**דיני מעצרים**

**סקירה של ההליך הפלילי**-

1. חקירה משטרתית - סעיף 5 לחוק הסדר הפלילי, ס' 59 לחוק הסדר הפלילי. כמה בקלות אדם יכול להימצא במסגרת של חשוד בפלילים כול מה שצריך זה הגשת תלונה במשטרה. **ס' 58 לחוק הסד"פ** – כל אחד יכול להגיש תלונה. **בקלות אדם יכול להיות חשוד בפלילים**. אם אדם ילך למשטרה ויתלונן היא תפתח חקירה פלילית ואז אותו אדם חשוד בפלילים.
2. מעצר שלפני הגשת כתב אישום- שופט ישתכנע שיש חשד סביר- מושג עמום, שאדם שלפניו עבר עבירה שהיא **לא עברת חטא**, ושיש עילת מעצר: 1. חשש מפני שיבוש הליכים, הוא יחבל בחקירה אם הוא ישתחרר. 2. שהחשוד יעלם 3. מסוכנות של החשוד 4. דרכי החקירה מחייבים את העצור במעצר.
3. לאחר שהחקירה מסתיימת- חומר החקירה מועבר לתובע מוסמך והתובע או תובע משטרתי או תובע בפרקליטות ובשלב הזה יחליט הפרקליט האם להגיש כתב אישום או לא. ואם מוגש כתב אישום מוגשת בקשה למעצר עד לתום ההליכים. יש 3 עילות שמאפשרות סגירת תיק: 1. חוסר אשמה- שהתובע ישתכנע שהנאשם לא עשה את העברה. אין שמץ ראיות, הנאשם חף מפשע. 2. היעדר ראיות מספיקות- תובע רשאי להגיש כתב אישום רק אם יש סיכוי סביר להרשעה, אין סיכוי סביר להרשאה. 3. חוסר עניין לציבור- מכלול נסיבות העניין אינו מצדיק העמדה לדין, ולא חוסר עניין לציבור. אם מוגש כתב אישום כאן מתחיל ההליך הפלילי ממש: צריך לעשות הבחנה בין הליך מעצר לבין ההליך העיקרי. ההליך עיקרי- מתבררת האשמה. הליך המעצר- שמתנהל במקביל להליך העיקרי, שופט אחר. קשור לאותו תיק אבל הליכים נפרדים מבחינה מהותית הליך המעצר מהווה תוצר נלווה של ההליך העיקרי, לא יכול להיות הליך מעצר בלי הליך עיקרי. כשמסתיים ההליך העיקרי נגמר ההליך המעצרי. **התנאי הראשון למעצר זה ראיות לכאורה זה הנחה ספקולטיבית למה יקרה בסופו של התיק**. פן מהותי. פן פרוצדורלי גם מתקיים לצד ההליך העיקרי. משך המשפט מהווה שיקול מרכזי לעניין המעצר. סעיפים ספציפיים שמכפיפים את הדין הפרוצדורלי לדין המהותי מה שקורה בהליך המהותי שמשפיע על ההליך הפרוצדורלי–**אם לא מבוצעת הקראה של כתב האישום בהליך העיקרי אי אפשר להחזיק בנאשם-** **ההגבלה היא עד 30 יום.** לא יכול להיות שנחזיק באדם 30 יום מבלי שנגיד לו על מה הוא מואשם. חומרת העונש שקבועה לצד העבירה מהווה שיקול לזמן המעצר. עברות חמורות במיוחד יוצרים חזקת מסוכנות הנטל עובר לנאשם להוכיח שהוא לא מסוכן כדי שישוחרר.
4. אחרי הגשת כתב אישום- בקשה למעצר עד סוף ההליכים מוגשת במקביל בהליך המעצר תמיד דן שופט יחיד. בהמ"ש מקבל החלטה- הוא יכול קבוע מעצר עד תום ההליכים, הוא יכול לקבוע לשחרר עם תנאים צו הרחקה, להפקיד ערבות, להפקיד נשק. ויכול להיות בלי תנאים בכלל. מעצר עת תום ההליכים (ההליך העיקרי- זה לא מדויק יש כול מיני הליכי ביניים)- הוא יכול לערער על ההחלטה הוא יכול להגיש הקשת רשות ערער לבהמ"ש העליון הוא יכול להגיש בקשה לעיון חוזר לאותו בימ"ש שהחליט לעצור אותו- יש תקנות לדיון חוזר. זה מאפשר להביא את עניינו שוב למרות שהוא נעצר. **אחרי 9 חודשים נאשם עצור רק מהחלטה של שופט בית משפט עליון רק הוא מוסמך להאריך מעצר של כול אדם בכול הקשר בכול עניין ורק עד 90 יום וכול פעם צריך לגשת לבהמ"ש העליון להארכה.** משך המעצר לא יעלה על משך המאסר. **המעצר הוא לא עונש**. חומרת העונש מהווה שיקול במעצר. לדוגמא: שב"ח, העונש עליה היא רק שנתיים ולרוב הם לא יקבלו מאסר בפועל וגם אם כן – מאסר קצר. לכן, יש קושי לעצור אותם כי המעצר יהיה גדול יותר מהמאסר עצמו. עבירות חמורות במיוחד יוצרות **חזקת מסוכנות** ולכן הנטל עובר אל העצור כדי לשכנע את ביהמ"ש שהוא לא מסוכן ושהוא יכול להשתחרר. לעתים העובדה שאדם נעצר יכולה להשפיע על העונש, או האם הוא יורשע. **לעתים הוא יישב זמן רב במעצר ולכן יחסי הכוחות משתנים לטובת ההגנה**. זה יכול להיות קריטי. אולי ילכו להסדר טיעון. נניח תיק אלימות נגד ילדה במשך הרבה שנים: החוויה של ילד שמעיד בביהמ"ש בנוכחות אנשים אחרים היא קשה ביותר עבורו ולכן עדיף לוותר על זה במקרים מסוימים. הנזק לקורבני עבירות מין רק על כך שהם מעידים – מביאים לפגיעה נפשית קשה.
5. ההליך העיקרי- מתחיל עם הגשת כתב אישום. המשפט הפלילי מתחיל עם הקראת כתב האישום. השלב הבא הוא טענות מקדמיות- מענה לכתב האישום. לאחר מכן במידה והוא כופר אז התביעה מעלה עדים ומוכיחה ראיות. לאחר מכן ההגנה מתחילה ואז כול צד מסכם את טענותיו. הכרעת דין אם הוא מזוכה הוא הולך הביתה אם הוא אשם אז יש שלב של נתינת העונש (גזר דין). ואז התובע טוען לעונש מסוים וההגנה לעונש פחות. ניתן לערער על גזר הדין ויש בקשת ערעור לעליון. יש הליכים של דיון נוסף והרכב מורחב.

**מעצר** הוא שגור ביותר. שומעים זאת כל הזמן וזה עובר ליד האוזן שלנו. כולם שומעים על ההליכים הפליליים. התחום של המשפט עוסק בסכסוכים בין הצדדים השונים ברבדי המשפט השונים. הליך המעצר היא הזירה הקשה ביותר במשפט הפלילי. חדר מעצר הוא קטן ויש בו בין 4 לשמונה עצורים – יש שם **תנאים קשים ביותר**. מכתיבים לו כל דבר. אלו תנאי המעצר גם של מעצר עד תום ההליכים. הרבה מהעצורים הם בעלי נטייה אובדנית. כלומר, זה מקום שיש סיכוי ממשי שהרבה אנשים ישימו קץ לחייהם. המדינה נותנת לעצמה סמכות גדולה ביותר לכלוא אדם בבית מעצר בתנאים כאלו וכל זאת כאשר הוא נהנה מחזקת החפות. **מצד שני**, הנאשם נהנה מחזקת חפות. יש אפשרות שהוא בכלל לא ביצע זאת וזאת המשוואה שמתכתיבה את האיזונים הנורמטיביים בחוק כמה זמן אדם ייעצר – לדוג': **מטרות ועילות מעצר מוגדרות**. יש עילות מעצר שקל היה לאמץ אותם מבחינת האינטרסים החברתיים: **הרתעה לדוגמא**. אך **המחוקק נמנע מלראות בדבר זה כעילת מעצר**. החוק קובע שהמעצר יהיה רק באמצעי יחיד להתמודד עם עילת המעצר. השופט חייב לאמץ מעצר פחות פוגעני וחלופה אחרת אפילו במקרים הקשים ביותר. בנורבגיה – אם אדם נאשם בעבירה של 10 שנות מעצר – ביהמ"ש יכול להורות על מעצר רק במקרה זה וזה בנורבגיה.

**ס' 9 מתייחס לתנאים של החזקת חשוד במעצר**- תנאים סבירים שלא תמיד קיימים אך מבחינת בחוק יש ניסיון מיטבי לאמץ זאת. לכן, אנו נדון בקשיים יישום תנאי החוק למרות שרוצים לצמצמם את הפגיעה באדם בחזקת חפות. בעבר חומרת העבירה הייתה עילת מעצר, אך חוק המעצרים שולל זאת כעילה עצמאית. נניח ואין שום עילה אחרת, בתיק כזה צריך לשחרר את העציר לכאורה. אך עדיין עומד אדם שנאשם בעבירת רצח, האדם בן 70 ומשהו- ברמה הבסיסית זה נראה כמו דבר שאינו מתיישב עם אינטואיציה בסיסית. המחוקק קבע שלנוכח המשמעות של המעצר **– חומרת עבירה לבדה אינה עילת מעצר**.

* ככל שחולף זמן גדול יותר מההליך של המעצר עד תום ההליך – האפקטיביות קטנה וקטנה. תרבות הסכין- בני נוער שנעצרים על תיקים כאלו בכמות רבה. אם לא עוצרים אותם זאת אמירה כבדה ביותר. הם מבינים שזאת לא עבירה פלילית כ"כ חמורה. שיקול ההרתעה כאן הוא חשוב ביותר. יחד עם זאת, אם אין עילה- לא ניתן לבצע מעצר. זה חלק מהמחיר של החברה שלא רוצה לתת למדינה יותר מדי כוח ביד.

**למה כאזרחים אנחנו מפקידים את זכויותינו בידי המדינה?** הנחה מוסכמת היא , שבסופו של דבר, הפקדת הסמכות, והמונופול על השימוש בכוח בידי הריבון מיטיבה עם החברה בכללותה ועם הפרטים בה לעומת האלטרנטיבה שבה כל אחד עושה את שעולה על רוחו. יש כאן הגדלה של התועלת הכללית של החברה- אך מהי אותה תועלת כללית, והאם ייתכנו מצבים בהם התועלת הזו תכתיב פעולה שהיא בלתי צודקת כלפי הפרט באופן פוטנציאלי, ואיך נדע לסווג ולהגדיר פעולה ריבונית מסוימת כצודקת (ככזו שמגשימה את מטרתה)? השאלה הזו נוגעת בשאלה יסודית יותר- **מהו הצדק?** והאם אפשר לדבר על צדק במונחים של 'כן ולא', יכול להיות ש**הצדק הוא תמיד יחסי.** **התיאוריה התועלתנית**, אומרת שכאשר המעשה מביא למרב התועלת למרב האנשים- הוא צודק . על פניו, בהתחשב במגבלות הקיימות, נראה כי התפיסה הזו של הצדק היא הגיונית. תחת עיקרון התועלתנות- **למה שלא יתפסו אדם חף מפשע, ייחסו לו את האשמה באופן גלוי ויענו אותו כדי ליצור הרתעה?** האינטואיציה הבסיסית אומרת שהאפשרות הזאת היא בלתי נסבלת, לייחס אשמה לאדם חף מפשע בידיעה היא לא הגיונית אבל חברה חפצת חיים צריכה לבחור באפשרות רעה מבין רעות, הבחירה היא להקריב אדם אחד כדי להציל מאות רבות של ילדים ומשפחות על כלל ההשלכות. אפשר לרכך את הדוגמא, להכניס את האדם למעצר במקום לענות אותו ולהשיג את האפקט ההרתעתי. לענישה הפלילית יש כמה מטרות קלאסיות: מניעה, גמול, הרתעה אישית והרתעה כללית. לעיתים ישנה **פגיעה בלתי מידתית ובלתי צודקת בפרטים** בשל מכלול של סיבות – מניעים וצרכים חברתיים שחורגים ממסגרת היחיד, וכשחלקם מוצדקים כשלעצמם. החברה, כדי להבטיח שמקרים כאלה של הקרבת אדם לא יקרו, היא קובעת **רשימת זכויות אלמנטאריות**- יש איסור על הפגיעה בזכויות הללו, להוציא כאשר הדבר מוצדק על פי מספר אמות מידה, שמהוות ממברנה מסננת לצמצום הפגיעה בזכויות הפרט עד המינימום ההכרחי. **חוקי היסוד,** נמצאים במדרג הנורמטיבי העליון , והם מגדירים בראש ובראשונה את עקרונות היסוד של החברה, את הערכים הבסיסיים שלה, את זכויות היסוד של הפרטים ואת התנאים לפגיעה בזכויות הללו כמו גם את מידת הפגיעה המותרת.

**חוק יסוד כבוד האדם וחירותו** הוא הרלוונטי ביותר, וממאמרו של ברק "**הקונסטיטוניזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי**" עולה כי מעצר פוגע באופן קשה כמעט בכל רשימת הזכויות בחוק הזה, וספק אם קיימת הקבלה לכך מבחינת הפגיעה בזכויות. הפגיעה היא בזכות לכבוד, לקניין, לחירות, ליציאה מישראל, לפרטיות, לצנעת הפרט וכו'. כאשר נוקטים במעצר, הפגיעה היא אקטיבית- זה מעשה אקטיבי של המדינה הגורר את הנאשם לתא המעצר, מה שמעצים את הייחודיות של המעצר.

בנוסף לזכויות המנויות בחוק היסוד, קיימות גם זכויות שהן תוצר נלווה של החוק, וגם בהן המעצר פוגע כמו הזכות להליך הוגן, כפי שציין גרוס במאמרו. זכות הנאשם להיוועץ, שלא להפליל עצמו, זכות שלא ינקטו נגדו תחבולות כדי לבסס ראיות ולהביא להרשעתו. יוצא כי המעצר הוא אמצעי להוציא לפועל את הרשעתו של האדם. גרוס במאמרו קובע **שעיקרון פומביות הדיון מתחייב מההליך ההוגן כי זה אמצעי להבטיח הגנה על הנאשם מפני שרירותיות, חוסר צדק שכרוכים במשפט סודי.** חזקת החפות היא בעלת מעמד חוקתי, ונראה במבט ראשוני כי מגילת זכויות האדם מבטלת את ההצדקה למעצר, אך הרושם הזה יכול להתקבל רק לאחר קריאת הסעיפים הראשונים. **פסקת ההגבלה מניחה את התשתית האפשרית לפגיעה בהתאם למידתיות ולתכלית הראויה.** ברק מציין במאמרו שזכויות האדם לא מוחלטות, הן מוגבלות, וזכות אדם אחת פוגעת גם באופן פוטנציאלי בזכות אדם אחר, ובאשר למעצר זה מקבל ביטוי מיוחד- זכויות הנאשם לעומת ביטחון הציבור והביטחון הנפשי והפיזי של המתלונן. במעצר, הפגיעות הללו מאוד קונקרטיות, האיזונים הם מאוד עדינים ובבהמ"ש הם המהות והם בלב העיסוק של מוסד המעצר. **פסקת ההגבלה היא השער לדיני המעצרים** ולכן כאשר בוחנים עניינים של מקרים ספציפיים יש חובה לעבור דרך השער החוקתי הזה.

*"דיני המעצר החדשים, חייבים יהיו לקיים מגבלות חוקתיות, חוק היסוד קובע כי אין מגבילים חירותו של אדם במעצר, מכאן – שכל מעצר, פוגע בזכות אדם חוקתית, כדי להצדיק את המעצר , כל מעצר, יש לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. לכך השפעה על כל שלבי המעצר, לרבות פרשנותן של עילות המעצר, בעיית החלופה למעצר, כמות הראיות הנדרשת למעצר וכיוצא בהן בעיות משפטיות אשר פתרונן יונק מהקונסטיטונליזאציה של דיני המעצר".* ***א.ברק****.*

**קיימות דרגות שונות של פגיעה בחירות:**

**עיכוב-** מוסדר בסעיפים 66-75 לחוק המעצרים, והוא מהווה את האופציה הקלה ביותר. באופן הפוך למשמעות העיכוב ביחס למעצר, הוא מובא בסוף חוק המעצרים. על פניו, עיכוב לא מהווה פגיעה משמעותית במיוחד.

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

העיכוב יכול לעכב פעילות משמעותית של אדם בעניינים אישיים ובענייני עבודה. אנשים במהלך חייהם מתנהלים לפי לוחות זמנים ולכן, לעיכוב אדם יש משמעויות והשלכות רבות ויכול להוות פגיעה קשה. יש כאן השפלה פוטנציאלית. יש חשש לפגיעה או פוטנציאל לפגיעה במיעוט, בשכבות סוציו אקונומיות נמוכות, עובדים זרים. יש חשש להתנכלות בלתי מוצדקת באדם בעל רקע עברייני, שאולי שילם כבר את המחיר. **התנאים לעיכוב?**

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

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

(1)   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 (לצרכי זיהוי/ חקירה).

**יסוד סביר לחשד**: המונח 'יסוד סביר לחשד' זו רקמה מאוד גמישה של מונחים, שיכולה להכיל הרבה מאוד. זה לא בהכרח מתייחס לעבירה שנעברה, זה מדבר גם על האפשרות של עתידיות לביצוע עבירה. אין לשכוח שההגדרה הזו מיושמת ע"י שוטר ולכן מדובר ברף מינימלי. **סעיף 69** אומר שהעיכוב יכול להתבצע לבדיקת מסמכים.

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

**משך העיכוב**

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

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

העיכוב יכול להיות אמצעי לפגיעה עמוקה בזכויות אדם, כאשר השוטר לא נדרש לרף גבוה כדי להביא לאותן הפגיעות. סמכות העיכוב, למרות שהיא פוגענית, **נתונה גם לאדם פרטי** בהתמלא התנאים המנויים **בסעיף 75:**

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

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

(2)   אדם אחר הקורא לעזרה מצביע על אדם החשוד שביצע בפניו עבירה, כאמור בפסקה (1),

**והכל אם יש חשש שהחשוד יימלט או שזהותו אינה ידועה.**

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

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

המחוקק העניק סמכות כזאת לכל אדם, לפי שיקול דעתו, הבנתו ופרשנותו לסיטואציה וזה לא עניין של מה בכך. המחוקק קבע שמבצע עיכוב פרטי **רשאי להשתמש בכוח סביר** אם החשוד סירב לעיכוב, ובלבד שלא תיגרם לו חבלה. המחוקק מצא לנכון לעשות זאת לאור צורך חברתי אמיתי להתמודד עם עבריינים. ברוב זירות העבירה שוטר לא נוכח במקום- אם הוא היה נוכח סביר להניח שהעבירה לא הייתה מתבצעת. מדובר בהתמודדות אפקטיבית עם העבריינות, יש לעשות שימוש במשאבים העומדים לרשות הציבור , ובכלל זה- בראש ובראשונה הציבור עצמו.

**דרור נאג'ח- האם בהמ"ש מוסמך להורות על מעצר חשוד שעוכב שלא כדין?** המשיב נחשד בכך שדקר את משה אברג'יל, על חוף הים בתל-אביב. בשל חשד זה עוכב המשיב לחקירה על ידי המשטרה לראשונה ביום 27.5.98 ושוב ביום 18.6.98. במהלך עיכובו האחרון, הגיעו החוקרים למסקנה, כי יש צורך במעצרו של המשיב לצורך המשך החקירה. ביהמ"ש האריך את מעצרו של המשיב בעשרים וארבע שעות. למחרת (19.6.98) ביקשה המשטרה מבית-משפט השלום להאריך את מעצרו של המשיב לצרכי חקירה בשבעה ימים נוספים. השופט של בית-משפט השלום, קיבל את טענות הסניגור לגבי פגמים בהליך הבקשה, שהמשיב עוכב מעבר לפרק הזמן שמותר לעכבו לפי סעיף 73, דהיינו יותר משלוש שעות. עם זאת, מצא בית המשפט, כי עיכובו של המשיב מעבר לזמן הקצוב נבע כתוצאה משגגה, וכי החוקרים שגרמו לכך לא עשו כן מתוך כוונה לקפח זכות הנתונה למשיב. סמכות העיכוב נועדה במקורה לצמצם ככל שניתן את השימוש בסמכות המעצר; ועל מנת שהעיכוב לא ייהפך, הלכה למעשה, למעצר. במסגרת הזמן חייבים אנשי המשטרה המטפלים בעניין לקיים את הבירורים הדרושים ולקבוע עמדה באשר להמשך הטיפולים, לרבות אם לבצע מעצר אם לאו. אולם גם מקום שבו בית המשפט סבור, שהעיכוב היה שלא כדין, אין בית המשפט פטור מלדון בבקשת המעצר המובאת בפניו לגופה ולהחליט אם קיימת בפניו עילה להורות על מעצר. אין מחלוקת על כך שהיה עיכוב לא חוקי, הנאשם הוחזק מעבר ל-3 שעות, בהמ"ש השלום לא קיבל את טענות הסנגור וקבע שהעיכוב היה ארוך מהמותר בפועל אבל הדבר נעשה בשגגה ובתום לב ולכן הורה על מעצר- **אין בעניין כדי להפקיע את סמכות המעצר.** החשוד, הגיש ערר למחוזי **שקיבל את טענתו והורה על שחרור**: היה עיכוב בלתי חוקי, המדינה פעלה בחוסר סמכות ופגעה בזכויות יסוד. המדינה הגישה ערר **לבהמ"ש העליון, אשר קיבל את עמדת המדינה** וקבע : בין המגבלות שחלות על עיכוב לבין סמכות בהמ"ש לעניין המעצר, אין ולא כלום. מטרת הגבלת משך **העיכוב בחוק היא דווקא לצמצם את סמכות המעצר, זה יביא ללקח בלתי רצוי אצל השוטרים שיביא למעצר ולא לעיכוב.** זה יביא למצב בו היד קלה על ההדק.

**סעיף 4 לחוק המעצרים** קובע כי מעצר אדם יהיה בסמכות שופט אלא אם הוענקה סמכות לעצירה ללא צו. כיוון שמעצר הוא פגיעה קשה בבני אדם, אנחנו רוצים שההחלטה תהיה שקולה ומאוזנת, ולכן המעצר יהיה בידי שופט אלא אם המחוקק הקנה סמכות ספציפית.

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

**לפי סעיף 23 לחוק המעצרים** שוטר מוסמך לעצור ללא צו של שופט כאשר יש יסוד סביר לחשד שאדם עבר עבירה ברת מעצר (שאיננה חטא, מעל ל-3 חודשי מאסר ), כאשר האדם עלול לסכן בטחון אדם, ציבור או מדינה. כאשר יש יסוד סביר לחשד שהאדם לא יופיע להליכי החקירה, יש יסוד סביר לשיבוש הליכים או יסוד סביר שהוא הפר תנאי שחרור או שהוא יימלט.

**סעיף 29** אומר שצריך להביא את העצור ללא צו בפני שופט בהקדם האפשרי, ולא יאוחר מ-24 שעות.

**החריג בסעיף 30** קובע שקצין ממונה רשאי להשהות את הבאת העצור בפני שופט עד 48 שעות, כאשר יש צורך בפעולת חקירה דחופה, שמחייבת את המעצר ולא ניתן לדחות אותה עד לאחר הבאת העצור בפני שופט.

**שני סעיפי החוק החשובים והמהותיים** ביותר הם סעיף 13 וסעיף 21:

קיימים שני סוגי מעצרים –

* לפני הגשת כתב האישום (מעצר חשוד )
* אחרי הגשת כתב האישום (מעצר נאשם)

**ס' 13- לחוק המעצרים**- מתייחס לסמכויות **המעצר לפני כתב האישום.**

**התנאים למעצר הינם חשד סביר ועילות למעצר.** מה עולה לכדי **חשד סביר**? במקרה בו זיהו מישהו שבורח מזירה, זוהי תשתית ראייתית מאוד דלה. בשלב הראשוני אחרי כמה שעות כמעט ואין כלום, האם זה עולה לכדי חשד סביר? לשופט אין תשובה ברורה ויש לו רק את לשון החוק.

**בפס"ד זאב רוזנשטיין**- העורר נעצר ביום 7 באוקטובר כחשוד בקשירת קשר לרצח אילן אסלן, בקשירת קשר לרצח יעקב כחלון ובקשירת קשר לרצח מני אסלן. מאז אותו יום הוארך מעצרו כמה וכמה פעמים. ביום 26 באוקטובר ביקשה המשטרה להאריך את מעצרו של העורר בשישה ימים נוספים אך בית-משפט השלום סירב להיעתר לבקשה והחליט לשחררו בתנאים מגבילים. החלטה זו הובאה בערר לפני בית-המשפט המחוזי, והוחלט להיעתר לבקשת המשטרה ולהאריך את מעצרו של העורר כפי שנתבקש. בהתאם להוראת **סעיף 13לחוק המעצרים** לא יצווה שופט על מעצרו של אדם - לפני הגשת כתב אישום - "אלא אם כן שוכנע כי קיים חשד סביר שאדם עבר עבירה... ומתקיימת אחת מעילות אלה...". שחרורו של אם החשוד בשלושה מעשי רצח עלול להביא לשיבוש הליכי חקירה ומשפט או שעלול הוא לסכן את בטחונו של אדם וכו'. העליון פסק כי קשה מאוד לקבוע פלס ומאזניים למהותו של חשד סביר- אין הגדרה ברורה. עם זאת, ובהבחנה מהראיות לכאורה, מדגיש השופט שני דברים:

1. **חשד סביר עשוי לשמש בית כיבול גם לראיות שאינן קבילות במשפט.**
2. **חשד סביר אין פירושו סיכוי סביר להרשעה**, כראיות לכאורה, ודי בכך שיש ראיות הקושרות את החשוד לעבירה במידת סבירות ראויה שמצדיקה שתינתן למשטרה אפשרות להמשיך ולסיים את החקירה.

עוד נקבע כי ראיות יתחילו שלבים ראשונים של מעצר **אך לא בהכרח יצדיקו המשך מעצר** כיוון שככל שהחקירה מתפתחת יש ציפייה שהראיות יתעבו ואם זה לא קורה כנראה שאין מספיק ראיות.

**פס"ד אברג'יל**- מאיר אברג'יל נעצר בנתב"ג עם נחיתתו בארץ כיוון שהוא מופיע ברשימת ההכללה. הנוהל הוא ששם צריך להימחק מרשימת ההכללה לאחר שנה, בפועל זה לא נעשה. הוא נחשד בהברחת סמים ונעצר והוא ניצל חוסר תשומת לב של המשטרה וברח. הוא הואשם בבריחה ממשמורת חוקית ובגניבת אזיקים. ביהמ"ש פסק כי הרישום שלו ברשימת ההכללה וההוראה לעצור אותו לא יכולים להוות יסוד סביר למעצר. בנסיבות אלו לא הוכח צידוק להמשיך ולכלול את המערער ברשימה חרף הזמן הרב שחלף. לפי הנהלים שמו היה צריך להימחק, לא ניתן לראות בבריחתו מהמשמורת כבריחה ממשמורת כשזו לא הייתה חוקית.

בהינתן שעברנו את **התנאי הראשון- חשד סביר**, המשטרה תצטרך לשכנע את ביהמ"ש בקיומן של **עילות מעצר:**

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. יסוד סביר לחשש שהחשוד יסכן את ביטחונו של אדם, ביטחון הציבור או ביטחון המדינה- **עילת מסוכנות.**
3. ביהמ"ש שוכנע מנימוקים מיוחדים שירשמו שהליכי החקירה מחייבים את הותרת החשוד במעצר, תוקף המעצר הוא עד 5 ימים וניתן להאריכו בסה"כ עד 15 ימים- **צרכי חקירה**.

בהינתן אלו, שופט לא יורה על מעצר אם ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של **קביעת ערובה שפגיעתה בחשוד פחותה.** כלומר, על השופט תמיד לשקול **להשיג את מטרת המעצר באמצעי פחות** שפוגע פחות כמו מעצר בית, הפקדת נשק/ דרכון וכו'. מצד אחד, הצורך בפיקוח שיפוטי על הנאשם ועל החקירה, ומצד שני לאפשר לחשוד להתגונן כנגד החשד למעצר. את שני אלו צריך לעשות מבלי לפגוע בחקירה עצמה.

**ס'15 לחוק המעצרים** קובע- לביהמ"ש מוגשת בקשה כתובה ע"י שוטר שנתמכת בתצהיר שלו, החומר הנוגע לבקשת המעצר מועבר **לעיונו של השופט בלבד**, השופט והסניגור רשאים לחקור את השוטר על הבקשה שלו. ביהמ"ש רשאי להיזקק לראיות שאינן קבילות. הסניגור לא שומע את התשובות של השוטר והתשובות מועברות ישירות לשופט, כך שהסניגור לא יכול לשאול שאלות נוספות בהתבסס על תשובות השוטר. למרות זאת, סניגורים מפתחים מיומנות יוצאת דופן ביכולת לחקור באופן אפקטיבי גם בתנאים הקשים הללו. הפסיקה קבעה שקודם כל רף הראיות שיידרשו לצורך מעצר ראשוני לא בהכרח יספיק למעצר מתקדם- שני או שלישי. בנוסף **נקבע בפסיקה שמן הראוי להמעיט ככל הניתן בחיסוי חומר המצוי בידי המשטרה ולגלות את כל הפרטים שהגילוי שלהם אינו מסכן באופן ממשי את המשך החקירה**. הצורך הזה הולך וגובר ככל שהמעצר מתמשך. כלומר לאחר 20 יום מעצר השופט יקבל פחות את זה ששוטר מסרב לענות על שאלות הסניגור אלא במעצר.

**צרכי חקירה**- לשון החוק דורש מביהמ"ש **לנמק באופן מיוחד** למה הוא מורה על מעצר כשזו העילה. מדובר בצרכים של המערכת, מחזיקים חשוד במעצר כדי למצות חקירה באופן אפקטיבי. **עילה זו מוגבלת ב15 ימים ולא ניתן להאריך מעבר לכך בעילה זו, מאותו רציונאל שהמעצר הוא לא בגלל החשוד אלא בגלל המערכת**. יש כאן גם רצון לייעל את המערכת ולכפות על השוטרים לבצע בזריזות את עבודתם. להבטיח שיבוצעו פעולות המצריכות מעצר, אלו ההכרחיות קודם ואח"כ מהלכים אחרים של חקירה. כמו כן **ליצור איזון בין צרכי החקירה לזכות החשוד לחירות.**

**בפס"ד יצחק ברונסון**- מדובר בחשוד שהיה מנהל סניף בנק הפועלים ונעצר בחשד שביצע עבירה תמורת שוחד. מדובר באדם נורמטיבי לחלוטין שמועצר בפלילים ועצור. השלום מורה על מעצרו ל5 ימים בעילת צרכי חקירה. לאחר מכן הוא מאריך בעוד 7 ימים. החשוד מגיש ערער. המחוזי דוחה את הערער שלו, הוא פונה לעליון. חשין בהחלטתו קובע כי פירוש התיבות "שלא ניתן לקיימן" הוא שלא ניתן לקיימן באורח סביר וראוי בדרכי החקירה המקובלות והראויות אך הכבדה על המשטרה לא תבסס זאת אך פגיעה קשה וחמורה ביכולת ניהול החקירה כן. **על המשטרה לשכנע כי אין דרכי חקירה חלופיות סבירות לבצע את החקירה זולת כאשר החשוד במעצר.** הוא מנחה את כל בתי המשפט השלום ואומר כי עליהם לפעול בזהירות יתרה שכן צרכי החקירה מוטלים  
ע"י המשטרה, הם אנשי המקצוע ויש לתת לזה חשיבות. כאשר קיים קושי בהבאת נימוקים מיוחדים בשל החשש לפגיעה בחקירה השופט ינסח נימוקיו ברמת הפשטה גבוהה שמצד אחד לא תמחק את המיוחדות של החקירה ומצד שני לא תפגע בה. **ביהמ"ש בעצם אומר שלחשוד יש זכות שלא לשת"פ עם המשטרה, הזכות לשתוק, אך לשתיקה זו עשויה להיות נפקות על הצורך להותיר אותו במעצר** לצורך השלמת החקירה ובסופו של דבר הערער של יצחק ברונסון נדחה. לעיתים מימוש זכות השתיקה הוא זה שמבסס את ההרשעה, ולעיתים ניתן לשאול באיזה מובן זה אכן זכות?

**ס' 17 לחוק המעצרים עוסק בהארכת המעצר (לעומת ס' 13 שעוסק בעילות להארכת מעצר)** הס' טכני ברובו ומדבר על **טרם הגשת כתב אישום**. צו מעצר בידי שופט לא יעלה על 15 ימים שניתנים להארכה מעת לעת. לצורך החזקת חשוד במעצר לתקופה שעולה על 30 ימים נדרש אישור של היועמ"ש לממשלה.

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

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

(ג) ציווה שופט על מעצרו של חשוד שלא בנוכחותו, לרבות מעצר לפי סעיף 14, והחשוד לא שוחרר לפני כן לפי סעיף 20, יובא החשוד בפני שופט בהקדם האפשרי ולא יאוחר מ-24 שעות משעת מעצרו; הובא העצור לפני שופט יחולו הוראות סעיף קטן (א).

(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).

**הצהרת תובע- ס' 17ד**- "נעצר אדם וחקירתו נסתיימה.." שוטר הוא לא זה שמחליט אם מגישים כתב אישום או לא, זה רק התביעה המשטרתית או הפרקליטות. הפרקליטות מטפלת רק ב10% מהתיקים הפליליים- רק התיקים החמורים. 90% מנוהלים ע"י התביעה המשטרתית. בזמן זה התביעה צריכה לקרוא את חומר הראיות, להחליט אם יש או אין קייס ולהחליט איזו עבירה לייחס. **מה קורה עם החשוד בין זמן המעצר כחשוד לפני הגשת כתב אישום לזמן המעצר לאחר הגשת כתב אישום?** במקרה זה רשאי ביהמ"ש להאריך עד ל5 ימים את תקופת המעצר ע"פ ס' 17ד.

* ההצהרה לא תחייב את התובע לאחר עיון בחומר, אך מחשש שינגוד את ההצהרה לעיתים התובע ייטה להגיש כתב אישום, זהו למעשה הליך לא ענייני.

**פס"ד מחמוד בדאווי**- הערר נסב על נוסח הצהרת תובע הנדרש לפי סעיף 17(ד) לחוק. **ש"מ:** **האם הצהרת תובע אמורה לכלול הצהרה חד-משמעית על כך שיוגש כתב-אישום או שמא, לאור השלב שבו מתבקש המשך המעצר, יש לפרש את הסעיף כך שדי בהצהרה שעל-פיה ככל הנראה, יוגש כתב-אישום נגד העציר? העליון:** החוק אינו עומד על מידת הוודאות הנדרשת בנוגע להסתברות להגשת כתב-אישום בשלב זה של ההליך הפלילי. בנסיבות אלה אין הכרח לפרשו כדורש מידת ודאות מוחלטת כי יוגש כתב-אישום. אחד הפירושים האפשריים הוא שהסעיף דורש כי **המגמה המתגבשת** היא להגיש כתב-אישום. רק כאשר התביעה מוודאת שקיימות בתיק ראיות מספיקות, ולא קיים מצב של היעדר עניין לציבור, עליו לנסח את כתב-האישום ולהגישו. מטרת הסעיף הייתה להחליף את ההסדר הקודם שלפיו הוסוו פעולותיו של התובע בכסות של פעולות חקירה, ולהעמיד דברים על דיוקם. הסעיף קובע עילת מעצר ברורה, המבוססת על ההבנה שיש שחומר החקירה הרב מחייב עיון של ימים מספר על-ידי התובע, וכי באותם מקרים שבהם נראה כי לכאורה עומד להיות מוגש כתב-אישום, וכי יש עילה לכאורה למעצר החשוד עד לתום ההליכים. פירוש החוק באופן דווקני, עלול להוביל למצב שבו תובע יצהיר הצהרה בדבר הגשת כתב-אישום, כשלמעשה העניין לא הוכרע סופית. אם תובע יועמד במצב שבו ייאלץ להצהיר כי הוא עומד להגיש בוודאות כתב-אישום, אף שאין הוא בשל להחלטה זו, מתעורר חשש כי הוא יחוש עצמו מחויב להגיש כתב-אישום גם אם שיקול-דעתו המקצועי יורה לו להימנע מכך. במקרה שהחקירה תמה ומבקשים להמשיך ולהחזיק את החשוד במעצר קודם העמדתו לדין, יכול הדבר להיעשות רק על יסוד הוראת סעיף 17(ד) לחוק. הארכת המעצר לפי סעיף 17(ד) היא לחמישה ימים נוספים לכל היותר אף אינה צריכה להיות אוטומטית לחמישה ימים. גם לביהמ"ש מוטלת החובה להשתכנע כי בנסיבות המקרה ההצהרה מבוססת הן לעניין הגשת כתב אישום והן לגבי עילת המעצר ולצורך כך ביהמ"ש עשוי לבקש לעיין בחומר החקירה ובהינתן מכלול השיקולים והאיזונים, ביהמ"ש קובע כי הצהרת התובע במתכונת שלה אינה פוגעת באופן חוקתי ומידתי בזכות לחירות. **עולה קושי-** במקרה שבו יש מחדלים בחקירה, תובע יחזיר את התיק לשוטר היות והוא מבין שהדבר עלול ליצור לו בעיות קשות מול הסניגור, ושהדבר עלול להתנפץ. התובע מתוך עיניים של איש מקצוע יכול להורות למשטרה על השלמת חקירה. זוהי סיטואציה בעייתית כי לא ניתן לבקש עוד ימים מביהמ"ש ואנחנו בשלב של **הצהרת תובע.**

**דוד שמעון ואח'**- נעצרו החשודים בחשד לעבירות רצח, הם נעצרו בצו בימ"ש כעבור מספר ימים החקירה הסתיימה והוגשה הצהרת תובע. התובע ביקש הארכה ל3 ימים. ביום שבו פקעה הארכה ביקשו הארכה נוספת ל7 ימים נוספים בשל התפתחויות בחקירה. השלום דחה את הבקשה והורה על שחרורם הפרקליטות ערערה. העליון פסק כדלקמן: סיום החקירה מפריד בין מעצר לצרכי חקירה ובין מעצר לפי הצהרת תובע אך אין מדובר בחומה בלתי עבירה, **וייתכנו מקרים בהם ניתן יהא לשוב ולהורות על מעצר חשוד לצורך השלמת חקירה גם לאחר הגשת הצהרת תובע.** ראוי כי מקרים אלו יהיו חריגים ויוצאי דופן ולא דבר שבשגרה, וכדי שביהמ"ש יעשה כן התביעה נדרשת **לשכנע כי חלה התפתחות משמעותית בחקירה שמצדיקה זאת**, וכן שיש בהתפתחות זו כדי להשליך באופן ממשי על תוכן כתב האישום ועל סיכויי ההרשעה. לשם ביצוע אותן פעולות חקירה שמתבקשות עכשיו יש צורך שהחשוד יוותר במעצר. מקום שבו מדובר במקצה שיפורים, שתפקידו לתקן מחדלי חקירה ככלל אין להורות על מעצר כאמור **וצריך להעדיף את זכותו של החשוד לחירות.** במקרה הספציפי הזה ביהמ"ש נוטה להשתכנע כי אכן חלה תפנית משמעותית בחקירה שלא ניתן היה לחזות בה מראש ואכן הצדיקה המשך מעצרו.

**פרסום שמו של חשוד**- הסטאטוס של חשוד מאוד קל להיכנס אליו. בשעה הראשונה זה יכול להיות מבוסס כמעט על כלום. הקושי הראשוני והמשמעותי ביותר שהפרסום יוצר פגיעה קשה בשמו של החשוד, בתדמית שלו בעיני הבריות. פוגע בקרובי משפחה ועוד. אם כך למה נרצה לפרסם? אם יתברר שהחשדות נגדו מוצקות תהיה הזדמנות לפרסם- למה להזדרז כל כך כשהנזק בלתי הפיך ולפעמים לשווא?

העיקרון המנחה הוא **עיקרון פומביות הדיון**, זהו עיקרון בסיסי ביותר **לפי ס' 3 לחוק יסוד השפיטה**- "בימ"ש ידון בפומבי זולת ונקבע אחרת בחוק או אם ביהמ"ש הורה אחרת לפי חוק"- כלומר **הכלל הוא פרסום וייתכנו חריגים**. **ס' 68א' לחוק בתי המשפט**- מחייב את ביהמ"ש לנהל פרוטוקול שישקף את כל הנאמר והתרחש בדיון. זו לא זכות כללית אמורפית אלא לדעת כל דבר שקורה בביהמ"ש. כל דבר וכל מילה שנאמרת. כאשר החוק מתייחס לפרסום שם של חשוד הוא למעשה מתייחס גם לכל פרט אחר, לא חייב שם, למשל מקצוע או כתובת וכו'.

**ס' 70 לחוק בתי המשפט** מגדיר את **המקרים החריגים בהם יאסר הפרסום**. דיון בדלתיים סגורות מתקיים כאשר:

* **קטינים** מתחת לגיל 18 לשם הגנה על הקטין.
* הגנה על ביטחונו של בעל דין או אדם אחר ששמו הוזכר בדיון.
* פרטי החקירה או שמו של חשוד עלולים לפגוע בחקירה.
* פרסום שמו של חשוד עלול לגרום לחשוד נזק חמור וביהמ"ש סבר כי יש להעדיף את מניעת הנזק על פני העניין הציבורי.
* **החשוד ביקש** מביהמ"ש לאסור את פרסום שמו, ביהמ"ש אישר.

**ס' 70(ד1)(1) לחוק בתי המשפט-** לא יפרסם אדם שמו של חשוד עד תום 48 שעות מהמועד שבו הוא התייצב לחקירה או המועד שהיה עליו להתייצב לחקירה או עד לסיום הדיון הראשון שיתקיים בפני שופט, לפי המוקדם מביניהם וגם לכך חריגים:

* לחשוד יש זכות לבקש מביהמ"ש לאסור על פרסום שמו, אך אם ביהמ"ש לא אישר הבקשה ניתן לפרסם את שמו של החשוד.
* רשות חוקרת ביקשה לפרסם את שמו של חשוד לצורך איתור חשוד או עד או מטרה אחרת.

**בש"פ גבריאל תורג'מן**- עיקרון העל שפומביות הדיון מקיים שקיפות שמבטיחה בהכרה שוטפת על הנעשה בבתי המשפט. השקיפות היא עיקרון על חשוב ביותר. ע"פ ביהמ"ש ההחלטה לאסור שמו של חשוד **נשענת על ארבע יסודות**:

* על הפרסום להסב נזק חמור לחשוד.
* צריך להראות שהנזק יגרם בשל הפרסום (ק. סיבתי- לפעמים לא קיים קשר סיבתי, לפעמים החשד נובע מהמקום העבודה שלו שעלול להיפגע). הקש"ס בין פירסום לנזק החמור יוכרע ע"פ מדדים של **סבירות**.
* יש לבחון את העניין הציבורי שבפרסום, מהות העניין ומידת העניין (יכול לפעול לרעת החשוד, ככל שהעבירה חמורה יותר כך האינטרס הציבורי גדול יותר וכך הפגיעה תהא קשה יותר).
* פירסום שמו של חשוד עשוי גם לסייע להגשת תלונות נוספות נגדו מצד קורבנותיו, וגם לעניין זה יש לתת משקל לטובת הפרסום.

בשביל שהחשוד ישכנע את ביהמ"ש שהאיזונים פועלים לטובתו הוא צריך לעבור נטל מאוד כבד, בעצם ביהמ"ש כבר מסמן את ההיררכיה בין האינטרס הציבורי לאינטרס החשוד.

**בש"פ פלוני 1071/10-** קיימת התמודדת ערכית מתמדת בין עקרון פומביות הדיון לבין ההגנה על שמו של חשוד. בהתמודדות בין שני ערכים אלו **העדיף המחוקק את עקרון הפומביות,** ורק בנסיבות חריגות תינתן עדיפות לחיסיון שמו של החשוד. החלת אותם חריגים תעשה בשני שלבים-

1. האם באמת הפירסום ייסב נזק חמור לחשוד?
2. בהתקיים נזק חמור, האם בנסיבות העניין ראוי להעדיף נזק זה?

יש להכריע כל מקרה לגופו מתוך **הכרה שפומביות הדיון היא הכלל איסור הפרסום הוא החריג,** נטל השכנוע הוא כבד ורובץ על החשוד לשכנע כי עניינו הוא החריג.

**תנאי שיחרור וערובה**- בד"כ האלטרנטיבה למעצר היא שיחרור בערובה, בהקשר של המשפט הפליל מדובר בעירבון כספי או אישי בצירוף ערבות מכל סוג שהוא. ס' 41-61 לחוק המעצרים מתייחסים לשחרור בערובה. לקצין הממונה יש סמכות מכח ס' 42 (שלב ראשוני של חשדות) להורות על שחרור בתנאים כמו איסור יציאה מהארץ (מסירת דרכון), איסור לקיים מפגש עם אדם ספציפי, חובה להתייצב בתחנת המשטרה במועדים קבועים (נגיד כל יום ב4), הפקדת כלי נשק ועוד. החלטת הקצין אינה סופית וניתן לערער עליה. גם לביהמ"ש כמובן יש סמכות לפי ס' 46. המחוקק מורה לביהמ"ש מה הם השיקולים עליו לקחת בחשבון:

* מהות העבירה, מה החשדות? רצח או פדופיליה לא דומות לעבירות אחרות.
* עבר פלילי.
* המצב הכלכלי, היכולת שלו להמציא ערובה כספית- לרוב בישראל לכל חלופת שחרור יתלווה עירבון כספי.
* ס' 46 אומר באופן פוזיטיבי שכאשר החשוד הוא קטין על ביהמ"ש להתחשב בצרכים המיוחדים של הקטין. כדי שביהמ"ש יוכל לשחרר התנאי הבסיסי הוא שהאדם עצור (במעצר).

**בש"פ דרור חוטר ישי-** בתום חקירתו של המשיב במשטרה החליט קצין המשטרה להטיל עליו ערובה, זאת, כדי להבטיח התייצבותו במשטרה לחקירה ככל שיידרש, ולמנוע בעדו מליצור קשר עם מעורבים אחרים בחקירה. המשיב לא הסכים לכך, בטענה כי תנאי הערובה אינם סבירים. המשטרה הגישה בקשה לבית-משפט השלום בתל-אביב-יפו, שבגדרה ביקשה להטיל על המשיב ערובה. בקשתה התקבלה, ועל המשיב הוטלו תנאים מגבילים. ערר שהגיש המשיב לבית-המשפט המחוזי התקבל, בטענה כי במידה ומשטרת ישראל מעונינת להטיל ערובה על חשוד במסגרת 'שחרורו' מן המעצר 'הרעיוני', הרי אין מנוס מלהגיש בקשת מעצר פורמלית בה ייאמר כי מתבקש מעצרו ושחרורו של החשוד בערבות או בתנאים מגבילים. על החלטה זו הגישה המדינה ערר. **טענת המדינה היא במישור העקרוני, כנגד הקביעה בדבר אי-סמכותו של בית-משפט להטיל ערובה בלי לעצור את החשוד. על-פי גישת המדינה, סמכות מעצר מקנה בחובה גם את הסמכות לנקוט צעדים חמורים פחות.** **ביהמ"ש:** מעצרו של אדם, באין צורך ענייני בו, במטרה להטיל עליו תנאים מגבילים, פוגע בו "מעבר למידה הדרושה". במקרה דנן לא נדרש כלל מעצרו של המשיב, אלא כל שביקשה המשטרה היה להבטיח את התייצבותו במשטרה ומניעת התקשרותו עם המעורבים בחקירה. המחוזי מתח ביקורת על המשטרה שלא עצרה את המערער מה שאינו מתיישב עם תכליותיהם של חוק היסוד וחוק המעצרים. החלטת בית-משפט השלום בדבר קביעת תנאים מגבילים, ניתנה בסמכות. בעניין הנדון אי הסכמת המשיב לתנאי הערובה שהטילה המשטרה הקימה בעצם עילת מעצר ע"פ חוק ובהתקיים סמכות המעצר גם אם לא מומשה קבע ביהמ"ש בסמכות להטיל ערובה.

הוראות חוק כלליות לגבי השחרור: לפעמים בית המשפט מורה על שחרור בתנאי- למשל שהחשוד צריך להפקיד סכום מסוים, אך לא תמיד לחשוד יש את הכסף. המחוקק קבע בס' 47(א) לחוק המעצרים "שוחרר אדם בערובה ולא המציאה במועד שנקבע, ייעצר ויובא בפני שופט תוך 24 שעות מעת מעצרו" וזאת כדי שהשופט ישקול את עמדתו שוב (רק פעם אחת). כאשר החשוד עומד בתנאים שנקבעו הוא מייד כמובן ישוחרר. ס' 48 לחוק המעצרים קובע רשימה של תנאי שחרור כמו למשל ערבות כספית, ערבות אישית, מעצר בית, התרחקות מאדם מסוים- זו אינה רשימה סגורה.

**הפרת תנאי שחרור** (ס' 51 לחוק המעצרים)-

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

(ב) נוכח שופט כי משוחרר בערובה הפר תנאי מתנאי השחרור וכי ולא ניתן להביאו בפניו, רשאי הוא להורות על חילוט הערבות.

(ג) בקשה לחילוט ערבות שניתנה על ידי ערב לא תידון אלא אם כן ניתנה לערב הזדמנות להשמיע את טענותיו.

אם אדם שהפר תנאי שחרור ביהמ"ש רשאי להורות על חילוט הערבות לקופת המדינה וכן יכול להורות על מעצרו מחדש, רק בשל הפרת תנאי השחרור. על החלטת השחרור או המעצר יכול כל צד לבקש "עיון חוזר", המתקיים אצל השופט שנתן את ההחלטה. ניתן לבקש בכל הקשר שהוא: הפחתת ערבות, שינוי סוג המעצר ממלא לבית וכו'. (ג) בקשה לחילוט ערבות שניתנה על ידי ערב לא תידון אלא אם כן ניתנה לערב הזדמנות להשמיע את טענותיו.

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

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

(ג) הוטל פיקוח קצין מבחן לפי סעיף 48(א), רשאי קצין המבחן לפנות לבית משפט בבקשה ליתן צו המשנה את החלטתו; הבקשה תהיה בכתב ותלווה בתסקיר.

ניתן לפנות לעיון חוזר במידה והתגלו עובדות חדשות, עבר זמן ניכר או נשתנו הנסיבות. אלו סיבות אמורפיות- כלליות. **ס' 53- תוקן לאחרונה**- חשוד/נאשם שרוצה לערער יוכל לעשות זאת **תוך חודש ימים למעט נימוקים מיוחדים!** הסיבה היא למנוע **"פורום שופינג"**- מצב שצד להליך בוחר את המותב הספציפי שהוא רוצה שיידון בענייניו. זה רלוונטי לערכאות גבוהות כי שם יש שופט תורן שעוסק בהליכי מעצר ומשתנה מדי שבוע, ולשופטים שונים יש גישות שונות. החוק מקנה זכות ערר על החלטה, שאינה מוגבלת בערכאות (ניתן להגיע עד לעליון). ס' 53 מאפשר לערכאת הערר להתייחס גם לחומר חדש שנאסף בזמן שעבר מההחלטה הקודמת. (במיוחד במעצר ימים).

**תיקון מס' 1**

[ס"ח תשנ"ז מס' 1621](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-1621.pdf) מיום 10.4.1997 עמ' 121 ([ה"ח 2366](http://www.nevo.co.il/Law_word/law17/PROP-2366.pdf))

**הוספת סעיף 52**53. (א) עצור, משוחרר בערובה ותובע רשאים לערור על החלטת בית משפט בענין הנוגע למעצר, לשחרור, להפרת תנאי ערובה או להחלטה בבקשה לעיון חוזר, וכן רשאי ערב לערור בענין ערבותו, בפני בית משפט שלערעור, שידון בערר בשופט יחיד.

(א1) (1) על החלטת בית המשפט המחוזי בערר לפי סעיף קטן (א) רשאי כל אחד מהמפורטים באותו סעיף קטן לפנות בבקשה למתן רשות לערור לפני בית המשפט העליון;

(2) בית המשפט העליון ידון בבקשה בשופט יחיד, ואולם רשאי בית המשפט העליון לדחות את הבקשה על הסף, בלא דיון בנוכחות הצדיים; ניתנה רשות לערור כאמור, ידון בו בית המשפט העליון בשופט יחיד ורשאי הוא לדון בבקשת רשות ערר כאילו היתה ערר.

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

(ג) ערר כאמור בסעיף קטן (א) ובקשה למתן רשות לערור כאמור בסעיף קטן (א1), **יוגשו בתוך 30 ימים מיום שניתנה החלטת בית המשפט**, ואולם בית המשפט רשאי להאריך את המועד האמור מטעמים שיירשמו.

**תקיפת החלטת ערר ע"י המדינה:** עיכוב ביצוע- ייתכן שחשוד/נאשם יובא לביהמ"ש וישוחרר. אם המדינה (בלבד) חושבת שזו טעות והיא רוצה להגיש ערר כי יש לכך משמעות למשל שהאדם יברח מהארץ או שזה אדם מסוכן. עד שידונו בערר, **ס' 55- ביהמ"ש רשאי לעכב את הביצוע**- עד 48 שעות להשאיר את החשוד במעצר כדי שידונו שוב בהחלטה מבלי שהחשוד יברח/יפגע באחר. **אין לעכב את הביצוע ביותר מ-48 שעות בשום מקרה.**

ס' 59- חשוד שנתון במעצר במשך 75 יום ללא הגשת כתב אישום- ישוחרר ממעצר עם או בלי ערובה. לא ניתן להחזיק אדם במעצר בלי סוף ללא הגשת כתב אישום. "חשוד הנתון במעצר ולא הוגש נגדו כתב אישום תוך 75 ימים לאחר מעצרו, ישוחרר מן המעצר, בערובה או ללא ערובה". **ס' 62(א)** אומר כי גם תקופה זו ניתנת להארכה, עד ל90 יום נוספים בכל פעם ע"י ביהמ"ש העליון. "על אף הוראות סעיפים 59 עד 61, רשאי שופט של בית המשפט העליון לצוות על הארכת המעצר או על מעצר מחדש, לתקופה שלא תעלה על 90 ימים, ולחזור ולצוות כך מעת לעת, וכן להורות על שחרורו של הנאשם, בערובה או ללא ערובה". לפי **ס' 62(ב)** ניתן להאריך אף עד 150 יום, לפי מורכבות העניין.

מיום 1.1.1998

**תיקון מס' 1**

[ס"ח תשנ"ז מס' 1621](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-1621.pdf) מיום 10.4.1997 עמ' 123 ([ה"ח 2366](http://www.nevo.co.il/Law_word/law17/PROP-2366.pdf))

**הוספת סעיף 59**ס' 60- שחרור באין משפט, ביהמ"ש צריך להודיע לנאשם במה הוא נאשם. במידה וחלפו 30 ימים מעצרו הופך ללא חוקי. "נאשם, שלאחר הגשת כתב האישום נגדו היה נתון במעצר בשל אותו כתב אישום, תקופה המצטרפת כדי 30 ימים ומשפטו לא החל, ישוחרר מן המעצר, בערובה או ללא ערובה; ואולם רשאי בית המשפט לדחות את מועד תחילת המשפט, בלא שישוחרר, ל-30 ימים נוספים, אם ביקש זאת הנאשם או סניגורו".

מיום 1.1.1998

**תיקון מס' 1**

[ס"ח תשנ"ז מס' 1621](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-1621.pdf) מיום 10.4.1997 עמ' 123 ([ה"ח 2366](http://www.nevo.co.il/Law_word/law17/PROP-2366.pdf))

61- 62- מקנים סמכות לעליון להאריך מעצר מעבר ל-9 חודשים לגבי נאשם שטרם הורשע בדין. רק שופט העליון מוסמך להאריך את מעצרו כל פעם לעוד 90 יום. ס' 62(ב)- ניתן להאריך אף עד 150 ימים. הכוונה היא לתת לביהמ"ש ביטוי לצפי ההליך כבר בבקשת הארכת מעצר. כמו כן, ביהמ"ש יכול להאריך את משך הזמן של החשוד במעצר עד שמוגש כתב אישום, כל פעם ב90 יום. הליכים פלילים במדינת ישראל נמשכים זמן רב ולכן העליון נדרש להאריך מעצר, מעבר ל90 יום, פעמים רבות, ולעיתים אף בקשות חוזרות ונשנות. [**בש"פ יעקב אוחנונה**](http://hl2.biu.ac.il/upload/121071/media/%D7%A4%D7%A1%D7%99%D7%A7%D7%94/%D7%90%D7%95%D7%97%D7%A0%D7%99%D7%A0%D7%94%2097.doc)- השיקולים הנדרשים בהארכת מעצר מעבר לתשעה חודשים. **לא רשימה סגורה**- ביהמ"ש בודק מהי העילה להתמשכות ההליכים. אם נובעת באשמת הסנגוריה/הנאשם מהווה שיקול נכבד להארכת המעצר, אך לא מדובר בשיקול יחיד ומכריע. מנגד, כשההליך מתמשך בגלל התביעה (לא העבירה חומר חקירה) פחות יאריכו את המעצר. בודקים את מכלול הנסיבות, את מידת הסיכון מהנאשם (הסכנה הנשקפת ממנו), סיבות המעצר, מורכבות התיק. **הלכה היא, כי בעבירות של סחר בסם מסוכן מחייב הסיכון הנשקף לציבור להחזיק את הנאשם במעצר עד תום משפטו. כמו כן, בעבירות חמורות הצופות ענישה קשה קיים גם חשש מובנה של הימלטות מהדין.**

**מעצר עד תום הליכים** (לאחר הגשת כתב אישום)

זהו מעצר המתבקש לאחר החלטת שחרור. ס' 21(א) לחוק המעצרים מקנה סמכות לביהמ"ש אליו הוגש כתב האישום לעצור את החשוד עד תום ההליכים, למעצר יש קיום רק כשהתקבל כתב האישום (בפרקטיקה התובע מגיע לבימ"ש יחד עם כתב אישום גם עם בקשת מעצר עד תום ההליכים).

21. (א) הוגש כתב אישום, **רשאי בית המשפט שבפניו הוגש כתב האישום לצוות על מעצרו של הנאשם עד תום ההליכים המשפטיים, אם נתקיים אחד מאלה:**

(1) בית המשפט סבור, על סמך חומר שהוגש לו, כי נתקיים אחד מאלה:

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

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

(ג) הואשם הנאשם באחד מאלה:

(1) עבירה שדינה מיתה או מאסר עולם;

(2) עבירת בטחון כאמור בסעיף 35(ב);

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

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

(5) עבירת אלימות בבן משפחה כמשמעותו בחוק למניעת אלימות במשפחה, תשנ"א–1991,

חזקה כי מתקיימת העילה האמורה בסעיף קטן (ב), אלא אם כן הוכיח הנאשם אחרת.

(2) בית משפט ציווה על מתן ערובה והערובה לא ניתנה להנחת דעתו של בית המשפט או שהופר תנאי מתנאי הערובה, או שנתקיימה עילה לביטול השחרור בערובה.

מעצר ימים נועד לאפשר מיצוי הליכי חקירה, הכול נעשה בעיצומה של חקירה (ס' 13) למעט מעצר הצהרת תובע (גישור), כאשר **מעצר עד תום ההליכים בא להגשים את התכלית של עילת המעצר (הרחקה מהציבור)**. הגשת כתב האישום יוצרת שינוי מהותי- נתון לגבי עוצמת האשם של החשוד. עצם העובדה שהוגש כתב אישום מלמדת שתובע מוסמך עיין בחומר החקירה הגולמי, הגיע למסקנה שיש סיכוי סביר להרשעה. התובע נדרש להעריך האם ביהמ"ש ירשיע- לפי **מבחן משפטי** ולא עובדתי. כאן המעצר לא מתבצע על בסיס חלקי ראיות ועדויות, עכשיו התמונה הראייתית הושלמה, החקירה הסתיימה, כל הראיות הוצגו. תיאורטית **מעצר עד תום ההליכים לא מוגבל בזמן ע"י החוק. בפועל נאשמים מוחזקים במעצר תקופות ממושכות** (עד שנים, יש גם 10 הארכות מעצר).

* **חזקת החפות**- גם לנאשם עומדת חזקה זו עד קביעה אחרת של ביהמ"ש. בפרקטיקה יש שינוי בעוצמת חזקת החפות של חשוד בין אם מוגש כתב אישום או לא. ולכך יש השלכות קרדינאליות על האיזונים של ביהמ"ש של חזקת החפות וחירות של אדם לביו שיקולי המעצר.

**ראיות לכאורה**

ס' 21(ב) **מתנה את סמכות ביהמ"ש לתת צו מעצר** עם תום ההליכים, בכך שביהמ"ש נוכח ש**יש ראיות לכאורה** להוכחת האשמה.

(ב) בית המשפט לא יתן צו מעצר לפי סעיף קטן (א), אלא אם כן נוכח, לאחר ששמע את הצדדים, שיש ראיות לכאורה להוכחת האשמה, ולענין סעיף קטן (א)(1), לא יצווה בית המשפט כאמור, אלא אם כן נתקיימו גם אלה:

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

(2) לנאשם יש סניגור, או שהנאשם הודיע שברצונו שלא להיות מיוצג בידי סניגור.

**השער הראשון** של מעצר עד תום ההליכים הוא **ראיות לכאורה**. החוק לא מפרש מהן "ראיות לכאורה" והפסיקה עושה זאת- ביהמ"ש לא מכמתים את הסף כדי שיהיה סנכרון בין כל הגורמים. כולם מבינים את המונח באופן דומה (ככל הנראה מדובר ב-80% ומעלה).

**פס"ד שלמה זאדה**- העורר הואשם, יחד עם אחרים, בעבירות של החזקת סמים שלא לצריכה עצמית, משתפסה המשטרה סמים בדירה ששכרו חברי העורר. העורר, ששהה בעת האירוע בדירה הנדונה, הכחיש כל קשר לסמים. בית המשפט המחוזי קבע כי קיימות ראיות לכאורה לכך שהעורר החזיק בסמים בדירה. חיזוק לדבר מצא בית המשפט בכך שהעורר הציץ מחלון הדירה בעת הפעילות המשטרתית קודם לכניסת השוטרים לדירה, ונתן, כנראה, לחבריו את הסימן להוריד את הסמים באסלת השירותים. **ש"מ: מהו היקף המונח "ראיות לכאורה הוכחת האשמה" בסעיף 21א(ב) ומהו טיב ההוכחה הנדרשת על-ידיו, בשלב המעצר עד תום ההליכים. ביהמ"ש העליון:** המעצר עד תום ההליכים נועד להגשים הוא הבטחת קיומו התקין של ההליך הפלילי ושמירה על שלום הציבור. בגדרו של הליך מעצר עד תום הליכים לא נקבעות חפותו או אשמתו של הנאשם. חזקת החפות לא נסתרת בו. הבחינה היא של חומר ראייתי גולמי שטרם עבר את העיבוד של ההליך הפלילי. **"ראיה לכאורה"** הדרושה למעצר עד תום ההליכים היא מטבעה ראיה גולמית. היא טרם עברה את כור ההיתוך של ההליך הפלילי. אין כל אפשרות להכריע על פיה את אשמתו או חפותו של נאשם. טמון בה פוטנציאל ראייתי, אשר יוצא מהכוח אל הפועל בעתיד, בסיום ההליך השיפוטי. **ראיה "רגילה"** נבחנת בסיום ההליך השיפוטי, מתוך הסתכלות מן ההווה אל העבר, הרי הראיה "לכאורה" נבחנת בתחילת ההליך השיפוטי או במהלכו, מתוך הסתכלות מן ההווה אל העתיד. ביהמ"ש בוחן את השאלה אם מתוך מכלול חומר החקירה ניתן יהיה לשלוף בסוף ההליך השיפוטי תשתית עובדתית מרשיעה. **מיעוט (בך)-** אם מתוך עיון בחומר הראיות המצוי בתיק בשלמותו, ועל-פי מומחיותו כמשפטן וניסיונו השיפוטי, חש השופט שה "case" של התביעה הינו "חלש" עד כדי היעדר קיומו של סיכוי סביר שהמשפט יסתיים בהרשעת הנאשם, כי אז אין לפני השופט ראיות לכאורה מספיקות המצדיקות את מעצרו בפועל עד תום ההליכים. זו קביעה לא מקובלת בשיח המשפטי כי המערכת נזהרת לתת לגיטימציה לתחושות בטן של השופט. **מיעוט (דורנר)**- דורשת רף גבוהה יותר של ראיות לכאורה,של מעבר לספק סביר (ולא סיכוי סביר). גם מעצר עד תום ההליכים מביא לפגיעה גדולה באדם לכן אין להפריד ולהבחין בינו לבין מעצר של לפני כתב אישום. מאחר והמחסום הראייתי היחיד הוא החד-משמעיות של הראיות, אם ביהמ"ש רואה שמן הראיות לא עולה ספק סביר להרשעה- יש לשחרר את הנאשם. בהליך המעצר שהיכולת של הנאשם להתגונן מוגבלת. דרישה זו משקפת את האיזון הראוי בין זכות היסוד של האדם לבין האינטרס שבשמירה על שלום הציבור. גם בהליך המעצר נקודת המוצא חייבת להיות שהנאשם הוא חף מפשע, ועל חומר הראיות להיבדק על סמך הנחה זו. כיצד על שופטי המעצרים להחליט? לצורך גיבוש החלטתו השופט נדרש לעיין בחומר, לתת את הדעת לכרסומים ופגמים גנטיים, שקיימים כבר בשלב הזה, בחומר הראיות (השתלבות מכלול הראיות) בחינה שלמה- בחינה פרטנית ובחינה של התיק בכללותו, הצלבת העדויות השונות ורק אז מסיקים מסקנה. לרוב חומר החקירה לא מושלם אך אין זה אומר שאין סיכוי להרשעה, ושאין ראיות לכאורה. בשלב זה ביהמ"ש אינו מכריע בדבר אמנותם של העדים. עצם קיומן של עדויות סותרות אינן שוללות סיכוי להרשעה. **מאמר של מרדכי לוי**- לוי סבור כי גם לאחר ההחלטה בז'אדה משמעות סיכוי סביר להרשעה לא ברורה די הצורך **ונתון לפרשנויות שונות**. לדעתו מה שחשוב זה **לקבוע רף תחתון שיקבע את הסף**, ויקנה את הסמכות למעצר עד תום ההליכים. לדעתו, הפרשנות הראויה לסיכוי סביר הוא **שסיכוי ההרשעה עולה על הסיכוי לזיכוי** (מספיק שקצת יותר משתכנעים שיש הרשעה- 51%) זו לא עמדת הפסיקה. **האם כשאין ראיות לכאורה אפשר להורות על מעצר בית? הוא אומר שזוהי לקונה בחוק וצריך לקבוע מהו הרף הנדרש לחלופת מעצר ומה הרף הנדרש למעצר ממש**- לדעתו, לחלופת מעצר אפשר להסתפק ברף נמוך יותר לחלופת מעצר. לוי מוסיף וטוען כי צריך ליצור קורלציה בין עוצמת הראיות הלכאוריות לבין עילת המעצר, מהות העילה ועצומת העילה. בפועל, **מבחינת המחוקק, בכלל לא באים לדון בעילות המעצר לפני שעוברים את הראיות לכאורה קודם משכנעים שביצעו את העבירה**. **יכול להיות מצב שהראיות לא יהיו כ"כ חזקות אבל הסיכון של האיש יהיה כ"כ גבוה שיצטרכו לעשות קורלציה בין עוצמת הראיות לבין עילות המעצר**. למשל אם יש עבריין כבד שאין ראיות לכאורה שמצדיקות את המעצר שלו אבל הוא מאוד מסוכן וצריך לשקול את מסוכנתו לחברה – לפי הצעתו של לוי צריך לקחת את שני הקריטריונים ביחד ולאשר את המעצר שלו למרות שאין מספיק ראיות לכאורה.

ס' 74(א) לחסד"פ- קובע שלנאשם קמה זכות לעיין בחומר החקירה עם ורק עם הגשת כתב האישום- "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". מהו חומר חקירה? באופן טבעי היינו נוטים לחשוב שזהו כל מה שנאסף במהלך החקירה המשטרתית – אך לא כך הדבר. ס' 74 (ב) קובע שנאשם רשאי מבית המשפט להורות לתובע לאשר לו לעיין במה שהוא חושב שהוא חומר החקירה, הנאשם מבקש להורות לתובע למסור לו את החומר .זה מרמז לנו שלפעמים יכולות להיות חילוקי דעות לגבי מהו חומר חקירה וכאשר מוגשת בקשה כזו לשופט- בימ"ש יעיין בבקשה, לא השופט שדן בתיק אלא שופט אחר.

(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 שלערעור שידון בערר בשופט אחד; הערר יוגש בתוך 30 ימים מיום שניתנה החלטת בית המשפט, ואולם בית המשפט רשאי להאריך את המועד להגשת הערר מטעמים שיירשמו.

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

**הקושי בהגדרה של מהו חומר חקירה נובע ממס' סיבות אפשריות:**

* כיצד לסווג חומר ככזה?
* האם המבחן יהיה פורמאלי-טכני שיקבע שכל מה שנאסף עם החקירה הוא חומר חקירה או שמבחן מהותי כך שרק חומר שהוא בעל רלוונטיות לאישום יחשוב לחומר חקירה.
* אם דבקים במבחן המהותי- איך נדע להגיד שהחומר הוא לא רלוונטי להגנה?
* האם הממצאים שנאספו בחיפוש שנעשה בבית של חשוד נחשבים לחומר חקירה? אם המבחן הוא טכני אז ברור שזה שייך לחומר החקירה; אם המבחן הוא מהותי- צריך לבדוק כל ממצא שנמצא בבית של החשוד ולבדוק האם הוא רלוונטי או לא. ייתכנו דברים שיכולים לפגוע באופן קשה בצדדים שלישיים.

**עשויה להיות נפקות משמעותית גם בשלב המעצר משום שבית המשפט נדרש להעריך את סיכויי ההרשעה על סמך החומר הגולמי ולכן השאלה מהו חומר החקירה היא שאלה קריטית** והקושי של בימ"ש הוא לבצע הערכה ולקבוע ראיות לכאורה כן או לא, כאשר התשתית הגולמית היא לא ברורה. **בש"פ אזריאן שורץ**- נידון ערר של נאשם שהורשע במעשה אינוס אלים מאוד של ילדה בת 11 שבגינם נדון ל20 שנות מאסר והייתה בקשה למשפט חוזר שהתקבלה. הוא ביקש לקבל לידיו חומר שנמצא בכתמים שעל המזרן ועל השמיכה (האונס בוצע באיזשהו מקלט ונמצאו כתמים של הזרע שלו). בזמן ביצוע המשפט המדע לא היה מפותח מספיק כדי להפיק DNA מהכתמים האלו, והוא ביקש לקבל את החומר הזה כדי לקבוע האם ה-DNA שלו או לא. השאלה שעמדה לדיון כמובן הייתה האם זכותו של הנאשם לקבל לידיו חומר חקירה כוללת גם את הזכות לקבל חומר חקירה חפצי שקיימת סכנה שהוא יכלה/יאבד במהלך בדיקתו במעבדה וכל זאת מבלי שהתביעה תהיה זכאית לעשות זאת קודם לכן. (ביצוע הבדיקה כרוך בגרימת נזק לראיות ומפה הדילמה העולה). ביהמ"ש מתייחס בעניין הזה לסוגיה הכללית של מהו חומר חקירה. הש' גובראן קובע: זכות העיון בחומר חקירה מהווה אמצעי בעל חשיבות מהמעלה הראשונה למימוש הזכות של נאשם למשפט הוגן. חשיפת מלוא החומר שעליו נסמכת התביעה נותנת לנאשם את האפשרות להכין את משפטו כראוי, להתמודד כראוי ומונעת ממנו להיות מופתע. היא משפרת ומבטיחה את יכולת ההתגוננות של הנאש ובכך מקדמת את התכלית העליונה של ההליך הפלילי והוא בירור אמת. **המבחן הנוהג כיום באשר לשאלה של מהו חומר חקירה- המבחן הוא מבחן הרלוונטיות- האם החומר הוא "רלוונטי" לאישום?** יש להניח כי המונח "חומר חקירה" כהוראתו בס' 74 אינו מצומצם לחומרים כתובים בלבד וחל גם על ראיות חפציות כמו באותו מקרה של שוורץ. בעניין הספציפי של שוורץ אין זה מתקבל על הדעת שהסמכות הראשונית לבדיקת המוצגים תופקע מידי התביעה ותימסר לנאשם. הדבר מנוגד למסקנות יסוד של סדרי בראשית להליך הפלילי. הוחלט שהחומר יישלח לבדיקה במעבדה חיצונית בארה"ב וכך תשמר הזכות להליך הוגן.

**חומרי מודיעין**- במהלך עבודת המשטרה של איסוף ראיות, מתקבלים ונאספים הרבה פעמים חומרי מודיעין כמו מקורות משטרתיים, סוכנים משטרתיים, שיטות סודיות של המשטרה וכו' והרבה פעמים החקירה מתבססת על חומרי מודיעין. **ראיות חסויות**- **המחוקק מכיר בצורך להטיל חסיון על חומרים מסוימים למרות שהם חומרי חקירה ולכן החומר לא ימסר לנאשם ולסנגורו**. ס' 44-46 לפקודת הראיות דנים בעניין החיסיון ובאפשרות להמיר חסיון. נאשם יכול בוודאי לתקוף חסיון כזה. **הנאשם יכול להשלים עם מר גורלו או שהוא יכול גם לנסות להגיש עתירה לגילוי ראיה ולומר לביהמ"ש- תבדוק את החומר בשבילי, תעיין בו מנק' מבט של סנגור, ואם תמצא חומרים רלוונטיים שעשויים לסייע לי בהגנה- תעביר אותם לידי**. כאשר מדובר בחיסיון מטעמים של בטחון הציבור אז בימ"ש שדן באותו הליך יוסמך לראות את החומר; כאשר מדובר בחיסיון מטעמים של בטחון המדינה אז רק שופטים מבימ"ש עליון יכולים להיחשף אליו. ראיות שהוצע עליהם תעודת חיסיון גם לא ישתמשו בהם בהליך הראשי. גם השופט לא רואה את הראיות, כי יכול להיווצר מצב שירשיעו לפי ראיות שאחת מהם חסויה ולסנגור לא תהיה יכולת להתגונן זה מצב אבסורד. יכולה להתעור בעיה אם הנאשם טוען שיש בחומרים החסויים ראיות מזכות או בעלות פוטנציאל לזכות או יכולה לעזור לקו ההגנה. **הראיה החסויה יכולה להיות רלוונטית לעילת המעצר- עד כמה אותו אדם מסוכן**. מה הסיכוי שהוא יברח (נניח שהיה מידע מודיעיני שלא רלוונטי לעניין המאסר אלא רק לעניין אפשרות הבריחה שאך נניח שלא היה אפשר לגלות את העניים בגלל סכנת חיים של סוכן). **פס"ד צ'רלי אבוטבול**- בהמ"ש דן בערער מטעם המדינה על החלטה של בית המשפט המחוזי שלא אפשר למדינה להגיש ראיה חסויה שהייתה רלוונטית לשאלת המעצר. **ביהמ"ש** (בך): **אין זה רצוי לאפשר הגשת חומר ע"י צד אחד להליך כאשר הצד השני אינו נחשף אליו.** **התביעה אינה רשאית להגיש חומר חסוי לאחר הגשת כתב האישום המתייחס במישרין לעבירות שמיוחסות לנאשם אבל הכלל הזה אינו תופס כאשר המידע החסוי רלוונטי לשאלת המעצר של הנאשם ולא לעבירות עצמם. המדינה לא יכולה הגיש חומר חסוי להוכחה לקיומם של ראיות לכאורה אבל הכלל הזה לא בהכרח תופס לגבי ראיה חסויה שעניינה בעילת המעצר**. כאשר בית המשפט מתיר הגשה של חומר חסוי בכול זאת הוא צריך לתת את הדעת לכך שלא ניתנה לנאשם הזדמנות להתגונן בפני המידע הזה והוא צריך לשכלל את העובדה הזאת במשקל שהוא נותן לראיה הזאת. הוא מוסיף וקובע דבר שסנגורים לא מודעים לו- הגשת חומר חסוי בתנאים שנקבעו אינה נתונה לתביעה בלבד ואפשר שבנסיבות ראויות תינתן גם לסנגוריה כאשר היא אינה רוצה שמידע מסוים שנוגע לבקשת הנאשם להשתחרר יוודע לתביעה כדי לא לקבוע בקו ההגנה. **לפני הגשת כתב אישום** ניתן להגיש ראיות בלתי קבילות או חסויות כי לא חושפים את החומר לנאשם, דבר הלא מתאפשר לאחר הגשת כתב האישום. **בבש"פ פרץ**- השימוש בראיות בלתי קבילות. מדובר על סוחר הרואין כאשר הראיות נגד פרץ התבססו על דיווחים של תצפיתנים שצפו בזמן הסחר, טענת המערער הייתה טענת אליבי, שבזמן מייחסים לו את סחר הסמים הוא היה בבית מלון בנתניה הוא לא תמך בטענה בראיות אחרות, המשטרה הסתפקה במברק ממשטרת נתניה לפיו בירור שמשטרת נתניה עשתה העלה שהעורר לא שהה באותם ימים בבתי מלון בעיר. הסנגור טען כי הדבר הוא עדות שמיעה שעברה כמה גלגולים בין הפקיד במלון לשוטר ומשם לתביעה. בית המשפט דן ואמר כי **כאשר קיים ספק בשאלה אם ראיה מסוימת היא קבילה בהליך הפלילי וקיימת סבירות שהראיה תתקבל ניתן להסתמך עליה, אם יש ספק לגבי קבילות או הקבילות העתידית, שונה הדבר כאשר ברור שאין סיכוי שהראיה תתקבל כקבילה כדוגמת של האזנת סתר בלתי חוקית.** דין מיוחד יכול לחול בעניין עדות שמיעה כי בנסיבות מסוימת עדות שמיעה שמוגשת יכולה להיות עדות קבילה שאותו אדם שאמר בא לבית המשפט. **ביהמ"ש מוסיף ואומר שיש להבחין בין ראיה בלתי קבילה להוכחת האשמה לבין ראיה בלתי קבילה המובאת להפרחה של אליבי**. במקרה הזה טענת האליבי לא נתמכה בראיות של ממש והמברק שהתקבל ממשטרת נתניה גם שהוא מהווה עדות שמיעה שבשלב זה מחיש את ראית האליבי.

* בדיקת פוליגרף אינה לראיה קבילה במהלך המשפט. לא אמור להיות שימוש בראיה זאת.

**ע"א 3399/11 פולני נ' מדינת ישראל**- מדובר בבקשה של המערער להציג בפני בית המשפט תוצאה של פוליגרף כדי לבסס את חפותו, **ביהמ"ש:** השופט גרוניס אומר שהלכה פסוקה שתוצאת בדיקת פוליגרף אינה קבילה בהליך הפלילי. בנושא של אמינות בדיקות הפוליגרף יכול להיות שיהיו שינויים עקב התפתחויות מדעיות טכנולוגיות. השופטת ארבל מסכימה אבל היא עצמה למרות שזה לא נדרש היא מפנה להחלטות קודמות שלה לפיהן **בנסיבות מיוחדות ניתן לקבל את בדיקת הפוליגרף כאינדיקציה לצד ראיות נוספות ולעשות שימוש מסוים לעניין מעצר.** השופט הנדל- **מאחר וראיות לכאורה מהוות חומר גולמי שעשוי להביא להרשעת הנאשם במשפט אין מקום להתבסס על בדיקת פוליגרף שהיא לא ראיה קבילה בהליך המעצר,** אם נקבל את הראיה הזאת לחיוב לטובת נאשם אז אולי צריך לקבל אותה גם לרעת נאשם. ופתחנו את הדלת בפני ראיה שלא צריכה להשפיע על בית המשפט. ברובד העיוני המשפטי כיצד יתכן שבמסגרת בקשה למעצר עד תום ההליכים על כול המשתמע מכך תסווג ראיה כראיה לכאורה ביחס למשפט כאשר אין ביכולתה להיכנס בשעריו. יש חוסר אחידות בקרב שופטי בית המשפט העליון בשאלת האפשרות לעשות שימוש בבדיקת פוליגרף לצורך קיומם של ראיות לכאורה. **בש"פ גיא חסיד***-* השופט רובינשטיין הלך כמה צעדים קדימה והוא נעתר לבקשת נאשם לצאת ולבצע בדיקת פוליגרף על חשבונו במסגרת מגבלות המעצר, זאת כדי שהוא יוכל לעשות בה שימוש בסופו של דבר.

**קיומן של ראיות לכאורה זה לא עילה למעצר זה תנאי למעצר**. עצם זה שיש סבירות שהוא עשה את העבירה זה לא אומר שצריך לעצור אותו, מעצר הוא לא עונש. אחרי שבית המשפט יקבע שהוא עשה את העבירה יעצרו אותו, ייתכן שהוא לא עשה זאת. לכן, ראיות לכאורה זה תנאי סף- **תנאי ראשון.** **התנאי השני הוא שיש עילת מעצר חוקית** שקיימת בחוק, זה לא רשימה אמורפית, שופט לא יכול להחליט על דעת עצמו. בס' 21 יש פירוט של עילות המעצר ובס' 23 יש את חובת קיומן של ראיות לכאורה.

**שער שני: עילות המעצר**

**ס' 21(א) לחוק המעצרים לעיל מונה את עילות המעצר.** הנטל עובר לנאשם והוא צריך להפריח את החזקה. בפועל בתי המשפט אף פעם לא מסתפקים בחזקת מסוכנות והם בוחנים את הדברים כאילו לא הייתה חזקה. גם אם מתקיימת החזקה לעיני השופט אנחנו נקיים דיון לקיום והוכחת הסיבה למסוכנות. אם מישהו עובר על אחת מחלופות המעצר (למשל הפר תנאי מעצר בית) אין צורך לעבור את השער השלישי של בדיקת חלופת המעצר, זוהי עילה למעצר.

**רף הוכחות העילות: עילת שיבוש ההליכים**- **בש"פ רפאל לוי**- נדון עניינו של נאשם שהיה ממונה על מחוז במשרד הפנים והיה מואשם בעברות של שוחד והפרת אמונים והדיון התמקד בשאלה **האם קמה עילת מעצר של שיבוש הליכים:** הפרקליטות טענה שכתב האישום עצמו מהווה סיבה: הוא היה מואשם בהדחה בחקירה של עד בתיק שלו, מכתב בן 10 עמודים שהנאשם ביקש להוציא מכותלי הכלא כאשר היה עצור על כוונתו לשבש הליכים. **השופט איילון קבע שאין בעובדה שנאשם הואשם בכך שביצע עבירה של הדחה בחקירה כדי לבסס עילת שיבוש** על העברות שהוא ביצע הוא ייתן את הדין בתיק העיקרי אומנם זה יכול להיות אינדיקציה לחשש אבל המסקנה לא מושגת מאליה והעילה לא קמה מאליה. ההאשמה זאת יכולה להוות אינדיקציה לחשש זה בלבד. שיבוש הליכי חקירה בעבר רק יכולים לשמש אינדיקציה לקיומם גם בעתיד ולא יותר מכך. עוד לפי ביהמ"ש, כאשר ישנו חשש לשיבוש הליכי חקירה מצד הנאשם, על המדינה לסיים את החקירה במסגרת אותם הליכים שיש חשש שהנאשם ישבש. במקרה דנן, המכתב אותו ניסה להוציא הנאשם מצביע על כוונתו לשבש הליכי חקירה. כלומר, לפני שבודקים את עילת מעצר זאת יש לסיים את הליכי החקירה הדרושים. דעה אחרת באותו נושא: **פס"ד רולנד חיים**- גם כאן היה נאשם שהואשם בשיבוש הליכים והמדינה בקשה להשאירו במעצר עד לתום ההליכים. **ביהמ"ש:** כאשר האישום המיוחס לנאשם מייחס לו עבירות שיבוש הליכים פעמים רבות, וכאשר נלמד מכתב האישום נגד הנאשם שיש לו כוונה לשבש הליכים – די בטענות שיש בכתב האישום (ראיות לכאורה) כדי לבסס את היסוד הסביר לקיומו של חשש משיבוש הליכים ולכן אין צורך בראיות נוספות כדי להוכיח זאת. זאת מכיוון שלפי ביהמ"ש ניתן ללמוד על כוונתו זאת מכתב האישום נגדו. **בש"פ פלוני**- במסגרת פס"ד זה מדובר על אב שאנס את ביתו במשך 5 שנים. לפי בייניש, בדר"כ ביהמ"ש לא יסיק על קיומו של חשש מובנה משיבוש הליכים אלא הוא ידרוש ראיה לכך. אבל יש **עבירות מסוימות בהן יש חשש מובנה משיבוש הליכים ולא יהיה צורך בהוכחה נפרדת**- כאשר לדוגמא קיימים יחסי תלות, ובמקרה דנן, אבא ובת. לכן, אפילו אם יטילו על האב מגבלות קשות ליצור קשר עם הילדה, עדיין עצם הנגישות שלו אליה והיכולת שלו לדבר איתה בטלפון או בכל דרך אחרת – זה יוצר חשש מובנה לקיומו של שיבוש הליכים.

**עילת המסוכנות**- **בש"פ קופל פשטניק**- ביהמ"ש במסגרת פס"ד זה קבע את שלבי הבחינה האם קיימת עילת מסוכנות: כאן דובר על איש בן 90 שרצח את אשתו ע"י 60 דקירות סכין. יש בזה כדי להראות על מבנה אישיות בעייתי ביותר ולכן המחוזי קבע שאין לשחרר אותו בגלל גילו. לפי טירקל ישנם **שלבים לבחינת קיימות של עילת מסוכנות:**

1. יש לבחון את המסוכנות לפי מהות המעשים של הנאשם- עבירות קשות במיוחד מלמדות על מסוכנות (אדם נטול רסן, ללא שליטה עצמית).
2. יש לבחון את "מיהות העושה"- עברו הפלילי של הנאשם, מודעות לחומרת המעשה, האם הוא הודה בזה.
3. מהות הסיכון- יש לבחון האם הסיכון מכוון לאדם אחד או לציבור שלם (כמו פדופיליה). שכן, אם אין חשש לעבירות אקראיות של אותו אדם אז אין חשש לסכנה לציבור.
4. חומרת העבירה- ככל שהעבירה היא יותר חמורה וכתוצאה מכך נשקפת סכנה לציבור, פחות יהיו מוכנים לשחרר אדם כזה (למשל רצח מול סחר סמים). לא נאמר במסגרת פס"ד אבל יש לכך חשיבות.

**ביהמ"ש שיחרר את הנאשם**- הוא היה בעל עבר נקי, ילדיו דברו בזכותו ולקחו בחשבון את הגיל שלו ואת מצבו הבריאותי ומצאו שיש בזה כדי להפחית מהסיכון הנשקף ממנו ולכן שחררו אותו.

* **האם עבירות רכוש מקימות עילת מעצר מסוג מסוכנות?** האם ניתן לייחס לאדם מסוכנות לפגיעה בנפש או באדם אחר רק בגלל שהוא ביצע בעבר עבירות רכוש? האם הסיכון לפגיעה באדם עקב הרצון לביצוע עבירות רכוש יכול להקים עילת מסוכנות לעבריין רכוש?

**פס"ד רוסלן פרנקל**- דובר על גנבי רכב אשר גנבו חמישה כלי רכב, שאחד מהם היה רכב משטרה. **עבירות רכוש מקימות בנסיבות מסוימות עילת מעצר מסוג מסוכנות**. שני נאשמים בעבירות גניבת ציוד ממוסך, השתמשו במידע פנימי, זהות בדויה, גנבו 5 מכוניות שאחת מהן ניידת משטרה. בייניש: **אין ללמוד מחוק המעצרים שסכנה לביטחונו של האדם והציבור איננה מוגבלת לרכוש של אדם**. **עבירות רכוש קיים בהן סיכון מובנה להתפתחות אלימה לביצוע העבירה או לשם הימלטות**. עבירות רכוש בתחכום, באופן שיטתי, שת"פ בין עבריינים מסוימים, שימוש בעזרים. ייתכן שתקום עילת מעצר מסוג מסוכנות. **(המבחנים: העבירה מתוחכמת, אופן שיטתי, צוותא, אמצעים מיוחדים, בוצעה בתעוזה > קמה עילה). כאשר מתבצעות עבירות רכוש באופן שיטתי, בהיקף נרחב, יכולה לקום עילת מעצר של מסוכנות גם על עבירות רכוש**. במקרה דנן, העבירות תוכננו בתחכום ובתכנון מוקדם, בשיטתיות ובהיקף מסחרי כל אלה מצביעים על הסיכון הנשקף מהעוררים על הציבור, אין בחלופת מעצר כדי להשיג את מטרת המעצר. **בש"פ 45/10 פאדי מסארוה**- נאשם בעבירת התפרצות לרכב וגניבת רכב. הש' עמית: **מתקשה לקבל את הטענה שבכל עבירת רכוש יחידה או עבירת רכוש לא מתוחכמת לא קמה עילת מעצר**. יש בגישה זו כדי לעודד בעקיפין ריבוי עבירות, שהרי כל שרשרת עבירות מתחילה בעבירה הראשונה, שמא יאמר העבריין לעצמו כי אין סיכון שייעצר ב"'מכה הראשונה". לדעת השופט עמית, בעבירות של גניבת רכב או התפרצות לדירה **יש עילת מעצר אינהרנטית למסוכנות בשל הפוטנציאל להסלמת התנהגות אלימה**. פריצה לבתים מערערת את הביטחון של הציבור. גם אדם שביצע עבירה יחידה, עבירה קלה, אין עבר פלילי- יש מסוכנות. **כלומר, הש' עמית כבר לא מבקש שיטתיות ותחכום בעבירת רכוש לשם מסוכנות. פס"ד גנימאת**-נידונה שאלה האם מכת מדינה של גניבת רכבים יכולה להוות עילת מעצר, לשם הרתעה. פס"ד ניתן לפני שחוקק חוק המעצרים. גנימאת היה גנב רכב, עבירה שהוגדרה כ"מכת מדינה" ולפיכך היה ניתן לעוצרו עד תום ההליכים. האם לאור חקיקת חו"י כבוד יש לפרש החוק אחרת? **דורנר (רוב):** פסקת שימור הדינים מגנה על חוק פוגע מפני ביטול, אך כעת יש לפרש חוקים ישנים לאור חו"י כבוד האדם ולשים משקל רב יותר על חירות ממעצר. בגנימאת עלתה השאלה האם העובדה שמדובר במכת מדינה, **מותר לשופט לעצור משיקולי התרעה?** ביהמ"ש קבע כי אין להשתמש באדם כאמצעי, ולא נכון ליצור הרתעה על גבו של הנאשם.

* לאחר **פס"ד רולסן** הסכר נפתח והחלו לפסוק עילת מסוכנות על עבירות רכוש. החלטתו של עמית הורידה את הרף בצורה משמעותית.

**עילת התחמקות מהדין**- עילה זאת תלויה בהיבטים ספקולטיביים בעיקר. יש מקרים כאשר ברור שאדם מתכוון לברוח או כאשר אדם הצליח לברוח ולכדו אותו. אבל איך נקבע באמת האם קיימת עילה זאת? ניתן להניח הנחה זו לגבי כל עבריין למעשה. **בש"פ אבוטבול**- הנאשמים הואשמו ברצח והיה צורך להאריך את מעצרם למעבר ל-9 חודשים (זאת יכול לעשות רק שופט בביהמ"ש העליון). **העליון:** כאשר קיימת עבירה קשה כמו עבירת המתה, שהעונש עליה הוא מאסר עולם, **קיים חשש מובנה להמלטות** מכיוון שהנאשם מבין שיש סיכוי שהוא יהיה עד סוף ימיו בבית הכלא. לכן, לפי הרציונאליים הכי בסיסיים יש לו אינטרס להימלט כי האלטרנטיבה שלו היא הרבה יותר גרועה, גם אם ינסה להימלט וייתפס העונש על הימלטות "יבלע" בעונש של הרצח. העתירה נדחתה. לעיתים די במאפיינים מיוחדים של הנאשם כדי לבסס עילת מעצר מחשש הימלטות: **עבירות שב"ח** (שהייה בלתי חוקית- ס' 12 לחוק השהייה בישראל). המאסר בעונש במקרים כאלה הוא לתקופות קצרות מאוד. לרוב משחררים בפעם הראשונה, והמעצר מכתיב את המאסר. עצם העובדה שאנשים הם תושבי שטחים מקים חשש הימלטות מובנה. אם נרצה לשחרר את העציר לחלופת מעצר עומדות לפנינו שתי אופציות- לשטחים שם לא ניתן לפקח עליו שיעמוד בחלופת המעצר או שלא יברח חזרה לישראל או לישראל ואז הוא ישיג את מטרתו. **בש"פ 10418/08 עאהד טלאלקה**- **נעצר שבח, שגם עמד לדין על עבירת זיוף וגנבה שחרור עצור תושב שטחים לחלופת מעצר**. עבירות שב"ח גניבה וזיוף. השלום שחרר את הנאשם לביתו ברשות הפלשתינאית, בתנאים מגבילים. המחוזי- הפך את ההחלטה, ועצר את הנאשם: הניסיון מלמד שמי ששוחרר לשטחים לא מגיע לדיונים. העליון: הנחת מוצא- **כאשר מדובר בתושב שטחים יש חשש קבוע ברור להימלטות מהדין בשטחי הרשות הפלסטינאית באופן שמחייב את המעצר**. האם ניתן לשחרר נאשם לחלופה בשטחים,או בשטח ישראל, צריכה להיבחן לפי הנסיבות. שחרור לחלופת מעצר בישראל היא לא בלתי אפשרית אף אם היא חריגה, וזאת למרות הקושי שהיא מעניקה גושפנקה לשהייה בלתי חוקית. אך במקרים מתאימים ניתן לשקול חלופה בשטחי הרשות הפלסטינאית בתנאי **הפקדה כספית משמעותית**. הפקדה של סכום גדול בישראל יכול להיות תמריץ אפקטיבי שלו לחזור ולהופיע לדיון בישראל. במקרה דנן, ביהמ"ש קבע כי בשל עבירות הזיוף אין בו אמון. הנאשם נעצר ונקבע שיש לסיים את ההליך בביהמ"ש השלום עד 3 חודשים (כדי שמעצר לא יהיה ארוך מידי או ארוך מהעונש שינתן לו)- הערער נדחה. יש כאן בעיה של אי מיצוי דין והליכים נגד עוברי עבירות השב"חים (שגם ככה משחררים אותם כי הם לא צפויים לקבל עונש מאסר ולכן יש חשש שזמן המעצר יעלה על זמן המאסר- העונש העיקרי וזה דבר לא רצוי ולא חוקתי).

**חזקת המסוכנות**: **ס' 21(א)1ג**- **חזקת מסוכנות הפוטרת את הצורך להוכיח את קיומה של העילה**- 5 חלופות: הנאשם הואשם ב: 1) עבירה שדינה מיתה או מאסר עולם 2) עבירת ביטחון 3) עבירה לפי פק' הסמים המסוכנים (למעט החזקה ושימוש עצמי) 4) עבירה שנעשתה באלימות חמורה/התאכזרות עם שימוש בנשק קר/חם 5) עבירת אלימות בבן משפחה. נטל ההוכחה לשכנע כי במקרה דנן יש לשחררו הוא על הנאשם.

21.(א)(1)(ג) הואשם הנאשם באחד מאלה:

(1) עבירה שדינה מיתה או מאסר עולם;

(2) עבירת בטחון כאמור בסעיף 35(ב);

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

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

(5) עבירת אלימות בבן משפחה כמשמעותו בחוק למניעת אלימות במשפחה, תשנ"א–1991,

חזקה כי מתקיימת העילה האמורה בסעיף קטן (ב), אלא אם כן הוכיח הנאשם אחרת.

**בש"פ אמיר סרסור**- **בעבירה המקימה חזקת מסוכנות עובר הנטל לנאשם להוכיח כי ניתן לתת בו אמון לשם שחרור לחלופה**. נאשם הועמד לדין באשמת רצח. המחוזי קבע מעצר. העליון: הש' רובינשטיין: **כאשר מתקיימת חזקת מסוכנות הנטל עובר אל הנאשם להוכיח חרף העבירה והחזקה החמורה יש לתת בו אמון**. הנאשם החליט לשמור על שתיקה למשך כל המעצר. **כאשר נאשם מחליט לשמור על זכות השתיקה זו עובדה המחזקת את הראיות נגדו,** במקרה דנן, החזקה לא נסתרה והנאשם יוותר במעצר. חוסר שיתוף פעולה מוחלט לא סותר את החזקה. **בש"פ עיסאם זחלאקה**- הואשם בעבירת רצח**. בחינת אפשרות לשחרור לחלופה גם בעבירת רצח**. עבירת רצח שמקימה חזקת מסוכנות. הנאשם עבד בחנות תכשיטים והמנוח הגיע לחנות לצורך ביצוע שוד, קשר את הנאשם לכיסא והחל לגנוב. אז בתגובה לכך, הנאשם ירה בו (בשודד) מתוך כוונה להרגו. לפי התנאים של הגנה עצמית, לא חלה ההגנה של הגנה עצמית. זו עבירה של מאסר עולם- החזקה קמה. ביהמ"ש העליון קבע, הראיות לא בהכרח מבססות סיכוי סביר לרצח ואולי יסתפקו בהריגה. **גם כאשר קמה החזקה, חובה על ביהמ"ש לבחון האם הניתן להשיג את המטרה בחלופה למעצר**. לצורך בחינה זו ביהמ"ש נדרש לשניים: 1. לבחון את אופיו של המעשה – האם מדובר על מעשה בעל אופי אלים במיוחד (מיהות המעשה). 2. יש לבחון את אופיו ועברו של הנאשם (מהות העושה). בנסיבות המיוחדות של האירוע: היה קשור, איומו עליו בנשק חם שדד אותו. רק שהנאשם היה נתון לאיום גדול הוא ירה בו. בנוסף היה בן 45, נורמטיבי, ללא עבר פלילי. הוחלט לשחרר אותו ממעצר כי הסיכוי להישנות המעשים נמוך ביותר (פעל במצב קיצוני במיוחד שלא סביר שיקרה שוב) ולכן השופט מורה להשתמש בחלופה. עילת המסוכנות היא לכאורה עילה של **חומרת עבירה** שרק מקימה חזקה אך כל חזקה ניתנת לסתירה. אין עבירה שרק בשל חומרתה קמה עילת מעצר. **עצם קיומה של חזקת מסוכנות מבוקרת, ולא כולם מסכימים איתה. במאמר של קיטאי**- עולה ביקורת על קיומה של החזקה: חזקת המסוכנות היא שריד לתקופה (לפני שנת 96 וחוק המעצרים) בה ראו בבחינת חומרת העבירה עילת מעצר עצמאית. אולם המחוקק קבע כי חומרת העבירה אינה מהווה עילה למעצר בפני עצמה, לכן החזקה היא בלתי חוקתית, כי כל נעצר צריך להיבחן לאור מעשיו והנסיבות.

**הצגת תיקי מב"ד (ממתין לבירור דין) בשלב המעצר**- מרגע שמוגשת תלונה נגד אדם, או שהמשטרה פותחת תיק נגד אדם, התיק הוא מב"ד עד לסוף ההליך (סגירת התיק /זיכוי או הרשעה). הססטוס של החשוד- כבר לא יהיה חשוד, או שבסוף יש הכרעת דין והחשוד יזוכה או יורשע. פלט מב"ד הינו חלק ממרשם פלילי. 3 קטגוריות במרשם הפלילי: 1) הרשעות קודמות 2) תיקי מב"ד 3) תיקים קדומים סגורים ("לא קיימים" כי העניין לא התנהל בביהמ"ש). תיקים סגורים כאילו "לא קיימים" ואף אחד לא רואה אותם, הרשעות קודמות בוודאי שניתן להשתמש בהן, השאלה היא לגבי תיקי מב"דים. **לתיקי מב"ד יכולה להיות רלוונטיות גדולה בהליך המעצר- לשופט לצורך הערכת המסוכנות של האדם**. מנגד, למדינה זה יכול לקדם את המסקנה שהאיש מסוכן, **אך יש לזכור שאלו תיקים שעדיין לא התבררו בביהמ"ש**- האם זה מה שייטה את הכף וישלח את האדם למעצר? יש לעשות הבחנה בין התיקים השונים- **הסטטוס של החשוד רלוונטי**: יש רק חשדות והחקירה בתחילתה, או שהנאשם ערב הכרעת דין. **בש"פ 6718/06 פלוני נ' מ"י**- למרות שככלל ראוי שבביהמ"ש תוצג תמונה מלאה אודות האדם העומד בפניו, ביהמ"ש לא יתיר הגשת תיקי מב"ד בשל החשש שאין ראיות לכאורה או תיקים שנסגרו, ועצם חלוף הזמן מקהה את המשקל שיש לתת לעברות המצוינות בפלט. הכלל: **פלט מב"ד לא יוגש למעט מקרים חריגים ביותר, אם בכלל**, יחד עם זאת, **חריג:** **וככל שהתביעה מבקשת להסתמך על תיקי מב"ד משמעותיים לצורך הוכחת עילת המעצר – עליה להזמין את התיקים לעיין בהם ולהתרשם לגבי ממשות הראיות שבהם. רק אם התובע מתרשם הוא יכול להציג את התיקים עצמם ולא את הפלט כדי שביהמ"ש יכול להתרשם בעצמו. חריג**: **הצגת הפלט כשהנאשם טוען שלא התקיימו נגדו חקירות בתקופה מסוימת, ואז המדינה יכולה להגיש תיקי מב"ד לצורך הזמה (הפרכה) של טענת הנאשם** (מציינים את העובדה שהוא נחקר). השיקולים: ביהמ"ש לא יושפע מהצהרות שקריות של הנאשם, ומנגד מעבר פלילי של הנאשם.

**שער שלישי: חלופת מעצר** (חובה)- לפי **ס' 21(ב)(1)** החלטת מעצר ממש בפועל תעשה רק כאשר לא ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של שחרור בערובה או תנאי שחרור אחרים שפגיעתם בחירות הנאשם פחותה- ביהמ"ש צריך לנמק בהחלטה עצמה מדוע והאם קיימת איזו שהיא אפשרות שתשיג את מטרת המעצר בדרך שפוגעת פחות בנאשם. כאשר עסוקים בפגיעה בחירות, אז זה רלוונטי לא רק לשאלה אם לעצור או לא, אלא אם מחליטים לשחרר, אז באילו נסיבות? מעצר בית חלקי, מעצר חלקי בלילה וכו'. **יש לבחון באופן אפקטיבי חלופת מעצר שהיא פחות פוגענית ולהורות על שחרור בתנאים פחות פוגעניים כאשר הדבר מתאים מבחינת תכליות החוק.** ס' 21 (ה) **צו מעצר** לפי סעיף זה יעמוד בתוקפו עד למתן פסק הדין, אלא אם כן קבע בית המשפט אחרת; על צו מעצר לפי סעיף זה לא יחולו הוראות סעיף 20. הצו חורץ את דינו של אותו אדם- מעצר עד סוף ההליכים העצור ישוחרר רק אם בימ"ש ישוב וידון בשאלה או עד שיקבע גזר הדין. סעיף **שסתום** 21(ב)(1) מחייב את ביהמ"ש:

* בחינה אקטיבית של אפשרות השגת המעצר באמצעי פחות פוגעני
* להורות על שחרור פחות פוגעני כאשר הדבר ניתן בהתאם לתכליות החוק.

ביהמ"ש רשאי להורות על המעצר כאשר השתכנע שלא קיימת חלופה שתשיג את חלופת המעצר. הקושי בחלופת מעצר הוא שמדובר בצמצום סיכון, ולא באיון מוחלט של הסיכון. צמצום סיכון הוא עניין הסתברותי ולא מוחלט- **מהי ההסתברות הראויה שביהמ"ש נדרש ליישם שבהתקיימותה ביהמ"ש יורה על שחרור בתנאים**? כל עניין נבחן לגופו, אין תשובה לכך בפסיקה. ביהמ"ש נדרש לבחון באופן קונקרטי את שאלת השחרור, וצריך לבחון את הערכת הסיכון לגבי כל נאשם העומד לפניו. **פרמטרים** **רבים מעורבים בהערכת סיכון העולה מאדם**:

1. **מהות וטיב מעשי העבירה**, מאפייני הנאשם, עבר פלילי, יצא ממסגרות, משתכר באופן תדיר, מתחבר לנוער שוליים, צורך סמים, מובטל.
2. **מסוכנות כללית או קונקרטית לאדם ספציפי**
3. **טיבן של החלופות שמוצעות**- מי המפקחים, כמה ניתן לסמוך עליהם- כי בידיהם מפקידים את היכולת המעשית לפקח על הנאשם במקום הממסד.
4. **התרשמת בלתי אמצעית של ביהמ"ש מהנאשם והמפקחים**
5. **משך הזמן של נאשם במעצר כאמצעי מרתיע עבורו**- ככל שחולף הזמן האיזונים משתנים, וגם מתוך הנחה שהמעצר היווה אמצעי הרתעה משמעותי עבורו.

**הרצח של מעיין ספיר**- קטין ביצע בנערה עבירות מין ורצח אותה ברחובות. לקטין היה עבר של עבירות רכוש, ביצע שוד בקשישה. הוא הובע בפני ביהמ"ש ושמו אותו במעון נעול שיקומי שזו חלופה למעצר, בהתחשב בגיל שלו (קטין בן 17) ובעבירות שלו (רכוש). בחופש הראשון שלו הוא רצח את מעיין ספיר.

**תסקיר מעצר**- יש חובה להגיש תסקיר מפורט ומנומק, לערוך דיון או מספיקה אמירה שלאור סקירה של החלופות רק מעצר יגשים את המטרה? האם שכיר חרב שמבצע מספר רציחות- גם לגביו צריך לבחון את האפשרות לחלופה? שאלה זו מתחדדת לאור התסקיר- כאשר הנאשם מבקש תסקיר. תסקיר שירות מבחן- מכתב של קציני מבחן, עובדים סוציאליים, אנשים אובייקטיבים שמקבלים עבר רפואי וכו' וכותבים את עמדתם לגבי מידת המסוכנות של אדם ולרוב עם המלצה שלהם או אי המלצה לחלופת המעצר– גוף מקצועי ונטרלי. ביהמ"ש נותנים משקל גדול לתסקירים, לנאשמים יש הרבה פעמים אינטרס גדול שבית המשפט יקבל תסקיר משום שלעיתים תסקיר חיובי של שירות המבחן הוא האפשרות היחידה של נאשם להשתחרר ממעצר, על כן סנגורים רבים מעלים את הבקשה לתסקיר דרך סעיף 21(ב)(1) (תסקיר משלים- כאשר התסקיר הראשון לא מושלם, לא בחן הכול. גם ביהמ"ש יכול להורות וגם שירות המבחן יכול לבקש תסקיר נוסף משלים). ההחלטה הסופית היא של ביהמ"ש, ויכול להורות גם בניגוד להמלצת התסקיר. **בש"פ באסם בדר**- בכתב האישום שהוגש כנגד העורר ואדם נוסף, אמנון עליה מואשם העורר בביצוע שתי עבירות סחיטה באיומים, עבירה של שידול לסחיטה באיומים ועבירה של הדחה בחקירה. עם הגשת כתב האישום הוגשה בקשה למעצרם של העורר ואמנון עד לתום ההליכים נגדם. בהחלטה נקבע כי חומר הראיות מקים סיכוי סביר להרשעת העורר בסיום ההליך נגדו. ביהמ"ש קמא החליט כי לא ניתן לאיין את המסוכנות הנשקפת ממנו באמצעות חלופת מעצר. ביהמ"ש: לא ראה מקום להעסיק את שירות המבחן העמוס בהכנת תסקיר, משום שסבר כי לא ניתן לאיין את מסוכנותו של העורר ואת החשש לשיבוש מהליכי משפט בחלופת מעצר. במצב דברים כזה הגשת התסקיר היא מיותרת. יש טעם בהגשת תסקיר רק במקום בו חלופת מעצר ראויה עשויה לאזן מסוכנות הנשקפת מהנאשם. **שחרור נאשם להליך גמילה**- חלק לא מבוטל מהעבריינים מכורים לסמים וההתמכרות היא המניע והיסוד של המסוכנות שלהם. הסנגור מסכים לראיות ולעילת המעצר, ומציג את האפשרות לשלוח את הנאשם לגמילה כדי למנף את הליך המעצר לשיקום, וכך כולם יצאו נשכרים. **מדוע לא לראות בהליך גמילה כאמצעי לצמצום הסיכון כאפשרות לחלופת מעצר**? הרי יש אינטרס ציבורי ראשון במעלה שהאיש יפסיק להזיק לחברה,מעבר לאינטרס האישי של הנאשם, כי גם אם יצא ממעצר אחרי שנתיים הוא יכול לשוב ולעשות עבירות. **בש"פ אשר סויסה**- ביהמ"ש דן בשאלה העקרונית מתי ניתן לשחרר לחלופה במוסד גמילה כבר בשלב המאסר והוא מונה את השיקולים. השופט עמית קובע:

1. האם הנאשם התחיל בהליך גמילה עוד לפני מעצרו שאז ייתכן שיהיה נכון לאפשר לו לחזור לתהליך הזה, וזה גם מלמד על הכנות שבבקשה לחלופת מעצר כזו, ולא מניסיון להימנע ממעצר.
2. סיכויי הצלחת הטיפול ומידת ההתאמה והנכונות של הנאשם לטיפול. ביהמ"ש אומר שהתנאי הראשוני הוא לאמת שהנאשם אכן מכור לסמים.
3. גילו של הנאשם והזדמנויות הגמילה שניתנו לו בעבר.
4. האם יש בחלופת הגמילה כדי לאיין או להתמודד עם עילת המעצר (המסוכנות וכו'), שהמוסד אפקטיבי ויכול להתמודד עם עילת הנאשם.
5. סוג העבירות המיוחסות לנאשם.
6. העבר הפלילי של הנאשם, אם ניתן לתת בו אמון, עילת המעצר עד כמה היא חזקה.
7. השלב שבו נמצא התיק העיקרי והזמן שנשאר עד לסיומו.
8. גזר הדין שצפוי לנאשם אם יורשע. (אם צפוי לא אפיק מאסר ארוך, אין טעם להליך גמילה – יטפלו בו כבר במאסר או לחילופין האפקטיביות של הטיפול תרד בתקופת המאסר ).
9. נכונות מוסד מתאים לקלוט את הנאשם.

* כאשר מדובר בערכאת ערר- ערכאת הערר לא בהכרח תתערב, גם אם היא כשלעצמה הייתה מחליטה אחרת.

**בש"פ עמיחי שפק**- **שיקולי שחרור ממעצר להליך גמילה**. נאשם שיוחסו לו 5 עבירות פריצה , ובמהלך הדיונים ביהמ"ש היה נכון לבחון את שחרורו להליך גמילה. התקבל תסקיר שאמר כי הנאשם התקבל להליך גמילה, ולמרות זאת ביהמ"ש שלח אותו למעצר בגלל המסוכנות. הנאשם הודה במעשים שיוחסו לו בגלל ציפייה שלו שהוא ישוחרר אם יתקבל למוסד גמילה. עלתה שאלה למה נעשה תסקיר אם הוא גם כך לא רלוונטי בשל המסוכנות? חיות**: ככלל מקומם של הליכי טיפול ושיקום הם בשלב העונש ולא המעצר**, **לכן שליחה למוסד גמילה תהיה חריגה.** על ביהמ"ש לשקול את סיכויי הצלחה של הטיפול ומסוכנות הנאשם. לשים דגש על האם רצונו של הנאשם לטיפול הוא כן או שזו רק הזדמנות להשתחרר ממעצר. התנהלות ביהמ"ש קמא יצרה אצל הנאשם ציפייה סבירה שהוא ישוחרר למוסד גמילה אם יתקבל לכך. בנוסף שליחה למוסד גמילה ערב גזר דין היא התערבות בעונש, כי כאן הליך המעצר היה כמעט בסופו.

**איזוק אלקטרוני (החל מ2005)**- צמיד אלקטרוני על רגל המשוחרר בתנאים, משדר אותות על קו טלפון המועבר למרכז בקרה של חברה פרטית, וכאשר יש חבלה באיזוק או עזיבת המקום מתקבל דיווח במרכז הבקרה. נשלח סייר לבית, ואם מגלים שהייתה הפרה מוסרים הודעה למשטרה. זו עבירה בפני עצמה, וניתן להגיש בקשה לעיון חוזר כי האמון הופר ע"י הנאשם. **הכוח של האיזוק הוא בעיקר כאמצעי דיווח ולא מניעה**. הוא מרתיע ויכול למנוע, אך האיזוק עצמו לא מונע ביצוע עבירה נוספת. האיזוק לא רלוונטי לכל העבירות למשל סחר בסמים יכול להתנהל גם טלפונית. **בש"פ ענת קם**- הואשמה בעבירות ביטחון חמורות נגד ביטחון המדינה. שוחררה למעצר בית, והגישה בקשה לאפשר את החלפת המפקחים האנושיים (ההורים) באיזוק אלקטרוני, ולאפשר לה "שעות התאווררות". **איזוק אלקטרוני כחלופה לפיקוח אנושי**. **ביהמ"ש (הש' רובינשטיין)**: בניגוד לטענת הסנגור ביהמ"ש לא מכיר החלטות בהן הורו על שחרור בפיקוח של איזוק אלקטרוני בלבד ללא פיקוח אנושי צמוד, וקבע ש**מטרת האיזוק היא רק לחזק את הפיקוח האנושי ולא להחליף אותו. בפיקוח האנושי קיים גם רכיב של נטילת אחריות מצד המפקח וממילא אין באיזוק באלקטרוני כדי לסכל הפרה של החלופה.** הבקשה נדחתה. **בש"פ רומן אגרונוב**- הואשם בגרימת חבלה חמורה בנסיבות מחמירות. נסיבות ייחודיות כי אפילו התביעה הסכימה שיש מקום לשלוח למעצר בחלופה, משום שהוא היה בודד וערירי, בלי אף קרוב. מלצר: האיש **יהיה בפיקוח של איזוק אלקטרוני בלבד** וזהו מקרה חריג.

**מעצר בלתי חוקי**- המשמעות היא שלילת החופש של האדם. לעיתים נאשמים מוחזקים שבועות במעצר בלתי חוקי, מהותית זה מצב לא נסבל. ייתכנו נסיבות משתנות לכך: שוטרים שיגיעו עם עצור אחרי 35 שעות ולא אחרי 24 שעות כפי שמותר- ייתכנו תקלות שבתום לב, כשלים ביישום הוראות החוק, זלזול בהוראות החוק. או אם לא הקריאו לנאשם תוך 30 יום מיום המעצר את כתב האישום החוק אומר מפורשות שהנאשם משוחרר. אם לא הקריאו לו את כתב האישום והיה צריך להשתחרר? כאשר מבקשים המשך מעצר או מעצר עד תום ההליכים, האם השופט צריך לתת את הדעת לשיקול של אופן התנהלות הרשויות שלא קשורות לנאשם בשקילת העונש? יש גם אינטרסים ציבוריים העומדים מנגד. **אם ביהמ"ש יכשיר מעצר בלתי חוקי, הוא ייתן לגיטימציה לתופעה זו**. הנאשם הוחזק במעצר לא חוקי, ביהמ"ש לא יתעלם מכך ולכן על השופט לשחרר את הנאשם. מנגד, התביעה תגיד שבכל זאת הנאשם מסוכן לציבור לפיכך אין להורות על שחרור. **בש"פ תומר גיאורגדזה**- כתב האישום ייחס לעורר ולנאשם 2 בכתב האישום עבירות של והפרעה לשוטר בעת מילוי תפקידו. הדיון הראשון בתיק, שנועד להקראת כתב האישום, התקיים בהעדרו של העורר, עקב תקלה שבגינה לא הובא מבית המעצר. במהלך הדיון הודיע סנגורו דאז של העורר כי הוא מסכים לראות את ישיבת היום כתחילת המשפט, כי כתב האישום הוקרא והמענה ייעשה במועד מאוחר יותר. כשמלאו שלושים ימים להיותו של העורר נתון במעצר, התקיים דיון נוסף בבקשת המעצר בפני בית המשפט אולם התקלה חזרה בשנית, והעורר לא הובא מבית המעצר אף לדיון זה. לא זו בלבד, אלא שאף סנגורו דאז של העורר נעדר מן הדיון, לאחר שהגיש הודעה לבית המשפט ביום הדיון, לפיה הוא משתחרר מייצוג הנאשם. ביום הארבעים למעצרו, הוגשה ע"י הסניגור הציבורי בקשה דחופה לבית המשפט קמא, שבה התבקש שחרורו של העורר ממעצר, בשל היותו עצור למעלה משלושים ימים מבלי שהחל משפטו, ביהמ"ש קמא סרב. **ש"מ: האם יש לראות בדיון שהתקיים בהעדרו של העורר תחילת משפט, כמשמעותה בחוק (ס' 143 חוק מעצרים).** **ביהמ"ש**: (בייניש) הפרשנות הראויה למושג **"תחילת משפט"** הינה פרשנות תכליתית-מהותית, ולא טכנית-דווקנית. הסעיף נועד להבטיח, כי הנאשם יבין את תוכן ההליך המתנהל נגדו, כך שהבנה זו תהווה ערובה לזכותו להתגונן וליכולתו להיערך כראוי למשפטו. במקום שבו לא בוצעה הקראה פורמלית, יש לבחון, **האם הובטחה תכלית זו באמצעים אחרים**. במקרה דנן, אכן נפל פגם בניהולו של ההליך. יש בפגם האמור כדי לפגוע בזכותו של העורר להיות נוכח בתחילת משפטו, ולהודיע לבית המשפט האם אכן הוקרא באזניו כתב האישום והאם תוכן האישום ידוע לו. עם זאת, הפגם שנפל בהליך ניתן לתיקון מכאן ואילך. קשה להתעלם מכך, שבפני בית המשפט הופיע סנגור שהודיע כי קרא באזני העורר את כתב האישום, וכי הוא נכון לראות בהליך המשפטי "תחילת משפט". בענייננו, מעצרו של העורר הוארך על בסיס הצהרת סנגורו דאז, לפיה קרא את כתב האישום בפני העורר והסביר לו את תוכנו. החזקתו של עצור שלא כדין מחייבת הכרעה בדבר עוצמת הפגם והיא מהווה רק נתון שיש להביאו בגדר השיקולים שעל השופט לבחון בבואו להכריע בבקשה מחודשת להארכת מעצר, אך אינו יכול להוות שיקול מכריע. נקבע כי העורר יישאר במעצר ויובא עוד בהמשך אותו היום בפני השופט התורן בבית המשפט המחוזי בבאר-שבע, כדי שכתב האישום יוקרא בפניו, ותחילת המשפט תתקיים כראוי.

**עקרון השוויון בהליך המעצר**- לעיתים נאשמים טוענים שעצם ההחלטה לעצור אותם ושחרור השותפים שלהם לחלופת מעצר- פוגע בשוויון, ויש להורות על שחרורם. כאשר אין שותפים, הם מתבססים על פסיקות אחרות של ביהמ"ש- אומרים שבנסיבות דומות ביהמ"ש הורה על שחרור, וטוענים שהמעצר שלהם פוגע באופן מובהק בעקרון השוויון. ביהמ"ש מייחסים משקל רב לעקרון השוויון (המהותי) שכן הוא משליך על שאלות צדק, השלכות של אמון הציבור במערכות האכיפה והשפיטה. אולם ייתכנו תוצאות שונות, במקרים דומים. **בש"פ רובשן רפייב**- **אפליה בין נאשמים בהליך המעצר כעילת שחרור**. אחד הנאשמים שביצעו עבירה של אלימות קשה שוחרר לחלופת מעצר בשל טענה של כרסום בעוצמת הראיות, בעוד שהנאשם השני נעצר. השופטת נאור: אף ש**עקרון השוויון מקבל משקל רב אין הוא חזות הכל, יש לתת משקל גם לשיקולים נוגדים (מסוכנות, חשש הימלטות וכו')**. בעבירות של אלימות קשה יש להעדיף את השיקול הכולל של טובת הציבור על פני שיקול האפליה של נעצרים. כאשר שחרורו של אחד הנאשמים נבע בשל טעות בשק"ד, הרי שטעות זו אינה גוררת את החלתה גם על נאשמים אחרים וזה לא גורר גם שחרור של אחר מסוכן לציבור רק בשביל אחידות הענישה. אין מתקנים טעות בטעות. בנסיבות העניין ולנוכח המסוכנות מהנאשמים ושיבוש ההליכים אם ישוחררו, השופטת קבעה ששניהם יישארו במעצר.

**הפרה של תנאי ערובה**- כאשר בית המשפט ציווה על תנאי ערובה, והנאשם לא קיבל את התנאים או הפר אותם, או שנתקיימה עילה לביטול השחרור בית המשפט רשאי להורות על מעצר עד תום ההליכים. זוהי **עילת מעצר עצמאית**.

21.(א)(2) בית משפט ציווה על מתן ערובה והערובה לא ניתנה להנחת דעתו של בית המשפט או שהופר תנאי מתנאי הערובה, או שנתקיימה עילה לביטול השחרור בערובה.

* **הפרה טכנית**- הפרת הוראה חוקית, אך לא ביצע עבירה נוספת תוך כדי ההפרה
* **הפרה מהותית**- בנוסף לעבירה עצמה מתווסף ביצוע עבירות נוספות (אדם יצא מהבית כשהיה במעצר בית ופרץ/ גנב).

בפרקטיקה ביהמ"ש נוהגים בסלחנות לגבי מפרי תנאי שחרור, בעיקר בהפרות טכניות, לרוב יסתפקו באזהרה, הפקדה- ולא יורו על מעצר, וימנעו מחילוט ההפקדה (הכסף שהנאשם הפקיד לפני ששוחרר) כשמדובר בהפרה ראשונה. כל מוסד החלופה מושתת על האמון של ביהמ"ש שהנאשם יקיים את מה שהוסכם. יש לכך גם השלכות רוחב על נאשמים אחרים. ההבדל בין הפרה טכנית ומהותית לא ברור ויכול להיות כרוך זה בזה. שיקולים של ביהמ"ש: **הצורך לקיים איזון ראוי ומידתי בין ההפרה (סוג ההפרה, תדירותה) לבין תוצאותיה על הנאשם**. התחושה היא שמעצר בית הוא קל יותר, אך הוא יכול להיות קשה מאוד כאשר הוא נמשך תקופה ארוכה. מעצר בית לא מקבל משקל מהותי בשיקולי הענישה לעומת מעצר של ממש שמנכה כמעט תמיד מהסך הכולל של העונש שביהמ"ש קובע. תיקים בהם יש נאשם עצור בעלי קדימות בדיונים על פני אלו בהם הנאשם במעצר בית, ובכך זמן המעצר שלהם ארוך יותר. **בש"פ מאיר אטינגר**- מדובר על נאשם שהועמד לדין על ניסיונותיו יחד עם אחרים לסכל פינוי מאחזים. שוחרר במחוזי למעצר בית מלא, המדינה הגישה ערר, והשופט עמית מתיר את החלטת השחרור על כנה. הנאשם הפר את תנאי השחרור. המדינה הגישה בקשה לדיון חוזר במחוזי, בבקשה להחזיר את הנאשם למעצר על הפרת תנאי שחרור. בית המשפט המחוזי קיבל את בקשת המדינה והורה על מעצרו. אטינגר הגיש ערר לעליון. **העליון:**(שהם) **סעיף 21 א(2) לחוק במעצרים מהווה עילת מעצר עצמאית שעומדת בפני עצמה ואיננה קשורה לעילות המעצר האחרות. סעיף 21ב(1) לחוק המעצרים שמחייב בחינת חלופת מעצר שפגיעתה בחירות המעצר פחותה , אינו חל בנסיבות של הפרת תנאי שחרור. במקרים מעין אלו, של הפרת תנאי שחרור ממעצר, או ביצוע עבירה נוספת, לא יהיה מקום ככלל לאשר חלופת מעצר.** במקרה של הפרת תנאי שחרור בערובה, המפר ממילא מבצע עבירה פלילית נוספת של עבירה על צו שיפוטי. בנסיבות אלו אין לתת אמון מחדש בעורר ולשחררו, שכן בכך יש משום העברת מסר ברור וחד משמעי לאותם אלו ששוחררו לחלופת מאסר, כי אי הקפדה על תנאי השחרור תוביל בהכרח לחזרתם למעצר מאחורי סורג ובריח בשל אובן אמון בית המשפט בהם. **השופט שוהם קבע כי מעתה, הכלל הוא הפוך- מי שהפר תנאי שחרור הולך למעצר**. חריג: כאשר ניתן להצביע על נסיבות חריגות, בין אם בתנאי ההפרה או בנסיבות אישיות יוצאות דופן. ישנו קושי מסוים בהחלטה זו, היא בכך שלא נשקלים שיקולים שקשורים לנאשם עצמו, אלה שיקולי הרתעה לאחרים, על גבו של הנאשם. **בש"פ יניב אדרי**- **הפרת תנאי שחרור מהווה עילת מעצר עצמאית, שאינה מחייבת בחינת חלופה**. נעצר על עבירות התפרצות וגניבה. הפר את תנאי המעצר 5 פעמים. השלום הורה על מעצר, המחוזי שחרר בנימוק שהמשפט יכול להימשך זמן רב. הוגש ערר של המדינה כי נדרשת אמירה של ביהמ"ש לגבי מגמה רווחת של הערכאות הנמוכות להקל בהוראת מעצר. **ביהמ"ש:** (מלצר) **ס' 21(א)(2) מהווה עילת מעצר נפרדת, שלא קשורה לעילות המעצר האחרות. ס' 21 (ב)1 שמדבר על בחינת מעצר חלופית וקלה יותר לא חל לגבי ס' 21(א)(2). חלופת מעצר מבוססת על אמון הניתן בנאשם, וכאשר הוא מפר את התנאים זה מלמד שאימת החוק לא שוררת על הנאשם, הפר את האמון הניתן בו וביהמ"ש לא יחזור לתת בו אמון מסוג זה**. יש להעביר מסר למשיב ולאוכלוסיית המשוחררים כי יש להקפיד על תנאי השחרור. ס' 51(א) לחוק המעצרים- **תוצאות הפרת תנאי שחרור בערובה**: סמכות השופט להורות על חילוט הערבות.

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

**מעצר ביניים**- ביהמ"ש לא יורה על מעצר עד תום ההליכים לפני שהוא שומע את שני הצדדים לגבי הראיות לכאורה. יש פער מובנה בין הבקשה לדיון כי לא תמיד הסנגור יכול מיד לדון במקרה.

21.(ד) על אף הוראות סעיף קטן (ב) רשאי בית המשפט, על פי בקשת הנאשם או סניגורו, לדחות את הדיון, כדי לאפשר לנאשם או לסניגורו לעיין בחומר החקירה ולצוות שהנאשם יהיה במעצר לתקופה שלא תעלה על 30 ימים. בפרקטיקה בית המשפט ידרוש "ראשית ראייה". עולה השאלה כיצד ייושם סעיף 21 (ד) כאשר עסקינן בנאשם שהיה משוחרר קודם להגשת כתב האישום ובקשת המעצר, לדוג' הנאשם היה חשוד שלא נעצר כלל, או נעצר ושוחרר. במקרה כזה, המשמעות היא שבית המשפט לא מורה על מעצר עד תום ההלכים, וממשיך את המעצר, אלא למעשה עוצר את הנאשם לראשונה לתקופה של עד 30 יום מבלי לקיים קודם דיון. **בש"פ יוני אברג'יל**- סמכות המעצר מקימה גם סמכות משנית להורות על מעצר ביניים עד למתן החלטה סופית בבקשת המעצר. ביהמ"ש נדרש לבסס את החלטותו על עילת מעצר חוקית, ועליו לבסס זאת ע"י הנמקה. ההנמקה נקראת "ראשית ראיה". ראשית ראייה תקפה גם לגבי מעצר לצורכי חקירה. **בש"פ גיורגי קוניוף**- הבחנה בין מעצרו עד תום ההליכים של נאשם משוחרר ונאשם עצור, וזכות הטיעון של נאשם. לא בנקל יורה בית המשפט על מעצרו של נאשם שכבר שוחרר ממעצר. טענת הסנגור הייתה שבגלל שהנאשם לא היה עצור קודם לכן, אי אפשר עכשיו להכניס אותו למעצר ביניים. תנאי למעצר עד תום ההליכים הוא ראיות לכאורה. יש הבדל בין המשך מעצר של נאשם שכבר עצור ורק ממשיכים את המעצר לבין הכנסת אדם למעצר. **השופט דנציגר:** למרות שס' 21 לא מבחין בין נאשם שהיה עצור קודם הגשת כתב האישום לבין נאשם שהיה משוחרר, הבחנה כזו נדרשת. נאשם עצור שהגיע לדיון על המשך מעצרו עד תום ההליכים, לביהמ"ש יש סמכות להורות על מעצר ביניים כדי שסנגורו ילמד את הראיות מבלי לפגוע באינטרס הציבורי. מעצר הביניים הוא המשך של הסטטוס בו מצוי הנאשם (עצור). ואילו, מעצר ביניים של נאשם שהיה משוחרר- **יש בכך שינוי לרעה סטטוס הנאשם לעומת הקפאת המצב הקיים**. זכות הטיעון נכללת בכללי הצדק הטבעי. יש חובה לאפשר לאדם לטעון טענותיו לפני שמשנים את זכותו לרעה, אך **זכות הטיעון אינה מוחלטת** והיא מחייבת בחינה של מכלול הנסיבות הרלוונטיות. ייתכנו נסיבות של הכנסת אדם למעצר ביניים כאשר היה משוחרר לפני כן ואז תיפגע זכות הטיעון. בד"כ יש להעדיף את זכות הטיעון וזכות העיון של נאשם בטרם משנים את מצבו לרעה ומורים על מעצרו. החריגים: מצבים בהם יש מסוכנות מוגברת/ ניסיונות לברוח מאימת הדין/ לשבש הליכי משפט- ואז מוצדק לקיים דיון בזק מבלי ליתן לנאשם את זכות הטיעון כי האינטרס הציבורי גובר.

**עיון חוזר, ערר ועיכוב ביצוע בהחלטת מעצר**- ס' 52 מאפשר לנאשם או לחשוד להגיש בקשה לעיון חוזר לאותו בימ"ש שנתן את ההחלטה המקורית בהתקיים 4 תנאים חלופיים:

* שינוי נסיבות
* שינוי עובדות
* עבר זמן ניכר מההחלטה
* נאשם שמוחזק במעצר בשל אי יכולתו לעמוד בתנאי המעצר שנקבעו לו.

ס' 53- מאפשר לתובע או לנאשם להגיש ערר על החלטת ביהמ"ש עד לביהמ"ש העליון על החלטה שנוגעת למעצר. בשנת תשע"א תוקן החוק- סעיף 53א1 התיקון אומר שכאשר מדובר בערר שני מדובר בבקשת רשות ערר ולא בערר אוטומטי (כדי להתמודד עם העומס בבתי המשפט). המבחנים לרשות ערר:

* שאלה עקרונית שחורגת מההחלטה
* עיוות דין גמור שנגרם לנאשם.
* עקרון סופיות הדיון גודר את מה שנקבע עד אז.

**פס"ד ג'ריס**- **השופטת ארבל:** ככלל, בית המשפט מאמץ את הלכת חניון חיפה שקובעת מבחנים לבקשת רשות ערעור: 1. כאשר מתעוררת שאלה בעלת חשיבות חוקתית. 2. כאשר יש החלטות סותרות של ערכאות נמוכות יותר בטרם נפסקה הלכה של בית המשפט העליון בכך. 3. מקרים שמעוררים שאלה משפטית שחורגת מהעניין שיש לצדדים הישירים שבמחלוקת. 4. מקרים שבהם נוכח בית המשפט שישנן נסיבות מיוחדות שמצדיקות, ייתכן גם בלי שמתקיימים שלושת התנאים הקודמים, להורות על שחרורו של הנאשם, בערובה או ללא ערובה. מכיוון שמדובר באדם שעצור, ושניטלת ממנו החירות, וכל זה כשהוא עדיין נהנה מחזקת החפות. ס' 54- לערכאת הערר סמכות התערבות שאינה מוגבלת- "בעיון חוזר ובערר רשאי בית המשפט לקיים את ההחלטה שעליה עוררים, לשנותה או לבטלה ולתת החלטה אחרת במקומה". ס' 55 (עיכוב ביצוע)- כאשר ביהמ"ש מורה על שחרור של נאשם בתנאים ותובע מוסמך מודיע כי בכוונת המדינה להגיש ערר על ההחלטה, ביהמ"ש **רשאי (לא חייב) להורות על עיכוב ביצוע של עד 48 שעות**. המדינה חייבת להודיע על כוונתה לערור על ההחלטה בעת מתן ההחלטה. **בש"פ יעקב אלפרון**- מתי יעתר ביהמ"ש לבקשת המדינה לעכב החלטת שחרור לצורך הגשת ערר. **ביהמ"ש:** (בייניש) תכלית ס' 55 הינה לאפשר למדינה להעמיד את החלטת שחרור הנאשם לפני ביקורת ערכאת ערר. סעיף 55 מאזן בין זכות הנאשם לחירות לבין הצורך לאפשר ביקורת שיפוטית על החלטת הערר. **האיזון הוא בכך שהעיכוב מוגבל ל48 שעות**. ראוי שביהמ"ש ייתן זמן לערכאת הערעור של המדינה בלי שמטרת הערעור תסוכל. רק במקרים חריגים יורה ביהמ"ש על שחרור כאשר יש כוונה לערער. **אם התביעה החליטה לא לערער עליה להודיע על כך בהקדם לביהמ"ש כדי לאפשר שיחרורו של הנאשם.** הש' בייניש נותנת 4 דוגמאות למקרים קיצוניים לשחרור:

* פגיעה בלתי מידתית ברמה חוקתית בזכותו של נאשם לחירות
* כאשר מתקיימים טעמים הומניטריים חריגים
* כאשר ביהמ"ש מתרשם כי אין כל עילת מעצר
* התשתית הראייתית חלשה עד כדי מופרכת.

**בש"פ סאמי אבו עייש**- **הגשת כתב אישום תחת ערר על החלטה להורות על שחרור חרף הצהרת תובע**. לאחר שהחקירה הסתיימה המדינה ביקשה הארכה של 3 ימים, לצורך הגשת כתב אישום ביהמ"ש לא נתן והורה על שחרור הנאשם. המדינה ביקשה עיכוב ביצוע של 48 שעות וקיבלה. אחרי יומיים הגישה ערר על ההחלטה שלא לעצור במסגרת הצהרת תובע, ובמקביל כתב אישום. המחוזי קיבל את הערר והורה על מעצר. הסנגור פנה לעליון כי דרך עיכוב הביצוע המדינה קיבלה את הצהרת התובע של המדינה. **העליון:** (ארבל) **הסדר הנכון וההגיוני** הוא: 1) יוגש ערר על החלטת השחרור- ס' 17(ד) ורק לאחר מכן 2) הגשת כתב אישום ובקשת מעצר עד תום ההליכים. שכן מדובר בשני שלבים נפרדים עם מטרות שונות, ולכן הגיוני שינקטו שני הליכים נפרדים. עם זאת, בשל סמיכות הזמנים ניתן לאחד את הבקשות ולהכין כתב אישום במקום הגשת ערר על המעצר ב**תנאי שהתובע בבקשתו לעיכוב ביצוע מודיע התובע לביהמ"ש מראש שהוא מתכוון בזמן זה גם להכין כתב אישום**. כלומר, על ביהמ"ש להסכים שהמדינה בזמן שתקבל, תלמד את החומר לשם הגשת כתב אישום (החלטה אבסורדית ולא הגיונית, ביהמ"ש מאפשר לתביעה לתחמן אותו).

**חוק הנוער**- ביולי 2009 נעשו שינויים משמעותיים בחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) עניינו של החוק הוא בקטינים. המועד הקובע לקטינות, הוא מועד הגשת כתב האישום. ככל שביום הגשת כתב האישום טרם מלאו לנאשם 18 שנה, החוק יחול עליו. לפי ס' 1 לחוק תכלית החוק- **מימוש זכויות של קטין הפעלת סמכויות ונקיטת הליכים כלפיו יעשו תוף שמירת כבודו של הקטין, טיפולו , טובתו האישית, שיקומו בחברה, תקנת השבים וכן תוך התחשבות בגילו ובמידת בגרותו**. יש לקיים הפרדה ברורה בין קטינים ובגירים בהתאם למקרה ולנסיבות. התיקון לחוק הנוער מונה שורה של זכויות לנוער, והבדלים בין חוק הנוער לחוק המעצרים: סעיף 10 לחוק הנוער קובע, שבמקרה של קטין, הוראות חוק המעצרים יחולו בשינויים ובכפוף להוראות חוק הנוער. סעיף 10 א- לא יוחלט על מעצרו של קטין אם ניתן להשיג את מטרת המעצר **בדרך פחותה**. יובאו בחשבון גילו, שלומו, והשפעת המעצר על התפתחותו הנפשית והגופנית (בשונה מחוק המעצרים). סעיף 10 ג' –מקצר את הזמן שניתן להחזיק חשוד קטין מתחת לגיל 14 מ-24 שעות **ל12 שעות**. בתנאים מסויימים ניתן להאריך ל24 שעות. סעיף 10(י') קובע שלא ניתן להורות על מעצר עד תום ההליכים על קטין שלא מלאו לו 14 שנים(ע"פ יום הגשת כתב אישום). סעיף 10(יא) קובע כי קטין חשוד ניתן להחזיק במעצר 40 יום מקסימום (במקום 75 לבגיר), עד להגשת כתב אישום. סעיף 10(יב) +10(יג)- כאשר משפטו של קטין נאשם לא מסתיים תוך 6 חודשים ואין הכרעת דין, **רק שופט של בית משפט העליון רשאי להאריך מעצרו**, וגם זאת **רק ל45 יום כל פעם**. סעיף 14- קובע כי לא ניתן להעמיד לדין קטין (מתחת לגיל 18) בשל עבירה אותה ביצע בהיותו קטין, **אם עברה שנה מיום ביצוע העבירה, אלא בהסכמת היועמ"ש. פס"ד 7842/10 פלוני**- מדובר על בקשת המדינה להאריך את מעצרם של 4 קטינים שהואשמו בעבירת רצח ועבירות נלוות, שבוצעו על רקע סכסוך. באו עם נשק וריססו קבוצת נערים ורצחו ילד. **השופט דניצנגר:** במסגרת תיקון 14 לחוק הנוער בוצעה רוויזיה מקיפה בסוגית מעצרם של קטינים ובאה בו לידי ביטוי הכרת המחוקק, שלצד הצורך להגן על הציבור מפני עבריינים, ולמצות עימם את הדין יש ליתן נפקות ממשית לעובדת קטינותו של הנאשם בשל ההשלכות הקשות של השהות מאחורי סורג ובריח על שלומו הנפשי והגופני. שיקולי השיקום צריכים לקבל משנה תוקף בעניינם של קטינים בשל הסיכוי הרב יותר להחזירם לדרך הישר, בהשוואה לבגירים. בעניינם של קטינים, גם בעבירות הקשות והחמורות, השמתם מאחורי סורג ובריח הוא החריג, ולא הכלל. גם במעצר בנסיבות המתאימות ותוך בחינת כל מקרה לגופו, יש לתת עדיפות לשיקולי השיקום, כך שבמקום שהקטין ישהה מאחורי סורג ובריח, תינתן אפשרות שילובו במסגרת שילובית שיקומית בזמן הקצר ביותר. הליך מעצר זהו לא שלב שיקום, אך בקטינים זהו חריג לכלל. אולם נוכח חשיבות השיקום בעניינם של קטינים, היקפם של ה"חריגים" לכלל בענינים של קטינים, במקרים המתאימים יהיה גדול יותר. במקרה דנן, ביהמ"ש קיבלת הארכת המעצר ל45 ימים נוספים, אך הורה על קבלת תסקיר על מנת שיבחן את אפשרות שחרורם ושיקומם של הנאשמים.

**מעצר ושאלת האחריות הנפשית למעשה עבירה**- ישנו הבדל משמעותי בין המובן של מחלת נפש ככלל, ובין המונח מחלת נפש בהקשר המשפטי הפלילי, המחמיר יותר מהקשרים אחרים פסיכיאטריים. משפטית פלילית למחלת נפש יש 2 משמעויות: 1) מלמדת על היעדר אחריות פלילית- המצב הנפשי, מחלת נפש שפקדה את הנאשם בעת ביצוע העבירה. 2) אי כשירות לעמוד לדין- מצבו הנפשי של הנאשם בעת ההליך הפלילי שמתנהל נגדו. חוק העונשין- סייגים לאחריות- 34(ח) "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה אם, בשעת המעשה, בשל מחלה שפגעה ברוחו או בשל ליקוי בכושרו השכלי, היה חסר יכולת של ממש – (1) להבין את אשר הוא עושה או את הפסול שבמעשהו; או (2) להימנע מעשיית המעשה". הנאשם יצטרך לשכנע אחת מ3 חלופות: 1) להבין את אשר הוא עושה 2) להבין את הפסול שבמעשהו 3) להימנע מעשיית המעשה (הנטל הוא רק ברמה של ספק, ולא ברמה של מאזן הסתברויות). נטל ההוכחה הוא של הנאשם, לעורר ספק בדבר האחריות הנפשית שלו. חלים פה שני הסדרים נורמטיביים:

1. חוק המעצרים- ס' 21ב- תנאי ראשון למעצרו של נאשם עד תום ההליכים- קיומן של ראיות לכאורה. המבחן הוא משפטי ולא עובדתי: האם יש סיכוי סביר שהנאשם יורשע בסיום ההליך. הסעיף רלוונטי גם כשיש טענה למחלת נפש, ביהמ"ש לפי החומר הגולמי צריך לבחון את שאלת סיכויי ההרשעה - והרי אדם שחולה נפש, סיכויי הרשעתו קלושים. להפך, רוב הסיכויים שהוא לא יורשע, הוא לא בר עונשין, ולכן לא יכולים לעצור אותו, ולכאורה צריך לשחררו. ביהמ"ש מעדיפים לא לשחרר חולי נפש שביצעו עבירות חמורות ומנסים למצוא לבעיה זו פתרונות שונים.
2. חוק טיפול בחולי נפש- סעיף 15 (ב)- (מכוון לשופט בהליך העיקרי) הועמד נאשם לדין פלילי וביהמ"ש מצא כי הוא עשה את מעשה העבירה שבו הואשם, אולם החליט, אם על פי ראיות שהובאו לפניו מטעם אחד מבעלי הדין ואם על פי ראיות שהובאו לפניו ביזמתו הוא, שהנאשם היה חולה בשעת מעשה ולפיכך אין הוא בר-עונשין, ושהוא עדיין חולה, יצווה בית המשפט שהנאשם יאושפז או יקבל טיפול מרפאתי (אשפוז שלא בגדר הליך המעצר, אלא מתייחס להליך העיקרי). זהו מצב של נאשם שיש אינדיקציות שהוא לא כשיר למעשיו, ושהוא לא כשיר לעמוד לדין. אז ביהמ"ש רשאי להורות על אשפוז (למעשה אישפוז כפוי) או טיפול מרפאתי.

סעיף 16(א) לחוק הטיפול בחולי נפש- אשפוז עצור: "ציווה בימ"ש על מעצרו של אדם, והוא סבור, אם על פי ראיות שהובאו לפניו מטעם העצור או מטעם תובע כמשמעותו בסעיף 12 לחוק סדר הדין הפלילי, ואם על פי ראיות שהובאו לפניו ביזמתו הוא, כי העצור חולה (בזמן אמת, כשהנאשם עצור) וכי מצבו מצריך אשפוז, רשאי בית המשפט לצוות שהמעצר יהיה בבית חולים שיקבע הפסיכיאטר המחוזי או באגף פסיכיאטרי של בית סוהר, ובלבד שאם העצור נמצא בחקירה, יבטיח בית החולים את התנאים הדרושים לביצוע החקירה". כאשר הנאשם היה חולה בשעת מעשה ועודנו חולה- ביהמ"ש יורה על אשפוז שלא במסגרת מעצר ויפתור אותו מאחריות פלילית ויורה על אשפוז לפי ס' 15ב. אך כשמדובר על **נאשם שעכשיו הוא חולה במהלך משפטו ביהמ"ש יורה על מעצר בבית חולים פסיכיאטרי לפי ס' 16א.**

* ס' ב15 מתייחס להליך העיקרי שבו מתבררת האשמה וסעיף ב16 מתייחס לשלב המעצר.
* ס' 15ב מדבר על שני חוליים: חולי בזמן ביצוע העבירה וחולי בזמן המשפט. סעיף 16א מתייחס רק לחולי בזמן המשפט.

להבחנה בין כשרות מהותית לכשרות דיונית יש רציונאלים ברורים. מאחר והליך המעצר תמיד מותנה בהליך העיקרי, כאשר אין סיכויי הרשעה (לא היה מודע למעשיו) אין סיבה לעצור אותו. כאשר אדם היה חולה בזמן ביצוע העבירה לא מתקיימות תנאי הסף למעצר - ראיות לכאורה. מנגד, אדם שעכשיו לא כשיר בזמן המשפט- בעתיד ניתן לחדש הליכים למרות שכרגע הוא לא כשיר לעמוד לדין. ככלל, שאלת האחריות הנפשית של אדם לביצוע העבירה (כשרות מהותית) דינה להתדיין בהליך העיקרי ולא בהליך המעצר. **בבש"פ 3385/07 מ"י נ' מ'**- המשיב הסתמך על חו"ד שאמרה שבעבר אובחנה אצלו סכיזופרניה. פאנל הפסיכיאטרים שמינה המחוזי אמר כי ביהמ"ש יחליט האם הנאשם בר עונשין כי בעת ביצוע העבירה היה חולה. והעובדה כי עומדות בפניו טענות של ממש, בעלות משקל שאף נסמכות על מסמכים רפואיים ואחרים באשר למצבו הנפשי של הנאשם אינה צריכה למנוע את מעצרו, אם מבחינת הדין המעצר מוצדק. השופט: "לא לי לקבוע אם המשיב מס' 1 לא מסוגל לעמוד לדין מחמת היותו חולה, או אם הוא היה חולה בשעת ביצוע מעשי העבירה המיוחסים לו, או אם הוא עדיין חולה ועל כן לא בר עונשין. עניין זה יוכרע ע"י ההרכב. **העובדה שעומדות לפני טענות של ממש ,בעלות משקל, שאף נסמכות על מסמכים רפואיים ואחרים, אינה צריכה למנוע את מעצרו של המשיב, אם מבחינת הדין הקבוע בחוק המעצרים, המעצר מוצדק** (ראיות לכאורה, עילת מעצר..) ". **בש"פ אבו אדריס**- ביהמ"ש העליון קיבל את עמדת ביהמ"ש המחוזי בקבעו כי **דין טענות העורר לעניין חוות הדעת הפסיכיאטרית יתברר בתיק לגופו, ולא בשלב המעצר עד תום ההליכים.** בפרקטיקה, ניתן לראות שככול שמדובר בעבריה חמורה יותר שבהן אין את האופציה למעצר בתנאי אשפוז (נניח כי האיש לא חולה עכשיו) כמעט ולא נמצא החלטות ששוללות ראיות לכאורה בגלל אינדיקציות למחלת נפש. **מקרה ג'נין לאוניד**- פסיכופת שריסק את הגולגולת של אשתו, שיכר את ביתו, קשר את אביו וטען שהוא לא חולה נפש. הסנגוריה התעקשה להיעדר אחריות נפשית ולא טענה לאי- כשירות לעמוד לדין כי היא רצתה לסגור את התיק, ולא לאפשר להחזיר אותו למשפט מאוחר יותר אם מחלת הנפש תעבור. ס' 17: בדיקת חשוד- התעורר חשש כי אדם שיש לכאורה ראיות המחשידות אותו בביצוע עבירה אך טרם הוגש נגדו כתב אישום, הוא חולה, רשאי בית המשפט, לפי בקשתו של תובע או של החשוד ואף ביזמתו הוא, לצוות כי החשוד ייבדק בדיקה פסיכיאטרית, ואם הוא קטין – בדיקה כאמור בידי פסיכיאטר מומחה לילדים ולנוער, שלא בתנאי אשפוז, כדי לקבוע אם הוא חולה ואם הוא מסוגל לעמוד לדין. למרות שברור ששאלת המעצר תלויה בשאלת ההכרעה, יש בפרקטיקה שיקולים של ביהמ"ש: ככלל שאלת האחריות הנפשית של נאשם למעשיו צריכה להתברר בהליך העיקרי. **בש"פ 2305/00 פלוני**- ישנה בעיתיות לשלב בין הפרקטיקה הנוהגת בין שאלת האחריות הנפשית של הנאשם, לבין הרציונאלים הבסיסים של הליך המעצר והוראות החוק. **כאשר ברור כי הנאשם היה חולה בזמן ביצוע העבירה, אין ראיות לכאורה ולכן צריך לשחררו, אולם בפועל, עוצרים ומאשפזים. כאשר האדם היה חולה בזמן ביצוע העבירה אולם בשעת המשפט הוא בריא, אין אפשרות להורות על אישפוזו.** קיים חשש ששוב תתקוף את הנאשם מחלת הנפש והוא יפגע באנשים, והרי הוא מסוכן. מנגד, אם הוא בריא עכשיו, והוא לא היה אחראי למעשיו, זה נוגד את כל הרציונאלים של חוק המעצרים, וחירות האדם. במצב כזה, שהנאשם לא היה אחראי למעשיו, ואין ראיות לכאורה, לכאורה הוא זכאי ומשוחרר. אולם במצב של מחלת נפש, אין זכאי או אשם. אלא יש "אינו בר עונשין" או אשם. מהפס"ד עולות דילמות וקשיים בסוגיית היחס לנאשם חולה נפש. **אדמונד לוי:** הפטור מאחריות פלילית המעוגן בסעיף 34ח מבוסס על קיומם של שני תנאים מצטברים: 1) בעת ביצוע העבירה סבל הנאשם ממחלה שפגעה ברוחו או בכושרו השכלי 2) בשל אותה מחלה הוא היה חסר יכולת של ממש להבין את אשר הוא עושה או את הפסול שבמעשיו, ולחלופין, כי שליטתו במעשיו נפגעה עד כדי חוסר יכולת להימנע מביצועם. "חוסר יכולת של ממש" אין לפרש כשלילה מוחלטת של המודעות או השליטה במעשים, כי אם כפגיעה מהותית ביכולות האמורות. **רובינשטיין:** האיזון בין אינטרס הציבור בהגנה על זכויות חולי נפש לבין אינטרס הציבור בהגנה על שלום הציבור- טרם הושג. מערך השיקולים המלווה את המדיניות בטיפול בחולי נפש- הליך המעצר מצומצם יותר בפגיעתו, ואם משתמשים בכך בהליך העיקרי, אין סיבה שלא ישתמשו בכך גם במעצר. הליך המעצר הוא לא המקום לבחון את שאלת האחריות הנפשית. זה לא מתיישב עם קיומו של ס' 21(ב) שמדבר על ראיות לכאורה כי לא ניתן להכריע את שאלת מחלת הנפש במנותק מהראיות. שופט יכול לשלוח את העצור לפסיכיאטר ציבורי שיכריע ואחרי ההסתכלות תוצג בפני ביהמ"ש חוו"ד נייטרלית מטעם המדינה שייתכן ותגיד שהאיש לא כשיר לעמוד לדין/ לא היה אחראי למעשיו. במקרים בהם יש חו"ד שונות, לגביהם יהיה נכון לקבוע ששאלת האחריות הנפשית תתבברר בהליך העיקרי. אולם, ייתכנו גם מצבים בהם מחלת הנפש היא ברורה (לאדם יש היסטוריה של מחלות נפש) ביהמ"ש עשוי להתייחס לכך במעצר. ככל שמדובר בעבירה חמורה, והנאשם לא חולה ולא ניתן להורות אשפוז במהלך המעצר- ידחו את הדיון בכך. כיום לאחר תיקון 39 על הנאשם רק לעורר ספק שהוא חולה נפש ואז הוא יהיה פטור מאחריות- ס' 34 כב(ב).

* אם ביהמ"ש ידרש לברר את שאלת האחריות הנפשית כבר במעצר הוא יצטרך לקיים "הליך בתוך הליך". מה יצר את המדיניות השיפוטית השונה כשמדובר בחולי נפש? ביהמ"ש עוקף שאלה זו בהליך המעצר, יכול לעצור אדם למרות שיקבע בסוף שהוא לא אחראי למעשיו.

ההכרעה בדבר הכשרות המשפטית היא **הכרעה משפטית** (ולא פסיכאטרית). ועל כן, שאלת האחריות הנפשית צריכה להיבחן באספקרליה הרחבה של הראיות, שמתבצעת **בהליך המרכזי** אחרי שמיעת כל העדים והראיות. **במקרה של חולה נפש שביצע עבירה פלילית קשה, יש הצטלבות בין מחלת הנפש לבין ההליך הפלילי, כאשר הדומיננטי הוא ההליך הפלילי- האינטרס הציבורי מקבל מעמד בכורה.** לשופט תמיד יהדהד בראש האופציה שהאדם מתחזה, כי התחזות היא הדרך היחידה של הנאשם להשתחרר מהתיק. ביהמ"ש יתן משקל נמוך יותר לחו"ד הגנה (בלבד) המציגות את הנאשם כחולה נפש, תיתכן מגמתיות בחו"ד (כי הנאשם משלם למומחה שיכתוב לו את החו"ד) ולכן היא לא אובייקטיבית. **במקרה ברור שהוא חולה נפש**- **ביהמ"ש יטה להתייחס למחלת הנפש בהליך המעצר**. **הד תקשורתי וציבורי**- לכאורה ביהמ"ש אמור להיות מנותק, אטום ולא מושפע. אך ההחלטות שלו נתפסות לעיתים כמורידות את אמון הציבור במערכת. הביקורת הציבורית משליכה ישירות על האינטרסים עליהם מופקד ביהמ"ש. עמדת הקורבן בהליך המעצר- אין לו אמרה בנוגע למה שהיה רוצה. אם עצם השחרור יפגע בשלומן הנפשי של מתלוננות זה שיקול שיש לקחת בחשבון בדיון המעצר. **פרשת מיכאל פולינסקי**- אדם שרצח את אשתו ב-50 דקירות סכין. הובאו ראיות לבית המשפט. בני הזוג חיו בשלום במשך שנים רבות. הנאשם סבל מדכאון עמוק. חוות הדעת קבעו כי הוא אינו אחראי והוא שוחרר והייתה ביקורת ציבורית קשה מאוד ובעיקר של ארגוני נשים. **549/06 פלוני**- ערעור על פסק-דינו של ביהמ"ש המחוזי שהרשיע את המערער, החולה בסכיזופרניה סכיזואידית, בביצוע עבירות אלימות קשות כלפי ילדיו הקטינים. **ביהמ"ש:** במקרה דנן, הוכח כי המערער היה חולה נפש לאורך כל התקופה בה עוסק כתב האישום, וכי לפחות לגבי חלק מהעבירות שיוחסו לו לא היה יכול להימנע מעשייתן. מכאן שהראיות שהובאו בפני הערכאה הראשונה חייבו לקבוע כי המערער הוכיח קיומו של ספק בשאלת אחריותו הפלילית. **השופט רובינשטיין:** סוגיית חולה הנפש ואחריותו בפלילים אינה מוצאת לה פתרון ראוי די הצורך, וכי **האיזון בין אינטרס הציבור בהגנה על זכויותיו של חולה הנפש לבין אינטרס הציבור בהגנה על קרבנות פוטנציאליים טרם הושג.** **הפסיכיאטריה, כמו הרפואה בכלל, אינה מדע "מדויק", אינה מתמטיקה ואינה באה בגדר פלט מחשב. נבכי נפש האדם בחלקם הניכר עודם תורת הנסתר.** במקרה דנן, מדובר בסיטואציה שבה בעוד שיתכן כי היו מקרים שבהם לא היה הנאשם ראוי להגנת אי השפיות, מצבו החולני הבסיסי מצביע על כך שפעמים רבות היה ראוי להגנה זו, ודבר זה יוצר את הספק. הערעור התקבל. **ע"פ 2965/06 ראד אבוחמד**- ערעור על פסק דינו של ביהמ"ש המחוזי, בו הורשע המערער בניסיון לרצח ובשהיה בלתי חוקית בישראל, ונדון לעשר שנות מאסר. הערעור עניינו מצבו הנפשי של המערער בעת המעשים, שאין חולק על עובדותיהם. ביהמ"ש המחוזי קבע, כי המערער לא היה במצב פסיכוטי חריף בעת האירוע, וכי לא הוצגה תשתית ראייתית המעוררת ספק סביר שמא היה המערער חסר יכולת של ממש להבין את מעשיו או את הפסול שבהם. הערעור הינו הן על הכרעת הדין והן על גזר הדין. **העליון:** סייג "חוסר היכולת של ממש" להבין את המעשה או להימנע הימנו הוא הגיוני, והצדקתו בצדו; כשאדם נמצא במצב שבו הוא חסר יכולת של ממש להבין את מה שהוא עושה או את הפסול שבמעשהו בשל מחלת נפש, האיסורים שבדין הפלילי לא ירתיעוהו מלעשות את המעשה, ואזי אין בו היכולת לגבש מחשבה פלילית. **חוסר יכולת של ממש, אין פירושו בהקשר זה שלילה מוחלטת של היכולת כאמור, אלא גריעה ממשית ממנה.** בבדקו "יכולת של ממש" לעניין סעיף 34ח, על בית המשפט להשתכנע **האם מנעה מחלת הנפש מן הנאשם, באופן מסיבי ועמוק גם אם לא טוטאלי, להבין את מעשהו או את הפסול בו או להימנע הימנו**. יתכנו חוות דעת שונות באשר לאותה סיטואציה נפשית עצמה, ועל בית המשפט להכריע. ואולם, במקרה דנן בולט הדבר כיוון שחוות הדעת הנוגדות ניתנו שתיהן מטעם הפסיכאטריה הציבורית, הערעור נדחה. **בש"פ 509/12 פלוני**- המדינה הגישה ערר על החלטת המחוזי להורות על שיחרור של נאשם שהועמד לדין על עבירת הצתה של דירה. לנאשם היה עבר פלילי כבד, ונסגרו נגדו תיקים מכיוון שלא היה בעל כשרות לעמוד לדין (אין כשרות דיונית) התקבלה חוות דעת פסיכאטרית בזמן המעצר, שקבעה שאינו כשיר לעמוד לדין, אך אינו זקוק לטיפול. נוכח חוות השעת ביהמ"ש המחוזי הורה על שחרורו של המשיב ממעצר בתנאים של הפקדה כספית והתחייבות להתייצב במרפאה פסיכאטרית. כמו כן, דחה בימ"ש את בקשת המדינה לעכב את הביצוע עד להגשת הערר. **התקבלה חוות דעת נוספת שלפיה המשיב כן כשיר לעמוד לדין**. זאת אומרת, התקבלו במחוזי **חוות דעת סותרות**. **העליון: הש' עמית:** ביהמ"ש המחוזי שגה ב-3 דברים בהחלטתו על שחרור: 1. בהנחתו כי חוות דעת פסיכאטרית הקובעת אי כשריות שוללת את האפשרות להחזיק את הנאשם במעצר. 2. בכך שקיבל את חוות הדעת של סגן הפסיכאטר המחוזי בבחינת "כזה ראה וקדש". 3. בכך שסירב להורות על עיכוב ביצוע לצורך הגשת ערר. **סעיף 16 לחוק בטיפול בחולי נפש הוא הסעיף הרלוונטי לביה"מש במסגרת הליכי מעצר, ולא סעיף 15 לחוק שמופנה למוטב בתיק בעיקרי.** זאת למרות שבפרקטיקה ומטעמי יעילות, שופט המעצרים ראשי, בהסכמת הצדדים, להורות על הפסקת הליכים גם בתיק העיקרי, אך אז הוא בעצם מחליף את כובעו והופך משופט מעצרים לשופט בתיק בעיקרי. כיוון שכך, על שופט המעצרים להמתין עד החלטתו של המוטב (השופט) בתיק העיקרי, באשר לשאלה האם הנאשם כשיר או לא כשיר לעמוד לדין. **בהעדר מחלוקת בשאלת קיומן של ראיות לכאורה ושל עילת מעצר, היה על ביהמ"ש להורות על המשך מעצרו מכוח סעיף 16 לחוק לחולי נפש- כלומר מעצר בתנאי אשפוז. בית המשפט הוא הפוסק בשאלת כשירותו של נאשם לעמוד לדין והוא אינו מחוייב בחוות דעת פסיכיאטרית והטעם לכך היא ששאלת כשירותו של נאשם אינה החלטה רפואית גרידא והיא מערבת שיקולים שונים ורבים.** **4706/12 פלוני**- מדובר על אדם שלא היה אחראי למעשיו וכעת הוא בריא – הוא כשיר דיונית. השאלה בדיון זה הייתה מה המשקל שצריך לתת לחוות הדעת הפסיכיאטרית הקובעת העדר אחריות ומה המשקל של עניין זה בהליך המעצר וקביעת הראיות לכאורה. זה המקרה הבעייתי ביותר במישור זה. העותר עתר לעליון על החלטת המחוזי שלא לדון בשאלת אחריותו הנפשית והוא רצה לצאת ממעצר כי לא ניתן להראות על קיומן של "ראיות לכאורה". **השופט זילברטל**: על השופט המעצרים כן לקחת במסגרת הליך הארכת המעצר את **חוות הדעת הפסיכיאטריות במסגרת קביעתן של "ראיות לכאורה"**. מכיוון שזה חלק מהראיות וזה משפיע על סיכויי ההרשעה. שכן, **לפי בש"פ זאדה, אחת מיסודות העבירה זה גם היסוד הנפשי. יש לתת לחוות הדעת הזאת משקל לכאורי בלבד** ולא משקל מוחלט ועצם קיומה של חוות דעת לא שולל את המעצר עד תום ההליכים. אבל בכל אופן על השופט לבחון זאת במסגרת הראיות המובילות לאפשרות של הרשעה. הכול ייקבע לפי נסיבות המקרה. **מדובר על שינוי ההלכה אשר הייתה קיימת עד כה בעניין למעשה.** בסופו של דבר, הנאשם בתיק שוחרר וזוכה. **הנחיית פרקליט המדינה**: (מדיניות התביעה) כיצד יש לנהוג עם אדם שיש תשתית ראייתית, בו האדם לא היה אחראי למעשיו ועכשיו זקוק לאשפוז. **יש להגיש כתב אישום** לפי ס' 15 (ב) לפי חוק טיפול בחולי נפש. הרציונאל ברור- אין סיכוי להרשעה כי החו"ד אומרת שהאדם לא היה אחראי למעשיו, ובעצם משתמשים בהליך כדי למנף את הנאשם- לאשפז אותו, לשקם אותו.

**חזקת החפות ואופן יישומה בהליכי מעצר**- דיני המעצרי נועדו ליצור איזון במשוואה בה עומדים שני עקרונות: מחד- **חזקת החפות**, מנגד- **אינטרסים ציבוריים**. **בש"פ נתנאל מויאל**- **חזקת החפות מול אינטרסים ציבוריים נוגדים בהליך המעצר**. עו"ד שנחשד שסייע לסחר באיברי אדם לצורכי השתלה, סיוע לעושק, קבלת דבר במרמה, סחר באברי בני אדם. הורו על מעצר בית מלא בשל מסוכנות שימשיך לסחור באיברים. מויאל הגיש ערר לעליון שיחזירו אותו לעבודה ויותר לו להמשיך בעבודתו כעו"ד. העליון: ס' 21(ב) קובע את האיזון הראוי בין הזכות לחירות של נאשם שטרם הוכחה אשמתו, לבין הסכנה הנשקפת מצידו לכלל הציבור: חובתו של ביהמ"ש לבחון אפשרות לחלופת מעצר ראויה נסמכת על הזכות להליך הוגן והזכות לחירות. גם עם קיומן של ראיות לכאורה ועילת מעצר בעניינו של נאשם, לא יורה ביהמ"ש על מעצרו עד תום ההליכים, אלא אם ראה כי לא ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של שחרור בערובה ותנאי שחרור, שפגיעתם בחירותו של הנאשם פחותה. **בדיקת קיום חלופת מעצר ראויה, נסמכת על חזקת החפות ושל הזכות לחירות ולהליך הוגן שעוגנו בחי"ס כבדה"א. מנגד, עומדות זכויותיו של כלל הציבור לביטחון אישי, והרצון למנוע שיבוש הליכי משפט**. לכן, על בדיקת חלופת המעצר להיות קפדנית ומדוקדקת כדי להעריך בנסיבות המקרה את מסוכנותו של הנאשם, הן באשר לחשש לחזרה על מעשים דומים ובאשר לחשש לשיבוש הליכי משפט. אח"כ יש לוודא האם יכולה חלופת מעצר כלשהי לאיין מסוכנות זו. לבסוף, יבדוק ביהמ"ש את החלופה הפרטנית המוצעת, והאם עומדת היא במטרתה לאור הנסיבות. במקרה דנן, **יש מקום לאפשר לעורר לצאת לעבוד באופן חלקי** **לאור העדרו של עבר פלילי, חלקו בביצוע העבירות כמסייע ולא כמבצע עיקרי והעובדה שהעורר מיוזמתו הפסיק את ביצוע המעשים.** המשמעות של החזקה ברורה: אדם מוחזק כחף מפשע עד אשר לא הוכח במשפט שהוא אשם. **חזקת החפות היא סטטוס נמשך שאינו ניתן להפרכה, עד לסיום המשפט- בשונה מחזקת המסוכנות.** במעצר מבחינה עיונית, ומנק' המבט של הנאשם, קיומו של מוסד המעצר מבטל בעצם את המשמעות הקיומית של חזקת החפות. יש יחס צבוע של המדינה/החברה לחזקת החפות בכך שמכניסים אדם למעצר. **חזקת חפות מדורגת:** טרם הכרעת דין מרשיעה ואחרי הכרעת דין מרשיעה. נאשם מוחזק כמי שביצע את העבירה בסבירות גבוהה יותר ע"י חשד סביר וקיומן של ראיות לכאורה לפי ביהמ"ש. וכראיה, בעקבות הגשת כתב אישום, המדינה מטילה את הסנקציה החמורה ביותר האפשרית- שלילת חירות לתקופת זמן לא מוגבלת (עד לתום ההליכים). **בש"פ נעים נסראלדין**- נגד המערער הוגש כתב אישום בעבירת רצח. במהלך קטטה, עלה המערער לגג ביתו של אביו והשליך משם אבנים וחפצים שונים לעבר בני משפחות שומרי ואסעד. בשלב מסוים, השליך המערער גוף חימום של דוד שמש מהגג על ראשו של המנוח, אשר עמד אותה עת מתחת לבית, בכוונה לגרום למותו. המנוח נפצע מאותו חפץ וחודש מאוחר יותר מת מפצעיו אלו. **ביהמ"ש:** יש לתת לחזקת החפות משקל מעשי בהחלטה על הארכת מעצר. הוחלט לשחרר את הנאשם המואשם ברצח, ממעצר, מאחר שאף לאחר 9 חודשים מצוי משפטו בשלבים התחלתיים. **באיזון בין טענת המדינה למסוכנות הנאשם נוכח חומרת העבירה והחשש לשלום הציבור ותושבי כפרו וכן תקינות ההליך השיפוטי לבין חירותו האישית של הנאשם, יש משמעות למימד הזמן.** אף הושגה סולחה שיש לה משקל מסוים במכלול השיקולים. הצפי הוא כי המשפט יימשך זמן רב. לפיכך, מן הראוי לשחרר המשיב לחלופת המעצר מחוץ לכפר בה נמצא שותפו, ואשר הוכיחה עצמה עד כה. חזקת החפות לא מקיימת אבחנה בין עוצמות שונות של מעשי הנאשם.

קיטאי קובעת שאין מדובר על חזקה עובדתית אלא על חזקה נורמטיבית – לפי החזקה העובדתית, לא נראה בחשוד חף משפע אם יש ראיות רבות הקושרות אותו למקרה, וההפך – נראה בו חף מפשע כאשר יש ראיות חלשות מאוד נגדו. אין לראות בחזקת החפות חזקה עובדתית. קיטאי קובעת כי מדובר על חזקה נורמטיבית פיקטיבית שנוצרה משיקולי מדיניות:

1. זאת חזקה שקרית למעשה שבאה להגן על הנאשם אפילו כאשר יש תשתית ראייתית רחבת היקף נגדו.
2. היא באה למנוע פעולות לא ראויות מצד המדינה כמו רצון להפליל אותו.
3. להבטיח מידה של ספקנות אצל החוקרים. זה מגביל את פעולתם אם הם מבינים שהם פועלים במסגרת עולם מושגים מסוים. חזקה זאת מונעת שיטות פעולה פסולות.
4. יש לחזקת החפות אופי הצהרתי והיא באה למנוע מהציבור להתייחס כאל עבריין שהורשע.
5. חזקת החפות תורמת לריכוך הניכור של הנאשם כלפי ההליך הפלילי. שכן, ההליך הפלילי גורם לו לרגיש נבגד ע"י המדינה שעד לרגע לפני כן הוא הרגיש חלק ממנה. אך חזקת החפות מונעת את תחושה זאת של הפרט נגד המדינה.
6. ללא קיומה של חזקת החפות למעשה עקרונות ותכליות המשפט הפלילי היו נפגעים וגם מטרת ביהמ"ש להגיע לבירור העובדות הייתה נפגעת.

בלעדיה כל חוק המעצרים היה מנוסח אחרת והיא עומדת ביסודו – בלי קיומה של חזקת החפות היה קל יותר לשים במעצר חשודים ויש לעניין זה השלכה על יכולת ההגנה שלהם, שכן עצם היותם במעצר פוגע ביכולת שלהם לנהל את ההגנה שלהם נגד האישומים. קיימת גישת בייניים- לפיה, יש לייחס לנאשם "העדר אשמה" בלבד ולא חזקת חפות.