

סד"פ 20.10.09 שיעור 1

ד"ר אסף הראל  
09-7750345  
[assafharel@mishpat.ac.il](mailto:assafharel@mishpat.ac.il)

בחנית ביניים - 25% מהציון- מבחן אמריקאי עם חומר סגור. יתמקד בשני חוקים עיקריים:

- חוק סדר הדין הפלילי
- חוק המעצרים

## מהות ההליך הפלילי ומטרותיו

### עשיית דין צדק

- חשיפת האמת
- הרשעת הנאשם (ואתו בלבד)
- זיכוי חף מפשע
- מניעת עיוות דין
- שמירה על כבוד האדם

המכנה המשותף של שלוש תכליות אלה הוא השאיפה להגן על הציבור.

חשיפת האמת - יש להבדיל בין אמת משפטית לבין אמת עובדתית; אמת עובדתית מתייחסת להתרחשות הדברים ע"פ ראייתו של מתבונן אובייקטיבי מן הצד. לעומת זאת האמת המשפטית משקפת את התרחשות הדברים ע"פ ראייתו של שופט, אשר בוחן את פני הדברים על בסיס הראיות שמביאים בפניו הצדדים. האמת המשפטית משתנה בהתאם לכללי המשחק שיצר הדין. חשיפת האמת מתייחסת לאמת המשפטית, תוך שאיפה שגם האמת העובדתית תבוא לידי ביטוי.

ההליך הפלילי מבקש להגן על זכויותיו של הנאשם ולמנוע עיוות דין. החברה מבקשת לאפשר לנאשם להתגונן ולהרשיע את הנאשם בלבד.

לעתים עשויה להתעורר התנגשות בין התכליות שמנינו לעיל. דוגמא - במסגרת חקירת רצח עו"ד ענת פלינר, ביקשה המשטרה מאנשים לתת דגימת די.אן.איי בהתנדבות. המדינה התחייבה שלא לעשות כל שימוש אחר בדגימה - זולת לצרכי חקירת רצח עורכת הדין. לאחר שבאופן מקרי אחת מדגימות הדי.אן.איי עוררה את חשדה של חוקרת במשטרה, התבצעה בדיקה ובסופו של יום התברר כי מדובר באנס שהותיר דגימות זרע בשלוש זירות שונות. במקרה זה מתעוררת התנגשות בין זכויות אדם אל מול החשיבות להגשים את האינטרס הציבורי:

לא תמיד מתרחשות סתירות בין תכליות, והן אף משלימות זו את זו. דוגמא: החברה שואפת למנוע מצבים שבהם מוצאת בכוח הודאה מאולצת מאדם שהוא בחזקת חף מפשע. בכך מושגת התכלית של שמירה על כבוד האדם וחירותו והתכלית של מניעת עיוות דין.

לסיכום: קיים מתח בין ערך האמת לבין ערך ההגינות, כשערך האמת משקף את שלוש התכליות הראשונות שמנינו לעיל.

שיטת משפט המשקפת את ערך האמת מכונה crime control, שבמסגרתה משולם מחיר (אנשים חפים מפשע מוציאים עצמם בכלא), לעומת שיטת ההליך ההוגן - אשר שמה במרכז את זכויות החשוד.

### מטרת סדר הדין הפלילי

מטרת הפרוצדורה לדאוג שהדין הפלילי המהותי ייאכף. לעתים הפרוצדורה עצמה היא המהות. דוגמא: התיישנות הנה מחסום דיוני. הדין אומר שחלף זמן כה רב- כך שהאינטרס הציבורי מחייב לחסום את התביעה המשפטית, מתוך חשש שהנאשם לא יוכל להתגונן כראוי. התוצאה: הכלי הפרוצדוראלי הופך מהות לכל דבר ועניין.

הכללים נושאים חשיבות רבה והם מסייעים בשמירה על יעילותה של מערכת המשפט ובמתן האפשרות לנאשם להתגונן. הכללים מהווים אמצעי להגן על הנאשם ולמנוע עיוות דין והם מאזנים בין הפרט ובין המדינה.

### ההגנה מפני עיוות דין לנאשם

#### **פס"ד סילבסטר**

זהו ערעור פלילי ראשון שהתקיים במדינת ישראל. העובדות: סילבסטר היה אזרח בריטי, אשר העביר מידע לאויב בעת מלחמת העצמאות. הוגש נגדו כתב אישום ע"פ פקודה מנדטורית שהייתה בתוקף באותה תקופה. עבירות ביטחוניות של גילוי סודות מדינה במטרה לפגוע במדינה. בשלב הסיכומים טוען סנגורו של הנאשם כי כתב האישום לא מציין כי הפעולה הנה בגדר עבירה רק אם נעשתה בכוונה לפגוע בביטחון המדינה. ביהמ"ש קבע: "...הפרוצדורה הפלילית מכילה לטובת הנאשם תריס מפני עיוות דין. אסור לסלף את הרעיון הבריאי ע"י הפרזה בפורמאליות..." התוצאה: כל ספק פועל לטובת הנאשם. יחד עם זאת יש קו שאסור לחצותו, וכאשר מדברים על עניין טכני- לא ייעשה שימוש בפרוצדורה באופן זה. הערעור נדחה.

#### **פס"ד אפללו**

הייתה קלטת שהתביעה ביקשה לכלול במסגרת הראיות. הנאשם טען כי הקלטת איננה קבילה. הנאשם ביקש לדעת מראש, ולפני שלב פרשת ההגנה האם הראיה קבילה או לא, לשם קבלת יתרון טקטי. השופט ברק: ההליך הפלילי לא נועד לשם הענקת יתרון טקטי לנאשם.

#### **פס"ד קמר**

קובע סעיף 167 לחסד"פ:

167. ראיות מטעם בית המשפט

סיימו בעלי הדין הבאת ראיותיהם, ראוי 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.

סעיף זה מבטא סממנים אינקוויזיטוריים בתוך שיטת המשפט האדברסרית. העובדות: התביעה במקרה זה התרשלה ושכחה להביא ראיות כי הנאשם תושב ישראל. הסניגור, בשלב הסיכומים טען כי יש לזכות את הנאשם לאור אי הבאתה של ראיה כי הוא תושב ישראל. התביעה ביקשה להפעיל את סעיף 167 ולהביא ראיה זו. השופט נעתר לבקשתה של התביעה, הנאשם הורשע והוגש ערעור. ביהמ"ש העליון ממשיך במדיניות שקבע עד כה ובהצבתו של קו אדום וקובע: ההליך הפלילי הוא איננו תחרות אלא מסגרת דינים שבאה להגשים את המשפט הפלילי ולקבוע חפות או אשמה ע"י חשיפת האמת. עם זאת יש לפעול בזהירות- גם בעניינים הפרוצדוראליים.

### פס"ד דמיאניוק

פס"ד זה שונה מסדרת פסקי הדין שמנינו עד כה. במקרה זה התעוררה התנגשות בין פרוצדורה לבין שיקולי צדק, אך כאן התוצאה שונה: ביהמ"ש העליון נותן משקל מכריע דווקא לזכויות הפרט של הנאשם ולצורך להגן עליו מפני עיוות דין. העובדות: ג'ון איוואן דמיאניוק נולד באוקראינה. בשנת 1986 החליטה ארה"ב לשלול את אזרחותו בעקבות בקשת הסגרה מצד מדינת ישראל, אשר ביקשה להעמידו לדין כ"איוואן האיום" מטרבלינקה. בשנת 1988 הוגש נגדו כתב אישום ע"פ חוק עשיית דין בנאצים ובעוזריהם. בביהמ"ש המחוזי ישבו השופטים דב לוין (שופט עליון דאז), דליה דורנר וצבי טל. לאחר הגשת כתב האישום הוא הורשע בפני הרכב זה בגין מעשי רצח והתעללות מטרבלינקה וגנזר דינו למוות.

נפתחו הליכי ערעור בביהמ"ש העליון, ובמהלכו נפל מסך הברזל. בעקבות כך נפתחו לעיון ארכיונים בבריה"מ שהיו חסויים קודם לכן. סניגורו של הנאשם הביא למשפט שלל עדויות כתובות של שומרים מטרבלינקה, שהצהירו כי איוואן האיום הוא איוואן מרצ'נקו, ולא איוואן דמיאניוק. המדינה טענה כי גם אם הנאשם הוא איננו אותו איוואן האיום מטרבלינקה, הרי שברור מעדויות המשפט כי הוא בכל מקרה פושע מלחמה, ועל כן יש להרשיעו: יש ראיות כי אותו דמיאניוק היה שומר במחנה השמדה והתעלל ביהודים (ביהמ"ש העליון אף דחה טענתו כי היה שבוי מלחמה של הצבא הסובייטי). כתב האישום שהוגש נגד הנאשם לא היה על פעילותו במחנה סוביבור אלא בטרבלינקה. ביהמ"ש קבע: ביהמ"ש רשאי להרשיע נאשם בעבירה שאשמתו בה נתגלתה אף אם לא נטענו בכתב האישום, ובלבד שניתנה לו הזדמנות סבירה להתגונן... אולם לא יושת עליו עונש חמור מזה שאפשר היה להטיל עליו אילו הוכחו העובדות כפי שנטענו בכתב האישום. התוצאה: ביהמ"ש קובע כי במקרה דנן ההליך כולו התנהל סביב איוואן האיום מטרבלינקה ובזה עסק כל המשפט. לנאשם לא ניתנה הזדמנות סבירה להתגונן מפני הטענה כי הוא איש אחר, ועל כן הוא זוכה.

פסה"ד מדגים עד כמה רחוק מוכן ללכת ביהמ"ש על מנת שלא לגרום עיוות דין לנאשם, מקום שבו מגלה כי מדובר בעיוות דין אמיתי.

### פס"ד אנגיל

במקרה זה מדובר במחדל של התביעה: ע"פ סעיף 74 לחסד"פ- בעת הגשת כתב אישום בעבירות פשע ועוון על התביעה להמציא לסנגוריה את כל חומר החקירה. התברר כי המדינה לא המציאה בזמן את החומר. בד"כ ביהמ"ש מאפשר לתקן את העניין לאחר מעשה, ובלבד שלא נגרם נזק משמעותי לנאשם. במקרה זה ביהמ"ש דוחה את טענת הנאשם לפיה נעשה כלפיו עיוות דין שפגע בו...

### שיטת המשפט

שיטת המשפט במדינת ישראל הנה אדברסרית. ההליך האדברסרי מבוסס על עימות בין שני צדדים- התביעה וההגנה, תוך הנחה שהאמת תצוף. הצדדים הם האחראים לזימון עדים והבאת הראיות. בשיטה אינקוויזיטורית לעומת זאת השופט הוא החוקר, והוא איננו מוגבל ע"י הצדדים. הרצינאל הבסיסי לאימוץ השיטה האדברסרית בישראל נובע מתוך תפיסה ליבראלית- "הניחו לדברים להיעשות"- יש לאפשר לצדדים לנהוג כהבנתם. לשופט מוקנית האפשרות להתערב במקרים הבאים:

- הסדר טיעון שהשופט מוצא כפסול
- תיקון טעות פרוצדוראלית של הצדדים
- אפשרות לזמן עדים ולברר את גרסת הנאשם בפתח הדיון

### ביקורת על השיטה האדברסרית

באקדמיה הושמעה לא פעם ביקורת כנגד השיטה האדברסרית: לא תמיד הרמה המקצועית של הצדדים מאפשרת להם להציג בצורה הטובה ביותר את גרסתם.

שנית, לא תמיד גילוי האמת הוא מה שעומד כערך עליון מטעם הצדדים. בנוסף- יש חוסר שוויון בין הפרט לבין המדינה.

ניסיון לאמץ פשרה בין הגישות: סעיף 143 לחסד"פ מאפשר לנהל מעין קדם משפט בהליך פלילי- בפני שופט שלא ידון בתיק העיקרי. הדבר מתאפשר רק בהסכמתם המלאה של הצדדים, ולשופט ניתנת אפשרות לעיין בחומר הראיות.

### מושבעים/שופט מקצועי

בשיטת משפט שבה יש מושבעים, ניתנת לאדם מן הישוב האפשרות לשפוט את הציבור. בשיטה זו תפקידו של השופט הנו משני. הרציונאל: השופט אמנם מבין טוב בשאלות משפטיות אך בשאלות העובדתיות אין לו בהכרח יתרון על פני מושבעים. מטרה נוספת היא לדאוג שהשופט לא ישתייך בהכרח לקבוצת אליטה מסוימת<sup>1</sup>. זוהי השיטה הנהוגה באנגליה ובארה"ב.

### **ש.ב.**

פרק א' בסילבוס- מהות ההליך הפלילי ומטרותיו.

סד"פ 27.10.09 שיעור 2

המשך וסיכום נושא-

### כלל מהותי/כלל דיוני

לאבחנה בין כלל דיוני לבין כלל מהותי ישנה השפעה מכרעת על המהות עצמה. **כלל מהותי**- דיני העונשין; אותם הכללים המגדירים בחברה את המותר והאסור בה. **כלל דיוני**- דיני הראיות; אותם כללים המגדירים כיצד אוכפים וממשים את הכללים המהותיים. ניתן לסטות מכלל דיוני- כל עוד לא נגרם עיוות דין. דוגמא: קובע סעיף 215 לחסד"פ:

### **215. דחיית ערעור על אף טענה שנתקבלה**

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

נשאלת השאלה- מה קורה כאשר אדם מורשע, ולאחר שנים משתנית מדיניות ביהמ"ש לטובתו- כך שלו התנהל המשפט היום- הנאשם היה מזוכה? מה גובר- כלל סופיות הדיון או השאיפה להגן על נאשם מפני עיוות דין? **פס"ד דוד אקסלרוד נ' מ"י**- במקרה זה ביהמ"ש הורה על קיומו של משפט חוזר.

### **פרשת הפיסק**

ביהמ"ש קובע: כשיש איחור בהגשת ערעור, ביהמ"ש יתייחס אחרת לשאלה האם המאחר הוא המדינה או הנאשם. אם המדינה איחרת- הרי שהיא גורם מקצועי ומיומן. בנוסף, לנאשם יש אינטרס של ודאות. לעומת זאת אם הנאשם הוא המאחר- ביהמ"ש יתנהל באופן פחות דווקני ונחרץ. (ביהמ"ש מוסיף ומבהיר כי כל מקרה ייבחן לגופו).

<sup>1</sup> ראה ערך- מתגורר ברחביה, קורא עיתון הארץ ונוסע כל בוקר לעבודה בביהמ"ש העליון.

## ההליך הפלילי - סקירה כללית

נחלק את ההליך הפלילי לארבעה שלבים:

### שלב א': שלב החקירה

שלב זה מנוהל ע"י משטרת ישראל.

### שלב ב': העמדה לדין

הראיות הצטברו וכעת מתבצעת ההחלטה האם להעמיד לדין או לסגור את התיק.  
הגורם הדומיננטי: התביעה

### שלב ג': הדין

שלב המשפט עצמו.  
הגורם הדומיננטי: ביהמ"ש

### שלב ד': פוסט משפט

ההליכים הנעשים לאחר המשפט - ערעור או משפט חוזר.  
הגורם הדומיננטי: הערכאה הגבוהה יותר.

### שלב א': החקירה

קובע סעיף 59

#### 59. חקירת המשטרה

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

סעיף 241 מוסיף:

**הוראות חוק זה אינן גורעות מסמכותו של אדם המוסמך על-פי חוק אחר לחקור בעבירה או לנהל את התביעה.**

המחוקק יכול להקנות לרשות אחרת זולת המשטרה סמכות לחקור. דוגמאות: רשות המיסים/רשות לניירות ערך וכו'.  
המסקנה: ניתן לחקור - רק כאשר ישנה הסמכה מפורשת בחוק. כך למשל, לא ניתן בהחלטת ממשלה לקבוע כי היא מסמיכה גורם זה או אחר לבצע חקירה פלילית.  
חקירה יכולה להיפתח בין אם ע"י תלונה ובין אם ע"י כל דרך אחרת (כדוגמת תחקיר עיתונאי וכו').

#### בג"ץ צדוק נ' ראש אח"מ

ביהמ"ש קובע: יש רבבות תלונות סרק המוגשות למשטרה על בסיס קבוע ולא יעלה על הדעת שבכל פניה למשטרה בגין ביצוע פשע, גם כשהטענה מופרכת - המשטרה תפתח בחקירה. השאלה שיש לבחון היא האם יש תשתית ראייתית בתלונה שבגינה יש צורך לביצוע חקירה?

סעיף 64 מאפשר להגיש ליועמ"ש ערר.

סעיף 59 א. קובע כי בעבירות מין או אלימות בין בני זוג - העובדה שמתלונן חוזר בו מתלונה לא תהווה סיבה לסגור את תיק החקירה.

**חקירה באזהרה** - כאשר חשוד נחקר באזהרה - נאמר לו במה הוא חשוד, מובהר לו כי הוא אינו חייב לומר דבר וכן כי כל דבר שיגיד יוכל לפעול נגדו. בנוסף עומדת לו הזכות להשתמש בעו"ד.  
**פ"א** - פרטי אירוע.

תיק החקירה הנו תיק מסודר והכל בו מתועד באמצעות קלטות, מסמכים, תרשימים וכו'. בעת החקירה התביעה לא נכנסת לתמונה.<sup>2</sup>

### מעצר לצרכי חקירה

מעצר לצרכי חקירה הנו כלי העומד בפני המשטרה במהלך החקירה. בעוד שמאסר הוא תוצאה של ההליך הפלילי, המעצר הוא כלי לקידום ההליך הפלילי.

עילות המעצר הנן סגורות:

- חשש לשיבוש הליכי חקירה

- מסוכנות

- צורך לנקוט בפעולות חקירה מיוחדות המחייבות שהייה במעצר (כדוגמת מדובב).

לא ניתן לעצור אדם אלא לפי העילות שמנינו לעיל.

יש לאבחן בין מעצר ראשוני לבין מעצר ימים: מעצר ראשוני יכול להיות מבוצע לפי צו או ע"פ צו של שופט מבעוד מועד. תוך 24 שעות חובה להביא את העצור בפני שופט. בשלב זה ניתן לבקש הארכת מעצר וכעת המעצר הופך מעצר ימים.

מעצר ימים יכול להיות לתקופה מקסימאלית של 30 יום, אלא אם מתקבל אישור מפורש של היועמ"ש להאריך תקופה זו. אין הגבלה למספר הפעמים שבהן מוגשת בקשה להארכת מעצר. בשלב המעצר לסנגור לא עומדת האפשרות לעיין בחומר החקירה, והחומר מגיע לידי רק לאחר הגשת כתב האישום.

שחרור בערובה מהווה חלופת מעצר- שחרור בתנאים מסוימים כגון מעצר בית/הפקדת כסף במשטרה/התייצבות בפני גורם מסוים וכו'.

**על החלטת המעצר ניתן להגיש ערר בזכות- עד ביהמ"ש העליון.** הרציונאל הוא הפגיעה הרבה בזכויות הפרט.

### שלב ב': העמדה לדין

האחראי על שלב זה הנו התביעה במדינת ישראל. התביעה מורכבת מארבעה סוגים של תובעים.

**סעיף 12** לחסד"פ מתאר את התובעים:

1. הפרקליטות- פרקליטות המדינה (מופיעה בעליון) או פרקליטי המחוז (במחוזות)
2. פרקליטי התביעה המשטרתית- שוטרים שקיבלו מנוי מהמפכ"ל להיות תובעים (בשלום<sup>3</sup>)
3. תובעים שקיבלו הסמכה מהיועמ"ש לממשלה.
4. תובעים שקיבלו הסמכה מהמחוקק. לפי סעיף **241 א'**. דוגמא: חוק השיפוט הצבאי מסמך תובעים מטעם הצבא. חוק התכנון והבנייה מסמך את הרשות המקומית לשמש תובעת.

### תפקידו של התובע

התובע הנו המוסמך הבלעדי להחליט האם להגיש כתב אישום או לא. להמלצתה של המשטרה להגיש כתב אישום אין כל תוקף משפטי מחייב.

מבחן הפסיקה: **כתב אישום מוגש כאשר התובע מגיע למסקנה כי יש סיכוי סביר להרשעה.**

**סעיף 62** לחסד"פ קובע את שלוש הסיבות שבגינן ניתן לסגור תיק במדינת ישראל:

1. חוסר ראיות<sup>4</sup>
2. חוסר עניין לציבור
3. חוסר אשמה

השלמת חקירה- התובע יכול להורות לגוף החוקר להשלים פרטים בחקירה.

### מעצר עד תום ההליכים

<sup>2</sup> בתיקים מורכבים, כגון בחקירת ראש ממשלה- ישנו פרקליט מלווה.

<sup>3</sup> עד 7 שנים. בפועל, התביעה המשטרתית מופיעה בעיקר בעבירות של חטא ועוון.

<sup>4</sup> מעולם לא התעורר בישראל מקרה שבו בג"ץ התערב בהחלטה לא להגיש כתב אישום בגין חוסר ראיות.

מעצר עד תום ההליכים לא תמיד מתבצע, והוא קיים רק כאשר יש בו צורך ככלי לקידום ההליך הפלילי. בניגוד למעצר לצרכי חקירה, מעצר עד תום ההליכים הנו מעצר **בתקופת המשפט**. הבקשה למעצר מוגשת יחד עם כתב האישום, לא ע"י הגוף החוקר כי אם ע"י התביעה. מעצר עד תום ההליכים ניתן בין אם יש חשש למסוכנות או חשש לשיבוש הליכי משפט ובגין עוד אי אילו עילות טכניות (סעיף 21 לחוק המעצרים).

**מעצר עד תום ההליכים יכול להיות- רק אם המשפט מסתיים תוך 9 חודשים**<sup>5</sup>. היה והמשפט התארך- יש לשחרר, אלא אם יש אישור של ביהמ"ש העליון להאריך מעצר ל-90 ימים נוספים. אין מגבלה למספר ההארכות הללו.

ע"פ נוהג (לא ע"פ חקיקה)- במידה והנאשם מורשע- תקוזז תקופת מעצרו מהמאסר שיקבל. לגבי מעצר בית, המהווה חלופת מעצר- אין הדבר מקוזז מול תקופת המאסר.

בניגוד למעצר לצרכי חקירה, במעצר עד תום ההליכים- **הסניגור מקבל לידי את חומר הראיות**. גם לעניין מעצר עד תום ההליכים- ניתן להגיש ערר בזכות, עד ביהמ"ש העליון.

בניגוד למעצר לצרכי חקירה, על מנת שהשופט יחליט האם יש תשתית ראייתית למעצר עד תום ההליכים- עליו להשתמש אך ורק בראיות קבילות.

סעיף 60 א. נוגע בסוגיה המדברת על זכות שימוע- לפני שתובע מחליט האם להגיש כתב אישום או לא- בעבירות פשע בלבד.

### שלב ג'- המשפט

בשלב זה התיק הופך ת"פ- תיק פלילי. כעת ביהמ"ש הוא הגורם הדומיננטי וכאן המשחק שונה לחלוטין: החשוד זוכה בתואר חדש- "נאשם".

סעיף 74 קובע כי כתב האישום (בעבירות פשע ועוון אך לא בחטא) מזכה את הנאשם בזכות לעיין בחומר החקירה.

המשפט מתחיל בשלב ההקראה. מרגע שכתב האישום מוקרא בפני הנאשם מתחיל המשפט. על הנאשם להשיב לכתב האישום.

אם התובע מעוניין להשית על הנאשם עונש מאסר בפועל- עליו לציין זאת במפורש בכתב האישום.

**דין מקדמי**- מעין ניסיון של המחוקק לקיים דיון שהוא טרום הקראת כתב האישום, על מנת לנסות לצמצם את המחלוקת. אם לא צולח הדיון המקדמי- עוברים לשלב ההקראה, אך כעת השופט הנו שופט אחר.

### טענות מקדמיות-

לאחר שלב ההקראה וטרם שלב ההשבה מצויים בשלב טענות מקדמיות. אלו הן טענות שמעלה הנאשם בשלב מקדמי של המשפט. טיבן של הטענות הוא כנגד כתב האישום. דוגמאות: חוסר סמכות/פגם בכתב האישום/כתב האישום איננו מגלה עבירה וכו'.

**אם ביהמ"ש מקבל את הטענות המקדמיות- אין מדובר בזיכוי כי אם בביטול כתב האישום או תיקונו.**

המשמעות: בניגוד לזיכוי- ביטול מאפשר הגשתו של כתב אישום מתוקן מחדש.

ישנן 2 טענות מקדמיות, שאם מבקש נאשם להעלות ולא עושה כן בתחילת המשפט- עליו לקבל אישור לכך מביהמ"ש. טענות מקדמיות אלה הן:

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

### תשובת הנאשם לאישום- סעיף 152.

לנאשם עומדות מספר אפשרויות. הוא יכול להתעלם מכתב האישום. טקטיקה שכזו איננה מומלצת, שכן העניין מהווה חיזוק לכתב האישום.

אם הנאשם הודה בכל העובדות- עוברים לשלב הכרעת הדין ואין צורך לנהל משפט. אין צורך בתוספת ראייתית להודאתו.

חריג: ישנם מקרים שבהם הנאשם מודה מחוץ לכותלי ביהמ"ש ומתחרט לאחר מכן. במקרה כזה מתנהל דיון האם ההודאה במשטרה הייתה חופשית ומרצון. הודאת נאשם מהווה חריג לעדות שמיעה, אשר ניתן להגיש כראייה לכל

<sup>5</sup> ספירת תשעת החודשים רלוונטית אך ורק עד סוף המשפט- עד הכרעת הדין. גזר הדין יכול להינתן לאחר מכן.

דבר ועניין. יחד עם זאת למרות שניתן להגיש הודיה זו- לא ניתן להסתמך עליה כהודיה יחידה- אלא אם יש תוספת ראייתית של דבר מה נוסף (בניגוד לשלב המשפט שבו ההודאה לא מחייבת הבאת דבר מה נוסף).

אם הנאשם כפר ו/או הודה בחלק מהאשמות באופן שלא ניתן להרשיעו- יש לעבור לשלב הבא.

#### חזרה מכתב אישום

**סעיף 94** מדבר על מצב שבו הפרקליטות מחליטה לחזור בה מכתב האישום לאחר הגשתו- ולפני שהנאשם השיב. בסיטואציה שכזו ביהמ"ש יבטל את כתב האישום. לעומת זאת אם החזרה מכתב האישום נעשתה לאחר ההקראה וההשבה, החזרה יוצרת זיכוי.

#### 94. תוצאות חזרה מאישום

- (א) **חזר בו תובע מאישום לפני תשובת הנאשם לאישום, יבטל בית המשפט את האישום ; חזר בו לאחר מכן, יצב 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 שבטל, לפי סעיף קטן (ב), לא יוגש מחדש אלא כאישור היועץ המשפטי לממשלה ומטעמים שיירשמו.

#### הסדרי טיעון- הסדר טיעון יכול להיות בכל שלב של המשפט.

**טענת אליבי- כשנאשם משיב לכתב האישום במסגרת ההקראה- הוא יכול לטעון טענת אליבי.**  
**סעיף 152** קובע כי אם הנאשם מעוניין לטעון טענת אליבי עליו לעשות כן בתחילת המשפט. בכל שלב מאוחר יותר- עליו לקבל רשות לכך.

#### שלב ניהול ההוכחות

במידה ולא ניתן לעבור לשלב הכרעת הדין- מתחיל שלב ניהול ההוכחות- פרשת התביעה ובה על התביעה להביא ראיותיה. הנטל הוא מעל לכל ספק סביר. שלב הראיות יש שיעשה באמצעות עדים בלבד. בניגוד לסדר הדין האזרחי אין תצהירים- אלא אם יש הסכמה בין הצדדים.

עד עוין- עד אשר עדותו סותרת את שאמר במשטרה או את עדותו במשפט. בסיטואציה שכזו ניתן לחקרו בחקירה נגדית.

#### **הנאשם יכול להחליט האם להעיד מטעם ההגנה או לא, אך הוא לעולם לא יהיה עד תביעה.**

לאחר שמסתיימת פרשת התביעה התובע מזהיר: "אלה עדיי". הסנגור יכול לטעון טענת "אין להשיב לאשמה", או במילים אחרות- **no case to answer**. הסיכוי שביהמ"ש יקבל טענה זו הנו אפסי. ביהמ"ש העליון קבע בהלכה הפסוקה שצריך נטל מינימאלי מבחינת התביעה על מנת לחייב את הנאשם להשיב. בנוסף- העניין כרוך בחשיפת קו ההגנה, דבר שאיננו אהוב על סנגורים.

#### חומר לבחינת הביניים

- חוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב): **למעט** סעיפים: 239-240, 134-142, 221-230.
- חוק סדר הדין הפלילי- סמכויות אכיפה (מעצרים)

#### ש.ב.

סד"פ לאור המהפכה החוקתית- חלק א' (2).



סד"פ 3.11.09 שיעור 3

המשך נושא-

### ההליך הפלילי

#### פרשת ההגנה

לאחר השלב שבו דוחה ביהמ"ש את טענת הנאשם **no case to answer** (אם היא מועלית) מתחילה פרשת ההגנה. פרשת ההגנה הנה הסיטואציה שבה ההגנה מביאה את הראיות מטעמה. בד"כ עד הגנה מס' 1 הוא הנאשם- ככל שהוא בוחר להעיד. כל עדי ההגנה נחקרים בחקירה ראשית ע"י הסנגור, חקירה נגדית ע"י התביעה וחקירה חוזרת במידת הצורך. העובדה שנאשם נמצא באולם ושומע את עדי התביעה מהווה חריג לכלל שעד לא שומע את יתר העדים. לפי סעיף 165 התביעה יכולה בתום פרשת ההגנה לבקש מביהמ"ש אישור להביא עדי הזמה. **עדי הזמה**- עדים שנועדו לשלול עדות של עד הגנה- שלא יכלה התביעה לצפותה מראש.

#### 165. 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

דוגמא: נאשם באונס טוען כי הוא אימפוטנט- טענת הגנה שמפתיעה את התביעה. התביעה מבקשת רשות להביא את לעדות את אשתו של הנאשם, על מנת להפריך את טענתו הבלתי צפויה.

#### שלב הסיכומים

לאחר שלב ההוכחות מגיעים לשלב הסיכומים: התביעה מסכמת ראשונה, ולאחריה ההגנה. לתביעה יש אפשרות להשיב לסיכומי ההגנה. בהליך פלילי יש אופציה שהסיכומים יעשו בע"פ.

#### הכרעת הדין וגזר הדין

בתום הסיכומים בא שלב הכרעת הדין. (תזכורת: במידה שנאשם מצוי במעצר עד תום ההליכים, על פסה"ד להינתן תוך תקופה של תשעה חודשים מיום מעצרו. היה והורשע הנאשם, ספירת תשעת החודשים באה אל סופה ביום הכרעת הדין, וגזר הדין יכול להינתן לאחר תקופה זו).

סעיף **181 א.** קובע: **ביהמ"ש מחויב לתת את הכרעת הדין תוך 30 ימים מיום הסיכומים**<sup>6</sup>.

לאחר שניתנה הכרעת הדין, ביהמ"ש קובע אם הנאשם זכאי או אשם. אם הנאשם זכאי, ביהמ"ש מציין זאת בתחילת הכרעת הדין. במידה והיה עצור עד תום ההליכים ויצא זכאי- הוא משוחרר, אלא אם התביעה מערערת באופן מידי ומבקשת מביהמ"ש תקופה של מס' ימים מצומצם על מנת שתהא לה שהות להגיש ערעור.

#### גזר הדין

לאחר שלב הכרעת הדין מגיע גזר הדין. גזר הדין הוא מיני משפט העוסק אך ורק בשאלת העונש שביהמ"ש צריך להשית על הנאשם.

<sup>6</sup> השופטים מתחכמים ודורשים סיכומים בכתב, לאחר מכן סיכומים בע"פ ואז מתחילים את ספירת שלושים הימים מרגע שבו הם ונשלם שלב הסיכומים.

סדר דין פלילי  
שם המרצה: ד"ר אסף הראל  
סוכס ע"י עמית גונן

התביעה מביאה מטעמה עדי תביעה (למשל בני משפחתו של הקורבן). היא יכולה גם להציג גיליון הרשעות קודמות של הנאשם. בד"כ אסור להציג גיליון זה במהלך המשפט עצמו (למעל חריג), על מנת שהשופט לא יגבש דעה קדומה. מבחינה פורמאלית- סנגור יכול לחקור בחקירה נגדית, אך נדיר ביותר למצוא סטואציה שבה סנגור חוקר בחקירה נגדית בן משפחה של הקורבן... ההגנה יכולה להביא עדי אופי על מנת לשכנע את ביהמ"ש להשית על הנאשם עונש קל. ניתן להביא קצין מבחן על מנת לשמוע מה העונש שהוא ממליץ. בעבירות מין יכול ביהמ"ש לבקש להגיש תסקיר קורבן. בתום עדויות התביעה וההגנה בשלב גזר הדין יש סיכומים.

הסדרי טיעון-

אם מגיעים להסדר טיעון- שונים פני הדברים. בהסדר טיעון, לעסקה שני חלקים:

1. **בתמורה להקלה בסעיפי האישום- הנאשם מודה.** ביהמ"ש הוא לא צד לעסקה והוא יכול שלא לכבד אותו. יחד עם זאת ההודיה תישאר.
2. **הסכמה לעניין העונש-** יתכן הסדר טיעון שבמסגרתו ההגנה והתביעה מסכימים על עונש קצוב. בסיטואציה שכזו ביהמ"ש יכול לקבל או שלא לקבל את העסקה. אם התביעה וההגנה מסכימים על עונש שכזה אין צורך שהתביעה וההגנה ישכנעו את ביהמ"ש לעניין העונש בשלב הסיכומים. לעומת זאת יתכן הסדר אחר: התביעה וההגנה יכולים להסכים על רף ענישה: מקסימום ומינימום. בסיטואציה כזו כל צד ינסה לשכנע את ביהמ"ש בטיעוניו- בשלב הסיכומים.

לנאשם שמורה המילה האחרונה בטרם ייגזר גזר דינו. במידה שהנאשם מקבל מאסר בפועל יש בפניו אפשרות לבקש עיכוב ביצוע עונש. (עליו לשכנע את ביהמ"ש כי סיכויי הערעור שלו גבוהים, ועניין זה די נדיר).

סוגי ענישה:

1. **מאסר בפועל-** אם מדובר במאסר מתחת לחצי שנה ניתן להמירו בעבודות שירות.
2. **מאסר על תנאי-** הנאשם לא נכנס בפועל למאסר כעת אלא רק אם יבצע עבירה מהסוג הזה ויורשע בה בעתיד. ניתן לגזור על נאשם גם מאסר בפועל וגם על תנאי.
3. **קנס כספי**
4. **פיצוי למתלונן/ת-** אין מדובר בפיצוי נזיקי כי אם עונשי. הפיצוי לא קשור בהכרח לנזק.
5. **של"צ-** שירות לתועלת הציבור- אין להתבלבל- לא מדובר בעבירות שירות. עבודות שירות באות במקום מאסר. של"צ לעומת זאת מתייחס למספר שעות מצומצם שמבצעים לתועלת הציבור. מדובר בעונש מאוד קל. ביהמ"ש יכול במקרים מאוד נדירים (של מעידה חד-פעמית/ כשסטיגמת ההרשעה עשויה להסב לנאשם נזק אדיר) לתת משקל לפן השיקומי והוא גוזר אי-הרשעה. בד"כ אי-הרשעה מתלווה לשל"צ.

פוסט משפט

מדובר בשלב שלאחר המשפט. במדינת ישראל יש זכות ערעור הן להגנה הן לתביעה. ערעור יכול להיות על הכרעת הדין ו/או על גזר הדין. **אם ניתן ערעור על גזר הדין ביהמ"ש יכול להחמיר בעונש- רק אם התביעה הגישה ערעור על העונש.** לעומת זאת ביהמ"ש לא יכול להחמיר בעונש כאשר הנאשם מגיש ערעור על חומרת העונש. בניגוד להליך האזרחי, **במשפט פלילי אין ערעור על החלטות ביניים.** ערעור נעשה רק לאחר תום המשפט. יחד עם זאת ישנם מספר חריגים לכלל זה.

חריגים:

1. **גילוי חומר חקירה לנאשם ע"י התביעה -** סעיף 74 מתייחס לגילוי חומר חקירה לאחר הגשת כתב האישום (בעבירות עוון ופשע בלבד). הסניגור סבור כי יש מסמכים מסוימים שמהווים חלק מחומר החקירה ולא הוצגו בפניו. אם ביהמ"ש קובע כי אין מדובר בחומר חקירה- ניתן להגיש ערעור בזמן אמת לערכאה גבוהה יותר. חריג זה קיים על מנת לייעל את המשפט.

2. **פסלות שופט** - בסיטואציה שבה סבור צד כי יש לפסול את השופט - ניתן להגיש ערעור לנשיא ביהמ"ש העליון.
3. **עתירה לגילוי ראיה** - אם יש תעודת חיסיון על ראיה מסוימת לפי פקודת הראיות והנאשם מבקש לערער על כך - ניתן לבקש מהשופט ואם הוא מסרב, להגיש עתירה לגילוי ראיה לביהמ"ש העליון.
4. **הגשת בג"ץ** - לעתים נדירות ביותר ניתן לעתור לבג"ץ כנגד החלטת בימ"ש באמצע המשפט.

ישנה אפשרות לבקש משפט חוזר. המשפט החוזר מתקיים אך ורק כאשר פסה"ד חלוט, והוא יינתן במקרים קיצוניים כגון במצבים שבהם יש ראיות חדשות או חשש ממשי לעיוות דין. ערכאת הערעור במדינת ישראל **איננה מתערבת בשאלות עובדתיות**. היא קוראת מסמכים, ועל כן הסיכוי שערכאת הערעור תצא נגד אמינותו של עד הנו אפסי. ערכאת הערעור לא אמורה לשקול את העניין מחדש כאילו ישבה במקום הערכאה הדיונית; תכלית הערעור היא לאתר שגיאות בהכרעה שניתנה ע"י הערכאה הקודמת.

### ההשפעה החוקתית על סדר הדין הפלילי

ההשפעה החוקתית על המשפט הישראלי הנה בעלת משמעות רבה ביותר בהקשר של סדרי הדין הפלילי. סדרי הדין הפליליים עוסקים לא רק ברצון לנקות את הרחובות מעבריינים ולהוציא לפועל את המשפט הפלילי המהותי, אלא עוסקים בזכויותיו של החשוד והנאשם בהליך הוגן. בסדרי הדין הפלילי קיימת התנגשות בין זכויות הנאשם והחשוד לבין הצורך להגן על אינטרס הציבור. כאשר אדם עצור - נפגעות זכויות שלאחר המהפכה החוקתית זכות למעמד-על. בגלל פוטנציאל הפגיעה בזכויות הנאשם והחשוד, מרבית המדינות המתוקנות בעולם בתוך החוקה שלהן כוללות התייחסות ספציפית לזכויות הנאשמים והחשודים בהליך הפלילי. מכאן נשאלת השאלה האם החוקה המטריאלית של מדינת ישראל כוללת בחובה התייחסות לזכות השתיקה, חזקת החפות, זכות ההיוועצות עם עו"ד, זכות להימנע מפני הפללה עצמית, זכות להליך הוגן? התשובה שלילית. אין במסמך החוקתי במדינת ישראל שום התייחסות קונקרטית ישירה לזכויות הפרוצדוראליות של החשוד והנאשם בהליך הפלילי. יחד עם זאת גם אם אין התייחסות קונקרטית בחוקי היסוד, ישנה התייחסות עקיפה. הנשיא בדימ' ברק סבור כי מרבית ההגנות הפרוצדוראליות בחוקות בעולם לנאשמים וחשודים קיימות גם במדינת ישראל. הוא סבור שדרך חוק יסוד כבוד האדם וחירותו ניתן להגיע לכל התובנות החוקתיות...

#### גישת הפסיקה

ביהמ"ש העליון לא הכריע במפורש בשאלת מעמדן החוקתי של זכויות החשוד והנאשם.

#### ישכרוב

פס"ד בנושא: **ישכרוב**  
בפרשה זו השופטת בייניש לא מכריעה ספציפית בשאלה האם הזכויות הדיוניות של הנאשמים בהליך הפלילי הם במעמד חוקתי, אך מקבלת את עמדתו של ברק באופן חלקי: **כאשר הפגיעה היא אינה מידתית היא עשויה להוביל לפגיעה בזכות חוקתית לכבוד האדם**. יחד עם זאת גם אם הזכות הנה חוקתית, אין משמעות הדבר כי חל איסור אבסולוטי לפגוע בה; ניתן לפגוע בה בהתאם לפסקת ההגבלה.  
**בפרשת ישכרוב התקבלה דוקטרינת פסילת ראיות פסיקתית-יחסית**. בניגוד לארה"ב, בישראל אין כלל פסילה גורף של ראיות שהתקבלו תוך הפרה חוקתית.  
ביהמ"ש קבע: **ראיה שהושגה שלא כדין תיפסל - אם קבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכות להליך הוגן שלא ע"פ גבולותיה של פסקת ההגבלה**.  
המסקנה: הזכות להליך הוגן היא איננה זכות מוחלטת. מידת ההגנה תיגזר מהאיזון בין זכות זו לבין ערכים שמתנגשים איתה.

#### פס"ד יונתן אלזס

לתאו של נאשם הוכנסו מדובבים שהבאישו את שמם של עורכי דינו באופן מתמשך. לאחר הפעלת לחץ רב הוא הודה ברצח. ביהמ"ש קבע: כאשר מציבים בפני נאשם מדובב אקטיבי- יש גבולות לתחבולות שניתן לבצע. ביהמ"ש פוסל הודיית הנאשם: העובדה שהמדובבים גרמו לו שלא להאמין בעורכי דינו יוצרת מצב של הודיה שלא מתוך רצון טוב וחופשי ובכך נפגעה זכות ההיוועצות.<sup>7</sup>

### לסיכום: המהפכה החוקתית יצרה שינוי בנקודת האיזון שבין זכויות הפרט לבין אינטרס הציבור.

נשאלת השאלה- חוק יסוד כבוד האדם וחירותו מגן על זכויות הנאשמים. ומה לגבי ההגנה על הקורבנות? **חוק נפגעי עבירה (2001)**- בחוק זה יש ניסיון להקנות מעמד (מינורי) לנפגעי עבירה בכלל ולנפגעי עבירות מין ואלים בפרט.

### פס"ד גנימאת

תושב חברון גנב 2 רכבים. הוגש נגדו כתב אישום והוחלט לעצרו עד תום ההליכים בגין עבירת הגניבה, לאור העובדה שגניבת רכבים הפכה "מכת מדינה". הנאשם הגיש ערר. ביהמ"ש העליון קבע: **מכת מדינה לא יכולה לשמש עילת מעצר**. העניין הגיע לדיון נוסף וגם שם נתמכה עמדה זו. עוד נקבעה בפס"ד הלכה לפיה למרות עקרון שמירת הדינים (סעיף 10 לח"א כבוה"א וחירותו) **ניתן לבסס פרשנות ברוח המהפכה החוקתית**- גם אם לא מבטלים דין קודם.

### המחלוקת בין השופטים

אומר השופט שמגר: לא חל כל שינוי; כל זכויות האדם שקיבלו כעת מעמד חוקתי על-חוקי גם קודם לכן זכו להתייחסות. מעבר לכך- אם ח"א כבוה"א וחירותו נושא בשורה אזי בשורה זו נועדה לכלל החברה ובכלל זה גם לקורבנות- ולא רק לעבריינים. לעומתו אומר השופט ברק: אכן נכונה הטענה כי גם קורבנות זקוקים להגנה חוקתית. יחד עם זאת יש לאזן בין 2 הזכויות רק כאשר ישנה סכנה מצד הנאשם. אם אין סכנה (כבמקרה דנן)- אין איזון.

### טענת "הגנה מן הצדק"

הגנה מן הצדק הנה חלק מטענה מקדמית המצויה בסעיף 149 (10) ומקורה בפסיקה. הגנה מן הצדק מהווה דוגמא לשינוי בנקודת האיזון בין אינטרס הציבור לבין זכויות הפרט. קובע סעיף 149 (10) לחסד"פ:

...לאחר תחילת המשפט רשאי הנאשם לטעון טענות מקדמיות, ובהן -  
(10) הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי **עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגנות משפטיות...**

טענת הגנה מן הצדק מקורה בפס"ד יפה, שבו נטענה טענה של התנהגות שרירותית ובלתי נסבלת של הרשות כלפי הנאשם. כאשר ההתנהגות מצד הרשות היא כה נפסדת ושרירותית תהא עדיפות להפסיק את ההליך, גם במחיר של פגיעה באינטרס הציבור.

### מהו המחיר שהחברה מוכנה לשלם עבור הגנה על זכויות אדם?

### פס"ד בנושא: שיא צמח

פס"ד זה הנו אחד מתוך חמשת המקרים שבהם ביהמ"ש מבטל חוק של הכנסת.

<sup>7</sup> בטרם מתן העדות נמצא יונתן אלזם ללא רוח חיים בתאו. משפחתו הגישה ערעור, וביהמ"ש קיבל את הערעור וזיכה אותו.

השאלה שהתעוררה בפרשה זו היא בהקשר של חוק השיפוט הצבאי: באותו עניין קוצרה השהות שבה ניתן לעצור חייל ללא צו שופט לתקופה של 96 שעות. היה זה תיקון מיטיב. לאחר התיקון הוגשה עתירה הקובלת כנגד תקופה זו. המדינה טענה כי גם תיקון מיטיב חוסה בהגנה של שמירת דינים. טענה זו נדחתה ע"י ביהמ"ש וביהמ"ש מורה על תיקון התקופה. המדינה דורשת ארכה וטוענת למגבלת משאבים לשם עמידה בדרישות. השופט זמיר לא פוסל על הסף את טיעון מגבלת המשאבים; מדובר בשיקול ענייני. יחד עם זאת אין מדובר בשיקול שצריך לקחת חלק בכל עניין כשיקול מכריע. על אף העלות, יש לבדוק את כמות המשאבים שצריך להשקיע לשם קיצור התקופה- לבין הנזק שייגרם לחיילים בעקבות מעצר ללא צו שופט. בסופו של דבר זמיר דוחה את טענת המדינה כי היא זקוקה לזמן נוסף, והוא מקצר את התקופה ל-48 שעות.

סד"פ 10.11.09 שיעור 4

המשך נושא:

### ההשפעה החוקתית על סדרי הדין הפליליים

בשנת 1996 נחקקו שני חוקים:

1. חוק המעצרים
2. חוק החיפוש

שני חוקים אלה נוצרו ונולדו לאחר המהפכה החוקתית. חוקים אלה הפנימו את הצורך להגן על זכויות אדם ולהבטיח כי הפגיעה בהם תהא מידתית. דוגמא: סעיף 1 (ב) לחוק המעצרים קובע: מעצרו ועיכובו של אדם יהיו בדרך שתבטיח שמירה מרבית על כבוד האדם ועל זכויותיו. דוגמא נוספת: נקבע כי מעצר ראשוני ע"פ צו (במקרים שבהם מתאפשר הדבר) יהיה תמיד עדיף על מעצר ראשוני ללא צו. כמו כן נקבע כי גם כאשר ישנה עילת מעצר, תמיד יש לשקול חלופת מעצר. גם חוק החיפוש משדר מסר ברור: לאחר המהפכה החוקתית, הפגיעה צריכה להיות מידתית ויש להקפיד ככל הניתן על כבוד האדם, פרטיותו ובריאותו וכו'.

#### **פס"ד גואטה**

השופט אלון קובע: גם כאשר מתבצע חיפוש ע"פ דין בגופו של אדם- אין לבזותו או לביישו, אלא אם אין דרך אחרת לעשות כן- ולצורך תכלית ראויה.

#### **פס"ד ליאונד לוין**

אדם נהג רכב בגילופין. ארעה תאונה ואחד הנוסעים נהרג. השוטרים שהגיעו ביקש לבצע בדיקת דם שגילתה אחוז גבוה של אלכוהול בגופו. הבדיקה נעשתה ע"פ תקנות התעבורה. התקנות הותקנו מכוח פקודת התעבורה.

סעיף 2 (ב) לחוק החיפוש קובע: "נקבע בחוק אחר הסדר שונה באשר לחיפוש בגופו של חשוד, יחול חוק זה בהתאם לחיקוק האחר שנקבע..." ביהמ"ש קובע: למרות סעיף 2 (ב) לחוק, כל החוקים שקובעים הסדרי חיפוש אחרים חייבים לעמוד בעקרונות החיפוש שהותוו בח"כ כבוח"א וחירותו וקיבלו ביטוי בחוק החיפוש. ישנם 2 עקרונות חשובים שאין להתפשר עליהם:

1. לא עורכים חיפוש בגופו של אדם אלא לאחר שמבקשים את הסכמתו.
2. החיפוש ייעשה תוך שמירה על כבוד האדם, פרטיותו ובריאותו.

ביהמ"ש מבהיר כי תקנות התעבורה לא יכולים לגבור על חוק החיפוש... במקרה זה מדובר היה בבדיקת דם (שהיא בגדר חיפוש פנימי). לא נעשתה בדיקה פוגענית פחות כדוגמת בדיקה באמצעות נשיפה.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> בסופו של דבר הראייה כן התקבלה.

### ראייה שהושגה תוך הפרת זכותו של נאשם להליך הוגן

בדיני הראיות יש גישה האומרת את הדבר הבא: במקום לומר שראייה איננה קבילה ולהוציאה מהמשחק, היא תוכנס פנימה- ומשקלה ייקבע בהתאם לנסיבות הקונקרטיות שעומדות לגופו של עניין. כאשר יש שופט מקצועי ואין במשפט מושבעים- קל יותר לאמץ גישה זו. מנגד יש גישה אחרת, שהיא תוצאה של המהפכה החוקתית: ח"י כבוה"א וחירותו העלה את הזכויות הפרוצדוראליות של נאשמים וחשודים ולכן הגנה על זכויות החשוד והנאשם הנה ערך עצמאי. לפי גישה זו ראיות שהושגו תוך הפרה חוקתית של זכותו של נאשם להליך הוגן צריכות להיות "מחוץ למשחק". **דוקטרינת פרי העץ המורעל**- דוקטרינה זו לוקחת רחוק יותר את כלל הפסילה החוקתית ואומרת: לא רק הראייה הספציפית שהושגה באופן ישיר מההפרה החוקתית לא תתקבל- אלא כל התוצרים של אותה הראייה ייפסלו.

בארה"ב הכלל הנו כלל פסילה גורף, וביהמ"ש לא מפעיל שיקול דעת<sup>9</sup>.

### המצב בישראל

בישראל ישנן שתי תקופות:

#### עד המהפכה החוקתית-

עד תקופת כינונם של חוקי היסוד, עמדת בתיהמ"ש היתה ברורה: אין כלל פסילה חוקתית (לא כל שכן פרי העץ המורעל) כל עוד החוק לא קבע אחרת.

חוק האזנת סתר ו-חוק הגנת הפרטיות קובעים כללי פסילה: ראייה שהושגה תוך פגיעה בפרטיות לא תהיה קבילה. החוק מוסיף כי יש לביהמ"ש שיקול דעת לקבל את הראייה למרות הפגם.

סעיף 12 לפקודת הראיות קובע מתי הודאה שניתנה ע"י חשוד תהיה קבילה. המחוקק קובע כי היא תהיה קבילה רק כשהיא חופשית ומרצון.

#### לאחר המהפכה החוקתית-

ניכר כי גם לאחר המהפכה החוקתית- המצב לא השתנה. אמנם התקבלו חוק המעצרים וחוק החיפוש- שהם תוצר ישיר של המהפכה החוקתית. יחד עם זאת, דבר אחד המחוקק "שכח" לציין בחוקים אלה: מה קורה אם ראייה התקבלה תוך הפרת הוראה שכתובה בחוק החיפוש? האם ראייה זו תהיה קבילה? המחוקק שותק (בניגוד לחוק האזנת סתר וחוק הגנת הפרטיות)...

### פס"ד יששכרוב

בפס"ד זה נידונה השאלה הבאה: מהי חוקיותה של הודאה שנבנתה מעצור, תוך הפרת החובה ליידע אותו בדבר זכותו להיוועץ עם עו"ד. ההלכה שנקבעה יצרה כלל פסילה פסיקתית:

**ראייה שהושגה שלא כדין תיפסל, אם קבלתה במשפט תיצור פגיעה מהותית בזכות להליך הוגן שלא ע"פ גבולותיה של פסקת ההגבלה.**

ביהמ"ש מחלק את פסה"ד לשני ענפים: הענף הראשון מנתח את ההשפעה של חוקי היסוד על סעיף 12 לפקודת הראיות, הקובע כי יש שהודאה תהיה חופשית ומרצון. הענף השני הוא כלל הפסילה הפסיקתית. השאלה הנבחנת היא האם לאור הפגיעה החוקתית בזכות להליך הוגן יש לפסול את הראייה.

#### העובדות-

חייל נכלא בכלא 6 בגין נפקדותו מהצבא. כתוצאה מהחיפוש נפלה מתחתונו חבילה של סמים. החוקר הצבאי קיבל הוראה ממפקדו לעצור את החייל. לפני החקירה הזהירו החוקר בדבר זכות השתיקה, אך לא יידע אותו בדבר זכותו להיוועץ עם עו"ד. החייל הודה כי עשה שימוש בסמים- גם במקרים אחרים בעת היותו חייל. רק לאחר מכן יידעו אותו בדבר זכות ההתייעצות עם עו"ד.

<sup>9</sup> לאחרונה ביהמ"ש הגמיש את עמדותיו, אך פורמאלי- הכלל הנו כלל פסילה גורף.

כתב האישום הוגש גם בגין אותן עבירות שהודה בהן. החייל חזר בו וטען כי ההודאה בלתי קבילה בשל הפרת זכות ההיוועצות.

#### הערכאות-

ביה"ד הצבאי המחוזי קיבל את טענת החייל ופסל את קבילות ההודעה. התביעה הגישה ערעור. ביה"ד הצבאי לערעורים קיבל את הערעור וקבע כי אין לפסול את ההודאה. ניתנה רשות ערעור לביהמ"ש העליון.

#### ביהמ"ש העליון קובע-

זכות הייצוג היא זכות חשובה ביותר.

חוק המעצרים קובע בסעיף 34: **עצור** זכאי להיפגש עם עורך דין ולהיוועץ בו. השופטת בייניש מתחבטת בשאלה האם זכות ההיוועצות שמורה גם למי שאינו עצור. היא לא מכריעה בסוגיה, שכן לפי חוק השיפוט הצבאי חובת היידוע היא לא רק כאשר אדם עצור אלא גם אם קיימת אפשרות קרובה לוודאי כי ייעצר. במקרה זה המפקד נתן הוראה לעצור את החייל, ולכן הייתה חובה ליידעו.

הענף הראשון (השפעת חוקי היסוד על סעיף 12 לפקודת הראיות)  
ביהמ"ש קובע: יש שינוי בעקבות חוקי היסוד בפרשנותו של סעיף 12 לפקודת הראיות (המבקש להבטיח שהודאה תהא חופשית ומרצון). סעיף 12 נועד להגן על 2 זכויות יסוד:

- 1. הזכות לשלמות הגוף והנפש של הנחקר. אמצעי חקירה פסול שפוגע שלא כדין בזכות זו יוביל לפסילת הראייה- ללא צורך להוכיח את ההשפעה של אותו אמצעי חקירה על אמיתות ההודאה.**
- 2. הזכות לאוטונומיה, רצון חופשי וחופש הבחירה למסור הודאה.** פגיעה משמעותית וחמורה באוטונומיה ובחופש הבחירה למסור הודאה תוביל לפסילת ההודאה. יחד עם זאת כאן יש לבחון כל מקרה לגופו- האם אותו שימוש באמצעי פסול אכן הוביל לשלילת הרצון החופשי, האוטונומיה וחופש הבחירה למסור הודאה. המסקנה: כאן נדרש קש"ס בין האמצעי הפסול לבין שלילת הרצון החופשי.

אומרת השופטת בייניש: במקרה דנן לא ניתן לומר שאי יידועו של יושכרוב בדבר זכות היוועצות הובילה לפגיעה חריפה באוטונומיה ובחופש הבחירה למסור הודאה.

הענף השני- כלל הפסילה הפסיקתי  
דוקטרינת הפסילה הפסיקתית איננה מצטמצמת אך להודאה של נאשם; היא רלוונטית לגבי כל ראייה שהושגה שלא כדין ע"י רשויות האכיפה.  
דוקטרינת הפסילה היא איננה גורפת ולביהמ"ש יש שיקול דעת להכריע בדבר קבילותה של ההודאה- בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, גם אם הראייה הושגה שלא כדין.  
במסגרת הפעלת שיקול הדעת, השופטת בייניש מבקשת לבדוק מספר קטגוריות:  
- עד כמה ניצל לרעה הנאשם את זכויותיו?  
- האם האמצעי הפסול הוא זה שיצר את הראייה?  
- מהי המידה שאי החוקיות עשויה להשפיע על מהימנות הראייה?  
- היחס של תועלת מול נזק- מהו המחיר החברתי שכרוך בפסילת הראייה אל מול התועלת שתצמח מפסילתה.

#### תוצאות פסה"ד:

השופטת בייניש קובעת: אותו חוקר שחקר את החייל מבלי ליידעו בדבר זכות ההיוועצות- פעל בזדון ונעשתה פגיעה משמעותית וחמורה באוטונומיה. יש לפסול את ההודאה ולזכות את הנאשם.

#### פס"ד יונתן אלזם

אדם הקשור לעולם התחתון נרצח ע"י שני אלמונים. יונתן אלזם נחשד במעורבות ברצח. הוגש נגדו כתב אישום יחד עם אדם נוסף בקשירת רצח לרצוח את המנוח, על רקע מאבק בין ארגוני פשיעה. הנאשם

הורשע ברצח והיה אמור להעיד כעד תביעה במשפטו של האחר שעמו ביצע את המעשה, ע"פ החשד. באופן תמוה, שעות ספורות לפני עדותו הוא נמצא ללא רוח חיים בתא המעצר שלו. מגישת הערעור כנגד ההרשעה במקרה זה הייתה משפחתו של אלזם המנוח.

#### העובדות:

בתאריך 1.1.2003, יום לאחר מעצרו של אלזם- הוא נפגש עם עורך דינו במסגרת דיון משפטי בהארכת מעצר. עורך דינו יעץ לו לשמור על זכות השתיקה. לא הייתה פגישה נוספת בין אלזם לבין עורך דינו. בתקופה זו הוא היה מאוכזב מעורך דינו. הוא שיתף את המדובבים באכזבתו הרבה מעורך הדין. בסופו של יום הוא נפגש עם עורכת דין נוספת ממשרד עוה"ד וגם בה ניכר שהפגישה הייתה למורת רוחו. הוא הושב לתא ושוחח עם ה"שותפים לתא", תוך שהוא מגולל בפניהם את אכזבתו מעוה"ד והתנהלותו. במהלך תקופה זו המדובבים עושים ככל יכולתם על מנת להבאיש ריחו של עורך דינו. בתאריך 5.1.03 הוא מחליף את עוה"ד. הוא עדיין שומר על זכות השתיקה. לאחר הפעלת לחץ מצד המשטרה והפעלת תרגילי חקירה, הוא מתייעץ עם המדובבים כיצד הוא יכול להודות מבלי להפליל את שותפו. המדובבים מיעצים לו והוא מודה בסופו של דבר. החוקרים שוללים בפניו את האפשרות להיפגש עם עורך הדין החדש<sup>10</sup>. בסופו של דבר התברר לנאשם כי הראיות שהיו כביכול נגדו בידי המשטרה לא היו מספיקות וכי טמנו לו פח. עורך דינו החדש טוען כי ההודאה בפני המדובבים לא הייתה קבילה. אומרת השופטת חיות: מובן הצורך להילחם בפשיעה. יחד עם זאת לא נקריב את זכותו של הנאשם להליך הוגן על מזבח הצורך להילחם בפשיעה...תרגילי חקירה הם כלי משטרי ראוי- בין אם מדובר במדובבים אקטיביים או פאסיביים. אע"פ כן- גם לתחבולות יש גבולות. במקרה זה פעילותם האקטיבית של המדובבים פגעה בזכות השתיקה וההיוועצות של יונתן אלזם. המדובבים הטעו את הנאשם ונתנו לו עצות משפטיות שגויות תוך שהם משדלים אותו לוותר על זכות השתיקה, ועל כן ההודאה ניתנה שלא מרצון טוב וחופשי.

התוצאה: **ההודאה נפסלה והנאשם מזוכה מרצח.**

השופטת חיות מיישמת את הכללים שהציבה השופטת בייניש: במקרה זה הרי שלא מדובר בראיה העומדת על שתי רגליה באופן עצמאי, וכן אי החוקיות היא זו שיצרה את ההודאה; הפגיעה ע"י המדובבים הייתה כה חמורה עד שהיא מובילה לפסלות כל ההודאות שבאו לאחר מכן, שכן הודאות אלה הן תוצר ישיר של אותן תחבולות פסולות.

סד"פ 17.11.09 שיעור 5

המשך נושא-

#### ההשפעה החוקתית על סדרי הדין הפליליים

פס"ד- ע"פ 9956/05 **אסף שי נ' מ"י**

פס"ד זה ניתן לפני כשבועיים, ובו מבטל ביהמ"ש הודאה של נאשם. הסיבה לביטול ההודאה: במהלך החקירה ביקש הנחקר להיפגש עם עו"ד. החוקר התעלם מבקשתו והמשיך בחקירה.... התוצאה: הנאשם מזוכה מהריגה. העובדות: ארעה תאונה קטלנית שכתוצאה ממנה נהרגו שני בני אדם. לאסף שי היתה פסילה מנהלית של הרישיון אך הוא לא נעצר. כחודשיים לאחר התאונה הוא הגיע לדיון משפטי בביהמ"ש בעניין פסילת הרישיון. לאחר הדיון הוא זומן ע"י חוקר לתחנת המשטרה. בתחנת המשטרה החלה החקירה, כאשר החוקר הזהיר כי הוא חשוד וכן כי עומדת לו זכות השתיקה. במהלך החקירה מספר שי על שאירע ומדבריו משתמע יסוד נפשי של פזיזות. יסוד זה הוביל את ביהמ"ש המחוזי להרשעתו בהריגה.

<sup>10</sup> ועל כך נזכרים בהמשך.



הדיון שהתנהל בביהמ"ש העליון עסק בשתי סוגיות:

1. האם החוקר היה חייב להודיע מראש בטרם החקירה לנחקר על זכות ההיוועצות?
2. משביקש הנחקר את זכות ההיוועצות, האם החוקר היה צריך לעצור את החקירה ולהקנות לו זכות זו באופן מיידי וללא דיחוי?

במקרה הנדון, בעת החקירה הנחקר לא היה עצור ואף לא מעוכב. (סעיף 32 מתייחס לעצור).  
אומרת הנשיאה בייניש: "חובת היידוע חלה כל אימת שאדם חשוד בביצוע עבירה ומעוכב במשמורת המשטרה לצרכי חקירה..."

לגבי שאלת זכות ההיוועצות, קובעת בייניש: המחלל עצמו לא יכול להוביל לפסילת קבילותה של ההודאה, בהתאם לקריטריונים שנקבעו בפס"ד יששכרוב. במקרה זה הנאשם היה מודע לזכות ההיוועצות, שכן הוא עצמו ביקש לממש זכות זו.

בנוסף- גם מכוח כלל פסילה פסיקתי, לא ייפסל העניין שכן הוא יודע מלכתחילה לגבי זכות השתיקה.

\*הערה: אם החשוד שותק, ומדבר לראשונה רק כשמגיע עו"ד, הדבר לא ייחשב עדות כבושה.

נשאלת השאלה- מה משמעותה של ההתעלמות הברורה מצדו של החוקר לבקשתו הפוזיטיבית שהעלה הנחקר במהלך החקירה?

התוצאה: הנשיאה בייניש מחליטה לפסול את ההודאה.

המשמעות: זיכוי מהריגה והרשעה בגרם מוות ברשלנות.

סעיף 34 לחוק המעצרים הקובע לאפשר לעצור להיפגש עם סניגור ללא דיחוי- חל לגבי עצור.

קובעת הנשיאה בייניש:

**על פני הדברים, החובה הקבועה בחוק לאפשר פגישה עם סניגור ללא דיחוי לא מצומצמת למצבים שבהם הנחקר ביקש זאת איננו עצור; החובה האמורה חלה גם כאשר המבקש להיפגש עם סניגורו מצוי במשמורת המשטרה לצרכי חקירה, כשהוא איננו בבחינת עצור.**

נשאלת השאלה מה פשר המילים "ללא דיחוי"? האם על המשטרה לעצור מיידית את כל החקירה עד שכבודו יגיע?

השופטת בייניש הופכת את ההלכה וקובעת:

"בשנות ה-80 של ה"מאה הקודמת" העלאת בקשה מצד עצור לפגוש עו"ד לא חייבה הפסקת חקירה לאלתר. נפסק כי עד הגעתו של עו"ד- ניתן להמשיך בחקירה. הלכה פסוקה זו נקבעה טרם קבלתם של זכויות יסוד בדבר זכויות האדם..."

"...כשנחקר מבקש להיפגש עם עו"ד, צריך ליצור קשר עם הסניגור באופן מיידי. עוד נוטה אני לדעה כי בנסיבות בהן הסניגור מודיע על כוונתו להגיע למתקן החקירות במועד סמוך סביר<sup>11</sup> הרי שיש להמתין לבואו על מנת לאפשר את הייעוץ. עם זאת, כל עוד הסניגור לא הודיע כי יבוא תוך מועד סמוך סביר- ניתן להמשיך, אלא אם מתקיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות את הפסקת החקירה גם אם לא יגיע תוך מועד סמוך סביר.

**המקרה דנן נכנס לגדרן של אותן נסיבות חריגות שבהן יש לעצור את החקירה..."**

העובדות המלמדות על הנסיבות המיוחדות הן אלו:

- הנאשם ביקש להתייעץ עם עו"ד טרם תחילת החקירה.
- הנאשם לא היה עצור ואף לא מעוכב.
- חלפו חודשיים מיום התאונה. אילו נתונים וראיות היו כה דחופים כך שלא ניתן היה לבצע דחייה נוספת?

יחד עם זאת לאחר שהחשוד המשיך לדבר, ניתן לומר כי הוא ויתר מרצונו על זכותו וכי הודאתו ניתנה מתוך רצון חופשי.

הנשיאה בייניש משיבה לשאלה שהיא עצמה מעלה: לא נראה כי זהו המצב. הרישום שהחוקר כתב הוא מאוד לקוני. אין כל תיעוד לגבי דין ודברים שנערכו בין החוקר לבין הנחקר, כך שאין די מידע על מנת ללמוד האם ויתר מרצונו על זכות ההיוועצות. הדבר מקים ספק בשאלה האם ויתר על זכות ההיוועצות. ההודאה נפסלה לפי סעיף 12 ולפי כלל הפסילה הפסיקתי.

בדעת מיעוט, השופטת דבורה ברלינר סבורה כי ניתן להניח שהנחקר ויתר מרצון חופשי על זכות ההיוועצות.

<sup>11</sup> לא ברור מהו...

## החקירה המשטרתית

הגוף החוקר המרכזי במדינת ישראל הוא משטרת ישראל. יחד עם זאת יש גופי חקירה נוספים מלבד המשטרה, שהדין העניק להם סמכות מפורשת לבצע אקט חקירתי. סעיף 59 לחסד"פ קובע כי כאשר מתקבלת במשטרה תלונה (או בדרך אחרת), המשטרה צריכה לחקור. נשאלת השאלה- האם לפני פתיחת חקירה, יש סמכות ליועמ"ש לממשלה להנחות את המשטרה ולהורות לה לפתוח בחקירה? התשובה חיובית. היועמ"ש אחראי על אכיפת הדין במדינת ישראל ומכאן סמכותו להורות למשטרה לפתוח בחקירה. בנוסף- סעיף 61 לחסד"פ מדבר על השלמת חקירה: אם ליועמ"ש סמכות להורות למשטרה להשלים חקירה בנקודות כאלה ואחרות, כשהעניין מגיע אליו בדיעבד קל וחומר שגם מראש- נתונה לו הסמכות להורות על פתיחת חקירה. סעיף 64 א. (1) קובע כי אם המשטרה החליטה לא לחקור, ניתן להגיש ערר לפרקליטות. אם מתקבל הערר המשמעות היא שהיועמ"ש מורה למשטרה לפתוח בחקירה...

## פס"ד התנועה לאיכות השלטון

במקרה זה היתה פניה מצדה של התנועה לאיכות השלטון לפרקליטות, בדבר חשד לכאורה לביצוע עבירות פליליות ע"י גורם בכיר ברשות לניירות ערך. טרם פתיחת החקירה, נעשתה בדיקה שכתוצאה מכך החליטה הפרקליטות להורות למשטרה שלא לפתוח בחקירה. הוגשה עתירה לבג"ץ בטענה כי לא הייתה לפרקליטות סמכות לבצע את הבדיקה. ביהמ"ש העליון קובע: אין חריגה מסמכות ע"י הפרקליטות; היועמ"ש לממשלה הוא המופקד על אכיפת החוק הפלילי ועל כן יש לו שיקול דעת להורות על פתיחת חקירה. בנוסף, ככל רשות מנהלית טרם הגעה להחלטה- זכותו לבצע בדיקה.

## מקור הסמכות לחקור

סמכותם של החוקרים לחקור נובעת מפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות) 1927.

## פס"ד- בג"צ הוועד הציבורי נגד עיוניים בישראל

בפס"ד זה התעוררה סוגיית סמכות החקירה של חוקרי השב"כ, במקרים של "פצצה מתקתקת". התעוררו שתי שאלות מרכזיות:

1. מה מקור סמכותם של סוכני שב"כ לחקור?<sup>12</sup>  
ביהמ"ש קובע: יש שתהיה הסמכה מפורשת בדין. אין די בסמכות שיוטית או כל סמכות אחרת על מנת לפגוע בזכות יסוד חוקתית.  
המדינה טוענת: החוקרים קיבלו הסמכה שמית מהשר.
2. מה נחשב אמצעי חקירה לגיטימי במסגרת כללי החקירה?  
השופט ברק קובע: אמצעים ברוטאליים בלתי-אנושיים הנם אסורים. לעומת זאת יש אמצעים לא נעימים כגון מניעת שינה, כיסוי עיניים, איזוק- אמצעים אלה יכולים להיות לגיטימיים רק כשהם באים לקדם צורך אינהרנטי חקירתי, כאשר הם מידתיים ובאים לשם תכלית ראויה.

נשאלת השאלה- כיצד יש לפעול במקרים שבהם מדובר ב"פצצה מתקתקת"?  
המדינה טוענת כי הפצצה המתקתקת יוצרת הגנת צורך, והיא יכולה להוות סמכות לחקור גם באמצעים שאינם לגיטימיים, כפי שמגדירם ביהמ"ש.  
על כך משיב השופט ברק: סייג הצורך נבחן בדיעבד ולא מראש.

לאחר פסק הדין חוקק חוק השב"כ. חלקו של החוק חסוי. שיטות החקירה לא מצויות בחלקו הגלוי של החוק. החוק מחיל סייג לאחריות פלילית של החוקרים במקרים מסוימים.

<sup>12</sup> כיום הדבר מצוי בחוק השב"כ.

### זכות השתיקה והזכות להימנע מפני הפללה עצמית

ראשית נאבחן בין שתי זכויות אלה:

**הזכות להימנע מפני הפללה עצמית**<sup>13</sup> משמעה כי נחקר לא חייב לתרום לתביעה מידע שעשוי להפליל אותו. זכות זו קיימת לעד ולחשוד.

**זכות השתיקה** הנה זכות הבולעת בתוכה את הזכות להימנע מפני הפללה עצמית, שכן היא מאפשרת לחשוד למלא פיו מים וליצור מיסוך בינו לבין החוקר. זכות השתיקה לא מתייחסת אך ורק למידע שעשוי להפליל, והיא מאפשרת לחשוד להתעלם מהחוקר כאילו היה אוויר. זכות השתיקה לא כתובה בחוק והיא הרחבה פסיקתית של הזכות להימנע מפני הפללה עצמית. הכלל:

**זכות השתיקה ניתנת אך ורק לחשודים ולא לעדים.**

נשאלת השאלה- מהו היקפה של זכות השתיקה?

בפס"ד גלעד שרון ביהמ"ש מותיר בצריך עיון את השאלה האם ראוי להקנות לחשוד זכות שתיקה מוחלטת.

### הרציונאלים לקיומה של זכות השתיקה

בפס"ד בעניין גלעד שרון, ביהמ"ש מונה את הנימוקים להצדיק את זכות השתיקה:

**השתיקה מהווה מגן עבור החפים מפשע**- אדם עלול להפליל עצמו במעשה שלא עשה- רק כתוצאה מהפעלת לחץ. השאיפה היא למנוע הודאות שווא של חשודים.

**השתיקה עולה בקנה אחד עם השיטה האדברסרית**- נטל ההוכחה הוא על התביעה. אין הצדקה שהחשוד יסייע לתביעה ויפליל עצמו.

**האלטרנטיבה**- אם תהיה חובה לדבר, החשוד יצטרך להחליט אחת מבין שלוש אופציות, "טרילמה" קשה מנשוא, לדברי ביהמ"ש:

1. לדבר ולהסתכן בהפללה עצמית
2. כפירה באשמה והסתכנות בעדות שקר
3. שתיקה- סיכון בבידון בימ"ש או בכתב אישום בגין שיבוש הליכים.

**חוסר אמון של השיטה בהודאות מפלילות**- זכות השתיקה ממעטת את אפשרות ההודאה, וממילא יש חוסר אמון בהודאות מפלילות...

**איזון בין פער הכוחות בין המדינה ובין הפרט**- זכות השתיקה מהווה כלי שנועד לנסות וליצור שוויון בין כוחה האדיר של המדינה לבין הפרט.

**רצון לצמצם קבלת הודאות שהושגו באמצעים פסולים**- בשיטה הנהוגה בישראל, הנחקר לא רשאי שעו"ד יתלווה אליו אל תוך חדר החקירות. זכות השתיקה מצמצמת חשש לנקיטת אמצעים פסולים ע"י החוקר.

**הנימוק הליבראלי**- לכל אדם צריכה להיות פינה סגורה בלב שלא יהיה חייב לחשפה בפני העולם החיצון...

### סנקציות כתוצאה מניצול זכות השתיקה

נשאלת השאלה- האם קיימות סנקציות כלשהן כנגד מי שמנצל את זכות השתיקה? התשובה מורכבת. באופן פורמאלי, אין סנקציה ראייתית ישירה כלפי אדם השותק במשטרה, זאת בניגוד לשתיקה במהלך המשפט.

יחד עם זאת ישנה סנקציה ראייתית עקיפה: הסנקציה הבולטת ביותר הוא **החשש מפני עדות כבושה**. הנאשם שבוחר לשתוק באופן ממושך שומע את כל העדויות ולאחר מכן יכול לבנות לעצמו את טיעוני ההגנה. כעת יאלץ הנאשם להסביר מדוע שתק. אם לא יביא הסבר מתקבל על הדעת לשתיקה, משקלה של עדותו יהיה מזערי.

<sup>13</sup> סעיף 2 (2) לפקודת הפרוצדורה הפלילית (עדות).

הסנקציה השניה קשורה לדיני מעצרים. במעצר עד תום ההליכים, יש עבירות מסוימות שעצם חומרתן מקימה חזקת מסוכנות. בסיטואציות שכאלה התביעה לא צריכה להוכיח את עילת המסוכנות. יחד עם זאת לנאשם יש יכולת לנסות להפריך את החזקה ולשכנע את ביהמ"ש כי הוא איננו מסוכן.  
**אם הנאשם שותק, הוא לא יכול להפריך את חזקת המסוכנות**<sup>14</sup>.  
סעיף 13 א. (3) לחוק המעצרים מונה סיטואציות שמחייבות את המשטרה לנקוט בדרכי חקירה המחייבות מעצר. לדוגמא: דיבוב. **אם נאשם לא ידבר, המשטרה עשויה לבקש מעצר מכוח סעיף 13 א. (3).**

**הערות וסייגים**  
זכות השתיקה והזכות להימנע מהפללה עצמית לא קיימות במקומות שבהם המחוקק מסייג במפורש. לדוגמא: ביצוע בדיקת שיכרות. סירוב לבדיקה גורר השלכות, שכן המחוקק קבע במפורש כי כאן לא חלה הזכות.  
כמו כן בפרשת אלמליח נקבע: אם חוקר מעל בתפקידו ולא הזהיר את הנחקר ויידע אותו כי הוא בחזקת חשוד אך בפועל הוא חשוד- מותר לו לשתוק. (יחד עם זאת הנחקר לוקח על עצמו סיכון, במקרה שיתברר בהמשך כי הוא איננו בחזקת חשוד).

סד"פ 24.11.09 שיעור 6

המשך נושא:

### **זכות השתיקה**

#### **-חובת האזהרה-**

חובת האזהרה היא אותה דרך שבאמצעותה החשוד אמור לדעת על זכות השתיקה.  
**מקור החובה** - מקורה של האזהרה הוא איננו בחקיקה, כי אם באנגליה- בתקנות השופטים, אשר נקלטו בישראל באמצעות דבר המלך במועצתו. בנוסף- חלה חובת ידוע על זכות ההיוועצות- על כל מי שחשוד במשטרה<sup>15</sup>.  
סעיף 28 (א) לחוק המעצרים קובע:

#### **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 שההירוי 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.

משמעות הסעיף: הקצין לא יעשה דבר- בלי שיתן לנחקר זכות שימוע. בנוסף- על הקצין להזהיר את החשוד. מדובר על זכות להימנע מפני הפללה עצמית, ולא על זכות השתיקה.  
מאחר שאין היגיון לכך שחובת האזהרה תוצמד דווקא לעצור, ולא תחול לגבי חשוד שנחקר ואיננו עצור המסקנה: החובה נגזרת מתקנות השופטים באנגליה. המחוקק הישראלי אמנם מעגן בחוק את החובה- אך באופן חלקי, ספציפי ונקודתי;

#### **משמעות היעדר האזהרה**

הפסיקה קובעת: האזהרה כשלעצמה היא **איננה זכות חוקתית**. האזהרה כשלעצמה היא אך בגדר כלי שנועד כדי ליידע את החשוד על שתי הזכויות החוקתיות החשובות: **זכות השתיקה** ו**זכות ההיוועצות**. לסיכום:

**חובת האזהרה קיימת ויש לה חשיבות רבה. יחד עם זאת, גם אם אדם לא הזהיר- יש לבחון כל מקרה לגופו ולבדוק האם הודאתו ניתנה מרצון טוב וחופשי.**

<sup>14</sup> ראה פס"ד בנושא- קורמן.

<sup>15</sup> בעקבות פס"ד אסף שי

סעיף 47 לפקודת הראיות הנו נדבך נוסף של זכות השתיקה- גם במשטרה וגם בביהמ"ש.

#### 47. 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 להפילו 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.

\*הערה: סעיף 52 מלמד כי תחולתו של סעיף 47 רלוונטית גם לחקירה במשטרה וגם בביהמ"ש. הסעיף מצביע על כרסום מהזכות להימנע מפני הפללה עצמית: אמנם אין חובה על אדם למסור ראיה שעשויה להפילו, אך אם יעשה כן- היא תהא קבילה בביהמ"ש. עוד ניתן ללמוד מהסעיף כי הזכות להימנע מפני הפללה עצמית חלה גם עם מסמכים. יחד עם זאת לפי הפסיקה, הזכות לא חלה על מסמכים **ציבוריים**.

#### פס"ד גלעד שרון

בפס"ד זה התעוררה השאלה הבאה: **האם גם לגבי מסמכים צריך להרחיב את הזכות לחסיון מפני הפללה עצמית עד כדי זכות שתיקה?**

במילים אחרות- האם כאשר חשוד נדרש להציג מסמך ויש צו שהוצא נגדו, והחשוד טוען לזכות חסיון מפני הפללה עצמית, האם עליו להתווכח ולהסביר מדוע יש חסיון- או שמא רשאי הוא להתעלם מהצו? רקע כללי: מאחר שבמקרה זה התגורר גלעד שרון בחוות השקמים יחד עם אביו, היועמ"ש מזוז ראה בזאת טריטוריה משותפת לזו של רה"מ, אשר לו עומדת חסינות. בסופו של יום לא נערך צו חיפוש והמשטרה הוציאה נגד גלעד שרון צו שיפוטי מכוח סעיף 43 לפקודת סדר הדין הפלילי.

#### הזמנה להשיג 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.

סעיף זה רלוונטי לגבי עדים, לא לגבי חשוד. הרשויות לא צריכות לבקש רשות מחשודים לבצע אצלם חיפוש. שימוש בסעיף זה נעשה כאמור מכוח הסיטואציה הייחודית של גלעד שרון. ביהמ"ש קובע: הרציונאל להרחבת הזכות להימנע מפני הפללה עצמית עד כדי זכות שתיקה לא תקף לגבי מסמכים. המסמך הוא סממן אובייקטיבי ואין בו מאפיינים של עדות, אשר עשויה להיות מושפעת מלחצי החקירה. ביהמ"ש לא חש חוסר נחת נוכח חיוב העד לחובת עשה; מידת שיתוף הפעולה הנדרשת במקרה זה היא קטנה יותר מעדות ורבאלית. אין חובה לייצר ראיה, אלא לאפשר למסרה. דומה הדבר לצו חיפוש. המסקנה הסופית:

**אין זכות שתיקה מוחלטת בהתייחס למסמכים. החשוד לא יכול להתעלם מהצו השיפוטי.**

#### זכות השתיקה במשפט

זכות שתיקה במשפט מופיעה בסעיף 162. בנסיבות שכאלה מילה מדויקת יותר מ"זכות" תהיה "אפשרות" לשתוק.

המחוקק מטיל סנקציה ישירה וכואבת: שתיקה תשמש כחזוק או סיוע למשקל ראיות התביעה. הכלל: כאשר נאשם שותק במשפט, גם אם הודה במשטרה- צריך להיעזר בדבר מה נוסף על מנת לעשות שימוש בראיה.

#### פס"ד אייתי מילשטיין

בפס"ד נשאלת השאלה- האם שתיקה במשפט, המחזקת את ראיות התביעה יכולה למלא את אותו "דבר מה נוסף".

ביהמ"ש קובע: מי ששותק במשפט צריך לקחת בחשבון כי שתיקתו יכולה לשמש את אותו דבר מה נוסף להודאה שמסר במשטרה. יחד עם זאת, הדבר ייעשה במקרים חריגים; בטרם ביהמ"ש יעשה בזאת שימוש, יש לבחון שההודאה החיצונית עומדת בפני עצמה, לא היתה תוך לחץ פנימי וכי אין הסבר תמים לשתיקה במשפט.

### זכות ההיוועצות

זכות ההיוועצות מעוגנת בסעיף 34 לחוק המעצרים. סעיף 32 מדבר על החובה ליידע את העצור בדבר זכות ההיוועצות. כמו כל זכות חוקתית- זכות ההיוועצות היא איננה מוחלטת ויש לאזנה אל מול זכויות ואינטרסים אחרים. סעיף 34 (ד-ו) מאפשר לדחותה בסיטואציות מסוימות (למשל כאשר טובת החקירה דורשת זאת או כאשר נדרש הדבר לשם שמירה על חיי אדם או לסיכול עבירה).

### פס"ד ארקה

ביהמ"ש קובע: לחוקרים אסור לערער את אמון העצור בעורכי דינו. עניין זה הופיע גם בפס"ד יונתן אלזם<sup>16</sup>.

### דיני המעצרים והעיכוב

ישנם מספר דרכים להגבלת חירותו של אדם:

1. עיכוב
2. מעצר
3. שחרור בתנאים
4. חיפוש והתפיסה

עיכוב- העיכוב הנו הגבלת חירות מינורית המגבילה את חופש תנועתו של אדם, לצורך בירור. מעצר- המעצר לא רק משהה את חופש התנועה אלא שולל חירות- לפני הרשעה. שחרור בתנאים- זוהי חלופת מעצר. אמצעי מידתי יותר ממעצר, שנועד להשיג את אותה תכלית- כך שהפגיעה בחשוד או בנאשם תהא פחותה יותר. חיפוש ותפיסה- יש חיפוש בגוף האדם ויש חיפוש בחצרים.

### עיכוב

עיכוב מוסדר בחוק המעצרים- בסעיפים **66-75**, והגדרתו: "הגבלת חירותו של אדם לנוע באופן חופשי, בשל חשד שבוצעה עבירה או כדי למנוע ביצוע עבירה כאשר הגבלת החירות מסויגת מראש בזמן ובתכלית...".

בניגוד למעצר, הרלוונטי לעבירות פשע ועוון בלבד- עיכוב יכול להיות מבוצע גם לעבירת חטא. בנוסף- אין הגבלה על המועד שבו נעברה העבירה. חוק המעצרים קובע כי עיכוב תמיד יהיה עדיף על מעצר, במקרה שניתן להסתפק בו. עיכוב יכול להתבצע באחת משניים:

1. בירור במקום
2. בתחנת המשטרה

סעיף **73** לחוק המעצרים מגדיר מגבלת זמן לעיכוב: **משך העיכוב לא יעבור את פרק הזמן הסביר הנדרש, ובכל מקרה- לא יותר משלוש שעות. ניתן להרחיב את פרק הזמן לשש שעות כאשר יש מס' רב של מעורבים, ומנימוקים שיירשמו.**

<sup>16</sup> ראה הרחבה בשיעורים קודמים.

### עיכוב חשוד במקום

קובע סעיף 67 (א) לחוק המעצרים:

היה לשוטרי 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.

המבחן ל"יסוד סביר לחשד שנעברה עבירה" הנו מבחן אובייקטיבי. יחד עם זאת לא כל ניחוש או אינטואיציה טובים על מנת ליצור יסוד סביר לחשד.

סעיף קטן (ב) קובע:

- (ב) שוטר רשאי לדרוש מאדם להילווה 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.

על מנת לדרוש מאדם להתלוות לתחנת משטרה, לגבי עבירה עתידית- נדרשת הסתברות גבוהה.

### פס"ד חוטר-ישי

חוק חקירת חשודים קובע בסעיף 3 (א) כי **חקירת חשוד תתנהל בתחנת משטרה**.

המשמעות: ברירת המחדל לחקירת החשוד לפי חוק זה היא תחנת המשטרה.

לעומת זאת חוק המעצרים בהקשר של עיכוב- קובע כי ברירת המחדל היא במקום ואילו החריג הוא בתחנת המשטרה.

בפס"ד זה השופט זמיר הולך עם חוק חקירת חשודים וקובע כי הכלל הוא חקירה במשטרה ואילו החריג הוא המקום.

### עיכוב עד (סעיף 68 ל- חוק המעצרים)

עיכוב עד הנו חידוש של חוק המעצרים.

#### 68. עיכוב עד במקום

- (א) היה לשוטרי 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 להילווה עמו לתחנת המשטרה לשם גביית העדות.

הכלל: ברירת המחדל היא עיכוב העד במקום או במועד אחר בתחנת המשטרה.

הסייג: ניתן לזמן עד באופן מיידי לתחנת המשטרה- אך ורק כאשר יש חשש כי הזיהוי היה בלתי מספיק, או כי העד לא יתייצב לחקירה במועד. סירוב לעיכוב מקנה סמכות לביצוע מעצר.

הכלל: כאשר מבוצע עיכוב- על השוטר מוטלת החובה ליידע את העד כי הוא מעוכב.

סד"פ 1.12.09 שיעור 7

המשך נושא:

### דיני עיכוב

כפי שלמדנו בשיעור שעבר, שוטר יכול לעכב עד או חשוד.  
סעיף 11 (י"ב) לחוק החיפוש קובע: כאשר שוטר מעכב אדם, אם מתעורר ספק בזהותו- בהסכמת המעוכב רשאי השוטר לבצע סריקת טביעות אצבעות של המעוכב במקום, לשם בירור זהותו. אם מסרב האדם לבדיקה- מהווה הדבר עילה לקחתו באופן מיידי לתחנת המשטרה. סירוב לבוא לתחנת המשטרה גורר עילה למעצרו.

#### עיכוב כלי רכב-

סעיף 71 לחוק המעצרים מקנה לשוטר סמכות כפולה:

1. סמכות לעכב כלי רכב.

2. סמכות לבצע חיפוש.

כל זאת בתנאי שהתעורר חשד שבוצעה עבירה בת-מעצר (עוון או פשע).

קובע סעיף 23 (ב): **אם שוטר מבקש לעכב אדם** (בין אם מדובר בחשוד ובין אם מדובר בעד) **ויש סירוב- זוהי עילת מעצר עצמאית.**

המעצר מוגבל לאותה תכלית שלשמה נתבקש העיכוב. סמכות זו מוקנית לשוטר, לא לאדם פרטי.

#### עיכוב ע"י אדם פרטי

עיכוב ע"י אדם פרטי מוסדר בסעיף 75 לחוק המעצרים. בעוד שבעבר לאדם פרטי הייתה סמכות גם לביצוע מעצר, כיום הסמכות מסתכמת בעיכוב בלבד.

#### ד5. 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 ימלט או שזהותו אינה ידועה.**

(ב) חשוד שעוכב לפי סעיף קטן (א), ימסר 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.

#### חסינות שוטר-

תקנה 44 לפקודת סדר הדין הפלילי קובעת: **שוטר** נהנה מחסינות מפני אחריות פלילית או אזרחית- אם ביצע מעצר או עיכוב בתום לב ולמען שלום הציבור (גם אם פעל בהיעדר סמכות). יחד עם זאת אחריות משמעתית כן ניתן יהיה להטיל על השוטר.

החסינות לעומת זאת איננה מוקנית לאדם פרטי שביצע עיכוב.

המשמעות: אם נגרמה חבלה כתוצאה מן העיכוב- המעכב חשוף לתביעה אזרחית.

סעיף 72 קובע כי אופן ביצוע מעצר (לפי סעיף 24)- רלוונטי גם לעניין עיכוב.  
הדבר עלול ליצור סיטואציה בעייתית: אם אדם פרטי לא מידע את המעוכב כי הוא מעוכב- הדבר עלול להשפיע על חוקיותו של העיכוב<sup>17</sup>...

#### פס"ד שמשי

העובדות: פרוצה שהתה בתוך רכב. השוטר ביקש לעצרה בשל שוטטות. היה עמה אדם נוסף שניסה למנוע מהשוטר לעצרה.

<sup>17</sup> הנושא לא הוכרע באופן ישיר, אך השכל הישר מחייב להגמיש את התנאים.



שניהם נעצרו והוגש כנגד האדם שהיה עמה כתב אישום בגין הכשלת שוטר במילוי תפקידו. במקרה זה השוטר ביצע מעצר, אך מבחינה משפטית באותה עת לא ניתן היה לעצור ללא צו על עבירות שעונשן פחות מ-6 חודשים. הנאשם טוען כי לשוטר לא היתה סמכות מעצר ועל כן לא הייתה הכשלה בתפקיד. השוטר טוען כי אמנם לא היתה סמכות מעצר אך היתה סמכות עיכוב. השופט שמגר קובע: יש הבדל בין עיכוב למעצר; מקום שניתן להסתפק בעיכוב- יש לעשות כן. בעת ביצוע עיכוב, יש לדאוג שהמעוכב יידע כי הוא מעוכב. לא ניתן לומר בדיעבד כי בוצע עיכוב כאשר בפועל נוצר רושם של מעצר.

### דיני מעצרים

ישנם שלושה עקרונות בסיסיים לעניין דיני מעצרים:

1. **עיקרון החוקיות**- מעצר הוא האקט הפוגעני ביותר בחירות; מאחר שחזקת החפות עומדת לאדם עד שהוא מורשע בדין- חובה שהסמכות תהא מעוגנת בחוק או מכוח הסמכה מפורשת, ולא ניתן לבצע היקש על סמכות המעצר.

#### פס"ד בנושא: שקרנה

המשטרה ביקשה לעצור חשוד לצרכי חקירה. הבקשה הוגשה לבימ"ש השלום. השופט החליט לדחות את הבקשה ולשחררו בערובה (חלופת מעצר). המדינה סברה כי יש בכך משום סיכון וחשש כי החשוד יברח. היא ביקשה להשהות את החלטת ביהמ"ש על מנת שתוכל להגיש ערר לביהמ"ש המחוזי, אך השופט סירב. נציג המדינה, שחשש מפני בריחה אפשרית של החשוד- יצר קשר טלפוני עם השופט המחוזי התורן ערב שמיעת הערר, וזה נעתר לבקשה. ביהמ"ש העליון נוזף הן בשופט והן בתובע וקובע: הפרקטיקה של מתן אישור טלפוני של ביהמ"ש המחוזי היא פרקטיקה שאיננה מעוגנת בדין ויש להימנע ממנה מכל וכל.

#### פס"ד אברגיל

בפס"ד זה מתבצעת סטייה קלה מעקרון החוקיות ונקבע: במסגרת סמכות המעצר יש מעין סמכות משנית המאפשרת לביהמ"ש לבצע מעצר ביניים עד להחלטה לגופו של עניין.

2. **עיקרון המידתיות**- עיקרון המידתיות שזור בחוק המעצרים ומשמעותו: בטרם נקיטת אקט הפוגע בזכויות הפרט יש לנסות ולנקוט באקט פוגע פחות.

#### דוגמאות:

- סעיף 23 (ג') קובע כי תמיד עדיף עיכוב על פני מעצר.
- סעיף 4 קובע כי תמיד עדיף מעצר בצו על פני מעצר ללא צו.
- סעיף 13 (ב) קובע כי כאשר ביהמ"ש מתבקש לעצור אדם במעצר ימים- עדיף שחרור בערובה על פני מעצר.
- סעיף 46 (א) קובע כי כאשר נקבעת ערובה- חל איסור שהדבר יהא במידה העולה מן הנדרש לשם השגת מטרת הערובה.

3. **עיקרון הכלליות**- המחוקק מבקש שחוק המעצרים יהא חוק כללי, שיפרוש את חסותו על כל דיני המעצרים והעיכוב- גם אם זוכים הם להתייחסות בחוקים אחרים.

### סמכויות מעצר- סקירה כללית

#### מעצר ראשוני

מעצר ראשוני מתחלק לשתי אופציות:

1. **מעצר ללא צו**- מוסדר בסעיף 23.
2. **מעצר בצו**- מוסדר בסעיף 13.

ככלל, יש להביא את העצור בפני שופט עד 24 שעות מרגע מעצרו הראשוני. לאחר הבאתו של העצור בפני שופט (ולפני שהוגש כתב אישום), מכונה המעצר "מעצר ימים", אשר מוסדר בסעיף 13.

סעיף 62 מאפשר לשופט בימ"ש עליון לצוות על הארכת המעצר לתקופה שלא תעלה על 90 יום.

### מעצר עד תום ההליכים

מעצר עד תום ההליכים מוסדר בסעיף 21 לחוק המעצרים. המעצר רלוונטי לאחר הגשת כתב האישום ועד תום המשפט.

### המגבלות:

1. על המשפט להתחיל תוך 30 יום מרגע הגשת כתב האישום (סעיף 60). החלטה של שופט עליון יכולה להאריך מועד זה.
2. תוך 9 חודשים המשפט צריך להסתיים בהכרעת דין. החלטה של שופט עליון יכולה להאריך מועד זה.

### מעצר ביניים

מעצר ביניים מתבקש בשתי אופציות:

1. **ביהמ"ש זיכה את הנאשם.** התביעה רשאית לבקש הארכת מעצר ב-72 שעות על מנת לאפשר לה להגיש ערעור.
2. **ביהמ"ש הרשיע את הנאשם אך לא השית עליו עונש מאסר בפועל.** גם בסיטואציה שכזו רשאית התביעה לבקש מהערכאה הדיונית להאריך את המעצר ב-72 שעות על מנת שתוכל להגיש ערעור.

### מעצר ע"י ערכאת הערעור

סעיף 22 (ב) קובע כי ערכאת הערעור רשאית לצוות על הארכת המעצר.

### מעצר של נמלט ממשמורת חוקית

הכלל: כל אימת שאדם נמלט ממשמורת חוקית מהווה הדבר עילת מעצר.

נדון עתה בהרחבה בסמכויות המעצר השונות.

### מעצר ללא צו - סעיף 23

הכלל: רק שוטר או עובד ציבור שהוסמך לכך - רשאי לבצע מעצר.  
קובע סעיף 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], התשל"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 בכך משפחה כמשמעותו בחוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א-1991;
  - (6) האדם משוחרר בערובה, ויש יסוד סביר להניח כי הוא הפר תנאי מתנאי השחרור או כי הוא עומד להימלט מהדין, או שיש יסוד סביר לחשש שהוא נמלט ממשמורת חוקית;

- (ד) בחוק זה, "עבירה בת מעצר" – כל עבירה למעט חטא.  
(ב) שוטר מוסמך לעצור אדם ולהביאו לתחנת המשטרה לתכלית שלשמה ביקש לעכבו, אם האדם אינו מצוי להוראותיו שניתנו על פי סמכויות העיכוב המסורות לו בדיון, או אם הוא מפריע לו להשתמש בסמכויות העיכוב.  
(ג) לא ייעצר אדם לפי סעיף זה אם ניתן להסתפק בעיכוב.

שלושת התנאים המצטברים לשם חוקיותו של מעצר ללא צו הם:

1. תשתית עובדתית
2. עילת מעצר
3. חלופת מעצר

#### התשתית העובדתית

במסגרת רכיב התשתית העובדתית, נשאלת השאלה – מהן העובדות המצויות בפני השוטר, שקושרות את האדם לחשד לביצוע עבירה. התשתית העובדתית היא קיומו של **יסוד סביר לחשד** שהאדם עבר עבירה בת מעצר (פשע או עוון).

#### פס"ד דגני

המבחן הינו מבחן **אובייקטיבי** ובוחרן האם שוטר סביר היה מגבש יסוד סביר לחשד שבוצעה העבירה. אין חובה שבידי השוטר תהיינה ראיות שיגרמו לו להאמין באופן החלטי כי זהו האדם החשוד, ודי בכיוון הקושר את החשוד לביצוע העבירה. יחד עם זאת אין די בחשד גרידא, חשד המבוסס על אינטואיציה נטולת כל בסיס עובדתי.  
סעיף 23 (א) (1) משתמש במילים: "עבר עבירה בפניו (= תשתית ראייתית ישירה)", או **זה מקרוב**. בפס"ד דגני קובע ביהמ"ש כי אין להרחיב את המונח "זה מקרוב" יתר על המידה; יש שמדובר יהיה בשעות ספורות, ולא בימים.

#### עילת המעצר

עילת המעצר מהווה כאמור תנאי מצטבר לשם חוקיות המעצר, והיא מחולקת לשלוש קטגוריות **חלופיות**<sup>18</sup>:

1. שיבוש הליכי חקירה או משפט
2. מסוכנות
3. הפרת הוראה חוקית המגבילה חירות

#### הערות:

\*מסוכנות – סעיף 23 (א) (4) – "לשוטר יש יסוד סביר לחשד שהחשוד יסכן את הביטחון". לעניין המסוכנות – בניגוד לסעיף קטן (1) – כאן אין מגבלה של זמן לעניין מועד ביצוע העבירה.  
\*הפרת הוראה חוקית המגבילה חירות – מתחלקת לשלוש קטגוריות:

1. סירוב לעיכוב חוקי – סעיף 23 (ב)
2. הפרת תנאי שחרור – סעיף 23 (א) (6)
3. הימלטות ממשמורת חוקית.

#### חלופת מעצר

במעצר ללא צו, חלופות המעצר מצויות במספר סעיפים:  
**סעיף 23 (ג)** – לא ייעצר אדם אם ניתן להסתפק בעיכוב.  
**סעיף 25 (א)** – שוטר שעצר אדם ללא צו מעצר, יביאו, ללא דיחוי, לתחנת משטרה ויעבירו לרשות הקצין הממונה על החקירות בתחנה, בהעדרו – למפקד התחנה, ובהעדרם – לקצין הממונה על התחנה – **אלא אם כן מצא, לאחר המעצר, שניתן לשחררו.**

<sup>18</sup> עילות המעצר להלן רלוונטיות למעצר ראשוני, בניגוד לעילות למעצר ימים – המעוגנות בסעיף 13.

סד"פ 8.11.09 שיעור 8

המשך נושא:

### מעצר ללא צו

סעיף 25 ל-חוק המעצרים קובע כי לאחר מעצרו של אדם- יש להביאו ללא דיחוי אל תחנת המשטרה (אם לא שוחרר קודם לכן)- לטיפולו של הקצין הממונה. סעיף 27 קובע כי הקצין הממונה אמור לבצע ביקורת על חוקיות המעצר. הקצין יכול להחליט אחת מארבע אפשרויות:

1. **מעצר החשוד** (אשרור המעצר)
  2. **שחרור בערובה** (חלופת מעצר).
- לשחרור בערובה שתי תכליות בסיסיות:
- א. הבטחת התייצבות למשפט.
  - ב. מניעת-שיבוש הליכי חקירה.
3. **שחרור בתנאים נוספים**- מותנה בהסכמתו של החשוד.
  4. **שחרור ללא תנאים**.

### הטלת ערובה

הקצין יכול להחליט על הטלת ערובה. כל אימת שהחשוד לא בגדר "עצור" (ויש עילת מעצר)- הרי שלא מדובר ב"שחרור" בערובה אלא ב"הטלת" ערובה. סעיף 42 (ו) מבהיר כי דינו של מי שהוטלה עליו ערובה כדין מי ששוחרר בערובה.

סעיף 28 קובע מעין זכות שימוע שעל הקצין לתת לעצור- טרם החלטתו. הקצין רשאי לאשרר את המעצר ולהביאו תוך 24 שעות בפני שופט.

### פס"ד חוטר ישי

בפס"ד זה התעוררה השאלה האם בסירובו של החשוד לקיום תנאים מגבילים- חובה על המשטרה לעצרו. במקרה זה המשטרה הביאה את החשוד בפני שופט מבלי שעצרה אותו והאחרון החליט על שחרורו בערובה. חוטר ישי טען שמשום שאיננו עצור- אין לשופט זכות לשחררו בערובה.

ביהמ"ש העליון קובע: **סמכותו של ביהמ"ש לשחרר בערובה איננה מותנית בכך שמי שמובא בפניו הוא עצור. המשטרה רשאית לא לעצור את החשוד ולפנות ישירות לביהמ"ש**<sup>19</sup>.

### מעצר ראשוני ע"פ צו

סעיף 13 קובע:

#### 13. עילות המעצר לפני הגשת כתב אישום

- (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.

<sup>19</sup> \* הערה: סעיף 44 (ב) קובע כי לביהמ"ש יש סמכות להטיל ערובה על נאשם שערעור תלוי ועומד על פסק דינו, אף אם אינו מוסמך להורות על מעצרו- לשם הבטחת התייצבותו למשפט. (בסיטואציה שכזו מעצר בית לא יהיה רלוונטי).

סדר דין פלילי  
שם המרצה: ד"ר אסף הראל  
סוכם ע"י עמית גונן

(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.

סעיף 13 נושא שני כובעים:

1. מעצר ימים - נרחיב בהמשך.
2. מעצר ראשוני ע"פ צו - הדיון נעשה בדלתיים סגורות בפני ביהמ"ש והמשטרה משתמשת בצו מעצר לשם מעצרו של אדם.

הסמכות העניינית

סעיף 2 קובע כי כל עוד לא הוגש כתב אישום - הסמכות העניינית נתונה לבימ"ש השלום.

התנאים

תנאי מקדים: עבירה בת-מעצר (עוון או פשע).

1. תשתית עובדתית

- חשד סביר. בניגוד לסעיף 21 (מעצר לאחר הגשת כתב אישום), במסגרת סעיף 13 יש אפשרות להשתמש בראיות בלתי קבילות (עדויות שמיעה/גיליון הרשעות וכו').

2. עילת מעצר

- שיבוש
- מסוכנות
- עילת מעצר ייחודית לצורכי חקירה (רלוונטית לכובעו השני של סעיף 13 - למעצר ימים)

3. חלופת מעצר

המחוקק נותן הוראת העדפה ברורה לחלופה על פני מעצר. גם כשמדובר בקצין הממונה - על אף שלגביו אין הוראה מפורשת ניכר שגם הוא מחויב להעדפת שחרור בתנאים על פני מעצר, אם מתאפשר הדבר.

\*סעיף 14 מתייחס למקרה ספציפי של מעצר נמלט ממשמורת חוקית. במקרה שכזה אין לביהמ"ש שיקול דעת ועליו להורות על מעצר.

הפרת תנאי שחרור בערובה (סעיף 51)

התוצאה של הפרת תנאי שחרור בערובה:

1. חילוט הערבות.
2. מעצר - רק אם התגבשה עילת מעצר. המשמעות: המעצר הוא איננו כלי ענישה על הפרת התנאים.

סעיף 20 קובע:

20. 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.

\*סעיפים 52 ו-53 מאפשרים לעצור לבקש עיון חוזר או ערר. אין מניעה שעצור יבקש לערר - טרם הבאתו בפני שופט תוך 24 שעות.

אופן ביצוע המעצר

סעיף 24 חולש על חוקיות המעצר - בין אם הוא ע"פ צו ובין אם לא.  
מבצע המעצר צריך לפעול כאמור:

1. הזדהות
2. הודעה על דבר המעצר - ואם יש צו - למסרו לחשוד.
3. הבהרת סיבת המעצר - סעיף קטן (ב) מונה את החריגים שבהם לא חלה חובה להזדהות ו/או לפרט את סיבות המעצר.

#### מה נחשב בריחה ממשמורת חוקית?

פס"ד בנושא: **קנוש**

שוטר בלבוש אזרחי נתקל באדם שהציע לו לרכוש כרטיס קולנוע במחיר ספסרות. החשוד ברח ונתפס. לטענתו לא היה במשמורת חוקית ועל כן לא נחשב כנמלט ממשמורת חוקית. ביהמ"ש דחה טענתו. גם אם החשוד בורח לפני שנתפס ע"י השוטר - נחשב הדבר בריחה ממשמורת חוקית.

#### סמכויות נלוות למעצר

##### סמכות להפעלת כוח סביר במסגרת מעצר -

החקיקה הרלוונטית: סעיף 19 לפקודת סדר הדין הפלילי. בדרך כלל הסבירות תיבחן לפי עוצמת ההתנגדות. יחד עם זאת הסבירות כפופה לעקרון המידתיות.  
\*הערה: מימד הסבירות שייבחן כאשר אזרח מבקש להתחמק ממעצר בלתי חוקי יהיה שונה ממימד הסבירות כאשר השוטר עושה שימוש בכוח כלפי מי שמתנגד למעצר.  
לגבי האזרח - מתחם הסבירות יהיה קטן יותר, שכן יש בפניו אפשרות לבוא לתחנת המשטרה ולתת הסברים. לעומת זאת לגבי השוטר, מתחם הסבירות גבוה יותר שכן האלטרנטיבה היא בריחתו של החשוד.

פס"ד **גולד**

ביהמ"ש קובע שלושה תנאים מצטברים לשימוש בכוח בעת ביצוע מעצר:

1. על המעצר להיות חוקי
2. העבירה שהאדם חשוד בה היא מסוג פשע. ביהמ"ש מבהיר כי אין מדובר בכל פשע (שהרי גם גניבה ממעביד היא פשע), אלא רק **עבירת פשע שיוצרת סיכון לחיים או לגוף**.
3. הירי צריך להיות אמצעי אחרון.

##### סמכות לחפש ולהיכנס לחצרים -

סעיף **26** לחסד"פ קובע:

#### זרכי הביצוע

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.

בפסיקה התעוררה השאלה - מה קורה כאשר שוטר מבקש לעצור אדם ללא צו? האם גם אז הוא רשאי לעשות שימוש בסמכויות נלוות אלה?  
התשובה מצויה בסעיף 45 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש):  
"אדם הגר בבית או מקום שמותר להיכנס אליו מכוח רשות לעצור או לחפש, או הממונה על בית או מקום כאמור, ירשה לפי הורשה כניסה חופשית ויתן כל הקלה סבירה; נדרש וסירב להרשות כניסה כאמור, מי שזכאי להיכנס רשאי לבצע את הכניסה בכוח"

פס"ד בנושא: **כירמן**

העובדות: חייל נמלט ממשמורת חוקית. השוטרים הגיעו למקום הימצאו - זמן רב לאחר בריחתו. לשוטרים לא היה צו מעצר.

דעת הרוב לא הסכימה להסתמך על סעיף 45 לעיל: לשיטתם של שופטי הרוב סעיף 45 כשלעצמו לא מקנה סמכות להיכנס לבית ללא צו מעצר ויש צורך במקור סמכות. דעת הרוב הסתמכה דווקא על סעיף

25 לפקודה, אשר קובע כי כאשר אדם מתחמק ממעצר- גם ללא צו חיפוש רשאי שוטר להיכנס לבית, לחפש ולבצע את המעצר.  
על אף שסעיף 25 (4) מדבר על רדיפה אחרי אדם המתחמק ממעצר, ביהמ"ש קובע כי אין חובה ברדיפה סימולטניות להימלטות...  
השופט אלון בדעת מיעוט גורס כי הסעיף מחייב סימולטניות. הוא מבסס את סמכות הכניסה על סעיף 45.

### מעצר ימים

מעצר ימים הנו כינוי לכל מעצר שניתן לפני הגשת כתב אישום- בהארכת המעצר בנוכחות החשוד. מי שטוען למעצר בשלב זה היא המשטרה ולא התביעה.  
ברוב המקרים בקשת הארכת המעצר היא לשם ביצוע החקירה. בסיטואציה שכזו מפרש ביהמ"ש את החקירה באופן רחב: כל פעולה שתכליתה היא איסוף מידע שיכול להיות רלוונטי בין אם באשר למעשה העבירה ובין אם למאפייני מבצע העבירה.  
הסעיף הרלוונטי: **סעיף 13** לחוק המעצרים.  
הפסיקה קובעת: ה"חשד הסביר" הנו כלי שסתום גמיש- כמות הראיות שיכולות לבסס את סבירות החשד בהארכת מעצר הראשוני היא איננה ככמות הראיות שיכולות לבסס את סבירות החשד לאחר מספר רב של הארכות; ככל שהמשטרה פונה אל ביהמ"ש בבקשות חוזרות נוספות להארכת המעצר- ביהמ"ש ידרוש הבאת ראיות נוספות לשם הארכת המעצר.

### עילות המעצר

1. שיבוש הליכי משפט
2. מסוכנות (גם לגבי רכוש)
3. **עילת מעצר ייחודית לצרכי חקירה**- מדובר בהליכי חקירה שלא ניתן לקיימם אלא במעצר. בניגוד לשתי העילות הראשונות, במסגרת עילה לא זו לא נבחן החשוד עצמו אלא החקירה- גם אם החשוד איננו מסוכן ואין חשש לשיבוש.  
דוגמאות: עימותים/דיבובים/האזנות סתר/מסדר זיהוי.  
המחוקק מסייג עילה זו: יש צורך בנימוקים מיוחדים שיירשמו, וכן כל הארכה מוגבלת ל-5 ימים, כשסך התקופות אינו עולה על 15 ימים.

### פס"ד ברונסון

בפס"ד זה ביהמ"ש מנתח את מידת הנוקשות שהמשטרה צריכה לעמוד בה- על מנת לקבל עילת מעצר לצורכי חקירה. במילים אחרות, האם יש להראות כי אלמלא המעצר- פעולת החקירה תוכשל מכל וכל או די בכך שהמשטרה תראה פגיעה חמורה?  
השופט חשין קובע: אין צורך להקשות על המשטרה ואין מחויבת להראות שהחקירה תוכשל לחלוטין אם לא יתקיים המעצר. **די בכך שהמשטרה תראה שלא ניתן לקיים באורח סביר ותקין את החקירה אלמלא המעצר- לשם גיבוש העילה.**

### דרכי הפרוצדורה

סעיף 16 קובע כי הדיון בהארכת המעצר ייעשה בפומבי ובנוכחות החשוד.

### תקופות

סעיף 17 קובע מקסימום של 15 ימים שמוסמך שופט להאריך בכל פעם. התקופה בכללותה לא תהא ארוכה מ-30 ימים מתחילת המעצר. הארכה מעבר לתקופה זו מצריכה **אישור יועמ"ש**- עד 75 ימים סה"כ. ניתן להאריך לתקופות של 90 ימים בכל פעם- **באישור ביהמ"ש העליון**.

סד"פ 22.12.09 שיעור 9

המשך נושא:

### מעצר ימים

#### פומביות הדיון

בהארכת מעצר הכלל הוא של פומביות הדיון, אלא אם הורה ביהמ"ש אחרת.  
סעיף 70 ה' לחוק בתי המשפט קובע כי ביהמ"ש רשאי לאסור כל פרסום בקשר לדיוני ביהמ"ש אם הדבר עלול לפגוע בחקירה. עם השנים הוסיף המחוקק תיקון לחוק ונקבע בתיקון **70 (ה)** כי ביהמ"ש רשאי לאסור פרסום שמו של חשוד אם ראה כי הדבר עלול לגרום **לחשוד** נזק חמור וביהמ"ש סבור כי יש להעדיף את מניעת הנזק על פני העניין הציבורי שבפרסום.

פס"ד 13291/09 **משטרת ישראל נ' עופר אלמוג**

פס"ד זה ניתן בביהמ"ש השלום ת"א ע"י השופט בני שגיא.  
העובדות: חשוד בעבירות מרמה ביקש איסור פרסום שמו לפי סעיף 70 (ה1). בסופו של דבר בקשתו נדחתה.  
השופט שגיא קובע: על מנת לצקת תוכן לסעיף 70 (ה1) יש לעשות התאמה בין היקף הראיות המצוי ביד המשטרה לבין השאלה האם יינתן צו פרסום או לא. התשתית הראייתית הבסיסית להארכת מעצר היא חשד סביר. ככל שהתשתית הראייתית גבוהה יותר – תגבר הנטייה לפרסם, ולהיפך.

### תקופת הביניים שבין תום החקירה ועד הגשת כתב האישום

סעיף **17 (ד)** לחוק המעצרים קובע:

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

פס"ד בנושא: **כדורי**

בפס"ד עלתה השאלה מהי מידת האסרטיביות שצריך התובע להצהיר במסגרת הצהרת תובע.  
ביהמ"ש קובע: **אין צורך בהצהרה חד-משמעית של התובע כי יוגש כתב אישום; די שיעיד התובע על כך שהוא שוקל על הגשת כתב אישום.**

\*הבהרה: גם אם יש הצהרת תובע, ביהמ"ש צריך להשתכנע בעצמו כי יש עילה לכאורה לבקש את מעצרו עד תום ההליכים.

פס"ד **אלטויל**

השופטת פרוקצ'יה קובעת: **אין צורך לדרוש מהתובע פירוט של סעיפי העבירות הקונקרטיים שבהם יעשה שימוש לכשיוגש כתב האישום.**

השופטת פרוקצ'יה מדגישה כי ביהמ"ש הוא איננו חותמת גומי, ותפקידו לבחון את החומר ע"פ הצהרת התובע ולהסיק האם יש תשתית עובדתית ומשפטית למעצר עד תום ההליכים.

### מעצר עד תום ההליכים

מעצר עד תום ההליכים יכול להתבקש גם כשהחשוד לא היה עצור במהלך תקופת החקירה – ולהיפך.  
כמו כן אין מניעה שהבקשה למעצר עד תום ההליכים תוגש גם לאחר שהוגש כתב האישום/החל המשפט.



### הבדלים בין מעצר לצרכי חקירה לעומת מעצר עד תום ההליכים

**סמכות עניינית** - במעצר לצרכי חקירה הסמכות לביצוע המעצר תהא תמיד בידי בימ"ש השלום. לעומת זאת לאחר הגשת כתב האישום הסמכות לקביעת המעצר תהא נתונה לביהמ"ש שאליו הוגש כתב האישום. **עיון בחומר החקירה** - במעצר לצרכי חקירה לסניגור אין גישה לחומר החקירה. במעצר עד תום ההליכים ניתן לבקש מביהמ"ש ארכה על מנת להתיר לסניגור ללמוד את כתב האישום. לאחר 30 ימים- ביהמ"ש יבדוק לעומק האם אכן יש עילה למעצר עד תום ההליכים.

### התנאים הנדרשים לשם מעצר עד תום ההליכים

1. תשתית עובדתית
2. עילת מעצר
3. חלופת מעצר

### תשתית עובדתית

התשתית העובדתית מנויה בסעיף 21 לחוק המעצרים. יש צורך בקיומן של ראיות לכאורה. כאן, בניגוד למעצר ימים מדובר בראיות **קבילות בלבד**.

בניגוד לראיות הנדרשות לשם ביסוס התשתית העובדתית, לגבי **עילת** המעצר- אין מניעה לעשות שימוש בראיות בלתי קבילות.

על ביהמ"ש לאבחן בין הראיות המגבשות את התשתית העובדתית (ראיות קבילות בלבד) לבין הראיות המגבשות את עילת המעצר (אשר יכולות להיות גם בלתי קבילות).

### פס"ד זארה

בפס"ד זה מפרט ביהמ"ש קווים מנחים לצורך יצירת תוכן ממשי במבנה המכונה "ראיות לכאורה". ביהמ"ש קובע את הרף: **סיכוי סביר להרשעה**.<sup>20</sup>

### דעת הרוב-

בדעת רוב, אומר השופט ברק: **"ראיות לכאורה הן ראיות גולמיות אשר לגביהן קיים סיכוי סביר שיעיבודן במהלך המשפט תוך בחינתן בחקירות, בקביעת אמינות ומשקל- יוביל לראיות רגילות- אשר מבססות את אשמת הנאשם מעל לכל ספק סביר..."**

השופט ברק מבהיר: אם ביהמ"ש מתרשם כי בסוף המשפט חפות או אשמה תיחתך לפי מידת המהימנות של נאשם לעומת זו של המתלוננת/ת- מכאן שיש תשתית ראייתית לקיים מעצר עד תום ההליכים, שכן בשלב זה ביהמ"ש לא אמור לבדוק מהימנות.

### דעת המיעוט-

השופט דורנר בדעת מיעוט מסכימה אמנם שיש צורך בסיכוי סביר לאשמה, אך בחינה מדוקדקת של פסק דינה מעלה נקודת מוצא שונה מזו של ברק; בעוד שדעת הרוב מדברת על מבחן פוזיטיבי (**סיכוי סביר להרשעה**)- השופט דורנר משתמשת במבחן נגטיבי: בחינה האם יש **ספק סביר** באשמת הנאשם. הרציונאל: לא יתכן שהרף לשם ביסוס מעצר עד תום ההליכים (שבו פגיעה בחירותו של הנאשם כה חמורה) יהיה זהה לרף הנדרש לשם הגשת כתב אישום...

### חיסיון חומר

הפסיקה קובעת: לא רצוי שבמעצר עד תום ההליכים ייחשף השופט לחומר שרק צד אחד רואה. יחד עם זאת במקרים חריגים יכולה התביעה או הסניגוריה לבקש להציג מידע מסוים רק בידי השופט. יודגש כי הדבר לא יכול להיעשות לגבי חומר המתייחס ישירות לעבירות נשוא כתב האישום- חומר שכזה יהיה חשוף.

<sup>20</sup> זהו אותו רף ראייתי הנדרש מהתובע על מנת להגיש כתב אישום.

### עילת מעצר

בחירת עילות המעצר נעשית רק לאחר שהתגבשה תשתית עובדתית.  
עילות המעצר הן:

- **שיבוש** - יסוד סביר לחשש שיבוש הליכי משפט..
- **מסוכנות** - יסוד סביר לחשש של פגיעה בביטחון הציבור (כולל פגיעה ברכוש)/ ביטחונו של אדם או ביטחון המדינה.

### פס"ד בנושא: גנימאת

בפס"ד זה התעוררה שאלת עילת חומרת העבירה: האם עצם העובדה שאדם נאשם בעבירה חמורה היא כשלעצמה יכולה להוות עילת מעצר עצמאית?<sup>21</sup>  
העובדות: ביהמ"ש בערכאות הנמוכות החליט לעצור גנב רכב אך ורק בשל העובדה שגניבות רכבים היו בגדר "מכת מדינה".

### רקע היסטורי

עד שנת 1988 המעצר נתפס כאמצעי הרתעה והוקעה של העבריין מהחברה.  
בשנת 1988 הוסף סעיף 21 א. לחסד"פ (סעיף זה בוטל לאחר), והמחוקק מפרט רשימה סגורה של עילות מעצר. השופט אלון קובע כי גם בתוך הרשימה הסגורה - העובדה שהנאשם מואשם בעבירה חמורה מהווה חזקה למסוכנות ותו לא.

לאחר כינון חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, מתחזקת עמדתו של השופט אלון. במהלך תקופת הביניים שבין חקיקת חוקי היסוד ועד חקיקתו של חוק המעצרים ניתן פסה"ד בעניין גנימאת.  
תוצאת פסה"ד: השופטים מסכימים עם כך ששיקולי מעצר הם אינם שיקולים הרתעתיים.

בניגוד לעבר, כיום אין בחוק המעצרים כל עבירה שיש לגביה מעצר חובה.

עילה דיונית נוספת למעצר עד תום ההליכים:

- **הפרת תנאים קודמים** - סעיף 21 (א) (2) - מדובר בהתפתחויות מאוחרות כגון אי-מתן ערובה, הפרת תנאי ערובה וכו'. במקרה שכזה אין חובה לבדוק חלופה, ודי בבדיקת תשתית ועילה.

### חלופת מעצר

חלופת מעצר מוגדרת בסעיף 21 (ב) (1) לחוק המעצרים.  
עיקרון חלופת המעצר משקף בצורה מובהקת את עיקרון המידתיות, והוא מבטא את הגישה שמעצר הוא איננו אלא אמצעי לקידום ההליך הפלילי- ואך רק כאשר יש בו צורך.  
בבדיקת חלופת מעצר ביהמ"ש יבחן את החלופה לפי מידת האמון שיש בו כלפי הנאשם.

### ההזנה ההדדית בין תשתית עובדתית, עילת מעצר וחלופת מעצר

בפס"ד **קורמן** קובע ביהמ"ש כי החזקה למסוכנות נגזרת גם לגבי החלופה. כך אם אדם נאשם בעבירה שיש לגביה חזקת מסוכנות, כן תהא חזקה כנגד חלופה.

### בש"פ 3138/05- הלכת חסיד

אומר השופט רובינשטיין: "באשר לעוצמת הראיות- ציין בימ"ש זה לא אחת כי מסכת ראיות שיש סימני שאלה באשר לעוצמתן- עשויה להצדיק חלופת מעצר..."

<sup>21</sup> היום התשובה לכך היא שלילית באופן חד-משמעי, זאת לאור סעיף 21, שאיננו מדבר על חומרת העבירה כעילת מעצר עצמאית.

סד"פ 29.12.09 שיעור 10

המשך נושא-

### מעצר עד תום ההליכים

#### סדרי הדין

מגיש הבקשה למעצר עד תום ההליכים הוא תמיד תובע, ולא חוקר (בניגוד למעצר לפני הגשת כתב אישום). ביהמ"ש אינו שומע עדויות והוא מחליט על בסיס הראיות. השופט הדן בבקשת המעצר יהיה ככל שמתאפשר הדבר שופט אחר מזה שידון במשפט עצמו, זאת על מנת למנוע מצב שבו יגבש דעה קדומה בנושא.

חובת מינוי סניגור - ישנה חובה למנות סניגור - כאשר עילת המעצר מסתמכת על אחת משתי העילות המהותיות - במידה וביהמ"ש מעוניין לתת צו מעצר (זאת להבדיל משחרור בערובה). ככלל, ישנה נוכחות חובה של הנאשם בדיון, והדיון יהיה תמיד פומבי - זאת בכפוף לחריגים.

#### מעצר לצרכי ערעור

ישנם שני תרחישים שבהתקיימם תבקש התביעה מהערכאה הדיונית מעצר לצרכי ערעור. תרחיש 1: הנאשם **זוכה**. מרגע שזוכה הנאשם - יש לשחררו באופן מיידי. יחד עם זאת לפי סעיף 63 לחוק המעצרים יכולה התביעה לפנות לביהמ"ש ולבקש שהות של 72 שעות לשם הגשת ערעור על הזיכוי. תרחיש 2: הנאשם **הורשע אך לא הושט עליו עונש מאסר בפועל**. סעיף 22 לחוק המעצרים מאפשר לתביעה לפנות אל ביהמ"ש בבקשה להשהות את החלטת השחרור ל-72 עד הגשת ערעור.

#### מעצר בתקופת הביניים - סעיף 17 (ד)

כפי שלמדנו בשיעור שעבר, סעיף 17 (ד) מהווה גשר בין תקופת החקירה לבין הגשת כתב האישום.

#### פס"ד דוד שימול נ' מדינת ישראל

ביהמ"ש קובע: מרגע שהודיעה המשטרה על סיום חקירה - החקירה הסתיימה. ככלל, אין זה מן הראוי לאפשר למשטרה לחזור בחזרה למעצר לצרכי חקירה - לאחר שהודיעה על סיומה. יחד עם זאת אין הדבר מצביע על כך שסעיף 17 (ד) יצור בהכרח חומה בלתי-עבירה בין החקירה לבין כתב האישום. יתכנו מקרים חריגים שבהם על אף שנתבקש מעצר לפי סעיף 17 (ד), יאפשר ביהמ"ש מעצר ימים לצורך המשך חקירה. סיטואציה שכזו תתרחש במקרים נדירים.

### חיפוש

ישנה אבחנה בין חיפוש בגוף האדם לבין חיפוש בחצרים.  
חיפוש בחצרים - רלוונטית פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש)<sup>22</sup>.  
סעיף 23 לפקודה מדבר על האפשרות להוציא צו חיפוש. סעיף 25 מדבר על חיפוש ללא צו.  
סעיף 29 מאפשר ביצוע חיפוש על פני גופו של אדם הנמצא באותם חצרים ויש חשד כי הוא מסתיר דבר מה על גופו. מדובר בחיפוש חיצוני בכליו ועל פני גופו של אדם.  
סעיף 23 א. מדבר על חיפוש במחשב. זהו חיפוש מיוחד שבמסגרתו יש צורך בצו מיוחד והחיפוש ייעשה ע"י אדם מיומן.

### חיפוש בגופו של אדם

#### רקע כללי

החוק הרלוונטי: חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה) (מעצר וחיפוש).  
לפני החוק לא היה דבר חקיקה מפורטת באשר לסוגי החיפוש בגופו של אדם.  
הגישה הייתה כי ניתן לבצע חיפוש כשמדובר בחיפוש לא חודרניים; על מנת לבצע חיפוש חודרני נדרשת אחת משתיים:

1. הסכמה

<sup>22</sup> פס"ד 5

2. התייחסות מפורשת של המחוקק לחיפוש חודרני  
במהלך תקופה זו ביהמ"ש מאבחן בין **ניתוק** דברים מהגוף לבין **הסרה** של דברים מהגוף. כך למשל אם מנתקים שיערה מהגוף – לדבר יש אלמנט של חדירה, שכן נעשה ניתוק של דבר המחובר לגוף ולשם כך נדרשת הסכמה או הוראת חוקק מפורשת.  
לעומת זאת הסרת חומר מעל פני הגוף היא איננה בגדר ניתוק ועל כן פעולה שכזו מותרת.  
ומה לגבי בדיקה חזותית של גופו העירום של האדם? ניכר כי פעולה שכזו היא נטולת אלמנט חדירתי.

**פס"ד קטלן**  
החקיקה הרלוונטית: סעיף 5 לפקודת בתי הסוהר. ביהמ"ש שואל עצמו האם אותו סעיף המאפשר חיפוש בגופו של אסיר השב מחופשה מאפשר גם ביצוע חוקן באסיר בהיעדר הסכמתו.  
ביהמ"ש קובע: התשובה איננה מוחלטת. חוקן מבטא חדירה מוחלטת, ולכן ביצוע הפעולה בהיעדר הסכמה הנה אסורה.

**פס"ד גואטה**  
אדם החביא חבילות סמים בין עכוזיו.  
ביהמ"ש העליון קובע: אין מדובר בניתוק אלא בהסרה.  
השופט אלון קובע: **כל חיפוש, גם אם נעשה בהסכמה – יש לעשותו תוך שמירה על כבודו של האדם.**

### **לאחר חקיקתו של חוק החיפושים –** **חיפוש חיצוני, חיפוש פנימי, חיפוש על פני הגוף**

**חיפוש חיצוני לעומת חיפוש פנימי**  
בשנת 1996 נחקק חוק החיפושים, ובו יורד המחוקק לרזולוציה מפורטת; החוק מאבחן בין חיפוש חיצוני לבין חיפוש פנימי.  
**לקיחת שיער** – כיום פעולה של לקיחת שיער מצויה במסגרת קטגוריה של חיפוש חיצוני. לפני חקיקת החוק, שיער זוהה עם חיפוש פנימי.  
**בחינה חזותית של גופו העירום של אדם** – גם כאן – מה שהיה בעבר בגדר חיפוש על פני הגוף לפי הפרשנות הפסיקתית – מוגדר היום כחיפוש חיצוני.

**חיפוש על פני הגוף –**  
ההגדרה לחיפוש על פני הגוף הנה שיוורית: כל מה שלא בגדר חיפוש חיצוני או פנימי הוא בגדר חיפוש על פני הגוף.  
דוגמאות לחיפוש על פני הגוף: סעיף 22 – חיפוש בעצור, חיפוש באדם שנמצא בחצרים, חיפוש על פני הגוף ע"י מאבטח בכניסה לקניון<sup>23</sup> (לפי חוק סמכויות לשם שמירה על ביטחון הציבור).

החוק לא מתייחס לביצוע חוקן בגופו של אדם ומכאן השאלה – האם חוק החיפושים יוצר הסדר שלילי, כלומר אם חוקן לא בפנים אזי לא ניתן לעשות חיפוש באמצעות חוקן?  
או לחילופין האם ניתן לומר שהיעדר התייחסות המחוקק לביצוע חוקן מאפשרת בחינה של הנושא לפי הפרשנות הפסיקתית שלפני חקיקת החוק (כלומר אם נעשה הדבר בהסכמה אזי מותר הוא?)  
אלו שתי פרשנויות אפשרויות אשר לא הוכרעו באופן חד-משמעי.

על מנת לאפשר חיפוש בגופו של אדם, יש צורך בקיומו של **יסוד סביר לחשוד כי בגופו של אדם יש ראיה**. בנקודה זו יש פיצול בין חיפוש פנימי לחיצוני.  
**לעניין חיפוש חיצוני** – מדובר בראיה מסוג **עיון או פשע**.  
**לעניין חיפוש פנימי** – ניתן לביצוע רק לצורך השגת ראיה לביצוע **פשע**.  
סעיף **4 (א)** לחוק החיפושים קובע:

<sup>23</sup> המרצה: תשאלו את אשתי, היא מבלה שם הרבה.

סדר דין פלילי  
שם המרצה: ד"ר אסף הראל  
סוכם ע"י עמית גונן

"היה לקצין משטרה יסוד סביר לחשוד שבגופו של חשוד נמצאת ראייה להוכחת ביצועה של עבירה מסוג פשע או להוכחת הקשר שבין החשוד לבין ביצוע עבירה כאמור, רשאי הוא להורות שיערך בחשוד חיפוש פנימי אם החשוד נתן את הסכמתו לכך כאמור בסעיף קטן (ה)"  
חיפוש חיצוני יכול להיעשות ע"י שוטר בעוד שעל חיפוש פנימי יכול להורות רק קצין משטרה.

#### הסכמת החשוד לחיפוש

בחוק החיפוש ישנו עיקרון כללי לפיו יש לבקש את הסכמתו של החשוד לביצוע החיפוש- טרם עריכת החיפוש.

סעיף 2 (ג) קובע: "אין עורכים חיפוש בגופו של חשוד אלא לאחר שנתבקשה הסכמתו לכך".

#### פס"ד בנושא: ליאוניד לוי

בפס"ד זה מדגיש ביהמ"ש כי ישנם שני תנאים שהם בגדר חובה שאין לחרוג ממנה בשום אופן:

1. **בקשת הסכמה** - בקשת הסכמתו של החשוד הנה תנאי עקרוני בסיסי הנגזר מחוק יסודי כבוד האדם וחירותו.
2. **שמירה על הכבוד** - ביצוע חיפוש תוך שמירה על כבוד האדם ותוך פגיעה מידתית בזכויותיו של החשוד.

#### סירובו של חשוד לביצוע חיפוש

נשאלת השאלה- מה הדין אם החשוד לא נותן הסכמתו לחיפוש?  
סעיף 3 קובע: יש להביא החשוד בפני קצין משטרה והאחרון יסביר לו את חובתו להסכים לחיפוש. הקצין יסביר לחשוד את השלכות סירובו לחיפוש. אם עדיין מסרב החשוד לחיפוש- יש אפשרות לעשות שימוש בכוח סביר- לא לגבי כל סוגי החיפוש החיצוני אלא רק לגבי סוגים מסוימים של חיפוש חיצוני.  
לגבי חיפוש פנימי- יש לבצע את ההליך בפני קצין משטרה. בנוסף להליך זה, יש לפנות לביהמ"ש ולבקש היתר לעריכת החיפוש בהיעדר הסכמה- אלא אם הקצין שוכנע כי אין זמן מספיק לשם פניה לביהמ"ש בבקשת ההיתר האמור.

#### הסמכות לעשות שימוש בכוח סביר

כאשר מדובר בחיפוש חיצוני שאינו חודרני- רק לגבי חלק מהחיפוש יש ניתן לעשות שימוש בכוח סביר בהיעדר הסכמה.

חיפוש חיצוני שאינו חודרני משמע בחינה חזותית של גופו העירום של אדם, נטילת טביעה של חלק מהגוף וחומר מתחת לציפורניים, לקיחת שיער/ לקיחת חומר מעל הגוף, בדיקה על העור- למעט טביעת שיניים או נטילת שיער מחלקים מוצנעים של הגוף.

חיפוש חיצוני חודרני או חיפוש פנימי אינם ניתנים לביצוע ע"י שימוש בכוח- אם אין הסכמה.

כך למשל בדיקת שתן לא ניתנת לביצוע ע"י שימוש בכוח. כנ"ל לגבי ינשוף. רק לגבי אותם סעיפים המנויים בסעיף 3 (ב) ניתן לעשות שימוש בכוח:

**3 (ב):** על אף הוראות סעיף קטן (א), רשאי שוטר או מי שנקבע לכך בסעיף 5, לפי הענין, לערוך חיפוש חיצוני כהגדרתו בפסקאות (1) עד (3) ו-(6) עד (8), למעט טביעת שיניים, מנשך שיניים, או לקיחת שיער מחלקים מוצנעים של הגוף, תוך שימוש בכוח סביר, כאשר החשוד לא נתן את הסכמתו, ולאחר שניתן אישור לכך כאמור בסעיפים קטנים (ג) ו-(ד).

#### לסיכום

בביצוע חיפוש חיצוני לא חודרני- נדרשת הסכמה או פרוצדורה. רק לאחר מכן ניתן לבצע שימוש בכוח סביר.

לעומת זאת לגבי חיפוש חיצוני חודרני או חיפוש פנימי מכל סוג: נדרשת הסכמה או פרוצדורה (שונה ומחמירה מן הפרוצדורה של חיפוש חיצוני) ואם אין הסכמה- לא ניתן לבצע שימוש בכוח.

#### השלכות ראייתיות בגין סירוב לביצוע חיפוש

#### פס"ד חורי

פס"ד זה ניתן לפני חוק החיפוש.

העובדות: אדם התבקש לטבול ידיו בתוך תמיסה כימית שאמורה לאתר סמים שהיו בידיו. הוא התנגד והשטרים לא הפעילו כוח. ביהמ"ש העליון קובע: משסירב החשוד לביצוע הבדיקה ובהיעדר נימוק סביר - **עצם הסירוב יהווה חיזוק לראיות התביעה**.

לאחר מכן המחוקק מאמץ את פסה"ד, וקובע בסעיף **11** לחוק החיפוש:  
**"סירוב החשוד שייערך חיפוש בגופו, בין באמירה ובין בהתנהגות המונעת את סירוב 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)..."**

נשאלת השאלה - מה הדין כאשר אדם מסרב לביצוע חיפוש מסוג חוקן?  
מאחר שחוקן לא מופיע ברשימת החיפוש הפנימי מכאן שהסירוב לא יהווה סנקציה ראייתית.

**פס"ד קורטהם**  
אדם נתבקש לתת הסכמתו לניתוח הוצאת שקית סמים מקיבתו - לשם הצלת חייו. סניגורו מתנגד לקבלת הראייה, שכן הושגה תוך הפרת פרטיותו. ביהמ"ש דוחה את הטענה.  
כיום חוק זכויות החולה מאפשר ביצוע ניתוח בהיעדר הסכמה - לשם הצלת חייו של אדם.

**הכלל: הסנקציה הראייתית תתקיים אך ורק כאשר בעקבות הסירוב לא יתבצע חיפוש.**

**ענישה בגין סירוב לביצוע חיפוש**  
המחוקק קובע כי הסירוב איננו מסתכם בסנקציה ראייתית, והוא מהווה עבירה פלילית עצמאית.  
סעיף 275 לחוק העונשין קובע עבירה של הפרעה לשוטר במילוי תפקידו. ניתן לומר כי עצם הסירוב הוא הכשלת שוטר במילוי תפקידו. יחד עם זאת כיום אין צורך בסעיף זה לשם ענישה בגין סירוב לביצוע חיפוש.  
סעיף **12** לחוק החיפוש קובע:

**12. עונשין**  
חשוד בעבירה על סעיף 300 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן - חוק העונשין), או בעבירה על פקודת הסמים המסוכנים (נוסח חדש), התשל"ג-1973, או על סימן ה' לפרק י' לחוק העונשין<sup>24</sup>, שדין 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.

**אופן עריכת החיפוש**  
חוק החיפוש בדרגתו הנורמטיבית הוא מעבר לחוק ספציפי. ניתן ללמוד זאת מתוך סעיף 2 (ב) אשר קובע:  
**נקבע בחוק אחר הסדר שונה, באשר לחיפוש בגופו של חשוד, יחול חוק זה בכפוף להסדר השונה שנקבע...**  
המסקנה: החוק בעל השלכה רחבה יותר מזו של חוק רגיל והוא יונק את כוחותיו מחוק יסוד כבוד האדם וחירותו:

- **מידתיות** - חיפוש יש לבצע תוך **שמירה על הכבוד**. יישום דברי השופט אלון בפס"ד גואטה.
- בקשת **הסכמה** לביצוע החיפוש - סעיף 2 (ג)
- חיפוש פנימי יערך **במרפאה** ולעתים ע"י רופא (כנ"ל לגבי חלק מחיפוש חיצוניים) (סעיף 3)
- חיפוש פנימי דורש **אישור רופא** טרם עריכת החיפוש {סעיף 4 (ד)}
- חיפוש ייערך ע"י **בן מינו** של החשוד {אלא אם מתקיים אחד החריגים בסעיף 2 (ה)}

<sup>24</sup> סוגים שונים של עבירות מין.

## סד"פ 5.1.10 שיעור 11

המשך נושא-

### חיפוש בגוף האדם

#### חיפוש בלתי-חוקי

חוק החיפוש לא מתייחס לשאלת קבילותה של ראייה אשר הושגה תוך כדי הפרת החוק. למרות שתקנתו של החוק, ניכר כי התשובה ברורה- לפי הלכת יששכרוב. ראייה שהושגה תוך הפרה של הזכות להליך הוגן, כאשר מדובר בהפרה ממשית אשר איננה עומדת בגדרה של פסקת ההגבלה- לא תהא קבילה.

#### סוגי החיפוש לאחר חקירתו של חוק החיפוש

סעיף 5 לפקודת המשטרה מקנה לשוטרי סמכות לחפש בכליו ובגופו של חשוד. נשאלת השאלה מהו מעמדו של החיפוש המנוי בפקודת המשטרה, לאחר חקירתו של חוק החיפוש? המחוקק נותר אדיש גם לאחר חקירתו של חוק החיפוש ואיננו מתקן את הפקודה או מבהיר כי החיפוש הוא איננו פנימי ואיננו חיצוני. נשאלת השאלה האם כעת ישנם ארבעה סוגים של חיפוש? פנימי, חיצוני, חיפוש על פני הגוף לפי הגדרה שיווירית וחיפוש לפי הוראות הפסיקה הישנות שלפני חוק החיפוש? הפתרון הוא פרשנות לפי סעיף 2 (ב) לחוק, אשר מאפשר לייבא את חוק החיפוש בכפוף להסדר ספציפי. יחד עם זאת ניכר כי מדובר בפתרון חלקי.

#### פס"ד ליאונד לוין

בעקבות פס"ד זה המחוקק מתקן את פקודת התעבורה. בפרשה זו עלתה סוגיה של בדיקת דם לנהג שהיה מעורב בתאונת דרכים קטלנית. פרוצדורת הבדיקה נעשתה לפי תקנות התעבורה, אשר הסדירו פרוצדורה שונה מזו שבחוק החיפוש. דוגמאות: בחוק החיפוש נקבע כי בטרם ביצועה של בדיקת דם (חודרנית) עדיפה בדיקה חיצונית (ינשוף). כמו כן נקבע כי נדרשת הסכמה של החשוד. לעומת זאת ע"פ התקנות לא נדרשה הסכמתו של החשוד לבדיקה, לא נדרש אישור רופא מראש לשם ביצוע הבדיקה וכן לא ניתנה עדיפות לבדיקה חיצונית. בפס"ד עלתה שאלת חוקיותו של החיפוש וכן שאלת מעמדה הנורמטיבי של התקנות אל מול מעמדו של חוק החיפוש (הסדר כללי אל מול הסדר ספציפי). ביהמ"ש קובע: הסדר ספציפי משמע הסדר בחקיקה ראשית, ולא בתקנות. המסקנה: ההסדר המופיע בתקנות התעבורה לא יכול לגבור על הוראות חוק החיפוש. יחד עם זאת במקרה ספציפי זה ביהמ"ש מכשיר בסופו של דבר את הראיות, שכן החיפוש נעשה במקרה זה בהסכמה ובמרפאה ומדובר בהפרות לא משמעותיות.

#### הגובת המחוקק

בעקבות פס"ד המחוקק מתקן כאמור את סעיף 64 ב. לפקודת התעבורה. השינוי: מעתה אין צורך בתשתית ראייתית לשם ביצוע בדיקת רוק/ינשוף: שוטרי רשאי לדרוש בדיקה אף בהיעדר חשד שנעברה עבירה לפי פקודה זו. למען הסר כל ספק, המחוקק מוסיף ומבהיר בסעיף קטן (ו): "הוראות חוק החיפוש לא יחולו על נטילה של דגימת נשיפה, רוק, שתן או דם לפי הוראות סעיף זה". לגבי דגימת דם או שתן נקבע: יש צורך בחשד סביר כי החשוד שיכור או היה מעורב בתאונת דרכים על מנת לבצע את הבדיקה. בדיקת דם יכול שתיעשה בתחנת משטרה, בתנאי מרפאה. לצורך נטילת אחת הבדיקות להלן נקבע כי מוסמך השוטר לעכב את האדם לשם ביצוע הבדיקה, ואם מדובר באדם שאיננו חשוד- לא יעלה העיכוב על חצי שעה. סירוב לתת דגימה לפי דרישת שוטר מהווה עבירה פלילית עצמאית, וכן סנקציה ראייתית. יחד עם זאת לא ניתן להפעיל שימוש בכוח, שכן לא נעשה שימוש בחוק החיפוש.

סעיף 14 לחוק החיפוש מאפשר לבצע חיפוש בגוף האדם גם לגבי מי שאיננו חשוד ובלבד שנתן הסכמתו בכתב. למשל קורבן של עבירה.

### פס"ד בן שושן

שוטר נכנס לביתו של אדם לאחר ששמע רעש צלופן דרך הדלת. השוטר הבין כי מדובר בעטיפה של סמים. ללא צו, פרץ השוטר לתוך הבית. בן-שושן ראה את השוטר ובעקבות כך בלע את חבילת ההרואין. השוטר פתח את פיו של החשוד, נאבק בו ותוך כדי חניקתו הוציא החוצה את הראיה. החשוד מוזהר, נלקח לתחנה ומודה.

ביהמ"ש קובע: הכניסה לבית נעשתה בהיעדר סמכות; ללא צו וללא יסוד סביר לחשוד כי היה מדובר בסם. כמו כן נעשה שימוש בוטה בכוח תוך הפרה של חוק החיפוש. התוצאה: הראיות נפסלות (הן הסמים והן ההודאה), והנאשם מוזכה. הפרקליטות לא ערערה על פסק הדין (אשר ניתן לפני פס"ד יששכרוב; כלל הפסילה הפסיקתית נקבע כאמור בהמשך, בפס"ד יששכרוב).

### שיקולי התביעה בהעמדה לדין

על פי המשפט המנהלי, האצלת סמכות שלטונית לגוף פרטי טעונה הסמכה מפורשת בחוק. נשאלת השאלה- האם רשאי היועמ"ש לממשלה להאציל סמכותו להעמדה לדין לגופים פרטיים? הפסיקה הכשירה את העניין, בעיקר מסיבות פרקטיות ולצורך סיטואציות מסוימות.

#### פס"ד בנושא: **בג"ץ 8340/99- גורלי**

העובדות: היועמ"ש הסמיך עורכי דין פרטיים להיות תובעים בסוג מסוים של משפטים פליליים, מכוח סעיף 12 לחסד"פ. מדובר בתובעים שייצגו רשויות מקומיות. ביהמ"ש קובע: ראוי שהתפקיד לא יבוצע ע"י עו"ד פרטי. יחד עם זאת יש ליועמ"ש שיקול דעת רחב להחליט להסמיך עו"ד במגזר הפרטי, ואין מדובר בחוסר סבירות קיצוני.

### שיקול דעתו של היועמ"ש

על מנת לאפשר לתובע להגיש כתב אישום, יש לעמוד בשני תנאים מצטברים:

1. תנאי דיות הראיות- ראיות מספיקות לאישום.

2. קיומו של עניין לציבור.

יש הבדל רב בין שני התנאים הללו: התנאי הראשון הנו תנאי טכני-מקצועי ואילו התנאי השני הנו תנאי ערכי.

המשמעות: ליועמ"ש שיקול דעת נרחב ביותר, והוא איננו בגדר פקיד...

### דיות הראיות-

נשאלת השאלה- האם התשתית הראייתית זהה לתשתית הראייתית הקיימת בהקשר של מעצר עד תום ההליכים (ע"פ המבחן בפס"ד זאדה: "סיכוי סביר להרשעה")?

#### פס"ד בנושא: **יונה יחב**

בפס"ד זה השופטים גולדברג ואור בדעת רוב קובעים מבחן ברור של רף ראייתי: **אפשרות סבירה להרשעה**.

בהקשר של שיקול הדעת לפי בדיקת קיומה של תשתית ראייתית, תפקידו של היועמ"ש לממשלה הוא מקצועי גרידא. המשמעות: מידת הריסון שבג"ץ יגזור על עצמו בהקשר זה תהא רבה ביותר; רק חוסר-סבירות קיצוני יוביל לפסילת החלטה של היועמ"ש בהקשר של היעדר-תשתית עובדתית<sup>25</sup>.

בדעת מיעוט קובעת השופטת דורנר (שכזכור גם בפס"ד זאדה הייתה בדעת מיעוט): מעצר עד תום ההליכים פוגע באופן קשה ביותר בחירות ועל כן נדרש רף ראייתי גבוה. לא יתכן שהרף הראייתי לצורך הגשת כתב אישום יהיה גבוה יותר מהרף הראייתי הנדרש לשם ביצוע מעצר עד תום ההליכים...

<sup>25</sup> עד היום לא קרה מקרה שבו פסל בג"ץ החלטה של יועמ"ש שלא להגיש כתב אישום בשל נימוק של היעדר תשתית ראייתית מספקת.



### חוסר-עניין לציבור

בניגוד ליסוד של תשתית ראייתית, חוסר עניין לציבור הנו "מגרשו הפרטי" של בג"ץ.

#### פס"ד בנושא: גנור נ' היועמ"ש

פס"ד זה עסק בפרשת ויסות מניות הבנקים. היועמ"ש החליט לסגור את התיקים נגד המעורבים בפרשה מחמת חוסר עניין לציבור. בג"ץ פוסל את החלטתו. בג"ץ קובע: ליועמ"ש שיקול דעת רחב ביותר, והתערבות בשיקול דעתו תיעשה רק במקרים חריגים וקיצוניים. יחד עם זאת כמו כל רשות מנהלית אחרת- חובה עליו לפעול בסבירות ובהגינות. ביהמ"ש מגדיר עניין לציבור: החלטה ערכית באשר לתועלת שתצמח לקיום המסגרת החברתית כתוצאה מהעמדה לדין, לעומת הנזק שייגרם למסגרת זו כתוצאה מאי-העמדה לדין.

#### נזק מול תועלת-

בבג"ץ קצב, מדבר השופט אדמונד לוי על נזק לעומת תועלת שגורם ההליך הפלילי: ההליך הפלילי גורם לבירור האמת, הוא כלי שבאמצעותו ניתן לשדר מסר ערכי לציבור, פומבי ותורם במובן זה שקורבנות העבירה מקבלים את הלגיטימציה של הממסד. יחד עם זאת ישנן גם בעיות, כדוגמת הנזק שגורם ההליך הפלילי לנאשם. בנוסף, להליך הפלילי יש מגבלה אינהרנטית במובן זה שלא תמיד האמת העובדתית והאמת המשפטית חופפות זו לזו...

#### התערבות בג"ץ בהחלטת היועמ"ש

נמנה להלן דוגמאות למקרים שבהם התערב בג"ץ בהחלטתו של היועמ"ש והורה על הגשת כתב אישום:

##### בג"צ צופן

במקרה זה מדובר באל"מ שלקח רחוק מדי הוראה של יצחק רבין ז"ל "לשבור להם את הידיים והרגליים"... הוא הועמד לדין משמעתי. הפצ"ר ביקש שלא להעמידו לדין ולהסתפק בהליך המשמעתי.

בג"ץ שולל את ההחלטה וקובע: יש להגיש כתב אישום.

##### פס"ד שאק

פרשת העמותות: היועמ"ש החליט שלא להעמיד לדין. גם כאן מתערב בגין ומורה על הגשת כתב אישום.

### היחס שבין דיות הראיות לבין עניין לציבור

#### בג"ץ קצב

השופט אדמונד לוי בדעת מיעוט קובע: אם מתקיים היסוד של דיות ראיות- ניכר כי יש גם עניין לציבור, ולהיפך. אם כפות המאזניים מאוזנות- יש למלא את החסר שבתשתית הראייתית- באמצעות העניין לציבור. במילים אחרות ניתן לבצע הזנה הדדית בין שני הרכיבים, אשר קשורים אחד בשני. טענתו של השופט אדמונד לוי עלולה להוביל למדרון חלקלק: שיקול אחד הנו מקצועי גרידא ואילו השני- ערכי. הזנה הדדית בין דיות הראיות לבין עניין לציבור עלולה ליצור סיטואציה מסוכנת שבה למשל לא יועמד לדין ראש ממשלה- לאור העובדה שהדבר יפגע בציבור בוחריו- גם אם יש מספיק ראיות. הנשיאה בייניש מצדה מתנערת מכל וכל מטיעונו של לוי (אע"פ שגם היא בדעת מיעוט).

#### בג"ץ 724/83 מדינת ישראל נ' כבוד השופט זפט

השופט זפט הנו שופט בימ"ש שלום בנתניה.

סעיף 185 לחסד"פ קובע: אם שופט שלום מגלה שבתחום סמכותו יש עבירה שאמורה להיות בסמכותו של ביהמ"ש המחוזי- עליו להעביר את התיק לביהמ"ש המחוזי.

העובדות: התביעה בחנה את חומר הראיות כנגד שני נאשמים והחליטה להעמידם לדין בביהמ"ש השלום בגין עבירות המסווגות כעוון.

השופט זפט, אשר דן בתיק פירש את העבירות כעבירות מסוג פשע, שכן מדובר היה במקרה גבולי של גניבה. עבירת גניבה הנה בקטגוריה של עוון בעוד שהשופט זפט מפרש את העבירות כגניבה ממעבי, אשר הנה בגדר פשע. למרות דעתו של השופט זפט- התביעה מבקשת להעמיד לדין בגין עבירה מסוג עוון. השופט זפט למורת רוחה של התביעה מחליט להעביר את התיק לביהמ"ש המחוזי.

התביעה בצעד נדיר הגישה בג"ץ כנגד שופט.

בג"ץ מקבל את עתירתה של התביעה וקובע: הנטייה היא לא להתערב בשיקולי התביעה בניסוח האישומים- אלא אם כן יש נסיבות מסוימות (הקשורות במשפט המנהלי), כדוגמת חוסר תום לב או חוסר סבירות קיצוני.  
המשמעות: על השופט לשמוע את הצדדים; אם התביעה נחושה בעמדתה כי איננה מעוניינת בעבירה מסוג פשע ומעוניינת היא כי העבירה תידון בביהמ"ש השלום (באין חשש למשגה חמור של התביעה)- יש לשקול בחיוב את עמדת התביעה ואף לאמצה.  
התוצאה: אין מדובר בעבירות שונות באופן קוטבי מכאן שאם החליטה התביעה כי היא מבקשת מבין החלופות השונות לבחור את האישום הקל יותר, כשהחלטה איננה בלתי-סבירה- הרי שאין כל סיבה שביהמ"ש יבחן את הדרך החמורה יותר, בניגוד לעמדת התביעה.

### סגירת תיק בעילת חוסר-אשמה

לעילה של חוסר אשמה אין מקור נורמטיבי מפורש בחקיקה והיא תוצר פסיקטי.

#### **קבלרו**

עו"ד נחקר במשטרה. בסופה של החקירה הוחלט שלא להעמידו לדין מפאת חוסר-ראיות. החשוד מבקש שעילת הסגירה לא תהיה חוסר-ראיות אלא חוסר אשמה.  
ביהמ"ש קובע: יש מקרים שבהם אין ספק מבחינת חפותו של החשוד. במקרים שכאלה, שבהם "אין אבק של אשם" כנגד החשוד- יש לסגור את התיק מחוסר אשמה, ולא מחוסר ראיות.  
למרות ההלכה החדשה שנקבעה, ביהמ"ש קובע כי בעניין הספציפי של עו"ד קבלרו התיק ייסגר מחמת חוסר-ראיות ולא חוסר אשמה.

סעיף 62 ב. לחסד"פ מכשיר את פסה"ד קבלרו, אך איננו קובע עילה עצמאית לסגירת תיק של חוסר-אשמה.

### זכות השימוע

נשאלת השאלה- האם יש לתת זכות טיעון טרם הגשת כתב אישום?  
בעבר זכות השימוע היתה נתונה לאישי-ציבור בלבד, על מנת לוודא שלא נעשה שימוש לרעה בהליך הפלילי כנגדם.  
המחוקק בסעיף 60 א. לחסד"פ שינה את ההלכה וקבע פשרה: יש לאפשר זכות טיעון גם לאדם מן היישוב, אך לעניין עבירות מסוג פשע בלבד.

סד"פ 12.1.10 שיעור 12

### עיון בחומר החקירה

**סעיף 74** לחסד"פ קובע:

74. עיון בחומר החקירה

- (א) הוגש כתב אישום בפשע או בעוון, רשאים הנאשם וסניגורו, וכן אדם שהסניגור הסמיכו לכך, או, בהסכמת התובע, אדם שהנאשם הסמיכו לכך, לעיין בכל זמן סביר בחומר החקירה וכן ברשימת כל החומר שנאסף או שנרשם בידי הרשות החוקרת, והנוגע לאישום, שבידי התובע ולהעתיקו.
- (ב) נאשם רשאי לבקש, מבית המשפט שאליו הוגש כתב האישום, להורות לתובע להתיר לו לעיין בחומר שהוא, לטענתו, חומר חקירה ולא הועמד לעיונו.
- (ג) בקשה לפי סעיף קטן (ב) תידון לפני שופט אחד ובמידת האפשר היא תובא בפני שופט שאינו דן באישום.
- (ד) בעת הדיון בבקשה יעמיד התובע את החומר שבמחלוקת לעיונו של בית המשפט בלבד.
- (ה) על החלטת בית משפט לפי סעיף זה ניתן לערור לפני בית המשפט שלרעור שידון בערר בשופט אחד.

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

החובה: **חובת העיון בחומר החקירה איננה חלה על עבירות מסוג חטא.**  
**החובה חלה רק לאחר שהוגש כתב אישום**  
המועד: **מועד הגשת כתב האישום הוא המועד שבו נחשף הנאשם לחומר החקירה**

הרציונאל לאפשר לנאשם לעיין בחומר החקירה: בלעדי עיון בחומר החקירה אין אפשרות אמיתית לקיים משפט הוגן.  
זכות העיון נתפסת כחלק מזכות יסוד של הנאשם להליך הוגן, אשר בעלת מעמד חוקתי- דרך חוק יסוד כבוד האדם וחירותו.  
בעוד שעל התביעה חלה חובה לחשוף את ראיותיה- לנאשם שמורה הזכות שלא לחשוף את קו ההגנה שלו. כלל זה מבטא ניסיון לאזן את חוסר השוויון שבין הפרט לבין המדינה.

מצד התביעה: **חריגים לחובה לחשוף את חומר החקירה**  
**ראיות מפריכות** - סעיף 80 לחסד"פ. מדובר בראיות שמעצם טיבן לא יכלה התביעה לחזות מראש.  
מרגע שהתובע שומע את פרשת ההגנה ומתחיל בחקירה על מנת להפריך ראיות הזמה- הפעולה נחשבת כחקירה.  
**עניינים פורמאליים** - סעיף 77 (ב). עניינים פורמאליים שאינם רלוונטיים לאישום.

מצד הנאשם: **חריגים לאי-חובה לחשוף מראש את קו ההגנה**  
**חוות דעת או תעודת רופא** - לבקשת תובע, רשאי ביהמ"ש לצוות על הנאשם להמציא מראש חוות דעת או תעודת רופא שהוא עתיד להגיש כראייה.  
**טענת אליבי** - נאשם המבקש לטעון טענת אליבי חייב להעלותה מייד. אם לא יטען אותה מייד- עליו לקבל אישור מביהמ"ש על מנת להעלותה בהמשך המשפט.

פס"ד **חזיף**  
במקרה זה העלה נאשם פוטנציאלי בפני ביהמ"ש טענה, לפיה גם בסיטואציה שבה החקירה הסתיימה והתובע שוקד על הכנת כתב האישום- כבר בשלב זה יש לחייב את התביעה להמציא את חומר החקירה להגנה. ביהמ"ש דוחה טענה זו מכל וכל וקובע: המועד להמצאת חומר החקירה הוא הגשת כתב האישום.

### מהו חומר חקירה?

המבחן שקבעה הפסיקה: **מבחן הרלוונטיות**:  
"**כל ראיה העשויה להיראות רלוונטית לשאלות העומדות להכרעה במשפט- במישרין או בעקיפין, בין שהיא תומכת בגרסת התביעה, בין שהיא לכאורה עומדת בסתירה לה ובין שהיא נראית נטרלית לגבי השאלת השנויות במחלוקת- חייבת להיכלל בחומר החקירה העומד לעיון הסניגוריה"**

**התנגשות בין זכויות בעקבות חשיפת חומר החקירה**  
לא פעם, חשיפת חומר חקירה עלולה לפגוע בזכויות מתנגשות או באינטרסים ציבוריים מתנגשים.  
דוגמא: אדם נאשם בעבירות מין. הנאשם מכיר את המתלוננת מעת שהייתה בת 12. המתלוננת כתבה יומן מגיל 6-15, אשר רלוונטי לצורך החקירה. נשאלת השאלה מה לגבי תוכן היוםן מגיל 12-6, בעת שלא הכירה את הנאשם. חשיפת החומר עלולה לפגוע בזכות החוקתית של המתלוננת לפרטיות וכן באינטרס ציבורי- להגן על קורבנות העבירה.  
המסקנה: **ככל שחשיפת חומר כזה או אחר עלולה לפגוע בזכות יסוד של פרט או באינטרס ציבורי מוגן- כך יהיה מבחן הרלוונטיות מחמיר יותר.**

פס"ד בנושא: **התובע הצבאי הראשי נ' ביה"ד הצבאי לערעורים**  
השופט בייניש קובע: יש לבצע איזון בין הזכות להליך הוגן לבין זכויות יסוד אחרות המתנגשות עמה:  
**ככל שהזיקה בין חומר החקירה לבין השאלות השנויות בחומר רחוקה יותר, וככל שיש פגיעה בזכות יסוד מוגנת או באינטרס ציבורי מוגן- כך תקטן הנטייה לחשוף את החומר.**

יחד עם זאת חשיפת חומר שעשוי להעיד על חפותו של הנאשם- תגרור נטייה לחשוף את החומר, ולהעדיף הגנה על הזכות להליך הוגן.  
במקרה זה מדובר היה בחקירות פוליגרף פולשניות שבוצעו כלפי המתלוננת. הסניגור ביקש להעביר אליו את ממצאי בדיקת הפוליגרף.  
ביהמ"ש קובע: אין מדובר בחומר רלוונטי לחקירת הנאשם...

#### **פס"ד מדינת ישראל נ' ביהמ"ש השלום בירושלים**

מדובר בדפים מסוימים מתוך יומנים שכתבה מתלוננת בעבירות מין. הפרקליטות המציאה לנאשם אך ורק את הדפים הרלוונטיים לתקופת ההיכרות של הנאשם עם המתלוננת. הסניגור דרש דפים שקדמו לתקופת ההיכרות.

ביהמ"ש השלום אישר לחשוף את החומר בפני ביהמ"ש בלבד ולשמוע טיעונים במעמד צד אחד.  
הפרקליטות התנגדה לעצם הוצאת היוםנים והגישה ערר לביהמ"ש המחוזי.  
בערר שהוגש לביהמ"ש המחוזי, אישר האחרון את החלטת ביהמ"ש השלום. בצעד חריג ויוצא דופן הגישה הפרקליטות עתירה לבג"ץ כנגד ביהמ"ש שלום.  
ביהמ"ש העליון קובע: הפרשנות העקרונית לחומר חקירה הנה פרשנות מרחיבה. יחד עם זאת השאיפה היא למנוע "מסע צייד" (שיטת מצליח) בהיעדר תשתית מינימאלית; לא כל גחמה של הסניגור תיענה בחיוב.

כשמדובר במצב שבו החומר נחשף רק בפני ביהמ"ש ולא בפני הנאשם, אם אין חשש לפגיעה באינטרסים מוגנים והחומר בשליטת התביעה- די שהסניגור יצביע על קצה חוט שיש בו כדי להראות שמדובר בחומר חקירה. יחד עם זאת גם כאשר מדובר במסננת הראשונה של ביהמ"ש- יש להציב גבולות.  
ביהמ"ש העליון תוקף את ההחלטה להעניק זכות טיעון במעמד צד אחד וקובע: עם כל הכבוד לרצון שלא לחשוף קו הגנה, ההליך השיפוטי הוא איננו משחק אשקוקי, וגם כאן יש להציב גבולות.

#### **קו הגבול: תרשומות פנימיות בתיק החקירה הן אינן חומר חקירה**

הפסיקה קובעת: מסמכים פנימיים כגון תרשומות פנימיות או התכתבויות פנימיות שנמצאות בתיק החקירה אך אינן מכילות מידע מהותי בנוגע לאישום- הן אינן בגדר חומר חקירה. אותו כנ"ל לגבי סיכום חומר חקירה, אשר מהווה תרשומת פנימית.

#### **פס"ד משה קצב נ' מדינת ישראל**

עורכי דינו של קצב ביקשו חומר אשר לא הומצא לסנגוריה.  
החומר במקרה זה: פרקליט המדינה ביקש לראיין את אחת המתלוננות, במסגרת החלטתו האם להגיש כתב אישום נגד הנשיא לשעבר או לא. המתלוננת לא אמרה דברים חדשים שלא מסרה במשטרה, וכל מה שמסרה במשטרה הועבר לעיון הסניגור. הסניגור ביקש את התרשומת שערך פרקליט המדינה ביחס להתרשומות מהראיון שערך עם המתלוננת.

ביהמ"ש קובע: אין הבדל בין מצב שבו פרקליט המדינה מראיין לצורך החלטה אם להגיש כתב אישום לבין מצב שתובע מראיין עד לקראת שלב ההוכחות במשפט. בשני המקרים, ככלל- תרשומות של עד הן אינן בגדר חומר חקירה- **אלא אם כן מסר העד בראיון פרטים עובדתיים חדשים ומהותיים**; במצב כזה הפרקליט צריך לתעד את הדברים החדשים ולהעבירם באופן מיידי לסניגור.

מן הכלל אל הפרט: במקרה זה התביעה לא הצהירה שהמתלוננת הוסיפה פרטים עובדתיים חדשים או מהותיים שלא נאמרו קודם לכן.  
התוצאה: ביהמ"ש סומך על גרסת התובע כי לא נמסרו ע"י המתלוננת פרטים עובדתיים מהותיים חדשים, ולפיכך נקבע כי אין מדובר בחומר חקירה.

#### **פס"ד אלהויל**

ההגנה ביקשה לראות תיק חקירה שהתנהל כלפי עד מדינה (חקירה בעניין אחר שאיננו קשור לעדותו), על מנת לפגוע במהימנותו.

ביהמ"ש קובע: מדובר בחומר בלתי-קביל. בנוסף- עדות של עד הגנה טעונה סיוע והחומר כלל אינו קשור למקרה הנדון בכתב האישום. מכאן שאין מדובר בחומר חקירה.

### **חומר אשר "נמצא בידי התובע" - מבחן השליטה**

לפי סעיף 74 לחסד"פ, חומר חקירה הוא חומר חקירה רק כאשר הוא נמצא בידי התובע. הפסיקה קובעת (בבג"ץ היומנים): לצורך סעיף 74 - חומר חקירה כולל גם חומר שנמצא בשליטת רשויות התביעה, או חומר שצריך ע"פ טיבו להימצא בידיהם.

### **פס"ד הנרי קלושנדלר**

נגד נאשם הוגש כתב אישום בגין מעשי אינוס. הוא ביקש לקבל לעיונו חומר הנוגע לתלונה קודמת שהגישה המתלוננת במשטרת אנגליה - בעניין מעשיי אינוס שאינם קשורים לנאשם. הפרקליטות טענה שהחומר לא אצל. ביהמ"ש גיבה את החלטת הפרקליטות וקבע שאין מדובר בחומר חקירה - מבלי שעיון בחומרים אלה. ביהמ"ש העליון קובע: העובדה שהחומר פיזית לא נמצא בשליטת הפרקליטות היא איננה עובדה מכרעת, והמבחן הוא מבחן השליטה.

סעיף 108 לחסד"פ קובע:

### **108. צו להמצאת מסמכים ומוציא**

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.

ההבדלים בין סעיף 74 לבין סעיף 108

- המועדים.
- בעוד שחשיפת חומר חקירה לפי סעיף 74 הנה בגדר חובה - סעיף 108 הנו בגדר רשות בלבד.
- לפי סעיף 74 ניתן להגיש ערר. לפי סעיף 108 ערעור יכול להיות אך ורק לאחר מתן פסה"ד.

### **חומרים שהוגשו לשופט מעצרים במסגרת החלטה במעצר ימים**

### **פס"ד בנושא: מדינת ישראל נ' מוחמד שבלי**

טרם פס"ד זה ניתנה הלכת צוברי, לפיה לא כל מה שהוגש לשופט מעצרים הנו בגדר חומר חקירה. בפס"ד שבלי, ביהמ"ש הולך באותו כיוון אך מפתח את ההלכה. ביהמ"ש קובע: המזכרים מכילים פרטים רבים. יש להחיל את מבחן הרלוונטיות ולבדוק האם במסמכים יש חומר הרלוונטי לגרעין הקשה של התשתית הראייתית של התביעה. ביהמ"ש מצפה מהפרקליטות לבצע מטעמה עבודת מיון וסינון.

### **היחס בין 74 לבין דיני החסינות**

סעיף 78 לחסד"פ קובע כי הוראת סעיף 74 לא תחול על חומר שאי-גילוי מותר, או שלחילופין אסור לגלותו.

המשמעות: **זכות העיון איננה חלה על חומר שהוצאה לגביו תעודת חסיון לפי פקודת הראיות.** משהוצאה תעודת חסיון, ניתן להסיק שהתביעה סבורה שמדובר בחומר רלוונטי, והיא מבקש להקדים תרופה למכה. הפתרון: **הנאשם יכול להגיש עתירה להסרת חסיון.**

### **חובותיה של התביעה בסיטואציה של חומר חסוי**

הפסיקה מבקשת מהפרקליטות שתציין (ככל שניתן) מידע כללי לגבי החומר נשוא החיסיון.

### **פס"ד בנושא: עלי מוחמד נ' מדינת ישראל**

השופט ארבל קובעת: יש שיהיה פירוט מינימאלי כלשהו, ככל שניתן - לגבי החומר שהוצאה לגביו תעודת חסיון.

### הסנקציה בגין אי-כיבוד זכות העיון

אם התביעה מאחרת בהגשת ראייה מבלי שניתנה לנאשם הזדמנות סבירה לעיין בה מראש- לא תוכל התביעה לעשות בהמשך שימוש בראייה זו.  
בפרקטיקה, פעמים רבות מדובר בים של חומר כשלעתים נשכח צילומם של אי אילו דפים. בסיטואציות שכאלה ניתנת שהות לאפשר לסניגור לצלם ולהשלים את החומר שהושמט.

סעיף 79 קובע שזכות העיון חלה גם לגבי קובלנה פלילית.

סד"פ 19.1.10- שיעור 13, שיעור אחרון

### עיון בחומר החקירה לעומת העתקת החומר

החוק מדבר גם על זכות העיון בחומר החקירה וגם על הזכות להעתיקו. יחד עם זאת ביהמ"ש מאבחן בין הזכות לעיין לבין הזכות להעתיק.

### פרשת מזור

ביהמ"ש אפשר צפייה בקלטות המהוות חומר חקירה, אך לא אפשר את העתקתן- מתוך שאיפה להגן על פרטיותה של המתלוננת, המככבת בהן.

קובע ביהמ"ש: **זכות היסוד היא זכות העיון בחומר. זכות ההעתיקה הנה זכות משנית.**

סיטואציה דומה ארעה בפרשת פלוני, שם דובר בתמונות שכללו חלקי גוף חשופים של המתלוננת. קובע ביהמ"ש העליון: יש לבדוק האם אכן הנאשם לא יוכל להתגונן- אלא באמצעות העתקת התמונות. הדיון הוחזר לביהמ"ש המחוזי על מנת לבדוק לעומק האם הזכות להתגונן תיפגע אם התמונות לא תעבורנה באופן פיזי לידי ב"כ הנאשם.

### קובלנה פלילית

#### רקע כללי

קובלנה פלילית הנה הליך **פלילי** לכל דבר ועניין; דינה כדין כתב אישום. ההבדל המהותי בין קובלנה לבין כתב אישום נעוץ בכך שהמניע את ההליך הפלילי בקובלנה הוא איננו תובע המהווה רשות ציבורית- אלא אדם פרטי.  
קובלנה מאפשרת לאדם מן הישוב להניע את ההליך הפלילי. מדובר בסמכות שלטונית לכל דבר ועניין. מדובר בהאצלה/הפרטה של הליך שלטוני לידי של אדם פרטי.  
המשמעות: הקובל מתפקד **כאישיות דו-מהותית**, במובן זה שהוא מבצע פעולה ציבורית אשר מכפיפה אותו לכללי המשפט הציבורי, נוסף לכפיפותו לסדרי הדין הפלילי.

#### סוג העבירות

לא בכל ענין ניתן להגיש קובלנה. הרשימה מנויה בתוספת השנייה של החסד"פ ומדובר בעבירות קלות, שיש להן אלמנט של סכסוך אזרחי. כמו כן ישנם חוקים חיצוניים לחסד"פ אשר מאפשרים באופן עצמאי להגיש קובלנה פלילית ומפנים לחסד"פ, כדוגמת חוק לשון הרע.

הכלל:

**אין חובה לפנות תחילה למשטרה- בטרם הגשתה של קובלנה.** כל עוד מדובר בעבירה שניתן להגיש בגינה קובלנה, ניתן להגיש קובלנה כצעד ישיר.

לא פעם מגישים במשטרה תלונה בגין סכסוך, וכתוצאה מכך המשטרה מחליטה לסגור את התיק מחמת חוסר עניין לציבור. בסיטואציה שכזו ניתן לפעול בשני מסלולים:

1. הגשת ערר.
2. הגשת קובלנה (כל זמן שמדובר בעבירה מתאימה).

אם ביהמ"ש נוכח לגלות שהקובל מנהל את ההליך באופן מרושל, ביהמ"ש יכול לחייבו להביא עו"ד.  
בנוסף- אם מדובר בתובענה שאין לה יסוד, ניתן לחייב את הקובל בפיצוי הנאשם.

### סייגים להגשת קובלנה

**עובד מדינה** - סעיף 69 קובע: לא תוגש קובלנה לפי סימן זה על עובד המדינה בשל מעשה שעשה **תוך מילוי תפקידו**, אלא בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה.  
**קטין** - אין להגיש קובלנה נגד קטין שביום ביצוע העבירה לא מלאו לו 14 שנים. (חוק הנוער).  
**הוגש כתב אישום** - אם הוגש כתב אישום- הקובל יאלץ לפנות את הזירה לטובת המדינה. כמו כן לא ניתן יהיה להגיש קובלנה כחלק מניסיון ליצור מסלול עוקף-תביעה (לדוגמא כאשר מדובר בריבוי נאשמים שהיועמ"ש החליט שלא להעמיד לדין את חלקם).

### פס"ד רון נ' כור

ביהמ"ש קובע: **הקובל רשאי להשמיט עובדות מהקובלנה כדי לבסס עבירה קלה**, ולהכניסה לתוך רשימת העבירות שמבחינת הסמכות העניינית ניתן להגיש כנגדן קובלנה.

### מעצר עד תום ההליכים בהליך של קובלנה

הפסיקה קובעת: ניתן לבקש מעצר עד תום ההליכים- גם בהליך של קובלנה פלילית. יחד עם זאת ייעשה הדבר בזהירות, ורק במקרים חריגים ונדירים.

## הסדרי טיעון

### רקע כללי

הסדר טיעון משמעו הגעה להסכם בין התביעה לבין ההגנה. הסכם זה מורכב בד"כ משני חלקים.  
חלקו הראשון נובע מהסכמתה של התביעה **להמיר אישומים חמורים באישומים קלים יותר**, ומן הסתם לשנות גם את עובדות כתב האישום.  
חלקו השני של ההסכם מדבר על הסכמה לעניין **העונש**. הסכמה לעניין העונש יכולה להיות הסכמה על טווח ענישה, הסכמת התביעה לתסקיר קצין מבחן, הסכמה על אי-הרשעה וכו'.  
הסכמתה של התביעה באה בתמורה להודאתו של הנאשם בביהמ"ש. בכך מתייתר הליך ההוכחות, ועוברים הישר להכרעת הדין וגזר הדין.

### שיקול דעתו של ביהמ"ש באישור ההסדר

כל זמן שמדובר בתיקונו של כתב האישום כתוצאה מהסדר טיעון- ידיה של הערכאה הדיונית הדנה בכתב האישום כבולות בד"כ. יחד עם זאת, המתלונן יכול לתקוף את ההחלטה ע"י הגשת עתירה לבג"ץ, ואם זה יגיע למסקנה שיש חוסר סבירות קיצוני בהחלטת הפרקליטות (למשל להמיר אישומים חמורים באישומים קלים מדי, או במשחק-יתר עם העובדות, תוך חריגה משמעותית ובלתי-סבירה מליבת כתב האישום המקורי)- בג"ץ יכול לקבוע שההסדר בטל.  
ידיה של הערכאה הדיונית אינן כבולות ביחס לחלקו השני של ההסדר, המדבר על **העונש**. לעניין העונש יכול ביהמ"ש להחליט שהוא דוחה את ההסדר.  
בבג"ץ קצב, נאמר במפורש כי הפרקטיקה של הסדרי טיעון איננה יכולה להוות "קרש הצלה" לתביעה- מקום שהיא נתקלת בהיעדר ראיות מספיקות.

### יתרונותיו וחסרונותיו של הסדר טיעון

#### חסרונות:

**פגיעה בצדק**- חיסרון עיקרי בהסדר טיעון הוא הפגיעה בתחושת הצדק, בעיקר בשל העובדה שההסדר בד"כ משקף את כישוריהם של עורכי הדין. יחד עם זאת חזקת התקינות אמורה לפתור בעיה זו.  
**חשיש מפני הודאות שווא בביהמ"ש**- יש הטוענים כי נאשם המוצע לו הסדר טיעון יתפתה להודות במעשה שלא עשה.

**קבלת עונש מופחת בגין שיקולים מוסדיים** – אדם שביצע מעשים חמורים מקבל עונש מופחת בשל מחסור בכוח אדם ומשיקולי תקציב. (אלמלא קיומם של הסדרי טיעון – הייתה הפרקליטות קורסת). בכך יש פגיעה באמון הציבור.

#### היתרונות

לצד חסרונותיו של הסדר הטיעון, להסדר יש שיקולים מקצועיים חיוביים (למשל סיטואציה שבה עד מתמוטט בביהמ"ש, הגנה על קטינים). כמו כן ההסדר מעודד נטילת אחריות, המהווה ערך ציבורי. ההסדר חוסך עינוי דין מהמתלוננים, בעיקר בעבירות מין: ההסדר חוסך מהמתלונן את הצורך להעיד ולשוב אל הפרטים האינטימיים. כמו כן ההסדר מקצר את הזמן שבין ביצוע המעשה לבין ההרשעה והסנקציה.

#### פס"ד בכומצקי

ביהמ"ש אומר: **הסדר טיעון הוא לעולם איננו חסוי**. יש להסביר לביהמ"ש את הסיבות והנימוקים שהובילו להסדר.

יודגש כי ביהמ"ש הוא איננו צד להסדר (ואף אסור לו לעודד הסדרי טיעון). טרם הודאתו של הנאשם, מבהיר לו ביהמ"ש כי הוא איננו צד להסדר ואיננו כבול לו.

אם ביהמ"ש לא מקבל את ההסדר, ניתן להגיש ערעור לערכאה הגבוהה יותר. יחד עם זאת לא ניתן לחזור מהודאה אך בשל העובדה שביהמ"ש לא קיבל את ההסדר. הערעור יהיה כנגד החלטתו של ביהמ"ש שלא לכבד את ההסדר.

#### הפרמטרים לשיקולי ביהמ"ש באישור ההסדר

בפסיקה ישנן שלוש גישות<sup>26</sup> לעניין שיקול דעתו של ביהמ"ש בעת החלטתו האם לאשר הסדר טיעון או לא.

#### גישת העונש הראוי – ע"י השופט גולדברג.

גישה צרה זו עלתה בפסיקה אך לא התקבלה. לפי גישה זו אסור לסטות באופן משמעותי מהעונש שהיה נגזר על הנאשם אלמלא ההסכם; אין להביא בחשבון את הרקע להסדר/חולשת הראיות וכו'. יש להסתכל באופן קר על ההסדר ולבדוק האם הוא מבטא את העונש הראוי שהיה נגזר אלמלא ההסדר. גישה שכזו עלולה לפגוע במוטיבציה של נאשמים להגיע להסדרים.

#### גישת בחינת שיקולי התביעה – ע"י השופט מצא.

לפי גישה זו, ביהמ"ש ככלל צריך לכבד הסדרי טיעון – אלא אם הגיע למסקנה כי שיקולי התביעה היו בלתי-ראויים ופוגעים באינטרס הציבור.

הבעיה העיקרית בגישה זו היא כי ביהמ"ש מצטייר כחותמת גומי, אשר בא לבדוק האם פעילותה של התביעה בהקשר הענישה היתה סבירה או לא... ביהמ"ש הוא איננו בג"ץ והתביעה איננה אמורה לפלוש לתחום הענישה. גם גישה זו לא התקבלה.

#### גישת האיזון – הגישה שהתקבלה בפסיקה

לפי גישה זו, מי שמבצע את האיזון הוא ביהמ"ש, כאשר נקודת המבט היא שלו עצמו. יש לאזן בין טובת ההנאה שהנאשם זוכה לה בעקבות ההסדר – לבין התועלת שיש בעונש לאינטרס הציבורי. כך שיקוליו של הנאשם הם שיקול מרכזי, אך לא שיקול בלעדי.

#### מבנה הבחינה המסכמת

הבחינה עם ספר חקיקה וללא סילבוס. אורכה 3 שעות.  
ואלה החומרים שלא ייכללו בבחינה:

**חלק ג' פרק 11** – חיפוש בחצרים, חילוט ותפיסת חפצים.

**חלק ה', פרק 11** – ניהול המשפט.

**פרק 12** – טענת אין להשיב לאשמה.

**פרק 13, חלק ה'** – הכרעת הדין וגזר הדין.

**חלק ו' 2** – משפט חוזר.

בהצלחה.

<sup>26</sup> אחת מהן התקבלה והוכרעה.