמיד אותו לדין.

בג"צ חמדאן נ' היועמ"ש

אחד מהתיקים היותר חשובים בשנים האחרונות בשיקולי העמדה לדין. בפרשה הזו הייתה בקשה לדיון נוסף שהתקבלה בנושא ספציפי בתיק. פס"ד הוא חריג ונדיר משום שזאת פעם ראשונה בהיסטוריה של מדינת ישראל שבמסגרתה בג"צ מתערב בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה, אביחי מנדלבליט, בנוגע לסגירת תיק מחוסר אשמה. זה לא שהתיק נסגר מחוסר ראיות אלא מחוסר אשמה, ובגץ בהחלטה תקדימית בדעת רוב של השופט קרא וגרוסקופף כנגד דעת המיעוט של סולברג, מורה ליועץ המשפטי לממשלה להעמיד לדין תיק שהיועץ המשפטי סגר מחוסר אשמה.

התיק נסגר מחוסר אשמה, ולכן המשמעות היא שבג"צ מורה להעמיד לדין אדם (שוטר) שאפילו לא נחקר תחת אזהרה, כי הוא אפילו לא היה חשוד. במקרה הזה- זה עוד יותר מעצים את הדרמה כי השוטר הספציפי שנחשד שירה שלא כדין וגרם למותו של אדם, לא נפתחה חקירה פלילית בעניינו אלא חקירה מקדימה. זה הליך טרום חקירתי ולכן השוטר לא נחקר תחת אזהרה, כשהתיק נסגר בחוסר אשמה זה לפני שהוא נחקר באזהרה, וכעת בא בג"צ ומורה ליועץ המשפטי לממשלה להעמיד אותו לדין. כך שבמקום סעד של להעמיד לדין נתנו סעד של חקירה באזהרה.

זאת רק הפעם השנייה שבגץ מתערב בהחלטת יועמ"ש בשל בעיה בתשתית הראייתית, וזאת הפעם הראשונה שהוא מתערב בתיק נסגר מחוסר אשמה.

רקע עובדתי: פרשת חמדאן מגיעה לבג"צ על רקע סגירת תיק כנגד שוטר שירה באדם, אשר אין מחלוקת כי הכה בסכין בניידת משטרה, אך גם נראה מתרחק מהניידת עוד לפני הירי (סרטון שצולם בזירה). עוד אין מחלוקת כי השוטר היורה לא נחקר באזהרה בשום שלב. הייתה במהלך החקירה גרסה חדשה של השוטר וחברו, שהשוטר היורה ראה שהמנוח מניף את היד ופחד שהוא יפגע בחברו. הם טוענים שהנפת היד היא זו שגרמה לירי- אבל יש שאלה שהנפת היד יכולה להיות מההדף, לא לפני הירי אלא אחרי. אחד הדברים המעניינים שקרא וגרוסקופף הצביעו על כך שתמיד הגרסאות של שני השוטרים זהות, גם בשינוי הגרסה. יש פה מחלוקת בשאלות עובדתיות.

השופט גרוסקופף סבור כי צריך להתערב בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה מאחר והיא סוטה ממתחם הסבירות. יש דעת מיעוט- השופט סולברג מציג את הגישה המקובלת שבג"צ לא מתערב בשיקולים של היועץ בעניין שיקולים ראייתיים כי זה גוף מקצועי עם שיקול דעת רחב. השופט גרוסקופף שכתב את חוות הדעת העיקרית, מתבסס על שלושה שיקולים:

1. מערכת היחסים בין המדינה לאזרח- מחייבת שינתן משקל לאינטרס הציבורי בבירור אשמת השוטר.
2. מערכת היחסים בין המדינה לשוטר- כלומר התעלמות של היועמ"ש מכל הקשיים שעולים מהגרסאות הסותרות של השוטרים.
3. היעדר נימוק ראוי.

השופט גרוסקופף אומר כי למדינה יש חובה מגוברת לחקור את נסיבות המוות, שנובע מתפקיד השוטר והקשר של שימוש בכוח לאכיפת הדין וכלל שתוצאת השימוש בכוח גבוה יותר כך גובר העניין הציבורי במיצוי הדין כלפיה. כאשר מדובר בהפעלת כוח על-ידי המשטרה, שהובילה לקטילת חייו של אדם, האינטרס החברתי בבירור העניין הוא ראשון בפעולה.

בנוסף השופט גרוסקופף אמר אמירה שנויה במחלוקת שגם הנשיאה חיות בדיון הנוסף התנערה ממנה. בהקשר של היועמ"ש, הוא אומר שבהחלטה בתיק קיבלו גורמים שהם עמיתים של השוטר, היועץ המשפטי לממשלה הוא ראש התביעה הכללית, שהתביעה הכללית היא סוג של קולגה למערך האכיפה של המשטרה. היועץ המשפטי לממשלה הוא קולגה של המשטרה, שניהם עמיתים במערך האכיפה, ולכן אם יש מקרה גבולי ביחס לסיכוי סביר להרשעה (מבחן התשתית הראייתית) אז עדיף שלא היועץ המשפטי לממשלה יכריע אלא בית המשפט, וזאת מהנימוק שיש מראית עין של ניגוד עניינים, כי הם קולגות במערך האכיפה. זוהי אמירה מאוד בעייתית והראל לא מסכים איתה, ואף הנשיאה חיות אמרה שזאת דעתו של השופט גרוסקופף והיא לא משקפת את ההלכה, והיא לא חושבת שבגין האמירה הזאת הוחלט להעמיד לדין, ולכן היא לא התערבה בנקודה הזאת אגב שהיא התנערה ממנה. יש פה פגיעה בשוויון- שהרי מה ההבדל בין שופט ולכל נושא תפקיד אחר? אם זה שוטר ומקרה גבול בגלל מראית העין של ניגוד עניינים הוא חייבים להעמיד לדין כדי שלא היועץ יכריע אלא בית המשפט.

*את ההחלטה בתיק קיבלו גורמים עמיתים במערך האכיפה. גורמי התביעה אף הם חלק ממערך אכיפת הדין בשם המדינה. הם עצמאיים בהחלטתם, וחזקה עליהם שלא הושפעו משיקולים פסולים. עם זאת, שעה שהם מחליטים אם להעמיד לדין גורם אחר במערך האכיפה, עלולה להיווצר מראית עין – מראית עין בלבד – של ניגוד עניינים*

*במקרי גבול, למשל אם דרושה הכרעה עובדתית שתלויה במהימנות של עדים ממערך האכיפה, מראית פני הדברים עשויה להצדיק שגורם אחר הוא שיקבע קביעה סופית אם לזכות את החשוד או להרשיעו. הגורם העצמאי הוא בית המשפט. במקרים כאלה יש להגיש כתב אישום, ובית המשפט ידון בשאלת האשמה.*

בנוסף בפס"ד השופט גרוסקופף מתייחס לשאלה האם יש זיקה בין מבחן התשתית הראייתית למבחן עניין הציבור?

שאלת הזיקה בין מבחן התשתית הראייתית למבחן עניין הציבור

האם צריכה להיות מקבילית כוחות בין מבחן התשתית הראייתית למבחן עניין הציבור? או שהאם אלו שני המבחנים שיש בהם חומה סינית?

אחד מבחן מקצועי ראייתי ואפילו טכני, והשני מבחן נורמטיבי, ערכי שאין שום מקום לבצע הזנה הדדית בין שני המבחנים האלה. ויותר מזה, כאשר תובע מגיע לכפות מאזניים מאוזנות, אך יש המון עניין ציבור בהעמדה לדין, אז העניין הציבור האדיר ישלים את החוסר בתשתית הראייתית? או להפך- אופציה שנייה של חומה סינית: שיקול אחד זה תשתית ראייתית, ובה אין שטם רלוונטיות לעניין הציבורי של העמדה לדין, הוא שוקל ראיות נטו- יש סיכוי סביר להרשעה או אין. שאלת עניין הציבור זה הרמה מאוד שיקולים של נזק מול תועלת, והשני מבחן אנליטי.   
יש לציין כי בבדיקה מקדימה שם דיברנו כי כן יש הזנה הדדית בין שני המבחנים, אך למה שם זה נבלע בגרון? כי שם הבדיקה המקדימה היא איזשהו כלי שיש בידי המשטרה כדי לבדוק האם להעמיד לדין כן או לא. זו החלטה שלא פוגעת בזכויות החשוד אלא אפילו מקלה- במקום חקירה. יכול להיות שאנחנו על הגבול של החשד הסביר ולא נפתח בחקירה, אלא נפתח בבדיקה בגלל המעמד הציבורי. שם כן אפשרי להבין את ההזנה ההדדית הזאת- וכן אפשר להבין במעצר עד תום ההליכים.

פרשת קצב  
בפרשת קצב, מני מזוז היועץ המשפטי לממשלה מחליט לחתום עם קצב על הסדר טיעון מקל מאוד. מאחר והוא הגיע למסקנה שאין תשתית ראייתית להגשת כתב אישום בגין אונס, ולכן הוא עורך הסדר טיעון. אחרי זה מוגשת עתירה לבג"ץ כנגד היועמ"ש בשל חוסר סבירות קיצוני. בעתירה ביקשו שהיועמ"ש יעמיד לדין את קצב בגין עבירת האונס, בעצם כך הם ביקשו מבית המשפט להתערב בהחלטה מקצועית של חוסר ראיות. שי ניצן שהיה פרקליט המדינה, מנסה לשכנע כי אין מספיק ראיות להעמיד לדין בגין אונס, ושהם לא יכולים להתערב.   
דעת הרוב דוחה את העתירה, מקבלת את עמדת המדינה ויש דעת מיעוט. בקצב כמעט הייתה התערבות של בג"ץ בשיקול דעתו של היועץ לבחינת הראיות.  
ביניש ואדמונד לוי היו בדעת המיעוט. השופט אדמונד לוי טען כי במקרי גבול שבהם כפות המאזניים מאויינות בעניין הסיכוי להסביר להרשעה ניתן לקחת קצת מעניין הציבור.   
ביניש למרות שהיא במבחן התוצאה הצטרפה לדעתו, בעניין הזה מתנגדת לעמדתו. לדעתה יש חומה סינית בין התשתית לבין העניין הציבורי. שכן לדעתה תשתית היא תשתית ועניין הוא עניין, אלו שתי החלטות שונות במהותן. ההחלטה של התשתית הראייתית היא החלטה מקצועית שנעשית בפינצטה, ולכן מה הקשר לעניין הציבורי? ומה זה קשור אם החשוד הוא ראש הממשלה או אזרח מן השורה? מכאן שדעתו של השופט אדמונד לוי נחשבת כדעת יחיד.

בפרשת חמדאן השופט גרוסקופף אומר כי עמדתו כדעת לוי, שבמקרי גבול ניתן לקחת מהעניין הציבורי ולמלא את החסר בתשתית הראייתית, אך זה אוביטר, כי במקרה הזה היה סיכוי סביר להרשעה במנותק מהעניין הציבורי. כך פרשת קצב היא דוגמא למצב שבו השופט גרוסקופף סבור כעמדתו של השופט אדמון לוי.

הכרעת בית המשפט בבקשה לדיון הנוסף

הנשיאה חיות מחליטה לקבל את הבקשה לדיון נוסף רק בעניין אחד- האם ניתן להורות ליועמ"ש להעמיד לדין אדם שלא נחקר תחת אזהרה? יש כאן קיצור דרך, מדלגים על הדבר הכי חשוב- על חקירה תחת אזהרה. רק על זה היא הותירה לדיון נוסף וכל היתר היא דוחה את הטענות.

בדיון הנוסף שינו את הסעד לחקירה תחת אזהרה. רק לאחר תום החקירה יחליטו אם להעמיד לדין. אבל בג"ץ אומר דבר נוסף- בית המשפט טעה וכעת הוא מורה למשטרה לא להעמיד לדין אלא לחקור תחת אזהרה. אבל כשהמשטרה תחקור תחת אזהרה- על התביעה לקרוא טוב את מה שהם כתבו בהחלטה. כלומר משנים את הסעד אבל מזכירים ליועמ"ש תקרא טוב מה שהשופטים כתבו ותחשוב טוב על מה שכתבו בפסד אחרי זה האם להעמיד לדין או לא. לדעת הראל זו תוספת שהיה צריך להימנע ממנה.

השופט סולברג יצא כנגד האמירה הזאת ואמר לחבריו- מה שווה? מה שווה הדיון אם כבר אומרים לו מראש על מה לשים לב. כלומר השופטים לא באמת משנים את הסעד ורק בכאילו הם שינו אותו.

אך מה קורה במצב הפוך? מחליטים להעמיד לדין, הנאשם לכאורה יש לו דרך אחת לנהל את המשפט- להביא את אותו ספק סביר כדי שהוא יזוכה. אך הנאשם אומר שלא, הוא רוצה ביקורת שיפוטית על היועץ המשפטי לממשלה להעמיד לדין. המקרה הקודם גם הוא היה חריג כי שם הוחלט לא להעמיד לדין ואז בית המשפט הורה על ביצוע חקירה באזהרה. אז נכון שופט שלום אמור להתעלם מזה לחלוטין. ואכן אחת הסיבות למה בגץ לא התערב בשיקולים של העמדה לדין כי לא נרצה שיהיה מצב כזה. ומה יהיה במצב ההפוך? שהיועץ מעמיד לדין? זה דיון נוסף רפי רותם.

פס"ד רפי רותם

דיברנו על בסיטואציה שבה היועץ המשפטי לממשלה מחליט באי העמדה לדין, ויש ביקורת שיפוטית על ההחלטה דרך עילת הסבירות. מה קורה במצב ההפוך שבו הוגש כתב אישום אבל הנאשם חושב שטעה היועץ המשפטי לממשלה, והוא רוצה לנסות לשכנע בעניין הטעות, בעצם הגשת כתב האישום? האם יש כלי כזה? דיון בפי רותם עונה בדיוק על השאלה הזאת.

פס"ד של השופט המחוזי הוא יפה אך לא פשוט מבחינת התביעה, ולכן התביעה הגישה ערעור וזה הגיע לדיון נוסף. בית המשפט המחוזי יישם דוקטרינה של שיוריות ההליך ההפלילי, במובן הזה שבית המשפט יכול להפעיל ביקורת שיפוטית על התביעה ולוודא שהליך פלילי נקט רק במקום שאין שום מנוס- כל הדרכים כשלו וההליך הפלילי הוא היחיד שיכול להשיג את התוצאה הראויה. אבל אם יש דרך אחרת, אם התביעה יכולה להגיש בקשה למשל למניעת הטרדה מאיימת, כדי לוודא שזה לא יקרה. לא מן הנמנע שזו דרך מידתית יותר מאשר לנקוט בהליך פלילי של העמדה לדין- על כל מה שכרוך בכך. עקרון השיוריות של הליך הפלילי בא לוודא שהעמדה לדין עומדת במבחן הסבירות המידתיות במובן הזה שרק אם אין דרך אחרת צריך היה להעמיד לדין. זה עניין מורכב מבחינת התביעה, שכן היא לא רק צריכה לבדוק תשתית ראייתית ועניין לציבור אלא צריך לבדוק שעצם הגשת כתב האישום היא מידתית.

**טענה מקדמית- הגנה מן הצדק**

זה הכלי שבאמצעותו נאשם שרוצה לתקוף משפטית החלטה של תובע להעמיד אותו לדין, הכלי שיש ברשותו הוא הגנה מן הצדק. זו אחת מהטענות המקדמיות שאנחנו מכירות. דרך המלך לטעון את הטענה היא לאחר שלב ההקראה, ולפני שלב התשובה.

מהי טענה מקדמית?

טענות מקדמיות הן טענות שלא קשורות באופן ישיר לשאלת חפות אשמה, אלא טענות שמכוונות כנגד ניהול ההליך, והגנה מן הצדק היא אחת מהטענות המרכזיות. קבלת טענה הגנה מהצדק לא מובילה לזיכוי אלא לביטול\ תיקון כתב האישום או העברת המשפט לבית המשפט המוסמך. חשוב להבין שכל הטענות המקדמיות אינן רשימה סגורה, והמקום הטבעי שלהן הוא בתחילת המשפט.

יש שתי טענות מקדמיות שאם הן לא תיטענה בתחילת המשפט, צריך רשות מבית המשפט לטעון אותן בהמשך- חוסר סמכות מקומית, פגם או פסול בכתב האישום. כל יתר הטענות המקדמיות על אף שראוי לטעון אותן בתחילת המשפט אין מניעה לטעון אותן בכל שלב.

* הדיון בטענות מקדמיות: משנטענה טענה מקדמית, בית המשפט חייב לאפשר לתביעה להשיב עליה, אלא אם החליט לדחות את הטענה גם ללא תשובה. הנאשם הוא הטוען ראשון, התביעה כמשיבה אחריו. שניהם רשאים להשמיע עדים ולהציג ראיות אחרות בהקשר זה.
* נטל ההוכחה: בעיקרון התביעה היא שנושאת בנטל מכוח נשיאתה בנטל ההוכחה הכללי. כך, עליה לשאת בנטל ההוכחה כי אין התיישנות, אין חסינות, יש סמכות וכיוצא באלה.
* ההחלטה: הכלל הוא שבית המשפט מחליט ביחס לטענה לאלתר, אך הוא רשאי לדחות ההחלטה לשלב אחר של המשפט, אם ראה לנכון לעשות זאת. כלומר, ההחלטה יכולה להינתן גם בשלב הכרעת הדין.
* ערעור על ההחלטה: היות שאין הוראה מפורשת המאפשרת ערעור על החלטה בטענה מקדמית, דין ההחלטה כדין כל החלטת ביניים בהליך פלילי. טענה מן הצדק היא החלטת ביניים. וכלל למעט חריגים אין ערעור על הליך ביניים במשפט פלילי, ולכן המשמעות היא שרק בסיום ההליך, אפשר לערער על החלטה. אלא אם כן היא עשויה לבטל את כתב האישום ואז זאת לא החלטת ביניים. אם בית המשפט דוחה טענת הגנה מן הצדק, לא ניתן לערער באמצע ההליך. אחד החריגים לכלל שלא מאפשר עורער בהליך ביניים, הוא עיון בחומר חקירה. הוא מאפשר להגיש ערר באמצע ההלי על קבלת עיון בחומר חקירה, וזה חריג. אגב, פסלות שופט היא עוד דוגמא לחריג.

היסטוריה- פס"ד יפת

מי שהביא טענת הגנה מן הצדק אל הארץ הוא השופט חנן מלצר בכובעו כעורך דין חנן מלצר. כחובב משפט השוואתי הביא את הטענה אל הארץ בפרשת הבנקאים. לראשונה בפרשת הבנקאים הטענה נתלתה באופן רשמי, יחד עם זאת באותה העת בית המשפט קבע שהמבחן הוא מבחן מאוד כבד. מבחן ההתנהגות הבלתי נסבלת של הרשות- התנהגות שערורייתית שיש בה רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם, מקרים שהמצפון מזדעזע ובית המשפט עומד פעור פה. ולכן תודה רבה שהכירו בטענה, אך אנחנו מקוות שאנחנו לא חיות במדינה שמקרים כאלה באמת קורים, שאי הצדק הוא כזה שמגיע לדיכוי, התעמרות, רדיפה. ולכן הרף הזה שבית המשפט העליון הציב בתחילת הדרך, הוא רף בלתי עביר. אבל עם השנים הרף מאוד התרכך. עד שנקבע שהמבחן הוא הרבה יותר רך- פגיעה ממשית בתחושת הצדק וההגינות.

בפרשת בורוביץ בית המשפט יצר מבחן תלת שלבי:

1. הפגמים ועוצמתם
2. האם בשל הפגמים נפגע ההליך ותחושת הצדק והגינות
3. שלב הסעד- וגם כאן צריך לאזן בין האינטרסים והשיקולים שדיברנו עליהם. הסעד יכול להיות מביטול כתב אישום אבל עד לכזה שישפיע על חומרת העונש. כלומר לא מן הנמנע שבית המשפט יקבל טענת הגנה מן הצדק אבל לא יוביל לסעד של ביטול כתב באישום אלא הקלה בעונש.

דוגמאות

דוגמאות בולטות לשימוש בדוקטרינת הגנה מן הצדק, שלימים גם נקלטה בחסד"פ.

* אכיפה בררנית – אכיפת הדין נגד אחד והימנעות מאכיפתו נגד אחרים.
* שיהוי כבד בניהול החקירה או בהגשת כתב האישום.
* מעורבות הרשויות בביצוע העבירה, אם בדרך של עצימת עיניים, אם בתמיכה של ממש.
* הפרת הבטחה מינהלית שלא לפתוח בחקירה או להעמיד לדין.
* שפיטה בידי תקשורת ("קרקס תקשורתי").
* טענות כנגד ניהול החקירה המשטרתית בדרך לא חוקית או כזו הפוגעת בזכויות החשוד.

הסניגורים מאוד אוהבים את הטענה כי היא פלטפורמה להרבה מאוד טענות שניתן לטעון בהליך הפלילי. וכל טענה כזו שיכולה לתקוע טריז בגלגלי התביעה יכולה אולי לשרת את הנאשם.

הגנה מן הצדק אם ננסה להתרומם, זו טענה שהיא חונה בין המשפט המנהלי לבין המשפט הפלילי. כלומר היא בדיוק נמצאת בממשק, כי היופי של טענת הגנה מהצדק שקבלת הטענה לא קשורה לשאלת חפות או אשמה. היא ממש מנותקת ממנה, זאת לא השאלה שדנים בה.

אגב צחי הנגבי טען טענת הגנה מן הצדק בעניין העמדתו לדין בנושא המינויים הפוליטיים, והטענה שלו שהעד עכשיו המינויים הפוליטיים הוו בתחום האפור, לא ראוי, במוסריות הערכית ומעולם לא העמידו לדין על מינויים פוליטיים, זה תמיד היה בתחום האתיקה ולא בפלילי- באותה העת אין עונשין אלא מזהירים- אם הפרקליטים משנה את המדיניות שתתכבד ותודיע לפני ולא על הגב שלו. הטענה התקבלה בבית משפט שלום שביטול את אותו הסעיף שנגע למינויים פוליטיים. הפרקליטות חשבה שזאת טעות של בית המשפט אבל הייתה שביתה פרקליטים ולא הוגש ערעור. ולכן פס"ד של השלום נותר על כנו.

סולומון רדאי

עוד דוגמא לטענת הגנה מהצדק- שימוש בסוכן משטרתי שתפקידו לרכוש את אמון הנאשם, והוא היה גם בשלב המעצר ואחרי זה החשוד השתחרר והוא היה איתו בחוץ. בסוף, העמידו לדין את הנאשם בין היתר על מעשים שהוא עשה יחד עם הסוכן המשטרתי. ובית המשפט אומר עד כאן- יש גבול שאי אפשר לחצות אותו, כשמעמידים אותו לדין על מעשים שהוא עשה יחד עם הסוכן שכל המטרה של המשטרה הייתה שהסוכן ירכוש את אמונו של אותו נאשם. זה בהקשר של סוכן מדיח.

ס' 149- אימוץ בחקיקה של טענת הגנה מהצדק

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

וזה ממשקים מאוד יפים בין כלל הפסילה הפסיקתית וטענה הגנה מהצדק שהתחילו דרך חקיקה שיפוטית. והיום יש ביקורת על חקיקה שיפוטית במקום שיש לקונה.

מה היחס בין טענה כלל הפסילה הפסיקתית לבין הגנה מהצדק?

כלל הפסילה הוא מקרה פרטי של הגנה מן הצדק, כלומר הוא האח הקטן שלה. הגנה מן הצדק זה דבר הרבה יותר גדול מכלל הפסיקה כי אם היא מתקבלת לא מן הנמנע שכתב האישום יבוטל. לעומת כלל הפסילה קבלתה תוביל לפסילת הראיה. יכול להיות שיש ראיות אחרות שניתן להרשיע את הנאשם, אבל הם יושבים על אותו מקום של פגיעה בהגינות, פגיעה בלתי מידתית בזכות להליך הוגן. זו אותה משפחה.   
אם נקרא את יונתן אוריך, חנן מלצר בדיון נוסף ביונתן אוריך חשוב שצריך לתקוף את הנושא דרך הגנה מן הצדק. ולכן הרבה פעמים יכולים להיות ממשקים בין הגנה מהצדק לפסילה.

בחזרה לפרשת רותם

אלו שלוש הסוגיות שהדיון הנוסף עסק בהן, ואחרי סיבוב מאוד ארוך בגלגול הראשון והנוסף. השורה התחתונה היא שבית המשפט פוסק שבמסגרת ההליך הפלילי אין מקום לבחינת הסבירות והמידתיות של ההחלטה להגיש כתב אישום. אם הנאשם רוצה לטעון טענות כאלו יש לו כלי והוא הגנה מן הצדק.

אחת השאלות שנשאלו האם אפשר לייבא את הסבירות מהמשפט המנהלי אל ההליך הפלילי כפי שהשופט במחוזי פרץ איזושהי דרך, ואפשר דרך דוקטרינת הסבירות לטעון שהתביעה פעלת בחוסר סבירות ומידתיות בעצם הגשת כתב האישום. זה פתח אדיר- אחת הבעיות היא שהתובע במקום להיות קטגור הוא הופך להיות סניגור, היוצרות מתחלפות כי עכשיו הנאשם הוא הקטגור ואומר לתובע שהוא פעל בחוסר מידתיות ומסבירות בעצם העמדה לדין, תראה את השיקולים ושהפעלת במידתיות וכעת התובע במקום להתעסק במשפט הוא צריך להתגונן. ולכן לא נאפשר לנאשם לתקוף את שיקול הנאשם בהגשת כתב האישום, והכלי הוא הגנה מן הצדק. פה אחד נפסק כשנאשם רוצה לעלות טענות כנגד הגשת כתב אישום זה ייעשה דרך ההליך הפלילי, לא בבג"ץ כי יש כבר כלי ולא צריך לעתור לבג"ץ. המצב הוא כן הפוך- כשהתובע מחליט לא להעמיד לדין אין ברירה לא לפנות לבג"ץ כי אין הליך. פה הוא כן מועמד לדין ולכן הליך הפלילי הוא המתאים.

פה אחד נפסק שמבחינה דוקטרינרית הכלי הוא הגנה מן הצדק. ברוב דעות נפסק שאין מקום להעלות טענות בדבר אי סבירות או מידתיות בהגשת כתב אישום אלא רק במסגרת הגנה מן הצדק. ואם בית המשפט רוצה לדבר על סבירות ומידתיות שיעשה תחת המעטפת של הגנה מהצדק.

**הנחיות פרקליט המדינה- חומר קריאה**

לקרוא שתי הנחיות פרקליט מדינה:

1. סגירת תיק בעילת חוסר ראיות ובעילת היעדר אשמה- שזאת הנחיה מספר 1.3- מסביר היועץ המשטי לממשלה כהנחיה לתובעים מהם הפרמטרים שעל בסיסם צריכים לפעול תובעים בסגירת תיק מחוסר ראיות ואשמה. אחד הדברים החשובים זה ההסבר מהו ההבדל בין חוסר ראיות לאשמה. לדוגמא- עילת הסגירה של היעדר אשמה נועדה לתיקים שהתשתית הראייתיים חסרה מאוד, לדוגמא אין ראיה המבססת חשד סביר, בתיקים של גרסה מול גרסה ויש ספק בעמדת המתלונן עקב סיבה אובייקטיבית. צריך לשקול את מידת מהימנות של הראיה אל מול גרסת החשוד. כמו אלימות קשה מאוד ללא תיעוד רפואי, לצד הכחשה גורפת ואמינה של החשוד. אבל אם יש עדות ששמעו צעקות, זה כבר לא חוסר אשמה אלא ראיות. או לדוגמא אם החשוד נותן הסבר אמין של עלילת שווא, זה יטה לחוסר אשמה.

* אומר פרקליט המדינה כי עוצמת הראיות היא בטווח של 0-10, 0 אין שום ראיה, ו10 ראיות הקושרות באופן ודאי. ברור שסיכוי סביר להרשעה אנחנו ב51% אחוז, יותר מחמש. סגירת התיק מחוסר תשתית ראייתית נמצאת בין 0-5, ופה אומר פרקליט המדינה כשיש דירוג של חמש זה אומר שיש סיכוי זהה שהוא ביצע את המעשה לעומת זה שהוא לא ביצע. אם עוצמת הראיות היא 2 ומטה- חוסר אשמה, אין ספק סביר שהוא חף מפשע. אם זה בין 2-5 זה חוסר ראיות.

1. אי פתיחה בחקירה או סגירת תיק בנסיבות בכללותן אינן מתאימות לפתיחה בחקירה\ להעמדה לדין- יש את סדרת השיקולים שבית המשפט אמור לשקול במסגרת שיקול הדעת העצום שיש לתביעה. יש פה קבוצות של שיקולים שכל קבוצה מושכת לכיוון אחר. זה מבחן של נזק מול תועלת, ולכן רציך לפרוט את זה לפרוטות. למשל חומרת העבירה והנסיבות לביצוע- היקף הנזק, שכיחות ההתנהגות העבריינית, האם מדובר בעבירה מתמשכת, משך הזמן שבו בוצע, חלוף הזמן וכו. קבוצת שיקולים שנייה היא נסיבות אישיות של החשוד- מה גילו או מצבו בריאותי של החשוד וכו. יש פה איזון בין קבוצות שיקולים שצריך לשקול, וזה שהתקיים שיקול אחד לא מטה לחלוטין את הכף לכיוון מסוים. אם היה תיק קודם שנסגר מחוסר אשמה לא יהיה רישום, אבל אם תיק שנסגר מחוסר ראיות כנראה שתהיה עילה להעמיד הפעם לדין. או כמו שיתוף פעולה ולא שתיקה יטה לסגירת התיק, מידת הנכונות של החשוד לפצות את נפגע העבירה וכו. עוד קבוצה היא מידת הפגיעה הקורבן- האם הקורבן מביע עמדה סלחנית כלפי החשוד, האם יש פגיעה באמון המתלונן או הציבור בסגירת התיק, נזק שעלול להיגרם לקורבן אם הוא ייאלץ להעיד, יכול להיות שנעדיף לסגור תיק בהסדר כי העדות כל כך קשה שנעדיף לחסוך. אם זה לא היה מספיק יש קבוצת שיקולים של מדיניות אכיפה- כמו פרשת המרמרה- שיקולים מוסדיים כמו כוח אדם, וכו.

חשוב לזכור כי אם אין תשתית ראייתית להעמדה לדין, הסדר טיעון לא יהיה קרש להצלה. התובע לא יכול במקרה כזה לפנות להסדר טיעון ודרכו להשיג משהו. אם אין סיכוי סביר להרשעה הוא צריך לסגור את התיק והסדר טיעון לא יהווה קרש הצלה לחוסר תשתית ראייתית (אומרת בייניש בפרשת קצב).

**הסדר מותנה**

הסדר מותנה זה כלי שנועד לאפשר לתובע שיקול דעת לסגור תיק בעילה של סגירת תיק בהסדר, בעבירות חטא ועוון ולא בפשע. כאשר ממילא ברור שאם התובע ילך להעמידה לדין הוא יגיע לאותה תוצאה, ולכן יש לחסוך את העמסת המערכת ולאפשר לתובע שיקול דעת להגיע להסדר מותנה עם החשוד, כאשר יש רשימה סגורה של הסכמות הכתובות בחוק ויכולות להתקבל בין התובע לחשוד.

תנאי סף

* עבירה מסוג חטא או עוון.
* קיומה של תשתית ראייתית מספקת להגשת כתב אישום.
* מילוי תנאי ההסדר יענה על העניין לציבור, בנסיבות המקרה.
* היעדר עבר פלילי בחמש השנים האחרונות.
* היעדר תיקים פתוחים באותה רשות לפי העניין.
* לא נערך הסדר מותנה עם החשוד בחמש השנים האחרונות.
* העונש המתאים אינו כולל מאסר בפועל.

תנאי ההסדר

* תשלום לאוצר המדינה
* תשלום פיצוי לנפגע העבירה
* התחייבות של החשוד להימנע מביצוע עבירה
* עמידה בתנאי תוכנית טיפול, תיקון ושיקום
* נקיטת אמצעים לתיקון הנזק שנגרם מהעבירה (כמו פסילת רישיון, התפטרות, התחייבות להימנע מכניסה למקום או קשר עם אדם, מכתב התנצלות וכו).

אם זה קורה והחשוד עמד בכל התנאים, התיק ייסגר בעילה של הסדר מותנה.

סירוב להסדר או הפרת תנאי ההסדר= יוגש כתב אישום.

חשוב להבין, בית המשפט לא מעורב בסגירת תיק בהסדר. זה ההבדל בין הסדר טיעון לסגירת תיק בהסדר, כי הסדר טיעון נעשה בין התביעה להגנה שבית המשפט צריך לאשר אותו הוא לא חותמת גומי. בהסדר טיעון הנאשם מוכן להודות בביצוע המעשה תמורת זה שהתביעה תרכך את סעיפי האישום, ובית המשפט צריך לאשר את ההסדר. ולו יש שני חלקים: הסדר טיעון על האישומים, והסכמה לעניין העונש. בית המשפט לא עובד בפרקליטות ואומר לנאשם מראש שהוא לא מחויב לאשר את הסכמי הטיעון, ולכן הנאשם לוקח סיכון. אבל צריך להגיד שרוב ההסדרים מאושרים.

בשורה התחתונה, לתובע יש עוד ארסנל חוץ מסגירת תיק מחוסר עניין לציבור הוא הסדר מותנה.

**עיון בחומר חקירה**

**מבוא**

מתחילת הקורס אנחנו עומדות על העובדה שהחל מהגשת כתב אישום, קורה דבר- החשוד הופך לנאשם והוא צד להליך הפלילי. ואחד הדברים החשובים שמבחינים בין החקירה למשפט הוא חומר החקירה- העובדה שעם הגשת כתב האישום כל חומר החקירה עובר לעיון הנאשם וסנגורו. הכלל הזה יוצר איזושהי א-סימטריה, במובן הזה שהנאשם בהחלט יכול להחזיק את הראיות צמוד לחזה ולא לחשוף אותן בשלבים מוקדמים לפני התביעה. זה משמעותי מאוד כי הוא יכול להפתיע את התביעה, היא לא יודעת מי יהיו עדי ההגנה ומה יאמרו. גם לכלל הזה יש חריגים למשל טענת אליבי צריך לטעון אותה בתחילת המשפט ואם לא אז , צריך לבקש רשות. או שלב ההקראה שבית המשפט יכול לשאול את הנאשם שאלות, או ס' 83 שהוא גם חריג, בית המשפט יכול לצוות על הנאשם להמציא תעודות רפואיות וחוות דעת שהוא מתכוון להביא לראיה. כל אלו חריגים לכל שהנאשם מחזיק את הראיות צמוד לחזה והוא יפתיע את התביעה בזמן אמת בפרשת ההגנה, ולעומת התביעה שלא יכולה להפתיע את הנאשם והיא צריכה לחשוף את כלל החומרים לפני המשפט.

המחוקק לא מאפשר לראות את החומרים בשלב החקירה, כי אז ניתן את מרב המשקל לאינטרס החקירתי והחשש מפני שיבוש. הוא ם כן רוצה לראות את חומר החקירה בשלב המעצרים, אבל הוא לא יכול. הוא היה רוצה לראות את חומר החקירה בשימוע, אבל גם המחוקק אומר לא- כי שימוע זה לפני הגשת כתב אישום, ופה הפסיקה נחלקה לעזרתו של הנאשם. לדעת הראל, בצדק רב וזאת למרות שהחוק אומר במפורש שהתובע יעביר את החומר לאחרי כתב האישום. ובמקום, הפסיקה קבעה שצריך להעביר את לב החומר לפני השימוע, וזאת משום שאין ערך לשימוע אם החשוד לא יודע מה ליבת החומר הנגדו. החשוד לא ירצה לערוך שימוע אם הוא לא יקבל את החומר, בשל הסיכון בחשיפת הקלפים לחינם.

**למה יש חוסר סימטריה בין התביעה לבין הנאשם?**

יש פערי כוחות עצומים בין התביעה להגנה. הנאשם חלש מול העוצמה שיש לרשויות החקירה ולתביעה. זו עוצמה שלא ניתן לתאר אותה במילים- גם כשנקודת המוצא שלנו שבעוצמה הזאת נעשה שימוש ראוי ולתכלית ראויה, עדיין אי אפשר להפחית מהפערים שהיא יוצרת. מהבחינה הזאת, כחלק מהרצון לצמצם את חוסר השוויון הזה בין הנאשם לתביעה, אנחנו נאפשר לנאשם לראות את כל חומר החקירה. ולכן הנאשם והסניגור אמורים לדעת בתי מה נאמר בחקירה, מה כל עד עומד להעיד, ולכן הוא לא אמור להיות מופתע כלל בניהול המשפט. לעומת זאת, התביעה כן יכולה להיות מופתעת.

אך מעבר לזה שזה נועד לצמצם את פערי הכוחות, אין שום ערך להליך הוגן ללא זכות בעיון החקירה, לא ניתן להתגונן בלי לדעת מראש מה יש לתביעה כנגדך, זה ממש ליבת הזכות להליך הוגן.

ויותר מזה, התביעה היא הרי זאת שכותבת את כתב האישום, היא קובעת מי יהיו עדי התביעה, ולכן כל מי שהוא עד תביעה, הנאשם לא יכול לפנות אליו מאחר ויאשימו אותו בשיבוש, וכך שגם פה היתרון נמצא אצל התביעה. אז אם יש עד שהוא עד תביעה, הנאשם והסניגור צריכים לדעת מראש מה הוא אמור להעיד כנגדו.

**עיון בחומר חקירה- הוראות החוק**

סעיף 74

הוגש כתב אישום בפשע או עוון, רשאים הנאשם לעיין בכל זמן סביר בחומר חקירה ורשימת כל חומר שנאסף ברשות החוקרת, והנוגע לאישום. מדובר גם על חומר החקירה וגם על רשימה שהמשטרה אמורה להכין כדי שהסנגור ידע בדיוק מה החומר. הוא יסתכל על הרשימה ויחפש את החומר עצמו. והנוגע לאישום- אם המשטרה אספה חומר שלא נוגע לאישום, שבידי התובע ולהעתיקו. בהמשך כתוב מה הכוונה לרשימת כל חומר. אם יש חומר שהפרקליטות אספה אבל היא חושבת שהוא לא חומר חקירה, היא צריכה לרשום אותו. הסניגור יצטרך לקחת את הרשימה ולהשוות לחומר שהוא צילם. הוא רוצה לראות מה הפערים, וכעת הוא רוצה לדעת איזה דברים נמצאים ברשימה ולא צילם.   
נניח יש מתלוננת בעבירת מין והיא רשמה יומן מגיל 6, אז אם הפרקליטות אספה את היומן, היא לא תאפשר לראות את היומן, אלא היא תיתן לעיין רק בחלקים הרלוונטים הנוגעים אליו ואל העבירה. נניח והיא אספה את היומן, אז היא תציין ברשימה שהיומן קיים אך היא לא תעביר לו. למרות שהוא נאסף, מבחינת הפרקליטות הוא לא חומר חקירה. אפילו אם יש חיסיון אז מאוד יכול להיות שזה כן חומר חקירה, והיא צריכה לרשום שיש חומר כזה בחקירה כמובן ברמה כזאת שלא פוגעת בתוכן החיסיון. אבל הסניגור רוצה שיהיה דגל אדום שיתנוסס כדי שהוא ידע שיש חומר רלוונטי, גם אם הוא חסוי ולא רואה אותו, לפחות שיהיה לו כלי לחשוף אותו.

**עיון בחומר החקירה [67] (תיקון מס' 19) תשנ"ה-1995 (תיקון מס' 75) תשע"ו-2016**

74.  (א)  (1)   הוגש כתב אישום בפשע או בעוון, רשאים הנאשם וסניגורו, וכן אדם שהסניגור הסמיכו לכך, או, בהסכמת התובע, אדם שהנאשם הסמיכו לכך, לעיין בכל זמן סביר בחומר החקירה וכן ברשימת כל החומר שנאסף או שנרשם בידי הרשות החוקרת, והנוגע לאישום שבידי התובע ולהעתיקו; בסעיף זה, "רשימת כל החומר" – לרבות ציון קיומו של חומר שנאסף או שנרשם בתיק שאינו חומר חקירה ושל חומר שנאסף או שנרשם בתיק שהוא חסוי על פי כל דין, וכן פירוט של סוג החומר כאמור, נושאו והמועד שבו נאסף או נרשם, ובלבד שאין בפירוט האמור לגבי חומר חסוי כדי לפגוע בחיסיון לפי כל דין; היו בחומר כמה מסמכים מאותו סוג העוסקים באותו עניין, ניתן לפרטם יחד כקבוצה, תוך ציון מספר המסמכים הנכללים בקבוצה;

**(תיקון מס' 75) תשע"ו-2016 (תיקון מס' 88) תשע"ט-2019**

(2)   לעניין פסקה (1), חומר מודיעין שיש זכות עיון בו כאמור באותה פסקה יהיה רק חומר שמתייחס לעובדות המתוארות בכתב האישום, לתוכן עדות שאמורה להישמע בשלב בירור האשמה, לראיה שאמורה להיות מוגשת כאמור או למהימנות של עד מרכזי, ואולם חומר מודיעין שנאסף או שנרשם בתיק ייכלל ברשימת כל החומר כאמור בפסקה (1); בסעיף זה –

"חומר מודיעין" – חומר חקירה שנאסף או שנרשם בידי רשות מודיעין;

"רשות מודיעין" – מערך המודיעין של כל אחד מאלה: משטרת ישראל, המחלקה לחקירת שוטרים במשרד המשפטים, צבא ההגנה לישראל, המשטרה הצבאית החוקרת, שירות בתי הסוהר, שירות הביטחון הכללי, המוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים, רשות המסים בישראל, רשות ניירות ערך, רשות התחרות.

חומר מודיעיני

בהמשך כתוב כי עניין הקשור לפסקה אחת, חומר מודיעין יהיה ניתן בו רק לחומר המתייחס לעובדות בכתב האישום, תוכן עדות, ראיה למהימנות של עד מרכזי. כלומר כל מה שנוגע לחומר מודיעני, ברירת המחדל היא שזה לא חומר חקירה (תיקון חדש), אלא אם הוא שייך לאחת מ4 הקטגוריות הכתובות בחוק- או שהוא מתייחס לכתוב בכתב האישום, תוכן עדות, ראיה, מהימנות לעד מרכזי. רק חומר מודיעני הנכנס לארבע הללו, הוא נחשב חומר חקירה. כל חומר מודיעני אחר ברירת המחדל היא שהוא לא חומר חקירה. אבל כתוב בסיפא שהוא עדיין צריך להיכלל ברשימה, כלומר הוא כן יהיה בתוך הרשימה שעוברת לסניגור.

התיקון הזה הוא דרמה, וזאת צפני שלפני התיקון אם היה חומר מודיעיני הקשור לאישום, והפרקליטות רוצה למנוע את העברתו לסנגוריה, היא הייתה חייבת ללכת ולהוציא תעודת חיסיון. במשך שנים ראו שהעומס הוא עצום, וכל הזמן השר חותם על תעודת חיסיון הקשורה לחומר מודיעני. בעקבות התיקון הזה הפכו את היוצרות- יצרו חיסון אוטומטי לחומר מודיעיני, שברירת המחדל היא לא חומר חקירה למעט אותן 4 קטגוריות.

בארבע קטגוריות שבהן חומר מודיעיני יחשב חומר חקירה, יש פסיקה של השופט שטיין שאומרת כי שחומר מודיעיני המתייחס למהימנות של עד, צריך להיות קשור לתוכן הקונקרטי ומניעיו של העד. צריך להראות שזה באופן קונקרטי מעיד על מהימנות העד ולא דבר ערטילאי.

בקשה לעיון בחומר חקירה- בית המשפט

בהמשך נאמר שהתובע אמור לוודא שכל חומר החקירה, וכל רשימת חומר החקירה נערכה כדין. עכשיו ס' קטן ב אומר כי רגע – רוב המחלוקות הן פה. יש חומר שהתביעה חושבת שהוא לא חומר חקירה, הנאשם מעריך שהוא כן, ואז הוא רשאי לבקש מבית המשפט להורות לתובע להתיר לו לעיין לחומר, שלפני זה כמובן הוא אמור לפנות לתביעה. כלומר קודם הוא פונה לתובע ואומר לו כי חומר מסוים הוא חומר חקירה, התובע עונה בשלילה ומכאן הנאשם פונה לבית המשפט.

בקשה לפי סעיף קטן ב' תידון לפני שופט מסוים, ובמידת האפשר לא אותו שופט שידון בכתב האישום. אם זו בקשה בחומר מודיעיני אז זה כן השופט שידון בכתב האישום ושיש לו אפשרות להעביר את הדיון. בעת הדיון בבקשה יעמיד את התובע בחומר לרשותו של בית המשפט לבד. יש מחסום בין השלב שבו הנאשם יראה את החומר, לבין הבקשה שלו. המחסום הוא בית המשפט, בית המשפט יעיין בחומר לבד מבלי שהנאשם יעיין בו, ולבסוף יחליט האם זה חומר חקירה או לא.

**הדיון בעתירה לגילוי ראיה חסויה**

46א הדיון בעתירה לגילוי ראיה לפי סעיפים 44 או 45 יהיה בדלתיים סגורות; לשם החלטה בעתירה רשאי השופט של בית המשפט העליון או בית המשפט, לפי הענין, לדרוש שהראיה או תכנה יובאו לידיעתו, ורשאי הוא לקבל הסברים מהיועץ המשפטי לממשלה או מנציגו ומנציג המשרד הממשלתי הנוגע בדבר, אף בהעדר יתר בעלי הדין.

א1 בהחלטה כאמור בסעיף קטן (א) ישקול בית המשפט, בין השאר, את הקשר שבין החומר החסוי לגדר המחלוקת בין בעלי הדין, בשים לב לגרסת ההגנה, את הקשר שבין החומר החסוי לראיות הגלויות וחומר חסוי אחר בתיק, ואת קבילות החומר החסוי ומשקלו הצפוי אם יוגש כראיה במשפט, ורשאי הוא לקבל הסברים מהעותר אף בהעדר שאר בעלי הדין; לא יתיר בית משפט גילוי של ראיה חסויה, אלא לאחר שניתנה לתובע אפשרות להתייחס לטענות שנטענו שלא בפניו.

א2 החליט בית המשפט שלא להתיר גילוי של ראיה חסויה, רשאי הוא לשוב ולבחון את החלטתו עם התקדמות הדיון בהליך העיקרי.

ס' 46א-א2 לפקודת הראיות

* הדיון יתקיים בדלתיים סגורות.
* השופט רשאי לקבל הסברים מהתביעה.
* השיקולים שבית המשפט ישקול- הקשר בין החומר החסוי לגדר המחולקת, גרסת ההגנה.

ס' 46א2- חריג לכלל שאומר שיש אפשרות להגיש ערר על החלטה של בית המשפט בעניין חומר חקירה באמצע ההליך. כהלל אומר שאין דיון בהליך פלילי בהליך ביניים, אגב קוראים לזה ערר כי זה הליך הביניים. ניתן להגיש תוך שלושים ימים, אין בס' זה כדי לפגוע בפרק ג לפקודת הראיות.

פרק ב' עוסק בחסיונות- אם יש חומר שהוא חסוי אז הוא גובר על ס' 74, לא אמורים להוביל חומר חסוי.

ס' 77

לא יגיש תובע ראיה אם לנאשם לא ניתנה אפשרות סבירה לעיין בראיה. זה שהתובע לא יכול להגיש את זה, זה לא עוזר. זו סנקציה מוזרה. ברוב המקרים יש דרך מאוד יעילה, הסנגור מאוד עירני- כל חומר שהתביעה מגישה צריך הסנגור להכיר. אין שום סרט שהוא אמור להיות מופתע. התביעה לא אמורה להגיש חומר לראיה שהסנגור לא מכיר. אם יש דבר כזה הוא עוצר את הדיון, מתנגד, ואומר שהוא לא מכיר את החומר. יש תיקים עם עשרות אלפי ראיות ואם ראיה מסוימת בטעות לא הועברה, אז בדרך כלל אפשר לתקן את זה. בית המשפט יכול לדחות את הדיון, ולתקן את הפגם. אבל יש גם במקרים בהם הפגם הוא בלתי הפיך וזה יכול להוביל לזיכוי. נניח שעד שכבר נחקר בחקירה ראשית ונגדית על ידי התביעה, ואז יש מסמך שעשוי היה לשנות את כל תוצאת החקירה, בטעות הוא לא הועבר, והתקלה מתגלה רק אחרי שהעד כבר למשל נפטר. לא ניתן לתקן את הטעות ואי אפשר לחקור חקירה נגדית, יכול להיות שזה אפילו יוביל לזיכוי בגלל הפגיעה בזכות להליך הוגן.

ס' 77ב " הודעה של עד בענינים פורמליים שאינם מהותיים לבירור  האשמה, אין חובה שתהא בכתב, אולם התובע ימסור לנאשם או לסניגורו - זמן סביר מראש - את שם העד, ואת עיקר התוכן של עדותו לפי הידוע לתביעה, זולת אם ויתרו על כך."

חומר סודי

ס' 78- הוראות ס' 74 אינן חלות על חומר שאי גילוי מותר, או שגילויו אסור לפי כל דין. כלומר אם יש חומר חסוי או שיש חובת סודיות בעניינו, אז הוא לא ייחשף.

ס' 79 מחיל את הס' על הקובל- קובלנה. יש עבירות מסוימות ברף התחתון שאדם פרטי יכול להגיש כתב אישום בגינן.

ס' 80 מתייחס לכך שיש ראיות שהתביעה לא יכלה לצפות אותן מראש, והיא רוצה עכשיו לסתור את העדות שהביא הנאשם. לדוגמא- החשוד שתק במשטרה, ואחת הטענות שבכתב האישום זה שהוא ביצע מעשה שהיה מחייב ראיה למשל 6\6, ואז בפרשת ההגנה פעם ראשונה שהוא פותח את הפה ואומר שיש בעיה כי הוא כבד ראיה והוא לא היה עם משקפיים באותו היום. המשטרה מופתעת והיא לא ידעה את זה, היא תרצה מיד להביא ראיות לסתור את הטענה הזו. ס' 80- ריאות מפריכות, שכמובן שאם היא תאסוף אותן זה יהפוך לחומר חקירה. חשוב להבין שראיות מפריכות זה לא לתקן טעויות של התביעה, לא סיטואציה בה היא התרשלה.

**מה נחשב לחומר חקירה?**

ס' 74 הוא מהווה אחת מהסוגיות היותר נדונות בהליך פלילי בהקשר של סדר הדין הפלילי. ואחת השאלות היותר מעניינות המלוות הרבה מאוד דיונים, מה נחשב חומר חקירה.

מבחן הרלוונטיות

המבחן הוא מבחן הרלוונטיות, כלומר השאלה האם חומר הוא חומר החקירה תוכרע לפי מבחן הרלוונטיות, שהוא בתורו יוכרע לפי השכל הישר, הגינות, גילוי האמת, קשה לקבוע כללים נוקשים. הפסיקה ניסתה ותמיד עדיף פרשנות מרחיבה מאשר צרה.

סוברי: "כל ראיה העשויה להיראות רלוונטית לשאלות העומדות להכרעה במשפט, במישרין או בעקיפים בין שהיא תומכת בגרסת התביעה ובין שהיא לכאורה עומדת בסתירה לה, ובין שהיא נראית ניטרלית לגבי השאלות השנויות במחלוקת, חייבת להיכלל כחומר חקירה"

זאת אומרת, אם יש ראיות המשרתות את ההגנה, והתביעה לא רוצה להשתמש בהן כי היא חושבת שהן לא נכונות. למשל פריצה לדירה, והמשטרה קוראת לשכנים להעיד, ויש כמה שכנים שהם במחלוקת עם המתלונן, ומעידים עדות שבעיני התביעה היא עדות שקר. במקרה כזה התביעה לא אמורה לקחת את העדויות האלו ולשים אותן במגרסה, שכן זה ברור שהן חלק מחומר החקירה. ברור שהעדים לא יהיו עדי התביעה אלא ההגנה.

השאלה האם הוא חומר חקירה לא קשורה להאם היא משרתת את תזת התביעה, אלא קשורה לשאלה האם במישרין או בעקיפין הוא רלוונטי לשאלה העומדת במחלוקת. המבחן הוא רחב ובעל שוליים רחבים- גם סוגיות פריפריאליות לאישום כלל נעדיף גבולות רחבים. יחד עם זאת, אנחנו ננקוט בגישה מאוד מרחיבה בפרשנות המונח חומר חקירה, וזאת כלל שאין עימות חזיתי, בין הרצון של הנאשם לבין זכויות אדם נוגדות או אינטרסים ציבוריים נוגדים. ככל שאנחנו מתרחקות מליבת הסוגיה שנמצאת במחלוקת, ועוברות לשוליים הרחבים לפריפריה, כך ניתן יותר משקל לשיקולים נוגדים- כמו זכות לפרטיות של הקורבן, אינטרסים חקירתיים, אינטרסים ציבוריים שלא לפגוע בתמריץ העמדה לדין והגשת תלונות וכו. יש הרבה מאוד מקרים שבהם העיון מתנגש עם אינטרסים ציבוריים נוגדים או עם זכויות אדם ובוודאי עם צדדים שלישים. ולכן כשאנחנו בפריפריה ולא בליבה, כך ניתן יותר משקל לאינטרסים המתנגדים וזכויות אדם נוגדות. ככל שאנחנו מתקרבות לליבה לגרעין, כך גם תגבר הזכות להליך הוגן. זאת אומרת שאם יש עימות חזיתי בין זכות להליך הוגן ולרצון של הנאשם לעיין בחומר, לבין אינטרסים נוגדים וזכויות אדם- המחוקק מכריע כי הזכות הליך הוגן עדיפה. הנאשם לא אמור על גבו לשאת פגיעה כל כך קשה, מדובר בהרשעה. וככל שאנחנו מתרחקות מהליבה כך ניתן יותר משקל לאינטרסים הנוגדים.

בשורה התחתונה שיקול הדעת נמצא אצל התביעה וזה יוצר מצב אבסורדי- שהיא צד להליך והיא קובעת מה חומר החקירה.

פרשנות מהו חומר חקירה

שאלת השאלות היא תמיד ביחס למהו חומר חקירה.

"אין חקר לתבונת סנגור מוכשר ואין לנחש כיצד היה יכול לנצל את החומר שנמצא לפניו"- שוליים רחבים ככל שניתן. ככל שאין התנגשות עם אינטרס או זכות, השוליים יהיו מאוד רחבים. "די שהסניגור יצביע על קצה חוט שיש בו כדי להראות שמדובר על חומר חקירה, וגם אם היא אפשרות רחוקה, יוכל לשמש להגנת הנאשם, כדי שבית המשפט יורה לעיון. גם אם יש קצה חוט, הרף שהסנגור צריך לעמוד בו כדי לשכנע את בית המשפט לעיין בחומר הוא לא גבוה בכלל.

דוגמאות ליישום מבחן הרלוונטיות:

יש דברים שהם ברורים והם בתוך מבחן הרלוונטיות:

* חומר הרלוונטי לגיוס עד מדינה- נרצה למשל לדעת בדיוק איזו טובת הנאה קיבל עד המדינה.
* עדויות בתוך תיק החקירה, גם אם היא לא עדות פורמלית- זיכרון דברים, הערות של החוקרים.
* תרשומות בקשר לשיחות עם נחקרים, גם אם הם לא היו עדי תביעה או לא נקראו להעיד.
* חומר הנמצא אצל גורמי חקירה אחרים- שב"כ, עדי מדינה.

יש גם שנויים במחלוקת:

* תרשומות שהתובע עורך לעצמו או התכתבות פנימית שלא קשור לאישום- אלא שמעריך את סיכוי התיק. זה לא חומר חקירה, כי מסמך פנימי שתובעים או חוקרים רושמים לעצמם, הקשורים להתכתבויות פנימיות ששם הם מבצעים הערכה של סיכויי התיק או סיכום חומר חקירה, אלה לא חומרי חקירה. כי מהו כן חומר חקירה? הראיות הגולמיות. הסניגור לא צריך לקבל את הפרשנות של התובע, כי אם כל סיכום של חומר חקירה הנערך על ידי תובע יחשב כחומר חקירה, זה יפגע באינטרס ציבורי של התבטאות פנימית מקצועית המבטאת לבטים. כי הרי כל מה שתובע אומר בחדר סגור, יעבור לסניגור- הוא לא יתלבט. נרצה שבתוך החומר הסגור התובעים יערכו ויכוח וישתפו מחשבות. כל עוד זו פרשנות שלהם לחומר הגולמי, זה לא חומר חקירה. לסניגור יש את כל הכלים, ידע וניסיון, ולכן הוא מוזמן לקחת את החומר ויפיק ממנו את הפרשנות המשפטית שהוא רוצה.
* חוות דעת של עד מומחה מטעם התביעה- יש גם טיוטות לחוות הדעת ויבוא הנאשם וירצה את הטיוטה, כי הוא רוצה להשוות בין הטיוטה לחוות הדעת העיקרית. זה לא חומר חקירה כי לפעמים יש שלבים בדרך עד שהיא מתגבשת.
* עבר פלילי של עד- לא מעט פעמים סניגורים רוצים לראות עבר פלילי של עד כדי לפגוע במהימנות שלו. (בש"פ יחזקאלי שם בית המשפט לא פוסל את האפשרות שבמסגרת העיון ייחשף עבר פלילי אבל זה יבוצע רק במסגרת חוק מידע פלילי ותקנת השבים).
* תרשומות פנימיות- כמו הערכות בדבר מהימנות עדים.
* ראיון עד- האם תרשומת פנימית?

ראיון עד זו אחת המשאלות שעלו בפסיקה, לא מעט פעמים התביעה לפני שעד מעיד בפרשת התבעה, היא מראיינת אותו כדי לרענן את זיכרונו ולהסביר לו על ההליך שיבוא. יש כללים לביצוע הראיון. ואחת השאלות שעלו- מה קורה אם בראיון העד אומר דברים שהוא לא אמר בחקירת המשטרה, ואומר אותם פעם ראשונה בראיון. הכלל מאוד ברור, התביעה חייבת אם היא שומעת לראשונה בראיון הזה פרטים הקשורים לכתב האישום והם לא נאמרו במשטרה, היא מיד חייבת להעלות אותם על כתב, ולהעביר מיידית לנאשם ולסניגור. אבל אם אין בזה משהו חדש אלא סתם תרשומת פנימית שפרקליט כותב לעצמו לגבי העד הזה, זה לא חומר חקירה. רק אם כן יש עובדות חדשות.

פרשת היומנים

עד כה יצאנו מנקודת הנחה שהחומר הזה נמצא בידי התביעה, אך מה קורה אם הוא לא נמצא בידי התביעה? פרשת היומנים.

מהמצגת: על החלטה זו הגישה המדינה עתירה לבג"צ, הן בנוגע לקביעה כי עליה להעביר חומר שאינו מצוי בידיה והן בנוגע לגופו של עניין, בשל הפגיעה בפרטיות המתלוננת.   
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.

בשורה תחתונה- חומר חקירה שנמצא בידי התביעה זה לא חומר שבהכרח נמצא פיזית בידיה, אלא גם חומר שעשוי או שצריך היה על פי טיבו להימצא בידיה, שיש לה שליטה עליו. זאת אומרת, אם הוא פיזית לא נמצא בידיה של התביעה, זו אינדיקציה לכך שזה לא חומר חקירה. שכן תובע הוא חלק מרשות ציבורית שרוצה להגיע לחקר האמת, אז אם הוא לא יטרח לקחת את החומר, כנראה שהוא חושב שהרלוונטיות שלו כל כך רחוקה, ולכן זו אינדיקציה לכך שזה לא חומר חקירה. אבל זה לא חזקה חלוטה, אלא הניתנת לסתירה. עדיין צריך שיהיה מנגנון של ביקורת שיפוטית שיאפשר לנו לתקוף את שיקול הדעת של התביעה ולא מן הנמנע שבית המשפט יגיד לתביעה שהיא טעתה כשהיא לא לקחה את החומר הזה. העובדה שהוא לא נמצא ברשותה פיזית, זה אכן חזקה אבל חזקה הניתנת להפרכה ויכול להיות שבית המשפט יורה עליה להבאת החומר הזה.

**היבטים פרוצדורליים של זכות העיון**

* בקשה מוגשת לבית המשפט שככל לא דן בכתב האישום, דן יחיד.
* בית המשפט קודם נחשף לחומר.

הפסיקה יוצרת הבחנה ברורה בין השלב שבו בית המשפט נחשף לחומר, לבין השלב שבו הנאשם יראה את החומר. ברור שגם בית המשפט נחשף לחומר יש פגיעה בזכות לפרטיות של המתלוננת, אינטרסים ציבוריים וכו. אך הפגיעה היא הרבה יותר פחותה ממצב שבו הנאשם נחשף. בכל זאת, שופט הוא איש מקצוע, ולכן הפסיקה קבעה שעל מנת לשכנע את בית המשפט שהחומר יועבר אליו, ככל הרף הראייתי שההגנה צריכה לעמוד בו הוא מאוד קל. גם אם זה משהו ספקולטיבי, זה יספיק כדי שבית המשפט יעיין בחומר. למרות שגם זה סוג של פגיעה, אך היא יחסית קלה. לעומת השלב הבא שבו החומר יועבר לנאשם, כאן צריך הרבה יותר מאשר ספקולציות. אבל אין מנוס מזה שבית המשפט יעיין בחומר שבמחלוקת.

* אפשר להגיש ערר על החלטתו.
* העונש- מה קורה אם חומר מסוים לא הועבר מראש לתביעה, הוא פשוט לא יוכל להיות מוגש. אבל לפעמים אפשר לתקן את המחדל, ואם לא לפעמים זה יכול להוביל לזיכוי.

**חסיון**

יש הוראה מפורשת שס' 74 לא יפגע בפרק ג' בפקודת הראיות. בדיני הראיות נראה שיש שני סוגים עיקריים של חסינות סטטוטוריים:

* חיסון לטובת המדינה- שר הביטחון או שר הממשלה חותמים (ס' 44)
* חיסיון לטובת הציבור- השר הרלוונטי (ס' 45)

עתירה לגילוי ראיה

דיני הראיות קובעים שיש ראיה שהוצאה בעניינה תעודת חסיון, זה אומר שהפרקליטות מראש חשבה שזה חומר רלוונטי. היא לא הייתה טורחת ומוציאה תעודת חסיון אם חשבה שהיא לא הייתה רלוונטית. אם יש תעודת חסיון, זה אומר שאף אחד לא יראה את הראיה הזאת- לא הנאשם, לא סנגורו, ולא תוגש כראיה לבית משפט בהליך השיפוטי. כלומר שאם יש חיסון לא ניתן להגישה בהליך פלילי. ולכן יש הליך המכונה עתירה לגילוי ראיה.

חשוב קודם לציין כי אם זה חסיון לטובת המדינה נגיש לבית משפט עליון, ואם זה חסיון לטובת הציבור, נגיש לבית המשפט שדן בנושא. ואז כשמגישים את העתירה גילוי הראיה, בית המשפט יצרך לאזן. כי החיסיון הוא חיסיון יחסי ולא חיסיון מוחלט. יש חסיונות מוחלטים כמו חסיון עורך דין-לקוח, שאותו לא ניתן להסיר. יתר החסיונות הם חסיונות יחסיים כולל לטובת המדינה ולציבור. ולכן בית המשפט יצטרך לאזן- האם הצורך לגלות את הראיה לשם עשיית צדק וזכות להליך הוגן עדיפים על פני האינטרס הציבורי שבגינו הוצא החיסון. אם יגיע בית המשפט למסקנה שהראיה הזאת היא נמצאת בליבת הזכות ההליך הוגן, ואין דרך לפתור את זה בפרפרזה או השחרה, אז הוא יבקש מהפרקליטות לחשוף את הראיה. ואז היא בתורה תצטרך לשקול מה יותר חשוב לה- גילוי האמת והעמדה לדין, או העניין הציבורי שבגללו הוצאה תעודת החיסיון. ואם הפרקליט יגיע למסקנה שעם כל הכבוד הרצון להעמיד לדין, יש אינטרסים חשובים יותר, ולכן שיתכבד וימשוך את כתב האישום.

הרשימה האם יש חומר חסוי, אותה רשימה המתלוות לחומר הראיות, ולכן יש אינדיקציה מה נמצא תחת החיסיון הזה. צריך לשמור על המסגרת אבל עדיין צריך שיהיה איזשהו דגל כדי שהסניגור, אם הוא רוצה, יוכל להגיש גילוי ראיה. הוא חייב לדעת על עצם קיומה של ראיה לסומה, והפרקליטה לא יכולה פשוט להעלים אותה. גם אם יש ראיה שהיא לא רוצה לתת למרות שהיא רלוונטית, היא עדיין חייבת להוציא תעודת חיסיון.

יש עוד כל מיני חסיונות- עורך דין, רופא, פסיכולוג המפורטים בפקודת הראיות. ביחס לחסיונות האלה אין פרוצדורה סדורה בעניין עתירה לגילוי ראיה, ואם יש ראיה החוסה תחת חיסיון, ותוך כדי העדות הוא צריך להעיד על דברין החסויים בצל החיסון, אז יהיה דיון בדלתיים סגורות ובית המשפט יצרך להחליט האם לחשוף את הראיה או שלא. אם זה חיסיון מוחלט כמו חיסיון עורך דין לקוח, הוא בכלל לא בר איזונים.

**ס' 74 מול ס' 108**

אחת השאלות שעלו בפסיקה קשורה להבחנה בין ס' 74 ל108 בחסד"פ.

ס' 108 אומר שבית המשפט רשאי לבקשת בעל דין או לזיומתו, לצוות על עד שהוזמן או כל אדם אחר להמציא לבית המשפט אותם מסמכים הנמצאים ברשותו. כלומר יש עוד כלי בידי ההגנה וזה ס' 108. היא יכולה, בדרך כלל בפרשת ההוכחות, לבקש מבית המשפט שהוא יורה לעד מסוים שההגנה סבורה שיש בידיו חומר שצריך להיות חומר חקירה להביא לדיון, וכך ייחשף החומר. השופט עמית באותו פס"ד עוסק בהבחנה בין ס' 74 ל108. צריך להבין כי ההגנה תעדיף את ס' 74. יש כמה סיבות, שאחת מהן היא שס' 74 מאפשר מראש לסניגור לדעת מהי הראיה, והוא יכול להחליט האם היא טובה לה או לא.

ס' 108 זה בית המשפט שדן בהליך העיקרי תוך כדי הדיון בשלב הראיות, הנאשם יופתע שהוא יראה אותה בפעם הראשונה בדיון והוא לא יוכל להיערך מראש, אין זכות ערר בניגוד ל74. ב108 יש שיקול דעת לבית המשפט להזמין את העד או לא. לכן ברוב המקרים ההגנה מעדיפה את 74, שהתביעה תעשה לה את העבודה.   
אחד ההבדלים המרכזיים הוא שבס' 74 זה לא אותו שופט שידון בכתב האישום, וב108 זה השופט העיקרי גם בשלב הראיות, ולא 74 שזה עוד לפני שהמשפט התחיל.

שני הבדלים מרכזיים בין הסעיפים:

* האפשרות לבחינה מוקדמת- יש 74 אין 108
* ערר- יש 74 אין 108

פס"ד שיינר

החלטה של השופט עמית הפורסת באריכות הבחנה בין ס' 74 ל108.

שם היה מדובר בנאשם המואשם בעבירות מין. הסניגור והנאשם ביקשו לקבל את המידע הרלוונטי שנאסף על ידי פסיכולוג של הקורבן, שהתביעה בכלל לא אספה אותו. זה נושא שיש עליו חסיון וצריך לדון בשאלת החיסיון, המקום לערוך את הדיון בעיני התביעה הוא דרך ס' 108. דרכו יהיה אפשר לשמוע את המתלוננת ובנקודה הזאת לבית המשפט יהיו לו כלים יותר טובים מנקודת הזמן של ס' 74. בית המשפט אומר שזה לא חומר שנמצא פיזית, הוא לא בלב המחלוקת ובכלל התביעה חושבת שהוא לא חלק מחומרי החקירה. עם זאת, ההגנה התעקשה על ס' 74. השופט עמית באותו פס"ד דן בסוגייה ומגיע למסקנה שההליך המתאים הוא ס' 108 ולא ס' 74. וככלל ההלכה שיוצאת תחת ידו, היא שכלל, כאשר החומר לא נמצא פיזית בידי התביעה וכאשר מדובר בסוגיה שיש בעניינה חיסיון ויש מקום לשמוע את עמדת הקורבן, וכאשר הנושא של נמצא בלב המחלוקת אז הס' הרלוונטי הוא 108.

* לא נמצא פיזית אצל התביעה
* חסיון
* שמיעת הקורבן
* לא בלב המחלוקת

המחוקק אינו קובע מנדטורית שהבדיקה חייבת להיעשות לפי ס' 108, אבל יש נטייה בפסיקה שנעדיף את 108 כאשר החומר לא נמצא בליבת המחלוקת, לא נמצא בידי התביעה ויש חיסיון. ולכן ראוי להשתמש בס' 108 כדי לאפשר זכות טיעון לצד שעלול להיפגע.