**מחברת מצטברת- סדר דין פלילי**

זוהי המחברת המצטברת שלי במהלך הקורס של ד"ר אסף הראל. במקרה של טעויות, אשמח שתודיעו לי.

בהצלחה לכולם!

תוכן עניינים

[מבוא 2](#_Toc129196274)

[מטרת ההליך הפלילי 2](#_Toc129196275)

[מטרת סדר הדין הפלילי 5](#_Toc129196276)

[השיטה האדברסרית מול האינקוויזטורית 8](#_Toc129196277)

[מושבעים מול שופט 9](#_Toc129196278)

[כלל דיוני מול כלל מהותי 9](#_Toc129196279)

[ההליך הפלילי 11](#_Toc129196280)

[המשפט 16](#_Toc129196281)

[ההשפעה של המהפכה החוקתית על הסד"פ 20](#_Toc129196282)

[השפעת חוקי היסוד על קבילות ראיות ועל פרשנות ס' 12 לפקודת הראיות 23](#_Toc129196283)

[שלב החקירה 43](#_Toc129196284)

[עיקוב ומעצר 51](#_Toc129196285)

[עיכוב 52](#_Toc129196286)

[עיכוב על ידי שוטר 53](#_Toc129196287)

[עיכוב על-ידי אדם פרטי 57](#_Toc129196288)

[מעצרים 58](#_Toc129196289)

[כללי 58](#_Toc129196290)

[מעצר ראשוני ללא צו 62](#_Toc129196291)

[מעצר ראשוני עם צו 68](#_Toc129196292)

[מעצר ראשוני כללי 70](#_Toc129196293)

[מעצר ימים 73](#_Toc129196294)

[הצהרת תובע 80](#_Toc129196295)

[מעצר עד תום הליכים 81](#_Toc129196296)

[מעצר בערעור 88](#_Toc129196297)

[ערר ועיון חוזר 89](#_Toc129196298)

[דיני חיפושים 91](#_Toc129196299)

[חיפוש בחצרים 91](#_Toc129196300)

[חיפוש בגוף האדם 92](#_Toc129196301)

[שיקולי העמדה לדין 100](#_Toc129196302)

[הסדר מותנה 109](#_Toc129196303)

[עיון בחומר חקירה 110](#_Toc129196304)

[המבחן 117](#_Toc129196305)

**שיעור 1- 24.10**

הקדמה

90%- בחינה בחומר פתוח. קייס או שאלות מחשבה או שילוב.

10%- עבודת ביניים על נושאים שלא נספיק בשיעור (טענות מקדמיות והסדר טיעון)

# מבוא

לכאורה הקורס נדמה כקורס תיאורטי אך בפועל הוא מעניין מאוד שכן הוא כולל בתוכו מגוון תחומים. הקורס יפגיש אותנו עם שאלות מהותיות עיוניות פרקטיות. יש שאלות אשר אף המחוקק לא קיבל עדיין הכרעה לגביהם ולכן אין לנו ברירה אלא להעלות תובנות בעצמנו. נתחיל לדבר על הסד"פ דרך מטרותיו.

## מטרת ההליך הפלילי

המטרה היא **עשיית דין צדק**. מה הכוונה? נספר שני סיפורים המבוססים על פס"ד של בג"צ. נתחיל בראשון.

ע"פ 2868/13 **חייבטוב**

שוד שהתקיים ב-2002, במועדון סנוקר. במהלך השוד, אחד מעובדי הסנוקר נהרג. המשטרה לא הצליחה למצוא קצה חוט במשך שנים, עד שהתקבל מידע מודיעיני המשייך את השוד והרצח לחייבטוב, אשר יושב בכלל בבית הכלא על מקרה אחר (הצתת ביתו בשדרות). המשטרה מגייסת מדובב אשר ינסה לחלץ פרטים מחייבטוב. זה כלי חקירה לגיטימי. חייבטוב מוצא מבית הכלא ומועבר לתא מעצר בשדרות. הוא עובר למצב של עצור (מאסיר). לכאורה מה זה משנה? משום שברגע שאדם נחשב כעצור, יש לו זכויות אשר על פי הסד"פ, עצור זכאי. בהתחלה טענו שהוא חשוד על כל מיני מעשים אחרים אך לא על רצח. כמו כן, מנעו ממנו מפגש של עו"ד (למרות שביקש). דבר ראשון שסביר להניח שעו"ד יגיד הוא להיזהר ממדובבים והרי המשטרה מעוניינת שהוא כן ידבר עם המדובב. יום אחד המדובב אומר לחייבטוב שבדיון למחרת תהיה לו פגישה עם עו"ד מאוד נחשב. חוקרי המשטרה המאזינים, יודעים שאותו עו"ד לא באמת יבוא. אף אחד לא דיבר איתו בכלל. הם גם יודעים שעו"ד שחייבטוב ביקש, לא יגיע כי אף אחד לא פנה אליו. הם לא מתערבים כלל גם כאשר חייבטוב צוחק ואומר שמחר יהיו לו שני עו"ד. בדיון למחרת שום עו"ד לא הגיע. ביהמ"ש מציע לו עו"ד מטעם הסנגוריה אך הוא מסרב. ביהמ"ש נוזף במשטרה ואומר לה לתת לו ייצוג הולם. מספר ימים לאחר הדיון, חייבטוב מודה ברצח והוא מואשם ברצח. אין ספק שללא ההודאה, לא היה תיק. אין ראיות נוספות. בימים שקדמו להודאה, חייבטוב נצפה מעשן סמים קשים יחד עם המדובב והחוקרים לא עשו דבר כדי למנוע זאת. המשטרה שלכאורה אמורה למנוע עבירות, מאפשרת ואף שותפה לכך. חייבטוב מערער לאחר כמה שנים שהיה בכלא. יש פה פגמים עצומים.

**מה זה אומר "עשיית דין צדק"?**

1. חשיפת האמת- כאשר אנו מדברים על צדק, למה אנחנו מתכוונים ב-"חשיפת האמת"? יש **שני סוגי אמת**:
2. **אמת עובדתית**. מה שקרה בפועל. האמת העובדתית תשתנה ברגע שהטעות תתברר. אדם יצטרך משפט חוזר אם יתברר שהייתה טעות. אם אדם הורשע הרשעת שווא לדוגמא. אנחנו נרצה להוציא את האמת לאור ולכן נעשה משפט חוזר.
3. **אמת משפטית**. ההתרחשות הבאה לידי ביטוי בהליך המשפטי על-ידי השופט המקצועי הרואה את המציאות על בסיס דיני הראיות והפרוצדורה של אותה שיטת משפט במדינה. אנו רוצים שהאמת המשפטית תחפוף את האמת העובדתית. האם אנחנו תמיד רוצים שזה יתאים? לא. **יש לפעמים ערכים שאנו מעוניינים להשיג ולכן אנחנו נסטה מהאמת העובדתית**. אנחנו מעוניינים שעצורים יקבלו הליכים הוגנים ואת זכויותיהם. כמו כן, **בדיני הראיות** קובעים כי יש ראיות שלא ניתן להשתמש בהם כמו עדות ילד על הוריו ולהפך (ס' 3-4), וזאת משום שהערך ממול הוא שלמות התא המשפחתי. אנחנו נהיה מוכנים לשלם מחיר על מנת להשיג תכליות אחרות שאנו רואים כחשובות יותר. מה עם עבירת אלימות? יש חריג לחריג. עדות כזו כן תתאפשר כי האמת העובדתית חשובה יותר. מה עם **הסדרי טיעון**? לא פעם ולא פעמיים יוצרים סיטואציה בה אנו מוכנים להתגמש עם האמת העובדתית משום שזה חוסך משאבים, שופטים יכולים לדון ביותר תיקים, יש ערך בלקיחת אחריות, עדיף לנו שאדם יורשע בעבירה קלה מאשר שהוא יזוכה מעבירה קשה יותר. אנחנו לא יכולים ליצור סיפור מומצא לחלוטין. יש גבול עד איפה נתגמש. גם במקרי **חסיונות** יש פעמים שאנחנו לא נאפשר גילוי ראיות כדי להשיג מטרות חשובות יותר כמו חופש העיתונות או ייעוץ טוב וראוי של עו"ד ללקוחו.
4. הרשעת האשם ואותו בלבד וזיכוי החף מפשע- אנחנו לא מעוניינים שאדם חף מפשע יורשע. אנחנו רוצים להרשיע רק את האשם. המערכת אינה נקיה מטעויות. השופט הוא בן אדם אחרי הכל. אך אנחנו מנסים כמה שיותר. המערכת מעדיפה זיכויים שגויים על פני הרשעות שגויות. רואים את הטענה הזו ברף של ההרשעה- מעל כל ספק סביר (97%+). האם זה תואם לאמת העובדתית? זה בעצם גם וגם. מצד אחד הרבה פושעים לא נכנסים אך מצד אחר יש סיכוי גדול יותר שחפים מפשע לא יורשעו. אם נוריד את הרף, הסיכוי שירשיעו את החף מפשע, יעלה. אם יש זיכוי שגוי, אין אפשרות להרשיע שוב. אם יש הרשעה שגויה, יש אפשרות לבקש משפט חוזר.
5. מניעת עיוות דין ושמירה על כבוד האדם- חלק מההליך הפלילי הוא לאפשר לנאשמים את ההליך ההוגן שאליו הם זכאים.
6. הגנה על זכויות נפגעי עבירה- הנפגעים מיוצגים לכאורה על ידי התביעה. אנחנו מעוניינים לשמור על זכויותיהם שכן אין הם מנהלים את ההליך.
* האם כל התכליות תמיד מתיישבות אחת עם השנייה? לא. יש מצבים בהם בגלל שאנו מעוניינים למנוע עיוות דין, נעדיף לא להרשיע ובכך אנחנו מונעים את הסדר הציבורי. הסדרי הטיעון אשר לכאורה מרשיעים את הנאשם, הם לא בדיוק האמת העובדתית.

את שתי התכליות הראשונות ניתן להחשיב כשמירה על הסדר הציבורי, אינטרס ציבורי מובהק. התכלית השלישית באה ושמה דגש על האדם השלישי, הנאשם.

אך יש מקרים בהם הן כן מתיישבות. **דוגמא**: הפוליגרף. אנחנו רוצים להגן על הנאשם. יש לפוליגרף הטיה. אנחנו אוסרים להשתמש על מנת שלא נרשיע את האדם אשר חף מפשע. זה מגן על כבוד האדם וכן מאפשר הרשעה רק של הרשעת האשם.

נחזור לסיפור על חייבטוב. הוא זוכה מהרצח. השופט שהם כתב את פס"ד המרכזי.

"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"

(פסקה 89)

השופט שהם אומר שהוא לא פוסל את ההודאה. לפי ס' 12 לדיני הראיות, הודאה צריכה להיות חופשית ומרצון. השופט שהם טוען כי היו פגמים בהודאה אך אין הם גורמים לפסילת ההודאה. הם לא פוגעים באוטונומיה ובחופש הבחירה. לפי השופט שהם, ההודאה צולחת את המבחן הפנימי (האם ההודאה היא אמת. האם היא קוהרנטית, הגיונית, סימנים שניתן להאמין לה) והחיצוני ("דבר מה נוסף" אשר יאמת את ההודאה). אנחנו למדים מכאן שהוא מקבל את ההודאה אך מזכה אותו בגלל הפגיעה בהליך ההוגן.

השופטת דפנה ברק-ארז מצטרפת לתוצאה. אך האם היא חושבת שהוא אשם? לא. היא חושבת שההודאה אינה אמיתית.

"מתברר כי הפעלת הפעלת אמצעי חקירה פסולים בתכלית אינה רק פוגעת בזכויות, אלא גם מסכלת את התכלית של בירור האמת ואכיפת הדין"

(פסקה 11 של השופטת ברק-ארז)

השופטת יותר קרובה לטענת עו"ד של חייבטוב. השופטת יוצאת במילים קשות מאוד על המשטרה. היא מחשיבה את פעולותיהם כ-"קו אדום". המשטרה לא צריכה לעברות עבירות פליליות. היא צריכה למנוע. "ליקוי מאורות".

המשנה לנשיאה השופט מלצר פונה למשפחת הקורבן ומתנצל בפניהם.

"מבלי לגרוע מכל האמור לעיל אדגיש כי לבנו עם משפחת הנרצח שי אדרי ז"ל, ואולם בנסיבות המכלול לא היה מנוס מהתוצאה."

(פסקה 11 לפס"ד של השופט מלצר)

רע"פ 3829/15 **ירדאו קסאי נ' מדינת ישראל**

היה מדובר באדם אתיופי שרכב על אופניו בטיילת, עוקב שלא כדין ונמצאה בחזקתו סכין. כל התהליך עד מציאת הסכין היה כרוך בהפרות מאוד חמורות של זכויות להליך הוגן ובראשן עיכוב לא חוקי (כי לא היה חשד סביר). אחת התובנות שעלו הייתה שמדובר בעבירה לא כל כך חמורה.

"העבירות המיוחסות למערער... אינן מן הסוג החמור ביותר, ועל כן סבורני כי המחיר הכרוך בפסילת הראיה, הינו נמוך מן התועלת החברתית שתצמח מכך."

(פסקה 35 לפס"ד של השופט מלצר)

השופטת ברק-ארז מדברת על הפגיעה הקשה של אזרח אשר בסך הכל רכב על האופניים שלו והפקחים התעלו עליו. היא מדברת על הפגיעה הקשה הנובעת מהתנהגות גורמי אכיפת החוק.

השופט פוגלמן מחזק את דבריה וטוען שיש פגיעה בכבוד ואף יותר מכן, לפעמים היבטים מגזריים מובילים לאותם המעשים הפוגעים בכבוד, בשוויון, בהליך ההוגן.

## מטרת סדר הדין הפלילי

אנו מעוניינים לאכוף את הדין הפלילי המהותי. לפעמים הפרוצדורה הופכת למהות. **דוגמא**: ההתיישנות. זה הליך פרוצדורלי. מה הוא אומר? שאם חלף זמן מסוים, יש מחסום דיוני מהעמדה לדין (בגלל חוסר בראיות, עדויות, התגוננות הנאשם...). במבחן התוצאה, האדם לא מועמד. הכלל הדיוני, הופך למהות.

בנוסף אנו מעוניינים לקבוע סטנדרטים לניהול משפט על-מנת שיקויים באופן מסודר, יעיל והוגן. הכללים מבטיחים אמת מידה של זהירות.

סדרי הדין נועדו לתת לנאשם את היכולת להתגונן.

חשוב לשמור על הכללים על מנת למנוע רשלנות, להיות יעילים, להוריד את עלות הדיון, למנוע שרירות, למנוע פגיעה בשוויון ולהבטיח את הזכות להליך הוגן.

בגלל שמדובר בכללים דיוניים, אפשר לסטות מהם **בשני תנאים מצטברים**:

1. שהדין יאפשר את הסטייה- משום שסדרי הדין עצמם מעוגנים בחוק.
2. שהסטייה לא תגרום לעיוות דין- **דוגמא**: סעיף 3 לחוק סדר דין הפלילי: סדרי דין באין הוראות

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

**דוגמא נוספת**: סעיף 238 לחסד"פ: פגמים שאינם פוגעים בדין

"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."

יש כלל, יש חריג ויש חריג לחריג.

ע"פ 1/48 **סילווסטר נ' היועמ"ש**

הרקע העובדתי- אזרח בריטי הועמד לדין בו הואשם שהעביר לאויב, במהלך מלחמת העצמאות, מסרים לעניין פגזים הנורו לעבר ישראל. הטענה הייתה שהוא בעצם עבר עבירות ביטחוניות של גילוי סודות תוך פגיעה בביטחון המדינה.

הטענה של סילווסטר הייתה שבכתב התביעה, הם (התביעה) שכחו לציין שלעבירה יש יסוד נפשי מיוחד- אם הנאשם עשה אותה בכוונה רעה לפגוע במדינה. התביעה לכאורה כן הפנתה לסעיף אך במלל, שכחו להוסיף את רכיב זה.

"...שהפרוצידורה הפלילית על דיניה מכילה לטובת הנאשם תריס מפני עיוות דין. רוצים לתת לנאשם את מלוא ההגנה ההוגנת. אבל אסור לסלף את הרעיון הבריא הזה על-ידי הפרדה בפורמאליות... הדיון הפלילי אינו צריך לקבל צורת משחק אשקוקי (שחמט בארמית) שבו מהלך אחת בלתי נכון קבוע את גורל המשחק."

(פסקה 17 לפס"ד של הנשיא זמורה)

ביהמ"ש בעצם אומר, שעם כל הכבוד למשפט הבריטי, ששם כל הפרה של איזה כלל טכני, יכולה להוביל לזיכוי, בישראל, יש שיטה אחרת, עצמאית. לא יעלה על הדעת שאדם יזוכה בגלל פרט טכני שכזה שאינו קשור באופן מהותי לדין הפלילי. סילווסטר בסופו של דבר זוכה, לא בגלל טענה זו, אלא בגלל דברים יותר מהותיים. זהו המקרה היחיד שיש זיכוי מעבירת ריגול. משרד החוץ הבריטי הפעיל לחצים דיפלומטיים לא להרשיע אזרחים בריטיים. ספרי ההיסטוריה מספרים שפנה ליועמ"ש (יעקב שמשון שפירא) שר החוץ (משה שרת) בנוגע ללחצים. היועמ"ש טען כי ההחלטה להעמדה לדין, אינה פוליטית ודרגים פוליטיים לא יקבעו, אלא רק גורמים מקצועיים. יש פה גם עצמאות של היועמ"ש וגם אי-שבירת היחסים עם בריטניה. היועמ"ש בעצם אומר שיש לו את הסמכות לקבוע אם להגיש תביעה אך לגורמים פוליטיים כן יש אפשרות להציג בפניו את טענותיהם.

ע"פ 656/79, 639/79 **אפללו**

עובדות המקרה- קלטת שהוגשה על-ידי התביעה כראיה והסנגור טוען שהיא אינה קבילה. ביהמ"ש רושם את הטענה וטוען כי ההחלטה לגביה תקבע לאחר עדות הנאשם. הנאשם רוצה לדעת אם היא קבילה לפני שהוא יעיד. לכאורה, זה לוקח לו את הכח הטקטי.

ביהמ"ש- השופט ברק דוחה טענה זו (ומתבסס גם על הלכת סילווסטר) ואומר ש**ההליך הפלילי לא צריך לתת לנאשם יתרון טקטי על פני התובע**.

ע"פ 951/80 **קניר**

עובדות המקרה- נאשם שהועמד לדין ואחד מיסודות העבירה בו הואשם, היה שהוא תושב ישראל. גם פה, תקלה טכנית ששכחו להביא ראיה שהוא תושב ישראל.

סעיף 167 לחסד"פ; ראיות מטעם בית המשפט

"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."

זהו חריג לשיטה האדוורסרית. יש פה לגיטימציה להתערבות של ביהמ"ש לגילוי האמת. הסנגור טוען שיביאו ראייה שממנה תעלה ההוכחה שהנאשם הוא תושב ישראל. זה היה תקדים כי כבר הגיעו לשלב הסיכומים.

השאלה המשפטית- האם ניתן להשתמש בסעיף זה בשלב זה של המשפט?

ביהמ"ש- אומר שתפקידו לגילוי האמת אך **לא כל פגם או כשל טכני יגרום לזיכוי/הרשעה**. הכללים חשובים וצריך לשאוף שהם יתנו לביהמ"ש את הסמכות לעשות צדק. אבל **לפעמים עמידה פורמאלית עליהם, היא זו שתגרום לעיוות דין**. ואם פגמים/כשלים טכניים יחרצו את גורל המשפט, הם אלו שיפגעו באמון הציבור. מדוע?

"... שכן אין הוא רואה... ששופטיו נכנסים לטרקלין, שבו דנים על חטא ועונשו, אלא רואה הוא את שופטיו עומדים בפרוזדור ודנים על עניינים טכניים גרידא..."

(פסקה 3 לפס"ד של השופט ברק)

ד"נ 27/86 **אנג'ל**

עובדות המקרה- קלטת לא הועברה להגנה. זה היה בטעות. לא צריך לקרות אך אם זה קורה, בדר"כ מתקנים. הנאשם טוען שהיה פגם ולכן היה צריך לזכות אותו. אילו היה יודע שהייתה קלטת, היה מעיד אחרת. הוא יצא שקרן בעדות כי לא ידע שיש קלטת.

ביהמ"ש- השופט שמגר בפס"ד אומר:

"ספק רב הוא, אם יכול נאשם להישמע בטענה, שנגרם לו נזק על-ידי כך שבשל אי גילוי ראיה מסוימת מטעם התביעה מסר ביודעין עדות כוזב ושבשל התגלות הדבר יצא הוא שקרן בעיני בית המשפט".

(פסקה 6)

כמובן, שחוסר של קלטת כן יכול לגרום לזיכוי אך אלו רק מקרים בהם מדובר על דברים מהותיים.

ע"פ 347/88 **דמיאניוק**

דוגמא שמסבירה שהכלל הוא אינו חד צדדי. הוא יכול להוביל לזיכוי.

עובדות המקרה- הוא הוסגר לישראל מארה"ב והטענה הייתה שהוא הסתיר את העובדה שהוא שירת ב-SS. הוא הועמד על בסיס חוק "דין עשיית נאצים ועוזריהם". הטענה הייתה שדמיאניוק היה איוון האיום. הדיון היה מורכב משני שופטים מחוזיים ושופט עליון. ביהמ"ש מרשיע אותו וגוזר גזר דין מוות. יש ערעור לעליון ורגע לפני סיום הדיון, נפל מסך הברזל והתגלו ארכיונים. גילו שאיוון האיום הוא בעל שם משפחה אחר בכלל. התביעה מציעה הצעה, גם אם יש ספק סביר, ביהמ"ש צריך להשתמש בסעיף 184 לחסד"פ: הרשעה בעבירה על פי עובדות שלא נטענו בכתב האישום

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

הכלל מאוד ברור. לא יכולים להרשיע אדם על בסיס ראיות שלא מופיעות בכתב האישום. הנאשם צריך לדעת למה להיערך. הוא לא צריך להיות מופתע מאישומים חדשים. החסד"פ קובע שיהיו מקרים שכן יהיה ניתן להעניש. התביעה טוענת שהיא מביאה ראיות שהוא עבר קורס SS והוא שימש כשומר בסוביבור. הוא אינו איוון האיום אך הראיות שהביאו, מאפשרות הרשעה.

ביהמ"ש- דוחה את הטענה.

"הוואכמן (השומר) 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."

(פסקת הסיום של פסק-הדין)

ביהמ"ש לא משוכנע שהיה לו זמן להתגונן מהטענה החדשה הקשורה לסוביבור. הטענות היו על טרבלינקה. זה גורם להרגשה קשה אך ביהמ"ש אומר שזה לא משנה מי עומד. הם ידאגו לזכאות להליך הוגן של כל נאשם. זה לא שהוא לא מאמין לעדויות, אלא שהאמת המשפטית היא כזו שהכללים לא הביאו את ביהמ"ש להכרעה מעל כל ספק סביר.

\*לאחר הזיכוי הוא גורש לארה"ב וקיבל את האזרחות שלו שוב, אשר נשללה שוב לאחר כמה זמן. ארה"ב פנתה למדינות אחרות ושאלהה מי רוצה שהוא יוסגר אליה. היחידה שהסכימה היא גרמניה. הוא הועמד לדין על סוביבור והורשע ב-2011. נגזר עליו 5 שנות מאסר. הוא הגיש ערעור ובינתיים נפטר, מחכה לערעור.

## השיטה האדברסרית מול האינקוויזטורית

בארץ השיטה היא אדברסרית. שהיא השיטה המקובלת במשפט המקובל. הליך כזה מבוסס על עימות בין הצדדים והשופט הוא זה שצריך להכריע. כמו כן, הם אלו שאחראים להביא את הראיות. השופט הוא פסיבי. השופט מקבל רק את כתב האישום.

בשיטה האינקוויזיטורית, לשופט יש חלק אקטיבי. הוא חוקר ואחראי לגילוי האמת העובדתית. הוא כמעט ולא מוגבל.

מה הרציונל לאדברסרי?

תפיסה ליברלית (laissez faire). הנאשם יודע הכי טוב איך לנהל את ענייניו. כל צד יעשה הכל כדי להוכיח את האמת. ביהמ"ש כניטרלי יוציא את האמת.

בישראל, הובאו מספר היבטים מהשיטה האינקוויזיטורית לשיטה האדברסרית. כמו העובדה שביהמ"ש יכול לזמן עדים מעצמו והוא יותר מברר את הצדדים.

פרופ' קרמינצר במאמרו ("התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת, או האם לא הגיעה העת לסיים את עונת המשחקים") מבקר את השיטה האדברסרית. לא תמיד רמתם המקצועית של הצדדים מאפשרת להם להציג באורח נאות את גרסתם. יש פערי כוחות. התביעה חזקה יותר. למה מפחדים לתת לשופט עוד כוח? הוא הרי גורם מקצועי וניטרלי. הוא טוען שראוי לאמץ מרכיבים מהשיטה האינקוויזיטורית לתוך השיטה האדברסרית.

**שיעור 2- 31.10**

נמשיך עם קרמניצר. הוא שואל שם, מדוע אנו חוששים להקנות לשופט יותר כח ופחות לכבול את ידיו? לפי קרמניצר, השופט בהליך הפלילי די מוגבל משום שהוא לא נחשף לראיות, בניגוד לצדדים. הראיות הולכות ומתקבלות בתהליך הדרגתי בהליך ההוכחות. קרמניצר מציע להביא את הראיות כולן בתחילת המשפט לידי השופט. בית-המשפט ידע להפריד בין דעות לעובדות. על פי המרצה, זוהי הצעה מעניינת אבל בעייתית. שופט עלול לגבש הטיה מסוימת על בסיס הראיות, על העדים ועל הצדדים. ההטיה עלולה לגרום לפגיעה באובייקטיביות של השופט.

ס' 143א לחסד"פ: דיון מקדמי

"...

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

...

(ג) בית המשפט ינהל דיון מקדמי לפי סעיף זה, רק אם התקיימו כל אלה:

...

(ד) בדיון מקדמי לפי סעיף זה רשאי בית המשפט, בהסכמת בעלי הדין, לעיין בחומר החקירה וברשימת כל החומר שנאסף או שנרשם בידי הרשות החוקרת והנוגע לאישום, וכן בחומר וברשימה כאמור שנאספו או שנרשמו בידי ההגנה; אין בהוראה זו כדי לגרוע מכללי חסיונות עדים או כללי ראיות חסויות.

(ה) לא הסתיים הדיון בכתב האישום במסגרת דיון מקדמי לפי סעיף זה, יעביר בית המשפט את הדיון בכתב האישום לשופט אחר שימשיך לדון בו לפי הוראות סימנים ה' עד ז' לפרק זה.

(ו) פרוטוקול הדיון המקדמי –

(1)   לא יועבר לעיון השופט שימשיך לדון בכתב האישום לפי הוראות סעיף קטן (ה);

(2)   לא ישמש ראיה בכל הליך משפטי אחר, למעט בערעור על פסק הדין שניתן בדיון המקדמי, אלא בהסכמת בעלי הדין.

(ז) בית המשפט יברר, בדיון מקדמי לפי סעיף זה בכתב אישום בעבירת מין או אלימות חמורה, האם קוימו הוראות חוק זכויות נפגעי עבירה לענין זכותו של נפגע עבירת מין או אלימות חמורה להביע עמדה בענין הסדר טיעון עם הנאשם.

(ח)  הוראות סעיף זה לא יחולו על דיון בכל אחת מאלה:

..."

זה סעיף מעניין. הוא לוקח את הרעיון הנ"ל אך מכיוון שונה. הוא מאפשר בעבירות מסוימות לעשות דיון מקדמי, תוך הסכמת הצדדים. השופט והצדדים מנסים יחדיו ליתר את המחלוקת ולגבש הסדר טיעון. דיון מקדמי כזה מאפשר לשופט לעיין בחומר הראיות כולו וזה הופך אותו לשופט הנותן שירות לצדדים. יש לו יכולות גישוריות. אם זה לא מצליח, הפרוטוקול חסוי והדיון ימשך בפני שופט אחר. זהו שירות מעולה.

## מושבעים מול שופט

בישראל אין לנו שיטת מושבעים בין השאר בגלל סיבות היסטוריות (הבריטים לא בטחו בקולוניות שישפטו את עצמם). הבחנה קטנה בין השיטות, אשר עלולה לשנות בעניין גילוי האמת (המשפטית). מסננים את חומר הראיות שמגיע למושבעים, מנחים אותם מה לעשות עם החומר המוצג לפניהם. בעצם בשאלות עובדתיות, אין לשופט יתרון מקצועי על מושבעים. יהיה לו יתרון רק בשאלות משפטיות. כמו כן, יש שיתוף של כלל הציבור, ההדיוטות, במלאכת השפיטה.

\*בג"ץ ותיקים מנהליים- יש הרבה מאוד סוגיות שאנחנו לא יודעים שהן לא באות בגלל איזו חשיבה מעמיקה, אם כי מהיבטים היסטוריים. אז דיברנו על הסיבה מדוע אין לנו מושבעים ועכשיו נדבר בקצרה על תופעה מעניינת. למה בג"ץ, בימ"ש עליון, דן בעתירות מנהליות בערכאה ראשונה? מהי הסיבה לכך? זה נשמע מעט מוזר. אנו רגילים לזה כבר אך מה ההיגיון? זו סיבה היסטורית. אנגליה לא רצתה שבקולוניות מי שישפוט את פקידי המנדט בעתירות מנהליות, יהיו השופטים בערכאות הנמוכות וזאת משום שהשופטים בערכאות אלה היו מקומיים. ששופטים מקומיים ישפטו פקידי מנדט? הומצאה המצאה, שהייתה טובה לקולוניות ולמנדט הבריטי, שאומרת שעתירות מנהליות ידונו בפני ביהמ"ש העליון, בשבתו כבג"ץ, משום ששם יושבים שופטים אנגליים. אז למה לא שינינו? זה סוג של הפך להיות חלק בדנ"א שלנו. כמו כן, יש בזה דבר מאוד יפה שאחרון האזרחים פונה הישר לביהמ"ש העליון בעתירה הכי קטנה, ושם יקבל את הצדק. מצד שני, זה עומס עצום. בשנים האחרונות הבינו את זה ויש את חוק בתי המשפט לעניינים מנהליים. הרבה סוגיות ירדו מבג"ץ לבימ"ש מחוזי, בשבתו כבית משפט מנהלי. לאחרונה יש גם תיקון חקיקה שהוריד סוגיות גם לבית משפט השלום. זה מסוג הדברים שלעולם, כנראה, לא נשנה למרות שאין בזה הרבה היגיון.

## כלל דיוני מול כלל מהותי

כלל מהותי- כלל שמגדיר מה אסור ומה מותר. הוא מגדיר נורמה חברתית, קרי: זכויות וחובות. **דוגמא**: דיני עונשין

כלל דיוני- מגדיר כיצד הפרט והחברה ממשים את הכללים המהותיים. דיני ראיות ופרוצדורה.

**שתי הבחנות**:

1. זמן התכולה- כללים דיוניים ודיני ראיות, חלים באופן אקטיבי (או רטרוספקטיבי). אין לנאשם זכות קנויה כי הדיון המשפטי בעניינו יתקיים על-פי הכללים הדיוניים שהיו בתוקף בזמן ביצוע העבירה. יהיה אפשר לשפוט אדם באמצעות כלל דיוני שהתקבל לפני חודש, על עבירה שקיים לפני שנה. מדוע? אין שום מימד של הסתמכות. כאשר מבצעים עבירה, לא מעניין מה הכללים הדיוניים. לעומת זאת, כלל מהותי לא יחול למפרע. אלא אם מדובר בכלל מיטיב (ס' 4-5 לחוק העונשין).
2. אפשרות סטייה מהוראות החוק- מכלל דיוני, ככלל, יש גמישות יותר לסטייה (כל עוד לא ייגרם עיוות הדין). בניגוד לכך, לא ניתן לסטות מהוראות חוק מהותיות.

יש כמובן כללים פרוצדוראליים שמשפיעים על המהות (דיני הראיות, דיני חקירה, חיפוש וממעצר, זכות שתיקה וחיסיון מפני הפללה עצמית).

בש"פ 6353/02 **מדינת ישראל נ' הפניקס**

"לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ... עלינו לתת משקל רב, אף יותר משניתן בעבר, לזכויותיו של הפרט - הנאשם בדין. לפיכך, במקרה שהערעור מוגש על-ידי הנאשם, אני סבורה כי יש להטות את כף המאזניים לטובת האינטרס של עשיית צדק ובירור האמת ככל שניתן. **במקרה כזה עלינו להעדיף את זכותו של הנאשם למצות את ההליכים העומדים לרשותו עד תום - על פני זכאותו של הציבור לוודאות משפטית. וההפך הוא הנכון;** במקרה שהערעור מוגש על-ידי המדינה - נרצה להגביל את יכולתה להאריך את ההליך הפלילי מעבר למינימום הדרוש, ונדרוש ממנה לעמוד בהגבלות הפרוצדוראליות ובמועדים הקבועים בחוק להגשת הערעור, בזוכרנו כי על הכף השנייה של המאזניים נמצא הנאשם, החרד לגורלו ומעוניין לדעת במהרה מה יהא בסופו. אין כוונתי כי מעתה ואילך תהא ידו של הנאשם על העליונה וכל נימוק שלו להפרת סדרי הדין יתקבל, וכי במקרה של המדינה יידחו בקשותיה. אלא שכיום, יותר מבעבר, יש לתת משקל לזכויות היסוד המהותיות, במסגרת דיני הפרוצדורה".

(פסקה 3 לפס"ד של השופטת דורנר בבש"פ 6353/02 **מדינת ישראל נ' הפניקס**. ציטוט של השופטת אגמון מפס"ד שכטר)

הפסקה אומרת דבר פשוט. יש הבדל בין התביעה לבין הסנגוריה. כאשר התביעה מבקשת לסטות מהכללים, ביהמ"ש יהיה יותר קפדן ונוקשה, כי התביעה היא גוף מקצועי ושחקן חוזר. אך כאשר הנאשם מבקש לסטות, יתייחסו ביותר גמישות. מדוע? כי כאשר התביעה מבקשת, פוגעים בנאשם שלמעשה יצא מנק' הנחה שככלי הראיות והפרוצדורה רוצים להגיע לצדק, אך כאשר הנאשם מבקש, יהיו יותר גמישים. זה לא אומר שתמיד יאפשרו לנאשם ולא יאפשרו לתביעה. **דוגמא**: חייבטוב הגיש ערעור לאחר שחלף כבר הזמן (הרי הוא ישב בכלא כמה שנים). אפשרו לו כי הוא הנאשם.

ס' 56א לפקודת הראיות: סמכות לפסילת ראיה שהושגה שלא כדין

"(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.

(ב) אין באמור בסעיף קטן (א) כדי לפגוע בכללים לפסילת ראיות הקבועים בהוראות חיקוק אחרות."

סעיף חדש שהתקבל לפני מספר חודשים. הוא מעגן את הלכת יששכרוב בחוק. אנחנו נדון בה רבות בקורס. נתמקד כרגע בשתי מילים ספציפיות- "באופן מהותי". היו עליהן דיונים רבים. יש אפשרות לבית-משפט לפסול כבילות ראיה שהושגה תוך פגיעה בלתי מידתית בזכות להליך הוגן. יש לביהמ"ש שיקול דעת כמעט בלתי מוגבל. המילים "באופן מהותי" קובעות שלא כל פגיעה בהליך ההוגן תוביל לפסילת כבילות הראיה, אלא רק פגיעה מהותית. וגם אם הפגיעה מהותית, עדיין יש לביהמ"ש שיקול דעת רחב להחליט לא לפסול. זה מחזיר אותנו לסילווסטר, שם אמר הנשיא זמורה, בהקשר של הפרות של כללים שאין להם שום דבר שקשור להוכחת האשמה, בכל הקשור להוכחה, חפות או אשמה, כל ספק יפעל לטובת הנאשם אך בפרוצדורות טכניות, לא יעלה על הדעת לזיכוי ההרשעה רק בגלל עניין טכני. זה קשור לכל מיני הפרות טכניות. אנו רואים שהמחוקק מעגן את הלכת יששכרוב והוא אומר שבמקרה של הפרות מהותיות, ניתן סעד של פסילת כבילות רק לפגיעה מהותית וגם פה יש שק"ד. אנחנו נדבר על כך בהמשך.

## ההליך הפלילי

יש תרשים זרימה להליך הפלילי במודל.

יש את שלב החקירה, שלב ההעמדה לדין, שלב המשפט ושלב הפוסט-משפט. בכל שלב יש רשות אחרת דומיננטית. המשטרה, הפרקליטות, השופט וביהמ"ש לערעורים.

ההליך הפלילי בדר"כ מתחיל עם תלונה. המשטרה היא הגוף המרכזי החוקר (ס' 59 לחסד"פ). יש עוד גופים כמו רשות המיסים, הרשות לניירות ערך וכו'. יש עוד גופים המקבלים, על פי חוק, הסמכה לבצע חקירות פליליות. אם יש גוף חוקר אחר, למעט המשטרה, חייב גוף זה לקבל הסמכה מפורשת מהחוק. חקירה במהותה, פוגעת בכבוד האדם וכל פגיעה בזכות אדם מחייבת הסמכה בחוק.

ס' 241 לחסד"פ: חוקרים ותובעים לפי חיקוק אחר

"(א) הוראות חוק זה אינן גורעות מסמכותו של אדם המוסמך על-פי חיקוק אחר לחקור בעבירה או לנהל את התביעה.

(ב) חוקר כאמור יעביר את חומר החקירה לפרקליט המחוז; אולם אם נקבע בחיקוק אדם אחר המוסמך לנהל את התביעה באותה עבירה, יעביר את חומר החקירה לאדם כאמור.

(ג) הוראות סעיף קטן (ב) לעניין חומר חקירה המועבר לפרקליט מחוז יחולו בכפוף להוראות סעיף 60(יא), ובכל מקום, במקום "המשטרה" יקראו "רשות אחרת המוסמכת על פי דין לחקור בעבירה"; לעניין סעיף קטן זה, "רשות אחרת המוסמכת על פי דין לחקור בעבירה" – למעט שירות הביטחון הכללי."

מהי תלונה?

ס' 58 לחסד"פ: תלונה

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

כל אדם רשאי להגיש תלונה. לא חייב הנפגע להגיש תלונה. גם אדם אחר יכול להגיש.

ס' 59 לחסד"פ: חקירת משטרה

"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."

כאשר נפתחת תלונה, לכאורה, אין למשטרה שק"ד. זה לא הגיוני. הרישא של הסעיף לא נותנת שק"ד אך הפסיקה קבעה שיש לפרש את הסעיף לסיטואציה בה יש חשד סביר לביצוע עבירה. יש תשתית ראייתית אובייקטיבית. לא יעלה על הדעת שעל כל תלונה מופרכת, המשטרה תהיה חייבת לזמן חשודים. בסיפא של הסעיף, כאשר מדובר בעבירה בדרגה נמוכה מפשע (מתחת ל-3 שנים), יש סמכות לקצין בדרגה מסוימת ומעלה לקבוע כי אין צורך לפתוח חקירה. כמו כן, לא צריכה תלונה פורמאלית. "נודע למשטרה" בכל דרך.

ס' 59א (ב) לחסד"פ: החלטה שלא לחקור בעבירות מין או אלימות כלפי בן הזוג

"(ב)  בקשת המתלונן שלא לחקור עבירת מין או אלימות שביצע כלפיו בן זוגו לא תהווה, כשלעצמה, סיבה יחידה להחלטה לפי סעיף 59 שנסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות לפתיחה בחקירה."

המחוקק מקשיח את התנאים בהם השוטר יכול להחליט לא לחקור.

מה עושה המשטרה? דבר ראשון, חקירה. אם זה חשוד, חוקרים תחת אזהרה. כלומר, הם חייבים להגיד לו על מה הוא חשוד, שיש לו זכות שתיקה מוחלטת וכן שיש לו זכות היוועצות עם עו"ד. לא רק חוקרים את החשוד, אלא גם עדים. כל אדם היכול להעיד פרטים אודות המקרה. עד לא חוקרים תחת אזהרה, הוא אינו חשוד. לעד אין זכות שתיקה מוחלטת אך כן יש לו זכות חיסיון מפני הפללה עצמית. אם עד שומר על זכות שתיקה מוחלטת, אפשר להעמיד אותו לדין על הפרת הוראה חוקית. לא מעט פעמים קורה שעד נחקר ומגיע למצב בו עולות נגדו חשדות והמשטרה צריכה לעצור ולהזהיר אותו על שינוי מעמדו לחשוד.

חוק סדר דין פלילי- חקירת חשודים מתייחס על אופן ביצוע החקירות.

האם הפרקליטות מעורבת? תלוי. בתיקים גדולים שיש להם השלכות ציבוריות/מורכבים, או תיקי מעצרים, הפרקליטות תהיה מעורבת אך בתיקים רבים אחרים, התביעה לא מתערבת.

מעצר לצורכי חקירה האם בכל חקירה יש מעצר? לא. יש אנשים החושבים שכן. אך דווקא ההפך. רוב החקירות לא כוללות מעצר. הכלל הוא חקירות ללא מעצר. מעצר זה חריג. זו הפגיעה הקשה ביותר בזכות לחירות. עד שלא הוכחה האשמה, אדם נחשב חף מפשע.

**שיעור 3- 7.11**

אנו לא מתיימרים בסקירה לענות על כל השאלות, זה רק כללי. זה חשוב לראות את היער ולא כל עץ ועץ. דיברנו על איך נפתחת חקירה ותלונה. ראינו מה קורה בחקירה. מה ההבדל בין חקירת חשוד מול חקירת עד. אמרנו שהכלל הוא שרוב החקירות נעשות ללא מעצר. מעצר זו אחת הפגיעות הקשות אם לא הקשה בזכות הדמוקרטית וזאת משום שכל עוד לא הוכח, אדם נחשב חף מפשע. במעצר, האדם עדיין בחזקת חף מפשע. יש פה שלילת חירות אדם מבלי שהוא הורשע. אנו נדבר לעומק במהלך הקורס. המעצר יכול להתבצע באמצעות מעצר ראשוני- עם צו של שופט או ללא. ניתן לטעון באופן גס שיש **שלושה תנאים מצטברים** על מנת לעצור אדם:

1. תשתית ראייתית מינימאלית- ראיות אשר קושרות אותו לעבירה. עוצמת התשתית תלויה בנסיבות האירוע. ככל שמתקדמים בשלבי המעצר, התשתית חזקה יותר
2. עילת מעצר- לא עוצרים אדם אם אין עילת מעצר, אם אין סיבה טובה לשלילת חירותו של אדם חף מפשע. יש כל מיני עילות מעצר כמו מסוכנות, חשש לבריחה וכו'.
3. מידתיות- חייבים לבדוק שאין אמצעי אחר שניתן להשתמש בו, אשר ישיג את אותה התוצאה, אשר יפגע כמה שפחות בזכויות האדם.

יש מגבלת זמן למעצרים. אם אנו מדברים על מעצר לפני כתב אישום, מדובר על 24 שעות. בשלב זה שהוא מובא לפני שופט לצורך הארכת מעצר, מדובר על מעצר ימים. גם כאן יש מגבלת זמן. לא ניתן להחזיק אדם במעצר ימים, ליותר מ-30 יום. אם רוצים יותר, חייבים אישור של היועמ"ש. גם אם יש אישור, לא מחייב שביהמ"ש יאשר. השופט אשר מאשר את ההארכות הוא שופט של בימ"ש שלום. גם אם נקבע תקופה מסוימת, המשטרה יכולה לשחרר לפני. מעצר ימים תמיד עדיף משום שקל יותר לחקור. למעצר יש תכליות שהן חשובות אך יש לו גם השפעה. אין עילת מעצר אשר קוראים לה: "החלשת כח התנגדות של העצור". זוהי רק השפעה משנית. חשוב לומר שבשלב המעצר, לצורכי חקירה, לפני הגשת כתב אישום, הסנגור והעצור לא רואים את חומר החקירה. מדוע? חוששים משיבוש וכן רוצים לתת למשטרה את מלוא הגמישות. מי שמטפל בבקשות להארכות מעצר, זו המשטרה. מותר בשלב המעצר, לפני הגשת כתב האישום, להגיש ראיות בלתי קבילות. ביהמ"ש הוא עצמאי. על החלטת ביהמ"ש, מותר להגיש ערר בזכות בפעם הראשונה ופעם השנייה כבר ברשות.

ראש התביעה הכללית הוא היועמ"ש. יש לו כל מיני כובעים. מתחת ליועמ"ש יש סוגי תובעים המפורטים בס' 12 לחסד"פ: התובעים

"(א)  ואלה התובעים:

(1)   היועץ המשפטי לממשלה ונציגיו, ואלה הם:

(א)   פרקליט המדינה, משנהו, פרקליטי המחוז ופרקליטים אחרים מפרקליטות המדינה ששר המשפטים קבע את תאריהם בצו שפורסם ברשומות;

(ב)   מי שהיועץ המשפטי לממשלה הסמיכו להיות תובע, דרך כלל, לסוג של משפטים, לבתי משפט מסויימים או למשפט מסויים;

(2) שוטר שנתקיימו בו תנאי הכשירות שקבע שר המשפטים בהתייעצות עם שר הפנים ונתמנה להיות תובע בידי המפקח הכללי של המשטרה.

(ב)  תובע כאמור בסעיף קטן (א)(2) מוסמך לשמש תובע בתיקים שבהם הועבר לו חומר החקירה בהתאם להוראות סעיף 60; אולם רשאי היועץ המשפטי לממשלה להורות שסוג של משפטים, משפט פלוני או הליך פלוני ינוהלו בידי תובע אחר.

(ג)   היועץ המשפטי לממשלה רשאי לאצול לפרקליט המדינה, דרך כלל, לסוגי ענינים או לענין מסוים, את סמכותו להסמיך תובע כאמור בסעיף קטן (א)(1)(ב).

(ד)  היועץ המשפטי לממשלה או פרקליט המדינה, לפי העניין, ידווח בכתב, מדי שנה, לוועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת על הסמכת שוטרים לפי סעיף זה; בדיווח כאמור יפורטו מספר ההסמכות של שוטרים לפי סעיף קטן (א)(1)(ב) או סעיף קטן (ב) סיפה, היחידות שהוסמכו והסמכויות שניתנו להן."

כלומר, **שלושה סוגים**:

1. פרקליטות- מופיעה בביהמ"ש העליון בכל הערכאות בדר"כ בעבירות פשע ומעלה למרות שהחוק הוא יחסית מתוחכם, זה רק עבירות שחשובות לפרקליטות. היא הגורם שבדר"כ שומעים עליו בתקשורת אולם אין היא הגוף הגדול אשר מגיש את רוב התביעות.
2. תביעה משטרתית- שוטרים אשר ממונים כתובעים. מופיעים בעיקר בעבירות חטא ועוון ובבימ"ש שלום. נמצאים במחלקה נפרדת מהשוטרים אשר עושים את הליך החקירה. ההפרדה חשובה. יש להם תיקים רבים מאוד. יש עומס עצום על התביעה המשטרתית.
3. תובעים שקיבלו הסמכה מהיועמ"ש- הגשת עבירות בעבירות מסוימות. יש אפשרות שגם עו"ד פרטיים יקבלו סמכויות כאלה מהיועמ"ש. זו מעין הפרטה. יש פיקוח הדוק על תובעים אלה. יש עו"ד שיש להם התמקצעות בתחומים מסוימים שהתביעה המשטרתית לא מומחית גדולה. אבל הסיבה העיקרית היא שחסרים תקנים.

תפקיד התובע הוא לבדוק את חומר הראיות ולהחליט האם סוגרים את התיק או מגישים כתב אישום. עושים זאת על בסיס חומר החקירה. ברירת המחדל היא שהתובע לא נפגש עם עדים. יש מקרים בעבירות מסוימות שהתובע נפגש עם עדים אבל זה לא עניין שבשגרה וכן זה רק להתרשמות ולא לחקירה. אם תובע מחליט להגיש כתב אישום, הוא יעשה זאת רק אם מתקיימים שני תנאים מצטברים שהחוק מונה.

**שני התנאים**:

1. תשתית ראייתית- נדרש רף של סיכוי סביר שביהמ"ש ירשיע מעל כל ספק סביר.
2. נסיבות העניין- האם נסיבות העניין מתאימות להעמדה לדין. זה תנאי שיש בו לא מעט מקום לבחינה נורמטיבית של תועלת מול נזק.

תובע יכול לבקש השלמת חקירה.

ס' 61 לחסד"פ: המשך החקירה

"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."

\*לעבור על חוק המעצרים ועל החסד"פ (נוסח משולב).

אם תובע רוצה לסגור את התיק, הוא צריך לתת נימוקים לכך.

**סוגי נימוקים**:

1. חוסר ראיות- יש ראיות אך הן לא מספיקות להרשעה. בסגירת תיק מחוסר ראיות, התיק עדיין נשאר במשטרה.
2. חוסר אשמה- זה לא שאין ראיות או שהייתה התרשלות של המשטרה אלא שאין כל ספק שהוא לא ביצע כלל את העבירה. סגירת תיק מחוסר אשמה מוחקת לחלוטין מתיקי המשטרה.
3. חוסר עניין לציבור- נסיבות העניין לא מתאימות להעמדה לדין. שינוי את הביטוי "עניין לציבור".

לאחר סגירת תיק **מותר להגיש**:

1. ערר- על פי ס' 64 לחסד"פ
2. סגירת תיק בהסדר- בסיטואציה הזו, מדובר בעבירות חטא או עוון, המנויות בחוק. זה אומר שלא נגיש כתב אישום אם האדם יתחייב לבצע התחייבויות מסוימות שיסכימו עליהן (רשימה סגורה בחוק). אם האדם יבצע, התיק לא יוגש. (כמו כן יש עניין של זמן). יש כל מיני תנאי סף.

מהו מעצר עד תום הליכים? החשוד אינו חשוד אלא כבר נאשם. זהו הליך המבקש לעצור את הנאשם לאורך כל המשפט. על מה מעצר כזה נתלה? משפט. אם אין בקשה למעצר כזה, אין לחץ. אך כאשר יש סיטואציה בה החשוד היה עצור במעצר ימים ועכשיו רוצים להגיש את כתב האישום ולעצור אותו עד תום ההליכים, יש מגבלת זמן.

ס' 17(ד) לחוק המעצרים: מעצר לפני הגשת כתב אישום

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

ס' זה מאפשר לבקש עד 5 ימים רק להכין כתב אישום בבקשת מעצר עד תום הליכים כדי שיהיה רצף.

מי שמגיש את הבקשה למעצר עד תום הליכים הוא כבר התובע.

יש **שלושה תנאים מצטברים:**

1. תשתית
2. עילה
3. היעדר חלופה ראויה

יש מגבלת זמנים. ביהמ"ש צריך לתת את הדין בתוך 9 חודשים. זה לא באמת קורה ולכן יש אפשרות להאריך את התקופה על-ידי שופט ב- 90 יום ללא הגבלה במספר הארכות.

בניגוד למעצר לצורכי חקירה, הואיל והחשוד מקבל את התואר "נאשם" הוא כבר צד להליך והוא כבר זכאי לעיין בכל חומר החקירה. ימי המעצר בפועל, מקוזזים מהעונש אם הנאשם יורשע בעונש של מאסר. לא חייב להיות רצף בין מעצר לפני הגשת כתב האישום לבין מעצר אחרי כתב האישום. **דוגמא**: מתחילה פרשת התביעה והנאשם עובר עד עד ומבהיר להם איך הוא מצפה שהוא יעיד. זו עילה למעצר.

השופט אשר ידון בבקשת המעצר עד תום הליכים, בדר"כ לא יהיה השופט אשר ידון בכתב האישום וזאת משום שאין אנו מעוניינים שהוא יעיין בראיות לפני שישמע את העדים. בבקשת מעצר עד תום הליכים נחשפים לראיות התביעה משום שצריך לבחון האם יש תשתית ראייתית. בבקשת מעצר עד תום הליכים, התשתית היא כבר סיכוי סביר להרשעה אך מחויבת להיות מגובה בראיות קבילות בלבד. השופט יכול להחליט שהוא מאפשר מעצר, או שהוא משחרר. במעצר עד תום הליכים יש אפשרות למעצר באיזוק אלקטרוני. זה קיים רק בבקשת מעצר זה. גם כאן ניתן להגיש ערר בזכות בפעם הראשונה וברשות בפעם השנייה. הדיון בבקשת מעצר כזה הוא שונה מהדיון בבקשת מעצר לפני הגשת האישום בעיקר בגלל שהנאשם וסנגורו כבר נחשפים לכל חומר הראיות.

60א לחסד"פ: יידוע על העברת חומר חקירה לתובע בעבירת פשע

"(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."

בעבירות פשע בלבד, החשוד יכול לנסות ולשכנע את התביעה לא להגיש נגדו כתב אישום. יש לזה חריגים כמו, אם העצור/החשוד לפני הגשת כתב האישום, ויש כוונה לעצור אותו עד תום ההליכים, אז אין זמן לתת לו 30 יום לשימוע משום שחייבים רצף.

כמה מילים על כתב אישום. כתב אישום הוא מסמך שחייב להיות בכתב. יש בו סיפור. הוא יכול להיות מוגש על נאשם אחד על מספר פרשות או כמה נאשמים בפרשה אחת. יש בו סיפור והוא מספר את האישום ומתחתיו יש רשימת העבירות בהן התביעה מבקשת להאשים את הנאשם. כתב אישום זה עניין מקצועי לכל דבר. יש צורך לנסח את הסיפור באופן כזה שאם הנאשם יודה בהכל, יהיה ניתן להעניש אותו בכל העבירות המופיעות מתחת. יש גם רשימת עדי תביעה, אשר התביעה מציינת שהם יהיו העדים שבאמצעותם הם ינסו להוכיח מעל לכל ספק סביר. יש פה משחק עם קלפים פתוחים. התביעה, בניגוד לכך, לא יכולה לדעת מי יהיו עדי ההגנה ובאיזו אסטרטגיה הנאשם ינקוט.

התביעה חייבת להודיע אם היא מעוניינת במאסר בפועל. מדוע זה חשוב? כי זו אחת העילות למינוי סניגור ציבורי. אם התביעה מודיעה שיש סיכוי לכך שהיא תבקש מאסר בפועל, יש לזה משמעות.

## המשפט

המשפט מתחיל בהקראה. זהו השלב הפורמאלי של פתיחת המשפט. מה קורה? הנאשם יכול להודות או לכפור. ניתן גם לטעון טענות מקדמיות (נושא העבודה שתהיה).

ס' 149 לחסד"פ: טענות מקדמיות

"לאחר תחילת המשפט רשאי הנאשם לטעון טענות מקדמיות, ובהן –

(1)   חוסר סמכות מקומית;

(2)   חוסר סמכות ענינית;

(3)   פגם או פסול בכתב האישום;

(4)   העובדות המתוארות בכתב האישום אינן מהוות עבירה;

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

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

(7)   חסינות;

(8)   התיישנות;

(9)   חנינה;

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

הטענות המקדמיות הן טענות שנטענות בשלב מקדמי משום שהן טענות פרוצדוראליות (חוץ מהגנה מהצדק שהיא טענה שיותר גולשת למהות העניין). אם הן מתקבלות, אין הן מובילות לזיכוי, אלא לביטול כתב האישום או לתיקונו או להעברת כתב האישום לבימ"ש אחר. יש שתי טענות מקדמיות שאם לא טוענים אותן בשלב זה, כדי לטעון אותן בהמשך, צריך רשות. **והן**:

1. חוסר סמכות מקומית
2. פגם או פסול בכתב האישום.

יתר הטענות ניתן לטעון גם בהמשך. הגנה מהצדק היא טענה מקדמית שהתקבלה בפסיקה ובהמשך עוגנה בחקיקה בס' 149 (10).

במשפט פלילי, אין כתב הגנה. הנאשם משיב לכתב האישום. הוא יכול להשיב בע"פ אך בדר"כ בתיקים מורכבים, עדיף להשיב בכתב.

נק' המוצא היא שלא הנאשם צריך להוכיח את חפותו אלא התביעה צריכה להוכיח מעל לכל ספק סביר שהוא אשם. הנאשם יכול להחליט שהוא שותק. זה לא כדאי משום שזה יהווה חיזוק לראיות התביעה. הוא יכול להחליט שהוא כופר בחלק מהעובדות או בכולן, כופר בחלק ומודה באחרות, או מודה בכולן. אם הוא מודה בכולן, עוברים ישר להכרעת דין. אין צורך בשלב ההוכחות. בבימ"ש, אם נאשם מודה, אין צורך ב-"דבר מה נוסף" ראייתי (דבר השונה מהודאה במשטרה).

אם יש כפירה, גם אם חלקית, עוברים לשלב ההוכחות. במקרה של הודאה בשלב זה, זה כנראה תולדה של הסדר טיעון. באיזה מצב יבוא נאשם וכבר יודה, מיד בשלב ההקראה? זה סביר להניח בגלל הסדר טיעון **דוגמא**: פרשת קצב. מזוז החליט להגיע איתו להסדר טיעון מקל מאוד. התכנון היה שבשלב ההקראה, קצב יבוא ויודה בכתב האישום המצומצם שהוא תולדה של הסדר טיעון ובכך יסתיים התהליך. קצב היה אמור להודות בכתב האישום המצומצם. קצב החליט לסגת מהסדר הטיעון והודיע שהוא אינו מוכן. הייתה השלמת חקירה ובסוף הגישו כתב אישום חמור בעניין עונש ובסופו של דבר הוא הורשע על כתב האישום החמור.

המטרה של שלב ההקראה היא לנסות לברר את גבולות המחלוקת. צריך להבהיר שיש לשלב ההקראה חשיבות פרוצדוראלית אשר משפיע על דברים בהמשך. **דוגמא**: אם רוצים לתקן את כתב האישום, לאחר ההקראה, יש צורך לבקש לתקן. **דוגמא אחרת**: אם התביעה מעוניינת לבטל את כתב האישום, לאחר ההקראה, זה כבר זיכוי (לפני זה יהיה רק ביטול).

ס' 94 לחסד"פ: תוצאות חזרה מאישום

"(א) חזר בו תובע מאישום לפני תשובת הנאשם לאישום, יבטל בית המשפט את האישום; חזר בו לאחר מכן, יזכה בית המשפט את הנאשם מאותו אישום.

(ב) בהסכמת התובע והנאשם רשאי בית המשפט לבטל אישום, בכל עת עד להכרעת הדין, ודין הביטול יהיה כדין ביטול לפני תשובת הנאשם.

(ג) אישום שבוטל, לפי סעיף קטן (ב), לא יוגש מחדש אלא באישור היועץ המשפטי לממשלה ומטעמים שיירשמו."

בסעיף (ג) יש תחכום. יש אפשרות שהתביעה וההגנה יסכימו על חזרה מכתב האישום ללא שזה יהיה זיכוי. במקרה וזה קורה, כדי להגיש את כתב האישום מחדש, יש צורך באישור של היועמ"ש.

ס' 152 לחסד"פ: תשובת הנאשם לאישום

"(ג) בית המשפט יסביר לנאשם שאם ברצונו לטעון טענת "במקום אחר הייתי" – כטענה יחידה או בנוסף לאחרות – עליו לעשות כן מיד, ויסביר לו את תוצאות הימנעותו מעשות כן, כאמור בסעיף קטן (ד), הכל זולת אם ראה בית המשפט שאין מקום לטענה האמורה.

(ד) משלא טען הנאשם מיד "במקום אחר הייתי", או שטען ולא ציין את המקום האחר, לא יהיה רשאי להביא ראיות - בין עדות עצמו ובין ראיות אחרות - כדי להוכיח טענה כאמור אלא ברשות בית המשפט."

אם נאשם מעוניין לטעון, לאחר שלב ההקראה, הוא יצטרך לבקש רשות.

במקרה של כפירה בטענות, עוברים לשלב ההוכחות.

התביעה היא זו המתחילה. מתחילים בראיות. היא צריכה להוכיח את עובדות כתב האישום מעל כל ספק סביר. הראיות יכולות להיות ראיות בכתב, חומריות או עדים. אין בהליך הפלילי תצהירי עדות ראשית (מונח בסד"א. נועד לחסוך בזמן. התובע בהליך אזרחי, כבר כותב את התצהיר שיהיה התחליף לעדות ראשית. כך הנתבע יחקור את התובע בחקירה נגדית ישירות) עושים חקירה ראשית, חקירה נגדית על-ידי ההגנה ואם צריך, חקירה חוזרת. עדי התביעה נחקרים בסדר שהתובע מחליט.

עד עוין- עד תביעה בדר"כ. אם הוא מעיד הפוך ממה שהעיד במשטרה, התביעה יכולה להכריז עליו כעד עוין וביהמ"ש יכול להסכים לתביעה לחקור אותו בחקירה נגדית.

אם יש הודאת נאשם במשטרה, האם ניתן להגיש אותה כראיה לעניין תוכנה? זו בעיה. מבחינה משפטית, זו עדות מפי השמועה. מדוע? מי גבה? החוקר. הוא יכול להעיד שהוא שמע את הנאשם אומר לו את הדברים אך הוא לא יכול להעיד על תוכנה. עדות מפי השמועה היא אינה קבילה. הכלל בדיני ראיות הוא שעדות מפי השמועה אינה קבילה משום שאנו חוששים מעניין מהימנותה. אך יש חריגים. אחד מהם, הוא הודאת נאשם. אם נאשם הודה במשטרה, חוקר יכול להגיש אותה כראיה אך יהיה צורך להוכיח שההודאה הגיעה באופן חופשי ומרצון (ס' 12 לפק"ר). אבל, בגלל שזה חריג, הפסיקה פסקה שיש צורך ב-"דבר מה נוסף". צריך ראייה נוספת על מנת לאמת את מה שהודה. אם נאשם לא יעיד, זה עדיין לא בהכרח יסייע לו אם הודה במשטרה.

כאשר מסתיימת פרשת התביעה, התובע אומר "אלו עדיי". ואז מתחילים את ראיות ההגנה. בשלב זה ניתן לטעון "אין להשיב לאשמה". מה זה? הנאשם אומר לביהמ"ש שהעדויות אינן מובילות להרשעה מעל לכל ספק סביר, גם אם כולן תוכחנה כאמת. הוא אומר שאין להם מספיק קייס כדי שיצטרך להוכיח את ההגנה. הוא פונה בעצם לביהמ"ש ומבקש לזכות אותו כבר בשלב זה. כמה זה קורה? מעט מאוד. **דוגמא**: פס"ד **קהלני**. טען טענה זו, קיבלו את טענתו וזיכו אותו, היה ערעור, קיבלו את הערעור, היה משפט נוסף, שם טען זאת שוב וזיכו אותו.

עו"ד רציניים בקושי יטענו טענה זו אלא אם יש להם בסיס חזק. סיכוי קבלת טענה כזו, הוא לא גבוה.

עוברים לטענות ההגנה. נאשם לעולם לא עד תביעה. אם הוא רוצה, הוא יכול להיות עד הגנה. הוא יכול לשתוק במשפט. אם הוא שותק, הוא לא עולה להעיד אך יש לכך מחיר משום שזה עלול להוות חיזוק או סיוע.

ס' 162 לחסד"פ: שתיקת הנאשם

"(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."

אם הוא רוצה להעיד, הוא צריך להעיד ראשון (שלא ישמע את העדויות האחרות מההגנה). אם הוא רוצה להעיד יותר מאוחר, הוא צריך רשות. שאר העדים לא שומעים את עדי התביעה.

יש שלב של עדי הזמה.

ס' 165 לחסד"פ: ראיות נוספות מטעם התובע

"בית המשפט רשאי להרשות לתובע להביא ראיות לסתור טענות העולות מראיות ההגנה ואשר התובע לא יכול היה לצפותן מראש, או להוכיח עובדות שהנאשם חזר בו מהודייתו בהן לאחר סיום פרשת התביעה."

לאחר פרשת ההגנה, התביעה יכולה לבקש להביא עדים שהיא לא יכלה לצפות מראש. לא מדובר בהתרשלות. **דוגמא**: נאשם ששתק במשטרה. אין לו בכלל גרסה. הוא פורש את גרסתו המלאה בפעם הראשונה בחקירה ראשית. המשטרה מבינה שכדי להפריך את גרסתו, היא צריכה להביא עדים נוספים.

יש גם מושג של עדות כבושה. אם הנאשם שתק לאורך כל החקירה, ולראשונה הוא פורש את גרסתו בפרשת ההגנה, משקלה של עדותו תהיה נמוכה מאוד עד שייתכן תהיה כמעט כבושה. למה? למה שנאמין לו? איפה הוא היה עד עכשיו?

יש גם אפשרות לבימ"ש להביא עדים מטעמו.

ס' 181 לחסד"פ: עדות מטעם בית-המשפט

"נקרא עד להעיד מיזמת בית המשפט לפי סעיף 167 יתן בית המשפט לבעלי הדין הזדמנות לחקרו חקירה שכנגד בסדר שיקבע."

עוברים לשלב הסיכומים. התביעה מסכמת ראשונה ואז ההגנה. עוברים להכרעת הדין. יש הגבלת זמן לכך.

ס' 181א לחסד"פ: מועד למתן הכרעת הדין

"בתום בירור האשמה יקבע בית המשפט מועד למתן הכרעת דין; המועד יהיה בתוך 30 ימים מיום שמיעת הסיכומים לענין האשמה או מיום הגשתם; נשיא או סגן נשיא של בית המשפט רשאים להאריך את התקופה מטעמים מיוחדים שיירשמו; על הארכה כאמור ידווח נשיא או סגן נשיא של בית המשפט לנשיא בית המשפט העליון."

אם ביהמ"ש מחליט שהוא זכאי, ביהמ"ש צריך להתחיל עם זה. אם הוא אשם, עוברים לשלב גזר הדין. מעין מיני-משפט לגבי איזה עונש להחיל על הנאשם. כאן, התביעה יכולה להביא ראיות שלא הייתה יכולה להביא לפני כמו רישום פלילי, עדות קורבן, עדות משפחה ועוד. גם כאן, יש חקירה ראשית, חקירה נגדית וחקירה חוזרת.

לאחר מכן גם ההגנה יכולה להביא עדי אופי (עדים שאמורים לשכנע את בהימ"ש להשיט על הנאשם עונש קל יותר. עדים שיבואו ויוכיחו למשל את תרומתו הגדולה לקהילה וכו'). גם פה יש חקירה ראשית, חקירה נגדית וחקירה חוזרת. ביהמ"ש יכול לבקש תסקיר קצין מבחן לעניין העונש (ס' 37-38 לחוק העונשין). בעבירות מין גם תסקיר קורבן.

לאחר מכן עוברים לסיכומי התביעה לעונש, סיכומי ההגנה לעונש (תמיד יש לנאשם זכות להגיד את המילה האחרונה ואז יש את גזר הדין) ניתן לבקש דחיה לביצוע העונש.

**דרכי ענישה**:

1. מאסר בפועל (עד 9 חודשים ניתן לשנות לעבודות שירות)
2. מאסר על תנאי
3. קנס כספי
4. פיצוי למתלונן
5. שירות לתועלת הציבור

לא ניכנס לכל דרכי הענישה. אלו דוגמאות. ביהמ"ש גם יכול להחליט שאדם ביצע מעשה אך הוא לא ירשיע. זה במקרים נדירים מאוד של אנשים נורמטיביים, מעידה חד-פעמית. הרשעה שיכולה לגרום לנזק עצום לעתידו ולכן ביהמ"ש יכול לבטל הרשעה.

\*עיכוב הליכים- ניתן להגיש בקשה לעיכוב הליכים. היועמ"ש יכול לעקב הליכים. הנאשם בדר"כ מגיש אותה.

\*התליית הליכים- הנאשם ברח למשל ולא רוצים שהמשפט יהיה תלוי ולכן ניתן להתלות.

לאחר המשפט, יש אפשרות לערער. או דיון נוסף או משפט חוזר. אחד הדברים החשובים הוא שבהליך פלילי אין ערעור על החלטת ביניים. מערערים רק בסוף.

**יש חריגים**:

1. מחלוקת בעניין גילוי חומר חקירה- ס' 74 לחסד"פ. **דוגמא**: יש מתלוננת שכתבה יומנים והנאשם מבקש לראות אותם. ביהמ"ש לא מאפשר והוא מעוניין לחלוק על החלטתו. אין סיבה לחכות לסוף המשפט משום שזה יכול לשנות הכל. ניתן להגיש ערר בחקירת ביניים.
2. טענת פסלות- אם מגישים והשופט לא מקבל את הטענה, ניתן להגיש ערר לנשיא ביהמ"ש העליון כבר באמצע ההליך
3. עתירה לבג"ץ- תמיד ניתן להגיש בג"ץ כנגד החלטה של בימ"ש. זה מהלך מאוד חריג ועוד יותר חריג שבג"ץ יקבל.

דיון נוסף- אפשרות נוספת שעומדת בפני הצדדים. בקשה לדיון נוספת מוגשת לביהמ"ש העליון. שלושה שופטים דנים. במקרים מאוד חריגים.

משפט חוזר- הליך חריג. דיברנו עליו קצת. מתאפשר כאשר הנאשם מבקש לפתוח במשפט חוזר. בדר"כ לא עושים את זה. במקרים קיצוניים המנויים בחוק בתי המשפט, ניתן להגיש בקשה לביהמ"ש העליון למשפט חוזר. זה מה שקורה היום עם משפט זדורוב. משפט חוזר זה רק כאשר ההגנה מבקשת, לא במקרה ההפוך.

ערעור- שני הצדדים יכולים להגיש. זה לא מובן מאליו, במיוחד כאשר יש זיכוי. יש מדינות בהן אין אפשרות בכלל לתביעה לערער על הכרעת דין במקרה של זיכוי. בישראל, גם התביעה וגם ההגנה יכולות לערער. ערכאת ערעור לא מתערבת בעובדות. ככלל ערעור הוא בסוגיות משפטיות. תפקידו למצוא שגיאות בהליך. ערכאת הערעור לא עושה משפט חדש.

ס' 215 לחסד"פ: דחיית ערעור על אף טענה שנתקבלה

"בית המשפט רשאי לדחות ערעור אף אם קיבל טענה שנטענה, אם היה סבור כי לא נגרם עיוות דין".

ניתן לקבל ערעור אבל לא לשנות תוצאה משום שלא נגרם עיוות דין.

ערעור בזכות פעם ראשונה, ברשות פעם שניה. יש זמן מוקצב. ניתן להאריך. יותר יקבלו להאריך לנאשם מאשר לתביעה (עניין חייבטוב). ביהמ"ש כערכאת ערעור, לא שומע ראיות. הוא כן יכול להחזיר את הדיון לביהמ"ש הקודם במקרה שהוא חושב שיש ראיות שלא הובאו (או להתעסק בהן בעצמו אך זה נדיר).

## ההשפעה של המהפכה החוקתית על הסד"פ

נושא שילווה אותנו רבות. ב- 1992 נחקקו שני חוקי היסוד העוסקים בזכויות האדם. אנו רואים את משמעות חוקי יסוד אלה בהליך הפלילי. אם דיברנו על מעצר, אשר פוגע בחירות, או אם נדבר על חוקי החיפוש הפוגע בזכות לקניין ובזכות לפרטיות. שלא נדבר על כלל דרכי החקירה העלולות לפגוע בכבוד האדם. פוטנציאל הפגיעה הוא עצום. בישראל אין לנו חוקי יסוד העוסקים בזכויות אדם מלבד שני חוקים אלו וכן אין כלל חוק-יסוד העוסק בזכויות חוקתיות של חשודים ונאשמים. היינו מצפים שזכויות כאלה יהיו מעוגנות בחוקה. חו"י: כבוד האדם וחירותו שינה את כללי המשחק. אין בחוק יסוד זה התייחסות לזכויות הדיוניות של חשודים ונאשמים אולם יש התייחסות קונקרטית לזכות לכבוד, לקניין, לחירות ולפרטיות. ניתן לגזור מזכויות אלה את הזכויות הדיוניות ואכן יש מאמר "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מאמר של אהרון ברק. הוא אומר פחות או יותר שהזכות לכבוד האדם, היא בסיס ראוי שניתן להשתית עליו את הזכויות הדיוניות של נאשמים וחשודים בהליך הפלילי, גם אם אין הן רשומות ברחל בתך הקטנה. הצינור הוא הזכות לכבוד האדם.

אנו מכירים את המבנה של פסקת ההגבלה. יש לה **שתי תכליות**:

1. מעמד- מעלה את הזכויות לדרגה חוקית על חוקית.
2. מגבלה- העובדה שאין לנו בישראל זכויות יסוד מוחלטות. הן יחסיות (מלבד הזכות כנגד עינויים).

אם נקרא את פרשת יששכרוב, השופטת ביניש לא הכריעה מה המעמד החוקתי של זכויות דיוניות של חשודים ונאשמים למרות שהיא כן אומרת שהגישה המסתמנת שהזכות להיוועצות היא חוקתית. העמדה של ברק בהחלט התקבלה והיא אומרת שגם אם לא מכריעים בשאלה, האם הזכות להליך הוגן זכתה במעמד חוקתי במלוא היקפה, פגיעה מהותית בזכות להליך הוגן, תעלה לכדי פגיעה מהותית בזכות לכבוד האדם. הזכות להליך הוגן, נכנסת לחוק דרך הצינור של כבוד האדם. בפס"ד זה קיבלנו את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית אשר כבר מעוגנת בס' 56א לפק"ר.

הלכת יששכרוב ניתנה ב-4.5.06. ההלכה הולידה את כלל הפסילה הפסיקתית- ראיה שהושגה שלא כדין, תיפסל, אם קבלתה במשפט, תיצור פגיעה מהותית בזכות להליך הוגן החורגת מגדרי פסקת ההגבלה. אנו מבינים שלמרות הדרמה בהלכה זו, עדיין הזכות להליך הוגן היא יחסית. מדברים על פגיעה מהותית. תהליך החוקתיזציה השפיע על הסד"פ בהרבה מאוד היבטים. דוקטרינת הגנה מהצדק נולדה בפס"ד **יפת**, ומשקפת את ההשפעה. דוקטרינה זו אומרת שיש מקרים שבשל הפגיעה הכל כך קשה בהליך ההוגן, צריך לבטל את כתב האישום בלי קשר לשאר החפות. המשפט המנהלי והמשפט הפלילי מתחברים כאן. לא עוסקים בשאלה האם האדם באמת אשם, מבקשים מביהמ"ש לבטל את כתב האישום בגלל הפגיעה הכל כך קשה בהליך. דוקטרינה זו היא כל כך רחבה שהיא כוללת בתוכה טענות רבות כמו משפט על-ידי התקשורת, אכיפה בררנית ועוד. בפס"ד יפת ביהמ"ש יצר רף כמעט בלתי עביר- המצפון צריך להזדעזע, ביהמ"ש צריך להיות פעור פה. הגישה התרככה. בפס"ד בורוביץ' דיברו כבר על רשלנות. בהמשך זה עוגן בס' 149(10) לחסד"פ.

היום ובשיעור הבא נדבר על ההשפעה הקונקרטית. אנו נראה כל מיני דוגמאות שהמכנה המשותף הוא שביהמ"ש נותן הרבה יותר משקל להגנת זכויות חשודים ונאשמים ופחות משפט לאינטרס הציבורי. יש כאן שינוי בנק' האיזון.

דנ"פ 2316/95**גנימאת**

מאוד ממחיש זאת על עניין מעצרים.

עובדות המקרה- תושב חברון שהואשם בגניבת שני רכבים והשאלה הייתה האם לעצור אותו עד תום הליכים. ביהמ"ש קבע כי יש לעצור משום שגניבת רכבים היא מכת מדינה. זה הגיע לבג"ץ ושם נקבע שמכת מדינה לא יכולה להוות עילה עצמאית למעצר עד תום הליכים. זה הגיע לדיון נוסף בהיקף מורחב. זו שאלה עקרונית בעלת השלכות מרחיקות לכת. העובדה שאדם הועמד לדין בעבירה שהיא מכת מדינה, ואם אנו עוצרים אותו רק בגלל זה, מהי תכלית המעצר? התרעה. רוצים לשדר מסר לכל הגנבים הפוטנציאליים. במדינה דמוקרטית, זה לא יכול לקרות. לא יכולים לעשות שימוש בנאשם, שהוא עדיין בחזקת חף מפשע ולשלול לו את החירות. אילו הייתה עילה נוספת עצמאית, ניחא היה ניתן אך אם העילה היחידה היא למען הרתעה, זו פגיעה שאנו לא יכולים להרשות.

ביהמ"ש העליון- בדיון הנוסף אומר את האמירה הברורה **שלא ניתן לעצור אדם עד תום הליכים, לפני שהוא הואשם, רק מטעם עילת מכת מדינה.** אם הנאשם הזה יורשע, ובמסגרת הדיונים לעונש, התביעה תטען שצריך להחמיר כי העבירה היא מכת מדינה, זה לגיטימי. מדוע? כי הוא כבר לא חף מפשע.

למה זה נפסק בגנימאת? כי היה חוק מעצרים חדש אך הוא עדיין לא היה בתוקף. כל דיני המעצר היו על פי חקיקה קודמת. ביהמ"ש אומר שהוא מפרש אותה ברוח המהפכה החקיקתית. יש בתוך הלכת גנימאת מחלוקת בין השופטים. הנשיא שמגר אומר שזו לא דרמה רצינית. הוא אומר שחוק כבוד האדם צריך לא רק לעמוד לנאשמים, אלא גם לקורבנות, שהם זכאים להגנה. ברק אומר לו שהוא צודק אך הוא יאזן בין שתי הזכויות כאשר הן מתנגשות. השופטת דורנר אומרת שלפי דעתה לא צריך לעשות איזון אופקי בין זכויות הנאשם לזכויות הקורבן. היא אומרת שזכויות הקורבן נכנסות לתוך האינטרס הציבורי. לא ניכנס לדיון החוקתי הזה. יש את חוק זכויות נפגעי עבירה. חוק מ-2001 שעיגן את זכויות הקורבנות בעבירות מסוימות (מין ואלימות). יש להם זכויות קונקרטיות. אין להם זכות וטו. צריכים לשמוע את עמדתם לפני כל החלטה בדבר הנאשם. התביעה מחויבת לשמוע אותם.

**שיעור 4- 14.11**

אנחנו בהשפעת המהפכה החוקתית. התחלנו לדבר על שינוי בנק' האיזון. הנושא האחרון בו עסקנו, דרך פס"ד גנימאת, הצביע על כך שבעקבות המהפכה, בג"ץ נותן משקל רב יותר לזכויות לאינטרסים ולזכויות החשוד על פני הנאשם. רואים מגמות המראות את העניין הזה- נתינת משקל רב יותר להליך ההוגן על פני האינטרס הציבורי. ביהמ"ש מוכן לשלם את המחיר על כך. בפס"ד **שגית צמח** עלתה השאלה כמה זמן צריך להביא חייל בפני שופט כדי להאריך את מעצרו? האם התקופה המנויה בחוק, עומדת במגבלות של פסקת ההגבלה. באותו הזמן זה היה 36 שעות. זה היה תיקון לאחר שהורידו בעצם את השעות. זה היה חוק מיטיב. יש שאלה האם חוק מיטיב חוסה תחת סעיף שמירת הדינים או האם כל חוק הנכנס לתוקף לאחר כניסת חו"י, מוגבל על ידו לא משנה מה. לכאורה חוק מיטיב צריך להיות מוגן אך לפי המרצה אין זה משכנע. אם המחוקק חושב שצריך לתקן, הוא יתקן. ביהמ"ש אומר שכל חוק שיתוקן, גם אם הוא מתקן חוק שכן נהנה מסעיף שמירת הדינים, יפורש תחת פסקת ההגבלה. המחוקק בא ואומר שהוא מעוניין להוריד את מספר השעות אך יש הליך בירוקרטי שלם שמעורב בו הרבה מאוד כסף. השופט זמיר אומר בפס"ד שזכויות האדם עולות כסף. אנחנו צריכים להיות מוכנים לשלם מחיר על מנת להגן על זכויות האדם. השופט זמיר מסתכל על הפגיעה הקשה של המעצר ושואל האם יש צורך להתחשב בשיקולים תקציביים בירוקרטיים? כאשר בוחנים את האינטרסים מול הפגיעה הקשה בחירות, השופט זמיר אומר שזה מחיר סביר שהצבא צריך לעמוד בו. הוא לא מדבר על 24 שעות אלא מדבר על 48 שעות. זוהי דוגמא נוספת לכך שביהמ"ש מוכן לשלם מחיר על מנת להגן על זכויות.

לאחר חוקי היסוד ולאחר פס"ד המזרחי, נחקקו **שני חוקים**:

1. חוק המעצרים- ס' 1(ב) אומר שמעצר ועיכוב של אדם, יהיו בדרך שתבטיח שמירה מרבית על כבוד האדם וזכויותיו. המחוקק כבר מדבר בשיח של הזכות לכבוד. בפס"ד **עזאזמי** ביהמ"ש קובע **שמעצר זה גם פגיעה בכבוד**, ולא רק בחירות, ולכן **תמיד יש צורך למצוא חלופות למעצר**. השופט אלון אומר שהתנאים הקשים בתאי המעצר, גם הם צריכים להיות פרמטר לעיני השופט כאשר הוא בוחן את חלופת המעצר.
2. חוק החיפושים- עוסק במתי ניתן לבצע חיפוש בתוך גוף האדם. יש סעיפים שונים כמו ס' 2(ד) האומר שחיפוש בגופו של חשוד, יערך בדרך ובקיום שמירה מרבית על כבוד האדם, על פרטיותו, בריאותו ובמידה המועטה האפשרית של פגיעה בנוחות וכאב. יש כאן טרמינולוגיה של המחוקק לאחר חוקי היסוד ששמה את זכויות האדם במרכז. יש גם את פס"ד **גואטה**, שם השופט אלון קובע **שלא כל הסכמה לחיפוש יכולה לגרור לפגיעה ורמיסה בכבוד האדם**. בפס"ד זה, גואטה החביא שקית סמים בישבנו והסכים לחיפוש אפילו ברחוב. השופט קובע שלא ניתן לעשות חיפוש שכזה בצורה כזו. גם להסכמה יש גבולות.

שניהם חדשים יחסית. הם נחקקו ישר לאחר כניסת תוקפם של חוקי היסוד. שניהם מעלים על נס את זכויות האדם.

נעבור עכשיו לנושא העיקרי שילווה אותנו במהלך שאר הקורס

# השפעת חוקי היסוד על קבילות ראיות ועל פרשנות ס' 12 לפקודת הראיות

נעבור שוב להבחנה בין אמת עובדתית לבין אמת משפטית. נציג את משל הרכבות על מנת להראות את מה שקורה במשפט הפלילי בזמן האחרון. משל זה נוח משום שהוא מציג את הדילמה. אנחנו בתל אביב ואנו צריכים להחליט על איזה רכבת אנו עולים. לרכבת שדוהרת צפונה או לזו שדוהרת דרומה. נניח שלזו שנוסעת דרומה קוראים לה "רכבת הראיות". רכבת זו באה על מנת לדהור לכיוון הגשמת האמת העובדתית. אנחנו רוצים חפיפה בין האמת העובדתית לבין האמת המשפטית. אנחנו רוצים להוציא אותה לפועל. רכבת זו מתכתבת עם הרעיון של המעבר בין קבילות למשקל. מה זה אומר? אנחנו רוצים לעבור את הכללים הבינאריים של קביל לא קביל ליותר גמישים. רוצים לתת לשופט יותר כלים להכניס כמה שיותר ראיות לסל שלו. כמה משקל ניתן לכל ראיה? ניתן לשופט המקצועי לקבוע על פי הנסיבות. ולכן, נק' המוצא היא שכל המחסומים הפורמאליים, יוצרים פער בין האמת העובדתית לאמת המשפטית ולכן אנו צריכים למזער את הדיונים הבינאריים המונעים מאתנו להגיע לחקר האמת. זוהי מגמה די חדשה. מה קרה ב92? חוקקו חוקי היסוד, פתאום יש רכבת אחרת, עכשיו צפונה. לרכבת זו נקרא "רכבת הזכויות". היא תולדה של אותה מהפכה חוקתית. רכבת זו, אומרת שנפל דבר בישראל, יש שני חוקי יסוד המעלים על נס את זכויות היסודות ומציבים אותם ברמה חוקית על חוקית ולכן הפרוצדורה הפלילית מקבלת פרספקטיבה אחרת שאומרת שאנו רוצים אולי מסגרת שתסלק כל ראיה שהושגה בדרך אשר פגעה בזכות להליך הוגן, אשר נכנסת דרך הזכות לכבוד. אנחנו צריכים לשאול את עצמו כל יום באיזה חברה אנו מוכנים לחיות והאם אנחנו מוכנים להכניס לסל הראיות גם ראיות שהושגו תוך פגיעה בזכות לכבוד. אומרים שצריכים ליצור כלל שיפסול ראיות כאלה. יש שאלה כמה אנחנו מעוניינים לדהור. האם לשופטים לא יהיה שק"ד וכך יש כלל פסילה גורף או האם כן יש להם שק"ד? תכלית כלל פסילה גורף היא מורכבת, יש לה מספר רבדים. אחד, הרתעת המשטרה וחינוכה. אך זה לא רק זה, אלא גם תכלית חוקתית. אם אנחנו באמת מדברים על הזכות לכבוד כזכות מרכזית, איך ביהמ"ש יראה אם יכניס ראיה שהושגה תוך מעשה פסול? הוא יהיה שותף למעשה ויפגע באמון הציבור. יש תכלית נוספת- אם יש פגיעה כזו מהותית, ייתכן ואנו לא נצליח להגיע לאמת העובדתית. אדם שהודאה בגלל הפגיעה, למרות שהוא חף מפשע לחלוטין, יש כאן דווקא ריחוק מן האמת העובדתית. אז על איזו רכבת אנחנו עולים?

יש **פרמטרים נוספים**:

1. שק"ד חומרת העבירה- אם זו עבירה כל כך חמורה, על איזו רכבת נעלה?
2. דוקטרינת פירות העץ המורעל- מה לגבי ראיה שהושגה כדין אך לא היינו מגיעים אלמלא ראיה קודמת שהושגה שלא כדין. האם נאמץ את הדוקטרינה האמריקאית האומרת שאם הגזע מורעל, כך גם כל הפירות? אם עקבנו אדם שלא כדין, והוא נחקר בתחנת המשטרה תחת אזהרה, והוא הודה. הוא קיבל התייעצות מעו"ד ואת כל זכויותיו. אך האם עלינו לפסול את הראיה רק בגלל שהעיכוב לא היה כדין? כמה אנחנו דוהרים צפונה עם רכבת הזכויות? ככל שאנו נצפין, כך ייתכן שאנחנו מתרחקים יותר מהאמת העובדתית אך נגן יותר על הזכויות.
3. ראיה חפצית- כל ראיה שעומדת באופן עצמה. נניח שעיכבנו אדם בגלל צבע עורו, השוטר מתחקר אותו ומתגלה שהוא מחזיק סכין שלא כדין. מה עושים במצב כזה? הראיה החפצים היא תולדה ישירה מהעיכוב הלא חוקי. אם פוסלים ראיה זו, אנחנו מתרחקים מהאמת העובדתית. ראיה ורבלית אנחנו לא יכולים באמת לדעת אם היא אמיתית אבל ראיה חפצית היא ממשית.
4. עיתוי בחינת שאלת הקבילות- פס"ד **אוריך** (בצורה כללית) חשוד המוזמן למשטרה והחוקר מאוד רוצה לעיין בפלאפון שלו. החוק קובע שכדי לעיין בפלאפון, צריך צו של שופט. אין להם צו אז הם שואלים את החשוד אם הוא מסכים שהם יעיינו. הם לא אמרו לו שהוא יכול לא להסכים. זוהי לא הסכמה מודעת. בשלב מסוים בעיון, החשוד מבין שמשהו לא בסדר והוא עוצר אותם. הם בינתיים מצאו ראיות. הם מגישים בקשה לצו אשר הראיות בה מבוססות על ראיות שהושגו שלא כדין. האם שלב בחינת הפסילה הוא עכשיו או רק בהליך המשפטי הכללי? זוהי דרמה גדולה. שופט בהליך ביניים יכול לבוא למשטרה ולקבוע שהוא ידון בשאלת הקבילות עכשיו. האם שופט בהליך ביניים יכול לתת ברקס להליך? זוהי רכבת הזכויות. לוקחים את הזכות להליך הוגן ומתקדמים בעוד צעד. האמצעים הלא חוקיים שהמשטרה נקטה בהם, ימנעו ממנה להגיע למטרה. יש כאן עניין של חינוך והרתעה. משטרה צריכה לפעול בהתאם לחוק.
5. פגיעה מהותית- האם נפסול כל ראיה שפגעה בהליך ההוגן או רק ראיה שהפגיעה בה היא מהותית.
6. כלל פסילה גורף או עם שק"ד- האם לביהמ"ש יש שק"ד לקבוע או האם זה גורף.
7. פגיעה בהליך ההוגן- האם כלל פסילה זה יחול גם כאשר הפגיעה היא גם בעד או רק כאשר הפגיעה בהליך ההוגן היא בחשוד. האם כאשר המשטרה פוגעת בעד, הנאשם יכול לתבוע על הפגיעה?

את התשובות לשאלות אלה נראה בפסיקה. נחזור כרגע ללפני 92. עמדת ביהמ"ש היא לא ברורה. נק' המוצא היא שאי חוקיות בראיה, לא משפיעה על קבילותה, אלא רק על משקלה. ביששכרוב, השופטת ביניש קובעת שיש **3 כללי פסילה בחוק**:

1. ס' 13 חוק האזנה בסתר
2. ס' 32 לחוק הגנת הפרטיות
* בחוקים אלה המחוקק אומר דבר פשוט, ראיה שהתקבלה תוך פגיעה בפרטיות או בהאזנת סתר, אסורה והיא תהיה קבילה. אך יש לכלל זה חריג- לביהמ"ש יש שק"ד והוא יכול לשקול אם לקבל את הראיה או לא. אלה כללים יחסיים
1. ס' 12 לפקודת הראיות- ס' זה אומר שהודאת חוץ של נאשם תיפסל אלא אם קבלתה במשפט היא חופשית ומרצון. צריך להוכיח זאת. זה מעין כלל פסילה. זהו כלל מוחלט.

אלו כללים שנקבעו לפני 92 אך עדיין קובעים כללי פסילה.

יש גם את חוק המעצרים וחוק החיפושים. לכאורה אנחנו מצפים שיהיו שם סעיפים המדברים על מקרים של פסילה אם הייתה פגיעה. אך אין שם שום כללי פסיקה. כל זה היה נכון עד פס"ד יששכרוב.

ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**

עובדות המקרה- חייל נכלא בבית כלא על נפקדות. כאשר היה בתא, נפלה לו שקית של גראס. לפי החש"צ, כאשר ברור שהחייל הולך להיעצר, צריך להודיע לו על הזכות להיוועצות עם עו"ד. החוקר הצבאי אמר לו שיש לו את זכות השתיקה אך לא את עניין ההיוועצות. החייל מודה. אנחנו לא מדברים על ראיית הסמים אלא על ההודאה שהוא השתמש בעוד סמים בזמן שירותו. רק לאחר מכן, מודיעים לו שיש לו זכות היוועצות. מגישים כתב אישום שחלק מהראיות מדברות על ההודאה. ביהמ"ש השלום פוסל את קבילות הראיה. מערערים וביהמ"ש המחוזי קיבל אך ניתנה רשות לערער לביהמ"ש העליון.

ביהמ"ש- זה היה ערעור שבפסיקה חיכו לו. כבר שנים שהם מתחננים למחוקק שיקבע. **ביהמ"ש קובע את הלכת כללי הפסילה.** השופטת בייניש כתבה את פס"ד המרכזי. הם דיברו על חשיבות זכות ההיוועצות ועל כך שהיא אספקט אחר לזכות השתיקה וכך נוצר כלל הפסילה הפסיקתית.

היבט נוסף לפס"ד זה היא פרשנות ס' 12 לפקודת הראיות: הודייה

"(א) עדות על הודיית הנאשם כי עבר עבירה, תהא קבילה רק אם הביא התובע עדות בדבר הנסיבות שבהן הנסיבות שבהן ניתנה ההודיה ובית המשפט ראה שההודיה היתה חפשית ומרצון."

ס' זה קובע שעל מנת שהודאת חוץ תיחשב קבילה, התביעה צריכה להראות שהיא ניתנה באופן חופשי ומרצון. ס' 12 בא על מנת לוודא שההודאה היא הודאת אמת, על מנת שלא נקבל הודאות שווא. לאט לאט, התווספו רציונאלים נוספים אשר באו לידי ביטוי גם בהלכת יששכרוב.

השופטת בייניש באה ואומרת שהס' בא להגן על **שתי זכויות יסוד**:

1. שלמות הגוף והנפש- צריך להבטיח ששוטרים לא יפגעו בשלמות הגוף או הנפש של הנחקר. זכויות אלה עלו לדרגה חוקית על חוקית בגלל חוקי היסוד ולכן אם יש אמצעי חקירה שבא לפגוע ולבזות, זה יביא באופן מידי לפסילת ההודאה. לא יצטרכו לקבוע בכלל האם האמצעי הפסול משפיע על אמיתות ההודאה. ברגע ששוטרים פוגעים בפיזי או בנפשי של האדם, זה יוביל באופן מידי לפסילת ההודאה גם אם אין קשר סיבתי בין הפגיעה לאמיתותה.
2. ההגנה על הזכות לאוטונומיה וחופש הבחירה- יש לחשוד זכות להחליט אם הוא רוצה להודות או לא. ולכן צריך לבדוק שהוא עושה זאת מתוך רצון אישי ומתוך חופש עצמאי. השופטת בייניש אומרת שפגיעה חמורה ומשמעותית באוטונומיה ובחופש הבחירה של הנאשם במסירת הודאתו תוביל לפסילה, אבל צריך להראות קשר סיבתי לבין האמצעי הפסול לבין שלילת הרצון החופשי. גם הערך העצמאי של הכבוד מקבל ביטוי.

ס' 56א לפקודת הראיות:

"(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.

(ב) אין באמור בסעיף קטן (א) כדי לפגוע בכללים לפסילת ראיות הקבועים בהוראות חיקוק אחרות."

ס' זה מעגן את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית בחוק. דוקטרינה זו אומרת שכאשר השגת ראיה נעשתה שלא כדין, ושקבלתה במשפט תפגע באופן משמעותי בזכותו של נאשם להליך ההוגן (ושחורגת מגדריה של פסקת ההגבלה), יהיה לביהמ"ש שק"ד לא לקבל אותה.

יש פה **שני יסודות**:

1. הראיה הושגה שלא כדין- אמצעי חקירה המנוגד לחוק, תקנה או בנוהל מחייב; בלתי הוגן; או פוגע שלא כדין בזכות יסוד מוגנת. צריך להראות שיש זיקה סיבתית בין האמצעי הפסול לראיה שהושגה.
2. קבלתה תפגע באופן משמעותי בזכותו של הנאשם להליך הוגן- הדבר המרכזי. יש כאן הרבה מאוד שק"ד. מי שביקש כלל פסילה גורף לא מוצא את מבוקשו. השופטת בייניש פורטת את התנאי השני בשלוש קבוצות של שיקולים שעל השופט לשקול במסגרת החלטתו. **הקבוצות**:
3. **אופייה וחומרתה של אי החוקיות שהייתה כרוכה בהשגת הראיה**. השיקול העיקרי הוא עד כמה המשטרה פגעה ורמסה בזכויות להליך הוגן. עוצמתה ומידת חומרתה של אי החוקיות. שימוש מכוון או בתום לב של אמצעי חקירה פסול. באיזו קלות ניתן היה להשיג את הראיה באופן חוקי. האם הראיה הייתה מתגלית גם לולא השימוש באמצעים פסולים. האם קיימות נסיבות מקלות שבכוחן להפחית מחומרת אי החוקיות.
4. **מידת ההשפעה של אמצעי החקירה הפסול על הראיה שהושגה**. באיזו מידה אי החוקיות עשויה להשפיע על מהימנות הראיה ועל ערכה ההוכחתי. האם קיומה של הראיה הוא עצמאי ונפרד מאי חוקיות שבהשגתה.
5. **הנזק מול התועלת החברתיים הכרוכים בפסילת הראיה**. מהות העבירה ומידת חומרתה. חשיבות הראיה ומידת חיוניותה להוכחת האשמה. הביקורות על הלכת יששכרוב מתמקדות בכך. יש ויכוח עד היום בין השופטים לגבי שיקול חומרת העבירה. הרבה מאוד שופטים אומרים ששיקול זה לא יהווה פקטור אם הפגיעה היא חמורה. **דוגמא**: פס"ד חייבטוב. הפגיעות היו חמורות מאוד. רואים כאן בצורה ברורה את היחסיות שכורכה בדוקטרינה זו. זכויות האדם הן יחסיות. זוהי רשימה לא סגורה וכן אין שום קביעה לגבי המדרג או המשקל היחסי של השיקולים.

אחת הביקורות על הלכת יששכרוב היא על שק"ד הרחב כל כך שניתן לביהמ"ש. בעצם אומרים שההלכה לא שינתה דבר. ביהמ"ש יכול לקבוע כל דבר שירצה. לביהמ"ש יש שק"ד עצום.

השופטת בייניש אומרת שתכלית הדוקטרינה היא אינה תכלית הרתעתית אלא מניעת פגיעה באמון הציבור בהליך השיפוטי. היא לא מעוניינת לחנך את המשטרה (כמו שבארה"ב). לא מקבלים את דוקטרינת פירות העץ המורעל. בייניש אומרת שבישראל יש את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית אשר יש בה מספר חוליות. התנהלות המשטרה הביאה לראיה אחת והיא הובילה לשניה והיא מובילה לשלישית. בארה"ב, הכל נפסל. בייניש אומרת שבישראל נבדוק כל חוליה וחוליה. תכלית הדוקטרינה היא שמירה על אמון הציבור. אם התכלית העיקרית הייתה ההרתעה, היינו הולכים על דוקטרינת העץ המורעל. גם בארה"ב הבינו שהם הלכו לקיצוניות ובשינם האחרונות הם מביאים חריגים ומרדדים את העקרון. הציבור לא היה יכול לעמוד במחזה של אותם השתחררויות של נאשמים. ההרחקה בין האמת העובדתית לבין האמת המשפטית הפך למעין לעג על הרשויות בארה"ב. הם הבינו זאת רק עכשיו, אנחנו הבנו את זה כבר ב-2006.

מה עשתה הלכת יששכרוב? יש סדרת פס"ד. יש פיתוח של זכויות. אנחנו נלמד מה כוללת הזכות להליך הוגן. אנו נלמד מהם גבולותיה של הלכת יששכרוב.

בכל פס"ד אנחנו נראה **שתי תכליות**:

1. פיתוח הזכות להליך הוגן ובעיקר הזכות להיוועצות והזכות לשתיקה.
2. גבולות הגזרה של כלל הפסיקה.

ע"פ 1301/06 **עזבון המנוח יוני אלזם נ' מדינת ישראל**

ביטוי מובהק לפיתוח הזכות להיוועצות.

עובדות המקרה- אדם שהיה חשוד ברצח. הוכנסו מדובבים לתאו. לא ניכנס לכל מה שקרה בדיון אך נתייחס בעיקר לפגמים עם המדובבים. מדובב זו שיטת חקירה שהיא אינה פסולה באופן עקרוני אך אחת האסטרטגיות היא שימוש באדם שיכול להיות אסיר או סוכן משטרתי שמתיימר להיות חבר לתא המעצר ולכן הוא מדובב את החשוד על מנת שיקשור את עצמו לעבירה. מדובר בשיחות חולין כשהמדובב עם מכשיר הקלטה. המדובב משחק, החשוד חושב שהוא באמת חבר. הוא לא יודע שהוא מדובב. מהם הגבולות של מדובבים? יוני קיבל עצה מעו"ד שלו לשתוק. הוא היה מאוכזב מהתנהלות עו"ד. המדובבים זיהו את האכזבה והם רכבו על אכזבה זו וניסו להפריד בינו לבין עו"ד ולשכנע את יוני שהעצה לשמור על זכות השתיקה נועדה לשרת את עו"ד. יש פה חציית גבול פסול. אסור להיכנס למתחם המוגן הזה ביחסי עו"ד-לקוח. הם הציעו לו עו"ד אחר, הם התריעו שיש שת"פ בין עו"ד למשטרה, הם באופן שיטתי גרמו לכעס ולערעור יחסי האמון, הם ייעצו עצות משפטיות כביכול ובסופו של דבר גרמו לו להודות.

ביהמ"ש- קובע שהייתה כאן חציית גבולות. זה מכניס אותנו לשאלה בין מדובב אקטיבי לבין מדובב פסיבי. ביהמ"ש מכיר במדובב אקטיבי. יש מערך שלם של הפקה של שחקנים. **הקו עובר עד למקום בו יש פגיעה באוטונומיה ובחופש הבחירה שלו להודות או לא**. ביהמ"ש פוסל את ההודאה. היו פגמים נוספים כמו העובדה שרצו שהוא יודה מול חוקר. הוא היה מעוניין להודות מול חוקר אחר שהיה נמצא במקום אחר. עו"ד בדיוק הגיע. המשטרה מונעת את הפגישה ביניהם משום שידעו שלא תהיה כאן הודאה. יש כאן פגיעה חמורה. כלל לא ראוי שיהיה קשר בין המדובב לחוקרים. למה? כי יש פרטים מוכוונים. זה ברור גם שמדובב לא יכול לאיים. ההודאה נפסלה בשני המסלולים (גם על פי ס' 12 וגם על פי הלכת יששכרוב).

יונתן אלזם זוכה מרצח אך הוא זוכה לאחר שהוא כבר נמצא מת בתא מעצרו, לאחר שהורעל.

**שיעור 5- 21.11**

ננתח מספר פס"ד העוסקים בכמה סוגיות חשובות. המטרה של ניתוח פסקי-הדין היא כפולה. דבר ראשון, נרצה לעמוד על פיתוח הזכויות החוקתיות הנגזרות מהזכות להליך הוגן ובעיקר זכות ההיוועצות וזכות השתיקה. במאמר ראינו שאחד מהדברים בפס"ד יששכרוב היה התפתחות הזכות להיוועצות. דבר שני נראה כיצד ביהמ"ש מעצב את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית.

הזכות להיוועצות היא אחת הזכויות החשובות שנובעות מהזכות להליך הוגן. הרציונל הוא שאנו מעוניינים לתת לנאשם הזדמנות לדבר עם עו"ד ולהיוועץ איתו על מנת שבכלל תהיה לו אפשרות שיהיה לו הליך הוגן. יש האומרים שזכות השתיקה קשורה לזכות להיוועצות.

ע"פ 9956/05 **אסף שי**

עובדות המקרה- תאונת דרכים קשה. כביש דו סטרי עם קו הפרדה רצוף שבחלק יש קו הפרדה מקווקו לשמאלה. אסף שי שהיה נהג משאית, מתנגש במכונית שחיכתה לפנות שמאלה וגורם לתאונת שרשרת. הוא נחקר תחת אזהרה כחשוד וגובים ממנו שתי הודאות. בהודאה הראשונה אין דבר מיוחד. בינתיים אסף שי כבר לא עצור, יש דיון בביהמ"ש להשבת רישיון הנהיגה שלו שנפסל. עברו כבר כמה חודשים מהתאונה. בא אליו החוקר לאחר הדיון ומבקש ממנו להתלוות אליו על מנת להשלים חקירה. החוקר מודיע לו שיש לו זכות שתיקה ובשלב זה אסף-שי מבקש לעצור את החקירה ולהיוועץ עם עו"ד. החוקר מתעלם ומתחיל לחקור. בחקירה הזו הוא בעצם מודה ומגיש על מגש של כסף את היסוד הנפשי של הריגה. היסוד הנפשי של הריגה הוא פזיזות. בפזיזות, בעצם יש צפייה לתוצאה הקטלנית. זה 20 שנה מאסר. כיום יש רפורמה אך אנחנו מדברים על אותו הזמן. ברגע שהוא מודה שהוא עשה הרבה דברים חוץ מלהתמקד בנהיגה, הוא נטל סיכוי בלתי סביר.

השאלה המשפטית- האם הודאה זו קבילה? האם למי שאינו עצור יש את הזכות להיוועצות? ס' 34 "מדביק" את זכות זו למי שהוא עצור. ואחת השאלות שהשופט ביניש דנה ביששכרוב, היא האם ראוי לתת את זכות זו גם למי שאינו עצור אך נמצא בחקירה משטרתית. ביששכרוב היא נמנעה מלענות. למה? כי שם היה חוק לשיפוט צבאי. החוק הזה הוא יותר מתקדם מחוק המעצרים. מדוע? כי נאמר שאם יש הסתברות למעצר החשוד, החוקר צריך ליידע את החשוד אודות הזכות להיוועצות. לא הייתה מחלוקת שהחוקר ידע כבר שהוא הולך לעצור אותו ולכן אז, ביניש לא נקראה עקרונית לקבוע האם יש לאדם שאינו עצור את זכות זו אך כבר היא אומרת שהיא נוטה לקבל זאת. יש כאן תקלה של המחוקק. אין שום היגיון להדביק את זכות זו למעצר. כל הרעיון הוא שזה יהיה לחשוד בכלל. כדי שתהיה לו זכות בחירה אמיתית, הוא צריך להיות זכאי להיוועצות עם עו"ד. ביניש אומרת שצריך לפרש את החוק כך שיכלול גם חשוד שאינו עצור.

ביהמ"ש- השופטת ביניש שואלת האם זכות ההיוועצות חלה כלפי מי שאינו חשוד?

השופטת אומרת שהנטייה שלה היא שכן אך גם כאן היא אינה צריכה להכריע. מדוע? כי אסף שי ביקש. הוא היה מודע לזכות ההיוועצות.

ס' 34(ב) לחוק המעצרים: זכות העצור להיפגש עם עורך דין

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

היא אומרת **שס' זה חל בין אם אתה עצור ובין אם לאו**. **זכות ההיוועצות קיימת גם לחשוד ולא רק לעצור**. החוקר צריך היה לאפשר זאת ללא דיחוי. חובה זו חלה גם כאשר המבקש הוא איננו עצור.

לדעת המרצה, יש חובה גם לחוקר **להודיע** על זכות זו גם כאשר לא מדובר בעצור.

מה זה ללא דיחוי? יש דיון שלם בנוגע לזה. היא מביאה לנו רקע היסטורי. בשנות ה-80 של המאה הקודמת, הייתה נטייה לביהמ"ש העליון לפרש את המונח "ללא דיחוי" בכך שעוצרים את החקירה וקוראים לעו"ד אך אין באמת צורך לעצור את החקירה על מנת לחכות לו. בעקבות חוקי היסוד, השופטת אומרת שצריך באמת ליצור קשר עם עו"ד באופן מידי ככל הניתן. החידוש הוא **שאם עו"ד מגיע תוך זמן סביר, צריך להפסיק את החקירה עד שיגיע**. היא לא אומרת מה זה זמן סביר. היא אומרת שלפעמים יש נסיבות אשר יגרמו להפסקת החקירה לאלתר, גם אם עו"ד לא מגיע תוך זמן סביר. היא אומרת שהיא לא יודעת מה הנסיבות אך המקרה של אסף-שי הוא אחד מהם.

**מדוע**?

1. הוא ביקש להיפגש עם עו"ד
2. הוא לא היה עצור
3. עברו כבר חודשיים מאז התאונה. לא היה איזה מידע דרמטי שמאלץ דחיפות מיוחדת לקבל את ההודאה עכשיו. נדמה שיש כאן איזה ניצול הזדמנויות.

החוקר היה צריך להפסיק את החקירה עד שבא עו"ד. אז ניתן להגיד שאכן היה פה פגם מהותי אך בכל זאת, אסף שי דיבר והודה. ייתכן שהוא ויתר על זכות ההיוועצות מרצון ובאופן חופשי ובכך עשה זאת מתוך האוטונומיה שלו. יש בעיה בתיעוד החסר הזה. ביניש מבינה זאת ולכן לא ניתן לקבוע שהוא ויתר. יש כאן מחדל רישומי. כל ספק צריך לעבוד לטובת הנאשם. כמו כן, כאשר היא חוקרת יותר על מהלך החקירה, היא מגלה שהחוקר אמר לו שהוא יצטרך לבוא למחרת ולשלם ערבות. יש פה הפעלת לחץ. המסר הוא שאם לא יודה עכשיו, מחר זה יהיה מסובך. אין פה שום רצון או חופש. יש כאן חשש שהחוקר השפיע שלא כדין.

השופטת ביניש אומרת שלא ניתן להסיק הודאה מרצון ובאופן חופשי וכן שיש כאן פגם מהותי שלא עצרו את החקירה. ובכך, היא נכנסת לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית. האם הפגיעה חורגת מגזריה של פסקת ההגבלה? אם מסתכלים על עוצמת הפגיעה, בהחלט יש כאן פגיעה קשה. לא מדובר בראיה עצמאית אלא מדובר בהודאה שהיא תולדה של אי החוקיות. בסופו של דבר, לאחר שהיא מנתחת את שלושת קבוצות השיקולים, היא מגיעה למסקנה שצריך לפסול את ההודאה ולזכות אותו מעבירת ההריגה. השופט רובינשטיין מסכים. השופטת ברלינר טוענת שכן יש כאן ויתור מתוך רצון טוב וחופשי על זכות ההיוועצות. השופט רובינשטיין כן מעלה שאלות וקשיים הנובעים מהזיכוי ושואל "האם יימלט העבריין מן הדין או מן מיצוי הדין בשל דקדוקי עניות ההליך בשעה שקול דמיו של הקורבן זועק מן האדם?". הוא ער לקושי הכרוך בזיכוי.

יש כאן גם את פיתוח זכות ההיוועצות וגם ההלכה של פס"ד יששכרוב.

ס' 32 לחוק המעצרים: הסברת זכויות לעצור

"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."

רואים שיש כאן לקונה. מדובר רק בעצור. היום ניתן להגיד שזכות זו הוחלה גם על חשוד שהוא אינו עצור.

ס' 34 לחוק המעצרים: הזכות להיפגש עם עו"ד

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

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

...

(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."

הזכות להיוועצות אינה מוחלטת. ואם מדובר בעבירות ביטחוניות, ס' 35, זה אפילו ימים.

גם אם דוחים את זכות זו, צריכים לנקוט בפרוצדורה שננקטת בס' 34. כאשר החוקר יודע שעו"ד הולך "לשבש" את ההודאה המסתמנת משום שייעץ לשמור על זכות השתיקה, זוהי אינה עילה לדחיית הזכות להיוועצות. מדובר בזכויות חוקתיות והן חלק מזכויות החשוד.

דיברנו על פס"ד יוני אלזם לעניין הזכות להיוועצות והזכות לשתיקה. ראינו שדעת הרוב פסלו משום שניסו לגרום ליוני אלזם לערער על אמון עו"ד וכן המשטרה מנע את הפגישה ביניהם. הוא מזוכה, אמנם לאחר מותו, בכך שהודאתו נפסלת על פי ס' 12 ועל פי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית.

ע"פ 8974/07 **הונצ'יאן לין**

לא נעסוק בכולו אלא רק בסיטואציה ספציפית.

עובדות המקרה- אזרח זר שהואשם ברציחת עובדת פיליפינית זרה, בעקבות רומן שהיה ביניהם. היא רצתה להפסיק את הקשר. היו מספיק ראיות שביססו את ההרשעה ברצח. נעסוק ספציפית בהודאה אחת שנגבתה בעקבות המעצר. הוא נעצר בהרצליה וכבר בשטח מודיעים לו על זכות השתיקה. זוהי תופעה ישראלית חיובית. החוקרים ברגע העצירה, מודיעים על זכות השתיקה. למה? כי אם במהלך הנסיעה יאמר דברים או יעשה תנועות, יביא כל מיני ראיות שיכולות לעזור, אז אם יודיעו, יהיה אפשר להשתמש בראיות אלה. בתחנת המשטרה חוקרים אותו. בפתח החקירה מודיעים לו שיש לו את זכות ההיוועצות ולפי הנוהג שהיה קיים אז, רק בסוף החקירה, לאחר שהוא כבר מוסר הודאה, והקצין מחליט להמשיך את המעצר, "כליאה", רק אז מודיעים לו שיש לו זכות לסנגור ציבורי.

השאלה המשפטי- האם צריך להודיע על הזכות לקבלת סנגור ציבורי, בפתח החקירה, יחד עם הודעת הזכות להיוועצות, או שניתן בפתח החקירה להודיע רק על הזכות להיוועצות, ורק בסוף להודיע על הזכות לסנגור ציבורי?

ביהמ"ש- התשובה נגזרת מס' 32 לחוק המעצרים. בעצם, העצור נעצר בשטח ומגיע לקצין הממונה. רק כאשר הוא מחליט לעצור את החשוד, רק אז צריך להודיע על הזכות להיוועצות ועל הזכות לסנגור. תמיד הקצין הממונה, יחליט לאחר החקירה. ויש כאן דילמה. מה שווה ההודעה? המשטרה מבינה זאת ולכן היא גוזרת על עצמה אמת מידה מחמירה. היא מרצונה, מודיעה על הזכות להיוועצות כבר בפתח החקירה, אך את ההודעה על הזכות לסנגור ציבורי, משאירה לאחר כך. אז מה אומר חוק הסנגוריה הציבורית?

ס' 19 לחוק הסנגוריה הציבורית: הודעה לעצור על אפשרות מינוי סנגור ציבורי

"(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 אומר שהודעה על זכות זו צריכה להיות "בהקדם האפשרי" מתי זה? בהתחלה. יש כאן סתירה בין ס' 19 לבין ס' 32. השופט רובינשטיין מכריע בסתירה באופן פשוט. **המשטרה תתכבד ותקדים את ההודאה על הזכות לסנגוריה הציבורית, לתחילת החקירה, כפי שהיא גוזרת על עצמה להודיע על זכות ההיוועצות לפני.**

עוד הוא אומר, מה שווה זכות ההיוועצות, אם בכלל אין עו"ד? אם אין כסף, איך יהיה עו"ד? איך הוא היה אמור לקבל את זכות ההיוועצות מבלי שתהיה לו הזכות לסנגור ציבורי?

יש כאן פיתוח של הזכות להיוועצות.

ע"פ 4988/08 **פרחי**

עובדות המקרה- המשטרה מנסה למצוא קצה חוט של רצח עו"ד ענת פלינר. היא פונה להרבה מאוד אנשים ומבקשת, בהסכמה, בדיקת רוק על מנת לראות אם הם קשורים לרצח. פרחי מסכים, כאשר המשטרה אומרת שהיא לא תשתמש בבדיקה כראיה, אלא רק לחקירה וכן לא תכניס למאגר.

ס' 14א לחוק החיפושים: הגבלת השימוש במה שנתפס בחיפוש

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

(ב) נתוני זיהוי שהופקו ממה שנתפס בחיפוש לפי פרק זה והמזהים את האדם שבו נערך החיפוש, לא ייכללו במאגר..."

המשטרה גם חוקרת 3 זירות אונס שונות בהן לא נמצאות האנס אך יש דגימות זרע שלו. אותה חוקרת שבדקה את דגימת הרוק של פרחי, נזכרת שראתה רצף גנטי דומה בחקירת האונס. היא עורכת השוואה והתוצאה מדהימה. אדם שעכשיו, חשוד באונס שלכאורה לא ניתן להגיע אליו משום שאי אפשר להשתמש בבדיקת הדנ"א שהתקבלה בהסכמה משום שאמרו שלא ישתמשו בכך לדבר אחר. הם מוצאים עוד ראיות נוספות שקושרות אותו. ביקשו בקשת מעצרים משופט בימ"ש שלום. אין צורך לעשות בדיקה של קבילות הראיות. פרחי נעצר והוא מכחיש כל קשר. הוא מעשן וזורק את הסיגריה לפתח. יש פה ממצא חד וחלק של דנ"א. יש כל מיני ראיות שמחזקות את התביעה. הוא מסרב לתת בדיקת רוק, הוא לא מודה אך יש לו אמירות של ראשית הודאה. נגד פרחי מוגש כתב אישום. הוא טוען שצריך לזכות אותו על פי דוקטרינת הפסילה הפסיקתית משום הפרה של ס' 14 וכן את ההבטחה של המשטרה.

השאלה המשפטית- האם יש כאן הפרה ולכן יש לקבל את טענותיו ולזכות אותו?

ביהמ"ש- **מרשיע את פרחי למרות שיש פגיעה קשה בזכות להליך הוגן**. הוא עושה מהלך מתחמק, השופטים פוסלים את ראיית הדנ"א הראשונה שהוא נתן בהסכמה, פוסלים את ראיית הדנ"א השנייה אך מרשיעים אותו על בסיס כל יתר הראיות (האיכון, ראשית ההודאה, הסירוב וכו').

יש כאן קשר סיבתי חזק בין הראיה הראשונה, לבין שאר הראיות. הם לא היו בודקים וחוקרים אילולא הראיה. זו אחת ההוכחות לכך שדוקטרינת העץ המורעל לא התקבלה בישראל. הייתה כאן פעולה בתום לב של חוקרת. השופט לוי:

"...קבוצת שיקולים זו משמשת למעשה חרב פיפיות – בעוד שהדעת לא סובלת זיכויו של מי שביצע מעשים כה חמורים, החשיבות בהגנה על הוגנות ההליך ושמירה על זכויות הנאשם, מתגברת דווקא במקרים אלה. מלאכת עשיית הצדק במובנה הרחב כוללת גם את האינטרס שבכיבוד זכויות נאשמים. קבלת הראיה עקב חשיבותה לתביעה עלולה לפגוע גם באמון הציבור ברשויות השלטון, וליצור תחושה כי האדם הינו כלי משחק בידי השלטון המשנה את הכללים בהתאם לצרכיו. לאור זאת, סבורני כי כאשר הפגיעה בהוגנות ההליך כפי שמשתקפת ממכלול השיקולים והנסיבות היא חמורה, אין בקבוצת השיקולים הזו כדי להכשיר את הראיה אף כשהעבירות המיוחסות לנאשם הינן מהחמורות בספר החוקים, וחיוניותה להרשעתו היא נכבדת"

(פסקה 19 לפסק הדין)

הוא עושה הבחנה בין קש"ס עובדתי לבין קש"ס משפטי. כאשר מדובר בפסילת ראיה שהיא חלק מחוליות מתקדמות בשרשרת, כאשר חוליה נפסלה, בודקים אם יש קש"ס עובדתי. האם בעקבות ההפרה של אותה ראיה שנפסלה, מגיעים לראיה הזו. אם כן, יש קש"ס עובדתי. השופט לוי אומר שזה לא מספיק. צריך לוודא שיש גם קש"ס משפטי ואם ניתק הקש"ס הזה, אז בהחלט יתכן שאנו נקבל את הראיה הנגזרת. מה זה אומר? הוא נותן כל מיני דוגמאות. אדם נעצר, במעצר לא חוקי, נחקר, ומועבר לתחנת המשטרה, ניתנים לו כל זכויותיו ולאחר שהוא מתייעץ עם עו"ד, הוא מודה בעבירה בה הוא נעצר. נניח שזה החזקת סכין. את הסכין נפסול כי היה פגם. אך בחקירה, הוא הודה שהוא החזיק סכין. הוא הודה למרות שידע שהוא יכול לשתוק. הקש"ס נותק. לאחר שהוא עושה הבחנה זו, הוא ניגש למקרה הזה. האיכון, נכון שלא היינו מגיעים אליו בגלל ההפרה הראשונה אך זה נתון אובייקטיבי שנמצא ברשת הסלולר באופן עצמאי, באופן מנותק.

**שני מבחנים מצטברים**:

1. הוכחת קש"ס עובדתי
2. הוכחת קש"ס משפטי

השופטת חיות מצטרפת לעמדת השופט לוי אך היא מרגישה לא נוח.

היא אומר שכל הרעיון של קש"ס משפטי ועובדתי, ופסילת שתי דגימות דנ"א והכשרת האחרות, זה מאוד מאולץ. היא אומרת שאנחנו עוסקים בכלל הפסילה הפסיקתית. היא אומרת שאם פוסלים אותו על בסיס כלל הראיות ולא עושים הפרדה מאולצת. אף אחד לא ירגיש בנוח עם ההפרדה המאולצת הזו. נסתכל על כל התמונה ונשתמש בכל הראיות.

עושים כאן מספר דברים. **משנים את השיקול לעניין חומרת העבירה. כמו כן, דוקטרינת העץ המורעל לא מקובלת וכן יש את ההבחנה בין קש"ס עובדתית לבין קש"ס משפטית**, אשר לא ממש התקבלה עקב דברי השופטת חיות אשר ציינה את החסרונות שיש בה.

רע"פ 10141/09 **בן חיים**

מתקדמים בשני הנתיבים שוב.

עובדות המקרה- שוטרים שהיו בסיור שגרתי, הבחינו בבן חיים ודרשו ממנו להזדהות. הם ערכו בירור וראו שאין נגדו צו מאסר אך כן יש לו רישום פלילי כלשהו. אחד מהשוטרים ביקש ממנו לרוקן את כיסיו והוא הסכים. התגלתה סכין ובגלל זה הוא הועמד לדין.

השאלה המשפטית- האם החיפוש היה חוקי?

ביהמ"ש- השופטת ביניש קובעת שלא היה "חשד סביר" ועל כן החיפוש היה לא חוקי. כל פעולה שיש בה משום איזושהי פגיעה בזכויות הפרט, מחייבת חשד סביר, שזה המינימום הנחוץ. זה כרטיס הכניסה לפגיעה זכויות הפרט. כי אם לא, נחיה במדינה בה כל שוטר יוכל לעצור כל אדם ולחפש. **מדובר במבחן אובייקטיבי שבו נדרש ביהמ"ש להעריך את סבירות שק"ד** של השוטר שערך את החיפוש לשם הכרעה בשאלת חוקיות החיפוש. **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. לא יכולים לבסס חשד סביר על אינטואיציה. חייבת להיות ראיה אובייקטיבית לחשד לביצוע עבירה. מה עם עניין ההסכמה? **אם שוטר, גם אם אין לו סמכות חיפוש על פי חוק, בהיעדר חשד סביר, אם כתחליף הוא מקבל הסכמה מדעת, זה מכשיר את החיפוש**. **אך על מנת שזו תהיה הסכמה מדעת, צריכים להתקיים** **שני תנאים**:

1. צריך לומר לאדם שיש לו סמכות סירוב
2. הסירוב לא ישמש ראיה נגדו.

רק אם האזרח ידע את שני אלה, רק אז, אם הוא מסכים, זה מגבש את ההסכמה מדעת. במקרה של בן חיים, לא נאמר לו ולכן אין כאן הסכמה מדעת ולכן החיפוש אינו חוקי ולכן היא פוסלת את הסכין. הסכין היא תולדה ישירה של הפגם. **לראשונה, בהיסטוריה של דוקטרינת הפסילה הפסיקתית, ביהמ"ש פוסל ראיה חפצית שאין מחלוקת ביחס למהימנותה**. לפסול ראיה חפצית, מרחיקה אותנו מהאמת העובדתית!

דעת המיעוט של השופט דנציגר לעניין הסכמה מדעת. השופט מתייחס לעקרון חוקיות המנהל. רשות יכולה לעשות רק מה שהחוק הסמיך אותה במפורש. עקרון זה הוא עקרון בסיסי במשפט המנהלי על מנת למנוע מהרשות לדרוס את הפרט. אנחנו לא רוצים שהרשות תיקח לעצמה סמכויות שאינן שלה על פי חוק. איפה כתוב ששוטר יכול לבקש הסכמה מדעת אם אין לו הסמכה בחוק? איפה כתוב שהסכמה מדעת יכולה להיות תחליף? צריך הסמכה ואין. מה עונה לו השופטת ביניש? אם מוותרים מתוך רצון וחופשי, יש זכות לוותר על עקרון חוקיות המנהל. חלק מהכבוד לאדם, זה גם לבחירותיו. ואם הוא מסכים למרות שאין הסכמה, זה חלק מהאוטונומיה שלו. אם ההסכמה היא הסכמה מדעת, זה מספיק כדי להתגבר על עקרון חוקיות המנהל.

השופט דנציגר אומר דבר נוסף- יש פערי כוחות. ההסכמה לא יכולה למנוע אותם. לחלק מהאוכלוסיות לא תהיה אפשרות לקבל הסכמה מדעת.

**שתי טענות**:

1. הוויתור אינו מעניק סמכות סטטוטורית לוותר על עקרון חוקיות המנהל
2. יש פערי כוחות שאינן ניתנות לאיון.

המרצה מביא טענה נוספת- ברגע שקיבלנו את דעת הרוב, אנו יוצרים חשש לפרו-פיילינג. ניתקנו את הצורך בחשד סביר. ברגע שניתקנו את אמת מידה אובייקטיבית זו, השוטר יכול לפנות לאדם אחד ולא לאחר משיקולים זרים שאנחנו לא מעוניינים בהם. יצרנו מדרון חלקלק. המרצה מסכים איתה אך ההלכה בכל זאת לדעת ביניש.

דנ"פ 5852/10 **שמש**

עובדות המקרה- שתי תאונות רכבת קשות שהובילו במקביל לפתיחת חקירה פלילית וכן חקירה פנימית של רכבת ישראל, על מנת לבחון מה היו התקלות וכדי למנוע תאונות מעין אלה בעתיד. לועדה פנימית אין סמכות שלטונית אלא רק סמכות לבצע ועדת חקירה בהסכמת העובדים. העובדים שזומנו לאותה ועדה, לא היו מיוצגים עם עו"ד ולא הייתה שום אזהרה או הודעה לעניין זכויותיהם. הם התחייבו שכל מה שיגידו, לא יועבר לשום גורם חיצוני. מי שלא ישתף פעולה, הוא בסכנת פיטורין. נפתחה חקירה פלילית ומשטרת ישראל פונה לשופט ומבקשת מכח ס' 43 לפקודת סדר דין פלילי, שביהמ"ש יורה לרכבת ישראל, שיעבירו את כל הממצאים מהוועדה.

ס' 43 לפקודת סדר דין פלילי: הזמנה להציג חפץ

"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."

רכבת ישראל אומרת שהיא לא דואגת לעצמה כי לה יש חסינות אולם לעובדים לא היה שום דבר. הם סמכו על ההבטחה של הרכבת. הרכבת אומרת לביהמ"ש שבגלל זה, היא לא יכולה להעביר את החומרים. מדובר בס' שרק המשטרה יכולה להשתמש בו. בפס"ד אחרים, עלתה השאלה אם הסנגור יכול להשתמש וביהמ"ש קבע שלא.

הרכבת אומרת שאם ביהמ"ש יקבע להביא למשטרה את החומרים, זה יוריד באפקטיביות של ועדות חקירה פנימיות. כי אם המשטרה תקבל, עובדים כבר לא יאמינו בוועדת החקירה הפנימיות וזה יפגע בכל ניסיון לתקן עיוותים ותקלות. תהיה פגיעה באינטרס הציבורי וכן פגיעה בזכות להליך הוגן של העובדים. המשטרה הרי יכולה לחקור את העובדים, למה היא פונה לרכבת ודורשת לקבל את ממצאי החקירה? בגלגול הראשון, השופט דנציגר והשופט רובינשטיין מקבלים את דעת הרכבת. הם טענו שההודעות נגבו בלא שמירה על זכויות העובדים, הייתה להם ציפייה סבירה שההודעות לא יועברו, מסירת ההודעות נוגדת את חוש הצדק וההגינות הבסיסית, מסירת ההודעות היא בעצם "מסלול עוקף חקירה" שעלול לרוקן מתוכן את חובותיה וכן על בסיס הודעות אלה, יוכלו להשיג ראיות נוספות. שופט המיעוט, השופט לוי, חושב שזו טעות חמורה. כלל הפסילה הפסיקתית לא אמור להיבחן בהליך ביניים, אלא רק בהליך העיקרי ולכן לא תפקיד שופט בהליך ביניים, שאמור לתת צו ביניים, לקבוע אם הן קבילות. שאלת הראיות הנגזרות תיבחן בהליך המרכזי. הוא טוען שהם לוקחים את הלכת יששכרוב, ומקדימים אותה בזמן. נותנים ברקס למשטרה ולא נותנים לה לחקור.

ניתן לטעון שאימוץ דעת הרוב מקבלת את דוקטרינת העץ המורעל. ברור שלא יבקשו להשתמש בעדויות העובדים באופן ישיר, בזה תהיה פגיעה קשה. ברור שהם רוצים את הפרוטוקולים על מנת להשיג ראיות נגזרות, וסביר להניח שהם יתקבלו. יש כאן גם גישה הרתעתית חינוכית כנגד המשטרה.

מוגשת בקשה לדיון נוסף.

השאלה משפטית- מהי הפרשנות הנכונה להלכת יששכרוב?

ביהמ"ש- התוצאה מתהפכת. דעת המיעוט מתקבלת ודעת הרוב הופכת לדעת מיעוט. השופטת ביניש טוענת **שכלל הפסיקה הפסיקתית, מקומו בשלב המשפט. לא מקדימים את בחינת קבילות הראיות לשלב ביניים**. לא שמים ברקס למשטרה. נותנים לה את כל האמצעים.

**שיעור 6- 28.11**

סיימנו בפרשת שמש. הספקנו לדבר על העובדות ועל החלטת ביהמ"ש בגלגול הראשון.

פס"ד **שמש**

השאלה משפטית- האם המשטרה יכולה לבקש מבימ"ש מרכבת ישראל את הפרוטוקולים והממצאים מוועדת החקירה הפנימית, למרות שהובטח לעובדים שלא יעשו בהם כל שימוש וכן שלא הייתה להם כל התייעצות עם עו"ד?

ביהמ"ש גלגול ראשון- בדעת רוב, הוחלט שביהמ"ש לא יאפשר למשטרה לעיין בפרוטוקולים. מבסס את עיקר פס"ד, על פוטנציאל הפגיעה בהליך ההוגן של העובדים בכך שהתבססו על הבטחת רכבת ישראל. כמו כן התבסס על האינטרס הציבורי שיש בוועדות חקירה פנימיות, שכן העובדים לא יבטחו במקום העבודה שלהם שלא ימסרו את הפרוטוקולים. כלומר, המשטרה לא יכולה לעיין באותן עדויות. השופט לוי היה בדעת מיעוט

ביהמ"ש בגלגול הנוסף- הנשיאה ביניש הופכת את התוצאה ומאמצת את דעת המיעוט. היא אומרת באופן ברור שמה שביהמ"ש עשה בגלגול הראשון, היה שהוא אימץ חיסיון חדש. כלומר, יש כאן בלבול בין דיני החיסיון לבין דיני הקבילות. חיסיון- 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 עו"ד, ולתשאל אותו על דברים שאמר לו לקוח במסגרת הייצוג. אנו מעניקים את החיסיון למרות שיש חשש שיפגע בחקר האמת. **דוגמא נוספת**: 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**. למה? חופש העיתונאות.

בשתי הדוגמאות, אנו עוסקים בחיסיון. מדוע? יש הוראה המונעת מהמשטרה להיחשף ממידע, למרות שהוא עשוי לתרום לגילוי האמת. מדוע? כי יש אינטרסים חשובים יותר.

הנשיאה ביניש אומרת שדעת הרוב יצרה חיסיון חדש. משמעות פסיקת דעת הרוב היא שמונעים מהמשטרה, שהיא הגוף החוקר, להיחשף לראיות שיכולים לעזור להם להגיע לחקר האמת, משום שאנו מעוניינים באינטרס הציבורי של וועדות חקירה פנימיות. היא אומרת שדעת הרוב, אגב הלכת יששכרוב, יוצרת כלל חדש של חיסיון. הלכת יששכרוב, כלל לא עוסקת בחיסיון, אלא בקבילות ראיה שהושגה שלא כדין, שחורגת מגדרי פסקת ההגבלה. הלכה זו חלה במהלך המשפט. ההליך הפלילי מתחיל בדר"כ בתלונה, עובר לחקירה משפטית, משם עובר לתביעה המחליטה אם להעמיד לדין ומשם עובר למשפט עצמו. הלכת יששכרוב חלה במשפט עצמו. הנשיאה אומרת שצריך לבדוק את קבילות הראיות רק בשלב המשפט. השופט שדן בהליך העיקרי הוא זה שבודק. מה היה בפס"ד שמש? הקדימו את הלכת יששכרוב, לשלב החקירה המשטרתית. בעצם בגלל פוטנציאל הפגיעה בהליך ההוגן של העובדים, השופט בהליך הביניים, יצטרך להכריע כבר אז על קבילות הראיה. לשופט הזה אין את התמונה הרחבה, אלא מאוד מצומצמת. רק השופט בהליך העיקר יכול לעשות את זה. הנשיאה ביניש אומרת שדעת הרוב, הקדימה את הלכת יששכרוב ובכך יצרה חיסיון חדש. אז עולה השאלה, האם זה נכון ליצור חיסיון?

אומרת הנשיאה, מי רשאי לקבוע דבר כזה? המחוקק. יש כאן הכרעה של מדיניות שראוי שהמחוקק יעשה זאת. היא רואה שיש מקרים בהם יש חסיונות בחוק לממצאים של וועדות חקירה פנימיות. זה קיים בצבא, במשטרה. האם יש חוק המקנה למעסיק רגיל? לא.

האם זה מצדיק יצירת חיסיון פסיקתי? ביהמ"ש יודע ליצור כאלה חסיונות, ויש גם תקדימים כמו חיסיון עיתונאות, הוא עוד לא מעוגן בחוק. האם זה המקרה? לא. מדוע? יש כאן הסדר שלילי. המחוקק יודע ליצור. דבר אחר, ברמת הלכת יששכרוב, אין לשופט בהליך הביניים את התמונה הרחבה.

הנשיאה קבעה כי **המשטרה יכולה לעיין בחומרים. נותנים למשטרה את מרחב הפעילות לחקר האמת**.

השופט דנציגר, נותר איתן בדעתו הנחרצת ואומר לנשיאה שזו טעות. מפני שפס"ד הזה, בסופו של דבר, לא עושה צדק עם העובדים. והוא אומר בצורה די ברורה. ברור לאן זה הולך. גם אם אותם פרוטוקולים לא ייגשו כראיה, הם יובילו לראיות נגזרות. כפי שראינו בהלכת פרחי, ראיות נגזרות נבחנות על פי הכללים הרגילים של הלכת יששכרוב. ככלל הן לא נפסלות. השופט לוי עושה הבדל בין קש"ס עובדתי לבין קש"ס משפטי. יש קש"ס עובדתי באופן ברור אך הפרקליטות תטען כי אין קש"ס משפטי משום שהשופט בהליך הביניים, איפשר לעיין. דעת הרוב נותנת למשטרה לעשות שימוש באמצעים פסולים. דעתו הייתה דעת מיעוט.

גם הנשיאה אומרת שיהיו מקרים שיכול להיות שיובילו לכך שהפרה מאוד משמעותית של הזכות להליך הוגן בהליך הביניים, יכולה לגרום לכך שנעצור את המשטרה. למה זה לא המקרה? אנו חשים אי נוחות אך לא נוכל להגיד שיש כאן אין פגם המצדיק לומר שהמשטרה פגעה באופן משמעותי בזכויות העובדים. גם ניתן לטעון כי לרכבת בכלל לא הייתה סמכות להבטיח דבר כזה. לא היה פגם של המשטרה ולכן לא ניתן לשופט בהליך הביניים את הכח לעצור את המשטרה.

נזכור את דעת דנציגר משום שנזכיר אותה בפס"ד אוריך.

בש"פ 7917/19 **אוריך**

פרשה שעברה הרבה מאוד דיונים, מהשופט אלרון, דרך דיון של שלושה שופטים ובסוף דיון בהרכב מורחב. גם כאן, יש כמה סוגיות בפס"ד, אנו נעסוק רק באחת.

עובדות המקרה- תקופת בחירות. היועמ"ש מודיע על כוונתו להגיש, בכפוף לשימוע, להגיש כתב אישום לראש ממשלה מכהן. ימים ספורים לפני הבחירות, מוגשת תלונה במשטרה, על-ידי עד שהיה אמור להעיד, בה הוא טוען שהיה רכב שחנה ליד ביתו בו הושמעה קלטת שחזרה ואמרה לו לחזור בו מעדותו. הוא התלונן בעצם על הטרדת עד. פתחו בחקירה. יש חוק מאוד ברור.

ס' 23א (ב) לפסד"פ: חדירה לחומר במחשב

"(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.

(ג) קבלת מידע מתקשורת בין מחשבים אגב חיפוש לפי סעיף זה לא תיחשב כהאזנת סתר לפי חוק האזנת סתר, תשל"ט-1979."

כלומר, לפנות מבעוד מועד לשופט, ולבקש ממנו לקבל צו לחיפוש במחשב, זה כולל גם פלאפון. הרציונל הוא שכל חיינו נמצאים באותו המכשיר, תמונות, הודעות, מיילים, מסמכים וכו'. אנו רוצים ששופטים, באופן מידתי, יוודאו שההכשר יעסוק רק בחשדות כך שהפגיעה בזכות לפרטיות תהיה מידתית. בפס"ד **בן חיים** נפסק **שהמשטרה יכולה, כתחליף להסמכה בחוק, לבקש מפלוני, לבצע חיפוש על פני גוף, גם בהעדר חשד סביר**.

זוהי הסכמה מדעת שיש לה **שני רכיבים**:

1. השוטר מודיע לאותו אדם שהוא לא חייב להסכים
2. אם לא יסכים, זה לא יהווה ראיה בחובתו.

שני תנאים אלה יבטיחו את ההסכמה מדעת וכן יעלו על יחסי הכוחות בין השוטר לבין הפרט. גם ביניש בפס"ד בן חיים מבינה כי הסכמה מדעת לא יכולה להכשיר הכל ולכן היא אומרת שעל חיפוש פנימי או חיצוני, לפי חוק החיפושים, לא ניתן להתגבר דרך הסכמה מדעת, אם אין הסמכה בחוק.

המשטרה לוקחת את הלכה זו ומיישמת אותה לחיפוש במחשב, והיא אומרת לחשודים שהיא מבקשת את הסכמתם לחיפוש במחשב, על אף שאין צו של שופט. שוכחת המשטרה לציין שהם לא חייבים להסכים, ושאם לא יסכימו, זה לא יהיה ראיה בחובתם.

האם ניתן לעשות החלה מהלכת בן חיים, מחיפוש בגוף, לחיפוש במחשב? עמדת המרצה היא שלילית משום שחיפוש במחשב כרוך בפגיעה חמורה בזכות לפרטיות, וכן אין באמת שליטה בחיפוש ובהיקפו. המרצה אומר שהקפיצה מחיפוש, ברף הנמוך, לחיפוש במחשב, זוהי קפיצה בעייתית. ביהמ"ש עוד לא נתן את דעתו בעניין חוקיות הקפיצה וסוגיה זו נותרה בצריך עיון. למרות זאת, עמדת היועמ"ש, כפרשן מוסמך, היא שהקפיצה הזו היא חוקית. כלומר, עמדת ראש התביעה הכללית היא שניתן להחיל את הלכת בן חיים גם על מחשב. מדוע לא הכריעו? לא נדרש היה להכריע משום שממילא, גם אם נחיל את הלכת בן חיים, היא כשלעצמה, לא בוצעה כנדרש. לא נאמר לחשודים שאם הם יסרבו, זה לא ייזקף לחובתם. רק התבקש מהם להסכים. יש כאן פגם חמור. מה שקרה היה שהחשודים הסכימו לחוקרים לעיין בפלאפון, וברגע שראו שהם נכנסים לעומק הודעות, הם לא הסכימו. בשלב זה, פונה המשטרה לביהמ"ש לקבלת צו לחיפוש בפלאפון הסלולרי.

השאלה המשפטית- האם שופט, בהליך ביניים, אמור לדון בשאלת קבילות הראיה, הואיל והבקשה לצו, מבוסס, בין היתר על ראיות שהושגו בחיפוש שאיננו כדין?

ביהמ"ש- השופט אלרון, בתור דיין יחיד, אומר שבניגוד להלכת יששכרוב, הוא לא אמור לדון בשאלת קבילות ראיה שהושגה. הוא צריך לבדוק האם הצו שייתן, יפגע פגיעה נוספת בזכות לפרטיות שלו. בתור שופט בהליך ביניים, יש לו את הכח למנוע פגיעה כזו. דוקטרינת העץ המורעל לא התקבלה בישראל, וביהמ"ש הוא מאוד סובלני לראיות נגזרות. הוא צופה כבר פני עתיד. הוא יודע שאם ייתן צו, והחיפוש יוביל לראיות נגזרות, ראיות אלה ככל הנראה תוכשרנה. הואיל וביהמ"ש מגלה סובלנות לראיות נגזרות, ייתכן והוא בהליך ביניים צריך להקפיד ביתר שאת על זכויות נאשמים כבר בשלב החקירה. ולכן הוא קובע מבחן דו-שלבי המבוסס על הלכת יששכרוב.

**המבחן הדו-שלבי**:

1. זיקה- בין המידע שאותר בחיפוש המוקדם הלא חוקי, לבין התשתית העובדתית עליה מבוססת הבקשה לצו חיפוש. אם אין זיקה, אין בעיה. אבל אם יש, עוברים לשלב הבא.
2. שיקולים נוספים- בודקים את חומרת הפגם שהיה בחיפוש המוקדם, חומרת החשדות, את נחיצות הצו להמשך החקירה, הזיקה של בעל המחשב לחשדות. מזכירים את הלכת יששכרוב. כלומר, גם אם יש זיקה, צריך לבחון מכלול שיקולים, הדומים להלכת יששכרוב.

ההלכה של שופט אלרון, גורסת **שתהיינה נסיבות ביהמ"ש בהליך ביניים, יוכל לשים עצור למשטרה, ולא לאפשר בהליך ביניים את הצו**. לא רק שאי אפשר לטעון שהאמצעי לא ישיג את המטרה, אלא שאמצעי לא חוקי אפילו יפגע במטרה. זה יגרום לכך שלא תהיה אפשרות לקבל צו ולא תוכל להיות המשך חקירה.

"...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..."

(פסקאות 47-48 לפס"ד של השופט אלרון)

אמירות מאוד קשות.

"בין הלכת יששכרוב לדוקטרינת פרי העץ המורעל"- אסף הראל וחמדה גור-אריה

במאמר, הם מראים שהשופט אלרון, מבלי להודות בכך, הופך את דיון נוסף שמש. הוא מתאמץ להסביר מדוע הוא לא הופך את שמש. הם כתבו את המאמר לאחר הגלגול הראשון. הם רצו לפרסם מהר משום שידעו שזה יגיע לביהמ"ש העליון. המאמר היום, הוא לא מעודכן ברמת ההתפתחויות, אך הוא כן משקף ניתוח משפטי, שלפי המרצה, הוא עדיין נכון.

ספויילר- בדיון הנוסף, הנשיאה חיות, די עושה פניית פרסה.

כבר בדיון הנוסף בשמש, השופטת ביניש שואלת מה יקרה עם ראיה שהושגה באמצעי פסול, ומבקשים מביהמ"ש בהליך ביניים צו? היא רומזת שעל אף שזו שאלה שאינה פשוטה, יתכנו מקרים בעתיד שהליך ביניים כן יצטרך להתערב, אך אין צורך לדון בכך בפס"ד שמש. כאן יש הפרה בוטה. בפס"ד שמש, הם לא מעוניינים לעצור את החוקרים. מעוניינים שהם יגיעו לחקר האמת. לא נעסוק בכבילות בשלב הביניים. השופט דנציגר טוען באופן חד משמעי שזה לא יעזור בהליך העיקרי שתיפסל הראיה הפסולה, אם הראיות הנגזרות תתקבלנה. הוא טוען שזה ייתן למשטרה יותר מדי כח. הוא מדבר על הצורך להרתיע את המשטרה ולא לתמרץ אותה לפגוע בזכויות להליך הוגן. כלומר, בהליך ביניים, השופט לא צריך להתעלם ולטעון שהכל ייבדק בסוף.

זה בדיוק מה שהשופט אלרון אומר בפס"ד אוריך. ולכן המרצה טוען שהוא כן הופך את הלכת שמש.

האם מה שהשופט אלרון מבקש לקדם, אומר שדוקטרינת העץ המורעל, או סממנים מסוימים, חלים בישראל? ביששכרוב פסקו שלא מקבלים את דוקטרינת העץ המורעל. בישראל אנו מעוניינים למנוע פגיעה באמון הציבור. כל חוליה תיבדק על פי הכללים שנקבעו ביששכרוב.

האם השופט אלרון בעצם, מביא סממנים של דוקטרינת העץ המורעל? ניתן לטעון כך משום שאם השופט מונע מהמשטרה להשיג ראיות נוספות על בסיס ראיות שהושגו בדרך פסולה, הם בכלל לא יוכלו להגיע לראיות נגזרות וכך לא יהיה צורך בכלל לדון בשאלת הקבילות בהליך המרכזי. יש כאן מעין ביסוס. גם הוא אומר שיש שלבים. יש שק"ד.

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

נתקדם לדיון הנוסף. הוא מאוד ארוך ומעניין.

"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."

(פסקה 117 לפס"ד של השופטת חיות)

לא נעמיק לעמדת כל שופט. גם השופט אלרון לא חושב ששופט בהליך ביניים צריך לבחון את שאלת הקבילות. המחלוקת היא לא בעניין של הכרעה שבשאלת קבילות, אלא מה הסיכוי ששופט בהליך ביניים, על פי פגם קודם בהליך החקירה, ימנע מתן צו. גם הנשיאה, לא עושה פניה פרסה מוחלטת. היא לא אומרת שהוא צריך לעצום עין. היא אומרת שרק במקרים בהם מדובר בפגיעה אנושה במיוחד, בשלטון החוק ובזכות לפרטיות, רק במקרים כאלה פגם כזה יכול למנוע מתן צו של שופט ביניים.

המרצה כתב מאמר נוסף שההרתעה נשחקה באופן סופי כלפי המשטרה. רואים שימנעו רק במקרים נדירים. יאמר לזכותה שהיא לא מתחמקת בעניין הראיות הנגזרות כתוצאה מהצו, שניתן על בסיס ראיות בלתי חוקיות. היא אומרת שיש את פרחי, את המבחן של השופט לוי. אבל ברור לאן זה הולך. ברור שרוב הסיכוי שראיות נגזרות תתקבלנה.

יש עוד עמדות כמובן. למשל השופטת ברק-ארז, טוענת אולי קצת הגזימה עם הרף הגבוה הזה של מקרים חריגים.

ע"פ 7388/20 **בן אוליאל**

עובדות המקרה- בן אוליאל הורשע ברציחת בני משפחת דוואבשה- "הפיגוע בדומא". כחצי שנה לאחר הרצח, בן אוליאל נעצר והועבר לחקירת שב"כ. ב-21 הימים הראשונים, הוא היה מנוע מפגישה עם עו"ד, והוא נותר איתן בשתיקתו. שום אמצעי חקירה לא עבד עליו ולכן הוחלט לבצע עליו אמצעי חקירת צורך. חקירת צורך היא חקירה שבמהלכה מבצעים מהלכים החורגים משיטות חקירה הרגילות. הרציונל לכך הוא חריג הצורך, המופיע בחוק העונשין.

ס' 34יא לחוק העונשין: צורך

"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."

כלומר, סייג הצורך, עשוי להכשיר בדיעבד, שימוש בלתי חוקי באמצעי חקירה. הפסיקה קבעה שתכולת סייג הצורך מותנה במספר **תנאים מצטברים**:

1. המעשה דרוש באופן מידי
2. סכנה מוחשית
3. הפגיעה שמנסים למנוע היא פגיעה חמורה
4. שלא תהיה כל חלופה אחרת
5. מידתיות

ביהמ"ש העליון קובע שחריג הצורך תמיד יבחן בדיעבד. הוא לא יכול להקנות מראש סמכות לחקירה שהיא בלתי חוקית.

כשהמשטרה מחליטה לחקור את בן אוליאל בחקירת צורך, היא עושה זאת מתוך הבנה שיש כאן פצצה מתקתקת- למנוע את הפיגוע הבא. חקירת הצורך, נועדה למנוע פצצה מתקתקת.

בחקירת הצורך, הוא מודה. נערכה עוד חקירה, בה הוא שוב מודה. ההודאות האלו, בחקירת הצורך, הן בלתי קבילות, וכך קבע גם ביהמ"ש המחוזי והן אינן עומדות בלב הדיון של פס"ד זה. אלא בקבילות הודאה שלישית שהביא לאחר 36 שעות בסיום חקירת הצורך. הפעם, ללא שימוש באמצעים מיוחדים של חקירת צורך. הוא מבצע גם שיחזור.

השאלה המשפטית- האם ההודאות האלו הן קבילות, כאשר מספר שעות לאחר מכן, הם נוקטים שוב בחקירת צורך ונוקטים באמצעים פסולים. השאלה המשפטית מצטמצמת להודאות בין חקירות הצורך.

אגב, לאחר מכן, כאשר לא הייתה מניעה להיפגש עם עו"ד, איתמר בן גביר, שלאחריה, הוא חוזר מההודאות.

ביהמ"ש- ביהמ"ש המחוזי פוסק שההודאות קבילות ושמשקלן הוא גבוה. ס' 12 מחייב **בחינה דו שלבית**:

1. מבחן פנימי
2. מבחן חיצוני

ביהמ"ש המחוזי אומר ששני השלבים התרחשו. בנוסף, העובדה שהוא יודע פרטי חקירה מוכמנים (צבע הרכב, מאפייני החלונות, זיהוי החלון ממנו זרק, איך הבקבוק התנפץ, תיאור הבקבוק), שחלקם החוקרים עצמם לא ידעו. אלו פרטים שמאמתים את ההודאה.

ראשית, אנו דנים בשאלת הקבילות של ההודאות העוקבות, לא אלו שהיו בחקירות הצורך. דבר ראשון, הסניגור טוען שיש פסלות אוטומטית לראיות עוקבות. השופט אלרון טוען ששיטת המשפט שלנו לא פוסלת כל ראיה כזו. היא לא מקבלת שברגע שיש שימוש באמצעים פסולים ובחקירות צורך, זה פוסל כל ראיות עוקבות. השופט אומר שזה מאוד מפתה לאמץ זאת. אם לא יאמצו, יהיה תמריץ למשטרה, לעשות שימוש באמצעים מיוחדים, בתקווה שהם יובילו להודאות אמת, שיהיה ניתן לאמת אותה בהודאות מאוחרות יותר. הוא מזכיר את פס"ד אוריך. הוא אומר שאם נאפשר לכך, יש חשש שזה יוביל לתמריץ למשטרה להשתמש באמצעים פסולים. רואים שהוא הרבה יותר מתון משהיה בפס"ד אוריך. ולכן, **אין פסלות אוטומטית של ראיות עוקבות**. דוקטרינת העץ המורעל לא התקבלה בישראל. בישראל יש גישה של מידתיות.

אנחנו בודקים ב**שתי דרכים**:

1. ס' 12 לפקודת הראיות
2. כלל הפסיקה הפסיקתית

הוא פותח את הדיון בס' 12. לא נעמיק בכך, זה בדיני ראיות. קודם כל, הפסיקה מפרשת את ס' זה ככזה שההודאה תיפסל רק אם הופעל לחץ חיצוני, ורק אם היה לו את היכולת של הנאשם, לבחור האם לשמור על זכות השתיקה או לא. שאלת החופש נבדקת באופן סובייקטיבי, לפי נסיבות המקרה. 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. המבחן בפסיקה הוא קש"ס בין האמצעי הפסול בהודאה אחת לבין ההודאה האחרת. במקרה שלנו, 17 ימים הוא שותק והוא מתחיל לדבר בחקירת הצורך. האם תיתכן, שהודאה תהיה חופשית ומרצון בין חקירת צורך אחת לבין חקירת צורך שנייה.

מבחינה עובדתית, ננקטו בחקירת הצורך אמצעים שגרמו לכאב. הוא פסק שזה לא עינויים. הוא מגיע למסקנה שההודאה העוקבת קבילה לפי ס' 12 ולכן אין הוא מתערב. הוא מסביר את קביעה זו. הוא אומר שלא האיומים גרמו לו להודאות ולבצע את השחזור.

שלב הבא, כלל הפסילה הפסיקתית. אלו שני מסלולים נפרדים ולכן צריך לבדוק את שניהם. לפי הלכת יששכרוב, לביהמ"ש, יש הרבה שק"ד. אך מה התנאי המקדמי לפי השיקולים? שהמשטרה פעלה שלא כדין. שמדובר באמצעי חקירה פסול ולכן צריך לשאול האם עומד לחוקרים סייג הצורך. אם עומד סייג הצורך, שנבחן בדיעבד, אז זה כדין. הסנגורים טוענים כי לא היה פה עניין של צורך. השב"כ רצה להשוות לחקירה ניתוח סיקולי, אך באמת הם רצו להשיג הודאה.

עמדת המדינה היא שחקירת צורך אינה בגדר עינויים. עינויים היא ייתכן הזכות היחידה שהיא מוחלטת.

ביהמ"ש המחוזי קובע ששאלת קיומו של סייג הצורך אינה מחייבת הודאה משום שמדובר בשאלה נפרדת. כלומר, גם אם חוקרי השב"כ, פעלו כדין, זה עדיין לא אומר שנקבל את ההודאה לפי ס' 12. זה שיש הצדקה, זה לא אומר שההודאה ניתנה באופן חופשי ומרצון. בכלל הפסיקה הפסיקתית, יש תנאי סף של התנהגות החוקרים. השופט אלרון בודק **2 טענות**:

1. האמצעי הפסול, כביכול, השפיע ישירות על מסירת ההודאות העוקבות ולכן צריך לפסול אותן.
2. צריך לבחון את ההודאות העוקבות כראיות נגזרות, מטעם זה לקבוע שהן אינן קבילות.

נתחיל בטענה הראשונה, השופט אלרון טען שאם נקבע שסייג הצורך עומד לחוקרי השב"כ, לפי הלכת יששכרוב, ייתכן שסללנו את הדרך לקבילות ההודאות בחקירות הצורך. אך אם לא נקבע, המבחן שנאמץ, דומה למבחן בס' 12. זיקה סיבתית. צריך לבדוק את הזיקה בין האמצעים הפסולים לבין ההודאה העוקבת. אנו נגיע לאותה מסקנה. לאחר 36 שעות, ניתק הקשר. בן אוליאל לא מסר את ההודאות בהשפעת השימוש שנעשה באמצעים הפסולים ולכן אין קש"ס. כך או כך, זה לא רלוונטי אם יש זיקת צורך.

בנוגע לטענה השנייה, בהנחה וסייג הצורך לא עומד לחוקרי השב"כ, בוא נבדוק האם צריך לפסול את ההודאה, לפי הלכת יששכרוב בהקשר של ראיות נגזרות. כלומר, נבדוק את הלכת פרחי. מה אמר השופט לוי? צריך קש"ס עובדתי וקש"ס משפטי. השופט אלרון מנתח את הלכת פרחי, ואומר שמבחינה עובדתית, יש קש"ס עובדתי. למה? ברור, שאלמלא ההודאה בחקירת הצורך, הוא לא היה מודה בחקירה העוקבת. יש קש"ס בין ההודאה שהוא מסר לבין ההודאות העוקבות. האם יש קש"ס משפטי? האם העובדה שהחשוד יודע שהוא כבר הודה, מספיקה כדי לבסס את הקש"ס המשפטי או שנותק הקשר? השופט אלרון מאמץ את הדעה של ביהמ"ש המחוזי אשר אומרת שהראיות העוקבות אינן כמו הראיות הפסולות. הוא מביא כל מיני סיבות. קבלת הראיות ההודאות העוקבות לא גורמות לפגיעה בזכות להליך הוגן. יש פסיקה שאומרת שגם אם ההודאה המאוחרת ניתנה מתוך ידיעה שהוא כבר מסר הודאה קודמת. השיקול הטבעי של האנשים, הוא שכשלעצמו לא יאיין את ה-"חופשי ומרצון". השופט אלרון לצורך זה מגייס את פרק הזמן, זהות החוקרים, האווירה בשתי החקירות, את העובדה שאין חשש מאמינותה.

בשורה התחתונה, ביהמ"ש מכשיר את ההודאות, גם לפי ס' 12 וגם לפי כלל הפסילה.

השופט בודק גם את משקל ההודאות ודוחה את הערעור. עוד אין ניתוח אקדמי מעמיק הבוחן את פס"ד. מדובר במקרה מאוד קשה. גם מפתיע שדווקא השופט אלרון, הוא זה שדוחה את הערעור. האם השינוי נובע מהעובדות ומהחומרה?

**שיעור 7- 5.12**

סיימנו עם פס"ד בן-אוליאל. פס"ד חדש מהשנה האחרונה. תובנה שעלתה, ייתכן ויש צורך לקבוע כלל שכאשר יש חקירת צורך, שבה מתקבלת הודאה (שכן המטרה היא למנוע פיגועים עתידיים ולא לגבות הודאה), שהמשטרה צריכה לעשות מעין ריענון. כלומר, לומר לחשוד ששאלת קבילות ההודאה תיבחן על-ידי ביהמ"ש, ולכן מתחילים מחדש ומזהירים אותו, על מנת שיבין שההודאה במסגרת חקירת הצורך, לא בהכרח תביא לקבילות הראיה. חשודים נוהגים לחשוב שאם הם הודו כבר, אז אין כבר סיבה לא להודות שוב. הם לא מבינים שכבילות אותה הודאה בחקירת הצורך, מוטלת בספק ואף תיפסל ואז הסתמכות על ממצא זה, כבר לא תהיה טענה שביהמ"ש יקבל. זוהי עמדת הפסיקה. אם מודים בחקירה הבאה לאחר שהזהירו והאדם מודה משום שהוא כבר הודה לפני, זו טענה שאינה מתקבלת. האם זה תפקיד המשטרה או האם זה תפקיד הסנגור?

כמו כן, ככל שנקבע יותר כללים, מה יקרה אם בעתיד שוטר לא יעשה ריענון כזה, האם נצטרך לפסול את ההודאה? מהצד השני, אנחנו חייבים בחובת הגינות.

סיכום קצר

ס' 56א לפק"ר מקבל את כלל הפסילה הפסיקתית. נעשה סקירה קצרה על המקרים בו.

ראינו שאנחנו נעים **בשני מסלולים**:

1. פיתוח גבולות הגזרה של כלל הפסילה
2. פיתוח הזכות להליך הוגן אגב כלל הפסילה

ס' זה הוא על המסלול הראשון.

**מספר דברים**:

1. סוגי ראיות- המחוקק קובע שכלל זה חל על כל הראיות. אין הבחנה.
2. הודאת עד- יש התייחסות ספציפית לסיטואציה בה הראיה שהתקבלה שלא כדין, יכולה להיות כזו שתהיה רלוונטית להודאת עד. החוק מקבל את עמדת הפסיקה שראוי להחיל את הפסיקה גם לראיה שהיא הודאת עד. עד היום הייתה מחלוקת בפסיקה. הייתה גישה שטענה שכאשר מדובר בהפרה בהודאה של עד, ההגנה צריכה להצביע על עוצמה גדולה יותר של הפרת הדין. כלומר, יש הבדל בין הודאת עד להודאת נאשם. המחוקק קובע שאין הבדל. כלל הפסילה חל על כל סוגי ההודאות. יכול להיות שיפעילו אמצעים בלתי חוקיים על עד על מנת שיפליל את הנאשם והנאשם ירצה להשתמש בכלל הפסילה כדי לפסול את ההודאה. זה יהיה יותר מורכב אם העד גם יעיד בביהמ"ש. **דוגמא**: תיקי נתניהו. כאשר יש עד מדינה שיש טענה שננקטו פעולות שאינן כדין במהלך החקירה במשטרה. גרמו לו לשתף פעולה עם המשטרה והוא הופך להיות עד מדינה ומעיד בביהמ"ש שם הוא טוען שכל מה שהוא אומר הוא נכון. גם אם הייתה פעולה שלא כדין במהלך החקירה, שאולי הובילה לגיוסו כעד מדינה, עכשיו הוא בא ואומר שהכל אמת. עולה השאלה מה המשמעות, ככל שיש אמצעים שננקטו שלא כדין, שהובילו אותו לשיתוף פעולה. ברור שצריך תוספת ראייתית לפי פקודת הראיות.
3. עוצמת הפגיעה- מהותית או לא מהותית. היו כל מיני טיוטות ללא המילה "מהותית" אך המחוקק מכניס. בכך הוא מכניס את הלכת יששכרוב וגם את המבחן של הגנה מהצדק בס' 49(10). השופט עמית בפסקה 102 לפס"ד נחמני אומר שקרה משהו:

"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. אך בעשורים האחרונים דומה כי המקום של ה"יש הראייתי" הולך ונזנח לטובת טענות לפגמים כאלה ואחרים בחקירה ובהליכי התביעה... טענות כאלה, מסיטות את ההליך הפלילי מדרך המלך ומהתכלית של חקר האמת, גורמות להליך הפלילי להסתרבל ולהתארך עוד יותר, ולמעשה מביאות להיפוך תפקידים: "הנאשם קם מכיסאו והופך לקטיגור, והמאשימה אמורה מכאן ואילך להתגונן ולהוכיח כי פעלה כחוק"... מבלי לכפור בתרומת שיח הזכויות להליך הפלילי ולזכויות הנאשם, לטעמי, הגיעה העת כי ההליך הפלילי שהלך והסתרבל ישיל מעליו משקולות שנוספו לו בשנים האחרונות, ויחזור ויעמיד במרכז הבמה את החתירה לבירור האמת העובדתית."

(פסקה 102 לפס"ד של השופט עמית בפס"ד נחמני)

זו פסקה שניתן לכתוב עליה רבות. האם תכלית כל התכליות היא האמת? או האם זה לא ככה כל הזמן. השופט עמית מעמיד את האמת בתכלית כל התכליות וטוען שאנחנו מתעסקים יותר מדי בהגנה על הזכויות. השופטת ברק-ארז לא מסכימה איתו.

אילו היו מורידים את המילה "מהותית", הגישה הייתה הגישה של השופט עמית.

1. שק"ד השיפוטי- נוסחת האיזון מאמצת את שלושת השיקולים של הלכת יששכרוב. המחוקק לא רצה לרדת לפרטי פרטים.
2. דוקטרינת פירות העץ המורעל- לא התקבלה בארץ. כן יש בדברי ההסבר את התכלית ההרתעתית אולם אין לה באמת ביטוי.
3. עיתוי הפסילה- כל הסיפור של יונתן אוריך, החוק שותק. אנחנו נשארים עם ההלכה של חיות.
4. משקל חומרת העבירה- נהרות של דיו נשפכו. החוק שותק גם לגבי זה.
5. הליך אזרחי- יש שאלה האם הכלל קיים גם בהליך אזרחי. ייתכן כי המחוקק הכריע. הוא מדבר רק על הליך פלילי.

# שלב החקירה

אנחנו עכשיו נעבור לשלב החקירה.

כל חקירה יש בה פוטנציאל לפגיעה בזכויות ולכן חייבת הסמכה מהדין. חוץ מהמשטרה יש עוד רשויות שיכולות לחוקר כמו הרשות לניירות ערך והרשות לתחרות יכולות לחקור

ס' 59 לחסד"פ: חקירת משטרה

"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."

תלונה היא אינה הדרך היחידה לפתיחת חקירה. הפסיקה פירשה את ס' זה כך שהחובה לפתוח חקירה, גם אם מדובר בעבירת פשע, שלפי הס' אין שק"ד, תתגבש רק אם יש את אותם תנאים אובייקטיבים המאפשרים חקירה. כאשר יש יסוד סביר לחשש לעבירת העבירה.

מהי המעורבות של התביעה? לפי ס' 59, רק המשטרה קובעת אם לפתוח. היועמ"ש הוא גם ראש התביעה הכללית ולכן יש לו סמכות עצמאית להורות לפתוח בחקירה. זה לא כתוב אלא אנחנו לומדים זאת משני מקורות נוספים.

**שני המקורות**:

1. ס' 64(א)(1) לחסד"פ: ערר

"(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;"

ניתן להגיש ערר על החלטה לא לפתוח בחקירה, כאשר הערר מוגש אל גורמים הכתובים בפרקליטות. אם המחוקק נותן כח למתלונן להגיש ערר לפרקליטות, אז ברור שצריך להקנות מלכתחילה להקנות סמכות לכפות על המשטרה לפתוח בחקירה

1. ס' 61 לחסד"פ: המשך חקירה

"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."

היועמ"ש יכול לדרוש השלמת חקירה. אנחנו יכולים להבין שמלכתחילה הוא יכול להורות על פתיחת חקירה.

דבר נוסף על ס' 59, המחוקק מגביל את המשטרה לא לחקור אם נסיבות המקרה לא מתאימות לפתיחת חקירה רק אם העבירות הן עוון או חטא. מה לגבי עבירת פשע? פרשנות ביהמ"ש היא שלפרקליטות, המוסמכים בעצמם להורות על חקירה, יש סמכות להורות על אי פתיחת חקירה.

מה ההבדל בין חקירה לבדיקה מקדימה? מה זה בדיקה מקדימה? לא כתוב בחוק. הרף הראייתי הוא חשד סביר. בדיקה מקדימה זה הליך בין משפט מנהלי למשפט פלילי. הוא אומר שהמשטרה צריכה לבצע הליך טרום חקירתי על מנת שתוכל לגבש תובנות ביחס לשאלה האם בכלל יש חשד סביר לביצוע עבירה. זה כלי עזר הנמצא בארגז הכלים של התביעה הנועד להעשיר את הנסיבות שיעזרו לה לקבוע אם לפתוח בחקירה או לא. ולכן זה הליך טרום חקירתי.

מתי פותחים בבדיקה מקדימה?

הליך זה אושר בבג"ץ ב-2002. בעקבותיו יצאה גם החלטת יועמ"ש. היא מבהירה את המעמד הנורמטיבי של הבדיקה. הרציונל הוא הפגיעה הפוטנציאלית שיכולה להיגרם לחשוד כתוצאה מחקירה פלילית. יכולות להיות השלכות מאוד משמעותיות. **דוגמא**: שוטר. תמיד יש תלונות על שימוש שלא כדין באלימות. אם עכשיו נחקור כל אחד, זה יגרום להרתעת יתר. **דוגמא נוספת**: שופט. יש קושי אדיר בסיטואציה כזו. ממקום זו נולדה ההנחיה. הרעיון הוא שנבצע הליך טרום חקירתי שעל בסיסו נקבע האם לפתוח בחקירה.

יש על כך ביקורות. אם יש חשד סביר לביצוע עבירה, זה לא משנה מה התפקיד שלה או מה המעמד. אתה יכול להיות ראש ממשלה, או ראש עיר. תיפתח חקירה פלילית גם אם יש השלכה ציבורית עצומה. לפעמים המחוקק דורש, כדי לפתוח בחקירה, פרוצדורה יותר נוקשה. יש אנשים שבגלל המקצוע שלהם, חייבים הסכמה מהיועמ"ש. גם כאשר המחוקק דורש פרוצדורה יותר מוקפדת, זה עדיין לא אומר שיש איזה רף שונה. הרף או יסוד סביר לחשש לעבירת עבירה.

אבל מתי בכל זאת עושים בדיקה כזו? ההנחיה קובעת שכאשר עוד לא התגבש היסוד הזה.

היועמ"ש, בהנחיה שלו, מפרט **שני שיקולים מרכזיים**:

1. עוצמת התשתית הראייתית ההתחלתית ביחס לחשד אל מול החשיבות הציבורית במיצוי הבירור העובדתי- דווקא נבחר ציבור יכול למצוא עצמו בסיטואציה שנפתח נגדו בדיקה כי יש טענות שמבחינה ציבורית, יש מקום לשלול אותן, או לפחות לבדוק אותן. מול אדם רגיל זה היה נסגר בעוד שלאדם בעל מעמד יותר גבוה, היו פותחים חקירה.
2. ההשלכות הציבוריות התפקודיות הכרוכות בהחלטה על פתיחת החקירה- אותם מקרים בהם התפקיד הציבורי הוא כל כך משמעותי (כזה שהוא משפיע על סדרי שלטון, על מדיניות פוליטית/חברתית) שההשלכה של הפתיחה בחקירה חורגת מעניין המחקר הספציפי, וצריך משנה זהירות לגבי שקילת התשתית העובדתית. ואולי לפני שנפתח בחקירה פלילית, ננקוט בבדיקה מקדימה ונעשה כל מיני פעולות שישללו את הטענה.למרצה יש ביקורת. מה אומרים? אם יש חשש סביר, פותחים. ואז באים אומרים שבגלל ההשלכות הציבוריות, נעשה עוד חקירות. הם לא בודקים אם יש חשד סביר. אם יש חשד סביר פותחים, אם אין אז סוגרים. מה קשורה התיישנות שמופיעה בס' 17 להנחיית היועמ"ש? היה פס"ד של השופט הנדל קבע שזה חוקי וסביר אבל איך זה הגיוני? כלי של שק"ד.

מבחינת היקף הבדיקה, כל גוף חוקר יכול לבצע את הבדיקה. היועמ"ש קובע בהנחיה מה מותר ומה אסור במסגרת הבדיקה.

ס' 14 להנחיה

"בין היתר, מוסמכות רשויות האכיפה לנקוט בפעולות הבאות:

א. לבדוק מידע במערכות המשטרתיות ובמערכות ציבוריות נוספות;

ב. לקבל מידע מרשויות אחרות, כגון הרשות לאיסור הלבנת הון ומימון טרור, נציבות שירות המדינה, רשות המסים ומבקר המדינה;

ג. לגבות הודעות ממעורבים, וזאת בכפוף לאמור בסעיף 15(ג( ובסעיף 16 להלן;

ד. לאסוף מסמכים ולתפוס חפצים, וזאת בכפוף לאמור בסעיף 15(ב) להלן;

ה. לבצע בדיקות פוליגרף לעדים;

ו. לבקש מידע וסיוע ממדינה זרה;

ז. לבצע בדיקות כלכליות;

ח. לקבל נתוני תקשורת."

מה אסור?- ס' 15 להנחיה

"עם זאת, ישנם כלים שייעשה בהם שימוש רק במסגרת חקירה פלילית:

א. בהעדר תשתית המגבשת יסוד סביר לחשד לביצוע עבירה, אין מקום להפעיל כלים שיש בהם משום פגיעה בחירותו של אדם - קרי, לא ייעשה שימוש בסמכות המעצר או העיכוב נגד האדם נושא הבדיקה, שכן פגיעה כזו מחייבת קביעת רף ראייתי גבוה יותר, שככל שיימצא, הרי שמדובר יהיה כבר בחקירה ולא בבדיקה מקדימה;

ב. לא ייעשה שימוש בסמכות החיפוש כלפי האדם נושא הבדיקה;

ג. לא תבוצע חקירה באזהרה של האדם נושא הבדיקה;

ד. לא יבוצע עימות בין האדם נושא הבדיקה לבין מעורבים אחרים;

ה. לא יוצא צו מכוח חוק האזנות סתר, התשל"ט-1979 ביחס לאדם נושא הבדיקה."

ס' 16 להנחיה קובע שני כללים נוספים

"כמו כן, ככלל, במסגרת הליך הבדיקה המקדימה לא ייעשה שימוש בכלים הבאים:

א. לא תגבה גרסה מהאדם נושא הבדיקה;

ב. לא יבוצע פוליגרף לאדם נושא הבדיקה.

בנסיבות מיוחדות המצדיקות זאת, באישור היועץ המשפטי לממשלה או פרקליט המדינה, ניתן לחרוג מהאמור בסעיף זה."

\*בג"ץ 5023/16 **מיקי רוזנטל**- לקרוא אותו. השופט הנדל מנתח את ההנחיה הזו. השופט הנדל דוחה את הטענה שהבדיקה הזו היא בעייתית.

פקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות)- 1927

ס' 2 לפקודה: חקירת עדים על-ידי קצין משטרה וכו'

"(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."

מקור הסמכות לתשאל חשודים ועדים במהלך חקירה. יש הבדל בין חשוד לעד. אנחנו יכולים להבין מהסעיף שאין זכות שתיקה מוחלטת. זה מוביל לשאלה- מדוע אנו מעניקים לחשודים את הזכות למלא את פיהם מים? חשוד יכול לשתוק לחלוטין ולא לענות על אף שאלה. הוא יכול ליצור מיסוך בינו לבין החוקר. אבל למה אנחנו נותנים זכות כל כך רחבה? לעד יש זכות מצומצמת יותר. השאלות היחידות שהוא יכול לשתוק הן אלו שיכולות להעמיד אותו באשמה פלילית.

בנת'ם שואל למה זה טוב לנו כחברה? מהם הרציונלים התיאורטיים של זכות השתיקה? אם אדם חף מפשע, הוא ידבר אך אם הוא אשם, הוא ישתוק. על זה אומרים בדיוק הפוך. בפס"ד **גלעד שרון** ביהמ"ש אומר שדווקא **הזכות לשתיקה היא בשביל החפים מפשע.** החשוד עומד בחקירה אינטנסיבית ומפעילים עליו כל מיני אמצעים קשים. החשוד החף מפשע עלול להודות למרות שהוא לא עשה זאת. זכות השתיקה היא הכלי שמאפשרת ליצור מיסוך בינו לבין החוקר ומיסוך זה יעזור לו עד שייפגש עם עו"ד. ביהמ"ש בפס"ד **גלעד שרון** מונה **עוד רציונאליים**:

1. טרילמה- לא רוצים להעמיד חשוד בטרילמה (בעיה אשר לה שלושה פתרונות אפשריים) שכל אופציה היא בלתי אפשרית. בעולם בו אין זכות שתיקה, או מודים או משקרים או שותקים וגם זו תהיה עבירה פלילית.
2. השיטה האדוורסרית- החשוד לא צריך להוכיח את חפותו. המדינה צריכה להוכיח.
3. חוסר אמון בהודאות מפלילות- "אין אדם משים עצמו רשע". אדם שמודה בביצוע עבירה, יש איזה חוסר אמון. אנחנו נותנים לא להאמין להודאות כאלה. זכות השתיקה מצמצמת משום שהיא מאפשר מיסוך. זה בעייתי. כל שיטה יכולה להכשיר בדרך שלה. ולכן לטעון שיש חוסר אמון, יש בכך סוג של צביעות.
4. אמצעים פסולים- צמצום החשש שנובע מכך שהודאות מפלילות יושגו באמצעות אמצעים פסולים. אם שותקים אין סיבה להפעיל כלפי החשוד אמצעים כאלה. זה גם בעייתי ולא משכנע במיוחד.
5. פערי כוחות- זכות השתיקה יוצרת איזון בין פערי הכוחות הקיימים בין החוקרים לחשוד- הזכות מצמצמת את פערי הכוחות
6. זכות השתיקה מההיבט הליבראלי, מעניקה חירות- לא לשתף את העולם החיצוני במה שקורה בפנים. אנחנו לא רוצים להטיל חובה על אדם לדבר.

ההרחבה של חשוד לזכות שתיקה מוחלטת, אין לה עיגון בחקיקה. אלא בפסיקה. בפס"ד גלעד שרון השאירו זאת בצריך עיון. כיום לחשודים יש זכות שתיקה מוחלטת למרות שאין עיגון.

אם נרצה במהלך המשפט עצמו, להעיד עדות קוהרנטית ומלאה, במידה וחשוד שתק במהלך כל החקירה, מה עושים? השאלה הראשונה שישאל אותו התובע היא איפה הוא היה? יש נפקות עקיפה לשתיקה, בעיקר בהיבט של דיני הראיות. המשקל שביהמ"ש ייתן לעדות זו היא אפסית. זוהי עדות כבושה. למה שלא יאמינו? כי אם לא יראה סיבה טוב לשתיקה שלו, למה שנאמין לו? אדם יעיד בהזדמנות הראשונה שיש לו. כל מיני אמירות שינסו להסביר את השתיקה, כמו שהוא ידבר רק עם השופט, לא תתקבלה. במקרה של איומים וכאלה ייתכן והשופט כן יקבל את העדות. ולכן, אם לא יסבירו את השתיקה, לא יאמינו. יש סנקציה נוספת. שתיקה בחקירה מהווה התנהגות מפלילה. זה לא מעוגן בחוק בצורה מפורשת. יש לכך תהיות אולם בפסיקה מייחסים התנהגות מפלילה לחשוד ששותק אצל המשטרה. **דוגמא**: אדם שנחשד בעבירת מין. מתלוננת נכנסת על מנת לבצע עימות. הוא שותק והיא בסערת רגשות. זוהי התנהגות מפלילה. אנחנו מצפים שאדם יתייחס. יש שאלה האם התנהגות מפלילה היא חיזוק? יש דעות שונות.

לכאורה יש לכך עיגון בס' 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.

(ב) נכח סניגורו של החשוד, בתחנת המשטרה, במעמד החלטת הקצין הממונה, ישמע אותו הקצין הממונה לפני מתן החלטתו אם ביקש להשמיע דבריו; אין בהוראות סעיף קטן זה לחייב את הקצין הממונה להמתין לבואו של הסניגור או לאפשר פגישה בין החשוד לסניגורו בניגוד להחלטה לפי סעיפים 34 ו-35."

ניתן להבין שאם הוא נמנע מלהשיב על שאלות, זה שווה סנקציה של חיזוק. זה ס' בעייתי. אם המחוקק רוצה להקנות לשתיקה את הסנקציה של חיזוק, הוא צריך לעשות זאת במפורש. ככה לא יוצרים סנקציה. אנחנו מצפים שיהיה ס' שיקבע ששתיקה היא חיזוק ולא דבר כזה עקיף. כמו כן, לא כל חשוד הוא עצור. ס' 28 עוסק בתרחיש ספציפי של אדם שנעצר בשטח והוא מובא לחקירה והקצין צריך לקבוע האם להאריך את המעצר. החוק אומר לאותו קצין שהוא צריך להזהיר את החשוד. חלק מרכזי של חקירות הן ללא מעצרים. אז איפה סנקציית החיזוק? זה קצת מוזר שהמחוקק עושה סנקציה כזו בצורה הזו. הפסיקה נוטה לראות את השתיקה כחיזוק. תוספת לראיות. יש לכך ערך עצמאי, גם אם לא חיזוק, להתנהגות מפלילה. גם לשתיקה יש ערך שהוא לא פשוט בכלל. סנקציה נוספת, שנלמד בדיני מעצרים. כאשר שותקים במשטרה, יש סיכוי יותר גבוה שהמשטרה תבקש לעצור את החשוד. זה בא לידי ביטוי בס' 13(א)(3) לחוק המעצרים. יש עילת מעצר עצמאית שנקראת מעצר לצורכי ביצוע פעולות חקירה שמחייבות מעצר.

דבר נוסף, נאשם שהוגש נגדו כתב אישום חמור, הוא שתק לכל אורך החקירה ובשלב מעצר עד תום הליכים, למרות שיש חזקת מסוכנות. השופט זמיר קבע שברגע שהנאשם שתק, זה יעמוד לחובתו אם ינסה להפריך את חזקת המסוכנות.

עולה השאלה, מה עולה מזכות השתיקה? היא נובעת הרי מהזכות להליך הוגן. זוהי זכות חוקתית. פורמאלית יש זכות אך מעשית, מקבלים רק סנקציות עליה. אז מה נשאר? מה שווה הזכות לשתיקה אם הסנקציות בגינה הן כל כך קשות?

בפס"ד **קלקודה** עלתה השאלה האם וכאשר יש חובה על פי דין לצורך אכיפת דין מסוים, כמו הכנת דוחות (בפס"ד היה מדובר על מכסה שנקבעה על פי החוק) אם פנו לאדם וביקשו ממנו להוציא דוחות שהחוק מחייב להכין, והוא טוען שהוא לא ממציא אותם בגלל שיש לו זכות שתיקה.

ביהמ"ש- השופט חשין קובע **שזכות השתיקה נסוגה כאשר המחוקק מסייג אותה במפורש**.בסיטואציה הזו, ביקשו ממנו להכין דוחות כדי לאכוף באמצעותם את הדין. הוא לא יכול לבוא ולטעון שהם לא יכולים לבקש ממנו את הדוחות משום שזה מבקש להפליל את עצמו.

אז איך יודעים שיש זכות שתיקה? חייבים להגיד. האזהרה היא הכלי באמצעותו המשטרה חייבת להודיע לחשוד שיש לו זכות שתיקה על מנת להביא לידי ביטוי את הזכות להליך הוגן וכדי שההודאה תהיה חופשית ומרצון. המשטרה חייבת להגיד באיזו עבירה הוא חשוד, שיש לו זכות שתיקה, ושכל דבר שהוא יאמר, עלול לשמש נגדו במשפט. לאחר שמזהירים בכל אלה, ניתן לייחס לחשוד, רצון וחופש. אחד הדברים החשובים הוא שרשות חוקרת היא רשות שלטונית. לא ניתן לשחק עם חובת אזהרה זו. היא חייבת לדעת טוב מאוד, לפני שהיא מתשאלת, מה הסטטוס שלו. אם הוא עד, אין אזהרה אך אם הוא חשוד, חייבים להזהיר. הרבה פעמים המשטרה חוקרת עד, והוא בסטטוס של עד, והיא מבינה שהוא לא כזה תמיד. היא חייבת לעצור ולהזהיר משום שהוא עובר לסטטוס של חשוד. רק לאחר שהיא מזהירה, כל מה שהוא יאמר, יהיה ניתן להשתמש כנגדו. עקרונית, לא ניתן להשתמש כנגדו בדברים אשר אמר.

רע"פ 3445/01 **אלמליח**

פס"ד מאוד יפה. התחכמות של המשטרה.

עובדות המקרה- היה מדובר באדם שהגיש תלונה במשטרה וטען שיש איזה חשד שאיזה פלוני במסגרת בחירות עבר על שוחד. המשטרה ביקשה את המסמך. היא כבר חשדה שהמסמך מזויף, כלומר אדם זה הוא כבר חשוד. היא לא עצרה את החקירה ולא הזהירה אותו. הוא שותק ולא משתף פעולה. לאחר שכבר ברור שהמסמך מזויף, המשטרה מעמידה אותו לדין על הפרת הוראה חוקית בגלל ששתק.

ביהמ"ש- אומר למשטרה שיש לה חובת הגינות מוגברת. היא רשות שלטונית. **אם החוקר מעמיד בפני אותו אדם מצג ממנו עולה שהוא חשוד דה-פקטו, אך לא מזהיר פורמאלית, לאדם זה עומדת הזכות לשתיקה**. לא המועד הפורמאלי קובע, אלא המצג שהוצג בפניו. המשטרה לא יכולה להתכחש למצג שהציגה. ביהמ"ש מזכה אותו.

איפה בכלל כתוב בחוק שיש חובה לרשות החוקרת להזהיר את החשוד לפני שהיא חוקרת? זה לא כתוב. איך הגענו למצב כזה? אנחנו עדיין יונקים את חובת האזהרה מתקנות השופטים שנקלטו דרך הפסיקה האנגלית הקדומה. אותה פסיקה קבעה שיש חובה להזהיר. ועדיין לא טרחו לעגן בחוק את חובת האזהרה. זה דבר הזוי. לכאורה ניתן לטעון שיש איזה עיגון. ס' 28 לחוק המעצרים. נדמה כי הוא עומד על חובת האזהרה. אבל יש **שתי בעיות**:

1. רוב החקירות נעשות כשהאדם לא עצור
2. האם כתוב בכלל זכות שתיקה? מדובר על חיסיון מפני הפללה עצמית, לא שתיקה.

זה מצב לא טוב. כבר שנים יש הצעות חוק אך הן לא עברו. גדעון סער אכן הצליח להעביר את כלל הפסילה אך לא את זה.

עולה שאלה נוספת. מה קורה אם חשוד לא מוזהר? תשובה פשוטה. אם חוקר לא מזהיר, אז טענה שתבוא ותטען לפסלות אוטומטית היא אינה נכונה. צריך לבדוק את הפגם בשני המסלולים שדיברנו עליהם. ס' 12 לפקודת הראיות וכלל הפסילה (ס' 56א). אזהרה היא לא זכות חוקתית. מהזכות להליך הוגן נגזרות הזכות לשתיקה והזכות להיוועצות. אזהרה היא רק כלי טכני לבדוק שלא פגעו בזכות השתיקה והזכות להיוועצות. ייתכן שעל אף הפגם, הראיה עדיין תהיה קבילה. האזהרה היא חשובה מאוד אולם לא היחידי.

**דוגמא**: שוטר הרואה תאונת דרכים קשה והוא עוצר להשיט עזרה. הוא רואה את הנהג בוכה וכשהוא שואל אותו אם הוא בסדר, הוא אומר "איך נרדמתי על ההגה?". השוטר הוא על המדים. האם הראיה הזו קבילה? אין אזהרה אבל סביר להניח שההודאה הזו תעמוד במבחנים. **דוגמא נוספת:** פס"ד **בלחניס** ופס"ד **סמירק** לעניין חקירות צורך. השב"כ לא נוהג להזהיר. למה? כי זה לא בשביל ההודאה. זה כדי למנוע פצצה מתקתקת. מה קורה עם הודאה שהגיעה אגב בחקירה כמו בפס"ד בן אוליאל? פסלו את ההודאה.

מקור נוסף לזכות השתיקה- ס' 47 לפקודת הראיות: ראיות מפלילות

"(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.

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

כלומר, זה ס' שלא חל רק על חקירה במשטרה, אלא גם על חקירה בביהמ"ש. איך יודעים?

ס' 52 לפקודת הראיות: תחולה

"הוראות פרק זה יחולו הן על מסירת ראיות בפני בית משפט ובית דין והן על מסירתן בפני רשות, גוף או אדם המוסמכים על פי הדין לגבות ראיות; ובמקום שמדובר בפרק זה ב"בית משפט" – גם בית דין, גוף או אדם כאמור במשמע."

נחזור לס' 47. ס' זה מדבר על הפללה עצמאית. לא על זכות השתיקה. חשוד יכול לא להביא ראיה שעלולה להפליל אותו.

פס"ד **חורי** קובע כי **ס' 47 חל גם על מסמכים, ולא רק ראיה ורבאלית**.

מה יש בסעיף קטן ב? המחוקק מכרסם בזכות השתיקה. הוא אומר שביהמ"ש יכול לחייב אדם למסור ראיה ובלבד שהוא מעניק חיסיון שימוש. כלומר, לא יהיה ניתן להשתמש בראיה זו נגדו. איך זה מכרסם? כי לא כתוב שלא ניתן לעשות שימוש בראיות נגזרות.

כרסום נוסף- בפסיקה נקבע (פס"ד **נגזיאל** ופס"ד **קלקודה**) כי אמנם ס' 47 חל גם על מסמכים, אבל הוא **חל רק על מסמכים פרטיים, ולא על ציבוריים**. מה זה מסמכים פרטיים? דברים שאדם כותב. אם זה מסמך ציבורי, כמו פנקסי חשבונות, דרכונים ועוד. החיסיון מפני הפללה עצמית לא חל על ציבוריים. בפס"ד **לגזיאל** היה מדובר במקרה שאדם הועמד לדין. הוא צילם את חומר החקירה. חומר החקירה אבד. הפרקליטות פנתה לנאשם וביקשה צילום. הנאשם סירב. הוא לא רצה לתת להם את הראיות נגדו. האם יש חובה לאותו אדם צילום? ביהמ"ש ענה מחיוב. **מסמכים שאדם צילם מהתביעה, הם מסמכים ציבוריים**. הם קניינה של המדינה ואינם של הנאשם. יש בכך היגיון מסוים. מסמך פרטי זה מסמך שאתה כותב מתוך עצמך. זה מחזיר אותנו לפס"ד **קלקודה**, שם נפסק ש**חיסיון מפני הפללה עצמית נסוג מפני הוראת חוק ספציפית השוללת חיסיון זה**. ואם כתובה חובה למסור מסמכים, אז החיסיון לא חל על רישומים שהמחוקק דורש מהאזרח.

יש כאן הרבה מאוד כרסומים של זכות השתיקה.

ע"פ 1761/04 **גלעד שרון** העלה שאלה נוספת.

עובדות המקרה- גלעד גר בדירת אביו, ראש הממשלה לשעבר אריאל שרון. לאור חוק חסינות ח"כ, המשטרה פירשה את החוק כך שלא ניתן להוציא צו חיפוש בביתו של גלעד משום שגר עם אביו, שהוא ח"כ. אם זה היה אדם מן הישוב, פשוט היו מוציאים צו חיפוש. אין שאלה של חיסיון.

המשטרה פונה לביהמ"ש על בסיס ס' 43 לפסד"ר: הזמנה להציג חפץ

"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."

זה חריג שמשתמשים בחריג זה נגד חשודים. בדר"כ משתמשים בו נגד עדים. כאן גלעד שרון הוא חשוד אך משתמשים ס' זה על מנת שהוא יביא את המסמכים שהם דורשים. גלעד שרון מתחכם ואומר שלחשודים יש זכות שתיקה. הוא אומר שצריך לקרוא את ס' זה יחד עם ס' 47 לפק"ר. הוא חשוד בעל זכות שתיקה מוחלטת ולכן למרות שביהמ"ש הוציא צו, הוא יכול למלא פיו מים. הוא טוען שהוא יכול להתעלם מהצו. ולכן הוא לא מתייצב.

ביהמ"ש- נכון שלחשוד במשטרה יש זכות שתיקה מוחלטת לעניין עדות ורבאלית, **הזכות לשתיקה המוחלטת לא קיימת לגבי דרישה מחשוד להמציא מסמכים לפי ס' 43**. יש רק זכות לחיסיון מפני הפללה עצמית. למה ביהמ"ש פוסל כך? כי הוא חוזר לרציונלים של הזכות לשתיקה. אנו נראה שהם לא קיימים לענייני הצגת מסמכים. אמרנו שהחשוד נמצא מול החוקר ויש חשש שכתוצאה מהלחץ הוא יודה בדבר שהוא לא ביצע. אך אין חשש כזה. החשוד הוא מול ביהמ"ש והוא יכול להיוועץ עם עו"ד. דבר שני, מסמכים זה ראיה אובייקטיבית. אין חשש להודאת שווא שקיים לוודאות ורבאלית. כל מה שצריך זה רק להביא מסמך, שהיה קיים כבר קודם. יותר מכך, אם מדובר במסמך ציבורי, ניתן להתחקות אחרי מהימנותו בהרבה יותר קלות. כמו כן, יש איזו תחושה לא נוחה לכפות על אדם לדבר אבל כאן, אין כאן עניין של ליצור יש מעין, אלא רק שת"פ מינימאלי. זה כמו צו חיפוש. אין שום רציונל לתת זכות שתיקה מוחלטת. ולכן לגלעד שרון אין זכות שתיקה מוחלטת לעניין המצאת מסמכי, לכל היותר יש לו זכות לחיסיון מפני הפללה עצמית, ולכן אנו נעבור לס' 47 לפק"ר. הוא חייב למסור את המסמכים אלא אם יש כאלה שיכולים להפליל אותו. אם כן, צריך לבדוק אם הם ציבוריים או פרטיים. אם הם ציבוריים, הוא חייב למסור משום שהחיסיון לא חל. אם הם פרטיים, עוברים ל-47(ב). ביהמ"ש יכול לצוות את החשוד להביא את המסמכים ולהעניק חיסיון שימוש. אולם אין חיסיון בפני ראיות נגזרות.

ס' קטן ג קובע שאין זכות שתיקה אם אדם הוא עד הגנה.

יש שני פס"ד בעניין גלעד שרון. בפס"ד השני שהוא פחות חשוב, ביהמ"ש אומר שהוא לא יכול לטעון כי הוא לא בחזקתו, אם יש לו אפשרות להשיג אותו.

**שיעור 8- 12.12**

דיברנו על זכות השתיקה במשטרה. יש עוד מקורות נורמטיביים לזכות השתיקה.

**דוגמאות**:

1. ס' 152 (ב) לחסד"פ: תשובת הנאשם לאישום

"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."

לא חכם לשתוק כי יש על כך מחיר. ביהמ"ש צריך להגיד לנאשם על כך. וזה לא כדאי כי הוא יכול פשוט להכחיש

1. ס' 162 לחסד"פ: שתיקת הנאשם

"(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."

שתיקה במשפט יש לה מחיר והוא כבד. אחת השאלות שנדונו בשתיקה היא האם ניתן להשתמש בשתיקה במשפט כדבר מה נוסף להודאה שמסר הנאשם למשטרה? מבחינת קל וחומר ניתן. סיוע זה יותר מדבר מה נוסף. אך הפסיקה נדונה כי יש בזה תחושה לא נעימה. ברע"פ 4142/04 **מילשטיין**, הפסיקה קובעת ש**ניתן להשתמש בשתיקה במשפט כדבר מה נוסף להודאה, אך זה ייעשה רק במקרים חריגים, ולפני שזה ייעשה, ביהמ"ש צריך להשתכנע שההודאה עומדת בפני עצמה, שאין לחץ פנימי שהוביל אותו להודות בדבר שלא עשה וכן הוא צריך להשתכנע שאין לשתיקה במשפט השתק תמים**. הייתה דעת מיעוט שניתן להשתמש רק אם ההודאה תועדה בווידיאו.

דיברנו די הרבה על הזכות להיוועצות אז רק נאמר מספר מילים. ראינו את החשיבות, ראינו שהיא ניתנת גם לחשוד שהוא לא עצור. ראינו גם את המונח ללא דיחוי, ראינו את הדרישה להגיד על סנגור ציבורי. השופט שהם בחייבטוב אומר שאם מוותרים על הזכות להיוועצות, צריך שהוויתור יהיה מתועד בהקלטה קולית או בווידיאו. אנחנו רוצים לוודא שזה נעשה מתוך רצון אישי ובאופן חופשי. ראינו בס' 34 שניתן לדחות את הפגישה עם עו"ד. אך בפס"ד אלזם לא ניתן לדחות רק אם יש איזה חשש שהוא יימנע המשך חקירה בגלל שהוא ימליץ על הזכות לשתיקה.

# עיקוב ומעצר

נעסוק בשניהם הרבה. הם עוסקים בהגבלת חירות. זה יתחיל בעיכוב, בו משהים את זכות התנועה, וזה ממשיך למעצר שם הזכות לחירות היא הזכות הנפגעת רבות.

כל ההיבטים האלה קשורים להגבלת החירות, במיוחד בהליך הפלילי.

## עיכוב

כל דיני העיכוב מוסדרים בחוק המעצרים בפרק ג. אנחנו עוסקים בהגבלת חירות מסויגת מראש, גם מבחינת הזמן וגם מבחינת התכלית. מגבילים/משהים את חופש התנועה במובן הזה שלא ניתן לנוע באופן חופשי. אבל מדוע שנעשה את זה ולכמה זמן ניתן?

ס' 1 לחוק המעצרים: מעצר ותחולה

"אין מעצר ועיכוב אלא בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו."

גם עיכוב, מחייב הסמכה בחוק, או אם זה לפי חוק, צריכה להיות הסמכה מפורשת. אין להקל ראש בפגיעה שקיימת כתוצאה מעיכוב, בזכויות חוקתיות שלנו.

אז מה זה עיכוב?

ס' 66 לחוק המעצרים: הגדרות

"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."

בניגוד למעצר, עיכוב ניתן לבצע על כל עבירה. מעצר הוא רק פשע או עוון. יש כאן הכרעה של המחוקק. אפשר לעכב על מנת למנוע ביצוע עבירה עתידית גם אם אין חשש שביצעו כבר עבירה לביצוע עבירה עתידית. **דוגמא**: יש צו של מפקד צבאי אשר קובע על שטח מסוים כפרטי שלא ניתן להיכנס אליו. יש איזה אוטובוס שמעוניין לנסוע לאותו המקום על מנת להיכנס לאותו השטח. איפה עוצרים? כבר מהמקום שממנו הוא יוצא. לא צריך ודאות, אלא חשש סביר. הגבלת החירות היא מוגבלת גם בזמן וגם בתכלית.

מה זה אומר זמן (על תכלית נדבר בהמשך)?

ס' 73 לחוק המעצרים: משך העיכוב

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

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

הכלל הוא 3 שעות, החריג הוא 6 שעות. אבל ברירת המחדל היא פרק זמן סביר.

אז ראינו את מגבלת הזמן.

אנו רואים הרבה מקרים בהם אדם נחקר במשטרה 12+ שעות. איך זה יכול להיות?

ברגע שהחוקר מתקשר ומבקש מאדם לבוא להיחקר, והוא נענה לה, אין הגבלה כי האדם בא מרצונו. אם לא מסכימים וכל יום דוחים, בשלב מסוים השוטר יבין שאין מנוס מלעכב בפועל או להוציא צו מעצר. אך אם מגיעים מרצון, זה לא נחשב עיכוב. רוב הנחקרים כאשר קוראים להם, הם באים.

עיכוב תמיד עדיף ממעצר, כחלק מעיקרון המידתיות.

ס' 23(ג) לחוק המעצרים: סמכות שוטר לעצור בלא צו

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

הס' עוסק בשאלה מתי שוטר יכול לעצור אדם בשטח מבלי שיש לו צו. אבל מה סעיף קטן ג אומר? המחוקק קובע שעדיף עיכוב על פני מעצר.

אחרי שהבנו את זה, **נחלק את הדיון לשתיים**:

1. עיכוב על ידי שוטר
2. עיכוב על ידי אדם פרטי

### עיכוב על ידי שוטר

גם כאן **נחלק את הדיון לשתיים**:

1. עיכוב של חשוד
2. עיכוב של עד

ס' 67 לחוק המעצרים: עיכוב חשוד במקום

"(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.

שוטר רשאי לדרוש מאדם להילוות עמו לתחנת המשטרה או לזמנו לתחנת המשטרה למועד אחר שיקבע, אם נתקיימו שניים אלה:

1. יש יסוד סביר לחשד שהוא עבר עבירה או יש הסתברות גבוהה שהוא עומד לעבור עבירה כאמור בסעיף קטן (א);
2. הזיהוי היה בלתי מספיק, או לא ניתן לחקור אותו במקום הימצאו."

אנחנו רואים שהמחוקק מגדיר מראש לשוטר מה התכלית.

**שתי תכליות**:

1. לברר את זהות האדם שמולו
2. לחקור אותו ולדורש מסמכים

המחוקק עושה **הבחנה**:

1. השוטר מעקב את האדם בשטח
2. השוטר אומר לאדם להתלוות אליו בתחנת המשטרה באותו הרגע
3. השוטר מבקש מהאדם לבוא לתחנת המשטרה בתאריך ספציפי

יש הקשחה של התנאים כאשר השוטר ידרוש שיבוא לתחנת המשטרה במקרה שיש הסתברות גבוהה שיעבור עבירה. בנוסף, צריך שהזיהוי היה בלתי מספיק, כלומר לא ברור מי האדם, או שלא ניתן לחקור אותך בשטח כי לא ניתן לבצע את החקירה שם.

מה זה "יסוד סביר לחשד"? זה כרטיס הכניסה לפגיעה בזכויות האדם. דיברנו על זה גם לגבי פתיחת חקירה.

פס"ד **דגני** קובע כי **המבחן הוא אובייקטיבי**. שוטר צריך לשקול את כל הנסיבות שנראות לפניו. לא חייבות להיות ראיות שמהן הוא יסבור באופן ודאי, אלא מספיק רק ראיות המצביעות על הכיוון. האם השוטר הסביר היה מעכב באותו המעצר. **צריך שתהיה ראיה שתבסס את הסבירות של החשד**. הראיה יכולה להיות כזו שהתקבלה במישרין (כמו ריח או ראיה), אך לא חייב. זה יכול להיות גם מידע מודיעיני.

לא מעט פעמים יהיו מקרים בהם השוטר טעה. טעות עובדתית לא חורגת כל עוד שוטר סביר היה פועל באותו האופן.

ההבדל בין עיכוב בשטח לבין עיכוב לצורך חקירה במשטרה

ס' 3 לחוק חקירת חשודים: חקירה בתחנת המשטרה

"(א) 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.

(ב) החלטה בדבר ניהול חקירת חשוד מחוץ לתחנה והנמקתה יתועדו בכתב סמוך ככל האפשר לקבלת ההחלטה."

ברירת המחדל היא חקירה בתחנת המשטרה. אז איך זה מסתדר עם ס' 67 לחוק המעצרים?

בפס"ד **חוטר ישי** השופט זמיר נותן **עדיפות לחקירה במשטרה**.

מי שמוסמך, יכול להיות גם עובד ציבור.

ס' 39 לחוק המעצרים: הענקת סמכויות מעצר לעובדי ציבור

"(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."

לא יכול לתת סמכות לאנשים פרטיים.

נעבור לעיכוב עד.

לפני התיקון, היה בלאגן. הייתה סמכות לשוטר לחקור כל אדם אולם לא הייתה סמכות מפורשת לדרוש מאותו האדם להתלוות. יש סמכות שהוא יענה על שאלות. אז מה יקרה? המשטרה תחקור עדים בביתם? זה לא נכון ולכן הגיע התיקון. עיכוב הוא לא דבר מאליו.

ס' 68 לחוק המעצרים: עיכוב עד במקום

"(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."

יש סמכות מפורשת לשוטר לעכב עד, על כל עבירה, או כדי לברר את זהותו, או לחקור אותו. או באותו הרגע, או שיתלווה אליו באותו הרגע או בזמן ספציפי.

עוד כמה דברים על עיכוב

יש חשיבות לאופי ביצוע העיכוב.

ס' 72 לחוק המעצרים: הנוהל בעיכוב

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

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

יש כאן הפניה לס' 24

ס' 24 לחוק המעצרים: ביצוע המעצר

"(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 המעצר. המחוקק עצלן ולכן שולח אותו לס' זה ומחיל אותו על עיכוב בשינויים המחייבים. יש נוהל מאוד ברור. מזה לומדים שיש פרוצדורה מאוד סדורה לעיכוב. יש כל מיני תרחישים בהם השוטר יכול לעכב אך דבר אחד לא ניתן לדחות- החובה להודיע על העיכוב. ס' קטן ג הוא מעניין.

ס' 69 לחוק המעצרים: עיכוב לחיפוש ולבדיקת מסמכים

"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."

גם פס"ד טבקה מתקשר לכאן. ס' זה אומר שאם בחוק אחר יש סמכות לדרוש מסמכים, אז כאן יש גם סמכות לעקב. איך זה מתקשר לטבקה?

בג"ץ 4455/19 **טבקה**

השאלה המשפטית- האם מכח ס' 2 לחוק תעודת זהות, רשאי שוטר לדרוש מאדם להציג לו ת.ז ללא חשד סביר.

ס' 2 לחוק תעודת זהות: החזקת תעודת זהות והצגתה

"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."

מה זה אומר "כשידרשו זאת ממנו"?

כל פס"ד עוסק בפרשנות מילים אלו. המשטרה פירשה זאת שאין צורך בחשד סביר, כי לא כתוב. המשטרה פירשה אפילו באופן מחמיר יותר, לא רק שניתן לדרוש ללא חשד סביר, אלא גם ניתן לבצע פעולות שיטור נוספות ללא חשד סביר. כלומר, הוא יכול לקחת את תעודת הזהות, לראות את הפרטים של האדם, לברר אודות עברו הפליל ועוד.

ביהמ"ש- השופטת חיות בדעת רוב קובעת **שעצם הצגת התעודה, אינה דרושה חשד סביר אך יש הסתייגות.** על השוטר להראות למה הוא צריך את תעודת הזהות. כלומר, **צריך קש"ס** בין התפקיד, לדרישה/למידע שניתן להוציא. **דוגמא**: שוטר שתופס קבוצת נערים השותים אלכוהול. הדרישה לתעודת הזהות בעלת קש"ס שכן צריך לדעת האם הם בגיל המותר. בחלק השני של פס"ד, המדבר על פעולות השיטור נוספת, היא עוצרת. **על מנת לעשות פעולות שיטור נוספות, חייבים חשד סביר**. אם יש חשד סביר, אין בעיה, זה כבר יהיה חסד"פ, לא יצטרכו עיכוב דרך חוק המעצרים.

המשטרה כמובן לא אהבה את הפסיקה הזו אך לא נתנו לה לערער שוב.

לפי השופטת חיות, גם במסלול של ס' 69, זה עדיין נחשב עיכוב ולכן צריך לבצע את כל הפעולות הפורמאליות הדורשות עיכוב.

בדעת המיעוט, השופט שטיין טוען שגם להצגת התעודה, צריך חשד סביר. הוא מגיע לזה על פי סמכות השוטר לפי חוקים אחרים. הוא גם מדבר על עקרון חוקיות המשפט.

פסקה 18 לפס"ד של השופט שטיין:

"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."

(פסקה 18 לפס"ד של השופט שטיין)

הוא עוקץ את חיות. הרציונל הוא חופש, לא כבוד או פרטיות. בעיניו אם לשוטר אין סמכות, אין אפילו צורך לענות לשוטר. לפי דעתו, הס' אינו מקנה סמכות לשוטר לדרוש, אלא רק חובה על האזרח להציג.

ס' 70 לחוק המעצרים: עיכוב לביצוע צו מעצר או צו מאסר

"(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 לחוק המעצרים: עיכוב כלי רכב לשם חיפוש

"(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.

(ב) הוראות סעיף קטן (א) יחולו גם אם קיים חשש שעומדת להתבצע עבירה מן העבירות המפורטות בסעיף 35(ב), או אם קיימת הסתברות גבוהה שעומדת להתבצע עבירה בת מעצר"

המיוחדות באה לידי ביטוי בכך שכאן המחוקק מסמיך את השוטר, שאם יש חשד סביר לעבירת עוון או פשע, יש אפשרות לשוטר לעכב. כלומר, גם סמכות חיפוש, וגם סמכות עיכוב.

ס' 72א לחוק המעצרים: חיפוש מוגבל על גופו של אדם שעוכב- נדבר עליו בהמשך.

ס' 74 לחוק המעצרים: דו"ח על עיכוב

"עם תום העיכוב, יערוך מבצע העיכוב דו"ח, שבו יפרט את שמו של מי שעוכב, סיבת העיכוב ומשך העיכוב, אם נתקיים אחד מאלה:

* 1. האדם הובא לתחנת המשטרה או זומן אליה;
	2. האדם עוכב לפרק זמן של עשרים דקות או יותר."

עיכוב מעל 20 דקות כשלעצמו צריך להיות מגובה בדו"ח.

### עיכוב על-ידי אדם פרטי

זו סמכות די חריגה. יש כמובן חריגים לפי ס' 75. אדם פרטי לפי הדין לא יכול לבצע מעצר. הוא כן יכול לבצע עיכוב בנסיבות מסוימות. הדין מסתייג מסעדים עצמיים. מה האדם הפרטים יכול לעשות?

ס' 75 לחוק המעצרים: עיכוב בידי אדם פרטי

"(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 רואה אדם המכה אחר, ניתן לעכב את אותו האדם עד להגעת שוטר. אדם יכול לעקב אדם אשר גונב מאיזו חנות.

מקרה אחר, אלמנט של שרשור. האדם לא רואה את החשוד מבצע עבירה, אבל מישהו אחר רודף והוא קורא אדם שיבוא לעזור לו לתפוס אותו. החריג הוא שניתן לעשות זאת רק אם הזהות אינה ידועה. **דוגמא**: אדם במסעדה רואה את בעל המסעדה מכה לקוח אחר. אי אפשר לעכב אותו כי ידוע מי הוא. זהותו ידועה. ניתן להגיע אליו. הוא לא יברח.

מה זה "בכוח סביר"? ומה זה "כדי לגרום לחשוד חבלה"? אנשים לא יבינו מה המשמעות. אזרח המעכב אדם אחר, צריך לדעת שאסור לו לגרום לחבלה. הוא יכול להשתמש בכח סביר, לא לחבול. אם יש חבלה, אותו האזרח, חרג מסמכותו, ביצע עיכוב שלא כדין, ואף אין לו חסינות מפני תביעה אזרחית על החבלה לפי ס' 44 לפקודת המעצרים: פטור שוטר מאחריות

"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."

לשוטרים יש חסינות אם המעצר היה בתום לב ולמען שלום הציבור. גם אם הוא התרשל. יש לו פטור. לאדם הפרטי אין הגנה.

כל זה נובע מהרתיעה המובנת של המחוקק מסעד עצמי. כל מה שקשור לכך, זה דבר שהמחוקק מנסה להמעיט בו. מעצר אי אפשר ועיכוב יש בו מגבלות.

האם אדם פרטי שמעקב, כפוף לאופי ביצוע העיכוב שהשוטר כפוף אליהן? הנושא כבר הוכרע ברע"פ 3829/15 **ירדאו-קסאי** נקבע כי זו גזירה שהציבור לא יכול לעמוד בפניה. אם נחדיר את הדרישה הזו, אנו רוקנו מתוכן את הרציונל ל ס' זה. אנחנו לא יכולים לצפות שזה יקרה. **אדם פרטי כאשר הוא מבצע עיכוב, אינו כפוף לנוהל ביצוע המעצר ששוטר כפוף לו**.

עובדות המקרה- אדם רכב על אופניו. אנשים החלו להתקשר למשטרה והחלו להתלונן עליו. בהתחלה טענו על פדופיליה, אחרי זה על הטרדת זקנים. הפקחים מתנפלים עליו ולוקחים אותו לאיזה חדר בטיילת. מוצאים עליו סכין שלא כדין וכן פלאפון שחשדו שהוא גנוב.

ביהמ"ש- מגיע למסקנה שהעיכוב אינו כדין. התשתית הנורמטיבית מראה שפקחים, הם אינם שוטרים לצורך העיכוב. הם תפקדו כאנשים פרטיים. יש כאן איזה חשד העובד מאדם אחד לאחר וממנו למשטרה. רואים זאת כעיכוב של אדם פרטי. והרי לפי ס' 75, צריך שאותם אנשים יראו את העבירה בפועל או שזה שהתלונן, ראה את העבירה. אף אחד מהם לא קרה. הם התלוננו וחשדו רק בגלל שהוא כהה עור. לא בגלל שהוא ביצע עבירה. **ברור מהעובדות שלא מתקיימים התנאים לעיכוב על-ידי אדם פרטי**. משם, הם מגיעים להלכת יששכרוב על הראיות שנתפסו. ביהמ"ש העליון מזכה אותו מאחת העבירות (מהחזקת הסכין) בשל יישום הפסילה הפסיקתית. לגבי הפלאפון, הם לא פוסלים. הם עושים הבחנה.

השופט מלצר מתייחס למצב של "חשד נעבר"- אדם מדווח לב' על חשד סביר שהתעורר אצלו, וב' מעביר לג'. זה יכול למלא את דרישת החשד. אך יש לבחון את סבירות היווצרות החשד הראשוני. אם מבססים את החשד הראשוני, זה מספיק. לא צריך להביא לעדות את כל שרשרת העדים. במקרים בהם יש שרשרת גרסאות, המעלה שאחד מן הדיווחים אינו אמין, אז צריך לבחון את כל שרשרת הדיווחים.

לא נדבר על מעצרים היום. **מספר דברים חשובים**:

1. **אי אפשר להצדיק מעצר בלתי חוקי בטענה שממילא היה ניתן לעכב** (פס"ד **שמשי** ופס"ד **אברג'יל**). אי אפשר להכשיר בדיעבד.
2. אם יש עיכוב לא חוקי, יש זכות להתנגד לעיכוב אך אין זכות לנקוט באלימות שאינה סבירה. לא כל טעות עובדתית תפגע בחוקיות העיכוב.
3. סירוב לעיכוב חוקי, מקנה עילת מעצר עצמאית לפי ס' 23(ב) לחוק המעצרים: סמכות שוטר לעצור בלא צו

"(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."

הוא לא יכול לעצור על עילה אחרת. אלא אם הייתה גם הכאת שוטר חלילה ואז יש עילה נוספת.

**שיעור 9- 19.12**

\*שיעור שהוא מאוד עבר על חוק המעצרים אז יש סעיפים שחוזרים על עצמם.

## מעצרים

### כללי

**שלושה עקרונות בסיסיים**:

1. חוקיות- מעצר הוא הליך הפוגע פגיעה קשה בחירות ולכן כל פעולה הפוגעת בחירות, צריכה להיות מעוגנת בחוק.
2. מידתיות- בא לידי ביטוי במעצרים. תמיד צריך לשאוף לנקוט בפעולה שתשיג את התכלית בעוד הפגיעה בחירות היא הקטנה ביותר.
3. התחולה הכללית- ממנו למדים שחוק המעצרים פורש את חסותו על כל דיני המעצרים למרות שמבחינה פורמאלית מעמדו אינו שונה ממעמד חוק אחר.

עקרון החוקיות

נובע מהעובדה שהכלל הוא החירות ומעצר הוא החירות ובפרט לאור הפגיעה הקשה הכרוכה במעצר, פגיעה שעדיין יוצאת מנק' הנחה שהעצור הוא בחזקת חף מפשע. אין סמכות טבועה לעצור אדם. אנו רוצים הסמכה מפורשת בחוק ואם זה על פי חוק, מכח הסמכה מפורשת בחוק.

ס' 1 לחוק המעצרים: מעצר ותחולה

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

ניתן ללמוד את עקרון זה מפס"ד מורזובה ומפס"ד שקארנה

בש"פ 5142/99 **מורזובה**

עובדות המקרה- עוסקים בפרשנות מאוד מחמירה של מעצרים. נאשמת שהוגש נגשה כתב אישום על רצח. היא הייתה עצורה במעצר עד תום הליכים. 4 חודשים לאחר המעצר, היא מגיעה להסדר טיעון בו היא מורשעת בעבירת הריגה וגוזרים עליה 11 שנות מאסר. לאחר שהיא כבר ריצתה 3 שנות מאסר, היא מגישה ערעור (באיחור ובאישור) ומאפשרים לה גם לחזור בה מהסכם הטיעון (באופן חריג). הדיון חוזר לביהמ"ש לדון בשאלת ההרשעה. רוצים לעצור אותה שוב עד תום הליכים. השאלה המשפטית- איך מפרשים את 4 חודשי המעצר? האם מחשיבים גם אותם או האם הם לכאורה נעלמו? יש מגבלת זמן של עד 9 חודשים. לא ניתן לעצור עד תום הליכים ליותר מ-9 חודשים.

ביהמ"ש- צריך לקחת בחשבון את 4 החודשים הללו וזאת משום **שאנו נפרש בצורה דווקנית כל פגיעה בחירות** ולא ניתן לפרש את 4 החודשים של המעצר כאילו הם מעולם לא היו. **פרשנות כזו מקלה, לא מתיישבת עם החובה להעניק הסמכה מפורשת למעצר בחוק**.

בש"פ 11109/03 **שקארנה**

עובדות המקרה- בימ"ש שלום דן בבקשה למעצר ימים. חשוד נעצר והמשטרה רוצה להאריך את המעצר. ביהמ"ש לא מסכים ומשחרר אותו למעצר בית. המשטרה לא אוהבת את זה ומגישה ערר. המשטרה חוששת שהחשוד יברח. ברגע שמשחררים, עד שיהיה דיון בערר, זה יכול להיות לא רלוונטי אם הוא יברח. הם מבקשים משופט המחוזי לעכב ביצוע. הוא סירב והמשטרה לא שבעת רצון. היא עושה מהלך נדיר. היא מרימה טלפון לשופט המחוזי ומספרת לו את המצוקה והחשש שהחשוד יברח עד הדיון והשופט נותן הוראה לעצור אותו עד לשמיעת הערר לפניו. יש בעיה. אין הסמכה בחוק לדבר כזה. אין הארכת מעצר בטלפון.

ביהמ"ש- זוהי פרקטיקה שאינה מעוגנת בחוק ויש להימנע ממנה מכל וכל. **אין סמכות טבועה לעצור אדם גם אם מדובר על הגבלת חירות אדם לתקופה מתוחמת**.

זה הגיוני שירצו לעצור אדם עד להכרעה אולם אין שום סמכות לכך. מה עושים? כדאי לתקן את החוק, אבל זה לא מתוקן. ביהמ"ש אומר כל פעם שמעצר ביניים הוא סמכות עזר ולכן אין ברירה. יש בעיה אחרת. סמכות עזר, לא יכולה להיות כזו שפוגעת בזכויות אדם. לא ניתן לקבוע זאת גם למעצרים בגלל עקרון החוקיות. בסיטואציה כזו, אנו רואים כל מיני אמירות שמגייסות כל מיני ס' כלליים. **דוגמא**: 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."

ניתן לגייס ס' זה וזה גם נעשה. האם זה טוב? לפי המרצה, לא. אין לגזור מעצר מכח סמכות טבועה או מכח ס' כלליים כאלה.

עקרון המידתיות

לאור חזקת החפות, אנו צריכים לעשות כל שעל ידינו על מנת למזער את הפגיעה בחירות. אנו רואים בחקיקה שורה של הוראות העדפה. הן נגזרות בעקרון זה שכן הן מבקשות מהגורם הרלוונטי תמיד לנקוט בפעולה בה הפגיעה בחירות היא הפחותה ביותר. **דוגמא**: ס' 23 (ג) לחוק המעצרים: סמכות שוטר לעצור בלא צו

" לא ייעצר אדם לפי סעיף זה אם ניתן להסתפק בעיכוב."

מעדיפים מעכב על פני מעצר

**דוגמא נוספת:** ס' 4 לחוק המעצרים: עדיפות למעצר בצו

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

למעצר על פי צו יש יתרון כי שופט בוחן את המעצר מראש, ולא שוטר בשטח שמפעיל שק"ד עצמאי.

**דוגמא נוספת**: ס' 13 לחוק המעצרים: עילות המעצר לפני הגשת כתב האישום

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

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

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

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

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

עוסק במעצר על פי צו של שופט. נלמד בהמשך.

לס' זה יש **שני כובעים**:

1. באים אל השופט כדי שייתן צו למעצר
2. באים אל השופט לאחר שכבר נעצר כדי לבקש הארכת מעצר

הס' פונה אל השופט ואומר לו לנקוט בהליך שפוגע הכי פחות.

**דוגמא נוספת**: ס' 21(ב)(1) לחוק המעצרים: מעצר לאחר הגשת כתב אישום

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

שופט המעצרים, חייב לבדוק אם לא ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך אחרת.

**דוגמא נוספת**: ס' 22ב לחוק המעצרים: החלטה על מעצר בפיקוח אלקטרוני

"(א) מצא בית המשפט כי התמלאו התנאים למתן צו מעצר לפי הוראות סעיף 21(א), וכי לא ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של שחרור בערובה כאמור בסעיף 21(ב)(1), רשאי הוא, בכפוף לשאר הוראות סעיף זה, להורות כי חלף החזקת העצור במקום מעצר, יימצא העצור במקום שיקבע ולמשך תקופה שיקבע, בתנאי פיקוח אלקטרוני..."

במעצר עד תום הליכים, יש עוד אופציה שלא קיימת במעצר לפני כתב אישום, שזה פיקוח על-ידי אזיק אלקטרוני. יוצאים מנק' הנחה שביהמ"ש לא מצא מקום לאמצעים אחרים כמו שחרור בערובה. זה סימן שלם שמדבר על פיקוח אלקטרוני.

**דוגמא נוספת**: ס' 46 לחוק המעצרים: שיקולים לקביעת ערובה

"(א) ציווה שופט לשחרר אדם בערובה או להטיל עליו ערובה, יקבע את סוג הערובה, גובה הערובה, וכן את תנאי הערובה ומשך תוקפם; והכל במידה שאינה עולה על הנדרש כדי להשיג את מטרות הטלת הערובה."

לאדם מן הישוב אין באמת אפשרות לשחרור בערובה. מה זה יעזור ששופט יקבע ערובה של 2 מיליון שקל? צריך לקבוע סכום שניתן להגיע אליו אבל שיהיה כואב להוציא אותו זה גם מידתיות

עקרון התכולה הכללית

ס' 1(ג) לחוק המעצרים: מעצר ותחולה

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

שיבוש של עקרון. זה חוק כללי אז בעקרון חוק ספציפי אמור לגבור. אולם, חוק מאוחר, לא יוכל לגבור על חוק כללי זה.

בתחילת הסמסטר הייתה לנו תמונה כללית לאיך נראים דיני המעצרים. גם עכשיו, לפני שנרד יותר למפורט, להסתכל בכללי.

יש אפשרות לשוטר לעצור אדם במעצר ראשוני.

ס' 23 לחוק המעצרים קובע כי כאשר עצור נעצר במעצר ראשוני ללא צו, יש פרוצדורה שחייבים לעמוד בה (נראה בהמשך).

האופציה העדיפה היא ס' 13 לחוק המעצרים הקובע מעצר על-ידי צו.

בין אם נעצר עם צו או בלי, אם רוצים להאריך, חייבים צו של שופט. חייב לפעול לפי ס' 13.

כאשר הסתיימה החקירה, צריך כתב אישום. לוקח זמן להכין אותו. התביעה בדר"כ כאשר יש מעצרים, היא מעורבת משום שהיא מבינה שיש תקופת זמן מוקצבת. אבל הרבה פעמים החקירה הסתיימה ועדיין אין כתב אישום.

ס' 17(ד) לחוק המעצרים: מעצר לפני כתב אישום

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

תובע מצהיר שהוא הולך להגיש כתב אישום עד 5 ימים, שם הוא גם יבקש צו מעצר עד תום הליכים.

ס' 21 הוא הס' של מעצר עד תום הליכים. אנחנו נלמד אותו בהמשך.

כאן יכולים להיות שני תרחישים לאחר סיום המשפט בו התביעה רוצה להגיש ערעור והיא רוצה שהנאשם יהיה עצור בשלב הערעור.

**שני התרחישים**:

1. הנאשם זוכה והתביעה רוצה לערער- 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."

התביעה יכולה לבקש מביהמ"ש שיעקב עד 72 שעות את השחרור כדי שתגיש ערעור.

1. הנאשם הורשע אך לא קיבל מאסר בפועל- 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."

מאפשר להגיש בקשה למעצר עד 72 שעות. יש סמכות לדרוש ולביהמ"ש יש אפשרות להורות על מעצר עד תום הליכי ערעור.

ס' 55 לחוק המעצרים: השהיית ביצוע שחרור

"(א) החליט בית המשפט על שחרור בערובה או על שחרור ללא ערובה, של אדם שהיה במעצר בעת מתן ההחלטה, והודיע היועץ המשפטי לממשלה או תובע, במעמד מתן ההחלטה, על רצונו לערור עליה, רשאי בית המשפט שנתן את הצו לצוות על השהיית ביצוע השחרור לתקופה שיקצוב ושלא תעלה על 48 שעות מעת מתן ההחלטה; לענין זה יחולו הוראות סעיף 29, בשינויים המחויבים."

ביהמ"ש מחליט על שחרור בערובה/לא בערובה, והיועמ"ש רוצה להגיש ערר על השחרור. גם כאן יש אפשרות לבקש את עיכוב השחרור עד 48 שעות. בשקארנה, השופט לא הסכים לעכב.

ס' 14 לחוק המעצרים: מעצר של נמלט ממשמורת

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

על פני הדברים, אין כאן שק"ד בכלל.

ס' 62 לחוק המעצרים: הארכת מעצר או חידושו

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

ס' מאוד חשוב. הארכה ב-90 יום כל פעם. אם זה מקרה מסובך, אפשר גם 150 ימים. כאשר יש מגבלות זמן, יש אפשרות שופט העליון לעבור את המגבלות הקבועות בס' 59-61.

אז עד כאן הייתה הצגה כללית על הסוגיה ניכנס יותר לפרטים.

### מעצר ראשוני ללא צו

מעצר ראשוני לפי ס' 23. אדם פרטי לא יכול לבצע מעצר. אבל ראינו שלפי ס' 39 לחוק, השר יכול להסמיך עובד ציבור שיבצע מעצר, גם אם אין צו של שופט.

ס' 40 לחוק המעצרים: מעצר בידי עובד ציבור

"על עובד ציבור שהוסמך לפי סעיף 39 יחולו החובות החלות על שוטר המבצע מעצר לפי חוק זה, וכן יחולו על המעצר סעיפים 44 ו-45 לפקודת מעצר וחיפוש, אולם לא יכנס עובד הציבור לבית המשמש למגורים ללא צו מעצר."

עובד ציבור המוסמך לבצע מעצר, לא יכול להיכנס לבית מגורים ללא צו מעצר. הוא כן נהנה מהגנה של ס' 44 לפקודת סדר הדין הפלילי. כל החובות יחולו עליו אבל את זה הוא לא יכול לעשות.

לאורך כל הדיון נראה שיש 3 עקרונות מרכזיים שאנחנו צריכים לבדוק.

**3 עקרונות**:

1. תשתית ראייתית
2. עילת מעצר
3. מידתיות

יסוד סביר לחשד שהאדם עבר עבירה היא תשתית ראייתית מספיקה. מהי עבירה בת מעצר? עוון ופשע. על עבירת חטא לא ניתן לעצור. זוהי הכרעת מחוקק. עבירות כאלה לא שוות את הפגיעה הכל כך קשה בחירות. כל הדיון שערכנו על יסוד סביר לחשד, רלוונטי גם לכאן. לא צריך דרגת וודאות של קרוב לוודאי. מצד שני, תחושת בטן אינה מספיקה. כמו כן הסתמכות רק על עבר פלילי קודם, ללא כל מקור חיצוני, אינה מספיקה. החשד לא חייב להיות זה שהתגבש על ידי השוטר, אלא יכול להיות גם מועבר. טעות עובדתית לא תשלול את חוקיות המעצר גם אם בדיעבד התברר שהשוטר טעה, כל עוד שופט סביר באותן נסיבות, היה מעלה את אותו החשד. לא בודקים את המסקנה בדיעבד.

בספריו של קדני, הוא עשה הבחנה בין טעות עובדתית לבין טעות משפטית. טעות עובדתית לא תשלול את חוקיות המעצר. אולם טעות משפטית תשלול. שוטר שעוצר אדם על עבירת חטא, יש בכך טעות משפטית והיא תשלול את חוקיות המעצר.

מהן עילות המעצר?

ס' 23 לחוק המעצרים: סמכות שוטר לעצור בלא צו

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

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

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

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

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

(5) האדם חשוד שעבר אחד מאלה:

(א) עבירה שדינה מיתה או מאסר עולם;

(ב) עבירת בטחון כאמור בסעיף 35(ב);

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

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

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

(6) האדם משוחרר בערובה, ויש יסוד סביר להניח כי הוא הפר תנאי מתנאי השחרור או כי הוא עומד להימלט מהדין או 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;

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

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

בס' 23 יש **3 עילות לא מצטברות**:

1. שיבוש הליכי חקירה ומשפט- א(2)-(3). המחוקק עושה הבחנה מעניינת בין התשתית הראייתית לעילה. יסוד סביר לחשד- עבר. יסוד סביר חשש-עתיד.
2. מסוכנות- א(5). רשימה סגורה של עבירות שאם אדם חשוד בהן, יש חזקת מסוכנות. אין חובת מעצר אוטומטית. עדיין צריך לראות אם אין חלופה אחרת לפי עקרון המידתיות. גם א(1) הוא ביטוי למסוכנות. ביתר עבירות העוון והפשע שלא נמצאות ברשימה, אם אדם עושה זאת מול השוטר והוא חושב שיש סיכון לביטחון, הוא יכול לעצור. זהו תרחיש בה העבירה בוצעה ממש בפניו של השוטר. זה לא יסוד סביר לחשד, זה דרגת הוודאות הכי גבוהה לעניין התשתית הראייתית. האופציה השניה היא "זה מקרוב"- לא בפניו, אלא שעות בלבד. ניתן למתוח את "בפניו" לכמה שעות אך לא לימים. אם השוטר הגיע למקום האירוע זמן קצר לאחר מכן והוא יכול ללמוד על ביצוע העבירה, זה יכול להיכנס.

ע"פ 349/88 **כהן נ' התובע הצבאי**

עובדות המקרה- נהג צבאי שביצע עבירת תחבורה. השוטר אומר לו לבוא למחרת. הוא עוצר אותו ללא צו. הנהג בורח.

השאלה המשפטית- האם הוא ברח ממשמורת חוקתית? האם המעצר היה כדין?

ביהמ"ש- גם אם מותחים את "זה מקרוב" כי יש איזה נסיבות אובייקטיביות, זה לא המקרה. **לא ניתן למתוח יותר מדי**. אם מרחיבים, צריך לדעת למה. לא סתם כי לשוטר לא התחשק לעצור אותו בלילה. לא ניתן להסתמך על "זה מקרוב" של אמש.

הסיפא מדבר על סיכון ביטחוני. צריך להראות קש"ס בין העבירה שבוצעה לבין העובדה שהוא סבור שאותה העבירה יכולה להצביע על כך שאותו אדם הוא מסוכן. "ביטחון הציבור"- כולל רכוש. כאן, מסוכנות כללית לא תספיק. כאן זה לא יסוד סבור, אלא שהשוטר עצמו סבור, גם אם לא כל שוטר סביר היה עוצר. לא צריך מבחן אובייקטיבי. גם ס' א(4) נכנס לעילה זו. סל למסוכנות. גם אם לא נכנסו לרשימה הסגורה וגם אם לא נכנסו ל-"בפניו או זה מקרוב", אם העבירה בוצעה באופן כזה שיש יסוד סביר לחשד שהוא עבר עבירה, וכן יסוד סביר לחשש ביטחוני. כאן אין צורך בקש"ס. כאן, מספיק מסוכנות הנובעת מעבר חשוד, מעיסוקו, מאישיותו, גם אם המסוכנות אינה נובעת מהעבירה עצמה, זה יכול להיכנס ל-א(4).

1. הפרת הוראה חוקית המגבילה חירות- נמצאת בא(6) וב-(ב). סירוב לעיכוב, אם הוא חוקי. זוהי עילת מעצר עצמאית ללא צו. אין דרישה לכך שהעבירה עצמה היא בת מעצר. צריך לעשות הבחנה. סירוב הוא גם הפרת הוראה חוקית. עוצרים לתכלית שבשבילה ביקשו לעקב. בתוך המשפחה הזו ניתן לדבר גם על הימלטות ממשמורת חוקית, על הפרת תנאי מתנאי שחרור קודמים ועל סירוב לעיכוב חוקי.

ס' 47 (א) לחוק המעצרים: תוצאות אי המצאת ערובה

"שוחרר אדם בערובה ולא המציאה במועד שנקבע, ייעצר ויובא בפני שופט תוך 24 שעות מעת מעצרו."

ס' ספציפי למקרה בו אדם יוצא בערובה ולא המציאה בזמן.

מה עושים עם העצור?

ס' 25 לחוק המעצרים: הבאת עצור לתחנת משטרה

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

הבאת העצור לתחנת המשטרה ללא דיחוי. למה זה חשוב? כשעוצרים אדם, אי אפשר עכשיו להתמהמה. ס' זה מתווה עקרון מרכזי- "ללא דיחוי", אלא אם התקיימו חריגים מסוימים המופיעים בס'.

ס' 27 לחוק המעצרים: בירור מטעם הקצין הממונה

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

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

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

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

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

מה עושים בתחנת המשטרה? יש הליכי בקרה פנימיים לפני שמגיעים למשפט. צריך לברר אם התקיימו תנאי ס' 23. אם לא התקיימו אחד התנאים, הוא צריך לשחרר את העצור, אלא אם התקיימו העילות בס' 13. 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. מה זה אומר? להמשיך את המעצר. כמובן, הוא יכול לשחרר בערובה. אם המעצר הוא בעקבות הפרת משמורת חוקית, אין שחרור בערובה.

אז יש **כמה חלופות**:

1. המשך מעצר
2. שחרור בערובה
3. שחרור מלא
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. מה זה אומר? מה ההבדל ביניהם?

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..."

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.

בכל מקרה, הקצין הממונה לא יחליט על מעצר אדם, על המשכו, על שחרור בערובה וקביעת הערובה אם הוא לא נתן לאדם זכות טיעון.

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."

נכנסת כאן גם זכות ההיוועצות. אם הוא מחליט לשחרר אותו, הוא לא חייב לשמוע אותו.

מה אמור הקצין לעשות כשהוא אמור לדון בשאלת שחרור בערובה?

יש סימן ו לחוק- הטלת ערובה ושחרור בערובה.

מה זו ערובה?

ס' 41 לחוק המעצרים: 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 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..."

משלים לנו על עניין 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. יש רשימה סגורה של תנאים שהקצין יכול להוסיף בהסכמת החשוד. המחוקק מגביל את הקצין הממונה.

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 לחוק המעצרים: 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..."

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 לחוק המעצרים: שיקולים לקביעת ערובה

"(א) ציווה שופט לשחרר אדם בערובה או להטיל עליו ערובה, יקבע את סוג הערובה, גובה הערובה, וכן את תנאי הערובה ומשך תוקפם; והכל במידה שאינה עולה על הנדרש כדי להשיג את מטרות הטלת הערובה.

(ב)  בהחלטתו לפי סעיף קטן (א) ישקול השופט גם את אלה –

(1)   מהות העבירה;

(2)   המידע שבידי התביעה;

(3)   עברו הפלילי של האדם;

(4)   מצבו הכלכלי של האדם ויכולתו להמציא את הערובה הנדרשת;

(5)   האפשרות שהאדם יוכל לעמוד בתנאי הערובה.

(ג)   בקביעת תנאי הערובה של קטין יתחשב השופט, בין השאר, בצרכיו המיוחדים כקטין."

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

בש"פ 952/00 **חוטר ישי**

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.

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.

ס' 29 לחוק המעצרים: הבאת העצור בפני השופט

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

צריך להביא את החשוד להארכת מעצר בפני שופט תוך 24 שעות, בהקדם האפשרי

ס' 30 לחוק המעצרים: פעולות חקירה דחופות

"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."

חריג לכלל. ניתן להאריך ל-48 שעות.

### מעצר ראשוני עם צו

עד עכשיו דיברנו על מעצר ראשוני ללא צו. אבל ברוב החקירות יש מספיק זמן ללכת לשופט במעמד צד אחד ולהוציא צו מעצר. רוב המעצרים הם כך.

תמיד פונים לבימ"ש שלום לפני הגשת כתב אישום. איך יודעים? ס' 2(1) לחוק המעצרים: סמכות עניינית

"הסמכות הענינית לדון בענין שחוק זה דן בו תהא נתונה –

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

ס' 3 לחוק המעצרים: סמכות מקומית

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

יש כללים לאיזה בימ"ש צריך לפנות למעצר.

\*העבודה עוסקת גם בסמכות מקומית. יש כללים אחרים מסמכות מקומית למעצר.

ס' 5 לחוק המעצרים: תחילת מעצר

"תחילת מעצרו של אדם היא באחד מאלה:

(1)  במעצר על פי צו שופט שניתן בנוכחות האדם – עם הודעת השופט בפניו על מתן הצו, אלא אם כן קבע השופט מועד אחר;"

מתחיל כשנותנים לעצור את הצו ביד.

ס' 15(א) לחוק המעצרים: סדרי דין

"בקשת מעצר תוגש בכתב על ידי שוטר ותיתמך בהצהרתו שלאחר אזהרה או בתצהיר"

כל בקשה של המשטרה לצו מעצר צריכה להיות מעוגנת בתצהיר.

איך יודעים שזה במעמד צד אחד? ס' 15(ח)

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

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.

ס' 15(ו)

"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.

בס' 13 אין 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. זוהי עילה שנהיה יותר קפדנים איתה ולכן היא אף מוגבלת בזמן.

בס' (ב) מדברים על תחלופות. למה זה רלוונטי שחרור בערובה? שופט יכול להגיד למשטרה שהוא נותן צו מעצר והוא כבר קובע תנאי שחרור בערובה. איך הוא יכול לעשות את זה?

ס' 12 לחוק המעצרים: סמכות שופט

"הוגשה בקשה לעצור אדם, רשאי שופט, לאחר שעיין בחומר שעליו מתבססת הבקשה, לצוות בהחלטה מנומקת בכתב, על מעצרו של אותו אדם, ובכלל זה על מעצרו בפיקוח אלקטרוני לפי הוראות סימן ג'1, או על שחרורו בערובה או ללא ערובה או בתנאים שימצא לנכון; צו מעצר יכול שיינתן בין בנוכחותו של החשוד ובין בהעדרו."

בבקשת המעצר הראשונית, השופט יכול להורות על תנאי השחרור בערובה.

ס' 14 לחוק המעצרים: מעצר של נמלט ממשמורת

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

ראינו בס' 23 סמכות שוטר. אבל מה קורה כאן? יש סמכות חובה להורות על מעצר. לכאורה, אין שק"ד בכלל.

ס' 51 לחוק המעצרים: תוצאות הפרת תנאי שחרור בערובה

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

ס' מעניין. אנחנו לומדים 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.

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

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

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.

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 לתזכיר מעצר. בשלבים מאוחרים, כאשר יש הזדמנות יותר סבירה אז יהיה ניתן.

ס' 21א לחוק המעצרים: תסקיר מעצר

"(א) ...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"

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

ס' 19 לחוק המעצרים: ביצוע צו מעצר

"צו מעצר שניתן שלא בנוכחות החשוד, יבוצע בידי שוטר או בידי עובד ציבור שהוסמך לכך."

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.

ס' 52 לחוק המעצרים: עיון חוזר בהחלטת בית המשפט

"(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."

ס' 53 לחוק המעצרים: ערר על החלטת בית-המשפט

"(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."

בדר"כ לא קורה.

\*לקרוא את חוק המעצרים בעיון.

**שיעור 10- 26.12**

### מעצר ראשוני כללי

מעצר ראשוני, צריך להיעשות בפרוצדורה מסוימת. דיברנו על זה בס' 24 לחוק המעצרים המלמד מהי הפרוצדורה שהשוטר צריך לנקוט בה. בהתחלה זיהוי, ואז מיד להודיע על שינוי הסטטוס ובהקדם האפשרי להודיע מהי סיבת המעצר. יש חריגים לעצם ההזדהות ולעצם פירוט סיבת המעצר. אם מתקיים אחד מן החריגים, ניתן לדחות. אך הודעת שינוי הסטטוס אין לה חריג.

למה הוא חשוב? ס' 24(ג) הוא חריג לנופך החקיקתי. אם השוטר לא מבצע את המעצר לפי הפרוצדורה, המעצר אינו חוקי עם כל המשתמע. החשוד יכול למשל לברוח משום שהמעצר אינו חוקי, וכן הוא יכול לנקוט פעולות להתנגדות. כמובן, זה צריך לעמוד במתחם הסבירות. ס' זה הוא בהחלט חריג אך לא ניתן ללמוד מכך שפירות המעצר לא יהיו קבילות.

דיברנו על ס' 44 לפסד"פ המעניק חסינות מהעמדה לדין (אזרחי ופלילי). זהו ס' חסינות לעובד ציבור. מרחיב את ההגנה שניתנת לעובד ציבורי בפקודת הנזיקין.

ס' 38 לחוק המעצרים: פיצוי בשל מעצר

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

(ב)  נעצר אדם ושוחרר, ומצא בית המשפט שהמעצר היה עקב תלונת סרק שהוגשה שלא בתום לב, רשאי בית המשפט לחייב את המתלונן, לאחר שנתן לו הזדמנות לטעון טענותיו לענין זה, לשלם, למי שנעצר, פיצוי על מעצרו והוצאות הגנתו, בסכום שיקבע בית המשפט."

ס' המאפשר לבקש פיצוי. זהו פיצוי סמלי אך גם הוא עומד לטובת החשוד.

מה יכול לעשות השוטר אגב ביצוע המעצר? סמכויות נלוות למעצר ראשוני. אילו מן סמכויות?

ס' 20 לפסד"פ: עזרת הציבור

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

שוטר יכול לבוא לאדם ולבקש ממנו לעזור לו באופן סביר.

יש גם את ס' 263 לחוק העונשין: סירוב לעזור במניעת עבירות

"מי שנצטווה כדין מפי עובד ציבורי, שוטר או אדם אחר, לעזור במניעת עבירות או במעצרו של אדם או במניעת הברחתו או בריחתו של אדם, והוא מסרב או נמנע מהגיש עזרה לפי יכלתו, דינו - מאסר שלוש שנים."

מבטא את הפליליזציה. אי היענות לבקשה, יכול להוות עבירה עם עונש של מאסר.

האם לשוטר יש סמכות להפעיל כח? כן.

ס' 19 לפסד"פ: שימוש בכח

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

אחת השאלות שנשאלו בפסיקה היא מהי עוצמת הכח ששוטר רשאי להפעיל? כמובן שזה כפוף לסבירות אך מה שיכריע את עוצמת הכח היא בדר"כ עוצמת ההתנגדות של החשוד, ולא עוצמת העבירה. ככל שעוצמת ההתנגדות עולה, סביר להניח שעוצמת הכח תעלה. עולה השאלה האם צריך להחיל את מבחן נזק מול תועלת אשר מופיעה במבחני המידתיות? האם ירי בהנחה וההתנגדות היא מסיבית, היא אפשרית גם כאשר מדובר בחשדות במעמד נמוך? **דוגמא**: קבלת דבר במרמה או עבירות שחיתות. האם זה הגיוני לירות בו אם הוא בורח? כאשר מדובר בשימוש בכח ממית, בנשק חם, שעלול להוביל לתוצאות קשות (לא רק כלפי החשוד אלא גם עוברי אורח), הלגיטימיות של אותו כח, תיגזר לא רק מעוצמת ההתנגדות, אלא גם מחומרת העבירה. יש כאן את אלמנט המידתיות. השוטר הוא אינו השופט או התובע. אנחנו לא רוצים שדרך המעצר נגיע לתוצאות לא טובות שייגבו חיי אדם כאשר הוא בגדר חף מפשע.

הפסיקה בפס"ד **אנקונינה** ופס"ד **גולד** קובעת שיש **שלושה תנאים**:

1. **מעצר** **חוקי**
2. לא כל עבירה אלא רק כאשר החשוד חשוד ב**עבירת פשע**. מבחן **באנקונינה**, **עבירה היוצרת סיכון לחיים או לגוף**. יש לזה רציונל ברור. צריך להראות שהחשוד עצמו עלול לפגוע בשלמות הגוף. תנאי זה הוא גם לא מספיק
3. הירי צריך להיות **אמצעי יעיל אחרון**. רק אם אין ברירה אחרת. (כמו הוראות פתיחה באש).

שאלה נוספת שעולה היא בנוגע לאיזוק. חוק המעצרים נותן פתרון.

ס' 9א לחוק המעצרים: כבילת עצור במקום ציבורי

"עצור לא יהיה כבול במקום ציבורי אלא לפי הוראות אלה:

(1)  שוטר סבר כי קיים חשש סביר שהעצור עלול לעשות אחד מאלה:

(א)   להימלט או לסייע לאחר להימלט;

(ב)   לגרום נזק לגוף או לרכוש;

(ג)    לפגוע בראיות או להעלימן;

(ד)   לקבל או למסור חפץ שעשוי לשמש בביצוע עבירה או לפגוע בסדרי מקום המעצר;

(2)  העצור חשוד או שהוגש נגדו כתב אישום, בעבירה לפי הוראות סעיף 23(א)(5), אלא אם כן סבר שוטר שבנסיבות הענין לא קיים חשש כאמור בפסקאות משנה (א) עד (ד) של פסקה (1);

(3)  המפקח הכללי של המשטרה יקבע סוגי עצורים שכבילתם טעונה אישור של קצין משטרה אף אם התקיימו לגביהם הנסיבות האמורות בפסקאות משנה (1) ו-(2); קביעה לפי פסקה זו יכול שתיעשה בפקודות משטרת ישראל כהגדרתן בפקודת המשטרה [נוסח חדש], התשל"א-1971, ויכול שתיעשה בנהלים בידי המפקח הכללי או בידי קצין משטרה שהוא הסמיכו לכך;

(4)  שוטר יודיע לשופט על עצור כבול השוהה באולם בית המשפט כאמור בפסקאות (1) ו-(2); שופט רשאי להורות על שחרור עצור מכבילה כשהעצור שוהה באולם בית המשפט;

(5)  לענין סעיף זה, "מקום ציבורי" – מקום שלציבור או לחלק ממנו גישה אליו."

חשוד לא יהיה כבול במקום ציבורי אלא לפי הוראות שקבועות בס' זה. איזוק לא נועד להשפיל, אלא לוודא שהוא לא יברח או ישבש. יש פס"ד בעניין הזה בסיליבוס. (אני מניחה שהוא מדבר על ע"פ 69/61 **עובדיה**)

מה עם כניסה לחצרים? האם שוטר יכול להיכנס לבית על מנת לבצע מעצר? האם הוא צריך צו חיפוש?

ס' 26 לחסד"פ: דרכי ביצוע

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

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

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

אם יש צו מעצר, הוא יכול גם להיכנס לחצרים.

מה עם מעצר ראשוני ללא צו? האם אפשר עדיין להיכנס?

ס' 25 לפסד"פ: חיפוש שלא על פי צו חיפוש

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

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

(2)  תופש הבית או המקום פונה לעזרת המשטרה;

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

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

ס' (4) קטן מתאים בדיוק.

ע"פ 522/78 **בירמן**

עובדות המקרה- סיטואציה מעניינת. חייל שנמלט ממשמורת. באים לעצור אותו אך הם לא מגיעים ישר לאחר ההימלטות, אלא חלף זמן. אין את אלמנט המרדף. הם מבקשים להיכנס והוא לא מאפשר. הם נכנסים ועוצרים אותו. הוא עומד לדין גם על התנגדות למעצר. הוא טוען שהואיל והם לא היו רשאים להיכנס לבית ללא צו מעצר, צריך לזכות אותו מעבירת התנגדות למעצר.

ביהמ"ש- משתמש ב-ס' 45 לפסד"פ: כניסה למקום

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

זה עדיין לא כל כך פשוט. "מכח רשות" כולל מעצר ראשוני ללא צו או שחייב צו מעצר? דעת הרוב חשבה שאותו ס' לא מספיק טוב כי כשכתוב מכח רשות, הכוונה לצו מעצר. אבל דעת הרוב מצאה תשובה בס' 25(4). פרשנות דעת הרוב היא **שההימלטות לא חייבת להיות סימולטנית לתפיסה**. המרדף לא חייב להיות מידי לאחר ההימלטות. המרצה פחות מתחבר לפרשנות הזו. השופט אלון (דעת מיעוט לעניין זה) החליט שנכון יותר להשתמש בס' 45 ולא בס' 25(4). הוא מפרש את ס' 45 כך שהוא כולל גם מעצר ראשוני ללא צו.

מה עוד יכול לעשות שוטר תוך מעצר ראשוני?

ס' 22(א) לפסד"פ: חיפוש בעצור

"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."

מה זה חיפוש על פני גופו? נלמד בהמשך את חוק החיפושים ונראה שיש דרגות שונות של חיפוש, הן יותר גבוהות. יש חיפוש פנימי וחיפוש חיצוני ושיש בהם פגיעה גדולה יותר בכבוד. בס' הזה מדברים על חיפוש "על גוף האדם".

ס' 21 לפסד"פ: כלי התקפה

"העוצר רשאי לקחת מן הנעצר כל כלי התקפה שעמו וימסור את הכלי שלקח לשופט או לשוטר שלפניו יש לפי החוק להביא את הנעצר."

הוא יכול גם לאסוף/לתפוס כלי התקפה.

ס' 32(א) לפסד"פ: סמכות לתפוס חפצים

"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."

ס' יותר רחב אפילו מס' 21. מאפשר תפיסה ובולע גם את ס' 21.

אלא הן הסמכויות הנלוות למעצר.

### מעצר ימים

לפני הגשת כתב אישום. מבקשים להאריך מעצר. מדברים על הליך שנעשה בנוכחות החשוד. זה כבר לא שפונים לבימ"ש במעמד צד אחד ומבקשים צו מעצר, אלא כבר באים להארכת מעצר עם החשוד. המשטרה צריכה להגיש בקשה כזו. כל מעצר צריך לתלות על קולב, כאן זה החקירה. המשטרה מבקשת מביהמ"ש להאריך את המעצר לצורך ביצוע חקירה. עוד לא אמרנו עדיין באילו תנאים, אלא רק העילה.

רוב החקירות מתבצעות לא במעצר אבל עדיין בשלב זה הקולב זה חקירה. חקירה היא כל פעילות של אסיפת מידע רלוונטי לנסיבות ביצוע העבירה. זה יכול להיות גם פעולות שקשורות לחשוד עצמו כמו בדיקת מצב נפשי.

ס' 12 לחוק המעצרים: סמכות שופט

"הוגשה בקשה לעצור אדם, רשאי שופט, לאחר שעיין בחומר שעליו מתבססת הבקשה, לצוות בהחלטה מנומקת בכתב, על מעצרו של אותו אדם, ובכלל זה על מעצרו בפיקוח אלקטרוני לפי הוראות סימן ג'1, או על שחרורו בערובה או ללא ערובה או בתנאים שימצא לנכון; צו מעצר יכול שיינתן בין בנוכחותו של החשוד ובין בהעדרו."

מבינים ממנו שצריך להגיש בקשה למעצר ימים.

המהות על בסיסה ביהמ"ש יחליט היא ס' 13. אמרנו שלס' זה יש **שני כובעים**:

1. צו מעצר ראשוני. כיום יש נהלים מאוד נוקשים על מנת שהיא לא תפגע באמון הציבור והוגנות ההליך.
2. מעצר ימים

גם כאן צריך **שלושה תנאים**:

1. תשתית- הרבה פעמים המשטרה תצטרך לעמוד בה היא ברמה נמוכה, והיא תעלה ככל שהבקשות יעלו. המשטרה תצטרך להראות לשופט שהתשתית והחשד עולים עם כל מעצר. ראיות שיכולות להצדיק את הארכת המעצר הראשונה, לא בהכרח תצדקנה את הארכות המעצר הבאות אחריה.
2. עילה- לא השתנו מהמעצר הראשוני. העילה המיוחדת למעצר ימים היא הליכי חקירה שלא ניתן לקיימן אלא אם החשוד נתון במעצר. המחוקק מאוד קפדן. בעוד שתי העילות האחרות מתמקדות בחשוד עצמו, כאן מדובר בעילה המתמקדת בחקירה. ולכן המחוקק מקפיד. לא מדובר בפעולה אקטיבית של החשוד. ולכן יש מגבלות. אילו פעולות חקירה מחייבות שהחשוד יהיה עצור? הקלאסי זה מדובב. גם עימות, האזנה בסתר.
3. היעדר חלופה סבירה- הנטל כמובן על המשטרה. בפס"ד **ברונסון**, השופט חשין אומר שמצד אחד, לא מספיק להראות שזה יכביד על המשטרה שהוא לא יהיה עצור, מצד שני לא צריך להראות שזה יסכל את החקירה מכל וכל. מה צריך להראות? שלא ניתן לקיים את החקירה בדרכים הרגילות. **צריך נימוקים מיוחדים שירשמו**. מה זה אומר? איך שומרים על חיסיון ומצד שני כן לאפשר ביקורת על העילה? השופט חשין אומר ש**נדרשת רמת הפשטה של תיאור הנימוקים שלא תמחק את מיוחדותם, אך מאידך לא תסקל את החקירה**. אחד מן הפתרונות היצירתיים הוא שביהמ"ש יפנה למסמכים. כל חומר החקירה הוא חסוי. הסנגור והחשוד לא יכולים לראות את חומר הראיות ולכן יכול ביהמ"ש לכתוב שהוא מאשר את הארכת המעצר, והסיבות כתובות במסמך מסוים בחומר החקירה. מה זה טוב? לפחות אם יוגש ערר, ערכאת הערר תדע מהם הנימוקים המיוחדים גם אם החשוד והסנגור לא ידעו.

ס' 13 הוא ס' מאוד מרכזי. לא ראינו רצון להחליש את כח ההתנגדות של החשוד. אין עילה כזו. ברור שזה מחליש אבל זה השפעה של המעצר, זוהי אינה עילה. הכלל הוא חירות.

הדיון בבקשת הארכת המעצר

ס' 15 (א) לחוק המעצרים: סדרי דין

"בקשת מעצר תוגש בכתב על ידי שוטר ותיתמך בהצהרתו שלאחר אזהרה או בתצהיר:

(1)   בבקשה יצויינו –

(א)   העובדות המקנות סמכות לבית המשפט;

(ב)   תמצית העובדות והמידע שעליהם מבסס המצהיר את בקשת המעצר;

(ג)    עילת המעצר;

(ד)   פרטים על מעצרים קודמים ועל בקשות מעצר קודמות הנוגעים לאותו ענין והמתייחסים לחשוד, והחלטות בית משפט בהן.

(2)   לבקשה יצורפו –

(א)   העתקים מבקשות המעצר הקודמות באותו ענין;

(ב)   הפרוטוקולים של דיוני בית המשפט בבקשות המעצר הקודמות;

(ג)    חומר חסוי, לעיון בית המשפט בלבד, לרבות החומר החסוי שהוגש בדיונים קודמים של בית המשפט."

קובע מה צריך להגיש. אנחנו רוצים שהשופט ידע גם מה היה קודם.

ס' 16 לחוק המעצרים: הארכת מעצר

"על בקשה להארכת מעצרו של חשוד או נאשם, יחולו גם הוראות אלה:

(1)  הודעה על מועד הדיון ומקומו תימסר, ללא דיחוי, על ידי המשטרה לחשוד, לסניגורו, אם יש לו סניגור, ובאין סניגור – לאדם הקרוב לחשוד שהוא נקב בשמו;

(2)  הדיון יתקיים בפני החשוד, אלא אם כן נוכח השופט, על יסוד חוות דעת של רופא, שאין החשוד מסוגל להשתתף בדיון מפאת מצב בריאותו; במקרה זה, יתקיים הדיון בנוכחות סניגורו ואם אינו מיוצג ימנה לו השופט סניגור, עד שיוכל להתייצב בבית המשפט; פסקה המניעה להתייצבותו וטרם נסתיימה תקופת המעצר, רשאי החשוד לדרוש דיון חוזר;

(3)  הדיון יתקיים בפומבי, אולם רשאי שופט להורות שהדיון יתקיים בדלתיים סגורות בהתאם להוראות סעיף 68(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984."

הדיון יהיה בנוכחות החשוד. יש חריגים אבל הפומביות היא חשובה.

ס' 17 לחוק המעצרים: מעצר לפני כתב אישום

"(א) ציווה שופט על מעצרו של חשוד בנוכחותו, לא תעלה תקופת המעצר על 15 ימים; אולם רשאי שופט להאריך, מעת לעת, את המעצר לתקופות שלא יעלו על 15 ימים; אין בהוראות סעיף קטן זה כדי לפגוע בהוראות סעיף 13(א)(3) סיפה.

(ב)  לא יוחזק חשוד במעצר ברצף אחד בקשר לאותו אירוע, לרבות המעצר ללא צו, לתקופה העולה על 30 ימים, אלא אם כן הבקשה למעצר נוסף הוגשה באישור היועץ המשפטי לממשלה."

עומד על התקופות. ניתן להאריך ב-15 ימים כל פעם. לא יותר. השופטים בדר"כ נותנים פחות יותר. הם עושים בייביסיטר על המשטרה. אין מגבלה על מספר הארכות יש רק הגבלה על מספר הימים בכל הארכה. כל עוד לא הוגש כתב אישום, חשוד לא יוחזק ברצף בגין אותו אירוע, תקופת מעצר שעולה על 30 ימים, כל המעצר בשטח. אלא אם יש אישור של היועמ"ש, אז אנחנו הולכים לס' אחר.

ס' 59 לחוק המעצרים: שחרור באין אישום

"חשוד הנתון במעצר ולא הוגש נגדו כתב אישום תוך 75 ימים לאחר מעצרו, ישוחרר מן המעצר, בערובה או ללא ערובה."

מעבר ל-30 יום, צריך אישור של היועמ"ש, וגם אם מאשרים, השופט לא חייב לאשר. לשופט יש מגבלה של 75 ימים. האם אפשר מעבר? ס' אחר

ס' 62(א) לחוק המעצרים: הארכת מעצר או חידושו

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

אין מגבלה על מספר ההארכות. מגבלה של 90 ימים.

יכול להיות מצב בו שופט מאריך בשבוע וקצין משטרה משחרר לאחר יומיים. זה אפשרי לפי ס' 20 לחוק המעצרים: שחרור עצור לפני צו ממעצר על-ידי קצין משטרה.

"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."

קצין משטרה יכול לשחרר, כל עוד השופט לא קבע להביא את החשוד אליו לשחרור.

בפרוצדורת מעצר ימים, יש מחשבות רבות. מה סנגור החשוד יכול לעשות? כולם יודעים את חומר החקירה, מלבדם.

ס' 15(ג) לחוק המעצרים:

"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."

אין לחשוד ולסנגורו אפשרות לראות. מה הרציונל? לתת למשטרה את כל הכח לחקור. מה הסנגור יכול לעשות? לחקור את השוטר.

ס' 15(ה):

"ביקש 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."

פרוצדורה המאפשרת לשוטר למסור תשובה לשופט. אם הוא מגיע למסקנה שהתשובה, או העובדות מאחורי התשובה, כוללות מידע חשוב וקריטי שהחשוד לא יכול לראות, הוא יכול לקבוע כי התשובה תישאר חסויה. אם השופט אומר לשוטר שאם הוא רוצה לענות, הוא צריך לגלות מידע חשוד, השוטר יכול לחזור בו.

חשוב לומר, ששופט יכול להסתמך גם על ראיות בלתי קבילות.

15(ו) לחוק המעצרים

"על דיון בהיוועדות חזותית לפי חוק זה, יחולו הוראות סעיף 133ג לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982."

מספר מילים על הפומביות. היה עליה דיון ציבורי. אחת הבעיות היא שהמידע הנמצא ברשת הוא מידע שנמצא שם לעולם. והרבה פעמים אנו רואים שיש מעצרים מתועדים וכתבות ובסוף הכל מתברר שלא קרה כלום. אבל הפגיעה בחשוד עדיין קיימת.

אחת השאלות שעלתה היא אולי לאפשר תקופת זמן של השהיה? לפני שמפרסים למעצר, בוא נראה שבאמת יש דברים בגו. היה דיון שלם בנושא. התקשורת בכללותה חשבה שזה יהיה אסון גדול. פומביות היא חשובה. כאשר עוצרים אדם, זה מוביל לתלונות נוספות עודות החשוד. האם צריך לאפשר תקופה של השהיה כזו? אחרי דיונים רבים, עשו תיקון בחוק בימ"ש. חוק זה עוסק בשאלת הפומביות של ההליך המשפטי.

בנוגע לדיני המעצרים, יש את ס' 16(3) לחוק המעצרים: הארכת מעצר

"הדיון יתקיים בפומבי, אולם רשאי שופט להורות שהדיון יתקיים בדלתיים סגורות בהתאם להוראות סעיף 68(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984."

ס' זה מוביל לס' 68(ב) לחוק בתי המשפט: פומביות הדיון

"בית משפט רשאי לדון בענין מסויים, כולו או מקצתו, בדלתיים סגורות, אם ראה צורך בכך באחת מאלה..."

ס' 70(ד1)(1) לחוק בימ"ש: איסור פרסומים

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

הס' הרלוונטי העוסק בפומביות ופרסום. ס' (ד1)(1) הוא ס' התיקון. המרצה אומר שבעקבות התיקון המצב שלנו השתפר. לחכות 48 שעות ולתת למשטרה לחקור. לפי הס' ה-48 שעות מתחילת הרגע שהוא התייצב לחקירה או בסיום הדיון הראשון. זה הכלל, כמובן שיש חריגים.

ס' 70(ה1)(1) לחוק ביהמ"ש

"בית משפט רשאי לאסור פרסום שמו של חשוד שטרם הוגש נגדו כתב אישום או פרט אחר מפרטי החקירה, אם ראה כי הדבר עלול לגרום לחשוד נזק חמור ובית המשפט סבר כי יש להעדיף את מניעת הנזק על פני הענין הציבורי שבפרסום; הורה בית המשפט על איסור פרסום שמו של חשוד שטרם הוגש נגדו כתב אישום, יפקע האיסור עם הגשת כתב האישום נגד החשוד, אלא אם כן קבע בית המשפט אחרת;"

ס' (ה1)(1) הוא גם מעניין. פתח לחשוד לפנות לביהמ"ש לבקש איסור לפרסום שמו.

יש **שני תנאים מצטברים**:

1. נזק חמור
2. מניעת הנזק עדיפה על העניין הציבורי

יש גם הרבה פעמים שהמשטרה מבקשת איסור פרסום לפי ס' (ה).

נתחבר לשאלה, מה קורה כאשר יש פגמים במעצר, ועכשיו המשטרה רוצה להאריך את המעצר על בסיס פגמים? מה דין הפגמים? **נחלק לשניים**:

1. פגיעה בסמכות ביהמ"ש לדון בהארכת המעצר
2. האם ביהמ"ש שדן בבקשת הארכת מעצר, צריך להתעלם מפגמים אלו?

בפס"ד **ג'נח**, היה מדובר בעיכוב של 3 שעות. הביאו אותו להארכת מעצר בפני שופט והסנגור טען שבגלל שהחזיקו אותו שלא כדין, מעוכב 3 שעות, אין סמכות לשופט להאריך את המעצר. זוהי טענה שלא מתקבלת. גם אם היה עיכוב לא חוקי, השאלה אם יש סמכות, תיגזר מניתוח ס' 13. **פגמים קודמים במעצר לא שוללים את סמכות ביהמ"ש לדון בהארכת המעצר**.

השאלה השנייה מזכירה את הדיון שהיה בפס"ד אוריך. שם היה מדובר בחיפוש לא חוקי קודם. הנשיאה חיות קובעת ששופט יכול לא לתת את הצו, אך זה ייעשה רק במקרים נדירים וחריגים. היא עשתה סיבוב פרסה מקביעת השופט אלרון. זו בדיוק השאלה כאן. כאן מדובר בהארכת מעצר, שם היה מדובר בצו חיפוש. שניהם הליכי ביניים. ביהמ"ש לא אמור להתעלם כאשר הוא מחליט על ההארכה.

בפס"ד **פרץ** השופטת ארבל שואלת את שאלה זו- האם פגמים קודמים יכולים להשפיע על החלטת שופט שלום בנוגע למעצר ימים? שם היה מדובר בפגיעה בזכות ההיוועצות. היא אומרת שהפגמים יכולים להשפיע. היא הולכת לדוקטרינת הפסילה הפסיקתית והיא אומרת שהמשטרה צריכה להקפיד על זכויות עצורים. פגיעה קשה ומשמעותית בזכויות העציר, עלולה לשמוט את הצידוק המוסרי להמשך המעצר. היא מביאה כל מיני רציונלים אך הלכת יששכרוב היא לא ערך מוחלט. צריך לתת משקל ולעשות איזון בין פגיעה בזכויות החשוד, לבין האינטרס ציבורי בהמשך המעצר.

שופט מעצרים לא אמור להתעלם מפגמים קודמים. הוא לא בוחן את שאלת הכבילות. השאלה היא מהי ההשפעה של הפגמים על הארכת המעצר. יכול להיות שבגלל הפגמים, לא יינתן הצו. בדיון נוסף, הנשיאה אומרת שרק במקרים נדירים, לא יינתן צו. מחברת אותנו לשאלה העקרונית יותר.

כמובן שעל כל הארכת מעצר, ניתן להגיש ערר.

ס' 53 לחוק המעצרים: ערר על החלטת בית-המשפט

"(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' 54 לחוק המעצרים: הסמכות בעיון חוזר ובערר

"בעיון חוזר ובערר רשאי בית המשפט לקיים את ההחלטה שעליה עוררים, לשנותה או לבטלה ולתת החלטה אחרת במקומה."

ס' 21א לחוק המעצרים: תסקיר מעצר

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

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

קורה לא מעט. מבקשים תסקיר מעצר על מנת לבחון האם יש מקום לחלופת מעצר. עו"ס עוזר לביהמ"ש עם התסקיר.

אחת השאלות שעולות בפסיקה, בעניין הזמנים היא מה קורה כאשר יש מעצר בית? ההיגיון אומר שהמגבלה של הימים הקיימת בהארכת מעצר, תהיה קיימת גם בחלופת מעצר. אבל, יש ס' מעניין.

ס' 58 לחוק המעצרים: תוקף הערובה

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

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

ניתן, באופן תיאורטי, להאריך ליותר משנה.

ראינו שיש מגבלות מעצר. מתבקש שהן יחולו גם על חלופות מעצר. ס' זה מלמד כי בתוספת על תנאי הערובה, יש תנאים נוספים. זה מאוד בעייתי שנוכל לעצור אדם במעצר בית ליותר משנה.

השופט עמית דן בשאלה הזו בבש"פ 5536/13 **פלוני**. הוא אומר שאם יש מקרה של חלופת מעצר, בשלב הראשוני אנו הולכים לפי ס' 16 לחוק המעצרים. **בהמשך הדרך, לאחר שהגענו לכל המגבלות של ס' 16, הפרקליטות יכולה ללכת לפי ס' 58**. מצפים משופט למידתיות. לא לאפשר מעצר בית לתקופות כל כך משמעותיות, למרות שתיאורטית, יש סמכות לביהמ"ש להאריך את המעצר. מצפים משופט שהיה נוקשה יותר כאשר מדובר בחלופת מעצר.

\*לקרוא את פס"ד זה.

איך הוא מסיק שס' 16 יכול לכלול גם שחרור בערובה? הוא קובע שמי שהוסמך לפעול עד גבול השלם, מוסמך לפעול גם בחלקים מן השלם. אם הס' נותן סמכות לדון במעצר, אז יש גם סמכות לביהמ"ש לדון במקרים שהפגיעה בחירות היא פחותה יותר.

ס' 16ב לחוק המעצרים: קיום דיון בדרך של היוועדות חזותית

"(א) על אף האמור בסעיפים 16(2) ו-57, לבקשת עצור רשאי לבית המשפט להורות על קיום דיון בעניינו לפי סעיפים 15, 17, 21, 47, 52, 53, 62 ו-62א שלא בנוכחותו אלא בהשתתפותו בדרך של היוועדות חזותית, אם שוכנע כי די בהשתתפות העצור בדיון בהיוועדות חזותית, בהתחשב, בין השאר, במהות הדיון, בנסיבות הנוגעות לעצור ובמידת החשיבות שהעצור יהיה נוכח באולם בית המשפט, ובלבד שהעצור הוא בגיר, מיוצג על ידי סניגור והגיש את בקשתו באמצעותו; בסעיף זה ובסעיפים 16ג עד 16ה, 'היוועדות חזותית' – כהגדרתה בסעיף 133א(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982..."

עוסק באפשרות לעצור אדם בהיוועדות חזותית. היא בתוקף עד לעוד שנה. הוא קובע שניתן לבצע מעצר ימים אם ביהמ"ש שוכנע כי די בהשתתפות העצור בהיוועדות חזותית. זה לבקשת החשוד. אולי הוא יעדיף ואולי הוא לא. לכפות דבר כזה זה פגיעה יותר מדי קשה. אדם רוצה לראות את השופט ושהוא יראה אותו. הוא עדיין בחזקת חף מפשע. ביהמ"ש משגיח על הפרוצדורה הזו.

ס' 16ג לחוק המעצרים: דיונים שאין לקיימם בדרך של היוועצות חזותית

"על אף האמור בסעיף 16ב –

(1)  דיון ראשון לפי סעיף 15 יתקיים בנוכחות העצור ולא בדרך של היוועדות חזותית;

(2)  לא יורה בית המשפט על מעצרו של אדם עד תום ההליכים המשפטיים נגדו, אלא אם כן התקיים לכל הפחות דיון אחד מהותי לפי סעיף 21 בנוכחות העצור באולם; בסעיף זה, "דיון מהותי" – לרבות דיון שנשמעו בו טענות לעניין דיות הראיות, עילת המעצר או חלופת המעצר או דיון שניתנה בו הסכמת הצדדים למעצר עד תום ההליכים;

(3)  דיון של עצור שנמנעה ממנו פגישה עם סניגורו לפני אותו דיון, בהתאם להוראות סעיפים 34(ה) ו-(ו) ו-35, יתקיים בנוכחות העצור ולא בדרך של היוועדות חזותית."

יש מקרים שלא יאפשרו. הארכת מעצר ראשונה, לעולם לא תהיה בהיוועדות חזותית.

ס' 16ד לחוק המעצרים: מניעה טכנית בלתי צפויה סמוך לפקיעת מעצר

"בדיון לפי סעיף 15 שנקבע שיתקיים בדרך של היוועדות חזותית לפי סעיף 16ב, שלא ניתן לקיימו בסמוך למועד פקיעת המעצר בדרך של היוועדות חזותית בשל מניעה טכנית בלתי צפויה, רשאי שופט, באישור נשיא בית המשפט או סגנו, להורות, במקרים חריגים ומטעמים מיוחדים שיירשמו, על קיום הדיון בשיחה טלפונית; הוארך המעצר לפי סעיף זה, ישוב בית המשפט וידון בבקשה בהקדם האפשרי ולא יאוחר מ-12 שעות ממועד מתן ההחלטה, בנוכחותו של העצור או בדרך של היוועדות חזותית, ויחולו לעניין זה הוראות סעיף 29 בשינויים המחויבים; על אף האמור, בית המשפט רשאי, באישור נשיא בית המשפט או סגנו, לדון בבקשה לא יאוחר מ-24 שעות ממועד מתן ההחלטה; העצור רשאי לוותר באמצעות סניגורו על קיום הדיון החוזר כאמור."

יש מקרים שאפשר לעשות דיון טלפוני.

זה כרגע האיזון שנמצא. כל אלא הם הוראות שעה.

### הצהרת תובע

הסתיימה החקירה, צריך לשחרר את החשוד, או לעבור לקולב הבא- כתב אישום.

ס' 17(ד) לחוק המעצרים: מעצר לפני הגשת כתב האישום.

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

מטפל בשלב הביניים הזה. לוקח זמן להכין כתב אישום. המעצר בס' זה יהיה תחת ההגבלה של ה-30 ימים.

צריך לשים לב לכמה דברים. מה קורה כאשר אין הצהרת תובע? האם נשחרר? יש **שתי דרכים**:

1. אם השוטר מודיע שהסתיימה החקירה, השופט מעיין בתיק החקירה. השופט שואל האם הם חקרו עד מסוים? אם לא, הוא אומר שלא סיימו את החקירה עדיין. בעצם, הוא משאיר אותם על קולב החקירה, במקום לשחרר את החשוד.
2. דרך של השופט עמית. הוא נתקל בבעיה כבר כשהיה שופט שלום. הוא אומר שהוא **קורא את ס' 17(ד) כמאפשר לבצע הארכת מעצר**. הוא גם קרא למחוקק לתקן את המצב הזה ולהסדיר אותו. (בש"פ 4829/14 **פלוני**) התשובה הראשונה שלו לא מספקת אבל התשובה השנייה היא החשובה. הוא עושה פרשנות תכליתית של ס' 17(ד). עילות המעצר של מסוכנות ושיבוש טבועות בס' זה.

ננתח את 17(ד) יותר לעומק.

עד כמה התובע צריך להיות מפורט בהצהרה? **האם הוא צריך להגיד שחד משמעית הולכים להגיש כתב אישום? לא**. למה? תובע הוא רשות מנהלית. הוא רוצה ללמוד את חומר החקירה. (פס"ד **בדווי**).**אי אפשר לחייב תובע לרדת לפרטי פרטים**, ולא ניתן לקבוע על אילו ס' יסתמכו (פס"ד **אלטויל**).

אנו מצפים מביהמ"ש, גם כאשר יש הצהרת תובע, לעיין בחומר הראיות ולהשתכנע שבאמת יש עילת מעצר. ביהמ"ש יכול גם להורות על חלופת מעצר. הוא לא חותמת גומי.

האם הפרקליטות יכולה לאחר הצהרת תובע, לזגזג ולבקש בקשה לפי ס' 13, לעוד הארכת מעצר ימים? זה לא פשוט. השכל הישר אומר שהולכים קדימה לכתב אישום, לא ללכת אחורה. בפס"ד **שימול** השופטת חיות לא אוהבת את הזיגזוג והיא קובעת **שרק במקרים חריגים ונדירים, הזיגזוג הזה יתאפשר**. מחדלי חקירה לא יתוקנו במקרה כזה.

**שיעור 11- 2.1.23**

\*השיעור עצמו היה מעט מבולגן מבחינתי אז סידרתי את הדברים לפי הסדר שאני רואה לנכון.

בעניין הצהרת תובע- פס"ד **מטייב**. עלתה השאלה האם במסגרת הצהרת תובע ביהמ"ש רשאי, במקום להורות על מעצר עד 5 ימים לצורך הכנת כתב אישום, חלופת מעצר (מעצר בית למשל. האם מעצר בית הוא גם מוגבל ל-5 ימים? מצד שני, ס' 17(ד) מדבר רק על מעצר.

מתוך העיקרון הבסיסי, ביהמ"ש קובע ש**ניתן, במקום להורות על מעצר, להורות על חלופת מעצר**. הגיוני שכן חלופת מעצר, פגיעתה בחירות היא פחותה יותר ממעצר. לעניין השאלה השנייה לגבי המגבלה, באופן פורמאלי, ניתן לומר שלא צריכה להיות מגבלה משום שחלופת מעצר, לפי ס' 58, (כל שחרור בתנאים) תוקפה עד 180 ימים. ביהמ"ש קובע ש**גם אם לא נגביל את זה ל-5 ימים, זה צריך להיות לפרק זמן קצר.** צריך להפעיל היגיון בריא.

### מעצר עד תום הליכים

ברוב המקרים יש רצף בין מעצר לפני כתב אישום לבין תרחיש שהתביעה מבקשת לעצור עד תום הליכים. אבל לא תמיד. מעצר תום עד תום הליכים הוא הליך עצמאי.

מה ההבדל בין מעצר לפני כתב אישום לבין מעצר עד תום הליכים?

**הבדלים**:

1. סמכות- לפני כתב אישום, בימ"ש שלום מוסמך לדון בדיני מעצרים, לאחר הגשת כתב האישום, הסמכות היא לביהמ"ש לו יש את הסמכות לדון בכתב האישום
2. שופט- בקשת המעצר לפני כתב אישום לא תוגש בדר"כ לאותו שופט שידון בכתב האישום. מי שידון בה יהיה שופט מעצרים.
3. חשוד מול נאשם- לא קוראים לאדם חשוד, אלא נאשם. יש לזה משמעות. הוא כבר צד למשפט. חשוד הוא לא נחשף לחומר החקירה. הוא לוט באפילה משום שאנו רוצים לתת את מלוא הכוח למשטרה. לאחר הגשת כתב האישום, הוא מקבל את חומר החקירה. ההתמודדות שלו עם המעצר תהיה הרבה יותר משמעותית.
4. תקופות- לפני כתב האישום, מדובר בתקופות קצרות. כאן מדובר על מעצר לאורך כל המשפט. זו תקופה הרבה יותר משמעותית.
5. נוקשות- נראה גם שיש הרבה יותר נוקשות בהליך זה. במעצר עד תום הליכים, אין מקום לקצין משטרה לשחרר נאשם ללא צו בימ"ש, לפני הכרעת הדין. רק ביהמ"ש יכול לשנות את ההחלטה (בערר או דיון חוזר). ס' 20 לא רלוונטי למעצר עד תום הליכים.

גם למעצר עד תום הליכים יש מגבלות.

**שתי מגבלות מרכזיות**:

1. סיום המשפט- המשפט צריך להסתיים תוך 9 חודשים בהכרעת דין. אם הוא עצור באיזוק אלקטרוני, זה יהיה כפול- 18 חודשים.
2. התחלת המשפט- צריך להתחיל את המשפט תוך 30 יום מיום המעצר. כלומר, לא יעלה על הדעת שנאשם יהיה עצור והמשפט שלו יתחיל רק לאחר חצי שנה.

מה נחשב תחילת המשפט? הקראת כתב האישום. אם לא עומדים בשתי המגבלות האלו, צריך לשחרר ממעצר. אבל יש אפשרות לגשת לשופט בימ"ש עליון, ולהגדיל את המעצר.

האם התנאים טובים יותר ממעצר לפני כתב אישום? לכאורה, לפי ההיגיון, לא. לפני כתב האישום הוא עדיין חף מפשע. בפועל, תנאי המעצר במעצר עד תום הליכים, הם טובים יותר. אין לזה באמת היגיון משפטי, אלא מעשי. מדובר בתקופה יותר טובה.

יש אפשרות לקזז את התקופה בה שהה במעצר עד תום הליכים מהתקופה שיגזרו עליו בהכרעת הדין.

מעצר עד תום הליכים זה דרמה. אסטרטגית, הנאשם וסנגורו פחות יטו להאריך את המשפט. הנאשם עצור. זוהי תקופה ארוכה. כאשר נאשם משוחרר, יש לו בדר"כ אינטרס הפוך. למשוך כמה שיותר על מנת שאם יורשע, הוא יוכל לטעון ל-"עינוי דין".

בגלל שמדובר במעצר, צריכים להתקיים **3 תנאים** (נתאים אותם למעצר עד תום הליכים):

1. תשתית- רק ראיות קבילות. אין אפשרות לצקת תוכן בתשתית הראייתית גם עם ראיות לא קבילות. דבר השונה ממעצר לפני כתב אישום. מה עושים לגבי ראיה שלא יודעים בשלב זה אם היא תהיה קבילה? האם אז יהיה ניתן להשתמש? במצב בו ברור במידה רבה של סבירות שהראיה לא תהיה קבילה (כמו האזנת סתר אסורה), לא יהיה ניתן להשתמש בה לביסוס התשתית הראייתית. אך לגבי מקרה שלא ברור, השאלה הרי תוכרע במשפט זוטא שיהיה במהלך המשפט. אז מה עושים? ככלל, כן ניתן להשתמש בראיה זו לצורך ביסוס התשתית הראייתית. **דוגמא**: התשתית העובדתית בנויה על הודאה במשטרה. הנאשם יטען שהיא לא ניתנה באופן חופשי ומרצון. במעצר עד תום הליכים, ביהמ"ש ייתן לה משקל אך אם במשפט עצמו הם יקבעו כי היא לא קבילה, אז סניגור ערני ידרוש עיון חוזר בעניין המעצר. אנחנו נלמד על עיון חוזר (מוגש לאותה ערכאה אם יש נסיבות חדשות או חלף זמן).

האם ניתן להגיש במסגרת בקשה למעצר עד תום הליכים, ראיות שרק ביהמ"ש ייחשף אליהם? לפי ס' 74, כל חומרי הראיות כבר הומצאו לנאשם. אנחנו אחרי הגשת כתב האישום. זה לא דבר שאנו נקל ראש בו כלל.

בש"פ 2857/01 **מוגרבי**

עובדות המקרה- היה מדובר בעד מרכזי שהוא היה שותף לרצח. היה אמור להעיד נגד הנאשם. במהלך המשפט הוא נפטר. הסנגור טוען שצריך לשחרר את הנאשם משום שאין כבר ראיות. העד המרכזי לא נמצא. התביעה מבקשת להגיש לביהמ"ש חומר חסוי. המשטרה עורכת חקירה בה הם מכשירים את עדות השותף לפי ס' 10א. עדות מפי השמועה אינה קבילה אך יש אפשרויות ספציפיות. הסנגור מתנגד.

ביהמ"ש- עושה הבחנה. **צריך לאבחן בין תרחיש שהחומר רלוונטי באופן ישיר לתשתית העובדתית המיוחסות לנאשם** (כאלה ככל, לא יתירו במעמד צד אחד) **לבין חומר רלוונטי שאינו קשור באופן ישיר לתשתית העובדתית**. המהלך של המשטרה אינו קשור באופן ישיר לתשתית העובדתית.

מהי התשתית הראייתית הנדרשת? ס' 21(ב) לחוק המעצרים:

"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..."

"ראיות לכאורה"- לא מדברים כבר על חשד סביר לביצוע עבירה. אלא דבר מעבר.

בפס"ד **זאדה** ביהמ"ש העליון עושה סדר בין כל הבלגן. הוא קובע מבחן ברור

"ראיות לכאורה להוכחת האשמה" הן אפוא 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."

(פסקה 12 לפס"ד של השופט ברק)

אחד מפס"ד הכי חשובים בדיני המעצרים. **המבחן הוא סיכוי סביר להרשעה**. דעת הרוב של השופט ברק, משתמשים במבחן זה. הוא אומר, שצריך לעשות הבחנה בין מעצר עד תום הליכים לבין הרשעה במשפט עצמו. אנחנו עדיין לא במשפט ולכן התשתית העובדתית צריכה להיות פחותה ממעל כל ספק סביר. גם אין סיבה לדרוש זאת משום שהשופט בכלל לא נפגש עם עדים. הוא רק מתעסק בראיות. המבחן הכי חשוב- חקירה נגדית- עדיין לא התרחש. ביהמ"ש צריך לבחון את כל הראיות שהתביעה הביאה ולשאול את עצמו האם לעניות דעתו, כאשר לוקחים את כלל הראיות, וכן מסתכלים על מכלול הראיות והתיק בכללי, יש סיכוי סביר שבסוף המשפט, לאחר שישמעו העדויות, ביהמ"ש יאשים את הנאשם מעל לכל ספק סביר. הבחינה היא בחינה הסתברותית. עושים בחינה הפוכה, לא בחינה לאחור, אלא בחינה קדימה.

בשלב זה, לכאורה התביעה נמצאת במצב הכי טוב. היא מגישה את הראיות שלה (ההגנה בדר"כ לא מביאה כי רוצים לשמור על אלמנט ההפתעה).

את פס"ד יש המכנים כ-"כור ההיתוך". השופט צריך לשאול את עצמו מה תהיה תוצאת ביהמ"ש, לאחר שהראיות הגולמיות יעברו את כור ההיתוך של המשפט.

זה קשה. ביהמ"ש לא יכול לדעת מה יהיה משקל הראיות.

יש גם את עמדת המיעוט של השופטת דורנר. היא מאתגרת את אהרן ברק. היא אומרת שהיא מסכימה עם דעת הרוב. אך בפועל יש איזו מחלוקת. היא מציגה עמדה אחרת.

היא אומרת שעל מנת שיהיה ניתן לעצור אדם עד תום הליכים, צריך לוודא שאין ספק מובנה באשמתו של הנאשם, הפוגע בסבירות ההרשעה. כל ספק כזה, אמור לקעקע את התשתית העובדתית. זו דעה שונה. בעוד אהרן ברק דיבר על סיכוי סביר להרשעה, ונק' מבטו היא התביעה, ולא הנאשם (הפעם היחידה בה הוא מדבר זה כאשר אומר שאם יש כרסום משמעותי בגרסת התביעה), דורנר מדברת על ספק סביר מובנה. אם יש ספק מובנה באשמת הנאשם, אין ראיות לכאורה. אי אפשר להסתכל על זה אחרת. היא מביאה גישה המביאה על נס את זכויות הנאשם יותר מאשר מה שברק עושה. היא מציבה רף הרבה יותר גבוה. יש היגיון משפטי בעמדה זו. בהמשך נלמד על שיקולי העמדה לדין. המבחן שם הוא סיכוי סביר להרשעה. זו תוצאה אבסורדית. כל כתב אישום מעצם הגשתו, יש לו תשתית ראייתית למעצר עד תום הליכים. דורנר אומרת שזה לא צריך להיות ככה. אנחנו מדברים על פגיעה בחירות. לפי הגשת כתב אישום דורשים מבחן מחמיר יותר ולכן גם כאן היא יוצקת מבחן מחמיר יותר. אבל כמובן, זה דעת מיעוט.

כאשר שופט המעצרים מגיע למסקנה ששאלת הסיכוי הסביר להרשעה תוכרע על בסיס אמינות, למי יאמין? למתלונן (הרשעה) או לנאשם (זיכוי)? ביהמ"ש אומר שאם כל התיק יוכרע על מהימנות, תהיה הרשעה. שופט המעצרים כן צריך להסתכל על כל התיק. אם הוא רואה שבכל חומר הראיות יש סתירות פנימיות באופן השולל את הסיכוי להרשעה, ביהמ"ש יגיד שאין תשתית ראייתית. אם במעצר עד תום הליכים ביהמ"ש קובע שאין תשתית ראייתית, זו אינדיקציה לתביעה שיש חולשה בראיות. ההסתכלות היא כוללת שאינה כוללת את ההכרעה במהימנות.

ס' 158 לחסד"פ: זיכוי בשל העדר הוכחה לכאורה

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

אמרנו שיש אפשרות לנאשם לטעון שאין לתביעה קייס ולכן הוא מבקש זיכוי באותו הרגע, מבלי שיצטרך להביא ראיות מטעמו. המינוח שהמחוקק משתמש בו "לכאורה", משומש על-ידי דורנר. הפגיעה בנאשם בס' 158 היא קלה יחסית. במעצר עד תום הליכים מדובר על פגיעה בחירות. היא אומרת שזה לא צריך להיות אותו המבחן.

תמיד צריך סיכוי סביר להרשעה, השאלה בס' 158 היא האם בתום פרשת התביעה, הסיכוי הזה התערער.

האם הסנגוריה יכולה להציג תשתית ראייתית במעמד צד אחד? היא רוצה למשל לשמור על יתרון טקטי. על אף שביהמ"ש לא סגר את הדלת, ככלל, אין זה מקובל. **לתביעה יש חריגים וגם לסנגוריה יש חריגים** (בש"פ 597/93 **אבוטבול**).

לגבי ראיות לכאורה, נדבר על פס"ד **חסיד**. השופט רובינשטיין לראשונה טבע את המונח **"ראיות מוחלשות"- שופט המעצרים כאשר הוא דן בתשתית הראייתית, רואה שיש ראיות אך הן חלשות ולכן מפעיל חלופת מעצר**. כדי לעצור אדם, צריך סיכוי סביר להרשעה, פתאום אנחנו רואים פס"ד בהם משתמשים במונח זה. הם משתמשים בו על מנת להצדיק חלופת מעצר, ולא מעצר. יש כאן סתירה פנימית. אם אמרנו שיש 3 תנאים מצטברים, אז המבחן הוא בינארי. אבל עכשיו יש מונח חדש. זה מונח שביהמ"ש יצר על מנת ליצור לעצמו גמישות. ביהמ"ש רוצה להיות עקבי ולכן אנחנו חייבים לצאת מנק' הנחה שמונח זה מתייחס לראיות שחצו את הרף הסביר להרשעה, אך ברף הנמוך.

1. עילת מעצר- ניתן להשתמש בראיות בלתי קבילות. שתי העילות המשמעותיות נועדו לקדם פני סיכון.

ס' 21(א)(1) לחוק המעצרים:

"בית המשפט סבור, על סמך חומר שהוגש לו, כי נתקיים אחד מאלה:

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

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

(ג) הואשם הנאשם באחד מאלה..."

ס' קטן ב הוא עילת הסיכון המפורסמת. ההיסטוריה של זה היא חשובה. האם חומרת העבירה יכולה להוות עילה עצמאית עד תום ההליכים. למשל עבירות שהן מכות מדינה. רוצים לעצור אדם על מנת לגרום להרתעה על מנת למנוע את העבירה שתהיה מכת מדינה. האם ניתן לעשות זאת? לא. בעבר זה לא היה ברור כלל. עד 1988, הכל הוסדר בחסד"פ. הלשון הייתה מאוד סתמית ולא היו עילות מעצר מפורטות ולכן השאלה עלתה. הייתה מחלוקת בין שופטי ביהמ"ש העליון. רובם חשבו שחומרת העבירה יכולה לעמוד כעילת מעצר עצמאית. השופט אלון היה בדעת מיעוט. התקופה השנייה היא ב-1988. המחוקק תיקן את החוק והתווסף ס' 21א לחסד"פ (כיום הוא לא קיים). ס' זה מגדיר את עילות המעצר ועושה מעין פשרה בכך שהוא מפרט מספר עבירות שהן מהוות עילה עצמאית. עדיין נותר ויכוח בין דעת הרוב לדעת המיעוט. שופטי הרוב טענו שבאותן עבירות שהחוק קובע, חומרת העבירה היא עילת מעצר עצמאית. השופט ממשיך ואומר שזה לא. אותן עבירות יוצרות חזקת מסוכנות. עדיין תהיה לנאשם אפשרות להפריך אותן. השלב הבא הוא 1992- חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. המהפכה החוקתית. המחוקק אימץ את דעת המיעוט של השופט אלון. בשלב זה, מגיעה פרשת גנימאת, שם ביהמ"ש העליון קובע בפה אחד שמכת מדינה לא יכולה להוות עילת מעצר עצמאית משום ששיקולי מעצר לא יכולים להיות הרתעתיים. בתקופה הרביעית- חוק המעצרים, אימץ את דעת השופט אלון באופן חד משמעי. יש רשימה סגורה של עבירות וכן שהרשימה יוצרת רק חזקת מסוכנות. חומרת העבירה לא יכולה להוות עילת מעצר עצמאית, אלא רק בסיס לחזקה שמקימה חשש למסוכנות. זוהי טענה הניתנת לסתירה. ולכן, שיקולי הרתעה ואמון הציבור לא יכולים להצדיק מעצר. רק שיקולים מניעתיים, קונקרטיים, אינדיבידואליים. עבירה שהיא מכת מדינה, כשלעצמה לא מהווה עילת מעצר עצמאית.

תיקון 113 לחוק העונשין כן מאפשר לשקול שיקולי הרתעה. אבל מתי? בגזר הדין. וגם שם, בנסיבות מאוד מיוחדות. זה רק אחרי שכבר האדם הורשע. הוא כבר לא בחזקת חף מפשע.

ס' קטן ג מביא את רשימת העבירות. בפועל ברוב המקרים, ברגע שמפריכים את עילת המעצר, כנראה האדם ישוחרר בחלופת מעצר, למרות שזה לא לשון החוק. גם בעבירות החמורות ביותר, כמו עבירת רצח, אין לפי חוק המעצרים חובת מעצר. פס"ד **עודה** דוגמא לכך ש**יש מקרים נדירים מאוד, שגם כאשר נאשם מואשם בעבירת רצח, הוא יוכל להשתחרר בחלופת מעצר**. בעודה זה היה מקרה נדיר עם נסיבות מאוד קשות לגבי נאשמת בדואית שהואשמה בסיוע לרצח שביהמ"ש קבע שהיא תשוחרר למעצר בית משום שהיא הוטרדה מינית בעברה בזמן שהייתה נשואה ובעלה ואביה הכריחו אותה לקבוע איתו פגישה, שם הם רצחו אותו. ברור שהיא לא מסוכנת.

הפסיקה קבעה כי **יהיו נסיבות בהם גם כתב אישום בגין עבירות רכוש, יוביל למעצר עד תום הליכים עקב מסוכנות לציבור**. (פס"ד **פרנקל** ופס"ד **מזרחי**).

בש"פ 8638/96 **קורמן**

עובדות המקרה- היה מדובר על רכז ביטחון שהואשם בהריגת ילד. ילדים ידו אבנים ואותו רכז תפס אחד מהם, היכה אותו והוא מת. לא היה רצון להרוג אבל הוא מת. הוא הועמד לדין על הריגה וקורמן שמר על זכות השתיקה במשטרה. יש בקשה למעצר עד תום הליכים. קורמן בעזרת הסנגור טוען שהופרכה טענת המסוכנות ולכן יש לקבוע חלופת מעצר.

ביהמ"ש- **נאשם ששמר על זכות השתיקה, לא הפריך את המסוכנות**. יש מספר בעיות. מה הקשר בין השמירה על זכות השתיקה לבין הפרכת חזקת המסוכנות? אמרנו שיש לזכות השתיקה השלכה על המשפט. אבל למה זה קשור לחזקת המסוכנות? השופט זמיר אומר שכאשר שומרים על השתיקה, לא שוללים ואף מחזקים את חזקת המסוכנות.

בפס"ד פלוני, השופט אומר שבפועל, השופט צריך לקבל החלטה חשובה גם לגבי הנאשם וגם לגבי הציבור. זו אחריות גדולה.

עד עכשיו דיברנו על שתי עילות המעצר המרכזיות. יש עילה נוספת שהיא דיונית.

ס' 21(א)(2) לחוק המעצרים:

"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."

למה היא דיונית? היא אומרת שאם יש התפתחויות מאוחרות, הן יכולות להוות עילת מעצר דיונית. ההבדל הדרמטי בין העילה הדיונית לעילה המהותית, היא שכאן אין צורך לבדוק היעדר חלופה סבירה.

1. היעדר חלופה סבירה- ס' 21א עוסק בתסקיר מעצר. כאשר שופט רוצה לבחון חלופת מעצר, אין לא את המידע הרלוונטי לגבי השאלות הנדרשות (האם יש לו קרובים שיכולים להיות ערבים? האם יש מי שיפקח?) מי עושה את זה? תסקיר שירות המבחן. עובדות שלא התביעה ולא הסנגור ערים אליהם. צריך גורם מקצועי שיעשה את העבודה. לא חובה אבל כמעט תמיד יש תסקיר מעצר.

נקודה חשובה- הזנה הדדית בין התשתית, העילה והחלופה. באופן קר צריך לנתח את החוק ככזה היוצר חומה בין התנאים השונים. לא מגיעים לעילה אם אין תשתית, לא מגיעים לחלופה אם אין תשתית ועילה. בפועל, זה לא כך. ביהמ"ש קובע ששלושת התנאים "מדברים" אחד עם השני. יש "מקבילית כוחות" בין שלושת התנאים. **דוגמא**: ככל שהתשתית העובדתית היא חלשה יותר, הסיכוי שביהמ"ש יורה על שחרור בערובה, הוא גדול יותר. זה לא קיים בחוק, ביהמ"ש יצר זאת בפסיקות שלו. רואים זאת בבש"פ 5564/11 **פלוני**. החלטה די כנה של השופט עמית. הוא משתף את הקוראים עם הקשיים העומדים בפני שופט המעצרים. הוא קובע ששופט המעצרים לא קובע לפי נוסחה מתמטית. הוא מדבר על זיקת הראיות על חלופת המעצר. **יש מקבילית כוחות בין עוצמת הראיות לכאורה לבין הפגיעה בחירות**. ככל שראיות חזקות, ובהתקיים שאר התנאים, כך תקטן הנוכחות להסתפק בחלופת מעצר. ראיות מוחלשות. יש פה ראיות חלשות, חזקות ועוצמתיות. הוא מדלג בין שלושת התנאים. אם יש עילה חזקה, אז לפעמים לא יהיה מנוס ממעצר, גם אם הראיות מוחלשות. בהמשך, ביהמ"ש קובע קביעה נוספת, **אם חומרת העבירה יוצרת חזקת מסוכנות, אז נוצרת גם חזקה כנגד שחרור בערובה.** איפה זה כתוב? לא כתוב. הוא מייבא את חזקת המסוכנות מהעילה ומלביש אותה גם על התנאי השלישי. בעולם נקי, יש תשתית, עוברים לעילה, לא הופרכה חזקת המסוכנות, עוברים לחלופה סבירה אחרת. מי אמר שתהיה חזקה נגד חלופה אחרת?

מספר מילים על מעצר ביניים

ס' 21(ד) לחוק המעצרים:

"על אף הוראות סעיף קטן (ב) רשאי בית המשפט, על פי בקשת הנאשם או סניגורו, לדחות את הדיון, כדי לאפשר לנאשם או לסניגורו לעיין בחומר החקירה ולצוות שהנאשם יהיה במעצר לתקופה שלא תעלה על 30 ימים"

מעצר ביניים. אמרנו שכאשר יש כתב אישום, יש בעיה. כתב האישום מוגש יחד עם בקשת מעצר עד תום הליכים. הס' בא לקבוע שביהמ"ש יכול לקבוע לדחות את הדיון על מנת לאפשר לסנגור ללמוד את חומר החקירה. מה עומד מאחורי מעצר זה? לכל דבר צריך הסמכה מפורשת בחוק.

ס' 21(ג) לחוק המעצרים:

"לא היה לנאשם סניגור והוא לא הודיע כאמור בסעיף קטן (ב)(2), ימנה לו בית המשפט סניגור ויחולו לענין זה הוראות פרק ב' לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב–1982 (להלן – חוק סדר הדין הפלילי), או הוראות חוק הסניגוריה הציבורית, תשנ"ו–1995 (להלן – חוק הסניגוריה הציבורית), לפי הענין; כל עוד לא נתמנה סניגור, רשאי בית המשפט לצוות על מעצרו של הנאשם לתקופות שלא יעלו על 7 ימים כל פעם, ובלבד שסך כל התקופות לא יעלו על 30 ימים."

אם אין סנגור, ביהמ"ש ימנה. בזמן שאין, ביהמ"ש יכול לצוות על מעצר ביניים.

שני הסעיפים מתקשרים עם כך שכל מעצר צריך להיות בחוק, או מכח חוק מתוך הסמכה מפורשת.

עדיין ההלכה קובע שביהמ"ש, צריך לקבוע שיש "ראיות לכאורה". יש לקונה במשפט- מעצר ביניים יש בשני הס' האלו ואין סמכות בדוגמאות אחרות. יש פסיקה של השופט עמית בה ניסה לגזור את הסמכות מהמונח "סמכות טבועה/עזר" אך סמכות כזו לא יכולה לפגוע בזכויות אדם. אז מה ההסבר האפשרי?

ס' 3 לחסד"פ: סדר דין באין הוראות

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

המרצה טוען שכדאי שהמחוקק יתפנה לפתור את מעצר הביניים. הסתמכות על ס' זה היא לא טובה.

ביהמ"ש קובע שבמעצר ביניים, השופט חייב לראות ניצוץ של תשתית.

ס' 21(ה) לחוק המעצרים:

"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."

המחוקק כותב במפורש שס' 20 לא חל. קצין משטרה לא יכול לשחרר עצור.

**מגבלות של מועדים**:

1. מגבלת זמן לתחילת המשפט- ס' 60 לחוק המעצרים: שחרור באין משפט

"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."

1. מגבלת זמן להכרעת הדין- ס' 61(א) לחוק המעצרים: שחרור באין הכרעת דין או גזר דין

"נאשם, שלאחר הגשת כתב אישום נגדו, היה נתון במעצר בשל אותו כתב אישום תקופה המצטרפת כדי תשעה חודשים, ואם היה נתון המעצר בפיקוח אלקטרוני – תקופה המצטרפת כדי 18 חודשים, ומשפטו בערכאה הראשונה לא נגמר בהכרעת דין, ישוחרר מן המעצר, בערובה או ללא ערובה."

ניתן לגבור על מגבלות אלה לפי ס' 62 לחוק המעצרים: הארכת מעצר או חידושו

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

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

בס' קטן ב ביהמ"ש יכול במקרה של תיק מורכב, מראש להאריך ל-150 ימים כל פעם ללא מגבלה על מספר ההארכות.

מה קורה אם עברו 9 חודשים, יש הכרעת דין אבל לא ניתן גזר דין?

ס' 61(ג) לחוק המעצרים:

"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."

ביהמ"ש יכול להורות על עוד 90 ימים, עד לכתיבת גזר הדין.

בסילבוס יש פסקי-דין המדברים על הממשק עם המשפט המנהלי ועוסקים בדיני השוויון. דיברנו על פס"ד ג'נח. ראינו שם שפגם קודם לא מונע מביהמ"ש לדון במעצר או חלופת מעצר. אך הוא כן יכול להשפיע על השופט. מבחינת דיני השוויון יש הרבה פעמים שנאשמים טוענים לפגיעה בשוויון. **דוגמא**: שני שותפים אחד שוחרר למעצר בית והשני נעצר במעצר מלא. צריך לבדוק אם יש פגיעה בכלל בשוויון האריסטוטלי. האם יש שוני רלוונטי. אם אין, אז יש פגיעה בשוויון. אם אחד ביצע את העבירה בזמן שהיה במעצר בית, ובעצם הפר אותם, התנאים שלו שונים ממי שלא היה במעצר בית. אבל אם יש מקרה בו שניים עשו את אותו המעשה ושני שופטים דנים בבקשה למעצר עד תום הליכים, הם יכולים פתאום לקבוע על פי הבסיס העובדתי באופן שונה. הפסיקה קבעה כי טענה לגבי פגיעה בשוויון, היא טענה שצריך לקחת בחשבון אך לא מן הנמנע שאינטרס ציבורי יגבר. יש קושי אך השוויון הוא זכות יחסית. וכנגד זכות זו צריך לשקול שיקולים ציבוריים כמו החשש ממסוכנות או שיבוש. במקרה כזה, הם יכולים לגבור על הזכות לשוויון.

**שיעור 12- 9.1**

### מעצר בערעור

יש שני תרחישים בהם התביעה עדיין תרצה שהנאשם יהיה עצור לאורך תקופת הערעור.

**שני התרחישים**:

1. הנאשם זוכה
2. הנאשם הורשע אך לא השית עונש מאסר בפועל

החוק מתייחס לשני תרחישים אלה.

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."

יש אפשרות לתביעה לאחר שהוא זוכה, לבקש באותו המעמד לעכב את השחרור במשך 72 שעות על מנת לאפשר לה להגיש הודעת ערעור. זה מאוד נדיר. באופן עקרוני יש מדיניות מרסנת להגשת ערעור במקרה של זיכוי.

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."

התביעה יכולה להשהות את השחרור על מנת להגיש ערעור. לאחר שהתביעה מגישה ערעור, היא יכולה להגיש בקשה למעצר עד תום הליכי ערעור.

אם היה קולב של חקירה ושל משפט, עכשיו הקולב הוא ערעור, וגם כאן יש איזה גשר.

איפה הבעיה? יש לקונה. 22(ב) בא לאחר 22(א). ס' א קטן מדבר על עונש ללא מאסר בפועל. חסר לנו 63(ב) שיקבע למקרה של זיכוי. זה כמעט בלתי מתקבל על הדעת שהמחוקק יאפשר לתביעה לבקש מביהמ"ש להשהות אך שלא תהיה אפשרות לבקש מעצר לאחר ערעור.

ביהמ"ש מצא פתרון יצירתי בפס"ד **עפיף**. ס' 2(3) לחוק המעצרים קובע כי סמכות ענינית בעניין ערעור, תהיה לביהמ"ש שלערעור. הופכים את ס' 22(ב) למיותר. בהגדרה, לביהמ"ש של הערעור יש הסמכות לדון במעצר עד תום הליכי הערעור מכח ס' 2(3) אז **אם לפי ס' 21 מעצר עד תום הליכים זה בערכאה ראשונה, אז בערעור יש את אותה הסמכות רק לביהמ"ש של הערעור**.

### ערר ועיון חוזר

ס' 52 לחוק המעצרים: עיון חוזר בהחלטת בית המשפט

"(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."

מעצר הוא אף פעם לא הליך סופי. תמיד אפשר, בנסיבות הכתובות, לקבל עיון חוזר. **דוגמא**: באמצע המשפט, עדות מסוימת שעל בסיסה הוא נעצר עד תום הליכים, ביהמ"ש קובע שהיא אינה קבילה. אז סנגור ערני ישר יגיש בקשה לעיון חוזר כי ייתכן ואין כבר תשתית ראייתית. **דוגמא אחרת**: היה חשש שהנאשם יאיים על 3 עדים. הם סיימו להעיד, אפשר להגיש בקשה לעיון חוזר.

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

עניין של מידתיות. בפס"ד **רביזדה** נקבע כי **כאשר מדובר באדם המוחזק במעצר משום שאינו יכול להמציא ערובה, אין זה מותנה בזמן או נסיבות מיוחדות**. תמיד אפשר להגיש בקשה לעיון חוזר.

בעבר הייתה אפשרות להגיש ערר בזכות לעניין מעצרים עד לעליון אבל זה השתנה שרק פעם ראשונה בזכות.

ס' 53(ג): ערר על החלטת בית המשפט

"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."

יש מגבלת זמן לערר. למה? הצדדים חיכו להגיש ערר לשופט תורן שנוח להם. זה לא טוב.

אחת השאלות שעלתה בפסיקה היא לגבי ערר בערכאה שניה, שהוא ברשות. באילו תנאים יאפשרו ערר לעליון? אנחנו יודעים שזה רק כאשר מדובר על הכרעה בעלת חשיבות ציבורית ובמקרים חריגים. הפסיקה אומרת שביהמ"ש יאפשר ערר ברשות על דברים בעלי חשיבות ציבורית, אולם **בגלל שמדובר על מעצרים, השאירו את הפתח כך שלא רק במקרים נדירים, אלא גם במקרים של דיני נפשות** (פס"ד **ברטלר**).

ס' 53(ב):

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

שחרור בערובה

דיברנו על זה בקשר לקצין הממונה. הס' הרלוונטיים הם בסימן ו לחוק המעצרים.

ערובה תמיד מותנת ב**שני תנאים**:

1. החשוד יתייצב לחקירה או למשפט
2. שלא ישבש הליכי חקירה ומשפט

התנאים האלו הם ברירת המחדל. ניתן להוסיף תנאים.

כאשר מדובר בקצין הממונה, הס' הרלוונטי הוא ס' 42.

ס' 42 לחוק המעצרים: קביעת ערובה בידי הקצין הממונה

"(ב) ...הקצין הממונה רשאי, בהסכמת החשוד, להתנות את השחרור בערובה בתנאים הבאים:"

הס' עוסק בתנאים שהקצין הממונה יכול להשית על משוחרר בערובה.

כאשר ביהמ"ש משחרר בערובה, הס' הרלוונטי הוא ס' 48.

ס' 48 לחוק המעצרים: 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:"

יש בו הרבה יותר מרחב. "לרבות"- לא קיים בס' 42 משום שלביהמ"ש, בניגוד לקצין הממונה, יש אפשרות להוסיף עוד תנאים שלא קיימים לקצין הממונה.

באופן עקרוני כאשר יש סמכות למעצר, יש סמכות טבועה לשחרור בערובה. שחרור בערובה ממתן פגיעה בזכויות האדם ולכן יש סמכות טבועה אלא אם החוק שולל את הסמכות.

**דוגמא**: ס' 27(ה) לחוק המעצרים: בירור מטעם הקצין הממונה

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

המחוקק לא משאיר כל פתח לפרשנות. זה מקרה מובהק לשלילת סמכות.

**דוגמא נוספת**: ס' 14 לחוק המעצרים: מעצר של נמלט ממשמורת

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

לא נותנים לשופט שק"ד.

ס' 44(ב) לחוק המעצרים: שחרור בערובה על-ידי ביהמ"ש

"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."

אמרנו שהקצין הממונה יכול להטיל ערובה. אמרנו שזה פחות פוגעני מבחינת הטרמינולוגיה. בס' הנ"ל, יש סמכות לביהמ"ש להטיל ערובה גם במקום שאד התנאים של מעצר עד תום הליכים לא התקיים. מדוע? כדי להבטיח את התייצבותו במשפט. המחוקק לא סתם מגביל את התכלית. אין עילה או תשתית ולכן ניתן לעשות את זה רק מסיבה ספציפי.

האם מכוחו ניתן להורות על שחרור בערובה על דרך מעצר בית? לא. מעצר בית נותנים כאשר יש חשש שיסכן, ישבש או יברח. זה לא תנאי קלאסי כדי להבטיח שיבוא למשפט. צריך לברור את התנאים בס' 44(ב). רק באים להבטיח שהוא יתייצב במשפט.

פס"ד של השופט עמית בבש"פ 1332/21 **פלוני נ' מדינת ישראל**. זה פס"ד חדש יחסית. כדאי לקרוא את ההחלטה שלו. הוא עושה סדר בסיפור של שחרור בערובה והטלת ערובה. במה עוסקת ההחלטה? הוגש כתב אישום. הפרקליטות יודעת שהיא תסתפק במעצר בית. הפרקליטות בבקשה תבקש לשחרר אותו למעצר בית לפי 44(ב). האם זה אפשרי? לכאורה, אין לביהמ"ש סמכות להורות על שחרור בערובה מסוג של מעצר בית. זו בעיה. השופט עמית אומר ש**אם הנאשם הוא בר מעצר, שתיאורטית יש סמכות לעצור עד תום הליכים, והפרקליטות בכל זאת הלכה לפי ס' 44(ב) כדי להקל במעצר, אז תהיה סמכות לשופט לקבוע על מעצר בית לפי ס' זה**. הוא יוצר את המונח "בר מעצר".

יש כמה פס"ד העוסקים בס' זה כמו פס"ד **אדזיאשווילי**.

תוקף הערובה

ס' 58 לחוק העצרים עוסק בתוקף הערובה לפני הגשת כתב האישום. יש את פס"ד **רבינוביץ'** בנושא.

יש פרק שלם שבגלל חוסר הזמן לא נדבר עליו- מעצר בפיקוח אלקטרוני. לקרוא את סימן ג1. הוא לא קיים לפי כתב אישום. הוא קיים רק לגבי מעצר עד תום הליכים. ס' 22ב הוא החשוב. נק המוצא היא שזה מחליף מעצר תחת סורג ובריח. זה לא עוד סוג של חלופה. זה רק אם לא ניתן להשיג את מטרת המעצר דרך חלופת מעצר.

# דיני חיפושים

## חיפוש בחצרים

מוגדר בפסד"פ וגם בחסד"פ עצמו. לא ניכנס לפסיקה אבל נדבר מעט על הסעיפים. ס' 26 לחסד"פ מקנה סמכות להיכנס לחצרים לצורך ביצוע מעצר. כל מקום שיש בו עצור, ניתן להיכנס לחצרים.

בס' 25 לפסד"פ יש כל מיני חלופות המאפשרות להיכנס בלי צו חיפוש ולחפש בכל בית או חצרים.

ס' 23 לפסד"פ: צווי חיפוש

"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."

דרך המלך היא לפנות לשופט מבעוד מועד ולבקש צו חיפוש. ניתן להיכנס בכח אם מונעים כניסה (ס' 45). והדבר הכי חשוב הוא שניתן לתפוס ראיות (ס' 24(א)(ב)).

אם יש אדם הנמצא בחצרים בהם מחפשים, ויש יסוד סביר שהוא מסתיר דבר שהם מחפשים, ניתן לחפש על פני גופו- ס' 29 לפסד"פ. אנחנו נדבר על זה. זו נקודת מפגש בין חיפוש בחצרים לבין חיפוש בגוף.

דיברנו גם על ס' 71 לחוק המעצרים- חיפוש בכלי רכב. זה ס' כפול. גם לעכב וגם לחפש.

אם יש מחשב או מכשיר סלולרי- ס' 23 לפסד"פ. צריך צו מבעוד מועד. דיברנו על זה בפס"ד יונתן אוריך ופס"ד בן חיים.

ניתן גם לתפוס חפצים- ס' 32 לפסד"פ.

זוהי התשתית הנורמטיבית של חיפוש בחצרים.

## חיפוש בגוף האדם

יחד עם חוק המעצרים, נכנס חוק חדש- חסד"פ (סמכויות אכיפה- חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי) (להלן: "חוק החיפושים"). ההיסטוריה חשובה. לפני שחוק החיפושים נחקק, לא הוגדרו הסוגים השונים של חיפוש בגוף האדם. ביהמ"ש בפרשנות מאוד דווקנית קבע הלכה- אם המחוקק רוצה לאפשר חיפוש חודרני, שיכתוב זאת מפורשות. כל עוד כתוב חיפוש בגוף או על הגוף, מפרשים זאת כחיפוש על פני הגוף שלא כולל חדירה. זה דבר הפוגע בזכות לכבוד ולכן צריך חוק מפורש שיאפשר או הסכמה.

בג"צ 355/79 **קטלן**

עובדות המקרה- הייתה פרקטיקה שכל אסיר שחוזר מחופשה, אוטומטית עובר חוקן וההסמכה היא ס' 5 לפקודת בתי הסוהר המדבר על חיפוש בגוף האסיר.

ביהמ"ש- קבע ש**ס' זה אינו מספיק לאפשר חדירה וחוקן ללא הסכמה, לפי ס' זה, הוא בלתי אפשרי**.

נוצרו להן הבחנות לא כל כך מוצלחות שעוגנו בפסיקה. חדירה או ניתוק דברים מהגוף (כמו ניתוק שיערה), זה סוג של חדירה וטעון הסמכה מפורשת בחוק. אבל אם מדובר רק על הסרת דברים, ולא ניתוק, ביהמ"ש אומר שזה בסדר כי אין אלמנט של חדירה. זה מבחן לא טוב ומאוד עמום. לא כל כך משקף את היבט הפגיעה בכבוד.

פס"ד **גואטה** מדגים את הבעיה. 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 אבל זה נכנס פורמאלית תחת ההגדרה העמומה הזו. הוא קובע שלא ניתן לבצע הסכמה בקרן הרחוב. **גם להסכמה יש גבולות**. ההבחנה בעצם יצרה אבסורד.

חוק החיפושים שנכנס לתוקף ב1996 יצר את ההבחנה בין חיפוש פנימי לחיפוש חיצוני וכך נוצרו להן מספר קטגוריות של חיפושים.

**הקטגוריות**:

1. חיפוש מוגבל על פני גופו של אדם- ס' 72א לחוק המעצרים: חיפוש מוגבל על גופו של אדם שעוקב

"(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.

(ב) היה האדם שעוכב חשוד בעבירה והתנגד לעריכת חיפוש מוגבל על גופו לפי הוראות סעיף קטן (א), רשאי השוטר להשתמש בכוח סביר לשם ביצוע החיפוש.

(ג) נערך חיפוש או נתפס חפץ במהלך החיפוש או נעשה שימוש בכוח לפי הוראות סעיף זה, יצוין הדבר בדוח העיכוב הנערך לפי סעיף 74.

(ד) חיפוש על גופו של אדם לפי הוראות סעיף קטן (א) ייערך בידי בן מינו של האדם, אלא אם כן מתקיים אחד מאלה:

(1) אותו אדם הסכים שהחיפוש ייערך בידי מי שאינו בן מינו לאחר שהובהרה לו זכותו שלא להסכים לחיפוש כאמור;

(2) לא ניתן לערוך את החיפוש בידי בן מינו ויש בדחיית החיפוש סיכון בלתי סביר לשלום הציבור או לשלומו של אדם.

(ה) על אף האמור בכל דין, הוראות סעיף זה יחולו רק על שוטר כהגדרתו בפקודת המשטרה.

(ו) בסעיף זה –

"חיפוש מוגבל על הגוף" – חיפוש על פני גופו של אדם שאינו כולל הסרת בגד החושפת איברי גוף שהיו מכוסים, למעט הסרת כיסוי מעל הפנים או הראש או הסרת נעליים, וכן חיפוש בבגדיו או בכליו של אדם שהוא נושא על גופו או נמצאים בקרבתו ובשליטתו המיידית, ולמעט חיפוש חיצוני או חיפוש פנימי כהגדרתם בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף ונטילת אמצעי זיהוי), התשנ"ו-1996;

"נשק" – כהגדרתו בחוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור, התשס"ה-2005."

שוטר עיכב והוא רוצה להביא את האדם 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. שוטר רוצה לעצור אדם ולהכניס אותו לניידת או לאמבולנס אבל יש פחד שיש לו כלי נשק. 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.

1. חיפוש על פני גופו של אדם- מה זה חיפוש על פני גופו של אדם?

ס' 22 לפסד"פ: חיפוש בעצור

"...'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.

הגדרה שיורית- כל מה שהוא לא פנימי או חיצוני, נכנס להגדרת חיפוש על פני גופו של אדם. דומה לחיפוש הרגיל שנכנסים למקומות. בעצם השאלה היא מתי ניתן לעשות זאת. שוטר יכול אוטומטית לחפש על פני גופו של עצור.

מקום נוסף שיש סמכות כזו היא ס' 29 לפקודה שראינו קודם.

מקום אחר, ס' 3 לחוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור: סמכות חיפוש בלא צו

"(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."

חיפוש על פני הגוף למעט חיפוש פנימי וחיצוני.

כל המשפחה הזו היא אותו סוג של חיפוש. צריך רק לחפש את הס' לכל הקשר.

ס' (ב1)(1) הוא ס' מעניין. אם שוטר רואה שמישהו מתנהג באופן ביריוני, זה מספיק לחשד סביר על מנת לבצע חיפוש על פני גופו.

האם במסגרת חיפוש זה אפשר לבקש מאדם להתפשט? לא.

ס' 1 לחוק החיפושים: הגדרות

"חיפוש חיצוני" - אחד מאלה:

1. בחינה חזותית של גופו העירום של אדם, לרבות צילומו;

חיפוש על פני הגוף זה לא עירום. זה כבר חיפוש חיצוני.

1. חיפוש חיצוני על פני חוק החיפושים- יש רשימה סגורה בסעיף ההגדרות.

"'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 הגוף, נחשב כחיפוש חיצוני היום ולא נכנס להגדרה של "על פני הגוף".

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?- האם רשום חוקן בחיפוש פנימי? מה עושים? האם זה אומר שחוקן אסור או שאולי ניתן לפי הפסיקה הישנה כחיפוש אפשרי כל עוד יש הסכמה מדעת. יש כאן דילמה. **דוגמא**: שוטר מבקש מחשוד לשתות מי מלח, כי הוא יודע שזה יגרום לו להקיא והוא חושש שהוא בלע שקית סמים. מה זה שתיית מי מלח? פנימי. האם זה מופיע באפשרויות? לא. האם ניתן לבקש? לא מחייב.

מתי קמה סמכות לערוך חיפוש? לגבי שתי הקטגוריות הראשונות- כשהחוק כותב. יותר מעניין לגבי חיצוני ופנימי. צריך לקרוא את חוק החיפושים.

ס' 3 לחוק החיפושים: חיפוש חיצוני

"(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."

כרטיס הכניסה הוא יסוד סביר לחשד שבגוף החשוד נמצאת הוכחה לביצוע עבירה. איזו עבירה? ס' ההגדרות קובע שרק בעבירות עוון או פשע. לא ניתן לבצע ביצוע חיצוני או פנימי לגבי עבירות חטא. בשל הפגיעה בכבוד, אנו נעדיף את כבוד האדם על פני איתור האמת העובדתית.

ס' 4 לחוק החיפושים: חיפוש פנימי

"(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."

לגבי חיפוש פנימי, שהוא יותר חודרני, כבר לא מדובר בשוטר רגיל אלא בקצין משטרה. כאן זה רק עבירה מסוג פשע.

ס' קטן (ב) הוא חריג- בדיקות דם ניתן גם בעבירות עוון.

האם צריך הסכמה של החשוד? בחיפוש חיצוני, חייבים לבקש הסכמה (ס' 3(א) סיפא). אם לא נתן הסכמה- ס' 3(ג)-(ד):

"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."

ישמע את טעמי סירובו ויסביר לו שבמקרים מסוימים ניתן להשתמש בכח סביר, וכן יסביר את המשמעויות המשפטיות של הסירוב.

אם עוברים את הפרוצדורה הזו, יש מקרים שניתן לבצע את החיפוש ללא הסכמה.

כל מה שאנחנו קוראים, הוא רלוונטי לחיפוש בדרך המלך אבל יש גם תרחישים אחרים. **דוגמא**: חשוד שנותנים לו לשתות כוס מים, והוא משאיר את הכוס על השולחן. המשטרה לוקחת דגימת רוק מהכוס. האם זה נחשב חיפוש פנימי/חיצוני? לא. כי מתנות שמשאירים למשטרה, המשטרה לוקחת. זה מזכיר את פס"ד פרחי עם הסיגריה. באחד מפס"ד שנתן לקריאה, היה מקרה על תפיסת אדם, לאחר שנים של רצח נוראי, שהגיעו 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 הייתה שלא בוצע הפרוצדורה הרגילה של החיפושים. ביהמ"ש אמר לו שזה לא נחשב חיפוש, אלא תרגיל חקירה. כל הפרוצדורה שאנו לומדים, לא קשורה לתחבולות כאלה ואחרות.

מה עם חיפוש פנימי?

ס' 4(ג):

"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."

בנוסף לכל ההליך בפני קצין המשטר, בהנחה שמסרבים לחיפוש, המחוקק דורש דבר נוסף- לפנות לביהמ"ש ולבקש היתר לעריכת החיפוש.

\*לצורך בדיקה גניקולוגית, תמיד חייבים היתר של ביהמ"ש.

ס' 4(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."

באישור פנימי, בין אם בהסכמה ובין אם לא, חייבים אישור רופא.

הפעלת כח

בשתי הקטגוריות הראשונות, אם יש מצב של התנגדות, אין הסמכה מפורשת. איך בכל זאת ניתן? אם יש סמכות לחפש, יש גם סמכות לעכב על מנת לחפש. התנגדות בכח לחיפוש, זה התנגדות לעיכוב. התנגדות לעיכוב זו עילת מעצר עצמאית.

כדי לבצע מעצר, ס' 19 לפסד"פ: שימוש בכוח

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

ולכן ניתן להשתמש בכח לשם ביצוע חיפוש.

לגבי חיפוש חיצוני, האם ניתן להשתמש בכח סביר?

ס' 3(ב) לפסד"פ:

"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)."

יש הבחנה בין **שני סוגים** של חיפושים חיצוניים:

1. חודרני- 4-5, 9-12 לס' ההגדרות. וכן מה שמגיע מחלקים מוצנעים.
2. שאינו חודרני- אפשר לבצע שימוש בכח סביר. 1-3, 6-8 לס' ההגדרות. ניתן להפעיל את הכח רק לאחר שהקצין מסביר לו ונותן לו הזדמנות להסביר את עמדתו.

המסקנה היא שבחיפוש חיצוני חודרני וחיפוש פנימי, לא ניתן להשתמש בכח בכלל. אם בחיפוש פנימי מסרבים, ניתן לפנות לבימ"ש כדי לקבל היתר. מה זה ההיתר? המחוקק לא כתב "צו" אלא היתר. לא מדובר על מתן אפשרות להשתמש בכח. יש משמעות להיתר. סירוב לחיפוש פנימי, כאשר יש היתר, זו סנקציה ראייתית או עבירה פנימית. היתר לא יכול לאפשר חיפוש בכח בכלל. זו עוד דוגמא למצב בו עם כל הכבוד לרצון להגיע לאמת העובדתית, יש קו אדום שהמחוקק שם על מנת להגן על זכויות אדם. זה לא אומר שהסירוב לא יהיה ראיה נגדית או עבירה בפני עצמה.

חיפוש חיצוני לא חודרני, אם יש הסכמה הכל טוב. אם אין, יש פרוצדורה. לאחר מכן ניתן להשתמש בכח סביר. לחיפוש חיצוני חודרני ולחיפוש פנימי נדרשת הסכמה, אם אין יש פרוצדורה. בכל מקרה, אין אפשרות לעשות שימוש בכח.

אדם המסרב לחיפוש. מהן ההשלכות המעשיות?

פס"ד **חורי**

עובדות המקרה- היה לפני חוק החיפושים, היה חשד שאדם החזיק/השתמש בסמים. ביקשו ממנו לטבול את ידיו בתמיסה כימית שמזהה שאריות סם. הוא סירב. השוטרים לא הפעילו כח.

השאלה המשפטית- מהי משמעות הסירוב?

ביהמ"ש- הוא היה חייב לבצע. **אם הוא סירב ללא נימוק משכנע, הסירוב יהווה חיזוק לראיות נגדו**.

ס' 11 לחוק החיפושים: סירוב החשוד

"(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).

(ב)  הוראות סעיף קטן (א) לא יחולו באחד מאלה:

(1) הסירוב לחיפוש הפנימי היה של אפוטרופסו של החשוד;

(2) לא הוגשה בקשה לבית המשפט לקבלת היתר לחיפוש פנימי, למעט בנסיבות האמורות בסעיף 4(ח) סיפה;

(3) בית המשפט לא נתן היתר לחיפוש פנימי לאחר שהתבקש לכך;

(4) לא ניתן אישור של רופא לערוך חיפוש בגופו של החשוד כשאישור כזה דרוש על פי החוק.

המחוקק אימץ את ההלכה.

מתי הסנקציה הראייתית תיגזר? רק אם בשל הסירוב, החיפוש לא נערך. אם החיפוש נעשה תוך הפעלת כח סביר, אין סנקציה ראייתית.

מה קורה עם חיפוש על פני הגוף ולא נערך החיפוש בגלל סירוב? האם ניתן להשתמש בסירוב כסנקציה ראייתית?

ס' 2(ב) לחוק החיפושים: חיפוש בגוף החשוד – עקרונות

"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."

עקרון הכלליות. אפשר לגזור החלת סנקציה ראייתית גם לגבי חיפוש על פני הגוף.

בע"פ 480/85 **קורטאם**

לגבי חיפוש פנימי.

עובדות המקרה- אדם שבלע שקית סם והיה סיכון שהיא תתפוצץ לו בגוף באופן מידי. ביצעו הליך רפואי כדי להוציא את השקית ללא רשותו. הוא טען שהחיפוש לא היה חוקי ואי אפשר להשתמש בראיה שנמצאה.

ביהמ"ש- אישר לבצע הליך רפואי, גם ללא הסכמתו. **אם זה דרוש להצלת חייו, החיפוש חוקי**.

זה עוגן גם בחוק זכויות החולה.

מה לגבי עונש? האם הסירוב יכול להוות גם עונש? האם ניתן להעמיד לדין על הסירוב? כן.

ס' 12 לחוק החיפושים: עונשין

"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."

ס' זה קובע עונש של עד שנתיים מאסר אבל הוא מוגבל למקרים מסוימים- כאשר חשודים בעבירות שבגינן יש מעל 10 שנות מאסר.

אופן עריכת החיפוש

ס' 2(ד) לחוק החיפושים: עקרונות

"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."

ס' 2(ה)(2):

"חיפוש בגופו של חשוד ייערך בידי בן מינו של החשוד אלא אם כן התקיים אחד מאלה –

...

1. החיפוש נערך בידי בעל מקצוע רפואי, אלא אם כן ביקש החשוד שהחיפוש ייערך בידי בן מינו ומילוי בקשתו אינו מטיל נטל בלתי סביר על הרשות החוקרת;"

חיפוש פנימי וחיפוש חיצוני מסוים חייבים להיות במרפאה. לפעמים על-ידי רופא. לחיפוש פנימי חייבים אישור רופא. אם מסרבים לבצע בדיקה רפואית, זה כמו סירוב לחיפוש.

ס' 2(ג):

"אין עורכים חיפוש בגופו של חשוד אלא לאחר שנתבקשה הסכמתו לכך ולאחר שנמסר לו כי ניתן לעשות שימוש בנתוני הזיהוי שיופקו ממה שניטל בחיפוש גם לצורך הכללתם במאגר בכפוף להוראות חוק זה, או לצורך השוואתם לנתוני הזיהוי שבמאגר כאמור בסעיף 11יד."

חייבים הסכמה. זה אלמנט של כבוד.

בס' 2(ב) נקבע עקרון הכלליות. חוק החיפושים פורש את חסותו על כל סוגי החיפוש אלא אם יש הסדר ספציפי בחוק אחר. חוק החיפושים הוא חוק שיש לו אלמנט כללי. הכלל שחוק מאוחר גובר על חוק מוקדם, לא קיים.

כל הסיפור, עולם שלם של מה קורה כאשר יש חיפוש לא חוקי, האם ניתן להשתמש בראיות שהושגו, "העתק הדבק" לכלל הפסילה הפסיקתית.

**שיעור 13- 16.1**

נקודה בנוגע לחיפוש בגוף האדם. אנחנו בחיפוש בהסכמה.

ס' 14 לחוק החיפושים: חיפוש בהסכמה בגוף אדם שאינו חשוד

" (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."

מאפשר לבצע חיפוש בגוף האדם גם כאשר הוא אינו חשוד, בהתקיים **שני תנאים מתחלפים**:

1. נפגע עבירה שיש חשד שיש בגופו ראיה
2. בדיקת קשר אפשרי של אותו אדם לעבירה הנחקרת (כמו בפס"ד פרחי)

השוטר חייב להסביר לאדם ובדיקה גניקולוגית חייבת היתר של ביהמ"ש.

השופטת בייניש מיישמת את מנגנון זה/מנגנון זהה בפרחי ובבן-חיים. בבן חיים עסקו בחיפוש על פני הגוף. שם נשאלה השאלה האם ניתן לבצע חיפוש כזה ללא הסמכה בחוק והאם "לרפא" את חוסר ההסמכה הזו בהסכמה מדעת?

דעת הרוב של ביניש ענתה בחיוב אך צריך להודיע לאותו האדם שהוא לא חייב להסכים וחוסר ההסכמה לא תהווה ראיה לחובתו, ורק אז מקבלים את ההסכמה מדעת.

ביניש דנה בבן חיים בשאלה האם ניתן לבצע חיפוש פנימי/חיצוני בהסכמה מדעת במנגנון של בן חיים ולא במנגנון של 14? לא רק חיפוש מינורי. בייניש משיבה על כך בשלילה. המנגנון של בן חיים- הסכמה מדעת- טוב רק לחיפוש על פני הגוף ולא חיפוש פנימי/חיצוני.

מה לגבי חיפושים שלא נמצאים בחוק החיפושים (כמו חוקן או טבילת מים במי מלח)? האם אפשר לגרום לאדם לשתות חומצה כדי לגרום לו להקיא ולהוציא איזו שקית סמים שיש חשד שנמצאת בגופו? זה לא נמצא בחוק החיפושים. נק' המוצא היא שמדובר ברשימה סגורה. האם ניתן להתגבר על חוק החיפושים ולאפשר חיפוש פנימי שאינו רשום ברשימה הסגורה בחוק, באמצעות הסכמה מדעת? זה מורכב. לכאורה ניתן להגיד שהמנגנון הוסדר לפי ס' 14. ס' 14 הוא לא אינדיקציה. ההפך, יש אינדיקציה בחוק החיפושים שמדובר ברשימה סגורה. הדעה הרווחת היא שלא ניתן באמצעות הסכמה מדעת לבצע סוג של חיפוש שלא מופיע בחוק החיפושים. המנגנון של הסכמה מדעת לא רלוונטי אלא רק בס' 14.

בס' 14א נאמר במפורש שחיפוש שנעשה בהסכמה מדעת על פי ס' 14, לא יעשה בו השוואה בין נתוני זיהוי לבין נתונים במאגר (כמו שהיה בפרחי).

# שיקולי העמדה לדין

מי הם התובעים?

ס' 12 לחסד"פ מפרט מי הם התובעים ובראשם עומד היועמ"ש בכובע של ראש התביעה הכללית. 80-90% מהתיקים מנוהלים על-ידי התביעה המשטרתית. היא בעיקר מופיעה בבימ"ש שלום בעבירות חטא ועוון וגם חלק מעבירות הפשע. התביעה המשטרתית היא נושאת העול.

הפרקליטות מופיעה בכל הערכאות. ויש פרקליטים שהיועמ"ש מסמיך אותם. עו"ד שהיועמ"ש מסמיך להופיע בתיקים מסוימים. ביהמ"ש אף איפשר עו"ד פרטיים- זו מעין הפרטה שנעשית מכח המציאות. זה נעשה מ**כמה סיבות**:

1. תקציב וחוסר בתקנים
2. התובעים הם אלה שיש להם הסמכה ספציפית אך אין לפרקליטות/לתביעה המשטרתית מספיק ידע.

זה לא חייב להיות רק עו"ד פרטיים. **דוגמא**: עובדי ציבור שהם עו"ד ברשות הטבע והגנים יכולים לקבל הסמכה מהיועמ"ש להיות תובעים בגלל שלהם יש את הידע בתיקים בנוגע לרשות הטבע והגנים.

בכל מקרה, יש יחידה בפרקליטות שמפקחת על כל התובעים שיש להם הסכמת יועמ"ש. כדי שתהיה הפרטה, צריך פיקוח.

יש גם תובעים שיש להם הסמכה מפורשת בחוק. **דוגמא**: חוק התכנון והתביעה מסמיך עו"ד מהוועדות המקומיות של הרשויות המקומיות להגיש כתבי אישום בנושאים שקשורים לתכנון ובניה.

נק' המוצא של היועמ"ש היא שגם אם קיבלו הסכמה מפורשת מהחוק, לא ניתן להופיע בביהמ"ש ללא הסמכת יועץ. זה לא כתוב בחוק והיו כל מיני מקרים שאתגרו אבל אלה מקרים חריגים. בדר"כ הם מבקשים הסמכה. למה? כי היועמ"ש הוא הכתובת המרכזית לעניין זה. הוא ראש התביעה הכללית.

\*תיאורטית ניתן להגיש עתירה נגד היועמ"ש ונגד חוות-דעתו.

ס' 60 לחסד"פ עוסק בחלוקת הסמכויות בין התובעים. איזה תובע מבין התובעים יעסוק באיזה סוג תיקים. מי שמחליט אם להגיש כתב אישום או לסגור תיק הוא התובע.

יש חריגים. יש עבירות עוון שמועברות לפרקליטות (בדרך חמורות), יש עבירות פשע ברף נמוך שעוברות לטיפול התביעה המשטרתית, יש עבירות של שק"ד וכו'

\*לקרוא את ס' 60.

ס' (ו) הוא מעניין. הוא קובע כי טיפול בחומר חקירה, שלא על פי החלוקה הקבועה בחוק, אינו פוסל כשלעצמו את ההליך בגין חוסר סמכות

ס' 60א לחסד"פ: יידוע על העברת חומר חקירה לתובע בעבירת פשע

"(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

...

(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;..."

עוסק בשימוע. בעבירות פשע, יש ליידע את החשוד שחומר החקירה הועבר לתביעה, ויש לו זכות טיעון לנסות לשכנע לא להגיש. יש חריגים לזכות השימוע. זה ס' חשוב. יש הזדמנות לשכנע את ביהמ"ש שהאדם זכאי ובמשטרה יש לו אפשרות לשכנע את המשטרה לא להגיש כתב אישום. אבל זה לא כמו זכות השימוע לפני העמדה לדין. יכול להיות שבחקירה אדם ישמור על זכות השתיקה. האם בגלל זה האדם לא יוכל לנסות לשכנע לא להגיש כתב אישום? כמו כן, בחקירה, בדר"כ שואלים שאלות שהם רוצים לשאול ולא נותנים אפשרות לומר את מה שהאדם רוצה. בנוסף, במשפט זה לא עוזר להוכיח את החפות. רוצים למנוע את עצמם הגשת כתב האישום. הכלים האלו לא עוזרים. כתב אישום זה דרמה. זו סמכות שלטונית לא פשוטה בעלת אלמנט של כח. יש חשיבות לזכות השימוע.

למרות שהשימוע נעשה לפני הגשת כתב האישום ולמרות שתיאורטית האדם לא יכול לעיין בחומר החקירה עדיין, הפסיקה והנחיות היועמ"ש קבעו שליבת חומר החקירה, צריכה להיות מועברת אל החשוד, לפני השימוע. מה ההיגיון? אין ערך לשימוע בלי ליבת השימוע. הנזק יעלה על התועלת. לא יודעים בכלל מה לב חומר החקירה.

החומר מגיע אל התובע והוא צריך להחליט מה עושים.

ס' 61 לחסד"פ: המשך החקירה

"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."

מקנה סמכות לבקש השלמת חקירה אם אין לו מספיק נתונים לקבל החלטה.

ס' 62 לחסד"פ: העמדה לדין וסגירת תיק

"(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:"

קובע **שני תנאים מצטברים** להעמדה לדין:

1. תשתית ראייתית- סיכוי סביר להרשעה. ראיות מספיקות לאישום
2. עניין לציבור- נסיבות העניין בכללותן מתאימות להעמדה לדין. מקנה לתביעה שק"ד עצום. הוא כל כך רחב. בוחנים נזק מול תועלת.

בעוד שהתנאי הראשון הוא תנאי של מומחיות והוא מאוד טכני, התנאי השני הוא תנאי נורמטיבי עם הרבה ערכים. זה הבדל עצום. אם מוגשת עתירה לבג"ץ על החלטה לא להגיש כתב אישום, זה יהיה שונה אם הסיבה היא חוסר תשתית ראייתית וזה יהיה שונה עם זה עניין של נסיבות. לבג"ץ אין משאבים לבחון את הראיות. זה אפילו לא תפקיד בג"ץ לשאול את עצמו איזו החלטה הוא היה מקבל לו היה היועמ"ש. תפקיד בג"ץ לשאול עצמו אם יש חוסר סבירות קיצונית. כאשר מדובר בנסיבות העניין, יש יותר מקרים שבג"ץ יתערב. זה עניין נורמטיבי.

החלטה לסגור תיק מועברת לחשוד והוא יכול להגיש ערר על עילת הסגירה. **דוגמא**: חוסר ראיות, חוסר אשמה, נסיבות העניין. שתיים ראשונות תחת התשתית הראייתית. השלישית היא תחת נסיבות העניין. חשוד יעדיף חוסר אשמה.

חוק המידע הפלילי ותקנת השבים

חוק די חדש. הוא עוסק במתח בין הרצון לאפשר לגופים רלוונטיים לשקול עבר פלילי ביחס לכל מיני תרחישים לבין עקרון תקנת השבים. החוק רוצה לאפשר לאדם שהורשע שההרשעה לא תלווה אותו לאורך כל חייו. ההרשעה יכולה להתיישן או להימחק.

המשטרה מנהלת מרשם פלילי, בו יש פרטי רישום הקשורים להרשעה. זה מועבר לגורמים שונים שיכולים לשקול. יש עוד מרשם- מרשם משטרתי- הכולל חקירות עומדות, תיקים סגורים וכו'. זה לא מרשם פלילי. זה רק חקירה או תיק סגור. יש גורמים מסוימים שיש להם לפי החוק גישה גם למרשם זה. למה זה חשוב? אדם שנפתחת נגדו חקירה פלילית, הוא רשום במרשם. גם אם התיק ייסגר, עדיין יהיו גורמים שיוכלו לקבל את הפרטים (כמו השב"כ או הצבא). אם התיק נסגר בחוסר אשמה, הוא נמחק מהמרשם המשטרתי. אם התיק נסגר מחוסר ראיות, הוא נשאר ויהיו גורמים שיוכלו לעיין. עדיף שהתיק יימחק עקב חוסר אשמה כי כך הוא יימחק לחלוטין.

בפס"ד **פישלר** מראים את ההבדל הזה. **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.

יש איזו נטייה לומר שחוסר ראיות זה- אין עשן בלי אש. או שהיה לחשוד מזל והמשטרה לא הצליחה להשיג ראיות או שהחשוד היה מתוחכם וגרם לזה שלא יהיו מספיק ראיות. בכל מקרה יש חשד.

אפשר להגיש ערר על עילת הסגירה ולבקש לשנות אותה מחוסר ראיות לחוסר אשמה. רק במקרים של אי סבירות קיצונית ביהמ"ש יתערב.

"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"

(פסקה 11 לפס"ד של השופטת ברון בפס"ד **ארגמן**)

בנוסף, יש גם למתלונן אפשרות לערור על ההחלטה לסגור את התיק. אדם התלונן והתיק נסגר. הוא חושב שנעשה עוול. הוא יכול להגיש ערר. אם הוא נדחה, ניתן להגיש ערר לבג"ץ. לפי הרבה שנים הייתה נק' מוצא שסברה שהואיל והתביעה היא גוף מקצועי, חסר פניות, והואיל מעמד היועמ"ש הוא רם ומקצועי, נק' המוצא היא שאם רוצים לתקוף החלטה יועמ"ש, על מנת שביהמ"ש יתערב, צריך להראות חוסר תו"ל או מניעים פסולים. צריך להבין שזה מעלה שאלות קשות. מה ההבדל בין היועמ"ש לבין פקידים חשובים אחרים? למה כאן צריך חוסר תו"ל ולאחרים צריך חוסר סבירות קיצונית? זה השתנה.

בבג"ץ 935/89 **גנור** נקבע ש**היועמ"ש, כמו כל רשות מנהלית אחרת, ניתן לתקוף על עילת חוסר סבירות קיצונית**.

עובדות המקרה- ויסות מניות הבנקים. היועמ"ש לא מעמיד לדין את בכירי ענף הבנקאות למרות פרשת ויסות המניות שהובילה לטלטלה עצומה, עד כדי שהיה חשש לקריסת בנקים בישראל. המדינה הייתה צריכה להלאים בנקים משום שאם לא, כל המשק היה קורס. הוקמה ועדת חקירה והיועמ"ש מחליט מכל מיני סיבות לא להעמיד לדין בשל חוסר עניין לציבור. לא חוסר תשתית או חוסר אשמה, אלא שנסיבות העניין בכללותן לא מאפשרות העמדה לדין.

ביהמ"ש- הוריד את הרף כך שניתן לבקר לא רק מחוסר תו"ל או שיקולים זרים, אלא גם מחוסר סבירות קיצונית.

הדרך הכי טובה שניתן להסביר את עילת הסביר היא בדוגמא של השופטת ברק-ארז. על מנת שביהמ"ש יתערב, צריך שהאיזון בין מכלול השיקולים העניינים הוא כל כך פסול עד כדי כך שהוא יגיע לחוסר סבירות קיצונית. שף שמכין אוכל ולא ניתן לאכול את האוכל כלל. לא בגלל שהוא הוסיף משהו שהוא לא צריך, אלא הוא הוסיף למשל יותר מדי מלח.

יש מתחם של סבירות שביהמ"ש העליון קובע. בצד אחד יש החלטה להעמיד לדין ובצד השני יש החלטה לסגור תיק. שתיהן יכולות להיות סבירות. כדי שביהמ"ש יקבע שמדובר בחוסר סבירות קיצונית, זה צריך סיבה מאוד טובה.

ביהמ"ש לראשונה מתערב בהחלטת יועמ"ש וקובע שיש שם חוסר סבירות קיצונית.

בג"ץ 2534/97 **יונה יהב** (פרשת בראון חברון)

עובדות המקרה- 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.

השאלה המשפטית- מה המבחן לחוסר ראיות?

ביהמ"ש- יש כמה עקרונות חשובים ואחד מהם הוא- סיכוי סביר להרשעה. השופט גולדברג קובע את מבחן זה. לא מספיק שהיועמ"ש/התובע יחשוב שהוא סבור שהנאשם ביצע את המעשה. זה לא מעניין. חשוב אילו ראיות יש. המבחן הוא כזה ש**התובע צריך לעשות הערכה האם בסוף המשפט, יש סיכוי סביר שביהמ"ש ירשיע מעל כל ספק סביר**. זוהי החלטה מקצועית ולכן ביהמ"ש קובע לעצמו ריסון כפול בעניין ראיות

אם יועמ"ש, לאחר שבוחן את כל הראיות סבור שאין סיכוי סביר להרשעה, הוא חייב לסגור את התיק. זה לא עניין של אומץ. זה עניין של ביצוע מקצועי של מה שהוא חייב לפי דין. אפשר לחלוק עליו.

כמו כן, בוחנים רק בסיס הראיות הקבילות.

יש דעת מיעוט של השופטת דורנר. דעה מעניינת. בזאדה, דורנר היא הייתה בדעת מיעוט. היא מביאה את קביעת הרוב בזאדה. היא אומרת ששם נקבע שהרף הראייתי במעצר עד תום הליכים הוא סיכוי סביר להרשעה. שם, היא טענה שהמבחן צריך להיות ספק באשמת הנאשם. דעת הרוב לא הסכימו איתה. אמרו לה שספק באשמה, זה לא מכרסם בסיכוי הסביר להרשעה ולכן כן נעמיד לדין. אז היא מביאה את מה שקרה בזאדה וטענה שאם ספק לכאורה באשמת הנאשם לא מאין את התשתית הראייתית למעצר עד תום הליכים, איך ייתכן שספק לכאורה במידת ידיעת ראש-הממשלה והפנה של אותה אזהרה יכולה להספיק כדי לא להגיש כתב אישום? היא חושבת שהגיוני שהרף של מעצר עד תום הליכים יהיה יותר מרף של העמדה לדין. למה? כי מעצר פוגע בחירות, כאן זה רק הגשת כתב אישום. סביר להניח שלמעצר צריך יותר ראיות. כל אימת שכאשר מוגש כתב אישום, אוטומטית יש ראיות למעצר עד תום הליכים. אבל כמובן, זו דעת מיעוט.

בג"ץ 4845/17 **חמדאן**

בין התיקים החשובים בעניין שיקולים להעמדה לדין. היה דיון נוסף בנושא ספציפי בתיק. זה פס"ד די ארוך. זה פס"ד חריג ונדיר.

עובדות המקרה- שוטרי יס"מ יצאו בניידת מסוג סוואנה כדי לעצור חשוד באיזה כפר. קרה משהו והסוואנה חזרה לאותו המקום. כאשר חזרו, רץ לעברם חמדאן עם סכין מטבח, בקריאות "אללה אכבר". הסוואנה נעצרת והוא מתחיל להכות על החלונות באמצעות הסכין. הוא מנסה לפתוח את הדלת ולא מצליח כי היא הייתה נעולה. בשלב מסוים, אחד השוטרים פותח את הדלת יורה שני כדורים לאוויר. חמדאן נרתע אבל חוזר להכות את הרכב. השוטרים פורקים את הנשק, מפצירים ממנו לזרוק את הסכין. אחד השוטרים סבור שחמדאן עומד לפגוע בחברו, וכאשר הוא לא עונה להוראותיהם, הוא יורה כדור בודד, המכוון כלפי מטה, וזה הורג אותו. יש מהומה שלמה. הם מעלים את חמדאן לרכב ונוסעים משם בזמן שההמון אחריהם. זה אירוע שלוקח בערך 12-13 שניות. השוטרים נחקרים בהליך של בדיקה, לא חקירה. בשלב הראשוני הם לא יודעים שיש סרטון המתעד את האירוע ממצלמת אבטחה. הגרסה הראשונה של שני השוטרים היא שהשוטר היורה ראה שחמדאן מתקרב לשוטר האחר והיה לו חשש שהוא יפגע בו. מראים להם את הסרטון ומשם עולה שכאשר ירה בו, הוא בכלל הלך אחורה. יש גרסה חדשה של השוטרים שהוא ראה את חמדאן מניף את ידו והוא פחד שהוא יפגע בחברו. הם טוענים שהנפת היד היא זו שגרמה לירי. אבל אז אפשר לטעון שהנפת היד הייתה תגובה לירי.

ביהמ"ש- זו פעם ראשונה בהיסטוריה של מדינת ישראל, במסגרתה בג"ץ מתערב בהחלטת יועמ"ש בנוגע לסגירת תיק מחוסר אשמה. בג"ץ מורה ליועמ"ש להעמיד לדין אדם שאת תיקו סגר מחוסר אשמה. זה מאוד דרמטי. כאשר תיק נסגר מחוסר אשמה, במיוחד במקרה הזה, בו היה מדובר בשוטר שאפילו לא נחקר תחת אזהרה כי לא היה בכלל חשוד, זה דרמטי לכפות העמדה לדין. בדיון הנוסף משנים את זה כי מבינים שהייתה פגיעה קשה בזכות להליך הוגן. הסעד השתנה מכפייה להעמיד לדין, לסעד של כפייה לחקור תחת אזהרה. זו הפעם השנייה בהיסטוריה של ישראל שהוא מתערב בשיקולי העמדה לדין בקשר לתשתית ראייתית, ופעם ראשונה שהוא מתערב בחוסר אשמה.

השופט גרוסקופף סבור שצריך להתערב בהיותה סוטה סטייה קיצונית ממתחם הסבירות. יש דעת מיעוט של השופט סולברג, המציג את הגישה המקובלת שלא מתערבים בשק"ד היועמ"ש בעניין תשתית ראייתית.

השופט גרוסקופף מבסס את ההתערבות ב**שלושה רכיבים**:

1. מערכת היחסים בין המדינה לאזרח- מחייבת שיינתן משקל לאינטרס הציבורי בבירור אשמת השוטר
2. מערכת יחסים בין המדינה לשוטר- התעלמות של היועמ"ש מכל הקשיים שעולים מהגרסאות הסותרות
3. היעדר נימוק ראוי

נתמקד בכמה אמירות של השופט גרוסקופף. הוא אומר שלמדינה יש חובה מוגברת לחקור את נסיבות המוות אשר נובעת מתפקיד השוטר היורה ומההקשר של שימוש בכח במהלך אכיפת דין בכלל. ככל שתוצאת השימוש בכח חמורה יותר, גובר העניין הציבורי במיצוי הדין לגביה. כאשר מדובר בהפעלת כח על-ידי המשטרה, שהובילה לקטילת חייו של אדם, האינטרס החברתי בבירור העניין הוא ראשון בפעולה.

הוא אומר אמרה שנויה במחלוקת. גם הנשיאה חיות בדיון הנוסף התנערה ממנה וקבעה שהיא לא ההלכה. הוא אומר שאת ההחלטה קיבלו גורמים עמיתים (של השוטר) 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 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.

השופט גרוסקופף בעצם אומר שהיועמ"ש הוא קולגה של המשטרה ולכן אם יש מקרה גבולי מבחינת התשתית, עדיף שלא היועמ"ש יכריע, אלא ביהמ"ש. זו אמירה בעייתית מאוד. יש כאן פגיעה בשוויון. מה ההבדל בין השוטר לבין בעל תפקיד אחר?

האם יש מקבילית כוחות בין מבחן התשתית הראייתית לבין מבחן עניין הציבור? אחד מהם הוא מבחן מקצועי בעוד השני הוא מבחן נורמטיבי שאין שום מקום לבצע הזנה הדדית. האם צריכה להיות מקבילית כוחות ביניהם? כאשר התובע רואה שכפות המאזניים הן מאוזנות, האם העניין לציבור הרב יגרום לכך שהוא יגיד כתב אישום למרות שיש איזה חוסר? או האם יש איזו חומה ביניהם כך שאין שום רלוונטיות לעניין הציבור על התשתית הראייתית?

בפרשת קצב, מני מזוז מחליט לעשות הסדר טיעון מקל משום שהוא אומר שלפי הראיות, לא ניתן להעמיד לדין. לאחר מכן, מוגשת עתירה נגד היועמ"ש לגבי הסדר הטיעון. רצו שיעמידו לדין את קצב. מי ייצג את המדינה? שי ניצן. הוא מופיע בפני ביניש ומנסה לשכנע שאין להם מספיק ראיות ושהם לא יכולים להתערב. דעת הרוב דוחה את העתירה ומקבלת את דעת המדינה. הנשיאה ביניש והשופט לוי במיעוט. כמעט הייתה התערבות אבל בסופו של דבר לא התערבו בעניין מקצועי בהחלטת היועמ"ש. ביניש ולוי טענו שצריך להתערב. השופט לוי טוען כי שבמקרי גבול, כאשר הכפות מאוזנות, ניתן לקחת מהעניין לציבור. השופטת ביניש, למרות שהיא הייתה בדעת המיעוט יחד עם השופט לוי, היא טענה שיש חומה בין התשתית לבין העניין הציבורי.

בפרשת חמדאן, השופט גרוסקופף טען כמו השופט לוי. זו לא הלכה עדיין.

מגישים בקשה לדיון נוסף, הנשיאה מקבלת רק לעניין אחד- האם ניתן להעמיד לדין אדם שלא נחקר תחת אזהרה? היה כאן דילוג על החלק הכי חשוב בחקירה. כמו כן, היא קובעת שלעניין היועמ"ש והמשטרה כקולגות, זו רק דעתו האישית של השופט גרוסקופף. בדיון הנוסף שינו את הסעד לחקירה תחת אזהרה. רק לאחר תום החקירה יחליטו אם להעמיד לדין. אבל בג"ץ אומר דבר נוסף. על היועמ"ש לקרוא מה שהם כתבו בהחלטה. מה זה אומר? משנים את הסעד אבל מזכירים ליועמ"ש את מה שהשופטים כתבו, ושיחשוב טוב אם להעמיד לדין בהסתמך על מה שהשופטים כתבו. המרצה אומר שזו תוספת שהיה צריך להימנע ממנה.

השופט סולברג יוצא נגד אמרה זו. מה שווה הדיון אם כבר אומרים לו מראש על מה לשים לב. אי אפשר עכשיו לקבוע בשבילו. השופט מאוד אמיץ. הוא אומר לשופטים האחרים שהם לא באמת משנים את הסעד.

מה קורה במצב הפוך? הוחלט להעמיד לדין, הנאשם יפעל במשפט. אבל במקום זה, הוא מחליט שהוא רוצה ביקורת שיפוטית על החלטת היועמ"ש.

**שיעור 14- 23.1**

שיעור אחרון ☺

הוא העלה למודל מצגת על עיכוב ומעצר שיכולה לעזור לנו. אין בה הכל.

דיברנו על מצב בו היועמ"ש מחליט על מצב לא להעמיד לדין ודרך עילת הסבירות קובעים שזו החלטה סבירה. מה קורה במצב הפוך בו הוגש כתב אישום אבל הנאשם חושב שהיועמ"ש טעה ורוצה לשכנע בעניין הטעות בעצם הגשת כתב האישום? האם יש כלי כזה?

בדיון הנוסף **רפי רותם** עוסקים בכך. ביהמ"ש המחוזי יישם דוקטרינה של שיוריות ההליך הפלילי במובן זה שביהמ"ש יכול להפעיל ביקורת שיפוטית ושננקט הליך פלילי רק במקום בו אין מנוס. שרק ההליך הפלילי יכול להשיג את המטרה. אם התביעה יכולה להגיש תביעה לצו מניעה, זה עדיף על העמדה לדין. עקרון השיוריות קובע שההחלטה צריכה לעמוד במתחם הסבירות והמידתיות כך שרק כאשר אין דרך אחרת, אז מעמידים לדין. זו החלטה מורכבת לתביעה. צריך לבדוק שעצם הגשת כתב האישום זה מידתי. זה הגיע לדיון נוסף.

**שתי שאלות** שעמדו במרכז המחלוקת:

1. האם רשאי בימ"ש פלילי לפעול בהקשר זה כערכאה מנהלית או שמא עליו לעשות שימוש רק בכלי הביקורת שניתנו לו על ידי המחוקק, שהמרכזי בהקשר זה הוא "הגנה מן הצדק"?
2. האם פסיקה בטענת הגנה מן הצדק יכולה לכלול גם החלטה בנוגע לסבירות שק"ד של התביעה בהגשת כתב אישום?

מה זה בכלל טענת "הגנה מן הצדק"?

הגנה מן הצדק זה הכלי באמצעותו נאשם יכול לתקוף משפטית החלטה להעמדה לדין. במצגת יש שקפים שמפרטים. זו אחת מהטענות המקדמיות המופיעות בס' 149 לחסד"פ, ודרך המלך להעלות את הטענה היא לאחר שלב ההקראה ולפי שלב התשובה.

בגדול טענות מקדמיות לא קשורות באופן ישיר לשאלת החפות/האשמה, אלא לניהול ההליך. טענה מן הצדק היא אחת מהן (מופיעה בס' 149(10)). אין רשימה סגורה. יש שתי טענות מקדמיות שאם לא יטענו אותן בתחילת המשפט, צריך לבקש אישור- חוסר סמכות מקומית ופגם/פסול בכתב האישום. את שאר הטענות, ראוי לטעון בתחילת המשפט אך אין מניעה לטעון אותן בכל שלב.

כאשר נטענה שאלה מקדמית, ביהמ"ש חייב לאפשר לתביעה להשיב עליה אלא אם החליט לדחות את הטענה ללא תשובה. נטל ההוכחה הוא על התביעה. ביהמ"ש צריך להחליט ביחס לטענה לאלתר אך הוא יכול לתת הכרעה בהכרעת הדין אם ראה לנכון. כאשר מקבלים את טענה, מבטלים/ מתקנים את כתב האישום, או מעבירים לבימ"ש אחר.

אין ערעור במהלך הדיון על הליך ביניים והרי הטענות האלה הן בהליך ביניים, ולכן כדי לערער, צריך לחכות שההליך המשפטי יסתיים. אם ההחלטה היא לבטל את כתב האישום, לא מדובר בהחלטת ביניים שכן היא מסיימת את ההליך ולכן רואים אותה כפס"ד.

אחד החריגים לכלל שלא מאפשרים ערעור על הליך ביניים במשפט פלילי זה עיון בחומר חקירה, עליו נלמד בהמשך.

טענת הגנה מן הצדק נקלטה "רשמית" בפס"ד **יפת** (פרשת הבנקאים). השופט מלצר, כאשר היה עו"ד, הביא את טענה זו. הטענה נקלטה אך באותה העת ביהמ"ש קבע שהמבחן הוא מאוד כבד.

"מבחן ה-'**התנהגות הבלתי נסבלת של הרשות'**, היינו התנהגות שערורייתית, שיש בה משום רדיפה, דיכוי והתעמרות בנאשם... המדובר במקרים שבהם המצפון מזדעזע ותחושת הצדק האוניברסלית נפגעת, דבר שבית-המשפט עומד פעור פה מולו ואין הדעת יכולה לסובלו. ברי כי טענה כגון זו תעלה ותתקבל במקרים נדירים ביותר, ואין להעלותה כדבר שבשיגרה..."

(פסקה 171 לפס"ד של השופט לוין)

זה רף די לא עביר. במהלך השנים הוא התרכך. המבחן הוא פגיעה ממשית בתחושת הצדק וההגינות.

בפס"ד **בורוביץ**, ביהמ"ש יצר **מבחן תלת שלבי**:

1. בחינת הפגמים ועוצמתם
2. בחינה האם בשל הפגמים יפגע קיום ההליך בתחושת הצדק וההגינות
3. סעד המאזן כיאות בין השיקולים, האינטרסים והערכים, לבין הפגמים שנפלו בהליך. הסעד יכול להיות ביטול כתב האישום אך אם הפגמים בעלי עוצמה פחותה, ביהמ"ש יכול לקבוע כי הטענה תשפיע רק על חומרת העונש.

טענת הגנה מן הצדק היא טענה שהתקבלה בפסיקה ורק לאחר מכן עוגנה בחקיקה.

**מצבים בולטים** בהם נטענה טענה זו:

1. אכיפה בררנית (אכיפת הדין נגד אחד והימנעות מאכיפתו נגד אחרים)
2. שיהוי כבד בניהול החקירה או בהגשת כתב האישום
3. מעורבות הרשויות בביצוע העבירה, אם בדרך של עצימת עיניים, אם בתמיכה של ממש
4. הפרת הבטחה מינהלית שלא לפתוח בחקירה או להעמיד לדין
5. שפיטה בידי תקשורת ("קרקס תקשורתי")
6. טענות כנגד ניהול החקירה המשטרתית בדרך לא חוקית או כזו הפוגעת בזכויות החשוד

זו הגנה בין המשפט המנהלי לבין המשפט הפלילי. היא בדיוק נמצאת בממשק. היופי בטענה הזו היא שלא מדובר בחפות או אשמה. היא מנותקת מהשאלה הזו.

תפ"ח 20705-07-14 **סולומון רדאי**

עובדות המקרה- רדאי נחשד ברצח זוגתו. במסגרת חקירת המשטרה בתיק הרצח, ולאחר שלא נמצאו ראיות למעורבותו של הנאשם, הופעל סוכן משטרתי שתפקידו היה לרכוש את אמון הנאשם. הנאשם והסוכן שמרו על קשר טלפוני ונפגשו מעת לעת. במסגרת הקשר ביניהם, חבר הנאשם לסוכן לפעילויות עברייניות שונות תחת פיקוח המשטרה.

העמידו לדין את הנאשם על מעשים שהוא עשה יחד עם הסוכן המשטרתי.

המאשימה טענה כי הפעלת הסוכן הסמוי הייתה לצורך פענוח תיק הרצח וביצוע העבירות נשוא אישומים 2-3 היווה חלק בלתי נפרד מתהליך פענוח הרצח. תכלית פעולתו של הסוכן הסמוי הייתה להתקרב לנאשם על מנת למצוא ראיות שיש בהן לקשור את הנאשם לרצח המנוחה. הסוכן הסמוי והיחידה החוקרת הובילו את הנאשם לביצוע עבירות חמורות של הצתה וניסיון רצח בבחינת יצירת ראיות שיהא בהן לקשור אותו למעשים דומים.

ההגנה קוראת לסוכן כזה "סוכן מדיח" וטוענת להגנה מן הצדק. הפעלתם של סוכני משטרה סמויים היא כלי משמעותי ולגיטימי בידי רשויות אכיפת החוק. אין בכך כדי להכשיר הדחתו של אדם לבצע עבירה שאילולא השידול של הסוכן הסמוי לא היה מבצעה.

ביהמ"ש- קבע שיש גבול. **פעולותיו של הסוכן המדיח הקימו לנאשם הגנה מן הצדק**. אך מהי נפקות ההגנה? האם המתקת הדין או ביטול האישומים הרלוונטיים? יש כאן התנהגות של רשויות אכיפת החוק אשר הביאה לביצוע עבירות ששימשו כראיה בתיק הרצח. אין להכשיא התנהלות זו בגדרי הנורמות הקבילות בהפעלת סוכן סמוי. ולכן, **זהו מקרה חריג ונדיר המחייב תיקון הפגם באמצעות ביטול האישומים הנ"ל**.

מה היחס בין הגנה מן הצדק לבין דוקטרינת הפסלות הפסיקתית? שתיהן התחילו בפסיקה ואז עוגנו בחקיקה. אז מה היחס ביניהן? כלל הפסילה הוא מקרה פרטי של הגנה מן הצדק. אם הגנה מן הצדק מתקבלת, היא יכולה להביא לביטול כתב האישום בעוד כלל הפסילה פוסל את הראיה הספציפית. בפס"ד אוריך, השופט מלצר טוען שיש לתקוף דרך הגנה מן הצדק.

בפרשת רותם עסקו ב**שלוש סוגיות מרכזיות**:

1. מהי הערכאה המתאימה שבה יש לדון בטענות נאשם נגד עצם ההחלטה להעמידו לדין
2. מהי המסגרת הדוקטרינרית שבאמצעותה על ביהמ"ש לבחון את טענות הנאשם
3. כיצד יש להתייחס לטענת נאשם כי ההחלטה להעמידו לדין אינה סבירה או מידתית

ביהמ"ש פוסק שבהליך פלילי **אין מקום לבחינת הסבירות והמידתיות של ההחלטה להגיש כתב אישום. ככל שנאשם מעלה טענות מסוג זה יש לבחון אותן במסגרת דוקטרינת "הגנה מן הצדק"**.

היוצרות מתחלפות. הנאשם הוא הקטגור ואומר שהתובע לא פעל באופן חוקי. התובע צריך להתגונן. זה פתח לתקוף את שק"ד של התובע. הכלי הוא דרך הגנה מן הצדק. את הטענות האלה, לא מעלים בבג"ץ אלא בביהמ"ש. מבחינה הדוקטרינרית, הכלי הוא הגנה מן הצדק. ברוב דעות נפסק שאין מקום להעלות טענות בנוגע לאי סבירות או אי מידתיות נגד הגשת כתבי האישום.

**\*שתי הנחיות פרקליט מדינה**:

1. סגירת תיק בעילת "חוסר ראיות" ובעילת "חוסר אשמה" הנחיה מס' 1.3
2. אי פתיחה בחקירה או סגירת תיק בעילת נסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות לפתיחה בחקירה/להעמדה לדין. הנחיה מס' 1.1

\*לקרוא את ההנחיות ובמיוחד את הדוגמאות.

הנחיות המלקטות ומסכמות את ההלכות באותו הנושא.

אחד הדברים החשובים בהנחיה 1.3 הוא שעושים הבחנה בין חוסר ראיות לחוסר אשמה. ס' 16 למשל מדבר על העדר אשמה. מסביר פרקליט המדינה אילו שיקולים צריך לשקול כמו מידת המהימנות של העדויות המרכזיות המבססות של החשד אל מול מהימנות החשוד (ס' 17).

בס' 14 יש מבחן שהתובע יכול להפעיל על מנת לקבוע אם יש סיכוי סביר להרשעה.

בהנחיה 1.1, יש סדרת שיקולים שביהמ"ש אמור לשקול במסגרת שק"ד העצום שיש לתביעה. יש קבוצות שיקולים שכל קבוצה מושכת לכיוון אחר. מדברים על נזק מול תועלת. הפסיקה עשתה זאת והפרקליט מסכם.

**הקבוצות**:

1. מידת חומרת העבירה ונסיבות ביצועה- חומרת המעשה ונסיבות ביצועו, היקף הנזק שנגרם מביצוע מעשה העבירה, שכיחות ההתנהגות העבריינית, האם העבירה מתמשכת, משך הנזק בו בוצעה ההתנהגות העבריינית, חלוף הזמן מאז ביצוע העבירה
2. נסיבות אישיות של החשוד- גיל, מצב בריאותי, עבר פלילי, תיקים שנסגרו בעבר, מסוכנות, סיכויי שיקום והשלכות צפויות של ההליך הפלילי, מידת שת"פ, הליכים משפטיים מקבילים, נכונות לפצות
3. נסיבות הקשורות בנפגע העבירה- מידת הפגיעה, עמדה סלחנית/הסדר, פגיעה באמון, נזק העלול להיגרם לנפגע אם יאלץ להעיד
4. מדיניות אכיפה
5. אינטרסים חיוניים של המדינה
6. שיקולים מוסדיים

# הסדר מותנה

\*לקרוא את המצגת- הסדר מותנה, ואת ס' 67א-67יב בחסד"פ.

הסדר מותנה זה כלי שבא לאפשר לתובע שק"ד לסגור תיק בהסדר בעבירות חטא ועוון כאשר ממילא נגיע לאותה התוצאה אם נלך להעמדה לדין. אז רוצים לחסוך את כל התהליך הזה ונאפשר לתובע שק"ד להגיע להסדר מותנה עם החשוד כאשר יש רשימה סגורה של הסכמות הכתובות בחוק שיכולות להתקבל בין התובע לבין החשוד. החשוד צריך להודות בטיוטת כתב האישום והוא צריך להסכים על הרשימה של התנאים שהתובע מטיל עליו. אם עומדים בכל התנאים, התיק ייסגר בעילת הסדר מותנה. זה בהחלט יתרון.

**תנאי סף**:

1. עבירה מסוג חטא או עוון
2. תשתית ראייתית מספקת להגשת כתב אישום
3. מילוי תנאי ההסדר יענה על העניין לציבור, בנסיבות המקרה
4. העדר עבר פלילי בחמש השנים האחרונות

\*בהסדר מותנה ביהמ"ש לא מעורב. זה ההבדל בין הסדר טיעון להסדר מותנה. בהסדר טיעון, הנאשם מודה במעשה בתמורה לכך שהתביעה תרכך את סעיפי האישום וביהמ"ש צריך לאשר.

# עיון בחומר חקירה

\*לקרוא את המצגת-עיון בחומר חקירה

מספר מילים על העקרון הכללי. ברגע שמגישים כתב אישום, החשוד הופך לנאשם ובכך כל חומר העיון עובר לעיון הנאשם לסנגורו. זה יוצר איזה א-סימטריה. הנאשם יכול להחזיק את הראיות שלו אצלו ולא לחשוף אותן בפני התביעה בשלבים מוקדמים. זה משמעותי. הוא יכול להפתיע את התביעה. היא לא יכולה לדעת מי יהיו עדי ההגנה ומה כל אחד יגיד. יש כמובן חריגים כמו טענת אליבי שס' 152 לחסד"פ קובע שצריך לטעון בתחילת המשפט ואם לא טוענים אז צריך לבקש רשות. או שבשלב ההקראה ניתן לשאול את הנאשם שאלות. ס' 83 לחסד"פ קובע שביהמ"ש, בבקשת תובע, יכול לבקש מהנאשם להמציא מראש חו"ד או תעודות רפואיות המתכוון להביא כראיה. התביעה לא יכולה להפתיע את הנאשם.

הנאשם היה רוצה לראות את חומר החקירה בשלבים מוקדמים יותר אך כמובן המחוקק לא מאפשר כי נותנים את מירב המשקל לרשות החוקרת. הוא גם היה רוצה אולי לראות את החומר בשלב המעצרים אך הוא לא יראה. גם בשלב השימוע, המחוקק לא מאפשר. כאן הפסיקה נחלצה לעזרתו. קובעת שליבת חומר החקירה צריך להיות מועבר לחשוד לפני השימוש.

למה יש חוסר סימטריה? פערי כוחות. זה לא משנה באיזה מצב הנאשם. הכח הוא חלש. בכך שאנחנו נותנים לנאשם את כל חומר החקירה, הוא לא יהיה מופתע. התביעה כן, כי הרי זה בא לצמצם את הכוחות. כמו כן, אין שום זכות להליך הוגן, אם אין שום זכות לעיין בחומר החקירה. זה ליבת הזכות. התביעה הרי כותבת את כתב האישום והיא קובעת מי יהיו עדי התביעה. נאשם לא יכול להשתמש בעדים האלו. היתרון אצלם. הנאשם צריך לדעת מה כל עד תביעה יגיד.

ס' 74(א)(1) לחסד"פ: עיון בחומר חקירה

"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;"

מדובר גם על חומר החקירה וגם על רשימה שהרשות החוקרת צריכה להכין כדי שהסנגור ידע בדיוק מה החומר. אם יש חומר ברשימה שהוא לא חומר חקירה, צריך לרשום זאת. הסנגור מן הסתם יצטרך לקחת את הרשימה ולהשוות אותה מול המסמכים שהוא צילם. **דוגמא**: מתלוננת עבירת מין. היא כתבה יומן מגיל 6. הפרקליטות לא תיתן לנאשם לעיין בכל היומן, אלא רק בקטעים הרלוונטיים הקשורים אליו ביומן. נציין שזה לא חומר חקירה.

מדובר גם על חומרים שיש עליהם חסיון. צריך לרשום שיש חומרים כאלה ברשימה. הוא חומר רלוונטי שלא ניתן לראותו בגלל שהוא חסוי. כדי לתקוף חסיון, נעתור לביהמ"ש העליון כדי לגלות את הראיה.

חומר מודיעיני, ברירת המחדל היא שזה אינו חומר חקירה, אלא אם הוא שייך לאחת הקטגוריות ב-(א)(2). ועדיין, הוא יהיה ברשימה. לפני התיקון, אם היה חומר מודיעיני שקשור לאישום, שהפרקליטות מעוניינת למנוע את העברתו לסנגוריה, היא הייתה צריכה להוציא תעודת חיסיון. היה עומס עצום והשר כל פעם חתם על חומרים מודיעיני. התיקון עשה שינוי.

ס' 74(ב):

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

רוב המחלוקות הן כאן.

ס' 74(ג):

"בקשה לפי סעיף קטן (ב) תידון לפני שופט אחד ובמידת האפשר היא תובא בפני שופט שאינו דן באישום, ואולם בקשה לעיין בחומר מודיעין תידון לפני בית המשפט הדן באישום, שיהיה רשאי להעביר את הדיון בבקשה לשופט יחיד שאינו דן באישום, ואם היה בית המשפט הרכב – לשופט יחיד שהוא אחד משופטי ההרכב או שאינו דן באישום; נאסף או נרשם חומר המודיעין בידי רשות מודיעין שהיא מערך המודיעין של שירות הביטחון הכללי, של המוסד לתפקידים מיוחדים או של צבא ההגנה לישראל, תידון הבקשה בפני שופט של בית המשפט העליון."

דיון בפני שופט יחיד, שככל שאפשר, לא דן באישום.

ס' 74(ד):

"בעת הדיון בבקשה יעמיד התובע את החומר שבמחלוקת לעיונו של בית המשפט בלבד."

יש מחסום בין השלב שהנאשם יראה את החומר לבין הבקשה שלו. המחסום הוא ביהמ"ש. הוא יקבע אם זה חומר חקירה או לא.

ס' 74(ד1):

"על דיון בבקשה לפי סעיף קטן (ב) לעניין חומר מודיעין יחולו הוראות סעיף 46(א) עד (א2) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, בשינויים המחויבים."

מפנה לס' 46 בפק"ר

ס' 46 לפק"ר: הדיון בעתירה לגילוי ראיה חסויה

"(א) 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."

מדבר על הפרוצדורה ועל השיקולים שביהמ"ש ישקול.

ס' 74(ה):

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

חריג לכלל. ניתן להגיש ערר על החלטת בימ"ש על חומר חקירה במהלך הדיון.

ס' 74(ו):

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

פקודת ג לפקודת הראיות עוסק בחסיונות. לכאורה הוא גובר על ס' 74

ס' 77 לחסד"פ: סייג להבאת ראיות

"(א) לא יגיש תובע לבית המשפט ראיה ולא ישמיע עד אם לנאשם או לסניגורו לא ניתנה הזדמנות סבירה לעיין בראיה או בהודעת העד בחקירה, וכן להעתיקם, אלא אם ויתרו על כך.

(ב) הודעה של עד בענינים פורמאליים 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."

סנקציה מוזרה. זה שהתובע לא יוכל להגיש, זה לא עוזר. ברוב המקרים יש דרך מאוד יעילה. צריכים להיות ערניים. כל חומר שהתביעה מגישה, הסנגור צריך להכיר. אם יש מצב שמגישים חומר שהוא לא מכיר, הוא צריך לקום ולטעון שהוא לא מכיר. בדר"כ אפשר לתקן את הפגם בכך שמעבירים את הראיה לסנגור. אבל יש מצבים שזה בלתי הפיך. עד שכבר נחקר בחקירה ראשית ונגדית ויש איזה מסמך שהיה עשוי לשנות את כל תוצאת התביעה. התקלה מתגלית כאשר העד כבר לא עמנו. אי אפשר לעשות דבר. זה יכול להוביל לזיכוי בגלל פגיעה בהליך הוגן.

ס' 78 לחסד"פ: חומר סודי

"הוראות סעיף 74 אינן חלות על חומר שאי-גילויו מותר או שגילויו אסור לפי כל דין, אולם הוראות סעיף 77 חלות עליו."

אם יש חומר, חסוי או סודי, הוא לא ייחשף.

ס' 79 לחסד"פ: המצאת ראיות שבידי קובל

"לא יגיש קובל לבית המשפט ראיה שבכתב שהיתה בידיו, אלא אם המציא לנאשם העתק ממנה."

אותו רציונל על קובל. לא דיברנו על קובלנה.

ס' 80 לחסד"פ: סייג לזכות העיון בחומר הראיות

"הוראות סימן זה אינן חלות על ראיות הבאות לסתור טענת הנאשם שהתובע לא יכול היה לצפותה מראש, ועל ראיות להסברת העדרו של עד או לענינים פורמליים אחרים שאינם מהותיים לבירור האשמה."

ראיות שהתביעה לא יכלה לצפות אותן מראש ועכשיו היא רוצה לסתור טענת נאשם.

ס' 74 הוא אחת הסוגיות הכי נדונות בעניין סדר הדין הפלילי. אחת השאלות המעניינות היא מה נחשב בכלל חומר חקירה? המבחן הוא מבחן הרלוונטיות. שהוא בעצמו יוכרע בשכל הישר. הפסיקה ניסתה לקבוע כללים ספציפיים.

"... **שכל ראיה העשויה להיות רלוואנטית לשאלות העומדות להכרעה במשפט**, במישרין או בעקיפין, בין שהיא תומכת בגירסת התביעה ובין שהיא לכאורה עומדת בסתירה לה, ובין שהיא נראית ניטראלית לגבי השאלות השנויות במחלוקת, **חייבת להיכלל ב"חומר החקירה" העומד לעיון הסניגוריה**."

(פסקה 7 לפס"ד של השופט בך בפס"ד **צוברי**)

כלומר, אם יש ראיות המשרתות את ההגנה והתביעה לא רוצה להשתמש בהן כי היא חושבת שהן לא נכונות. השאלה אם החומר הוא חלק מהחקירה קשורה לשאלה האם הוא רלוונטי לעניין שבמחלוקת.

המבחן הוא מאוד רחב. ככלל נעדיף גבולות רחבים. יחד עם זאת, אנחנו ננקוט בגישה מאוד מרחיבה ככל ואין עימות חזיתי בין רצות הנאשם לראות את החומר לבין הפגיעה בזכויות אדם/ אינטרסים ציבוריים נגדיים. ככל שאנחנו מתרחקים מליבת הסוגיה העומדת במחלוקת, ניתן יותר משקל לשיקולים נוגדים. ככל שאנחנו מתקרבים לגרעין, ניתן יותר משקל לזכות להליך הוגן.

"זכות הנאשם לפרוש את הגנתו בבית המשפט היא זכות יסוד, מכוחה... זכאי הנאשם לעיין בכל חומר חקירה שנאסף נגדו והנוגע לאישום. יתרה מזאת, **בין זכות הנאשם לעיין בחומר החקירה לבין האינטרס הציבורי לחשיפת האמת קיימת חפיפה מלאה**. שכן, לא ניתן להוציא את האמת לאור אם לנאשם כלל אין ניתנת האפשרות להתייחס לראיה מפלילה ולבחון את מהימנותה – בין בדרך של חקירה נגדית ובין בדרך של הבאת ראיות לסתירתה בשל אי גילוי חומר החקירה הרלוונטי"

(פסקה 5 לפס"ד של השופטת דורנר בע"פ 4765/98 **אבו סעדה**)

הפסיקה יוצרת הבחנה בין המצב שביהמ"ש נחשף לחומר לבין השלב שהנאשם נחשף לחומר. ברגע שביהמ"ש נחשף, גם יש פגיעה בזכויות ואינטרסים. אך היא פחותה ממצב שהנאשם נחשף. שופט הוא איש מקצוע. הפסיקה קבעה שעל מנת לשכנע את ביהמ"ש שהחומר יועבר אליו, ככלל הרף הראייתי שההגנה צריכה לעמוד בו, הוא מאוד קל.

לגבי חסיון, יש הוראה מפורשת שס' 74 לא יפגע.

יש **שני סוגי חסיונות סטטוטוריים**:

1. חסיון לטובת המדינה- ס' 44 לפק"ר
2. חסיון לטובת הציבור- ס' 45 לפק"ר

יש עוד כל מיני חסיונות המפורטים בפקודת הראיות. לגביהם, אין איזו פרוצדורה סדירה. ואם יש מצב של ראיה החוסה תחת חיסיון, יהיה דיון בדלתיים סגורות וביהמ"ש צריך לקבוע מה עדיף. אם זה חיסיון מוחלט, אז זה לא בר איזונים כלל.

לעניין חומר מודיעיני, יש פסיקה של השופט שטיין בפס"ד **זגורי**, שם הוא אומר כי חומר מודיעיני אשר מתייחס למהימנותו של עד מרכזי (אחת הקטגוריות בס' 74(א)(2)), צריך להיות קשור קשר קונקרטי לתוכן העדות שהעד עתיד למסור, או מסר, למניעיו הקונקרטיים להעליל על הנאשם העומד לדין, וכיוצא באלה. הווה אומר: **כדי שחומר מודיעיני יהא בר-גילוי, השלכתו על מהימנות העד חייבת להיות קונקרטית, להבדיל מערטילאית או כללית גרידא**.

שאלת השאלות תמיד מתייחסת ל-מה זה חומר חקירה?

"אין חקר לתבונת סניגור מוכשר ואין לנחש כיצד יכול לנצל את החומר הנמצא לפניו"

(פסקה 3 לשופט אולשן בע"פ 35/50 **מלכה**)

כלומר, יש שוליים רחבים. ככל שניתן, וככל שאין התנגשות באינטרס ציבורי/זכות אדם נוגדים, אז השוליים יהיו מאוד רחבים.

"**די שהסנגור יצביע על קצה חוט** שיש בו כדי להראות שמדובר ב"חומר חקירה", או על אפשרות כלשהי, אף אם רחוקה, כי ייתכן שהחומר רלוונטי לאישום ויוכל לשמש להגנת הנאשם, כדי שבית המשפט יורה לתביעה להעמיד את החומר לעיונו"

(פסקה 11 לשופטת ביניש בבג"ץ היומנים)

השלב הראשון הוא שצריך קצה חוט. הרף שהסנגור צריך לעמוד בו על מנת לתת לביהמ"ש לעיין בחומר הוא לא גבוה בכלל.

זה מבחן הרלוונטיות.

**דוגמאות ברורות ליישום**: חומר שרלוונטי לגיוס עד מדינה. רוצים לדעת איזו טובת הנאה הוא מקבל, עדויות בתוך תיק החקירה, גם אם לא פורמאליות (כמו זיכרון דברים, פרטים שהחוקרים רושמים תוך כדי חקירה ביחס לממצאים העובדתיים), תרשומות בקשר לשיחות עם נחקרים, גם אם בסופו של דבר לא היו עדי תביעה, חומר שנמצא אצל גופי חקירה אחרים (כמו שב"כ, פקידי שומה)

**דוגמא יותר מורכבת**: תרשומת שהתובע עורך לעצמו או התכתבות פנימית שלא קשורים למידע מהותי אלא דבר המעריך את סיכויי התיק- זה לא חומר חקירה. כי חומר חקירה זה הראיות הגולמיות. אותן צריך להעביר לנאשם. אבל אין לו שום סיבה לקבל את הפרשנות האישית של התובע. זה יפגע באינטרס הציבורי של התבטאות אישית פנימית מקצועית שמבטא לבטים.

**דוגמא נוספת**: טיוטות לחוות-הדעת של עד מומחה מטעם התביעה. הטיוטות הן לא חומר חקירה. זה כמו תרשומת פנימית.

**דוגמא נוספת**: עבר פלילי של עד, בש"פ 4481/00 **יחזקלי** לא פוסל את האפשרות הזו. אך זה יהיה רק דרך חוק המידע הפלילי. הוא מאפשר לקבל עבר פלילי של עד.

מה לגבי ראיון עד? לא הרבה פעמים התביעה רוצה לראיין אותו כדי לרענן את זכרונו ולהכין אותה. יש כללים מה מותר לה לעשות ומה אסור. אחת השאלות שעלו בפסיקה הייתה מה קורה אם בראיון הזה פתאום עד התביעה אומר דברים שהוא לא אמר למשטרה? הכלל מאוד ברור. **אם התביעה שומעת לראשונה, בראיון זה, פרטים הקשורים לכתב האישום והם לא נאמרו בתחנת המשטרה, היא חייבת להעלות אותם על כתב, ולמסור עותק באופן מיידי לנאשם ולסנגורו**. (פרשת **קצב**) אם אין בזה דבר חדש, אלא סתם תרשומת פנימית שפרקליט רושם לעצמו על עד זה, זה לא חומר חקירה.

כאשר דיברנו על ס' 74, ראינו שהחומר צריך להיות בידי התביעה. מה קורה אם הוא לא נמצא בידי התביעה?

בג"ץ 9264/04 **מד"י נ' ביהמ"ש השלום בי-ם** (פרשת היומנים)

עובדות המקרה- אדם שהוגש נגדו כתב אישום בגין מעשים מגונים במתלוננת, כאשר גדר המחלוקת בין הצדדים היתה שאלת הסכמתה של המתלוננת למגע המיני. יומיים לפני שהמתלוננת אמורה היתה להעיד, ונפגשה עם התובעת לשם הכנת עדותה, התברר לתובעת שהמתלוננת כותבת מזה שנים רבות יומן וכי יש בידה מספר רב של מחברות המרכיבות יומן זה. התובעת ביקשה לצלם חלקים מהמחברת התשיעית ביומן ובנוגע לחלקים אחרים, הסכימה כי אינם רלוונטיים. בכל מקום בו לא צולמו דפים מסויימים הוכנס דף ריק ובו נכתב כי לא צולם חומר משום שאינו רלוונטי. צילומים אלה הועברו גם לסניגור.

עוד לפני עדות המתלוננת הגיש הסניגור בקשה לעיין בכל היומנים אותם כתבה המתלוננת, גם יומנים שאין מחלוקת שנכתבו לפני שהכירה את הנאשם. התביעה התנגדה וטענה כי יומנים אלה אינם רלוונטיים וכי העברתם תגרום לפגיעה קשה בפרטיות המתלוננת. יחד עם זאת, התובעת העמידה בפני בית המשפט את המחברת התשיעית כולה. בית המשפט קבע כי כל מה שנכתב ביומן החל מהפעם הראשונה בו מוזכר הנאשם ועד ליום הגשת כתב האישום הוא חומר חקירה הרלוונטי להגנת הנאשם, אך קבע כי מחברות קודמות אינן רלוונטיות. השופט אף סירב לבקשת הסניגור לנהל דיון במעמד צד אחד על מנת לטעון מדוע הוא סבור כי כל המחברות מהוות חומר חקירה (צריך לשים לב – השופט לא ראה את כל המחברות לפני שנתן החלטה).

על החלטת בית המשפט הוגש ערר על ידי שני הצדדים לבית המשפט המחוזי. המחוזי קבע כי השופט טעה בכמה מישורים: ראשית, כאשר הורה להעביר את כל המחברת התשיעית, לא ערך בדיקה הבוחנת את רלוונטיות החומר מול הפגיעה בפרטיות. שנית, כאשר סירב לבקשת הסניגור לשמוע במעמד צד אחד מדוע היומנים הקודמים חשובים להגנתו. לאחר החלטה זו, התקיים דיון נוסף בבימ"ש השלום בשאלה זו והפעם השופט ניהל דיון במעמד צד אחד ובעקבותיו הורה כי כל המחברות יועמדו לעיונו בטרם יפסוק.

בשלב זה התביעה הגישה ערר נוסף וטענה כי כל הדיון כולו – שבמעמד צד אחד – התנהל בחוסר סמכות. לדבריה, סעיף 74 עוסק אך ורק בחומר הנמצא בידי התביעה ואילו במקרה דנן אין מחלוקת כי היומנים אינם נמצאים בידי התביעה. לכן, לכל היותר ניתן להגיש ולדון בבקשה לפי סעיף 108 לחוק, המאפשר לבית המשפט לצוות על עד להמציא לבית המשפט מסמכים שברשותו.

סאגת העררים והעררים החוזרים היתה סאגה ארוכה ביותר ואין זה המקום לפרטה. בסופו של דבר החלטת בית המשפט, שאושרה על ידי בית המשפט המחוזי, היתה כזו:

"כאשר מדובר בחומר אשר נוגע לצנעת הפרט, כגון יומנים אישיים של מתלוננת, יש ליתן משקל לערך ההגנה על הפרטיות, אך אין בכך כדי לגבור על זכות הנאשם למשפט הוגן במקרה דנן. בית המשפט קבע כי כאשר אין כל אינדיקציה לטענה כי יש בחומר החוסה תחת הגנת הפרטיות חומר שעשוי להיות רלוונטי להגנת הנאשם והטענה היא רק 'מסע דיג', ידחה בית המשפט בקשה לעיין ביומנים אישיים של מתלונן או מתלוננת. אולם אם בידי ההגנה להצביע על זיזים שיש בהם כדי להעיד כי העיון ביומנים אישיים עשוי להועיל לנאשם, אפילו אם יש בחומר זה שייכות לפריפריה של האישום, ייטה בית המשפט לאפשר עיון ביומנים."

(פסקה 5 לפס"ד של השופטת ביניש)

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.

ביהמ"ש- **חומר חקירה שנמצא בידי התביעה, הוא לא חומר שנמצא בהכרח פיזית בידיה, אלא גם חומר שעשוי/שצריך על פי טיבו להימצא בידיה, או שיש לה שליטה עליו**. כלומר, אם החומר פיזית לא נמצא בידיה, זה אינדיקציה שזה לא חומר חקירה. תובע זה רשות ציבורית ורוצה להגיע לחקר האמת. אם הוא לא טרח לקחת את החומר, כנראה כמעט ואין לו רלוונטיות. אבל זה לא חזקה חלוטה. כלומר, עדיין צריך שיהיה מנגנון של ביקורת שיפוטית שיאפשר לנו לתקוף את שק"ד של התביעה ולא מן הנמנע שביהמ"ש יגיד לתביעה שהיא טעתה שהיא לא לקחה את החומר. **העובדה שהחומר לא נמצא פיזית בידיה, אך יש לה שליטה עליו, זה חזקה שזה לא חומר חקירה, אך זו לא חזקה חלוטה וניתן להפריך אותה**. ביהמ"ש אף יכול לחייב את התביעה להביא את החומר.

אחת השאלות שעלו בפסיקה, קשורה להבחנה בין ס' 74 לחסד"פ, לבין ס' 108 לחסד"פ.

ס' 108 לחסד"פ: צו להמצאת מסמכים ומוצגים

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

עוד כלי בידי ההגנה. בדר"כ בפרשת ההוכחות, היא יכולה לפנות לביהמ"ש ולבקש שיורה לעד מסוים שההגנה סבורה שיש בידיו חומר שצריך להיות חומר חקירה, להביא לדיון וכך ייחשף החומר.

בש"פ 8252/13 **שיינר**.

פס"ד המרכזי והחשוב בעניין זה. החלטה יפה של השופט עמית. הוא עוסק באריכות בהבחנה הזו.

עובדות המקרה- היה מדובר בנאשם בעבירות מין והסניגור והנאשם ביקשו לקבל את המידע הרלוונטי, שנאסף על-ידי פסיכולוג של הקורבן, שהתביעה בכלל לא אספה אותו. התביעה טענה שזה חומר שיש עליו חסיון ושאלת החסיון צריכה לידון, והמקום הוא דרך ס' 108. למה? כי רק אז יהיה ניתן לשמוע את המתלוננת ולביהמ"ש הדן בתיק המרכזי יהיה הרבה יותר כלים טובים. זה לא חומר שנמצא פיזית בידי התביעה, לא נמצא במחלוקת, זה בכלל לא חומר חקירה. התביעה התעקשה על ס' 108. ההגנה רצתה ס' 74.

ביהמ"ש- השופט עמית, עוסק בהבחנה בין ס' 74 לבין ס' 108. ההגנה בדר"כ תעדיף את ס' 74 בין השאר בגלל שס' זה מאפשר לסנגור מראש לדעת מהי הראיה ולהחליט אם להשתמש בה. ס' 108 זה בדיון עצמו, בשלב הראיות. הנאשם יופתע כאשר יראה את הראיה הזו בפעם הראשונה בדיון. הוא לא יוכל להיערך מראש. אין זכות ערר על החלטה לפי ס' 108, בעוד שלס' 74 יש. כמו כן, בס' 108 לביהמ"ש יש שק"ד. מן הסתם, ההגנה תעדיף את ס' 74, שהתביעה תעשה לה את העבודה.

אחד ההבדלים המרכזיים הוא שבס' 74, מי שידון בבקשה, הוא לא אותו שופט שידון בכתב האישום. בס' 108, זה השופט שדן בכתב האישום. השופט מגיע למסקנה שההליך המתאים הוא דרך ס' 108 ולא ס' 74. ככלל, **כאשר החומר לא נמצא פיזית בידי התביעה וכאשר מדובר בסוגיה שיש בעניינה חסיון וכאשר יש מקום לשמוע את עדות הקורבן, וכאשר הנושא לא נמצא בלב המחלוקת, אז המקום הוא ס' 108**.

# המבחן

החומר למבחן הוא כל מה שלמדנו+ החומר לעבודה. בלי חומרים שלא הספקנו.

נדבר על המבחן בצורה מעמיקה בשיעור החזרה. 3-4 שאלות. תהיה שאלת מחשבה. לא יהיה קייס אחד גדול אבל ייתכן שבשאלה אחת יערב מספר נושאים. שאלות ממוקדות יחסית.